

No cure no pay

NMa mist kans om eind te maken aan discussie

Het NMa-besluit inzake *no cure no pay*¹ en het recente arrest van het Hof van Justitie over het verbod op samenwerking tussen accountants en advocaten (Wouters-arrest) zijn uiterst belangrijk voor de vraag hoe de Nederlandse advocatuur mededingingsrechtelijk moet worden gezien. Bij de analyse van beide beslissingen komt de vraag op of het NMa-besluit consistent is met het arrest van het Hof van Justitie. De NMa lijkt een kans te hebben laten liggen om een eind te maken aan de discussie over het *no cure no pay*-verbod.

Martijn Snoep

Advocaat te Den Haag²

Op 19 februari jl. nam het Hof van Justitie een tweetal lang verwachte beslissingen naar aanleiding van gestelde prejudiciële vragen van een Italiaanse rechter (de Pretore di Pinerolo) en de (Nederlandse) Raad van State. In de eerste beslissing, het Arduino-arrest, stond centraal de vraag of de vaststelling door de Italiaanse overheid van minimum- en maximum-tarieven voor advocaten, op voordracht van de Italiaanse orde van advocaten, in overeenstemming is met de art. 10 en 81 EG-Verdrag.³ Gelet op het kader van dit art. zal ik dit arrest verder buiten beschouwing laten.

In de tweede beslissing, het arrest Wouters, sprak het Hof van Justitie zich uit over de verenigbaarheid met de art. 81, 82, 43 en 49 EG-Verdrag van het verbod op samenwerking tussen accountants en advocaten dat voortvloeit uit de Samenwerkingsverordening 1993 van (het college van afgevaardigden van) de Nederlandse Orde van Advocaten.⁴ Wederom zal ik gelet op de strekking van dit artikel de uitspraak met betrekking tot de art. 82, 43 en 49 EG-Verdrag hier verder buiten beschouwing laten.

[Zie voor reacties op dit arrest verderop in dit nummer het stuk van Lex van Almelo; in het komend nummer zal Marco Slotboom het arrest uitgebreid tegen het licht houden, *red.*]

De derde beslissing is slechts twee dagen

na genoemde arresten genomen, op 21 februari jl. In het besluit op de klacht van mr. G. Engelgeer oordeelde de NMa over art. 25 lid 2 en 3 van de Gedragsregels, dat beter bekend staat als het *no cure no pay*-verbod.⁵ De klager stelde dat dit verbod in strijd is met art. 6 Mededingingswet. Het besluit van de NMa laat zich niet gemakkelijk in een paar woorden vangen maar het komt erop neer dat de NMa een redelijk vermoeden heeft dat het *no cure no pay*-verbod in strijd is met art. 6 Mededingingswet maar weigert verder maatregelen te treffen. De klacht wordt dan ook afgewezen.

Wettelijk kader

Art. 81 lid 1 EG-Verdrag verbiedt besluiten van ondernemersverenigingen die tot doel of gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt en die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden verbieden. Art. 6 Mededingingswet is gelijkkluidend en dient ook op overeenkomstige wijze te worden uitgelegd, behalve dat in art. 6 de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten als criterium ontbreekt. Klassieke, voor deze materie relevante mededingingsbeperkingen zijn bijvoorbeeld besluiten over de door leden van een ondernemersvereniging te hanteren prijzen. Maar ook andere besluiten die de bedrijfsuitoefening van leden beperken, kunnen een mededingingsbeperkend doel of gevolg hebben.

Volgens in ontwikkeling zijnde rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg is evenwel geen mededingingsbeperking een besluit dat noodzakelijk is voor de desbetreffende, op zich legitieme samenwerking binnen een ondernemersvereniging of een besluit dat (redelijkerwijs) noodzakelijk is voor de

Sinds 19 februari jl. staat vast dat de Orde, ook als zij gebruik maakt van haar verordenende bevoegdheden, een ondernemersvereniging is in de zin van het mededingingsrecht



Vreemd is dat een mededingingsautoriteit die nauwelijks is onderworpen aan democratische controle zonder enige terughoudendheid beslist wat in het belang is van een goede beroepsuitoefening

goede uitoefening van het beroep van de leden van die vereniging. Dit wordt ook wel de leer van de inherente beperkingen genoemd. Indien sprake is van een inherente beperking van de mededinging is geen sprake van een overtreding van het verbod van art. 81 EG Verdrag dan wel art. 6 Mededingingswet.

Mocht sprake zijn van een mededingingsbeperkend besluit dat niet voldoet aan deze uitzondering, dan bieden het EG-Verdrag (art. 86 lid 2) en de Mededingingswet (art. 11) nog een andere uitzondering. Dit is de uitzondering voor (besluiten van) ondernemersverenigingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang voor zover de toepassing van het verbod op mededingingsbeperkende besluiten de vervulling van die bijzondere taak verhindert.

Tot slot biedt art. 16 Mededingingswet nog een uitzondering voor besluiten die a) zijn onderworpen aan goedkeuring bij of krachtens enige andere wet, b) door een bestuursorgaan onverbindend, verboden of vernietigd kunnen worden of c) op grond van enig wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen.

Hierna zullen de verschillende stappen in de redeneringen die het Hof van Justitie en de NMa hebben gezet om tot hun respectieve conclusies te komen, afzonderlijk worden besproken.

Orde is ondernemersvereniging

Het Hof van Justitie had verrassend veel woorden nodig om duidelijk te maken dat de Orde van Advocaten een ondernemersvereniging is in de zin van art. 81 EG-Verdrag. Advocaten oefenen volgens het Hof van Justitie een economische activiteit uit. Een vereniging als de Orde is dan ook een ondernemersvereniging, ook als haar gedrag dat ter discussie staat berust op een (publiekrechtelijke) verordenende bevoegdheid. Het Hof van Justitie achtte hierbij met name van belang dat de Orde een niet op het solidariteitsbeginsel berustende sociale taak of een typisch overheidsprerogatief uitoefent. Eveneens van belang was het feit dat de bestuursorganen zijn samengesteld uit advocaten en dat de nationale autoriteiten geen bemoeienis hebben met hun benoemingen. Daarnaast behoeft de Orde volgens het Hof van Justitie niet een aantal criteria van algemeen belang in acht te nemen. Sterker nog, art. 28

Advocatenwet schrijft enkel voor dat verordeningen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk moeten zijn.

Ook de NMa besteedt veel aandacht aan de vraag of de Orde een ondernemersvereniging is, in de zin van het in dit opzicht gelijkkluidende art. 6 Mededingingswet en komt ook tot een gelijkkluidende conclusie. Daarbij valt op dat hoewel het *no cure no pay*-besluit twee dagen na het arrest-Wouters is genomen, de NMa niet verwijst naar dit arrest. Kennelijk heeft de NMa het besluit niet willen of kunnen aanpassen aan het arrest en dat verdient, zoals hierna nog zal blijken, niet de schoonheidsprijs, ongeacht de vraag of het besluit daardoor wezenlijk anders zou hebben geluid. Dit geldt te meer daar de uitspraak van het Hof van Justitie al enige weken vóór 19 februari jl. op die datum stond geagendeerd en deze agenda openbaar is.

In ieder geval staat sinds 19 februari jl. vast dat de Nederlandse Orde van Advocaten, ook als zij gebruik maakt van haar verordenende bevoegdheden, een ondernemersvereniging is in de zin van het Europees en Nederlands mededingingsrecht

Samenwerkingsverordening en Gedragsregels: besluiten van ondernemersvereniging

Nadat het Hof van Justitie en de NMa hadden bepaald dat de Orde in beide gevallen handelde als ondernemersvereniging was het maar een kleine stap naar de conclusie dat dan de vaststelling van de Samenwerkingsverordening 1993 respectievelijk de Gedragsregels besluiten van een ondernemersvereniging zijn als bedoeld in art. 81 EG-Verdrag en art. 6 Mededingingswet. Het Wouters-arrest en het *no cure no pay*-besluit zijn op dit punt niet verrassend.

Het feit dat de Gedragsregels in tegenstelling tot de Samenwerkingsverordening 1993 juridisch niet bindend zijn, doet volgens de NMa terecht niet ter zake. Van een besluit in de zin als hier bedoeld is immers ook sprake bij niet-bindende beslissingen die in de praktijk door de betrokken ondernemingen worden gevolgd of die een getrouwe weergave zijn van de wil van (in dit geval de Orde) om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren. Tot zover niets nieuws onder de zon.

Samenwerkingsverbod is mededingingsbeperking

Het Hof van Justitie is betrekkelijk helder in het oordeel dat geïntegreerde samenwerking tussen accountants en advocaten voordelen kan bieden aan cliënten vanwege het voordeel van een 'one stop shop', de verflechting van nationale markten en het bereiken van schaalvoordelen die een positief (bedoeld is neerwaarts) effect op kosten kunnen hebben. Door het verbod op een dergelijke vorm van samenwerking kan de productie en de technische ontwikkeling in de zin van art. 81 lid 1 sub b EG-Verdrag worden beperkt, waardoor sprake is van een mededingingsbeperking.

Hieraan doet volgens het Hof van Justitie niet af dat samenwerking tussen advocaten en accountants op zich de mededinging ook kan beperken en een verbod daarop derhalve mededingingsbevorderend

Ondanks alle retoriek in het persbericht van de NMa, overgenomen door de kranten, zal mr. Engelgeer zich achter de oren krabben of dit nu de gewenste behandeling van zijn klacht is

kan zijn. Dit is met name het geval indien een dergelijke samenwerking zou leiden tot een aanzienlijke vermindering van het aantal op de markt voor juridische dienstverlening opererende ondernemingen. De reden dat een verbod op samenwerking desalniettemin mededingingsbeperkend is, is volgens het Hof van Justitie gelegen in het feit dat een dergelijk mogelijk (positief) effect van het verbod op samenwerking tussen accountants en advocaten, ook bereikt kan worden via minder vergaande maatregelen dat een absoluut verbod. Dit laatste motiveert het Hof overigens niet.

Ook no cure no pay-verbod is mededingingsbeperking

Volgens de NMa worden advocaten door het *no cure no pay*-verbod beperkt in hun vrijheid om hun commerciële beleid te bepalen. Dit levert hen volgens de NMa een nadeel op in de concurrentie met andere aanbieders van juridische diensten die deze methoden wel kunnen toepassen; daarom is sprake van een mededingingsbe-

perking. Deze motivering ligt niet voor de hand. Meer voor de hand had gelegen dat de NMa zou hebben bepaald dat het *no cure no pay*-verbod een mededingingsbeperking is omdat het de mededinging tussen advocaten beperkt. Het *no cure no pay*-verbod sluit immers een van de concurrentie-

parameters van advocaten uit en beperkt daardoor de onderlinge concurrentie op dit gebied. In zoverre is het bijvoorbeeld te vergelijken met een besluit van een ondernemersvereniging inhoudende een verbod om klanten van de leden korting te geven. In een dergelijk geval gaat de aandacht niet uit naar de concurrentieverhouding tussen leden en niet-leden maar de beperking van de concurrentie tussen leden onderling. Verder is de uitspraak van de NMa op dit punt weinig verrassend.

Samenwerkingsverbod noodzakelijk voor goede beroepsuitoefening

Als gezegd kan een op zich mededingingsbeperkend besluit van een ondernemersvereniging aan de werking van art. 81 EG-Verdrag ontsnappen wanneer de beperking noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat. De toets die het Hof van Justitie in het Wouters-arrest daarbij hanteert is of een verordening als de Samenwerkings-

verordening 1993 redelijkerwijs noodzakelijk kan worden geacht voor die goede uitoefening en deze ook niet verder gaat dan daadwerkelijk noodzakelijk is. Dit wijst erop dat sprake is van een marginale toetsing van de keuzes die de Orde heeft gemaakt. Deze terughoudendheid is gepast wanneer het gaat om de vraag of een bepaalde beperking noodzakelijk is voor de goede uitoefening van een beroep

Het Hof van Justitie stelt hierbij eerst vast dat de Orde heeft bepaald dat een van de belangrijkste deontologische verplichtingen van een in Nederland gevestigde advocaat zijn onafhankelijkheid is jegens overheidsorganen, andere marktpartijen en derden, door wie hij zich nimmer mag laten beïnvloeden. De advocaat moet de garantie bieden dat al zijn initiatieven in een zaak uitsluitend in het belang van zijn cliënt worden genomen. Daarnaast zijn de deontologische verplichtingen betreffende het in acht nemen van een strikt beroepsgeheim en het vermijden van elk risico van belangenconflicten van groot belang. Vervolgens stelt het Hof van Justitie dat voor een accountant in Nederland geen vergelijkbare deontologische regels gelden. Dit laatste is voor het Hof van Justitie doorslaggevend.

Volgens het Hof van Justitie kan immers een zekere onverenigbaarheid bestaan tussen de controlerende taak van de accountant en de adviserende taak van de advocaat, indien hij deel uitmaakt van een structuur die mede tot taak heeft verslag te doen van de financiële resultaten van handelingen waarbij die advocaat betrokken is geweest, en deze te certificeren. De Orde mag zich dan ook redelijkerwijs op het standpunt stellen dat een advocaat onder die omstandigheden zijn cliënt niet langer



in overeenstemming met de op hem van toepassing zijnde deontologische regels kan adviseren en verdedigen. Bovendien concludeert het Hof van Justitie dat de doelstellingen van de Samenwerkingsverordening 1993 niet kunnen worden bereikt door middel van minder beperkende maatregelen.

De conclusie van het Hof van Justitie is dat de Samenwerkingsverordening 1993 geen inbreuk maakt op art. 81 EG Verdrag. Hoewel deze verordening de mededinging beperkt mag de Orde deze toch vaststellen omdat zij door het Hof van Justitie inherent wordt geacht aan de verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat.

No cure no pay-verbod niet noodzakelijk voor goede beroepsuitoefening

Anders dan het Hof van Justitie in het Wouters-arrest lijkt de NMa niet te hebben getoetst of het *no cure no pay*-verbod redelijkerwijs noodzakelijk moet worden geacht ter verdediging van een goede beroepsuitoefening, maar heeft zij het *no cure no pay*-verbod zonder enige terughoudendheid getoetst. Een goede lezing van het arrest-Wouters voorafgaand aan het nemen van besluit had deze fout van de NMa kunnen verhelpen.

De NMa heeft nu bepaald dat het *no cure no pay*-verbod niet noodzakelijk is voor een goede beroepsuitoefening. De belangrijkste redenen hiervoor zijn volgens de NMa dat I. advocaten nu ook al een (indirect) eigen economisch belang bij hun zaken kunnen hebben en dit hun onafhankelijkheid kennelijk niet aantast, II. *no cure no pay*-declaratiemethoden hun integriteit niet aantasten, sterker nog, volgens de NMa (in een ongemotiveerde uitsmijter) zouden dergelijke methoden de integriteit zelfs kunnen bevorderen en III. de mogelijke aanmoediging van partijdigheid van de advocaat geen probleem is omdat de advocaat juist partijdig dient te zijn.

Op deze motivering van de NMa valt nog wel het een en ander aan te merken en ik neem aan dat vele commentatoren dat ook nog wel zullen doen. Naar mijn mening is echter het meest in het oog springende punt wel het gebrek aan enige terughoudendheid in de beoordeling van wat wel en

wat niet van belang is voor een goede beroepsuitoefening. Het mag dan vreemd zijn dat een beroepsvereniging, die uitsluitend bestaat uit advocaten – en die derhalve tenminste de verdenking van bescherming van de eigen beroepsgroep op zich laadt – mag bepalen of *no cure no pay*-declaratiemethoden zijn toegestaan. Nog vreemder is echter dat een mededingingsautoriteit die niet of uitsluitend zeer indirect is onderworpen aan democratische controle zonder enige terughoudendheid beslist wat in het belang is van een goede beroepsuitoefening en wat niet. Een dergelijke discussie hoort naar mijn mening thuis op een plek waarbij rekening kan worden gehouden met alle betrokken belangen, waarvan een eerlijke rechtsbedeling, een efficiënte procesgang, de toegang tot rechtshulp, naast een werkbare mededinging, er enkele zijn. De NMa heeft zich echter zonder schroom met deze kwestie bemoeid en nagelaten een rechtspolitieke afweging te maken tussen de voor- en nadelen van of *no cure no pay*-declaratiemethoden. Men kan er overigens over twisten of zij daartoe ook wel bevoegd is maar meer in zijn algemeenheid meen ik dat de NMa een dergelijke afweging ook niet dient te maken. Deze afweging hoort thuis in het parlement.

Orde niet belast met diensten van algemeen economisch belang

Aangezien het Hof van Justitie van oordeel is dat het verbod op samenwerking tussen advocaten en accountants niet in strijd was met art. 81 EG-Verdrag kwam het niet meer toe aan de vraag of de uitzondering wegens het uitvoeren van diensten van algemeen economisch belang van toepassing is. De NMa oordeelde niet erg verrassend wél over deze uitzondering, die ook in art. 11 Mededingingswet is opgenomen. De Orde is volgens de NMa niet belast met beheer van diensten van algemeen economisch belang aangezien haar wettelijk opgedragen taak niet verder gaat dan het bevorderen van een behoorlijke uitoefening van de praktijk, het behartigen van belangen en het zien op de naleving van de verplichtingen van de advocaten. Ten overvloede voegde de NMa hieraan toe dat bovendien niet is aangetoond dat het ontbreken van het *no cure no pay*-verbod de vervulling van de taken van de Orde zou verhinderen.



Tekening: Willem van Manen

Geen uitzondering art. 16 Mededingingswet

De laatste relevante uitzonderingsgrond binnen de Mededingingswet is de uitzondering voor besluiten van ondernemersverenigingen die, voor zover hier relevant, bij of krachtens enige andere wet aan goedkeuring zijn onderworpen of die door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden. Omdat volgens de NMa het *no cure no pay*-verbod niet is neergelegd in een (besluit tot vaststelling van een) verordening, valt zij niet onder het repressieve toezicht door de Kroon als bedoeld in art. 30 Advocatenwet. Vanwege het ontbreken van de mogelijkheid van repressief toezicht valt volgens de NMa daarmee het *no cure no pay*-verbod niet onder de uitzondering van art. 16 Mededingingswet.

Door het *no cure no pay*-verbod niet op een vergelijkbaar terughoudende manier te toetsen als het Hof doet in het Wouters-arrest, maakt de NMa geen eind aan de onzekerheid over het *no cure no pay*-verbod

Geen consequenties

De logische conclusie van het voorgaande zou zijn geweest dat de NMa aan de Orde een boete zou hebben opgelegd voor het overtreden van de Mededingingswet of ten minste de Orde zou hebben opgedragen een einde te maken aan het *no cure no pay*-verbod, al dan niet via het opleggen van een last onder dwangsom. Maar dat alles is niet gebeurd.

In de laatste alinea's van het besluit beroept de NMa zich namelijk op haar discretionaire bevoegdheid en onderbouwt zij haar besluit om niet in te grijpen als volgt. Ten eerste gaat het hier volgens de NMa om een gebruikelijke, algemeen bekende en openlijk toegepaste regel waarover overleg heeft plaatsgevonden met het Ministerie van Justitie, die equivalenten heeft in diverse andere landen en die niet eerder mededingingsrechtelijk is beoordeeld. Ten tweede kan de Orde het *no cure no pay*-verbod eenvoudig opnemen in een verorde-

ning waardoor het verbod onder de uitzondering van art. 16 Mededingingswet valt. Ten derde voert de NMa aan dat zij de toepassing van het *no cure no pay*-verbod alleen heeft onderzocht voor wat betreft de behandeling van letselschadezaken en niet voor andere zaken.

Juridisch betekent dit dat de NMa, zoals zij ook erkent, na bijna vier jaar onderzoek niet verder is gekomen dan de vaststelling dat sprake is van een 'redelijk vermoeden' van een overtreding van art. 6 Mededingingswet. Ondanks alle retoriek die de NMa in haar persbericht heeft weten te stoppen en die de kranten hebben overgenomen, zal Mr Engelgeer zich waarschijnlijk nog wel eens achter de oren krabben of dit nu de behandeling van zijn klacht was waarop hij had gehoopt. Te meer nu uit het persbericht van de Orde blijkt dat Mr Engelgeer zijn klacht eerder

dit jaar had ingetrokken, zonder dat de NMa hieraan refereert. Wat je ook van de conclusies van de NMa vindt, de behandeling van deze zaak biedt toekomstige klagers over overtredingen van de Mededingingswet weinig reden tot vreugde.

Hoe nu verder?

De zaak-Wouters zal nu verder worden afgewikkeld door de Raad van State. Ik ben niet bekend met alle details maar voor verassingen zal dat waarschijnlijk niet gaan zorgen. Het verbod op samenwerking tussen accountants en advocaten blijft gewoon in stand. De status van het *no cure no pay*-verbod blijft echter voorlopig ongewis. De Orde kan inderdaad het *no cure no pay*-verbod opnemen in een verordening en daarmee is voor wat betreft de Mededingingswet de kous af. Daarmee is echter nog niets gezegd over de toepassing van art. 81 EG-Verdrag.

Voor het Hof van Justitie maakt het immers geen verschil of sprake is van een verordening met een publiekrechtelijk karakter die al dan niet spontaan kan worden vernietigd, of dat sprake is van regels die niet hun oorsprong vinden in een publiekrechtelijke bevoegdheid. Inmiddels staat vast dat de Orde een ondernemersvereniging is en verordeningen als de Samenwerkingsverordening 1993 en ook de eventuele Verordening Gedragsregels besluiten van een dergelijke vereniging. De vraag is thans of het *no cure no pay*-verbod een inherente beperking is.

Dit alles heeft tot gevolg dat advocaten die af willen van het *no cure no pay*-verbod zich nu zullen gaan beroepen op strijd met art. 81 EG-Verdrag. Uiteindelijk zal dan het Hof van Justitie het laatste woord hebben over de vraag of de Orde redelijkerwijs kon vaststellen dat het *no cure no pay*-verbod noodzakelijk is voor een goede beroepsuitoefening en dat het niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van deze doelstelling, een en ander langs dezelfde lijnen als het Wouters-arrest.

Dat een dergelijk oordeel gelijkkluidend zal zijn aan het oordeel dat de NMa op dit punt heeft gegeven op basis van art. 6 Mededingingswet, is onwaarschijnlijk. Anders dan de NMa heeft het Hof van Justitie in het Wouters-arrest laten zien terughoudender te willen toetsen en minder op te hebben met ontwikkelingen die de positie van de advocaat kunnen bedreigen, al gaat het maar om een kans daarop. Door een analyse van het Wouters-arrest niet af te wachten en niet het *no cure no pay*-verbod op een zelfde wijze als het Hof van Justitie te toetsen, heeft de NMa een goede kans laten liggen een einde te maken aan de voortdurende onzekerheid over de rechtsgeldigheid van het *no cure no pay*-verbod. Dat is jammer voor alle betrokken partijen.

Noten

- 1 De redactie bedankt mr. Engelgeer, Amsterdam, voor de vlotte toezending op ons verzoek van het NMa-besluit, dat dagenlang ver te zoeken was.
- 2 mr. T.M. Snoep is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek Linklaters & Alliance, in Den Haag.
- 3 Zaak C-35/99, nog niet gepubliceerd in de officiële jurisprudentiebundel maar te raadplegen via de website www.curia.eu.int
- 4 Zaak C-09/99, nog niet gepubliceerd in de officiële jurisprudentiebundel maar te raadplegen via de website www.curia.eu.int
- 5 Nog niet gepubliceerd