



Engelgeer/d-g NMa

Uitspraak voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam van 27 november 2003 naar aanleiding van het verzoek om een voorlopige voorziening in verband met het geding tussen C. Engelgeer en de d-g NMa, met als derden-partijen de Nederlandse Orde van Advocaten en de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (m.nt. mr P. Glazener).

Inleiding

Engelgeer is advocaat te Amsterdam en houdt zich onder meer bezig met de behandeling van letselschadezaken. Hij wil met zijn cliënten afspraken maken over zijn honorarium op basis van *no cure no pay* en *quota pars litis*; met andere woorden, hij vraagt geen honorarium als een voor de cliënt ongunstig resultaat wordt behaald, en als wél een gunstig resultaat wordt behaald, vraag hij een percentage van de opbrengst. Het is advocaten krachtens regels van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) niet toegestaan dergelijke resultaatsgerelateerde beloningsafspraken te maken. Deze regels waren eerst vastgelegd in de Gedragsregels van de NOvA. Bij besluit van 21 februari 2002 (in zaak 560) heeft de d-g NMa, naar aanleiding van een klacht van Engelgeer, geoordeeld dat er een redelijk vermoeden was dat de betreffende gedragsregel in strijd was met artikel 6 Mw, voorzover het de toepassing van deze gedragsregel op de behandeling van letselschadezaken door advocaten betrof. De d-g NMa zag echter af van optreden, op grond van de overweging dat de NOvA zou kunnen besluiten de verboden van *no cure no pay* en *quota pars litis* op te nemen in een verordening, die door de Minister van Justitie zou kunnen worden vernietigd.¹ Volgens de d-g NMa zou de NOvA de gedragsregels bij verordening moeten vaststellen, indien zij deze zou willen handhaven. Op een dergelijke verordening zou dan de uitzondering van artikel 16 Mw van toepassing zijn. Daarom achtte de d-g NMa het niet opportuun een rapport te laten opmaken.

Het besluit ging vergezeld van het gebruikelijke persbericht, waarin de d-g NMa zich in ronkende taal uitliet, die niet door het besluit werd gedekt. Alhoewel de d-g NMa had afgezien van optreden, stelde hij in het persbericht onomwonden dat de verboden van *no cure no pay* en *quota pars litis* moesten komen te vervallen, omdat zij in strijd waren met de Mededingingswet, en dat resultaatsgerichte beloningsafspraken in *no cure no pay* en *quota pars litis* in letselschadezaken voortaan mogelijk waren.² De NOvA heeft de verboden van *no cure no pay* en *quota pars litis* vervolgens in een verordening opgenomen.³ In een voordracht, gehouden tijdens het Jonge Balie Congres 2002, suggereerde de (toenmalige) d-g NMa dat hij kort nadien ook zou kunnen optreden tegen de door de NOvA vastgestelde verordening, nu artikel 16 van de Mededingingswet per 1 januari 2003 zou komen te vervallen. Daarmee zou de d-g NMa naar zijn mening ook de mogelijkheid krijgen verordeningen aan de Mededingingswet te toetsen.⁴ Waarschijnlijk aangemoedigd door deze stellingname van de d-g NMa, diende Engelgeer op 28 maart 2003 een verzoek in bij de d-g NMa om op grond van artikel 83 van de Mededingingswet om een voorlopige last onder dwangsom op te leggen aan de NOvA en de Orde van Advocaten in het

- 1 De d-g NMa verwijst in dit besluit naar een aanhangig wetsvoorstel, dat er onder andere toe strekt artikel 28 van de Advocatenwet te wijzigen in die zin, dat het college van afgevaardigden van de NOvA verordeningen vaststelt in het belang van de goede uitoefening van de praktijk. Daarmee suggereerde de NMa dat er inhoudelijk iets stond te veranderen in de Advocatenwet. Die suggestie is niet juist. Artikel 28 van de Advocatenwet luidde, voorzover van belang: 'Het college van afgevaardigden kan verordeningen vaststellen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk'. Dat is bij de wetswijziging veranderd in: 'Het college van afgevaardigden stelt verordeningen vast in het belang van de goede uitoefening van de praktijk'. Volgens de toelichting bij het voorstel tot wijziging van de Advocatenwet op dit punt wordt met het vervallen van het woord 'kan' geen inhoudelijke wijziging beoogd, maar slechts beoogd duidelijker aan te geven dat de vast te stellen verordeningen het belang van de goede uitoefening van de praktijk moeten dienen. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 26940, nr. 7.
- 2 Persbericht van de d-g NMa van 21 februari 2002, gepubliceerd op de website van de NMa (www.nmanet.nl).
- 3 Artikel 2 van de verordening op de praktijkuitoefening.
- 4 De voordracht van de d-g NMa is gepubliceerd op de website van de NMa.

arrondissement Amsterdam (OvAA), waarbij het hun zou worden verboden iedere handeling strekkende tot handhaving van de bepalingen van de verordening inzake resultaatgericht declareren te staken. Later diende Engelgeer ook een klacht in op grond van artikel 56 van de Mededingingswet, waarin hij om een definitieve maatregel tot ongedaanmaking van (handhaving van) de verordening vroeg.

Het aantal conflicten van Engelgeer met de OvAA was inmiddels fors opgelopen. Naast een tuchtzaak over het maken van declaratieafspraken in strijd met de verboden van *no cure no pay* en *quota pars litis* liepen er diverse andere tuchtrechtelijke zaken. Bovendien werd Engelgeer vervolgd voor het medeplegen van bedrieglijke bankbreuk (waarvoor hij bij vonnis van 16 september 2003 van de rechtbank Zutphen tot een gevangenisstraf van zes maanden – waarvan drie voorwaardelijk – is veroordeeld). Mogelijk heeft dat ertoe bijgedragen dat de d-g NMa minder happig was geworden om klachten van Engelgeer aan te grijpen om tegen de NOvA op te treden. In ieder geval besloot de d-g NMa het verzoek van Engelgeer af te wijzen, met als redengeving dat van een spoedeisend belang geen sprake was. Engelgeer werd door de verordening weliswaar belemmerd in de uitoefening van de letselschadeadvocatuur op basis van een *no cure no pay* formule, maar de verordening belette hem niet de advocatenpraktijk uit te oefenen zoals iedere andere advocaat, aldus de d-g NMa. Aan de vraag of naar zijn voorlopig oordeel artikel 6 Mw was overtreden kwam de d-g NMa derhalve niet toe. In bezwaar handhaafde de d-g NMa dit oordeel.

De uitspraak

Tegen dit oordeel heeft Engelgeer beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. Voorts diende hij een verzoek om een voorlopige voorziening in bij de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank. De voorzieningenrechter maakt in de onderhavige uitspraak gebruik van de mogelijkheid van 'kortsluiting' op grond van artikel 8:86, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht, en vernietigt direct het besluit van de NMa in de hoofdzaak.⁵ Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het oordeel van de NMa, dat er geen sprake is van onverwijlde spoed, onvoldoende onderbouwd. Engelgeer had aangevoerd dat, wanneer hij gedwongen zou worden zich aan de verordening te houden, hij zijn verplichtingen jegens cliënten niet zou kunnen nakomen en door zijn cliënten voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gehouden. De voorzieningenrechter ziet daarin, anders dan de NMa, een regelrechte bedreiging voor het bestaansrecht van Engelgeers praktijk, mede gelet op het aantal cliënten waarmee Engelgeer een resultaatgerelateerde beloning was overeengekomen.

De voorzieningenrechter besluit echter met gebruikmaking van artikel 8:72, derde lid van de Algemene wet bestuursrecht de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. De d-g NMa had ter zitting aangevoerd dat ook niet

was voldaan aan het tweede in artikel 83, eerste lid, van de Mededingingswet genoemde vereiste voor voorlopige maatregelen, namelijk dat naar het voorlopig oordeel van de d-g NMa aannemelijk is dat artikel 6, eerste lid van de Mededingingswet is overtreden. Daartoe had de d-g NMa aangevoerd dat de uitkomst van het onderzoek naar aanleiding van Engelgeers verzoek om een definitieve maatregel op grond van artikel 56 van de Mededingingswet 'alleminst zeker' was. In dat verband had de d-g NMa verwezen naar het arrest Wouters,⁶ alsmede het feit dat de NOvA inmiddels had besloten in het voorjaar van 2004 te beginnen met een proef waarbij onder een aantal voorwaarden *no cure no pay* en *quota pars litis* in letselschadezaken worden toegestaan. De d-g NMa zou al deze nieuwe juridische en feitelijke omstandigheden moeten meewegen bij de beslissing op het verzoek van Engelgeer op grond van artikel 56 van de Mededingingswet. Die overwegingen vormen volgens de voorzieningenrechter wél voldoende basis om Engelgeers verzoek om voorlopige maatregelen af te wijzen. Daarom laat de voorzieningenrechter de rechtsgevolgen van het besluit in stand, en ziet hij af van het treffen van een voorlopige voorziening.

Commentaar

Degenen die deze zaak al wat langer volgen, zal het zijn opgevallen dat de d-g NMa een opvallende draai heeft gemaakt. Het arrest in de zaak Wouters is (kort) vóór de uitspraak van de NMa op de eerste klacht van Engelgeer in zaak 560 geweest. De d-g NMa repte destijds met geen woord over het arrest in zijn besluit, daarmee de indruk wekkend dat het arrest niets aan zijn besluit kon veranderen. Dat wekte verbazing, omdat het Hof van Justitie in zijn arrest had erkend dat deontologische regels noodzakelijk zijn voor een goede rechtsbedeling, en dat eventuele mededingingsbeperkende gevolgen op de koop toe moeten worden genomen, zolang deze mededingingsbeperkende gevolgen inherent zijn aan de legitieme doeleinden van de regels.⁷ Het arrest leek dus bij uitstek van belang voor de toetsing van de verboden van *no cure no pay* en *quota pars litis* aan artikel 6 van de Mededingingswet. Kennelijk ziet de d-g NMa het belang van dit arrest nu wel in.

De d-g NMa is in zijn besluit niet ingegaan op het feit dat de regels inzake resultaatgerelateerd declareren inmiddels zijn opgenomen in een verordening. Ook de voorzieningenrechter besteedt daar geen aandacht aan. Geheel los van het vervallen van artikel 16 van de Mededingingswet staat de vraag of de d-g NMa bevoegd is een

5 Krachtens artikel 8:86 Awb kan de voorzieningenrechter, indien hij van oordeel is dat nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak, onmiddellijk uitspraak doen in de hoofdzaak. De 'hoofdzaak' is in dit geval het beroep van Engelgeer tegen het besluit van de NMa geen voorlopige last onder dwangsom op te leggen.

6 Arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002 in zaak C-309/99.

7 Zie de annotatie van Pijnacker Hordijk in M&M 2002, nr. 2, p. 70. Zie ook Glazener en Pijnacker Hordijk in hetzelfde nummer van M&M, p. 68, 'No-cure-no-pay: beter ten hele gedwaald dan ten halve gekeerd?'

verordening, vastgesteld door een orgaan dat daartoe door de wetgever is aangewezen, aan artikel 6 van de Mededingingswet te toetsen. Die vraag laat zich niet bevestigend beantwoorden aan de hand van het enkele feit dat de verordening kan worden gezien als een besluit van een ondernemersvereniging. Dat maakt een toetsing aan artikel 81 EG misschien wel mogelijk, vanwege het primaat van het Europese recht, maar op grond waarvan zou ook artikel 6 van de Mededingingswet een toetsing van besluiten van ondernemersverenigingen, die volgens andere wetten als een daad van materiële wetgeving hebben te gelden, mogelijk moeten maken? Zo'n toetsing zou veronderstellen dat de kwalificatie als besluit van ondernemersvereniging op grond van de Mededingingswet derogeeert aan de status die de verordening geniet op grond van de Advocatenwet, en voor die veronderstelling zie ik niet direct een grond.

Als de d-g NMa al aan een toetsing van de verordening toe zou kunnen komen, rijst vervolgens de vraag hoe die toetsing aan artikel 6 van de Mededingingswet moet worden uitgeoefend. Het Wouters-arrest lijkt erop te wijzen dat de toetsing marginaal moet zijn.⁸ De d-g NMa bestreed dit destijds in zijn eerdergenoemde lezing voor de Jonge Balie. Wij zullen moeten afwachten of de d-g NMa ook in dit opzicht van mening is veranderd.

Ten slotte speelt op de achtergrond het initiatief van de Europese Commissie om de vrije beroepen tegen het licht van het mededingingsrecht te houden. Dit initiatief is in maart 2003 gelanceerd door het Directoraat-Generaal Mededinging aan de hand van een studie, waarin de mate van regulering en het prijsniveau in verschillende lidstaten worden uitgedrukt in indices, en waaruit naar voren komt dat een hoge score op de 'reguleringsindex' gepaard gaat met een hoge score op de 'prijsindex'. Regulering leidt dus tot hoge prijzen en is slecht voor de concurrentie, zo luidt de conclusie.⁹ Nog afgezien van de vraag of deze 'indexen' ook maar enigszins sporen met de realiteit, althans wat de advocatuur betreft (Engeland zou laag moeten scoren op de 'reguleringsindex' en lijkt mij toch niet een land dat ook laag zou moeten scoren op de 'prijsindex'), is dit natuurlijk een veel te simplistische benadering van deze problematiek. Commissaris Monti kijkt er gelukkig wat genuanceer-

der tegenaan. Hij lijkt zijn pijlen vooralsnog te richten op 'pricing restrictions' en 'advertising bans' in zelfregulering van vrije beroepen.¹⁰ In het geval van regels die niet primair beogen de (prijs)concurrentie te beperken, waartoe de regels inzake de samenwerking met accountants, en ook de regels inzake resultaatsgerelateerd declareren moeten worden gerekend, behoren de mededingingsautoriteiten zich in lijn met het arrest Wouters naar mijn mening terughoudend op te stellen. De d-g NMa zou er dan ook goed aan doen de proef van de NOvA met resultaatsgerelateerd declareren in letselschadezaken af te wachten. Wat men ook van de wenselijkheid van dit experiment mag denken, het is in de eerste plaats de NOvA zelf, daartoe aangewezen door de wetgever, die de afweging behoort te maken of resultaatsgerelateerd declareren moet worden toegestaan, en zo ja, onder welke voorwaarden. Daarbij kan (en moet) de NOvA veel meer aspecten betrekken dan de marktwerking.

8 Met name de overweging van het Hof dat een instelling als de NOvA zich 'redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen' dat de betreffende regeling noodzakelijk was voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, wijst in die richting (rov. 110 van het arrest). Een marginale toetsing is ook gewenst vanwege het feit dat dergelijke deontologische regels niet los kunnen worden gezien van de wijze waarop het beroep van advocaat, en de rechtsbedeling in het algemeen, in de betreffende lidstaat zijn georganiseerd. Een mededingingsautoriteit is niet het geëigende orgaan om met afweging van al die aspecten een eigen noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets uit te voeren, en dient zich te beperken tot een marginale toetsing van de afweging gemaakt door de instelling die is aangewezen om deze afweging te maken.

9 'Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States', Iain Paterson, Marcel Fink, Anthony Ogus et al., Januari 2003.

10 'Comments and concluding remarks of Commissioner Monti at the Conference on Professional Regulation', Brussel, 28 oktober 2003.