
123

Besluit van 9 maart 2005, houdende vernietiging van de Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) van de Nederlandse orde van advocaten van 25 maart 2004

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op voordracht van Onze Minister van Justitie van 21 december 2004, nr. 5326842/04/DTR;

Gelet op artikel 30, eerste lid, van de Advocatenwet, alsmede artikelen 10:35 en 10:41 van de Algemene wet bestuursrecht;

Gehoord de Nederlandse orde van advocaten op 2 december 2004;

De Raad van State gehoord, advies van 23 februari 2005, nr. W03.04.0633/I;

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Justitie van 4 maart 2005, nr. 5340176/05/DTR;

Overwegingen

De aanleiding van dit besluit is het volgende:

Artikel 2 van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning), vastgesteld op 26 juni 2002, luidt:

Artikel 2

1. Het staat de advocaat niet vrij overeen te komen, dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht.

2. De advocaat mag niet overeenkomen, dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg, behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief.

Het College van Afgevaardigden van de Nederlandse orde van advocaten heeft op 25 maart 2004 een wijziging van bovengenoemde Verordening vastgesteld (hierna: wijzigingsverordening), waarvan de inwerkingtreding bij besluit van de Algemene Raad is vastgesteld op 1 november 2004;

Deze wijzigingsverordening luidt als volgt:

Het college van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van
Advocaten;

Overwegende,

Dat het gewenst is artikel 2 van de Verordening op de praktijk-
uitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) te wijzigen;

Gelet op artikel 26 en 28 Advocatenwet;

Gezien het ontwerp van de Algemene Raad;

Stelt de volgende verordening vast:

I. Artikel 2 van de verordening komt als volgt te luiden:

1. Het staat de advocaat niet vrij overeen te komen dat slechts bij het
behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht.

2. De advocaat mag niet overeenkomen dat het salaris een (evenredig)
deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken
gevolg, behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een
binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief.

3. In afwijking van het bepaalde in het eerste en tweede lid staat het de
advocaat vrij om in met betrekking tot letsel- en overlijdensschade

– bij het behalen van een bepaald gevolg wel af te zien van het in
rekening brengen van enige financiële vergoeding
of

– een resultaatgerelateerde honorariumafpraak te maken op grond
waarvan de advocaat een (evenredig) deel toekomt van de waarde van het
door zijn rechtsbijstand bereikte gevolg,
indien het betreft een rechtzoekende, die

– niet in aanmerking komt voor of afziet van door de overheid gefinan-
cierde rechtsbijstand en naar het oordeel van de advocaat redelijkerwijs
niet in staat is de kosten van rechtsbijstand te betalen

of

– in aanmerking komt voor een voorwaardelijke toevoeging, die echter
niet wordt omgezet in een definitieve toevoeging,
en indien de aansprakelijkheid niet aanstonds is erkend of redelijkerwijs
vaststaat dan wel problemen van enige importantie in de sfeer van schade
of causaliteit voorzienbaar zijn.

4. Aan honorariumafspraken, bedoeld in het derde lid, dient een
schriftelijke opdrachtbevestiging ten grondslag te liggen, welke ten minste
een beschrijving dient te bevatten van de in Bijlage A opgenomen punten.

5. De advocaat is verplicht de opdrachtbevestiging, bedoeld in het
vierde lid, in afschrift en geanonimiseerd, onverwijld te zenden aan de
Algemene Raad van de Nederlandse orde van Advocaten en daarbij
gemotiveerd aan te geven waarom hij meent dat zijn cliënt redelijkerwijs
niet in staat geacht kan worden de kosten van rechtsbijstand te betalen.

Van de (tussentijdse) beëindiging van zijn rechtsbijstand, alsmede van
het bereikte resultaat en de wijze waarop de honorering heeft plaatsge-
vonden, doet de advocaat op overeenkomstige wijze onverwijld
mededeling.

II. Deze verordening kan worden aangehaald als «Wijzigingsverordening
op de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaat-
gerelateerde Beloning)».

Deze verordening treedt in werking op 1 november 2001 en expireert op
31 oktober 2009.»

In de toelichting op de wijzigingsverordening heeft het College van
Afgevaardigden aangegeven dat is besloten tot een (tijdelijke) wijziging
van het in artikel 2 bepaalde, inhoudende een aan voorwaarden gebonden
opheffing van het verbod op een resultaatgerelateerde beloning in zaken

met betrekking tot letsel- en overlijdensschade. Aanleiding tot deze wijzigingsverordening, aldus de toelichting, is het arrest van het Europese Hof van Justitie van 19 februari 2002 (C-309/99) en het besluit van de Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 12 februari 2002 (Besluit van de directeur van de NMa in de zaak Engelgeer). Voorts stelt het College dat binnen de advocatuur behoefte bleek aan een brede inhoudelijke discussie over versoepeling van het verbod op resultaatgerelateerde beloning. Het College is van mening dat er voor bepaalde rechtzoekenden sprake kan zijn van een beperking van de toegang tot het recht. Gegeven de mogelijkheid van een toename van het aantal vorderingen en van de aantasting van de onafhankelijkheid van de advocaat, is het College toch van mening dat deze risico's aanvaardbaar en beheersbaar zijn, nu aan deze resultaatgerelateerde beloning een met voldoende waarborgen omklede schriftelijke overeenkomst ten grondslag moet liggen. In de toelichting wordt voorts aangegeven dat het experiment een duur van vijf jaar heeft, terwijl na vier jaar sprake zal zijn van een evaluatie. Resultaatgerelateerde beloning zoals mogelijk gemaakt in de wijzigingsverordening is voorts gebonden aan de voorwaarde dat aansprakelijkheid niet aanstonds is erkend of redelijkerwijs vaststaat, danwel problemen van enige importantie in de sfeer van schade of causaliteit niet voorzienbaar zijn. In de toelichting wordt onderstreept dat advocaten te allen tijde de vrije keus hebben of niet alsnog wordt geopteerd voor een andere toegelaten declaratiemethode.

Met haar brief van 7 april 2004 heeft de Nederlandse Orde van Advocaten de vastgestelde wijzigingsverordening aan Onze Minister van Justitie medegedeeld;

Bij koninklijk besluit van 15 september 2004 (Stb. 480) is de wijzigingsverordening op grond van artikelen 10:43 van de Algemene wet bestuursrecht en 30 Advocatenwet geschorst tot 6 maart 2005;

Bij koninklijk besluit van 15 februari 2005 is de schorsing verlengd tot 14 september 2005.

Op grond van artikel 10:41 Algemene wet bestuursrecht is het concept van dit besluit op 2 december 2004 besproken met de Nederlandse Orde van Advocaten. In het onderhavige besluit is ingegaan op de bedenkingen die door de Nederlandse Orde van Advocaten (verder te noemen de Orde) tijdens dit overleg zijn geuit.

Wij zijn ook na bovengenoemd overleg met de Orde van oordeel dat tegen de wijzigingsverordening zodanige bezwaren bestaan dat deze aanleiding geven tot vernietiging van de verordening wegens strijd met het algemeen belang.

1. Overwegingen betreffende de bevoegdheid tot vernietiging

De Orde heeft bedenkingen geuit tegen de bevoegdheid tot vernietiging.

In tegenstelling tot hetgeen de Orde voornoemd naar voren brengt, is het gebruik van het vernietigingsrecht niet in strijd met het doel waarvoor die bevoegdheid is gegeven. Op grond van artikel 30 van de Advocatenwet juncto artikel 10: 35 van de Algemene wet bestuursrecht kunnen besluiten van de Orde worden vernietigd, indien deze in strijd zijn met het recht of het algemeen belang. Een verdergaande inmenging in de bevoegdheden van de Orde is thans niet aan de orde.

De bedenking van de Orde gaat uit van de redenering dat de vernietigingsbevoegdheid door de Kroon wordt gebruikt als ware het een aanwijzingsbevoegdheid, met als doel de Orde tot enig handelen te dwingen. Daarvan is hier geen sprake omdat met de vernietiging van de wijzigingsverordening de eerder goedgekeurde bestaande verordening op de praktijkuitoefening in stand wordt gelaten.

De Orde stelt voorts dat materieel de wijzigingsverordening gedragsregels bevat waarmee Wij geen bemoeienis zouden hebben. Echter, de regeling betreffende de toelating van de zogenaamde no cure no pay prijsafspraken is neergelegd in een verordening, en verordeningen zijn op grond van artikel 30 Advocatenwet aan toetsing door de Kroon onderhevig.

Anders dan de Orde zijn Wij niet van oordeel dat vernietiging tot een onzekere situatie zal leiden. Vernietiging leidt immers tot de eenduidige situatie dat niet op basis van «no cure no pay» mag worden gedeclareerd.

Wij zijn van oordeel dat de ontwikkelingen die door de wijzigingsverordening worden opgeroepen (zie onder 4) strijdig zijn met het algemeen belang. De Orde stelt daartegenover dat deze ontwikkelingen niet waarschijnlijk zijn omdat advocaten zijn gebonden aan gedragsregels die een goede beroepsuitoefening garanderen. De eventuele corrigerende werking van deze gedragsregels zal naar Ons oordeel echter niet kunnen afdoen aan ontwikkelingen die als gevolg van de wijzigingsverordening expliciet mogelijk worden gemaakt en gestimuleerd.

Wij hebben de volgende bezwaren tegen de wijzigingsverordening.

2. Overwegingen met betrekking tot de rol van de advocaat in het Nederlandse rechtsbestel

De rechtstatelijke rol en de feitelijke positie die de advocaat in het Nederlandse rechtsbestel inneemt vloeien voort uit de wijze waarop de advocatuur hier te lande is geregeld alsmede uit de bijzondere positie die in Nederland aan de advocaat is toegekend. Deze positie kan als volgt worden geschetst.

In artikel 18 van de Grondwet ligt het recht voor de rechtzoekende om zich te laten bijstaan door een deskundige verankerd. De overheid ziet het als haar taak om ervoor zorg te dragen dat rechtzoekenden in en buiten rechte de bijstand kunnen inroepen van een advocaat. Ter regulering van deze taak is het beroep van advocaat krachtens artikel 134 van de Grondwet bij wet geregeld. Op grond van de Advocatenwet kunnen door het College van Afgevaardigden van de Orde verordeningen worden opgesteld met het oog op een goede beroepsuitoefening. Deze verordeningen kunnen op grond van artikel 10:34 Awb worden vernietigd op grond van strijd met het recht of het algemeen belang. Voorts volgt uit artikel 46 van de Advocatenwet dat een advocaat zich meer in het algemeen betamelijk dient te gedragen. De wettelijke regelingen hebben alle betrekking op de beroepsuitoefening van de advocaat in het licht van een goede en toegankelijke rechtsbedeling. Daarmee wordt uitdrukking gegeven aan het feit dat de goede beroepsuitoefening van de advocaat met zich brengt dat niet alleen de belangen van de cliënt worden behartigd, maar ook de algemene belangen van een goede rechtsbedeling. Het algemeen belang vindt zijn weerslag in de cruciale rol die de advocaat speelt in het Nederlandse rechtssysteem. Het schept rechten en verantwoordelijkheden die mede voortvloeien uit bijzondere privileges en plichten van de advocaat, zoals het domeinmonopolie, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht. De advocaat moet in vrijheid en onafhankelijkheid kunnen optreden. De rechter moet kunnen vertrouwen op de advocaat. De rechter moet ervan kunnen uitgaan dat de advocaat het belang van zijn cliënt en dat van een goede rechtspleging voorop stelt. In de memorie van toelichting bij de Advocatenwet wordt dit als volgt verwoord (Kamerstukken II 1947-1948, nr. 892, pagina 3:

«het is de taak en de roeping van de advocaat op te treden ter verdediging van personen en belangen, die worden bedreigd. In de rechtsbedeling wordt zulks erkend door de toekenning aan de advocaat van zekere rechten welke handhaving van de rechtszekerheid dient.»

«Bij de rechterlijke colleges bestaat in civiele zaken verplichte rechtsbijstand. Hiertegenover moet de balie de waarborg geven, dat de advocaten bij de vervulling van hun taak steeds de eerbied voor het recht zullen handhaven en het vertrouwen der rechtzoekende verdienen.»

Voornoemde zienswijze vindt bevestiging in de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Wouters (zie HvJ EU 19 februari 2002, NJ 2002, 425, arrest Wouters waar wordt aangehaald dat een goede beroepsuitoefening in Nederland inhoudt de verplichting om de cliënt in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van die cliënt te verdedigen, de verplichting om elk risico van belangenconflicten te vermijden en de verplichting om een strikt beroepsgeheim in acht te nemen (r.o. 100). Het Hof merkt op dat de initiatieven van de advocaat in een zaak uitsluitend in het belang van zijn cliënt mogen worden genomen (r.o. 102).

Aan de bijzondere onafhankelijke positie die de advocaat in de procedure heeft gekregen komt de grondslag te ontvallen zodra de advocaat een eigen belang heeft in de procedure. Ook in de verhouding met zijn cliënt behoort de advocaat voldoende ruimte te houden voor een onafhankelijke opstelling. Die ruimte wordt verminderd naarmate de advocaat méér een eigen belang heeft bij de afloop van een procedure. Het vertrouwen tussen advocaat en cliënt komt onder druk te staan als de dienstverlening in een te grote mate door het eigen belang van de advocaat wordt bepaald. De cliënt kan dan bijvoorbeeld het advies om een schikking te aanvaarden niet meer als een onbevungen oordeel zien. De cliënt heeft er recht op dat alleen zijn belang wordt gediend en niet dat de advocaat een significant eigen belang heeft bij de afloop van de zaak. De advocaat die een substantieel belang heeft bij de hoofdzaak staat bloot aan tal van verleidingen, variërend van het onnodig laag schikken bij een goed gevuld zaaksbestand tot het toepassen van onoorbare middelen om een gunstig resultaat te bereiken. Stellig zullen veel advocaten die verleidingen weerstaan, en stellig zal de (tucht)rechter corrigerend optreden, maar die bieden vermoedelijk onvoldoende tegenwicht wanneer met no cure no pay een structurele druk in de gevreesde richting wordt geïntroduceerd. Het kan niet zo zijn dat de rechtzoekende afhankelijk is van de belangenafweging van advocaten en van toezicht dat berust op klachten daarover.

Gelet op het bovenstaande miskent de voorgestelde wijzigingsverordening de geschetste betekenis en de rol van de advocaat in het Nederlandse systeem van rechtsbedeling. Deze miskening volgt uit de volgende nader gespecificeerde overwegingen waarin nader op hetgeen hierboven is uiteengezet wordt ingegaan.

3. Overwegingen met betrekking tot het eigen belang van de advocaat

Anders dan de Orde zijn Wij van oordeel dat het enkele feit dat de advocaat bij de mogelijkheid om op basis van het zogenaamde no cure no pay systeem te declareren een vergaand financieel belang heeft bij de uitkomst van de zaak, leidt tot vermenging van belangen en verwatering van de taak van de advocaat. In feite neemt de advocaat in zo'n geval de risico's die zijn cliënt bij verlies van de zaak zou lijden volledig van hem over. De advocaat wordt in wezen zelf partij in de door hem behandelde zaak. Daardoor komt hij onder druk om zich bij de behandeling van de zaak mede door eigen financieel belang te laten leiden. Voor een behoorlijke rechtsbedeling, en dus een goede beroepsuitoefening, is echter vereist dat de rechtsbijstandverlening door een advocaat onbelemmerd kan worden verleend, los van een vergaand direct eigen financieel belang en van andere niet door een behoorlijke rechtsbedeling ingegeven belangen. De advocaat is verplicht in elke zaak het belang van de cliënt voorop te stellen en elk risico van een belangenconflict te

vermijden. Het belang van de cliënt is bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken behandelt. Er bestaan verschillende vormen van resultaat gerelateerde beloning die niet bezwaarlijk zijn omdat de advocaat daarmee niet de volledige risico's van zijn dienst overneemt en partij wordt in de door hem behandelde zaak. Deze vormen van honorering gaan uit van een basisloon dat in ieder geval kostendekkend is. No cure no pay (en quota pars litis als variant daarvan) gaat echter veel verder. Een no cure no pay-afrekening houdt in dat de advocaat met zijn cliënt een overeenkomst sluit die tot gevolg heeft dat als de zaak wordt gewonnen een vast bedrag of een percentage van het toegekende bedrag wordt betaald en dat als de zaak wordt verloren niets wordt betaald. Het bedrag dat de advocaat als het hem toekomende aandeel bij een no cure no pay-arrangement bedingt zal altijd substantieel hoger zijn dan het bedrag bij traditionele afrekening, omdat hij uit de hogere opbrengst zijn hogere risico's (m.n. verlies van andere zaken) moet kunnen dekken, alsmede eventuele onkosten in verband met opgestelde deskundigen-rapporten. De spanning die hierdoor ontstaat tussen een goede beroeps-uitoefening aan de ene kant en het handelen als ondernemer aan de andere kant dient zoveel mogelijk weggenomen te worden. Dit betekent dat in de ruime keuze aan declaratiemethoden alleen met die methoden dient te worden gewerkt die de onafhankelijkheid van optreden zoveel mogelijk waarborgen.

4. Overwegingen met betrekking tot de toegang tot het recht

De Orde stelt dat de rechtzoekende er met de mogelijkheid van no cure no pay een mogelijkheid bij krijgt en dat hem daarmee een betere toegang tot het recht wordt geboden. De verruiming van de toegang tot het recht vormt voor de Orde ook *de* motivering voor de wijzigings-verordening. Het ligt echter zeer voor de hand dat de introductie van no cure no pay tot een geheel andere ontwikkeling aanleiding zal geven. Dit is een gevolg van twee contextgegevens die zich in de Nederlandse situatie (zullen blijven) voordoen:

a. afrekening op no cure no pay-basis wordt door de wijzigings-verordening geïntroduceerd naast de reeds bestaande traditionele afrekenmethode op urenbasis;

b. Ons recht gaat niet uit van bijzonder hoge schadevergoedings-bedragen; alleen reëel geleden schade komt voor vergoeding in aanmerking. Zogenaemde «punitive damages» (zoals die in de Verenigde Staten voorkomen) worden in Ons land al helemaal niet toegekend.

Het onder «a» genoemde gegeven impliceert dat de stelling van de Orde dat de toegang voor de rechtzoekende tot het recht toeneemt, in de praktijk afhankelijk zal blijken te zijn van de bereidheid van de advocaat om voor een van beide afrekenmethoden te kiezen. Het is niet onwaarschijnlijk dat rechtzoekenden regelmatig een no cure no pay-afrekening zullen wensen – risicoloos procederen zullen velen aantrekkelijk achten – maar dat de advocaat daarmee niet instemt. Met name bij zaken die hij minder kansrijk acht is het zeer onwaarschijnlijk dat hij bereid is het risico van een verloren zaak, die hem niets zal opleveren, voor zijn rekening te nemen (en juist voor de wat zwakkere zaken, die de rechtzoekende volgens de Orde nu moeilijk behandeld kan krijgen, is volgens de Orde verruiming van de toegang tot het recht nodig).

Bij een sterkere zaak zal hij dat risico veel eerder willen nemen omdat een no cure no pay-arrangement een aanzienlijk hoger advocatenaandeel (en dus een lagere opbrengst voor de cliënt) rechtvaardigt dan bij een afrekening op urenbasis.

Het voor de hand liggende saldo-effect is dat de toegang tot het recht niet of niet betekenisvol zal toenemen, terwijl het gemiddelde aandeel voor de advocaat stijgt en de opbrengst voor de rechtzoekende daalt. Zelfs als er hier en daar wel een zwakkere zaak op no cure no pay-basis

wordt behandeld en deze vervolgens geen resultaat oplevert, is het totale resultaat dan toch dat de rechtzoekende die recht heeft op schadevergoeding daarvoor een hogere prijs betaalt teneinde de rechtzoekende die geen aanspraak blijkt te hebben in staat te stellen risicoloos en kosteloos te procederen. Naar Ons oordeel zou dit een hoogst onwenselijke ontwikkeling in Ons rechtsstelsel zijn.

Het onder «b» genoemde gegeven versterkt de plausibiliteit van de hierboven aangegeven ontwikkeling. Zou er in Nederland een zeer royale schadevergoedingscultuur bestaan, dan is het denkbaar dat een advocaat die één of enkele malen voor zijn cliënt een hoge schadevergoeding weet te bemachtigen, met zijn – in dat geval zeer ruime – aandeel in die vergoeding(en) een zodanige reserve opbouwt dat hij gemakkelijker het risico van een zwakkere zaak voor zijn rekening zou kunnen nemen. Maar in de Nederlandse verhoudingen zou een advocaat in de praktijk zeer veel schadezaken moeten winnen en daarbij ook nog eens een fors hoger aandeel voor zichzelf hebben moeten bedingen, om het vergrote risico van verloren zaken te kunnen compenseren. En ook dan zal deze advocaat, zoals elke ondernemer, de neiging hebben zijn algehele bedrijfsrisico te minimaliseren door elke nieuwe zaak op zijn eigen merites te beoordelen en op basis daarvan zijn afrekenmethode te kiezen. Dat is geen onoorbaar gedrag en zeker niet in strijd met de gedragsregels voor advocaten, omdat de mogelijkheid hiertoe bewust door de wijzigingsverordening wordt gecreëerd.

Aan het bovenstaande doet niet af dat in de toelichting op de wijzigingsverordening is aangegeven dat het te ontvangen honorarium niet excessief mag zijn, aangezien de werking van het hierboven geschetste mechanisme een algeheel prijsopdrijvend effect kan hebben. Daarmee wordt een hoge prijs een reëel en dus algemeen aanvaard gegeven.

Met het bovenstaande wordt duidelijk dat de toegang tot het recht niet langer wordt bepaald door het belang van de zaak, maar door de financiële risico's die de advocaat loopt. Hier doet zich wederom de spanning tussen een goede beroepsuitoefening en het handelen als ondernemer gevoelen. Financiële redenen van de advocaat mogen als zodanig niet de toegang tot het recht bepalen. Aan het enkele feit dat vooraf vaststaat dat een advocaat geen honorarium ontvangt in het geval de zaak wordt verloren is inherent dat de toegang tot het recht voor een doorslaggevend deel wordt bepaald door financiële afwegingen van de advocaat en niet door de belangen van de cliënt. Met gebruikmaking van de vele andere honoreringsmogelijkheden, waarmee ook tegemoet kan worden gekomen aan de draagkracht van de cliënt, kan dit worden voorkomen.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat de wijzigingsverordening weliswaar leidt tot vermenging van belangen tussen cliënt en advocaat, maar dat deze belangen geenszins parallel hoeven te lopen, zoals de Orde tijdens het overleg heeft gesteld.

De Orde hanteert, ook blijkens haar toelichting tijdens het overleg op 2 december 2004, het uitgangspunt dat de toegang tot het recht het meest is gediend met een rechtsstelsel dat rechtzoekenden stimuleert hun geschil sneller en zo nodig vaker aan de rechter voor te leggen. Voor een toegankelijk rechtspraak en – meer in het algemeen – de toegang tot het recht, is de regering verantwoordelijk. Het kabinet heeft zijn beleid in dezen onder meer uiteengezet in de brieven aan de Tweede Kamer van 19 april 2004, inzake mediation en het rechtsbestel (Kamerstukken II 2004/04, 29 528, nr. 1) en van 9 juli 2004 inzake slagvaardiger rechtspleging (Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 10).

Het bovengenoemde uitgangspunt van de Orde is strijdig met het kabinetsbeleid op dit punt. Toegang op zich zelf is geen doel van het beleid, maar toegang voor die zaken waar een rechterlijk oordeel nodig is. De rechter dient bij voorkeur pas te worden benaderd indien partijen er onderling niet uitkomen. In de processuele fase moeten partijen worden

gestimuleerd de methode van geschilbeslechting te kiezen die hun de meeste kans biedt dat doel te bereiken. Voor zover no cure no pay de eisende partij aanmoedigt zijn geschil risicoloos en kosteloos aan de rechter voor te leggen leidt dit tot ongewenste ontwikkelingen die naar Ons oordeel reeds om die reden strijdig zijn met het algemeen belang. Dit staat dan nog los van de bijdrage die het uitgangspunt van de Orde levert aan het ontstaan van een – door het kabinet eveneens hoogst onwenselijk geachte – claimcultuur, waarop onder punt 7 wordt ingegaan.

Wij wijzen voorts op een wel betekenisvolle verruiming van de toegang tot het recht die binnenkort zal worden ingevoerd.

Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling van massaschaden (waaronder ook letsel- of overlijdensschade kan worden begrepen) voorziet in een mechanisme waarmee afspraken tussen gelaedeerden en aansprakelijke partijen over de afwikkeling van een aantal gelijksoortige schadegevallen worden bevorderd. Daardoor wordt onnodig procederen voorkomen, worden proceskosten voor gelaedeerden beperkt, wordt hun schade op een snelle en eenvoudige wijze vergoed en wordt aan aansprakelijke partijen zekerheid geboden over de financiële verplichtingen. Als maatschappelijk voordeel kan worden gewezen op het voorkómen van kosten en inspanningen die gepaard gaan met het voeren van procedures waarbij telkens identieke vragen moeten worden beantwoord. In dit kader is, anders dan de Orde meent, niet noodzakelijk dat de aansprakelijkheid reeds is erkend. Naar verwachting zal dit voorstel binnen enkele maanden in werking treden. Indien evenwel een advocaat in een individuele zaak een aantrekkelijk belang ziet, kan hij een benadeelde adviseren geen gebruik te maken van deze wijze van afwikkeling, zodat daarmee de voordelen van deze regeling ondermijnd worden.

5. Overwegingen met betrekking tot de bedrijfsrisico's

Het faciliteren van volledig resultaatgerelateerde honoraria leidt ook tot grotere bedrijfsrisico's voor de rechtshulpverlener. Immers, veelal moeten investeringen worden gedaan in onderzoeken ter vaststelling van de schadevergoeding. Dergelijke investeringen gaan nogal eens de draagkracht van de cliënt te boven. Dit is geen probleem als de zaak wordt gewonnen. Wordt de zaak niet gewonnen en is de zaak op basis van no cure no pay behandeld, dan dreigt het gevaar van een onrechtmatig beroep op de derdenrekening van de advocaat of van faillissement, indien de onderzoeksinvesteringen ook de draagkracht van een advocaat te boven gaan. Dit staat aan een goede beroepsuitoefening in de weg, aangezien daarmee de belangen van andere cliënten in het geding komen.

Het introduceren van een dergelijk volledig resultaatafhankelijk honorarium maakt de advocaat tot een soort verzekeraar, iets waartoe hij niet is opgeleid. Bovendien kan dat leiden tot onvoorziene gevolgen in termen van het toepasselijk toezichtsregime. Faillissementen van advocaten en misbruik van derdenrekeningen zullen, net als het geval zou zijn bij notarissen, het vertrouwen in de rechtsbedeling grote schade aandoen. Daar komt bij dat een mogelijk afdekken van deze risico's bij commerciële bedrijven, zoals letselschadekantoren, afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van de advocaat.

Het bovenstaande laat onverlet dat uit andere (gedrags)regels van de Orde kan worden opgemaakt dat een goede beroepsuitoefening wordt gestimuleerd.

De Orde stelt voorts, dat andere dienstverleners wel een vorm van rechtshulp kunnen aanbieden op basis van no cure no pay. Als dat zo is, dan wijzen Wij erop dat deze andere rechtshulpverleners – anders dan de advocaten – niet behoren tot een bij wet geregeld vertrouwensberoep waaraan bepaalde voorrechten kleven.

6. Overwegingen met betrekking tot afwegingen door de rechtzoekende

Het gevolg van een no cure no pay-afrekening is voorts dat de rechtzoekende voorafgaand aan het entameren van een procedure geen evenwichtige afweging meer heeft te maken tussen de aanwending van eigen financiële middelen, het risico van een proceskostenveroordeling en het belang dat hij bij instelling van een vordering in rechte heeft. Een dergelijke afweging is ook van belang met het oog op de belangen van de in rechte te betrekken wederpartij, die er aanspraak op heeft om niet lichtvaardig in rechte te worden betrokken. Buiten de gevallen waarin een principiële juridische beslissing wordt gewenst is een gerechtelijke procedure een ultimum remedium waarvan gebruik wordt gemaakt indien partijen, noch zelf, noch met behulp van een bemiddelaar een oplossing voor het geschil kunnen vinden. Introductie van een volledig resultaatgerelateerd honorarium vermindert de zeeffunctie van de balie. Met name vanwege een zorgvuldige afweging door de rechtzoekende van kosten en baten, bevat de Wet op de rechtsbijstand – die de toegang tot de rechter voor minder draagkrachtigen waarborgt – het instrument van de betaling van een inkomensafhankelijke eigen bijdrage door de rechtzoekende en kent het procesrecht de regel dat gebruikmaking van processuele bevoegdheden het risico van de veroordeling in de proceskosten met zich brengt. Het wegvallen van deze kosten/baten analyse door de rechtzoekende vergroot de kans op vrijblijvend procederen en is ook in dat perspectief gelet op het belang van een goed functionerende rechtsbedeling ongewenst.

Anders dan de Orde in het overleg op 2 december 2004 heeft aangegeven, zijn Wij van oordeel dat er geen inconsistentie is met de hiervoor aangehaalde overwegingen waarin wordt aangegeven dat een advocaat naar alle waarschijnlijkheid alleen de belangen van een cliënt in zaken met een hoge winstkans op basis van no cure no pay zal willen behartigen. Immers, indien de advocaat een cliënt in een zaak op basis van no cure no pay juridisch wil bijstaan, wil dit niet zeggen dat de cliënt daarmee een afweging kan maken met betrekking tot de vraag of en op welke wijze, wordt geprocedeerd. De afwegingen van de cliënt kunnen in een dergelijk geval immers niet mede zijn gericht op de wijze waarop de declaratiemethode in de zaak zal geschieden.

7. Overwegingen met betrekking tot de claimcultuur

De voorgestelde verruiming van de honoreringsmogelijkheden klemmt bovendien vanwege het beleid van de overheid, gericht op het tegengaan van de zogenaamde claimcultuur en het beleid dat erop gericht is om de afwikkeling van letselschades in de toekomst minder traag, minder duur, minder conflictueus en minder belastend te laten zijn dan thans. Uit recent WODC-onderzoek is gebleken dat weliswaar steeds hogere bedragen worden geclaimd, maar dat de door de rechter toegewezen bedragen nauwelijks stijgen. Indien advocaten evenwel een niet onaanzienlijk financieel belang bij de afloop van de zaak hebben, zal de druk om hogere bedragen, namelijk ten gevolge van hogere kosten in het proces, toe te wijzen toenemen, waardoor niet ondenkbaar is dat de rechter daar steeds moeilijker weerstand tegen kan bieden. Dit zou haaks staan op het zojuist genoemde beleid. Ook in dit opzicht zou de gang naar de rechter bij voorkeur alleen moeten worden ondernomen als partijen er ondanks serieuze pogingen onderling niet uitkomen. Het volledig verruimen van de mogelijkheden van resultaatgerelateerde beloning vergroot als zodanig de aantrekkelijkheid van de gang naar de rechter op onverantwoorde wijze. Anders dan de Orde aangeeft, staat dit niet zonder meer haaks op hetgeen hierboven is aangegeven over het in behandeling nemen van een zaak met een hoge winstkans. Immers, alhoewel deze winstkans de keuze van

de cliënt beperkt, zijn er ook zaken die wel op basis van no cure no pay worden afgedaan. Zoals hierboven is aangegeven ligt het in de rede dat dit geschied tegen een hoog honorarium, met als gevolg een stijging van de claimhoogte.

Met de gang naar de rechter bestaat het gevaar van verdergaande belasting, of zelfs overbelasting van het rechterlijk systeem. Op dit moment wordt slechts 1 tot 5% van de letselschadezaken aan de rechter voorgelegd. Er zijn geen aanwijzingen dat dit lage percentage ten koste gaat van slachtoffers die een gerechtvaardigde claim hebben. Te verwachten valt dat in het geval advocaten een niet onaanzienlijk financieel belang bij de afloop van de zaak hebben, dit het gevaar in zich bergt van een verdere versterking van relaties, waar een verdergaande polarisatie en mogelijk zelfs escalatie van het schaderegelingproces het gevolg van kan zijn. Dit staat haaks op het door de overheid gevoerde beleid dat er juist op gericht is om het huidige proces in de toekomst meer open en gedepolariseerd te laten verlopen. De noodzaak daartoe is recentelijk nog eens onderstreept door het rapport van de Stichting de Ombudsman «Letselschaderegeling; onderhandelen met het mes op tafel of een zoektocht naar de redelijkheid». Daaruit blijkt dat bij letselschadeslachtoffers erkenning van het hun aangedane leed voorop staat alsmede een snelle afdoening van het geschil opdat zo snel mogelijk kan worden teruggekeerd naar de situatie van voor het ongeval. De echte verwerking door een slachtoffer kan immers veelal pas plaatsvinden na afhandeling van zijn claim. Ten slotte valt erop te wijzen dat ook op andere wijze deze vorm van honorering op onaanvaardbare wijze het letselschadeprocess kan beïnvloeden. Genoemd wordt slechts het belang van de advocaat bij schadevergoeding te verkrijgen in geld, in de situatie waar het slachtoffer gebaat is bij een schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW).

Zowel partijen, als de samenleving als geheel zijn er bij gebaat, indien het schaderegelingproces zo snel mogelijk wordt afgerond. Dit komt overeen met de aanbeveling van de commissie fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht, die institutionele partijen oproept rekening te houden met elkaars belangen met het oog op beëindiging van hun geschil en hun geschil niet nodeloos te laten escaleren maar integendeel te proberen het in der minne (buitengerechtelijk) te beëindigen.

8. Overwegingen met betrekking tot alternatieve honoreringsmogelijkheden

Het huidige recht biedt de mogelijkheid om afspraken te maken over de hoogte van het honorarium en de betalingswijze, die tegemoet komen aan de financiële mogelijkheden van de cliënt. Hiertoe behoort ook de in het huidige artikel 2 van de Verordening beschreven mogelijkheid om onder voorwaarden die door de hoogste tuchtrechter zijn geformuleerd resultaatafhankelijke honoreringsafspraken te maken. Uitgangspunt bij de afspraak dient te zijn dat een zeker basishonorarium wordt berekend.

Dergelijke mogelijkheden zijn volledig in overeenstemming met het uitgangspunt van de onafhankelijkheid van de advocaat en bevorderen dat het optreden van de advocaat wordt ingegeven door de belangen die hij in eerste instantie moet dienen: die van de cliënt en die van een goede rechtsbedeling. Waar nodig, voorziet het huidige systeem dus in extra prikkels voor een optimale prestatie. Een advocaat is het overigens ook toegestaan zijn kosten voor te schieten of af te zien van een voorschot.

Wij zijn van oordeel dat een honoreringsmogelijkheid die aan kan zetten tot een minder goede beroepsuitoefening in strijd is met het algemeen belang en derhalve onwenselijk is.

9. Overwegingen met betrekking tot de mededinging

De Orde geeft met verwijzing naar het besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) van 21 februari 2002, nr. 560/87, (Engelgeer) aan dat vernietiging van de Verordening niet mogelijk is, aangezien de NMa in laatstgenoemd besluit het redelijk vermoeden heeft uitgesproken dat een verbod op het declareren op basis van no cure no pay in strijd is met de mededinging waar het letselschade betreft.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in de zaak Wouters (zie HvJ EU 19 februari 2002, NJ 2002, 425, arrest Wouters) uitgemaakt dat niet ieder besluit van een ondernemersvereniging dat de concurrentie beperkt noodzakelijkerwijs inbreuk maakt op artikel 81, eerste lid, van het Verdrag. Gelet op de nu aan de orde zijnde situatie dient beoordeeld te worden of een verbod op no cure no pay in strijd zou zijn met de mededingingsregels. Dit kan worden getoetst aan de regels die zijn gesteld in het arrest.

Indien het verbod noodzakelijk is voor een goede beroepsuitoefening, kan dit zijn toegestaan. Daarvoor moet allereerst rekening worden gehouden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, ten einde ervoor te zorgen dat de nodige garantie van integriteit en ervaring wordt geboden aan de eindgebruikers van professionele diensten en een goede rechtsbedeling te verzekeren (r.o. 97).

Vervolgens moet worden onderzocht of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden, ofwel of deze noodzakelijk zijn voor een goede beroepsuitoefening in Nederland (r.o. 97).

Ten derde mogen de mededingingsrechtelijke gevolgen niet verder gaan dan noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep (r.o. 107 en 108).

Het Hof overweegt dat het vaste rechtspraak is dat bij gebreke van specifieke gemeenschapsbepalingen terzake elke lidstaat vrij is om de uitoefening van het beroep van advocaat op zijn grondgebied te regelen (r.o. 99). Aangehaald wordt dat een goede beroepsuitoefening in Nederland inhoudt de verplichting om de cliënt in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van die cliënt te verdedigen, de verplichting om elk risico van belangenconflicten te vermijden en de verplichting om een strikt beroepsgeheim in acht te nemen (r.o. 100). Het Hof merkt op dat de initiatieven van de advocaat in een zaak uitsluitend in het belang van zijn cliënt mogen worden genomen (r.o. 102).

Uit het bovenstaande kan de conclusie worden getrokken dat uit de wijze waarop de advocatuur is geregeld en de bijzondere positie die in het Nederlands rechtsbestel aan de advocaat is toegekend blijkt dat een goede beroepsuitoefening niet gepaard kan gaan met een no cure no pay honoreringssysteem. Er kan immers slechts dan de nodige garantie van integriteit en ervaring aan de rechtzoekenden worden geboden, indien voorop staat dat financiële belangen van de advocaat niet bepalend zijn voor de behartiging van de zaak van de cliënt. Slechts bij een duidelijke scheiding tussen de uitoefening van het beroep van advocaat en het zijn van ondernemer kan een goede rechtsbedeling worden verzekerd. Dit sluit onder andere aan bij de hiervoor aangehaalde overweging van het Hof waarin wordt aangegeven dat naar de Nederlandse heersende opvattingen een goede beroepsuitoefening met zich brengt dat de advocaat de verplichting heeft om *elk* risico van belangenconflicten te vermijden alsmede dat de initiatieven van de advocaat in een zaak *uitsluitend* in het belang van zijn cliënt mogen worden genomen.

Een verbod op no cure no pay is niet onevenredig in het licht van de mededingingsrechtelijke gevolgen die dit met zich kan brengen. Er zijn veel honoreringmogelijkheden die wel zijn toegestaan. Daarbij geldt als regel dat het basisinkomen kostendekkend moet zijn. Daarnaast kan

binnen dit kader rekening worden gehouden met de hoogte van de draagkracht van de rechtzoekende. Het bovenstaande wordt in de uitspraak van het Hof van discipline van 14 februari 2005, nr. 4074, bevestigd. Daarbij verwijst het Hof ook nog naar de beschikking van de Europese Commissie in de zogenaamde EPI-zaak (Pb. EG 1999, L 106/14) inzake het verbod op resultaatsafhankelijk declareren op no cure no pay basis door octrooigemachtigden (r.o. 7.3). De Europese Commissie overweegt in deze beschikking dat dit verbod gerechtvaardigd is, omdat er anders een risico zou zijn dat procedures niet worden ingesteld op grond van de kwaliteit van het octrooi of van de oppositie daartegen, maar worden ingegeven door zuiver commerciële overwegingen van de gemachtigden. In de economische en juridische context die eigen is aan het betrokken beroep, acht de Commissie dit verbod noodzakelijk om de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen.

10. Overwegingen met betrekking tot bezwaren tegen een experimentele aanpak

Het bezwaar tegen de voorgestelde volledig resultaatgerelateerde honorering is niet alleen van beleidsmatige maar ook van fundamentele en rechtssystematische aard en hangt nauw samen met het systeem van rechtsbedeling en de positie die de advocaat daarin inneemt, zoals dat in Nederland als wenselijk en nodig wordt beschouwd. Dit is hierboven geschetst. Het bezwaar dat de Orde in de toelichting bij de wijzigingsverordening tegen het verbod van «no cure no pay» en «quota pars litis» aanhaalt, lijkt echter vooral van praktische en financiële aard, omdat de Orde ook in het overleg op 2 december 2004 heeft toegelicht dat bij de belemmeringen in de toegang tot het recht, die de Orde volgens haar motivering beoogt weg te nemen, voor de wijzigingsverordening vooral gedacht moet worden aan de soms hoge kosten van deskundigenberichten (onderzoekskosten) in de preprocesuele fase. Zo deze kosten al een belemmering zouden vormen voor de toegang tot het recht, is het naar Ons oordeel volstrekt disproportioneel een zo fundamenteel beginsel als het (in Europa algemeen gebruikelijke) verbod op no cure no pay en quata pars litis opzij te zetten, laat staan dat te doen in de vorm van een vijf jaar durend experiment.

Fundamentele beginselen lenen zich bij uitstek niet tot experimenten, ongeacht of deze zijn bedoeld om een praktijk op een beperkt terrein te toetsen op uitvoerbaarheid. Een experiment veronderstelt dat het bij een ongunstige evaluatie na afloop weer ongedaan zou kunnen worden gemaakt, maar bij eenmaal prijsgegeven fundamentele principes kan daarvan geen sprake zijn. Principes herinvoeren is een innerlijke tegenstrijdigheid. Het invoeren van no cure no pay raakt onvermijdelijk het wezen van de advocatuur en kan niet beperkt blijven tot alleen letselschadezaken. De Orde heeft duidelijk gemaakt de mogelijkheid dat het letselschadedomein in deze wordt uitgebreid tot andere soorten zaken ook niet uit te sluiten. Een dergelijke ontwikkeling – als gevolg van een uitsluitend op de kosten van deskundigenrapporten gerichte pilot – zou het fundamentele en principiële karakter van het hierboven beschreven beginsel miskennen en alleen al om die reden in strijd zijn met het algemeen belang.

Anders dan de Orde meent, heeft de wijzigingsverordening dus een veel verdergaande strekking dan het opdoen van praktijkervaringen.

Gelet op het bovenstaande is een nadere inhoudelijke beoordeling van het experiment niet aan de orde. Ten overvloede wordt nog gewezen op de brief van 7 februari 2005 van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Kamerstukken II 2004/05, 29 800 VI, nr. 109) waarin wordt aangekondigd in letselschadezaken een medisch haalbaarheidsonderzoek tegen gemitigeerd tarief (ongeveer Euro

200) mogelijk te maken voor zowel degenen die op toevoegbasis rechtsbijstand kunnen ontvangen als degenen die buiten het van de Wet op de rechtsbijstand vallen. Daarmee wordt een instrument geboden voor een nadere analyse van de haalbaarheid van de zaak. Daarmee kan de advocaat de zaak op zijn inhoudelijke merites beoordelen. Ook de cliënt is hiermee gediend bij het maken van een honoreringsafsprake die niet met name door financiële belangen van de advocaat is ingegeven.

Hebben goedgevonden en verstaan:

Alles afwegende en gehoord de Orde geeft het voorgaande aanleiding de Verordening van de Orde van 25 maart 2004 tot wijziging van de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) te vernietigen wegens strijd met het algemeen belang.

Onze Minister van Justitie is belast met de uitvoering van dit besluit dat in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 9 maart 2005

Beatrix

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Uitgegeven de *vijftiende* maart 2005

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Het advies van de Raad van State is openbaar gemaakt door terinzagelegging bij het Ministerie van Justitie.
Tevens zal het advies met de daarbij ter inzage gelegde stukken worden opgenomen in het bijvoegsel bij de Staatscourant van 12 april 2005, nr. 70.