

# No-cure-no-pay: beter ten hele gedwaald dan ten halve gekeerd?

mr P. Glazener en mr E.H. Pijnacker Hordijk

Bijna drie jaar geleden bespraken wij in M&M ‘punten van overweging’ waarin de NMa naar aanleiding van een klacht van een letselschadeadvocaat een voorlopig oordeel over de gedragsregel van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake ‘no-cure-no-pay’<sup>1</sup> presenteerde.<sup>2</sup> De NMa kwalificeerde de betrokken gedragsregel toen als een verboden prijskartel dat ten doel had de mededinging te beperken. Het uitbrengen van de ‘punten van overweging’ ging gepaard met veel publiciteit. Afgaande op de berichtgeving in de kranten waren de laatste dagen van het verbod van ‘no-cure-no-pay’ geteld. Nog geen drie maanden nadat de NMa haar (voorlopige) opvattingen wereldkundig had gemaakt, nam de Europese Commissie echter een beschikking in de EPI-zaak, waarin zij oordeelde dat een door de Europese organisatie van octrooigemachtigden vastgesteld verbod op resultaatsafhankelijk declareren buiten de werkingssfeer van het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG viel.<sup>3</sup> Centraal in de redenering van de Commissie stond de volgende overweging:

‘Hoewel het verbod honoraria vast te stellen op grond van het resultaat, in andere, welbepaalde omstandigheden een beperking van de mededinging kan vormen, is deze beperking in de economische en juridische context die eigen is aan het betrokken beroep noodzakelijk om de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen en het doelmatig functioneren van het Europees Octrooi Bureau zeker te stellen. Dit verbod dient derhalve buiten het verbod van artikel 85 lid 1 van het Verdrag te vallen.’

In ons artikel in M&M hebben wij de ‘punten van overweging’ tegen het licht gehouden van de EPI-beschikking. Deze beschikking bevestigde dat de NMa op een verkeerd spoor zat.

Nadien bleef het ruim drie jaar stil aan het NMa-front. Op 19 februari 2002 wees het Hof van Justitie in de zaak Wouters een langverwacht arrest over de Samenwerkingsverordening van de Orde. Dit arrest wordt elders in dit nummer besproken door Pijnacker Hordijk. De conclusie van het arrest is duidelijk: maatregelen van de Orde van Advocaten gericht op het bevorderen van de goede praktijkuitoefening vallen buiten de werkingssfeer van artikel 81 lid 1 EG ook als zij de mededinging beperken. Tot zulke maatregelen behoren regels die moeten waarborgen dat advocaten hun cliënten in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van die cliënten verdedigen, elk risico van belangenconflicten vermijden en een strikt beroepsgeheim in acht nemen. Of de door een instelling als de Orde genomen maatregelen geschikt zijn om deze doeleinden te verwezenlijken, en niet verder gaan dan nodig,

moet volgens het Hof marginaal worden getoetst. Het Hof concludeert tot deze terughoudende toepassing van de mededingingsregels in het licht van de ‘algehele context’ waarbinnen de Orde opereert.

Twee dagen na dit arrest neemt de NMa plotseling een besluit op de klacht van de letselschadeadvocaat – voorafgegaan door een persbericht – waarin zij aan deze marginale toetsing slechts lippendienst bewijst en in feite haar eigen opvattingen over de wenselijkheid van no-cure-no-pay in letselschadezaken in de plaats van het oordeel van de Orde stelt. De timing indiceert dat de NMa het Wouters-arrest heeft afgewacht uitsluitend om er zeker van te zijn dat de Orde als ‘ondernemersvereniging’ in de zin van artikel 81 EG kon worden aangemerkt. Nog daargelaten dat het de vraag is of het oordeel van het Hof van Justitie in deze bepalend is voor de toepasselijkheid van artikel 6 Mw op een publiekrechtelijke rechtspersoon naar Nederlands recht en op bestuursrechtelijke besluiten van een dergelijke rechtspersoon, vormt de kwalificatie van de Orde als ondernemersvereniging in de Europese context geenszins de essentie van het Wouters-arrest. Die essentie is de erkenning dat regels van de Orde, die zij noodzakelijk acht voor het waarborgen van de goede praktijkuitoefening slechts vatbaar zijn voor een marginale proportionaliteits-toetsing in het licht van het mededingingsrecht. Wij zien geen aanleiding om daarbij een onderscheid te maken tussen een regel als de Samenwerkingsverordening en het verbod van ‘no-cure-no-pay’. Ook deze laatste gedragsregel moet verzekeren dat advocaten zich, in volledige onafhankelijkheid, uitsluitend richten op de belangen van hun cliënt. Mede gezien de EPI-beschikking zien wij niet in hoe deze gedragsregel wél in strijd zou kunnen zijn met de mededingingsregels.

Een vergelijking tussen de summiere ‘punten van overweging’ en het uitvoerige uiteindelijke besluit wijst uit dat de NMa wel een zekere ontwikkeling in haar denken heeft doorgemaakt. De kwalificatie van de gedragsregel als prijskartel zal men niet meer vinden. In zoverre lijkt een les

1 Wij gebruiken het verbod van ‘no-cure-no-pay’ gemakshalve als verzamelnaam voor deze regel en het verbod van *quota pars litis*. Op grond van de eerste regel mag de advocaat niet overeenkomen dat hij alleen bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening zal brengen, de tweede regel verbiedt de advocaat overeen te komen dat zijn salaris bestaat uit een deel van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken resultaat.

2 M&M 1999, nr. 3/4, p. 116.

3 EPI, Zaak IV/36.147, Pb. EG 1999, L 106/14.

uit de EPI-beschikking te zijn getrokken. Maar daarmee houdt het wel op.

Om te beginnen is er de analyse van de gevolgen van het verbod van ‘no-cure-no-pay’ voor de marktverhoudingen (de mededingingsrechtelijke beoordeling in enge zin). De NMa spitst deze toe op de positie van de letselschadeadvocaat, niet omdat letselschadeadvocaten in een andere markt zouden opereren dan andere advocaten, maar omdat het onderzoek is ingeleid naar aanleiding van een klacht van een letselschadeadvocaat. Letselschadeadvocaten zouden, aldus de NMa, beperkt worden in hun mogelijkheden om te concurreren met adviesbureaus die wél bijstand in letselschadezaken kunnen bieden op ‘no-cure-no-pay’ basis. Deze concurrentiële analyse miskent dat de adviesbureaus niet in rechte kunnen optreden, en derhalve hooguit de positie van opdrachtgever van een advocaat kunnen innemen. In het persbericht (en niet in de tekst van het besluit zelf) voegt de NMa hieraan toe dat het aanbieden van diensten op ‘no-cure-no-pay’ basis voor minder draagkrachtigen de toegang tot de advocatuur en daarmee tot de rechter vergroot. Dat is geen mededingingsrechtelijk oordeel maar een (maatschappelijk) waardeoordeel, en een aspect dat moet worden afgewogen tegen andere mogelijke (en door de NMa niet besproken) consequenties van ‘no-cure-no-pay’, zoals zelfverrijking door op eigen kortetermijngewin gerichte advocaten over de rug van hun – in letselschadezaken vaak bij uitstek weerloze – cliënten, en het stimuleren van een claimcultuur.

Vervolgens analyseert de NMa het verbod van ‘no-cure-no-pay’ in het licht van de wezenskenmerken van de advocatuur. In dat kader wijst de NMa erop dat bepaalde vormen van resultaatsafhankelijk declareren zijn toegestaan, zoals het hanteren van een incassotarif of een ‘success fee’, waarbij de advocaat een kostendekkend uurtarief rekent en bij een succesvolle afloop een extra vergoeding in rekening brengt. Deze nuanceringen van het verbod, die moeten bijdragen tot de proportionaliteit ervan, worden door de NMa aangegrepen voor de vaststelling dat het ook nu al voorkomt dat advocaten een eigen economisch belang bij de afloop van een zaak hebben. Daaraan verbindt de NMa de conclusie dat het verbod van ‘no-cure-no-pay’ niet noodzakelijk is om de onafhankelijkheid van de advocaat te verzekeren. De partijdigheid van de advocaat is volgens de NMa gewaarborgd omdat bij het hanteren van ‘no-cure-no-pay’ de belangen van de advocaat en de cliënt parallel lopen(!). Voor belangenconflicten behoeft derhalve volgens de NMa niet te worden gevreesd. De analyse van de NMa mondt uit in de volgende conclusie: *‘De verboden die zijn opgenomen in artikel 25 leden 2 en 3 van de Gedragsregels zijn derhalve niet noodzakelijk om de onafhankelijkheid, de partijdigheid en de integriteit van de advocaten bij zaken betreffende letselschade te waarborgen. De kernkarakteristieken van de advocatuur vormen derhalve geen rechtvaardiging voor het verbieden van de genoemde declaratiemethoden.’* Van de volgens het Wouters-arrest vereiste terughoudendheid valt in deze overwegingen niets

terug te vinden. Opvallend is dat in het besluit in het geheel niet naar dit arrest wordt verwezen. Aan de EPI-beschikking wordt slechts een voetnoot gewijd. Na het citeren van de hiervoor aangehaalde overweging uit de EPI-beschikking stelt de NMa: *‘De Europese Commissie acht het verbod honoraria vast te stellen op grond van het resultaat in de economische en juridische context van octrooigemachtigden noodzakelijk om de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen. In tegenstelling tot octrooigemachtigden en andere vrije beroepsbeoefenaren, hoeven advocaten geen onpartijdigheid te garanderen; integendeel, zij dienen hun partijdigheid te waarborgen.’* De NMa ziet aldus in de EPI-beschikking een erkenning dat resultaatsafhankelijk declareren bijdraagt tot de partijdigheid van de advocaat. Daarmee bevestigt de EPI-beschikking volgens de NMa dat het verbod van ‘no-cure-no-pay’ strijdig is met het mededingingsrecht. Zou de NMa de wezenskenmerken van het beroep van advocaat werkelijk zo verkeerd hebben begrepen? Die wezenskenmerken zijn dat de advocaat *onafhankelijk* en dus *onpartijdig* moet zijn in de relatie tot zijn cliënt en *partijdig* ten behoeve van die cliënt bij de behartiging van de belangen van die cliënt in relatie tot derden. Wie zoals de NMa beweert dat de laatstbedoelde partijdigheid juist gediend is bij ‘no-cure-no-pay’, miskent de spanning tussen onafhankelijkheid en partijdigheid. Waarmee de NMa impliciet de juistheid bevestigt van het oordeel van het Hof dat de rol van het mededingingsrecht in deze slechts een marginale dient te zijn. De NMa heeft hier geen hoofdrol te vervullen en is daartoe ook niet uitgerust.

De NMa heeft in haar besluit aangegeven dat, indien het verbod van ‘no-cure-no-pay’ zou worden opgenomen in een verordening van de Orde, het buiten de werkingssfeer van artikel 6 Mw zou vallen. De Orde heeft inmiddels aangekondigd dat zij deze weg zal bewandelen. Daardoor dreigt de aandacht zich te verplaatsen van de inhoud naar de vorm van de maatregel. Dat zou jammer zijn omdat de analyse van de NMa juist op het inhoudelijke vlak tekortschiet.