

Omslag: ziekenauto's bij de ingang van de IJ-tunnel te Amsterdam waar brand uitbrak na een ongeval; ANP-Foto: Marcel Antonisse, ontwerp: Andre Klijsen

Inhoud

8 maart 2002



pagina's

191 193 194 199 200 202 204

Ineens kwam overal beweging in

Het Europees Hof van Justitie besloot dat de Orde advocaten mag verbieden om verregaand samen te werken met accountants. In het volgende nummer een analyse van het arrest, in dit nummer alvast spraakmakende opinies bij elkaar gezet. De notariële beroepsorganisatie laat in een concept-verordening die samenwerking met accountants wel toe, maar beperkt plotseling de samenwerking tussen notarissen en advocaten.

Kort na het Europees Hof besloot de NMa, na jaren onderzoek, dat het verbod op no cure no pay voor letselschade-advocaten aan de

kant moet. De Orde is van plan dat verbod dan maar in een verordening op te nemen. Maar voor hoe lang? We houden het NMa-besluit tegen het licht en inventariseren ook hier de reacties.

En dan de 'Drie hoeraatjes voor de claimcultuur' van Allard Hoogland: maanden geleden al besloten we dit essay over het Nederlands gebrek aan Amerikaanse toestanden te publiceren. Wellicht heeft de NMa niet op het Europees Hof maar gewoon op Hoogland gewacht.

In de volgende nummers

- Analyse van het Wouters-arrest
- Bestuurdersaansprakelijkheid weer uitgebreid
- Loopbaanontwikkeling in de advocatuur
- Pro bono in de VS

- 194** NMa mist kans om eind te maken aan discussie
Martijn Snoep
- 199** Reacties op NMa: In de armen van schurken
Daniela Hooghiemstra
- 200** Pyrrusoverwinning
Toine Manders
- 193** Column
When cured, you'll pay
Joost Beversluis
- 202** Niet teveel samenwerken met accountants en notarissen
Lex van Almelo

essay 204 Drie hoeraatjes voor de claimcultuur
Allard Hoogland

- 210** Kosten in civiele procedures
mr. E.E. Minkjan
- 216** Pensioen bij overgang van een onderneming
mr. H.M.J. van den Hurk
- 220** In Memoriam
jhr. mr. M.W.C. de Jonge
mr. E. Huber

Vaste rubrieken

- 222** Hoe zat het ook alweer met... de substantiërings- en bewijsaandragplicht
Willem Heemskerck
- 226** De balans van...
mr. Fred Salomon
Martine Goosens
- 228** In het nieuws
- KSU maakt een feestje van nieuwe cijfers
 - Ouwerkerk: rechtshulp toegankelijker voor minder draagkrachtigen
- 230** Reacties:
- Onderscheid onderscheid tussen toepasselijkheid en informatieplicht
 - Advocaat in strafzaken geen dominus liti
- 233** Iks ging weer eens pleiten
Leo van Osch
- 238** Disciplinaire beslissingen

234-237 Van de orde

- 191** Van de deken:
Met blijdschap geven wij kennis
- Orde-nieuws
- 234** Nieuw: OrdeVanDeDag
- 235** Advocatenwet 50 jaar



VAN DE DEKEN

Met blijdschap geven wij kennis



mr. M.W. Guensberg

Het Hof van Justitie te Luxemburg heeft op 19 februari 2002 na een jarenlange procedure tussen Wouters Advocaten (gelieerd aan Arthur Andersen) en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV enerzijds en de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten anderzijds arrest gewezen. [Zie ook de eerste artikelen in dit nummer, *red.*] Het enorme belang van de zaak voor de advocatuur en de rechtspleging gecombineerd met het gegeven dat zes jaar procederen een enorme investering van tijd, energie en geld heeft gevergd, deed ons met buitengewone spanning naar de ontknoping uitzien. In de loop van de ochtend van de negentiende februari kwam het arrest beschikbaar op de site van het Hof. (Wat zou het goed zijn als de Nederlandse rechtscolleges hun uitspraken ook zo snel toegankelijk zouden maken.)

In een tijd waarin getornd wordt aan de onafhankelijke vertrouwenspositie van de advocaat is het een verademing dat de rechter de wezenskenmerken van het beroep handhaaft

De Samenwerkingsverordening moet worden aangemerkt als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van art. 81 lid 1 EG stelt het Hof vast. Op zichzelf geen reden voor vreugde want de Orde houdt vol dat art. 28 van de Advocatenwet en de toelichting daarop eigenlijk tot een andere conclusie dwingen. Onze blijdschap houdt echter verband met de kern van de beslissing van het Hof. De Samenwerkingsverordening maakt geen inbreuk op mededingingsregels aangezien de Orde zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat de verordening, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat.

Geheel in lijn met wat de Orde steeds heeft betoogd is het Hof blijkens het arrest van mening dat de Orde het recht van zelfregulering onverminderd kan blijven uitoefenen indien de Orde maar in redelijk-

heid kan menen dat de te stellen regels noodzakelijk zijn voor de bescherming van de essentialia van het beroep van advocaat. De regels van de Orde hebben alle betrekking op de noodzakelijke handhaving van de onafhankelijkheid, partijdigheid, kwaliteit en geheimhoudingsplicht van advocaten. De huidige regelgeving van de Orde voldoet daarmee aan de thans duidelijk bevestigde criteria.

In concreto leidt het arrest tot een duidelijke bevestiging van het verbod op geïntegreerde samenwerking – dus samenwerking met directe of indirecte deling van winst of verlies of met enige deling van zeggenschap – met accountants. Als gevolg daarvan kan de onafhankelijkheid van advocaten en met name ook nakoming van hun geheimhoudingsplicht worden veiliggesteld. Het belang daarvan kan niet worden overschat en daarom zal nauwgezet op de stipte nakoming van de Samenwerkingsverordening worden toegezien. Alleen advocaten die de essentialia van hun beroep koesteren en die mogelijke bedreigingen ervan zoveel als redelijkerwijze mogelijk is op afstand houden, voldoen optimaal aan de bijzondere eisen die een rechtsstatelijke samenleving aan hen moet stellen.

In een tijd waarin om vaak minder begrijpelijke redenen toch al getornd wordt aan de onafhankelijke vertrouwenspositie die de advocaat zijn cliënt moet bieden, is het een verademing dat de rechterlijke colleges die in de zogenaamde 'NOVA-case' een oordeel hebben geveld, handhaving van de wezenskenmerken van het advocatenberoep hebben laten prevaleren. Gelukkig maar. Voor advocaten, maar vooral voor diegenen die van de diensten van advocaten gebruik maken.

De inhoud van dit stukje illustreert hopelijk dat het werk van Ordebestuurders vaak uitermate interessant is. Wij hebben er grote behoefte aan om u zoveel mogelijk bij dat werk te betrekken. Schrijf u daarom in voor één van de vijf symposia in het kader van '50 jaar Advocatenwet' (zie het opgaveformulier in dit Advocatenblad). U geeft dan mede vorm aan het Ordebeleid op middellange termijn en uw deelname is goed voor de door ons allen zo gewenste Ordedemocratie. ■

COLOFON

82e jaargang – 8 maart 2002 – nr. 5
Verschijnt elke twee weken.

Het *Advocatenblad* is het officiële orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten en wordt uitgegeven door Elsevier bedrijfsinformatie bv. De inhoud wordt samengesteld door de van de Orde onafhankelijke redactie, behalve de rubrieken Van de Orde en Disciplinaire beslissingen.

De gehele productie van het *Advocatenblad* wordt betaald uit de advertentie-opbrengsten.

Redactie

mr. drs. G.C. van Daal
mr. W.K. van Duren
mr. W. Heemskerck
dr. L. Hesselink
mr. A.A.M. van der Meer
mr. P.F.P. Nabben
mr. G.J. van Oosten
mr. L.N.J.B. van Osch
mr. M. Perfors
mr. M. Ynzonides

Bladmanagement

mr. L.N.J.B. van Osch
mr. M. Perfors
mr. M. Ynzonides
dr. L. Hesselink (Elsevier)
mr. D. de Snoo (Orde)

Eindredactie

Linus Hesselink

Redactionele bijdragen

t.a.v. L. Hesselink
Elsevier bedrijfsinformatie bv
Postbus 16500, 2500 BM Den Haag
tel. 070-4415226
fax 070-4415919

email: l.hesselink@ebi.nl

Bezoekadres: Benoordenhoutseweg 46, Den Haag
Zie www.elsevierjuridisch.nl

Bijdragen voor het Orde-deel

Nederlandse Orde van Advocaten,
Postbus 30851, 2500 GW Den Haag,
tel. 070-3353535, fax 070-3353531.
Zie ook: www.advocatenorde.nl

Uitgever

drs. J.W. van der Weele

Juridische Vacaturebank

www.jbb.nl

Beeld

Vormgeving: VILLA Y, Andre Klijns
Tekeningen: Floris Tilanus
De Pinguïn: W.C. van Manen, Stichting
Advocaten voor Advocaten

Lay-out

Dimitry de Bruin, Den Haag

Correctie

Fred Luiten, Leiden

Druk

Drukkerij Groen bv, Leiden

Advertenties

Brouwer's Direct Marketing bv
Postbus 90, 2380 AB Zoeterwoude
tel. 071-5897621, fax 071-5890580
e-mail: bdmvb@euronet.nl
Advertentietarieven op aanvraag
Personeelsadvertenties: € 1,80 per mm bij een
kolombreedte van 40 mm
Inzendtermijn afl. 6: 8 maart 2002
afl. 7: 22 maart 2002

Abonnementen

Alle *advocaten*, leden van de Nederlandse Orde van Advocaten, ontvangen het blad gratis. Voor adreswijzigingen kunnen zij terecht bij de Nederlandse Orde van Advocaten, Postbus 30851, 2500 GW Den Haag (Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag), tel. 070-3353535, fax 070-3353531.

Niet-leden betalen € 133 per jaarabonnement (incl. BTW en verzendkosten) en voor de jaarband € 15. Studenten 50% korting. Abonnementen kunnen schriftelijk worden opgezegd tot uiterlijk twee maanden voor beëindiging van het lopende abonnement. Elsevier Klantenservice verzorgt de abonnementenadministratie voor niet-leden: Elsevier bedrijfsinformatie bv, afdeling Klantenadministratie, postbus 808, 7000 AV Doetinchem. Tel. 0314-358358, fax 0314-349048, e-mail: klantenservice@ebi.nl
Losse nummers: € 8

© Alle rechten voorbehouden. Niets uit dit blad mag worden vervoerd, openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of op enige andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de uitgever. Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) dient men zich tot de uitgever te wenden.

COLU MN

Joost Beversluis

When cured, you'll pay

Waar zo'n mededingingswetje niet al goed voor is. Eindelijk meedelen in de buit! Voorlopig alleen bij letselschade. Dat is het vierde honk voor de thuisplaat. Ik verwelkom nu reeds de algemene toepassing van de vrijheid te declareren op basis van resultaat. Uitkomst van een ontwikkeling in het denken over de positie en de betaling van de advocaat: van schijnheiligheid naar openheid over dienstverlening en hebzucht.

Kijk even met mij mee terug naar 1982, de gloriejaren van het 'Orde Tarief', een stelsel waarin de declaratie werd bepaald door factoren als financieel belang, bijzondere deskundigheid en ervaring en 'door de cliënt gewenste spoed', los te laten op een standaardtarief.

Weldoorvoed tronend in een toentertijd chique gebouw, partner in een profijtelijke maatschap, sprak mijn patroon tot een ieder die twijfel uitte aan de rechtvaardigheid van de door hem en de zijnen gevraagde beloning: 'Wij declareren beneden het Orde Tarief'. Dit verbaasde mij, net aangetreden stagiaire, in hoge mate. Hoe werd dan al dat geld verdiend? Evenwel overheerste trots dat 'mijn' kantoor het goud dolf met eerlijke middelen, wat niet overal het geval was.

Toen mijn eerste werkzaamheden werden gefactureerd gingen mij de ogen half open. Ik deed natuurlijk louter megazaken, dus die factor zat altijd goed. Spoed kenmerkte alle arbeid en de aansporing deze te betrachten werd overal verondersteld waar de klant niet uitdrukkelijk schriftelijk het tegendeel had gesteld. Bijzondere deskundigheid kon niet missen; wees immers niet het enkele feit dat je was aangenomen al op een superieure aanleg en kennis? En dat alles tikte door: f 300 per uur als minimum en met gemak naar f 800, altijd nog binnen de grenzen van het Tarief. Voor die tijd een verdomde hoop geld.

Mijn ogen zijn helemaal opengegaan. Een wederpartij weigerde een garantie te voldoen van circa f 0.5 miljoen, zo stelde onze – Nigeriaanse meen ik – opdrachtgever. Ik legde een paar beslagen en schreef een brief... en er werd prompt betaald. God weet waarom of waarom niet eerder. De klant was tevreden en zou het bedrag contant opnemen, onder aftrek van de rekening; naar 's lands wijs en zonder gevaar voor onze eer: de WMOT bestond nog niet. De verantwoordelijke partner hoorde mijn suggestie aan voor een rekening van f 1.800 plus kosten, glimlachte en zei: 'Tienduizend'. 'Als jij 't hem overhandigt', sprak ik laf. En dat deed hij. En de nota werd met een glimlach in ogeschouw genomen en geaccepteerd. Nigeria viel niet onder het Tarief.

Het Orde Tarief sneefde als verboden mededingingsafspraken. Meer dan kartel was het een schaamlap. De Raad van Kerken had moeten ingrijpen, niet de NMa. En nu zijn we bijna waar we wezen moeten: geen regels; alleen nog hebzucht, geen hebzucht en alles daartussen, bij advocaat en cliënt en de noodzaak om tot een overeenkomst tot opdracht te komen.

Er zullen vakkbroeders blijven die bereid zijn veel geld voor de klant binnen te slepen voor een bescheiden beloning, niet gerelateerd aan het resultaat. Ook in letselschadezaken. En er zullen andere zijn die nu openlijk alleen in beweging komen voor een percentage als de kluit een vette is. Bij wie men beter af is? De tijd zal het leren.

En voor slachtoffers van letselschade – de proefkonijnen van de nieuwe orde – geldt dan deze troost: de schepper (M/V) heeft in zijn wijsheid en mogelijk vooruitlopend op de hier besproken beslissing in het land van zijn voorkeur, de meeste lichaamsdelen in tweevoud of meer meegegeven. Leverde het eerste been op uurbasis per saldo niet veel op, dan kan voor het tweede een afspraak met zo'n *no cure no pay-cowboy* worden gemaakt. ■

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 verplechting van nationale markten en het bereiken van schaalvoordelen die een positief (bedoeld is neerwaarts) effect op kostprijzen 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 gelijklopend 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

*Reacties op NMa-besluit***In de armen van schurken**

Daniela Hooghiemstra
freelance journalist

Even snel als het nieuws kwam dat advocaten op *no cure no pay* basis mogen werken, was het ook weer achterhaald. In hetzelfde persbericht waarmee de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) aankondigde dat de Orde van advocaten het verbod op *no cure no pay* in letselschadezaken moet laten varen, stond de ontsnappingsclausule: met een verordening kan de Orde haar verbod gewoon handhaven. De Orde is met het ontwerp van een dergelijke verordening dan ook meteen aan de slag gegaan.

De uitspraak van de NMa mag op de korte termijn dan geen gevolgen hebben, een knuppel in het hoenderhok was zij wel. Tussen de leden van de Advocaten Slachtoffers Personenschade (ASP) is 'heel wat heen en weer ge-e-mail', zegt bestuurslid P. Sieswerda. Het gevoel onder slachtoffer-advocaten dat 'de Orde wordt bestierd door lieden die niet weten wat er gebeurt in letselschade-land', zoals een letselschade-advocaat het formuleert, is door de reactie van de Orde op het NMa-besluit opgeflakkerd.

De Orde is gepreoccupeerd met de status van het vak, maar aan de frontlinie van het letselschade-wezen lijkt die zorg wat abstract. Sieswerda bijvoorbeeld, merkt steeds weer dat cliënten om betaling op *no cure no pay*-basis vragen. 'Er gaat geen week voorbij of ik krijg zo'n verzoek. Omdat ik er niet op in kan gaan, worden die mensen in de armen gedreven van schurken', zegt hij. De oprichter van de ASP, letselschade-advocaat John Beer, verbaasde zich over de argumenten waarmee de Orde in een persbericht haar bezwaar tegen *no cure no pay* onderbouwde. 'De Orde zegt dat rechtshulp ook zonder *no cure no pay* beschikbaar is via de gefinancierde rechtshulp. Maar die rechtshulp voorziet niet in de kosten van het inhuren van experts en ook niet in de

betaling van de proceskosten van de tegenpartij als de zaak wordt verloren.'

Voor alle duidelijkheid: zelf voelt Beer zich 'uiterst comfortabel' in het huidige systeem. 'Ik zit helemaal niet te wachten op *no cure no pay*', zegt hij 'maar ik heb er wel ethisch bezwaar tegen dat de Orde het onderwerp uitsluitend benadert vanuit de comfortabele positie van de advocaat. Aan de slachtoffers, die er behoefte aan hebben om door een bonafide advocaat op *no cure no pay*-basis geholpen te worden, wordt niet gedacht.' Beer zegt dat hij graag een keer samen met de Consumentenbond bij de Orde aan

tafel zou willen schuiven om dat belang te verduidelijken.

Sieswerda en Beer vinden dat het mogelijk moet zijn om onder duidelijke voorwaarden op *no cure no pay*-basis te werken. Voorkomen moet worden dat advocaten in zaken die klip en klaar zijn met twintig procent van de opbrengst gaan strijken. Achteraf moet toetsbaar zijn of op redelijke gronden een *no cure no pay*-betaling is afgesproken. De Orde zou zich met zo'n gedragscode moeten bezighouden, vinden zij. De oude wereld van klassieke notabelen botst met de nieuwe wereld van de letselschade, een *consumer driven*-tak van de advocatuur die de afgelopen tien jaar explosief is gegroeid. Liever géén regels binnen de Orde, dan het 'wilde westen' binnen laten, zo lijkt de Orde te redeneren. 'De Orde vindt de letselschade-branche niet zo chique', zegt Beer.

Tegen de wet

Landelijk deken M. Guensberg zegt dat over de afwijzing van *no cure no pay* consensus bestaat en verwacht bij het aannemen van de verordening geen problemen. 'Het College van Afgevaardigden heeft nooit geprotesteerd dat het verbod er was', zegt hij. Herman Doeleman, deken te Amsterdam en lid van het College, ziet niets in de door Beer en Sieswerda bepleitte

gedragscode. 'Je blijft toch altijd met een grijs gebied zitten.' Hij meent dat de huidige situatie al veel ruimte biedt. Het is immers toegestaan om in het begin van een zaak een laag tarief te rekenen en dit al naar gelang het succes, later te verhogen. 'Maar het eindbedrag moet wel zijn terug te herleiden tot een redelijk uurtarief', aldus Doeleman. Zijn collega in Maastricht, E. Teeuwen, voelt evenmin voor 'no cure no pay'. 'Advocaten moeten geen financieel belang hebben bij de uitkomst van een zaak', vindt hij.

De voorzitter van de Vereniging van Letselschadeadvocaten (LSA), B. Holthuis, vindt het jammer dat de uitspraak van de NMa de gesprekken die hij met de Orde voerde over *no cure no pay*, heeft doorkruist. 'De Orde is nu gedwongen tot een defensieve reactie.' Holthuis deelt de zorg van Beer en Sieswerda dat het verbod van de Orde op *no cure no pay* schimmige schaderegelingbureaus in de kaart speelt. 'Ik verwacht dat over dat probleem met de Orde te praten valt', zegt hij. Er zijn in Nederland 250 letselschade-advocaten van wie er slechts 35 alleen voor slachtoffers optreden. Hun opvattingen leggen niet veel gewicht in de schaal. Maar Guensberg vindt de letselschade-advocatuur niet specifiekere dan andere rechtsgebieden. Niet-letselschade-advocaten kunnen er volgens hem heel wel een oordeel over vellen.

Tegen het verbod van *no cure no pay* door de Orde is niets te doen, vermoedt Beer. Maar het is ook niet het einde van het verhaal. 'Ik sluit niet uit dat consumentenorganisaties bezwaar maken tegen het feit dat de verordening die de Orde wil invoeren ingaat tegen de wet', zegt hij. ■



Reactie



Pyrrusoverwinning voor de advocatuur

Het Europese Hof van Justitie heeft onlangs bepaald dat het verbod van de Orde van Advocaten voor samenwerking tussen advocaten en accountants niet strijdig is met de huidige Europese regelgeving. Natuurlijk mag, nee móet de Orde regels stellen die moeten zorgen voor een goede uitoefening van het beroep. De houding van de Orde getuigt naar mijn mening echter van een zeer ivoren-toren visie op de realiteit. In diverse andere Europese landen zoals Duitsland en Frankrijk is het wel toegestaan genoemde samenwerking aan te gaan en derhalve zal het niet lang duren of ook op dit terrein zal er Europese regelgeving komen om de distortie van het vrij verkeer van diensten en de nadelige concurrentie voor de Nederlandse dienstverlening te elimineren. De markt heeft blijkbaar behoefte aan samenwerking en zal deze afdwingen binnen het wettelijk toegestaan kader.

Wat heeft de Orde nu bereikt met genoemde uitspraak: Advocaten mogen niet binnen dezelfde rechtspersoon samenwerken om de onpartijdigheid van de advocaat te garanderen. Dit betekent dat advocaten en

accountants die wel willen samenwerken dus genoodzaakt zijn om twee aparte rechtspersonen op te richten, om vervolgens in hetzelfde kantoorpand door te gaan met de coöperatie. Hoe wil de Orde deze samenwerking controleren. Door zelf een onderzoeksbureau op te zetten? Dit lijkt ondenkbaar, maar hoe dan wel?

De bovengemelde procedure moet de Orde enige miljoenen hebben gekost, maar om wat te bereiken? Jammer van het geld want dit had beter besteed kunnen worden. De overwinning die is behaald heeft weinig waarde en is slechts een Pyrrusoverwinning die heel veel geld heeft gekost maar niet getuigt van een moderne eigentijdse visie.

De gedragsregels zijn een beter instrument om te zorgen voor een goede uitoefening van het beroep als advocaat. Het beroep van advocaat is een eerbaar beroep en de advocaat dient zich te houden aan de gedragsregels en anders wordt hij/zij disciplinair gestraft. Wel is het zaak dat deze gedragsregels regelmatig worden getoetst en indien nodig worden aangepast

aan de ontwikkelingen in de maatschappij. Om koste wat kost vast te houden aan een verouderde status-quo, die te weinig rekening houdt met Europese regels terwijl juist advocaten dienen te weten dat internationaal recht prevaleert boven nationale wetgeving, is verloren energie. Is het niet recentelijk de NMa die de Orde heeft verplicht om het verbod op te heffen van het no-cure no-pay systeem voor letselschade-advocaten? De maatschappij globaliseert en de markt moet daar mee omgaan, of we het wenselijk vinden of niet. Hooguit kunnen ongewenste ontwikkelingen worden gekanaliseerd middels een regelgevend kader, echter moet daar dan wel een breed maatschappelijk draagvlak voor zijn.

Als advocaat en als lid van het Europees Parlement weet ik dat onze maatschappij steeds Europeeser wordt en daarop moet ook de Orde anticiperen want de markt gaat voort. ■

(Toine Manders, advocaat en lid van het Europese Parlement voor de VVD.)

(advertentie)



VAN EDE & PARTNERS
PERSOONLIJKE ONTWIKKELING EN INZETBAARHEID

toonaangevend in
OUTPLACEMENT
COACHING
LOOPBAANBEGELEIDING

AMSTERDAM 020 673 40 39, ARNHEM 026 364 41 11, BREDA 076 565 65 09, EINDHOVEN 040 245 72 20,
ENSCHEDE 053 433 80 21, GRONINGEN 050 312 34 85, DEN HAAG 070 351 40 11, MAASTRICHT 043 325 76 51,
ROTTERDAM 010 412 00 22, ZWIT 030 693 24 46, ZWOLLE 038 421 02 88.

www.vanede.nl

Accountants en notarissen op afstand

Grote kantoren keren zich tegen concept-verordening notariaat

De goedkeuring van het samenwerkingsverbod met accountants door het EG-Hof heeft eind februari de nodige rust gebracht voor de advocatuur. Het notariaat verstoort die rust echter met een concept-verordening die de samenwerking van advocaten en notarissen overhoop haalt. De grote kantoren proberen de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op andere gedachten te brengen.

Lex van Almelo
freelance journalist

Alleen Wouters Advocaten en Notarissen is ongelukkig met de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg. Het Amstelveense kantoor moet nu alle hoop op de naam Andersen Legal laten varen en zich beraden op een nieuwe structuur. 'Wij zijn absoluut teleurgesteld in de juridische motivering van het arrest,' zegt Scipio van der Stoel. Hij vindt de uitspraak veelbelovend tot vlak voor het einde. Dan blijkt de concurrentiebeperking door de ondernemersvereniging, zoals het Hof de Orde van Advocaten ziet, ineens door de beugel te kunnen, om het algemeen belang van de geheimhoudingsplicht te beschermen. Formeel moet de Raad van State nog een definitieve uitspraak doen, maar die zal niet afwijken van het arrest, waarom de hoogste bestuursrechter zelf heeft gevraagd. Van der Stoel neemt waarschijnlijk in april contact op met de Landelijk Deken om het nieuwe kantoormodel van Wouters te bespreken.

De andere partij bij de uitspraak van het hof, PriceWaterhouseCoopers, treurt er niet om. Advocaat Johan Boeren van Landwell wijst erop dat fiscalist J.W. Savelbergh zich destijds in het geschil heeft gevoegd omdat hij als belastingadviseur bij Price Waterhouse zijn oude stiel als advocaat weer wilde uitoefenen, maar de Nederlandse Orde van Advocaten hem destijds de inschrijving weigerde. Sindsdien is er veel gebeurd. Price Waterhouse fuseerde met Coopers &

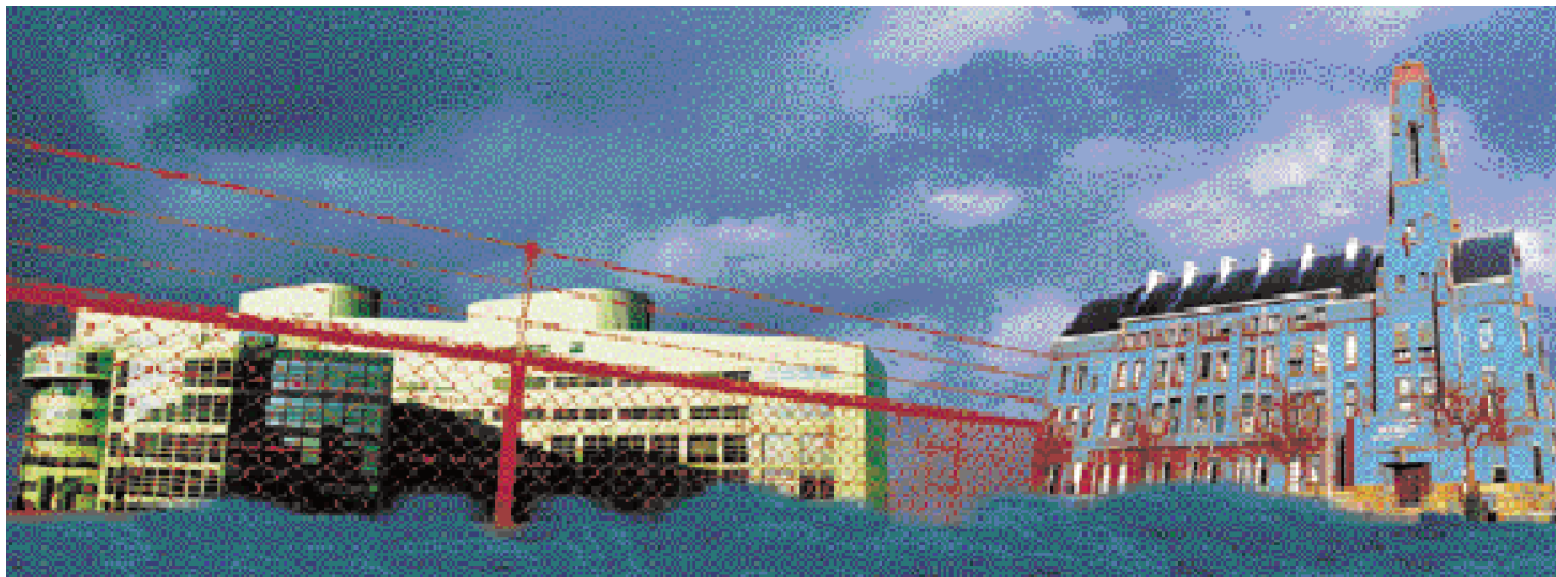
Lybrand. Op 1 juli 2000 werd Landwell opgericht, het wereldwijde netwerk van juristen en advocaten dat los en naast het wereldwijde netwerk van PriceWaterhouseCoopers staat. PriceWaterhouseCoopers Nederland is een NV en Landwell Nederland is een aparte NV waarvan de aandelen in handen zijn van negen advocaten en zes notarissen. Bovendien is Savelbergh inmiddels raadsheer bij het Hof Arnhem en taalt hij niet langer naar de advocatenpraktijk. 'De uitspraak van het Europese hof heeft voor ons geen gevolgen. Wij gaan hiermee door,' zegt Johan Boeren.

Steins Bisschop Meijburg & Co handhaaft zijn paardensprong-constructie. Alleen de vier blauwe blokjes in het logo en het e-mailadres verwijzen naar KPMG. Maar de 65 advocaten en 25 notarissen hebben een eigen kantoor in Amsterdam en Rotterdam. 'Wij zijn in hoge mate een *stand alone* kantoor. Er is sprake van vrije winkelnering voor KPMG en andere cliënten,' zegt hun woordvoerder.

'Gevolgen voor winstdeling'

De Orde is de enige Nederlandse beroepsorganisatie die haar leden verbiedt met accountants samen te werken, klaagde Wouters in een persbericht naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof. De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft haar leden op 20 februari namelijk een concept-verordening voorgelegd voor interdisciplinaire samenwerking met andere zakelijke dienstverleners. Die verordening opent voor notarissen de mogelijkheid om samen te werken met accountants, zij het onder strikte voorwaarden. Diezelfde voorwaarden gelden ook voor de samenwerking met advocaten en

Wouters Advocaten: 'Wij zijn absoluut teleurgesteld in de juridische motivering van het arrest van het Europese Hof'



Accountants (KPMG, Den Haag) en advocaten (De Brauw) moeten uit elkaar blijven

belastingadviseurs en hebben grote gevolgen voor advocatenkantoren waren notarissen werkzaam zijn.

Het notariaat wil met de verordening de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en het 'eigen gezicht' in interdisciplinaire samenwerkingsverbanden waarborgen. Daarvoor moeten de notarissen zich verenigen in een eigen samenwerkingsverband – een 'staak' – die aan de top kan worden verbonden met andere 'staken'. De verschillende disciplines mogen samenwerken onder dezelfde naam, mits dat maar duidelijk is voor publiek, en mogen ook samen de winst delen. In de *staaksgewijze* organisatie moeten notarissen en advocaten een volledig gescheiden administratie voeren, zodat het Bureau Financieel Toezicht van de KNB de soliditeit en solvabiliteit van de notaris kan blijven controleren. Bovendien zijn gescheiden dossiers een waarborg voor de geheimhoudingsplicht, die volgens het Europese Hof bescherming verdient. Volgens de concept-verordening hoeven de aparte staken niet per se aparte vennootschappen of aparte maatschappen te zijn. Hoe de kantoren deze staken juridisch vormgeven, mogen zij zelf weten.

Volgens de KNB moeten notarissen de beroepsregels van de andere disciplines respecteren. Dat betekent dat zij, als zij willen samenwerken met accountants, niet ook kunnen samenwerken met advocaten. Daardoor slaat niet alleen de Orde van Advocaten, maar ook de notariële beroepsorganisatie de bijl aan de wortels van de *one stop shop*.

De concept-verordening hakt echter ook in op de bestaande organisatie van heel wat advocaten- en notariskantoren. Volgens art. 4 van de verordening moet de notariële stem beslissend zijn bij beslissingen over zaken die samenhangen met de notariële praktijkuitoefening. Advocaten hebben dus geen zeggenschap over bijvoorbeeld 'het al dan niet toetreden van andere notarissen tot het verband van notarissen', 'de *leverage* en het gewenste percentage declarabele uren binnen het verband van notarissen' en 'het aanvaarden en weigeren van cliënten, zulks tevens met inachtneming van de notariële ministerieplicht'. In de toelichting op de verordening staat verder: 'De zeggenschap van het interdisciplinaire samenwerkingsverband wordt derhalve begrensd door de notariële beroepsinhoudelijke onafhankelijkheid die zich ook uitstrekt op het gebied van personeelsbeleid (aantal, welk niveau en de beslissing over het aannemen ervan), automatisering (o.a. aparte aansluiting op het KNB-Intranet), organisatie en huisvesting (in lijn met de *staaksgewijze* opzet), financiën en administratie...'

Niet zo blij

De gevolgen zijn 'verstrekend' vindt voorzitter Frans Vermeulen van CMS Derks Star Busmann. 'Als je over deze zaken niets te zeggen hebt en geen greep meer hebt op de notarissen, moet dat gevolgen hebben voor de winstdeling. Wij hebben nu een maatschap voor de advocaten en notarissen, waarin de gezamenlijke winst volgens een bepaalde verdeelsleutel wordt uitgekeerd. Dat is een probleem en ik weet niet hoe je dat moet oplos-

sen. Mijn gedachten hierover zijn nog niet rijp. Het onderwerp heeft hoge aandacht.'

Ook bij De Brauw Blackstone Westbroek is men *not amused* met de concept-verordening. Het kantoor heeft 16 notarissen, exclusief de kandidaat-notarissen. 'Als groot kantoor zijn wij niet zo blij met de concept-verordening. Wij bekijken nu of wij fuseren met Linklaters. Volgens de Engelse regels kun je alleen als persoon toetreden tot de maatschap. De notarissen zouden dat straks volgens de verordening dus niet kunnen,' zegt notaris René Clumpkens van dit kantoor. Clumpkens vreest dat de regels van de concept-verordening het werven van talent bemoeilijken. 'De KNB is bezig de positie van de notaris op grote kantoren te marginaliseren.' De Brauw Blackstone Westbroek voert met andere grote kantoren op 6 maart overleg met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.

Voorzitter Louis Deterink van Holland Van Gijzen blijft rustig in de branding. Over de samenwerking met Ernst & Young heeft het kantoor een afspraak gemaakt met de Nederlandse Orde van Advocaten die tot en met 2004 loopt. Voor die tijd voelt hij er weinig voor de structuren van het kantoor al aan te passen, ook niet onder druk van de concept-verordening. 'Er zijn drie ontwikkelingen gaande: de uitspraak van het Europese Hof en de Raad van State, de concept-verordening van het notariaat en de nasleep van de Enron-affaire. De wereld is flink in beweging. Wij zien de ontwikkelingen even aan.'

Drie hoeraatjes voor de claimcultuur

Allard Hoogland*

Dit essay werd eind vorig jaar in iets andere vorm eerder gepubliceerd in het literair-culturele tijdschrift *Hollands Maandblad*, 2001-10, p. 4-11. De redactie denkt veel lezers een plezier te doen met deze herpublicatie.

**'I am not an ambulance-chaser.
I am usually there before the
ambulance.'**

(Melvin Belli)

Vorig jaar deed de landelijke deken uit de doeken hoe z'n vak verloedert door toedoen van een stel patzers. Het is niet onopgemerkt gebleven dat Marek Guensberg zich in *Trouw* van 14 april 2001 beklaagde over het gebrek aan stijl, het gebrek aan ingetogenheid, en het gebrek aan zelfdiscipline bij sommige advocaten. Hij vindt het ongepast dat advocaten flamboyant zijn, op de televisie verschijnen, of werken in een kantoor met een marmeren gang. Het woord 'topadvocaat' vervult hem met afschuw. Wie een horloge van het merk Rolex wil dragen of in een sportwagen van het merk Jaguar wil rijden, die moet geen advocaat worden. 'Een advocaat dient wijs en betrouwbaar te zijn, rust uit te stralen', aldus Guensberg.

Hoor ik dit soort opgeblazen apekool, dan ontgrendel ik in gedachten Melvin Belli's kanon.

Melvin Belli was een Amerikaanse topadvocaat. Zo beroemd was hij dat alle toeristenbussen in San Fransisco voor z'n kantoor stilstielden; de gidsen wezen dan op het dak waar een kanon stond. De landelijke deken zou aan Belli zoal geen hartkwaal, dan toch hyperventilatie hebben overgehouden. Belli was zeer flamboyant en hij straalde bepaald geen rust uit. Hij had veel stijl, maar die stijl zou, vrees ik, in de ogen van de deken geen genade hebben gevonden. Van ingetogenheid en zelfdiscipline had Belli weinig last.

Melvin Belli liet zich interviewen door *Playboy*, hij prees in advertenties Glenfiddich whisky aan, hij had z'n eigen praatprogramma op de televisie, z'n vier echtscheidingen vocht hij steeds op straat uit, hij was jurylid bij de Miss California verkiezingen, en hij liet callgirls hun rekeningen voor rechtsbijstand in natura betalen. In z'n autobiografie *My Life on Trial* vertelt Belli hoe hij in Alaska, om te vieren dat hij voor een clint in Anchorage 160.000 dollar had gewonnen, een vliegtuigje vol laadde met bier en wodka en naar een afgelegen dorpje vloog; alle Eskimo's binnen een straal van drie kilometer voerde hij dronken. Tijdens een congres in Miami van de American Bar Association liet Belli eens een zekere professor Julian O'Brien uit Harvard een lezing houden over belastingwetgeving; later bleek dat professor O'Brien in werkelijkheid z'n vriend en cliënt Mickey Cohen was, een voor belastingontduiking gepakte gangster.

Belli reed niet in een Jaguar, maar het is de vraag of dat de landelijke deken veel plezier zou hebben gedaan. In z'n goudkleurige Rolls Royce cabriolet liet Belli zich soms, vooral wanneer de kap naar beneden was, vergezellen door Elmer, het skelet dat hij in de rechtszaal gebruikte om letsel van cliënten aan te demonstreren. Telkens wanneer hij een rechtszaak had gewonnen klom Melvin Belli op het dak van *The Belli Building*, en schoot hij z'n kanon af.

* Allard Hoogland is ondernemer en publicist

In *Gimme Shelter*, de film over het beruchte concert uit 1969 van de Rolling Stones in Altamont, zie je Belli bezig de juridische zaken rond het concert te regelen. Je krijgt een blik op de inrichting van z'n kantoor, vol snuisterijen, dierenvellen en rood pluche; iemand zei eens dat het leek op een hoerenkast in een gold-rush stadje. Terwijl hij z'n whisky drinkende papegaai aanhaalt, typeert Belli de burgemeester van Altamont -die hij kennelijk nooit heeft ontmoet- als iemand die wil weten hoe vaak de inwoners van z'n dorp hun wc doortrekken. De Rolling Stones en hun managers zijn duidelijk onder de indruk.

De Stones waren niet z'n enige beroemde klanten. Hij pleitte onder anderen voor Lenny Bruce, Errol Flynn, Mae West, Mohammed Ali, Caryl Chessman, Lana Turner, en Tony Curtis. Grote faam behaalde Belli door Jack Ruby te verdedigen, de man die voor het oog van de wereld Lee Harvey Oswald doodschoot. Maar de meeste van Belli's clinten waren gewone mensen die door toedoen van anderen schade hadden geleden.

Soms koos iemand ervoor zich *niet* door Belli te laten vertegenwoordigen. Ik bijvoorbeeld. Toen Melvin Belli mij als klant probeerde te krijgen, sloeg ik z'n aanbod af. Om te voorkomen dat de landelijke deken rare dingen in z'n deftige hoofd haalt, wil ik er alvast op wijzen dat ik het aanbod van Belli niet afsloeg omdat hij flamboyant was en een goudkleurige Rolls Royce had. Het was eerder andersom: dat hij succesvol was, in een dure auto reed, en een grote mond had, dat vond ik eigenlijk wel prettig. Zo iemand had ik namelijk net nodig.

'Amerikaanse toestanden' is het tergende cliché dat steeds opduikt in de discussie over de claimcultuur. Het is een discussie die ernstig is geïnfecteerd met het virus der huichelaars. Neem dr. Bram Peper. In 1998 schreef hij, nog Minister van Binnenlandse Zaken, een essay. Hij noemde het *Op zoek naar samenhang en richting*, en als ik het goed heb begrepen ging het over de noodzaak van een collectieve doelstelling tot maatschappelijke sturing van de geëmancipeerde burger in de mondiale netwerksamenleving. Peper nam stelling tegen de juridisering, die volgens hem niet past in de culturele tradities en de gemeenschappelijke solidaire oriëntaties in ons land. 'Wij dienen de oprukkende claimcultuur op gepaste afstand te houden', zo schreef de geëngageerde socioloog.

Dat is wel stug. Zou Bram Peper nog wel eens aan die culturele tradities en solidaire oriëntaties hebben teruggedacht toen hij korte tijd later een regen van claims liet neerdalen op degenen die zo onhebbelijk waren geweest de bedragen op te tellen die hij als burgemeester van Rotterdam achterover had gedrukt?

Bram Peper is niet de enige huichelaar. Cabaretier Youp van 't Hek kan er ook wat van. Op het toneel maakt hij zich luidkeels vrolijk over inhalige stumpers die voor ieder ondervonden ongemak 'effe willen vangen'. Dat is wel kras. Ik vermoed dat Van 't Hek voor het gemak even vergat dat hij toen een roddelblad iets had geschreven dat hem niet aanstond, vijftigduizend gulden smartengeld vroeg. Het is de humorist kennelijk ook ontschoten dat toen hem eens een perskaart voor een voetbaltoernooi werd geweigerd, hij in kort geding een dwangsom van paar ton eiste.

En wat te denken van Otto Vos, lid van de Tweede Kamer voor de VVD. Vos hield in *NRC Handelsblad* een pleidooi voor terughoudendheid in het toekennen van schadevergoedingen door de overheid. Vreemd, want een paar weken later diende hij een motie in die de kring beoogde te vergroten van rechthebbenden op smartengeld.

De overheid huichelt mee. Officieel is het de bedoeling de juridisering tegen te gaan, maar bijna dagelijks staan wel ergens bestuursorganen voor de rechter om hun conflicten uit te vechten. De gemeente Hengelo eiste een dwangsom van honderd miljoen gulden tegen Rijkswaterstaat omdat die een weg te traag zou aanleggen. De Staat procedeert desnoods tien jaar om een bagatel. Minister Borst kondigde aan schadevergoeding van de sigarettenfabrikanten te eisen.

Sommige overheidsdienaren gaan zelfs prat op het aantal schadeclaims dat ze indienen. Zo glunderde korpschef P. van Zunderd van de politie in Midden Brabant over 'de voorttrekkersrol' die zijn korps vervult. Van Zunderd had in maar liefst 37 gevallen van geweld tegen politiemensen, schadevergoeding van de daders geëist en daarmee een bedrag van twintigduizend gulden binnengehaald.

Maar het meest huichelt de overheid door op allerlei gebied terug te treden en zich er vervolgens over te beklagen dat burgers voor hun eigen hachje dreigen te gaan zorgen. Als je van het onderwijs en de gezondheidszorg een rommeltje maakt moet je natuurlijk niet raar opkijken wanneer burgers rechtszaken beginnen om ervoor te zorgen dat ze toch aan hun trekken komen, hoewel ze dat nog nauwelijks doen. Wanneer de overheid de verzekeringen overlaat aan de burgers zelf, dan leidt dat uiteraard vanzelf tot claims en conflicten over die claims, hoewel hierna zal blijken dat het alleszins meevalt.

Wanneer de overheid grote delen van de strafrechtelijke handhaving links laat liggen, blijft burgers weinig anders over dan te proberen via het civiele recht nog enige genoegdoening te krijgen. Wie aangifte van een misdrijf wil doen krijgt aan de balie van het politiebureau steeds vaker te horen dat hij maar beter naar een advocaat kan gaan.

Voor alle duidelijkheid, ik gun iedereen de schadevergoeding waar hij recht op heeft. Natuurlijk moet de schade die agenten van politie is aangedaan worden vergoed. Rijkswaterstaat kan niet hard genoeg worden aangepakt. De sigarettenfabrikanten zijn ongetwijfeld schadelijkt. Youp van 't Hek heeft groot gelijk dat hij de roddelpers pakt waar het pijn doet (al lijkt een paar ton voor een niet verstrekte perskaart behoorlijk aan de prijs). Ik wens Bram Peper nog een heleboel schadeclaims toe. Maar is het niet raar dat als puntje bij paaltje komt de tegenstanders van een claimcultuur net zo hard naar de rechter lopen als wij, querulanten?

Ondanks de terugtrekkende overheid is er in Nederland van een claimcultuur geen sprake. Ik geef een voorbeeld. In het *Algemeen Dagblad* van 26 april 2001 luidde P.H. Cremers, adjunct-directeur van het Schadefonds Geweldsmisdrijven, de noodklok. Een van de ergste dingen die een ambtenaar kan overkomen hing hem boven het hoofd: Cremers dreigde geld over te houden. Omdat slechts een

op de tien slachtoffers die er voor in aanmerking komen een beroep doet op zijn fonds, had hij een nijpend tekort aan schadeclaims.

Maar Cremers wist wel een oplossing voor z'n probleem. Hij had, zo vertelde hij, er bij de Tweede-Kamercommissie van Justitie voor gepleit om niet alleen de slachtoffers zelf, maar nu ook hun nabestaanden recht te geven op smartengeld. 'Om het bedrag dat ermee gemoeid is, hoeft de politiek het niet te laten', legde de ambtenaar geruststellend uit. Het ging om 'hooguit een paar ton'. Cremers had de indruk dat z'n boodschap wel goed gevallen was bij de commissie. Hij vergiste zich niet. Hierboven zagen we al hoe commissielid Otto Vos hem op z'n wenken bediende door een motie in te dienen. Inmiddels heeft minister van justitie Korthals, hoewel die eens in de maand per interview tegen de claimcultuur ten strijde trekt, aangekondigd dat de motie tot wet wordt verwerkt.

Een werkgroep van het Ministerie van Justitie deed in 1999 verwoede pogingen om het bestaan van een claimcultuur aan te tonen, maar beet z'n tanden stuk. Duidelijk met tegenzin moest de werkgroep toegeven dat een ontwikkeling in de richting van een claimcultuur niet viel aan te tonen. De hoeveelheid rechtszaken nam niet toe, en het aantal claims op aansprakelijkheidsverzekeringen ook niet. Wel liep de hoogte van de schadeclaims op, en daarom was er volgens de werkgroep alle reden om ons zorgen te maken, want er zou een claimcultuur *kunnen* ontstaan. En als die claimcultuur zou ontstaan dan zou dat komen, zo was al op voorhand duidelijk, door 'vraagscheppend gedrag' van advocaten. De constatering in het rapport, dat de toename van het aantal rechtsbijstandverzekeringen in Nederland 'in ieder geval niet in strijd met een claimcultuur (is)', maakt duidelijk waar de werkgroep op uit was.

Gruwelverhalen over verzekeringsmaatschappij die claims jarenlang traineren, verschijnen ondertussen nog steeds regelmatig. Frits Abrahams berichtte in *NRC Handelsblad* over een vrouw wier neus door een verkeerde behandeling al driekwart door kanker was weggevreten, terwijl de verzekeraar gewiekst de andere kant op bleef kijken. Een dame uit Bergen op Zoom die door een ongeluk alles is kwijtgeraakt, is al acht jaar tegen haar verzekeraar aan het procederen. Iemand die gehandicapt raakte door een medische fout wordt in opdracht van verzekeraar MediRisk te Utrecht door bureau Assuraad uit Ermelo jaren aan het lijntje gehouden. Enzovoorts.

Amerikaanse toestanden? Ambtenaren van het Schadefonds Geweldsmisdrijven krijgen slapeloze nachten vanwege het geringe aantal claims op hun fonds. De gemeenteraad van Rotterdam diende geen claim in tegen ex-burgemeester Peper om de vierenzeftigduizend gulden gemeenschapsgeld terug te krijgen die Peper benutte om z'n familie over de wereld te laten vliegen. Een reclasingsmedewerker die in z'n eigen huis werd mishandeld door een clint, had geen recht op schadevergoeding door z'n werkgever, zei de Hoge Raad in 1999. Televisiepresentator Henk van Dorp besloot geen actie te ondernemen toen hij vrijwel voor het oog van de camera in elkaar werd geslagen. Verzekeringsmaatschappijen schakelen keiharde bureautjes in, en *de Volkskrant* betitelt letselschade-advocaten als aasgieren. Willem Oltmans probeerde de schade te verhalen hem door Joseph Luns en consorten aangedaan,

en iedereen keek hem met de nek aan. Maurits de Brauw, de ontgoochelde chirurg die ontslag nam vanwege de wachtlijsten, begrijpt niet dat patinten die op een wachtlijst staan niet vaker een juridische procedure beginnen.

De werkelijkheid is dat in Nederland een civiele rechtszaak soms wel tien jaar duurt. Daarom, en omdat de meeste mensen kleiner moeten gaan wonen om zich een goede advocaat te kunnen veroorloven, halen alleen gefortuneerde fanatici een betwiste schadevergoeding binnen. Het enige systeem dat daartegen een remedie biedt, *no cure no pay*, kan zich verheugen in de collectieve haat van alle halfgeleerde huichelaars.

De landelijke deken, ondertussen, vliegt niet de verzekeringsmaatschappijen naar de keel. Landelijke dekens komen altijd van de nette grote advocatenkantoren, en daar zijn de verzekeringsmaatschappijen nu juist klant. De landelijke deken zegt niet verontwaardigd dat het onzin is advocaten bij voorbaat de schuld te geven van een claimcultuur. De landelijke deken wijst er niet op dat die claimcultuur helemaal niet bestaat. Neen, de landelijke deken is alleen maar bang dat advocaten niet ingetogen genoeg opereren. Er is, zoveel is duidelijk, in Nederland een ernstig tekort aan Amerikaanse toestanden.

'How can this clown have such a national influence?', schreef *Life* in 1954 over Melvin Belli. Het tijdschrift kroonde hem met de eretitel *King of Torts*. Toen hij in 1977 Amsterdam aandeed om slachtoffers van de vliegcrash op Tenerife te ronselen, begrepen Daan Dijksman en Jos Schneider niet wat Belli zei toen hij zich op die eretitel beriep. Ze maakten er in hun interview in de *Haagse Post* 'King of Courts' van (Dijksman en Schneider noteerden, ongetwijfeld wel correct, dat Belli Robert MacNamara, die hem in het Amstel Hotel voor de voeten liep, uitmaakte voor 'that fucking MacNamara'). In *Trouw* werd *King of Torts* ooit misvertaald als: 'koning van de benadeling', wat dat ook voor koning zoude kunnen zijn. *King of Torts* betekent natuurlijk: Koning van de Onrechtmatige Daad.

Melvin Belli was een van degenen die in de VS de schaderechtspraak van wanprestatie naar onrechtmatige daad deed verschuiven. Tot ruwweg het midden van de 20e eeuw kreeg je eigenlijk alleen schadevergoeding wanneer je schade leed doordat iemand wanprestatie leverde. Om schadevergoeding uit onrechtmatige daad te krijgen kon je vaak niet rechtstreeks procederen tegen degene die jou schade had berokkend, maar moest je meestal tegen de advocaten van z'n verzekeringsmaatschappij opboksen. Melvin Belli hield aan het begin van z'n loopbaan een gezonde haat tegen verzekeraars over, die hij tot z'n dood bleef koesteren.

Door de toenemende massaproductie kwam er behoefte aan een andere regeling van de aansprakelijkheid. Als je een flesje cola kocht dat ontplofte en je raakte daardoor een hand kwijt -zoals een cliënt van Belli in 1944 overkwam- dan je leed je natuurlijk schade. Wilde je die schade vergoed krijgen, dan bood de koopovereenkomst die je met de drugstore om de hoek sloot toen je daar het flesje kocht, weinig uitkomst. Vaak heeft de winkelier niet voldoende middelen om jouw schade te vergoeden, en bovendien: was het wel de schuld van die winkelier dat het flesje ontplofte?

Lange tijd gold dat je zonder kontrakt met de fabrikant je schade niet op hem kon verhalen. Toen in de jurisprudentie de aansprakelijkheid begon op te schuiven in de richting van de fabrikant, kwam er een periode dat je moest bewijzen dat hem nalatigheid te verwijten viel bij het vervaardigen van z'n product.

Advocaten als Melvin Belli slaagden erin om die aansprakelijkheid op te rekken tot een soort absolute productaansprakelijkheid. Het was niet meer nodig aan te tonen hoe en waarom de fabrikant nalatig was geweest, het werd voldoende te bewijzen dat gebruik van zijn product de schadelijke gevolgen had gehad. Flesjes cola horen niet te onpuffen. Doen ze dat wel en leidt iemand daardoor schade, dan is dat automatisch een onrechtmatige daad van de bottelaar, die daarmee schadelijkt wordt jegens de getroffen.

Het bedrijfsleven liet zich niet willoos in een hoek drukken, maar vocht terug. De president van de farmaceutische gigant Eli Lilly zette de toon. Hij beweerde nadat Belli een grote zaak tegen een andere farmaceut had gewonnen, dat door die uitspraak de ontwikkeling van nieuwe medicijnen onmogelijk werd. (Voor wie vreest dat z'n apotheek droog komt te staan: dat zei die president van Eli Lilly in 1958).

Amerikaanse bedrijven begonnen een propaganda-campagne tegen schadeclaims die bijzonder succesvol was. Een wirwar van organisaties (American Tort Reform Association, Product Liability Coordinating Committee, Civil Justice Reform Group, Americans for Lawsuit Reform, en vele andere) werd door het bedrijfsleven gefinancierd. Ze slaagden er in om het beeld van de civiele rechtspraak in de Verenigde Staten grondig te vertekenen.

Vrijwel iedereen gelooft inmiddels dat ondernemingen in de Verenigde Staten een machteloze prooi zijn voor hebzuchtige burgers die met behulp van gewetenloze advocaten belachelijke claims indienen die vervolgens door overgevoelige jury's worden toegewezen. Ook zij die bedrijven op vrijwel alle gebieden een duivelse macht toedichten, denken dat Amerikaanse ondernemingen op het terrein van de aansprakelijkheid te beklagen zijn. Ik vermoed dat velen niet weten dat ze zich in het gezelschap bevinden van rechtse rakkers als Newt Gingrich en George W. Bush. *Tort reform* was een van de pijlers van de verkiezingscampagne van Bush voor het gouverneurschap van Texas.

Ook de reeds genoemde Werkgroep Claimcultuur van het ministerie van justitie in Den Haag is er ingetuind. In de VS zouden, aldus de werkgroep, 'buitensporig veel producten' van de markt zijn gehaald, zouden producten veel te duur zijn geworden omdat aansprakelijkheidsverzekeringen 'een groot en buitensporig deel' van de prijs is gaan uitmaken, en is uit angst voor schadeclaims de ontwikkeling van nieuwe producten 'sterk afgeremd'.

Het is interessant dat het mogelijk bleek om in de Werkgroep Claimcultuur zeven mensen te benoemen van wie kennelijk niemand ooit een Amerikaanse supermarkt bezocht. Was een van de leden van de Werkgroep Claimcultuur wel in een Amerikaanse supermarkt geweest dan zou hij zich, mogen we aannemen, tussen de uitpuilende schappen met scherpgeprijsde artikelen hebben afgevraagd hoe dat nu toch zat met al die producten die door toedoen

van vraagscheppende advocaten van de markt moesten worden gehaald, veel te duur werden, of niet konden worden ontwikkeld.

Saillant is het geval van de ladder. In het rapport beweert de Werkgroep Claimcultuur dat een ladder in de Verenigde Staten twintig procent goedkoper zou zijn wanneer de fabrikant zich niet tegen productaansprakelijkheid zou hoeven te verzekeren. De werkgroep noemt het 'een willekeurig voorbeeld' uit de literatuur. Maar een willekeurig voorbeeld is het niet. Die ladder duikt op in alle publikaties en op alle websites van de door het bedrijfsleven gefinancierde *tort reform lobby*. Die ladder heeft bijna mythische proporties gekregen.

De werkelijkheid is dat de kosten van verzekeringen tegen produkt aansprakelijkheid in de VS slechts 0,2 procent uitmaken van de prijs die de consument voor een produkt betaalt. De Amerikaanse consument haalt daarmee een goed functionerend systeem van controle en correctie in huis, zonder massa's ambtenaren die de ontwikkelingen in de techniek en op de markt toch niet kunnen bijhouden, of die te beroerd (of te corrupt) zijn de regels te handhaven.

Het is frappant dat zij die zich opwinden over Amerikaanse toestanden altijd aankomen met verhalen over geldverslindende en maatschappij-ontwrichtende schadevergoedingen die consumenten van bedrijven eisen. Nooit hoor je iemand over de rampzalige gevolgen die claims tussen bedrijven onderling zouden hebben, terwijl daarin veel meer geld omgaat. Ik heb bijvoorbeeld nog niemand horen kreunen over de zaak die zich nu ontrolt tussen Ford en Firestone, en die zal over miljarden dollars gaan.

Zij die zich opwinden over Amerikaanse toestanden, wijzen steeds op twee verschijnselen. Ten eerste, zeggen ze, leiden *punitive damages* in de VS tot buitensporige schadevergoedingen, en ten tweede leidt volgens hen het systeem van *no cure no pay* tot onnodige en belachelijke claims.

Eerst de *punitive damages*. Uit onderzoek blijkt dat boeteschades slechts zeer sporadisch worden uitgesproken. Op het terrein van de produkt aansprakelijkheid bijvoorbeeld wordt in de VS gemiddeld minder dan dertien keer per jaar een boeteschade opgelegd. Dat is helemaal niks. Zou ook in Nederland een systeem van *punitive damages* worden ingesteld en zouden zich hier vervolgens net zo weinig Amerikaanse toestanden voordoen als in de Verenigde Staten zelf, dan zou nog niet één boeteschade per jaar worden uitgesproken.

In het interessante boek *No Contest, Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America* (1996) van Ralph Nader en Wesley J. Smith, staat te lezen dat *punitive damages* eigenlijk altijd terecht worden opgelegd: in 70 procent van de gevallen is sprake van een bij het bedrijf bekend risico waarvoor het niet waarschuwde, in 12 procent was bewust onvoldoende getest, in 7 procent werden bewust veiligheidseisen overschreden, en in 5 procent was er domweg fraude.

Een beroemde casus van *punitive damages* is de mevrouw die zich had gebrand aan koffie van McDonald's en miljoenen kreeg toegewezen. Wie over dit geval nooit in misprijzende zin heeft

horen praten op verjaardagsvisites, die moet nodig naar de oorarts. Het is al jaren een van de favoriete spookverhalen van de *tort reform lobby*. De punitive damages die hier werden opgelegd waren echter volkomen op hun plaats.

McDonald's serveerde z'n koffie op bijna 90 graden Celcius, veel warmer dan andere restaurants, en de isolerende kunststof beker zorgde ervoor dat de klant niet in de gaten had hoe gloeiend heet de koffie was. Vooral koffie die aan het drive-in loket werd afgehaald was gevaarlijk, want als de beker omviel kon de klant vanwege z'n veiligheidsgordels geen kant uit.

Het bedrijf had in de loop der jaren al honderden claims voor brandwonden, waaronder zeer ernstige, afgekocht toen de zaak van deze mevrouw voor de rechter kwam. McDonald's probeerde de brandwonden af te doen als statistisch onbeduidend. Dat viel niet in goede aarde bij de jury. Toen de juryleden bovendien hoorden dat de verantwoordelijke man bij de hamburgerketen al jaren wist van de afschuwelijke verwondingen maar niets had ondernomen, legden ze een boeteschade op van 2,7 miljoen dollar. Dat is precies waar punitive damages voor bedoeld zijn. Het bedrag werd door de rechter overigens teruggebracht tot 480.000 dollar. McDonald's ging niet in hoger beroep, maar schikte. Het serveert z'n koffie nu op normale temperatuur.

Het *no cure no pay* systeem functioneert al even voortreffelijk als de punitive damages. Het stelt mensen met weinig geld toch in staat hun recht te halen. Het systeem zeft bovendien kansloze zaken en pietluttigheden uit, omdat advocaten alleen die claims opnemen die een goede kans van slagen hebben.

Wie iets wil begrijpen van de de juridische werkelijkheid doet er goed aan eerst kijken naar de juridische cultuur die daarachter zit, en naar de sociale werkelijkheid waaruit die juridische cultuur op zijn beurt is voortgekomen. Pas daarna heeft het zin je af te vragen hoe de rechtssubjecten die juridische werkelijkheid invullen. Dat is het thema van Lawrence M. Friedman's voortreffelijke boek *Total Justice* uit 1985.

Friedman constateert dat mensen in een moderne samenleving sterk afhankelijk zijn van vreemden, maar geen zin hebben zich met huid en haar aan die vreemden uit te leveren. Een secretaresse uit Phoenix, Arizona, wil er van op aan kunnen dat de piloot van de DC-10 waarin ze vliegt z'n werk goed doet, en vertrouwt daarvoor op de wet. De moderne juridische cultuur heeft twee hoofdkenmerken, zegt Friedman: de algemene verwachting van rechtvaardigheid, en de algemene verwachting van schadeloosstelling van buiten eigen schuld geleden schade. Friedman toont verder aan dat de veronderstelde *litigation explosion* ook in de VS niet door de feiten wordt ondersteunt.

Friedman's realisme is verfrissend. Wie meer wil weten over Amerikaanse toestanden moet zijn boek lezen, en niet bijvoorbeeld het pas verschenen *The Collapse of the Common Good, How America's Lawsuit Culture Undermines Our Freedom* door Philip K. Howard, waarvan de redelijke toon niet kan verhullen dat het een flutboek is.

Massaproductie en massa-marketing hebben nu eenmaal een tegenwicht nodig. Het tegenwicht is ontstaan in de vorm van schadevergoedingen die de individuele kopers van producten krijgen toegewezen wanneer er iets mis is gebeëen. De enige manier waarop dat mechanisme effectief kon zijn, is door die schadevergoedingen op de voorpagina van de krant te krijgen. Alleen voldoende publiciteit kan grote bedrijven dwingen hun beleid aan te passen.

Zevenhonderd in stilte geschikte brandwonden-schades hadden de koffie bij McDonald's geen graad in temperatuur doen zakken, door één boeteschade van een paar miljoen lukte het wel. Niet omdat McDonald's van dat bedrag wakker kon liggen (het bedrijf maakte in het jaar dat dit speelde een miljard dollar winst), maar omdat het geen zin had in de negatieve publiciteit. Negatieve publiciteit tast immers het hart van de massa-marketing machine aan, de merknaam.

Schadevergoedingen moeten in de miljoenen lopen, alleen dan halen ze de voorpagina.

Z'n befaamde belofte dat hij eerder dan de ziekenauto op de plaats des onheils arriveert, loste Melvin Belli niet in toen ik op 31 oktober 1979 in Mexico City op een brancard terecht kwam. De piloot van mijn DC-10, van de Californische luchtvaartmaatschappij Western Airlines, sloeg de waarschuwingen van de Mexicaanse luchtverkeersleider in de wind, en vloog het toestel met zeshonderd kilometer per uur in een gebouw. Ik was een van de weinige overlevenden.

Pas twee maanden later ontving ik een brief van Belli & Choulos, Law Offices in San Fransisco. Melvin Belli bood me z'n diensten aan tegen een *contingency fee* van 33 procent. Toen ik, nog zwaar aangeslagen door mijn ongeluk, zijn kantoor belde werd ik onmiddellijk doorverbonden met de King of Torts himself. Het leek wel alsof de telefoniste m'n naam op een groot papier op haar bureau had staan.

'Mel Belli speaking. I'm very glad you called, Allard.'

Door enige naspeuringen wist ik dat die welluidende stem al honderden, zo niet duizenden, juryleden had betoverd. Op mijn openingsvraag hoe hij aan m'n adres kwam, antwoordde Belli dat hij dat in Mexico City had gekocht van de politie. Mijn hart sprong op. Dat was mannaaltaal. Het werd een geanimeerd gesprek.

Belli was vriendelijk en vaderlijk. Toen ik liet doorschemeren dat hij niet de enige advocaat was die zich bij me had gemeld, was hij verrast. Ik vroeg waarom ik beter hem kon nemen dan een ander. Hij viel even stil, maar tikte daarna z'n *selling points* geroutineerd af: hoe beroemd hij was, hoeveel miljoenen hij in de loop der jaren al had bevochten voor z'n cliënten, en hoeveel vliegcrashes hij al had gedaan. *'It may sound strange to you, Allard, but I love aircrashes'*.

Hij was president, ging hij voort, van de Association of Trial Lawyers of America (later bleek dat hij deze club van letselschade-advocaten zelf had opgericht toen hij het weer eens aan de stok had met de deftige dekens van de American Bar Association). En, hoorde ik Belli door de telefoon zeggen: *'I wrote some thirty-three books'*. Opschepper, dacht ik.

We werden het niet eens, ook niet in een tweede gesprek. Ik vond z'n fee te hoog. Ik nam een ander, een betrekkelijk jonge kerel (Belli was 72 toen ik met hem sprak), die kon aantonen dat hij al heel wat onderzoek had gedaan naar mijn ongeluk, en die bovendien genoeg nam met een fee van slechts 25 procent. Van Melvin Belli kreeg ik nog een kerstkaart met daarop een reiskiekie van hem uit Lhasa, Tibet. Daarmee was het contact ten einde.

De 33 boeken die Belli geschreven zou hebben bleven me bij. Dat wilde ik zelf ook wel, 33 boeken geschreven hebben. Ik geloofde hem niet. Misschien had hij zich wel vergist, bedacht ik naderhand, omdat het getal 33 in ons gesprek ook nog een andere rol had gespeeld; 33 procent vroeg hij immers. Maar in het al genoemde interview in de *HP* uit 1977, dat ik later las, noemde hij ook 33 boeken.

Een paar jaar daarna, om precies te zijn op 15 oktober 1984, zag ik op de Westduitse televisie een programma over Belli. Het was Melvin Belli ten voeten uit. Hij zat in het rode pluche van z'n werkkamer, hij gaf z'n papegaai een scheutje whisky, hij reed in z'n goudkleurige Rolls Royce door de straten van San Fransisco, hij schudde z'n skelet Elmer de handbotjes, hij klom op het dak van *The Belli Building* en hij schoot z'n kanon af.

De Duitse voice-over drukte de woorden van Belli helaas ruw weg. Toch hoorde ik hem in een hoekje van het geluid iets zeggen dat mijn wenkbrauwen deed fronsen. Belli zei: *'I wrote some sixty-six books'*, en ik dacht: *'Ich hör nicht richtig!* Geen 33, maar 66 boeken? Dat zou betekenen dat hij tussen 1979 en 1984 33 nieuwe boeken zou hebben geschreven. Dat kon natuurlijk niet. Misschien, mijmerde ik, telde hij om de zoveel tijd bij het aantal door hem geschreven boeken spontaan elf stuks op, of zelfs 33. Het was raadselachtig.

Merkwaardiger nog was de inleiding die Belli in 1988 in z'n boek *Divorcing* schreef, waarin hij melancholiek terugblijkt hij op z'n eigen vier echtscheidingen. Ergens in dat stuk schrijft hij: *'I've done sixty-two law books'*. Twee-en-zestig? Zou hij tussen 1984 en 1988 vier boeken zijn teruggelopen?

De Library of Congress zou uitkomst kunnen bieden. Maar misschien is het precieze aantal boeken dat hij schreef niet belangrijk. Melvin Belli heeft veel geschreven. Melvin Belli was verder een opschepper, een schuinsmarcheerder, en een patser. Hij was ook een voortreffelijk advocaat. Guensberg zou veel aan een stage bij hem hebben gehad. Op 9 juli 1996 overleed Melvin Belli, 88 jaar oud. ■



Kosten in civiele procedures

Van 1994 tot eind 2001 verzorgde mr. E.E. Minkjan een kroniek over kosten in civiele procedures in het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging. Dit artikel is een samenvatting en bewerking van die kronieken.

Mr. E.E. Minkjan

Bestuurssecretaris bij de KNB¹



Inning van declaraties

Wat moet de advocaat doen wanneer de cliënt ondanks aanmaning en sommatie zijn declaratie weigert te voldoen? Dat is afhankelijk van de soort zaak en de reden van weigering. (Zie voor suggesties voor inning en begroting van declaraties het *Vademecum advocatuur*, deel 2, Wet- & regelgeving, p. 465.) In de meeste gevallen kan de advocaat overgaan tot dagvaarding van de cliënt voor de gewone rechter. Dit geldt in civiele zaken waarin de declaratie niet wordt betwist of waarin een honorarium is overeengekomen en verder in straf- en administratieve zaken. Het experiment met de Geschillencommissie advocatuur wordt nu uitgebreid tot alle arrondissementen en het is te verwachten dat deze procedure op den duur die van de WTBZ zal vervangen. Zo ver is het echter nog niet,

zodat het nuttig is kennis te nemen van de perikelen daaromtrent.

De WTBZ bevat een procedure voor het innen van betwiste declaraties in civiele zaken. Als de cliënt het niet eens is met de hoogte van de declaratie in een civiele zaak (om wat voor reden dan ook: te veel uren gerekend, verkeerd uurtarief, te lang gewerkt) moet de procedure van de WTBZ worden gevolgd bij de Raad van Toezicht en de voorzitter van de rechtbank. Als de cliënt om andere redenen niet betaalt (bijvoorbeeld omdat hij aanvoert dat hij voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking had kunnen komen, of dat de advocaat slecht werk heeft geleverd, of dat de advocaat geen opdracht had de werkzaamheden te verrichten) dan moet de advocaat zich wenden tot de gewone rechter (Hof van Discipline 8 mei 1989, *Advocatenblad* 1990, p. 12).

Er is nogal wat jurisprudentie over de vraag bij wie de advocaat terecht moet. Wie is bijvoorbeeld 'de voorzitter van het collegie' (art. 33 WTBZ)? 'De woorden "voorzitter" en "collegie" kunnen immers geen betrekking hebben op een kantonrechter, waarbij komt dat uit de parlementaire behandeling die heeft geleid tot de vaststelling van de tekst van het huidige art. 33 WTBZ blijkt dat door de wetgever aan een kantonrechter ook niet gedacht. Derhalve was de president van deze rechtbank ingevolge het tweede lid van art. 33 WTBZ bevoegd.' (Rb. Breda, 5 oktober 1993.)

Ook als een derde, zoals een rechtsbijstandverzekeraar, de rekening moet betalen, moet de advocaat de procedure van de WTBZ volgen (HR 26 februari 1988, *NJ* 1989, 28). En wat te doen als partijen het over een gedeelte van de declaratie eens zijn? Moet de Raad van Toezicht dan toch de gehele declaratie begroten? En kan de gewone rechter ook veroordelen het bedrag waarover men het eens is, te vergoeden? Volgens de Hoge Raad wèl. De Hoge Raad begreep de overwegingen van het Hof aldus: 'dat de Raad van Toezicht met het oog op hetgeen boven het door het Hof thans toegekende bedrag verschuldigd mocht zijn, telkens de gehele declaratie zal hebben te begroten, waarop dan het op grond van 's Hofs arrest reeds betaalde bedrag in mindering zal kunnen worden gebracht. (...) Partijen zijn het erover eens dat de door het Hof toegekende bedragen in elk geval aan de desbetreffende advocaten verschuldigd zijn. Niet valt in te zien waarom onder deze omstandigheden art. 32 e.v. van de WTBZ in de weg zouden staan aan de bevoegdheid van de gewone rechter om een rechtsbijstandverzekeraar te veroordelen deze bedragen aan de verzekerde te vergoeden of voor deze aan die advocaten te voldoen.' (HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 197, rov. 3.11.)

En als de cliënt vraagt om matiging van de declaratie in verband met de slechte afloop van de zaak? Is dan sprake van een geschil over de hoogte van de declaratie, waarvoor de bijzondere rechtsgang van art. 30 WTBZ moet worden gevolgd? Ja, volgens de Hoge Raad: 'Bij de beoordeling van de vraag of de advocaat zijn declaratie over-

eenkomstig het voorschrift van art. 30 WTBZ heeft berekend naar de mate van het belang en de moeilijkheid van de zaak alsmede van de daaraan bestede tijd, dient niet alleen de in artikel 35 bedoelde rechter maar, naar in de derde titel van de WTBZ besloten ligt, ook de Raad van Toezicht te handelen met inachtneming van het tweede lid van dit artikel. Het daarin bepaalde staat niet eraan in de weg dat bij de begroting van de declaratie rekening wordt gehouden met de (slechte) afloop van de zaak, een factor die overigens ook door de advocaat als onderdeel van het in art. 30 bedoelde belang van de zaak kan worden meegewogen bij de berekening van het hem toekomende salaris.' (HR 12 oktober 2001, *RvdW* 2001, 155.)

De procedure in de WTBZ is niet precies geregeld. In de praktijk geven de Raden van Toezicht de cliënt gelegenheid te reageren en is er een repliek en dupliek. Als de cliënt niet betaalt nadat de declaratie is begroot, kan de advocaat zich tot de voorzitter van de rechtbank wenden voor een soort executurprocedure. De cliënt kan in verzet gaan, maar de wet vermeldt daarvoor geen termijn. Gedacht is wel aan de termijn van veertien dagen van art. 81 Rv-oud, maar de president van de rechtbank Utrecht wierp al eens een beroep op niet-ontvankelijkheid toen de cliënt na meer dan veertien dagen verzet deed. (Pres. Rb. Utrecht 2 juni 1993) Het Hof Den Bosch heeft bepaald, dat het verzet van art. 40 WTBZ niet aan een termijn is gebonden: 'Anders dan de Rechtbank is het Hof van oordeel, dat de rechtszekerheid in deze niet noopt tot het aannemen van een termijn waarbinnen dat verzet moet worden gedaan, zeker niet tot een termijn van een maand.' (Hof Den Bosch 19 september 1995, *NJ* 1996, 290) Het Hof lijkt enigszins terug te deinken voor zijn verstrekkend oordeel door de toevoeging 'zeker niet tot een termijn van een maand'. Dus kennelijk wel enige termijn. En dat zou mij inderdaad redelijk lijken. De advocaat moet toch eens zekerheid krijgen.

Voor de zekerheid gaat het Hof ook nog in op de kwestie of het nog uitmaakt dat de cliënt al had betaald: 'Weliswaar heeft M.

inmiddels hetgeen hij krachtens de onderwerpelijke bevelschriften verschuldigd was, voldaan, doch het Hof vermag in die betaling geen berusting te lezen, nu de raadsman van M bij pleidooi heeft verklaard, dat betaald is, omdat M het niet op een executie heeft willen laten aankomen'.

Klachten over zonder protest reeds betaalde declaraties plegen overigens ongegrond te worden verklaard.

Vast recht

De WTBZ regelt ook het vast recht, ook wel griffierecht genoemd. Betaling geschiedt contant of uit voorschot. De advocaat is mede-aansprakelijk voor de volvoering ervan (art. 16). De griffier kan van de advocaat een voorschot vragen tot dekking van de vermoedelijke rechten (art. 24, eerste lid). De meeste advocatenkantoren hebben een rekening-courant bij hun griffie, waaruit het griffierecht wordt voldaan. Gedurende een maand na de storting van het voorschot kan de voorschotgever bij het gerecht van de griffie, bij verzoekschrift, in verzet komen tegen de beslissing van de griffier (art. 24, derde lid).

Wanneer moet men bezwaar maken tegen de beslissing van de griffier, als het vast recht eenvoudigweg wordt afgeschreven van de rekening-courant die de advocaat heeft lopen bij de griffie? Dit moet binnen een maand na het ontvangen van het overzicht. Als het vast recht rechtstreeks wordt betaald, kan dit binnen een maand na de betaling (art. 25, eerste lid).

Een reden om bezwaar te maken kan bijvoorbeeld zijn dat geen rekening is gehouden met het feit dat er op basis van een toevoeging wordt geprocedeerd. Dan wordt immers het vast recht gereduceerd met de helft of driekwart (art. 17). 'In zijn reactie op het schrijven van de griffier noemt mr X een aantal gevallen bij name, waarin ten onrechte niet met een toevoeging rekening zou zijn gehouden. Op dit betoog kan niet worden ingegaan, aangezien mr X bij een eventuele foutieve nietvermelding daarvan op de mededeling van de uit voorschot verrekende rechten, op grond van art. 25 WTBZ daartegen binnen een maand na die mededeling verzet had moeten doen. Die termijn is in alle gevallen

reeds lang verlopen.' (Hof Den Bosch 17 december 1997, *TCR* 1998, p. 78.)

Als vertragingen in het aanvragen van de toevoeging zijn te wijten aan de rechtzoekende en zijn advocaat, kan men niet met succes verzet doen tegen de beslissing van de griffier, aldus de Hoge Raad in een zaak waarin ik niet zou weten hoe de advocaat de vele hobbels sneller had kunnen nemen. (HR 11 april 1997, *NJ*, 1997, 455.)

De griffier kan ook nog vast recht naheffen. Hij is daartoe in beginsel bevoegd, hij heeft immers gegevens nodig die veelal pas in een laat stadium van de procedure beschikbaar komen. Het rechtzekerheidsbeginsel brengt mee dat de betrokkenen de heffing in de regel als definitief mogen beschouwen, zolang zich geen nieuwe omstandigheden voordoen, zoals een vermeerdering van eis. (HR 26 februari 1993, *RvdW* 1993, nummer 69.)

Kostenveroordelingen

De hoofdregel van art. 237 Rv luidt dat wie bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, zal worden verwezen in de kosten die de wederpartij heeft gemaakt. Er zijn echter allerlei uitzonderingen op die hoofdregel. Zo omvat de kostenveroordeling die wordt uitgesproken ten behoeve van de partij die in het gelijk wordt gesteld lang niet alle werkelijk gemaakte kosten. Voor het salaris van de advocaat wordt een bedrag begroot overeenkomstig een forfaitair tarief voor te liquideren kosten. Hierin is ook een regeling voorzien voor de nakosten. Sinds kort is er ook een regeling voor het 'voorwerk', die ik verderop zal toelichten. Verder kan de rechter de kosten geheel of gedeeltelijk compenseren. De rechter kan nodeloos gemaakte kosten voor rekening laten voor de partij die ze maakte.

Compensatie

In bepaalde gevallen mag de rechter de kosten geheel of gedeeltelijk compenseren. Hij bepaalt dan dat iedere partij haar eigen kosten draagt, of dat een partij slechts een gedeelte van de kosten van de andere partij is verschuldigd. Dit kan op grond van nauwe verwantschap of huwelijksband, of omdat partijen over en weer op enige punten in het ongelijk zijn gesteld (art. 237,

eerste lid Rv). In het huidige Rv strekt de regel zich ook uit tot geregistreeerde partners of andere levensgezellen, zoals ook al in de jurisprudentie was gebeurd, bijvoorbeeld in HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 163, rov. 3.4 (zults in afwijking van enkele jaren tevoren HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 216).

De rechter is niet *verplicht* tot compensatie, bijvoorbeeld op grond van bloedverwantschap: 'Of de rechter compensatie van proceskosten toepast en zo ja in welke verhouding, wordt aan zijn oordeel overgelaten. Art. 56 Rv spreekt immers van het mogen en kunnen compenseren van de proceskosten in bepaalde gevallen. Zie ook Hugenholtz/Heemskerck, Hoofdlijnen van het Burgerlijk Procesrecht.' (zie aldus AG in HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 562.)

Wanneer een vonnis in appèl wordt vernietigd, wordt door de appèlrechter een nieuwe kostenveroordeling uitgesproken, waarbij meestal de in appèl in het ongelijk gestelde partij in de kosten van beide instanties wordt verwezen. Helemaal automatisch kan de appèlrechter dit niet: 'Ter beantwoording van de vraag welke van de partijen als de in het ongelijk gestelde partij moest worden beschouwd, had het hof moeten onderzoeken of de vordering in eerste instantie al dan niet terecht was afgewezen.' De Hoge Raad deed vervolgens het geding in hoger beroep zelf af, met compensatie van kosten. (HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 163)

Rechter heeft grote vrijheid

Maar overigens heeft de rechter een grote vrijheid. De Ondernemingskamer heeft op grond van een daartoe in art. 2:92a, zesde lid BW apart geregelde kostenveroordeling in geval van een uitkoop van aandelen een discretionaire bevoegdheid: 'De rechter geeft omtrent de kosten van een geding zodanige uitspraak als hij meent dat behoort.' Aldus werd bevestigd in HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 176, rov. 4.7, naar aanleiding van een zaak waarin het Hof iedere kostenveroordeling achterwege had gelaten. '(H)et (is) aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt overgelaten of hij aanleiding vindt in het gegeven geval een veroordeling in de proceskos-

ten uit te spreken.' (HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 239, met verwijzing naar HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 186.)

In Rb. Leeuwarden 21 augustus 1996, *KGK* 1996, 1410, afl. 43, werd in een rechtbankzaak de kostenveroordeling beperkt tot het niveau van de kantonrechter. De vordering (tot betaling van f 3.252,50) had ook bij de kantonrechter aanhangig gemaakt kunnen worden met lagere proceskosten, de kostenveroordeling werd daarom beperkt tot de kosten die de kantonrechter begroot zou hebben.

In het volgende geval week de president van de Rechtbank Assen af van de gebruikelijke compensatie van proceskosten bij echtelieden. De vrouw wenste een omgangsregeling tussen de man en de kinderen niet na te komen. Gelet op deze houding zag de president aanleiding van de gebruikelijke compensatie af te wijken. (Rb. Assen, 27 mei 1997, *KG* 1997, 204.)

De rechter behoeft het bedrag van de te liquideren kosten niet te motiveren, evenmin als zijn beslissing over compensatie. Aldus besliste de Hoge Raad reeds in HR 9 november 1922, *NJ* 1923, p. 82 en niet zo lang geleden nogmaals in HR 15 februari 1995, *NJ* 1996, 347: voor de motivering van een kostenveroordeling in een onteigeningszaak is het oordeel dat de declaratie 'niet onredelijk' is, voldoende. En nogmaals: 's Hof's kennelijke oordeel dat het geen aanleiding vindt voor een veroordeling in de proceskosten als verzocht, behoefde geen motivering.' (HR 24 oktober 1997, *NJ*, 1998, 68.)

Het eigen beursje van art. 58 Rv

De rechter kon een procureur of advocaat in de proceskosten veroordelen, het zogenoemde eigen beursje. De in art. 58 Rv-oud gegeven bevoegdheid was niet gegeven in het belang van de wederpartij, maar in dat van de cliënt, zo maakte de Hoge Raad duidelijk in zijn beschikking van 12 december 1997, *NJ* 1998, 347, rov. 4.4. De Hoge Raad herhaalde dit standpunt nog eens in zijn arrest van 3 december 1999, *NJ* 2000, 289, rov. 2.5. Advocaat heeft te laat hoger beroep ingesteld. Het Hof veroordeelt de advocaat in de proceskosten van de wederpartij, omdat hij 'een evident niet-ontvan-

kelijk hoger beroep heeft ingesteld en een bij voorbaat kansloos beroep op overmacht heeft gedaan'. In cassatie voert de advocaat aan dat het mogelijk moet zijn de bestaande rechtspraak omtrent termijnoverschrijdingen te doorbreken zonder zich daarbij schuldig te maken aan een beroepsfout. De Hoge Raad overweegt dat juist is de stelling dat het een advocaat vrij moet staan 'door bestaande opvattingen en bestaande rechtspraak omtrent termijnoverschrijdingen heen te breken' en te bepleiten dat de rechter ten gunste van zijn cliënt zal afwijken van 'hetgeen tot dusverre rechtens geldt'. Indien een advocaat dat kenbaar doet, kan het enkele feit dat hij een standpunt inneemt dat niet overeenstemt met de heersende leer, niet het oordeel wettigen dat hij zich schuldig maakt aan een beroepsfout. Ten onrechte heeft daarom het Hof uit het feit dat 'het wettelijk systeem geen ruimte laat voor de opvatting dat het tijdstip van aanvang van de beroepstermijn afhankelijk is van de persoonlijke omstandigheden van appelland' afgeleid dat de advocaat zich schuldig heeft gemaakt aan 'fouten en/of verzuimen in de procesvoering' welke een veroordeling als waarop art. 58 Rv-oud zag, rechtvaardigen.

Het Hof heeft – aldus de HR – de te dezen te hanteren maatstaf zoals geformuleerd in HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347 miskend door niet in zijn onderzoek te betrekken of veroordeling van appelland in de kosten van het hoger beroep in redelijkheid niet kon worden aanvaard, mede gelet op de ernst van de aan de advocaat gemaakte verwijten.

De advocaat die persoonlijk in de kosten wordt veroordeeld, moet gezien art. 6 EVRM bij het instellen van het hoger beroep of cassatie ook zijn eigen cliënt betrekken. (HR 23 april 1999, *NJ* 2000, 288, rov. 3.2.) De conclusie van A-G mr. Bakels geeft een mooi overzicht van de geschiedenis van het eigen beursje, met vindplaatsen van arresten, noten en artikelen erover. De rechtspraak is er lange tijd van uit gegaan dat de betrokken advocaat tevoren niet behoefde te worden gehoord. Ook werd aangenomen dat de advocaat geen rechtsmiddel kon aanwenden tegen een veroordeling op de voet van art. 58 Rv, omdat hij geen partij was bij het desbetreffende geschil. Mede omdat dit in strijd was met art. 6 EVRM heeft de Hoge Raad aan deze praktijk een einde gemaakt door te

beslissen (1) dat de rechter de betrokken advocaat vooraf de gelegenheid moet geven zijn zienswijze kenbaar te maken en (2) dat die advocaat, wat betreft zijn veroordeling in de proceskosten heeft te gelden als partij in de zin van art. 332 Rv, zodat hij op voet van dat artikel een rechtsmiddel kan aanwenden tegen het vonnis of arrest.

Terecht noemt de meerderheid van de schrijvers het eigen beursje een anachronisme, omdat deze in wezen tuchtrechtelijke maatregel niet thuis hoort in het civiele geding. De wetgever heeft de bezwaren onderkend en in het huidige Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is de regeling vergaand beperkt (art. 245). De procureur kan alleen nog in de kosten worden veroordeeld, indien blijkt dat een partij niet bestaat of niet rechtsgeldig in het geding is verschenen, doordat een daartoe niet bevoegde voor haar is opgetreden of tot het voeren van een geding opdracht heeft gegeven. In dat geval kan de procureur verhaal zoeken bij zijn opdrachtgever, hetgeen in art. 58 Rv-oud uitdrukkelijk was uitgesloten. Ook is in het tweede lid van art. 245 Rv expliciet geregeld dat de rechter de betrokkene in de gelegenheid moet stellen zijn standpunt naar voren te brengen.

Kostenveroordeling is hoofdelijk

Lang is onduidelijk geweest of een proceskostenveroordeling hoofdelijk is of niet. Met andere woorden: kan men bij een incasso van een kostenveroordeling met meer gedaagden kiezen wie men zal aanspreken? Ja, volgens de Hoge Raad: 'Bij de beoordeling van de incidentele vordering moet worden vooropgesteld dat de veroordeling van O. (de BV) en Z. (de directeur/aandeelhouder) door het Hof tot betaling van de kosten van het geding in hoger beroep meebrengt dat zij ieder voor het geheel aansprakelijk zijn en dus hoofdelijk zijn verbonden. Het hoofdelijk karakter van de verbintenis tot betaling van de kosten van het geding in hoger beroep verzet zich ertegen dat bij de afweging van de belangen van R. (eiser) en Z. rekening wordt gehouden met de mogelijkheid voor R. om de proceskosten op O. te verhalen. Hoofdelijke verbondenheid brengt immers mee dat het in beginsel ter vrije keuze staat





van wie van de hoofdelijke schuldenaars hij nakoming zal verlangen.' (HR 17 maart 2000, *NJ* 2000, 353)

Nakosten

Behalve de bij het vonnis vastgestelde kosten zijn er kosten die na het vonnis worden gemaakt, zoals de kosten van betekening van het vonnis aan de tegenpartij en het nasalaris van de procureur. Op grond van de kostenveroordeling kan de in het gelijk gestelde partij ook deze nakosten van de andere partij vorderen. Dit kan alleen bij een volledige veroordeling in de kosten, niet bij een compensatie van de kosten. In de praktijk pleegt in der minne op basis van het liquidatietarief te worden afgerekend. Indien mogelijk bepaalt de rechter de kosten in het vonnis. Als dat niet is gebeurd, kan de in het gelijk gestelde partij die nakosten niet executeren. In dat geval kan de rechter op verzoek van de partij ten gunste van wie een kostenveroordeling is uitgesproken, de nakosten begroten en daarvoor een bevelschrift afgeven (art. 237, vierde lid Rv). Hiervoor is een aparte procedure nodig hetgeen bijvoorbeeld wordt bevestigd door Rb. Alkmaar 20 januari 1994, *NJ* 1995, 333.)

Voorwerk: rapport over buitengerechtelijke kosten

In 1998 werd een rapport uitgebracht door een werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) over buitengerechtelijke kosten, onder de titel 'Voor-werk'. Het werd gepubliceerd als bijlage bij het novemhernummer 1998 van *Trema* en ondervond nogal wat kritiek in de vakpers. In maart 2000 kwam de werkgroep met een gewijzigd rapport, 'Voor-werk II', dat volgens sommige schrijvers nog niet goed is. (Zie voor besprekingen onder meer *Advocatenblad* 1999-6 en 1999-11, pp. 261-264 en 622-623; en *Advocatenblad* 2001-6, p. 223-225; *Rechtshulp* 1999-6/7, p. 44-48; *Praktijkijds-special* maart 1999; *Trema* 1999-6, p. 189-196; *de Gerechtsdeurwaarder* 1999-10. Het rapport Voorwerk-II is gepubliceerd in *Advocatenblad* 2001-6, p. 216-222 en staat op de internetsite van de NVvR.)

Het gaat bij 'Voor-werk II' om aanbevelingen van de NVvR, die tot nu toe niet zo stelselmatig worden toegepast als bijvoorbeeld de *Trema*-alimentatienormen. Gezien de vele kritiek is dat ook niet te verwachten, temeer daar volgend jaar de Europese richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties geïmplementeerd moet zijn. Deze richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 is gepubli-

ceerd in *Pb EG L* 200/35. Hierin wordt uitgegaan van een volledige schadeloosstelling, terwijl uitgangspunt blijft dat partijen een andersluidende regeling kunnen treffen.

Voorbeelden

Enkele uitspraken volgen hier ter illustratie van de behandeling van buitengerechtelijke kosten. In de volgende zaak ging het onder meer over de toewijsbaarheid van niet-overeengekomen buitengerechtelijke kosten en van nakosten. Verwezen werd naar het rapport Voor-werk. Het hof is van oordeel dat het hier uitsluitend gaat om werkzaamheden ter voorbereiding en instructie van de zaak, waarop de regels voor proceskosten van toepassing zijn. Het hof begrijpt de vordering van Gielkens tot veroordeling in 'eventuele' nakosten aldus, dat zij een voorwaardelijke veroordeling terzake van nakosten bedoelt te vorderen. Een dergelijke vordering acht het hof, verwijzend naar het rapport 'Voor-werk', gepubliceerd als bijlage bij *Trema* 1998, nummer 9, wel toewijsbaar. (...) Nasalaris is eerst verschuldigd na het verstrijken van een redelijke door de schuldeiser gestelde termijn voor voldoening aan de executoriale titel. In dit geval, waarin het vonnis en het arrest bij verstek zijn geweest, merkt het hof als redelijke termijn aan een termijn van drie weken na aanmaning. De hoogte van het nasalaris wordt begroot op *f* 250. Voor het geval J. niet binnen deze termijn in der minne aan de veroordeling voldoet en betekening van de executoriale titel plaats vindt, wordt het nasalaris verhoogd met *f* 130 en betekeningkosten. (Hof Den Bosch 1 december 1999, *NJ* 2000, 618)

Ambtshalve matiging moet gemotiveerd worden.

Het betoog dat de (mede) gevorderde buitengerechtelijke incassokosten als vaststaand moeten worden toegewezen, nu deze niet zijn betwist, miskent dat de rechter de bevoegdheid heeft de vergoeding van proceskosten of van buitengerechtelijke kosten bedongen bedragen ambtshalve te matigen (vgl. HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 597, rov. 3.2). 'Door echter zonder nadere motivering, die ontbreekt, te oordelen dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten niet

kunnen worden toegewezen, heeft het Hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtengang. Het vonnis is dan ook onvoldoende gemotiveerd'(...). (HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 256)

Varia

Kosten afgewezen faillissementsverzoek

In een bepaalde zaak was het faillissementsverzoek afgewezen. De proceskosten komen ten laste van de aanvrager: Hof Amsterdam 2 september 1997, *NJ* 1998, 503.

Advocatendeclaratie als steunvordering

Een vordering van een advocaat ter zake van zijn declaratie kan door een derde-aanvrager als steunvordering voor een faillissementsaanvraag worden gebruikt. Deze vordering behoeft niet eerst te zijn begroot conform art. 32-40 WTbZ, welke artikelen alleen kunnen worden toegepast in geval van een geschil over de hoogte van het bedrag van de declaratie (HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 4, rov. 3.5), terwijl ook voor een steunvordering geldt dat niet is vereist dat zij naar omvang vaststaat (zie HR 19 januari 1961, *NJ* 1961, 492). (HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640, rov. 3.3)

Bezwaar tegen toevoeging wederpartij

In de volgende zaak wilde iemand bezwaar maken tegen het feit dat de tegenpartij op basis van een toevoeging procedeerde. Misschien had zijn advocaat de gratis-admissieregeling van vóór 1984 in het hoofd, toen hij een bezwaar indiende bij de rechter die de zaak behandelde. Bezwaar tegen kosteloos procederen van de wederpartij moet echter bij de Raad voor Rechtsbijstand worden gemaakt, niet bij de rechter die over de zaak oordeelt. Alleen het bureau rechtsbijstandvoorziening, in bezwaar de Raad voor Rechtsbijstand en in beroep de bestuursrechter, kan een verleende toevoeging wijzigen, beëindigen of intrekken. (Hof Den Bosch 14 januari 1999, *NJ* 1999, 743.)

Raad van Toezicht op Curaçao

Deze zaak is niet verschenen in het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, maar

lijkt me voor advocaten toch interessant. In deze zaak had een advocaat op Curaçao een Nederlandse advocaat ingeschakeld, waarna problemen met diens declaratie ontstonden. De vraag was, of de Raad van Toezicht te Curaçao bevoegd is daarover te oordelen. Volgens de Raad van Appèl is dat niet het geval: 'Ingevolge art. 2 lid 3 onder b Advocatenlandsverordening (ALV) dienen de in de Nederlandse Antillen werkzame advocaten woonachtig in de Nederlandse Antillen te zijn (en dienen zij daar dus ook te zijn toegelaten). Het door partijen genoemde art. 11 van de in Nederland vigerende Advocatenwet, inhoudende dat de advocaten bevoegd zijn 'om als zodanig voor alle andere rechterlijke colleges binnen het Rijk op te treden' moet aldus worden uitgelegd dat de advocaten bevoegd zijn te praktiseren binnen het rijk in Europa. De Advocatenwet is immers geen Rijkswet, zodat zij niet geldt in de Nederlandse Antillen en Aruba. Het is het beleid van het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba (het Hof) dat buitenlandse advocaten tijdens terechtzittingen het woord mogen voeren, doch uitsluitend indien daarvoor klemmende redenen zijn aannemelijk zijn geworden. Dat is bijvoorbeeld het geval indien aannemelijk is dat een straf- of civiele zaak zodanig gecompliceerd is, of op een zo bijzonder gebied ligt, dat een advocaat met voldoende deskundigheid in de Nederlandse Antillen niet beschikbaar is. (...) In alle gevallen dient echter een Nederlandse Antilliaanse (lokale) advocaat verantwoordelijk te blijven voor de procesuele gang van zaken. Indien de buitenlandse advocaat zich misdraagt wordt de verantwoordelijke lokale advocaat daarop aangesproken; hij blijft verantwoordelijk. Buitenlandse advocaten aan wie het is toegestaan in de Nederlandse Antillen het woord te voeren zijn dus niet rechtstreeks onderworpen aan de in de ALV opgenomen bepalingen. Mr. L. is dan ook niet gebonden aan een door de RvT gemaakte begroting; anders gezegd, de RvT is niet bevoegd om van de bezwaren van mr. S. tegen de declaratie van mr. L. kennis te nemen.' (Raad van Appèl, 25 mei 1999, Registratienummer RvA no. 20 van 1998.)

Pensioen bij de overgang van een onderneming

Ook een goede pensioenregeling (zie Advocatenblad 2001-21, p. 810-813) sluit niet alle problemen uit. Zo kan bij de overgang van een onderneming de pensioenregeling van de werknemers gevaar lopen. Een nieuw, niet vlekkeloos wetsvoorstel beoogt de gevaren te beperken. Maar als er bij fusies en overnames niet goed wordt gekeken naar de pensioenregelingen van vervreemder en verkrijger, 'komt er niet een enkel lijk maar een heel kerkhof uit de kast.'

mr. H.M.J. van den Hurk
advocaat te Tilburg



Foto's: ANP

In Afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn de rechten van de werknemers bij overgang van een onderneming geregeld. Op grond van art. 7:663 BW gaan de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang van de onderneming voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeids-

overeenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. Ten aanzien van pensioentoezeggingen is er echter een uitzondering gemaakt in de wet. De wetgever heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid opgenomen in de EG-richtlijn van 14 februari 1977 (Richtlijn 77/189/EEG). Volgens art. 7:664 BW gaan de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pensioentoezegging of spaarregeling waarop de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing is niet van rechtswege over op de verkrijger.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van vervreemder en verkrijger (art. 7:663 BW) zou ook in geval van pensioentoezeggingen moeten gelden

Wetsvoorstel

Het wetsvoorstel van november 2000 wijzigt art. 7:664 BW:

1. Art. 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een toezegging omtrent pensioen als bedoeld in art. 1, eerste lid, onderdeel a van de Pensioen- en spaarfondsenwet indien:
 - a. de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in art. 663, dezelfde toezegging doet, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers;
 - b. de verkrijger op grond van art. 3 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, verplicht is deel te nemen in een bedrijfspensioenfonds en de werknemer, bedoeld in art. 663, gaat deelnemen in dat fonds;
 - c. bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgevoerd van de toezegging omtrent pensioen, bedoeld in de aanhef.
2. Het eerste lid is niet van toepassing indien de werknemer, bedoeld in art. 663, voor de overgang op grond van art. 3 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, verplicht is deel te nemen in een bedrijfspensioenfonds en deze zelfde verplichting blijft gelden na de overgang.

3. Art. 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een spaarregeling als bedoeld in art. 3, eerste lid van de Pensioen- en spaarfondsenwet indien de verkrijger de werknemer, bedoeld in art. 663, opneemt in de spaarregeling die reeds voor het tijdstip van overgang gold voor zijn werknemers.'

Bovendien introduceert het wetsvoorstel een nieuw artikel, 3b, in de PSW:

'Door de overgang van een onderneming, bedoeld in art. 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij ten aanzien van de aan die onderneming verbonden werknemers geen toezegging omtrent pensioen is gedaan en geen spaarregeling geldt, wordt:

- a. indien de verkrijger ten aanzien van de aan zijn onderneming verbonden werknemers voor het tijdstip van de overgang reeds een toezegging heeft gedaan, hij geacht deze tevens te hebben gedaan ten aanzien van de in de aanhef genoemde werknemers; dan wel
- b. indien ten aanzien van de aan de verkrijgende onderneming verbonden werknemers voor het tijdstip van de overgang reeds een spaarregeling van toepassing was, deze regeling tevens van toepassing op de in de aanhef genoemde werknemers.'

van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Hiermee wordt er onder andere naar gestreefd om de zogenaamde witte vlekken op het terrein van de pensioenen terug te dringen. Met deze Richtlijn wordt bewerkstelligd dat rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen behouden blijven. De in het wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen laten pensioenregelingen bij een overgang van een onderneming niet onberoerd.

Vier situaties

Bij de overgang van een onderneming zijn meerdere situaties te onderscheiden, doch de meest belangrijke zijn de navolgende vier:

1. De vervreemder noch de verkrijger heeft een pensioenregeling;
2. De vervreemder heeft geen pensioenregeling maar de verkrijger wel;
3. De vervreemder heeft wel een pensioenregeling maar de verkrijger niet;
4. Beiden hebben een pensioenregeling maar er zijn inhoudelijke verschillen tussen beide regelingen.

In situatie 1. spelen geen rechten van de werknemers uit pensioentoezeggingen. Situatie 2. heeft tot gevolg dat de werknemers van de vervreemder, die op het moment van de overgang van de onderneming nog geen pensioentoezegging hebben, recht krijgen op dezelfde pensioentoezegging als de werknemers van de verkrijger, mits zij gaan behoren tot de groep van werknemers waarvoor de pensioenregeling geldt. In het genoemde art. 3b PSW en in de voorgestelde wijzigingen van Boek 7 van het BW (art. 661, 664 en 665a) wordt dit tot uitdrukking gebracht. Er wordt dus een soort pensioenplicht op de verkrijger gelegd; een duidelijk voorbeeld van terugginging van bestaande witte vlekken.

Situatie 3. heeft tot gevolg dat de werknemers van de vervreemder van de verkrijger kunnen afdwingen de pensioenregeling zoals die voor hen bij de vervreemder bestond op dezelfde voorwaarden voort te zetten. De verkrijger is hiertoe op grond van de wet verplicht. Logischerwijze vloeit

Op grond van de PSW wordt gewaarborgd dat de voor een pensioentoezegging beschikbare gelden moeten worden ondergebracht bij een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of bij een verzekeringsmaatschappij of een spaarfonds. Dit leidt ertoe dat de pensioentoezeggingen gestand kunnen worden gedaan, onafhankelijk van de vervreemding van de onderneming.

Voor pensioentoezeggingen waarop de PSW niet van toepassing is, is volgens lid 2 van art. 7:664 de verkrijger naast de vervreemder hoofdelijk aansprakelijk. Voor de

werknemer-grotoaandeelhouder geldt een aparte regeling op grond van lid 3. Deze werknemers worden gezien hun zeggenschap in de onderneming geacht zelf hun pensioentoezeggingen te beveiligen bij de overgang van de onderneming.

Witte vlekken wegwerken

Wetsvoorstel nr. 27 469, dat in november 2000 openbaar werd, voert de EG-richtlijn uit van 29 juni 1998 (Richtlijn 98/50) tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud

De begrippen

Affinanciering: het systeem van financiering waarmee alle pensioenaanspraken op het moment van toezegging worden ingekocht. Om dit te bereiken wordt bij een verhoging van de pensioengrondslag tegelijk de backserviceverplichting volledig gefinancierd. Een consequentie hiervan is dat de pensioenlasten nogal kunnen stijgen en dalen. Op grond van het verbod op uitstelfinanciering wat per 1 januari 2000 in de PSW is ingevoerd moeten de pensioenaanspraken aan het einde van ieder kalenderjaar en bij tussentijdse beëindiging van het deelnemerschap zijn gefinancierd. Dit systeem van financiering wordt ook wel het koopsomsysteem genoemd.

Backservice: de verhoging van pensioenaanspraken over reeds verstreken dienstjaren welke ontstaat bij een verhoging van de pensioengrondslag. Dit komt met name voor bij zogenaamde eindloonregelingen.

Deelnemer: ieder ten bate van wie gelden in een pensioenfonds (bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een ondernemings spaarfonds) worden bijeengebracht (art. 1 PSW). In het algemeen wordt in het pensioenreglement een definitie opgenomen van het begrip deelnemer, waarbij wordt omschreven dat het om personen gaat die deelnemen in een pensioenregeling en op grond van die

deelname pensioenaanspraken verwerven. De uitvoering is dan in handen van een pensioenfonds of een levensverzekeringssmaatschappij.

Pensioenaanspraak: het recht om in de toekomst uitkeringen te ontvangen uit het opgebouwde pensioenkapitaal.

Pensioengrondslag: dat gedeelte van het loon van een deelnemer, dat de grondslag vormt voor zijn pensioenopbouw.



hieruit voort, dat de werknemers van de verkrijger, mits zij behoren tot de groep van werknemers waarvoor de regeling geldt, op grond van artikel 2 lid 2 PSW eenzelfde of gelijkwaardige pensioenregeling zouden kunnen afdwingen. Immers, die werknemers zullen in beginsel een succesvol beroep kunnen doen op de geldende bepalingen met betrekking tot de gelijke behandeling. In het Afga-arrest (Hoge Raad, 8 april 1994, *RvdW* 1994, 88) bepaalde de Hoge Raad namelijk dat het een algemeen erkend rechtsbeginsel is dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dus dat

gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden op dezelfde wijze moet worden beloond.

Situatie 4. ten slotte heeft tot gevolg dat er twee verschillende pensioenregelingen naast elkaar in één onderneming bestaan. Het is ook mogelijk, dat de werknemers van de vervreemder worden opgenomen in de pensioenregeling van de verkrijger, zelfs als dat een slechtere regeling is. De verkrijger kan hiervoor kiezen, maar moet dat wel doen vóór de datum waarop de overgang effectief wordt. De reeds opgebouwde pensioenaanspraken kunnen niet worden aangetast. Het

nadeel van twee naast elkaar bestaande regelingen is dat nieuwe werknemers die gaan behoren tot de dezelfde groep van werknemers waarvoor de regeling geldt uiteraard zullen verlangen dat op hen de meest gunstige regeling van toepassing zal zijn. Dit zal er vervolgens wel weer toe leiden dat de 'oude' werknemers zich op gelijke behandeling kunnen beroepen, mits zij behoren tot dezelfde groep van werknemers waarvoor de regeling geldt.

In situatie 4. kan zich het geval voordoen dat de pensioentoezegging aan de werknemers van de vervreemder is onderge-

bracht bij een verplicht bedrijfs- of beroeps-pensioenfonds. Indien de verkrijger niet onder een zodanige verplichtstelling valt (bijvoorbeeld een andere bedrijfstak) kan voor de overgenomen werknemers bij het pensioenfonds een vrijstelling worden verzocht en kunnen zij worden ondergebracht in de pensioenregeling van de verkrijger. Ook kan er niet voor de vervreemder, maar wel voor de verkrijger een verplicht bedrijfs- of beroeps pensioenfonds gelden. In dat geval gaan de overgenomen werknemers, al dan niet vrijwillig, deelnemen in de voor de verkrijger verplicht gestelde regeling.

Opgepast

Het wetsvoorstel als genoemd voorziet ook in een hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende één jaar na de overgang van de vervreemder voor de affinanciering van de reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Dit betekent dat de verkrijger naast de vervreemder aansprakelijk is voor de achterstand in financiering van de pensioenregeling.

Door het verbod op uitstelfinanciering dat per 1 januari 2000 in werking is getreden zullen de financieringslasten voor de back-serviceverplichtingen beperkter zijn voor de verkrijger. De vervreemder mag de financiering niet meer uitsmeren over de toekomst, maar moet 'meteen' betalen. Dat beperkt wel het risico voor de overgedragen werknemers, maar neemt het niet geheel weg.

In geval van een *due diligence* onderzoek in het kader van fusies en overnames zal dus de nodige aandacht moeten worden besteed aan zowel de pensioenregeling van de vervreemder als aan die van de verkrijger. Indien hierbij zaken over het hoofd worden gezien is er vaak geen sprake van een 'enkel lijk' in de kast, maar van een heel 'kerkhof'.

Een ander heikel punt waar in het kader van de overgang van een onderneming de nodige aandacht aan besteed zal moeten worden is de eigendom van de overschotten van pensioenfondsen. Ook op dit punt is er in het genoemde wetsvoorstel geen regeling getroffen. In de jurisprudentie is dit ele-

ment al wel aan de orde geweest (Bensdorparrest van de Hoge Raad van 25 november 1995, *NJ* 1995, 323). In dit arrest waren de pensioenaanspraken van de overgenomen werknemers ondergebracht in een nieuw opgericht pensioenfonds bij de verkrijger. De overgenomen werknemers waren van mening dat zij recht hadden op een evenredig deel van de overschotten van het pensioenfonds van de vervreemder. De vervreemder had deze overschotten onder zich gehouden. De vordering van de werknemers is uiteindelijk gestrand op een uitleg van het onder de vervreemder geldende pensioenreglement; toch blijkt uit het arrest duidelijk dat de slaagkans van een dergelijke vordering in het algemeen niet moet worden onderschat. Ook op dit punt zou in het wetsvoorstel een voorziening moeten worden getroffen. ■

(advertentie)

Regelgeving genotmiddelen

Deze complete losbladige uitgave bevat alle informatie over de Drank- en horecawet en aanpalende wetgeving:

- de tekst van de Drank- en horecawet met inhoudsopgave en lijst van wijzigingswetten
- alle relevante uitvoeringsvoorschriften opgevoerd per thema (bijvoorbeeld aanbesteding en formulieren, aanmelding, toelating, afzetbeleid, verpakkingen, eisen, redelijk gedrag, inrichtingen en vergoedingen, ontlastingen, verbodswaarschuwingen en toezicht en opsporing)
- Code voor alcoholhoudende dranken met de bijzondere gedragsregelen voor reclame-uitingen en andere verkoopbevorderende activiteiten voor alcoholhoudende dranken
- tekst van de Alkohowet met een korte toelichting en de relevante uitvoeringsvoorschriften
- tekst van de Wet op de loterijen en uitvoeringsvoorschriften


Auteurs: drs. M.I. van Iwaarden

Losbladig: 1 bund

Prijs: hoofdwerk € 59,-

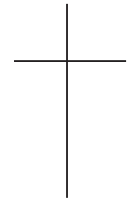
aanvullingen € 0,50 (excl. BTW) per pagina

Bestelcode: D06HW

koninklijke vermande 

Voor bestellingen of meer informatie belt u:
Servicecentrum Uitgeverij
Telefoon: (070) 378 06 60 • Fax: (070) 378 07 63
E-mail: adu@eduk.nl of <http://www.eduk.nl>
Prijswijzigingen voorbehouden
Ook verkrijgbaar via de boekhandel

In memoriam jhr. mr. M.W.C. de Jonge



1911-2001

Op 30 december 2001 is op 90-jarige leeftijd overleden mr. Minus de Jonge, negentien jaar lang deken te Zutphen.

mr. E. Huber
Rhenen

Het advocatenkantoor De Jonge is decennialang, in opeenvolgende generaties, bemand geweest door twee De Jonge's. In 1960 toen ik er als stagiaire ging werken, waren dat twee broers. Over de oudste van de twee, Minus de Jonge, gaat het hier.

Minus de Jonge heeft een gezegende leeftijd bereikt, en woonde, vrijwel tot het laatst in goede gezondheid, in zijn houten huis aan de IJssel in zijn geliefde Zutphen. Vanuit zijn werkkamer keek hij uit op dezelfde rivier, waarop en waarin hij zijn leven lang zeilde, roeide en zwom. In 1935 is hij advocaat geworden bij zijn oom, mr. C.C. de Jonge, die tot het overlijden in 1933 van de vader van Minus, mr. B. de Jonge, diens compagnon was geweest. Minus de Jonge is zijn gehele werkzame leven advocaat gebleven op het familie-kantoor, steeds op het adres IJsselkade 21 te Zutphen. Dat was de achtergrond van waaruit hij zijn kwaliteiten heeft kunnen ontplooien.

Traditie en stijl hadden voor Minus betekenis, en zijn persoonlijkheid ademde een zekere teruggetrokkenheid, een wat afstandelijke wellevendheid. Dat kon er toe leiden dat het niet altijd en niet voor iedereen gemakkelijk was zicht te krijgen op de ware Minus. Op de keper beschouwd was hij een man die aan conventies weinig boodschap had en altijd zijn eigen gang ging, die een open oor had voor de mensen met wie hij te maken had en een open oog voor de ontwikkelingen in de samenleving en wiens belangstelling zich richtte op een breed terrein.

Dat hij zijn eigen gang ging, en eigen verantwoordelijkheid nam, kwam tot uiting gedurende de Duitse bezetting. Minus de Jonge sloot zich als goed vaderlander, die actie tegen de bezetter vanzelfsprekend vond, aan bij een verzetsgroep. Als gevolg van verraad gearresteerd, kwam Minus onder meer terecht in het beruchte concentratiekamp Natzweiler in de Elzas. Hij overleefde, en zweeg over wat hij daar heeft meegemaakt. Deze ervaringen hebben hem ongetwijfeld blijvend getekend; er hing om hem naar mijn indruk een zekere waas, dat eigen is aan mensen die aan een inferno werden blootgesteld.

Wat hij in de oorlog heeft ervaren stond er niet aan in de weg dat Minus de Jonge, advocaat in hart en nieren, zich na de bevrijding beschikbaar stelde voor het verlenen van rechtsbijstand aan politieke delinquenten. Voor hem was dat uit het oogpunt van rechtvaardigheid even vanzelfsprekend als het plegen van verzet tijdens de bezetting. Voor zijn verzetswerk ontving Minus de Jonge het Verzetsherdenkingskruis 1940-1945.

Met nieuwe ontwikkelingen kreeg Minus de Jonge te maken bij de hervatting van de praktijk na de oorlog, in samenwerking eerst alleen met zijn jongere broer, W.H. de Jonge, later in het zich gestadig uitbreidend kantoor met stagiaires, medewerkers en compagnons. Hij onderkende de noodzaak van vernieuwingen, fusies en dergelijke en ging daarin con amore mee, wel uitdrukkelijk onder handhaving, wat zijn eigen praktijkvoering betreft, van de stijl die nu eenmaal onvervreemdbaar de zijne was.

In mijn tijd (ik ging er na mijn afstuderen in 1960 werken, tot 1963) waren wij maar met drie advocaten, bijgestaan door een chef de bureau, een secretaresse en een manus van alles. De kamers waren stijlvol, ouderwets en comfortabel ingericht, die van Minus de Jonge was de grootste, met zoals gezegd een mooi uitzicht over de IJssel. Daar werd de advocatuur uitgeoefend in de beste tradities van het vak, met recht het nobile officium, het honorarium had nog iets te maken met ereloon. Vanzelfsprekend verleende ook Minus als dat zo uitkwam bijstand aan prodeanen. De tijden van fee-earners en -eaters, van begrippen als *leverage*, van de dictatuur van uren schrijven, *targets* en omzet waren nog ver. Minus de Jonge beoefende gewoon een solide praktijk met interessante zaken voor belangrijke cliënten.

Voor het dekenaat van de Orde in Zutphen was Minus de Jonge de geëigende figuur. Het was hem op het lijf geschreven en hij vond het vanzelfsprekend daarin de nodige tijd te steken en dat gedurende maar liefst negentien jaar. Zo lang, niet omdat hij zozeer gekleefd was aan het pluuche, daarvoor was hij een veel te bescheiden man, maar omdat zijn natuurlijk overwicht, zijn rustig en menselijk inzicht hem in de balie blijkbaar *facile princeps* deden zijn.

Naast dit alles ruimde Minus de Jonge tijd en energie in voor bestuurlijk werk. Vele jaren was hij secretaris van het Wijnhuisfonds, dat zich ten doel stelt de historische binnenstad van Zutphen te behouden. Daaraan heeft hij met hart en ziel gewerkt, in zijn vrije tijd maar ook op kantoor. Dat Zutphen zo'n mooie stad is gebleven, is in belangrijke mate te danken aan

Minus de Jonge. Die belangeloze arbeid vanuit een gevoel voor stijl, traditie en het belang van de gemeenschap, vond erkenning door toekenning van de Zilveren Anjer van het Prins Bernhard-fonds en de Erepenning van de Stad Zutphen.

Een gelukkig toeval bracht mee dat hij in de laatste jaren van zijn praktijkuitoefening nogal eens kwam pleiten voor de civiele kamer van het hof in Arnhem, waarvan ik deel uitmaakte. Mijn herinnering aan zijn verschijning in de rechtszaal, niet groot van postuur, voorzien van een stok vanwege een onwillige heup, met zijn wat hese stem bondig pleitend in zaken van gewicht, waaruit hij alles haalde wat er voor zijn cliënten in zat, doen hem voor mij voortleven als een voortreffelijk advocaat. ■



mr. M.W.C. de Jonge, foto W. Le Compte, eind jaren tachtig

Hoe zat het ook alweer met...

Sinds 1 januari jl. moeten dagvaardingen voldoen aan de substantiëringsplicht en de bewijsaandraagplicht. Schenden van deze plichten heeft geen nietigheid tot gevolg, maar wat dan wel?

Willem Heemskerck
redactielid

de substantiërings- en bewijsaandraagplicht?

Art. 111 lid 3 Rv stelt aan ná 1 januari 2002 uitgebrachte dagvaardingen twee vereisten die het voorheen geldende recht niet kende. Het eerste vereiste is de zogenoemde 'substantiëringsplicht', de verplichting om de door de gedaagde (buiten rechte) tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor te vermelden. Het tweede vereiste betreft de 'bewijsaandraagplicht', de verplichte vermelding van de bewijsmiddelen waarover eiser kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis. Géén van de beide vereisten wordt met nietigheid bedreigd, aldus art. 120 lid 4 Rv. Dat doet de vraag rijzen welke consequenties er wel aan niet-inachtneming zouden kunnen worden verbonden.

Substantiëringsplicht

Eiser dient de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor te vermelden, waarbij er uiteraard niets te vermelden valt als er buiten rechte niets ten verwere is aangevoerd;¹ ook dan verdient het aanbeveling *dat* in de dagvaarding te vermelden.² Bij de gevolgen die aan niet-inachtneming van de substantiëringsplicht kunnen worden verbonden is de wetgever weinig creatief geweest: de rechter kan daar de gevolgen aan verbinden die hij 'geraden acht'.³ Nu is dat een formule die al voorkwam in art. 19a lid 4 en 213 lid 2 Rv-oud, waar het ging over – kort gezegd – de zwijgende partij-getuige, maar daar was het duidelijk in welke sfeer de rechter gevolgen aan dat zwijgen kon verbinden: de bewijswaardering uiteraard. Met betrekking tot de substantiëringsplicht laat zich niet goed indenken dat de rechter in de bewijswaarderingssfeer consequenties kan verbinden aan het gegeven dat eiser de verweren van gedaagde niet (volledig) heeft vermeld,

terwijl de wetgever onbesproken laat welke andere consequenties dat zouden kunnen zijn. Art. 120 lid 4 Rv geeft de rechter de bevoegdheid eiser te bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verschaffen, maar hoe moet de rechter weten dat buiten rechte verweren tegen de eis zijn aangevoerd? En is het wel zo zinvol die aanvulling te vragen, als gedaagde inmiddels zelf bij antwoord duidelijk heeft gemaakt wat zijn verweren zijn?

In verstekzaken ligt dat anders, want daar kan ik mij voorstellen dat de rechter een vordering als onrechtmatig of ongegrond afwijst (art. 139 Rv), zolang hem niet van het (door eiser weergegeven) standpunt van gedaagde is gebleken. Maar vooraleer de vordering af te wijzen kan hij – als gezegd – eiser in de gelegenheid stellen op dit punt aanvullende gegevens te verstrekken, hetgeen weer tot problemen kan leiden omdat (a) eiser bij verstek wellicht in de verleiding raakt om maar niet al te uitvoerig over de verweren van gedaagde uit te weiden of (b) eiser die verweren weergeeft en tegelijkertijd zo geëngageerd weergeeft, dat weer van een door art. 130 lid 3 Rv verboden verandering of vermeerdering van (de grondslag van de) eis sprake is.⁴

Tot slot noemt de wetgever⁵ het eigenbelang van eiser als 'drukmiddel' om aan de substantiëringsplicht inhoud te geven: in verband met de mogelijkheid dat geen gelegenheid voor een conclusie van repliek zal bestaan heeft eiser er – volgens de wetgever – alle belang bij om zoveel mogelijk te anticiperen op de verweren van gedaagde. Nu geef ik toe dat het verstandig kan zijn om op de verweren van gedaagde te anticiperen – deden we bijvoorbeeld in kort geding al niet anders? – maar ik denk niet dat de vrees om niet te mogen repliceren daarbij een stimulans zal zijn. De rechter, die de

zaak onvoldoende geïnstrueerd acht, zal immers juist eerder de gelegenheid voor repliek (en dupliek) geven en zelfs als hij dat niet zou doen, zou eiser een voorsprong hebben omdat hij bij comparitie wat nieuws heeft – het weerleggen van de verweren van gedaagde –, terwijl gedaagde het laatste aan het woord was en niet weet wat komen gaat. En daarnaast is er nog altijd het hoger beroep, dat er niet slechts toe dient om het vonnis in eerste aanleg te corrigeren, maar ook om de eigen fouten te herstellen. Ik kan mij niet goed voorstellen dat de rechtbanken eisers al te hard op de niet-inachtneming van de substantiëringsplicht zouden willen afrekenen, als zij weten dat daarmee slechts een afwenteling van het geschil op de gerechtshoven in de hand wordt gewerkt.

Ik moet de advocaat nog tegenkomen die na de weerlegging van gedaagdes verweren wegens de bewijsaandragplicht zijn cliënt belt en zegt: ‘Zouden we niet schikken?’

Bewijsaandragplicht

Eiser dient in de dagvaarding de bewijsmiddelen te vermelden⁶ waarover hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ‘ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis’. Die laatste passage, pas toegevoegd bij Nota van wijziging, is bedoeld om duidelijk te maken dat de bewijsaandragplicht slechts betrekking heeft op de stellingen van eiser ten aanzien waarvan hij gedaagdes verweer heeft weergegeven.⁷ Ook hier dus niet de sanctie van nietigheid bij niet-inachtneming. Maar wat dan wel?

De wetgever lijkt in de Memorie van Toelichting de lat vooral niet te hoog te willen leggen, overigens op een moment in het wetgevingsproces dat de bewijsaandragplicht nog algemeen luidde en niet was toegespitst op de verweren van gedaagde: ‘Opgemerkt zij nog dat de eiser niet verplicht is tot een uitputtend overzicht van zijn mogelijkheden tot bewijslevering. Waar het om gaat is dat voldoende

bewijsmiddelen worden genoemd om de gronden van de vordering te staven, zodat de rechter en de wederpartij daarmee rekening kunnen houden bij hun inbreng in de procedure.’⁸ In dezelfde alinea wordt echter een hele grote sprong gemaakt: ‘Maar als de gedaagde voorafgaand aan de procedure de feitelijke juistheid heeft betwist van bepaalde gronden van de eis, zal de eiser een bewijsstuk of getuige waarover hij beschikt ter staving van zijn stellingen, in beginsel niet onvermeld mogen laten. Doet hij dat wel en overvalt hij daarmee zijn wederpartij, dan kan de rechter besluiten geen acht te slaan op het bewijsmiddel of het voorbrengen van de getuige niet toe te staan als in strijd met een goede procesorde.’ Wat dat betreft blijft de minister in de Nota naar aanleiding van het verslag onversaagd: ‘Niettemin kan de rechter in

een concreet geval, als de bijzonderheden van de zaak daartoe aanleiding geven, nieuwe feiten of bewijs weigeren als in een eerder stadium van de procedure een desbetreffende mededelingsplicht is verzaakt.’⁹

Ik vind het nogal kras; een getuige weigeren of geen acht slaan op een bewijsmiddel omdat eiser heeft verzuimd die reeds bij dagvaarding te noemen, als hij al van het bestaan wist? Kom nou toch! Ook hier lijkt de wetgever de mogelijke sanctie – met een goede procesorde¹⁰ die er met de haren bij is gesleept – iets te zwaar te hebben aangezet, waarschijnlijk in een poging om Nederland met betrekking tot beide verplichtingen zo snel mogelijk over de streep te krijgen.

Evenals bij de substantiëringsplicht zet ook hier de wetgever het eigen-bestwilargument in: ‘Hiernaast dwingt een bewijsaandragplicht beide partijen ertoe hun positie in het debat onder ogen te zien. Voor eiser kan gelden dat zijn kansen minder groot blijken te zijn dan hij tot dan toe

dacht; gedaagde kan na de presentatie van eisers zaak tot het inzicht komen dat het beter is eieren voor zijn geld te kiezen. Zo worden beide partijen met de neus op de feiten gedrukt, hetgeen partijen aanleiding kan geven het debat in te perken en de kansen op een schikking verhoogt.’¹¹ Het zou natuurlijk kunnen, maar ik moet de advocaat nog tegenkomen die, na de verweren van gedaagde en de weerlegging daarvan te hebben gedictieerd, bij het kopje bewijsaandragplicht aanbeldend het apparaat terzijde legt, cliënt belt en zegt: ‘Zouden we niet schikken?’

De bewijsaandragplicht geldt op grond van art. 128 lid 5 Rv ook voor de gedaagde: die dient in zijn conclusie van antwoord de bewijsmiddelen te vermelden waarover hij kan beschikken ‘tot staving van de gronden van zijn verweer’, alsmede de getuigen die hij daartoe kan doen horen. In beide gevallen – dus zowel voor eiser als gedaagde – kan de rechter bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken, maar hoe die rechter nu moet weten *dat* een van de partijen een bewijsstuk of getuige verzuimd heeft te noemen, is mij een raadsel.

Toch doen

Conclusie moet zijn dat vooralsnog niet duidelijk is welke consequenties de rechter aan niet-inachtneming van de substantiërings- en bewijsaandragplicht kan verbinden. Diezelfde onzekerheid brengt echter mee dat partijen er wel verstandig aan doen om zich naar de voorschriften in de wet te richten,¹² want de rechter weet met de summere aanwijzingen van de wetgever waarschijnlijk ook niet goed welke gevolgtrekkingen hij aan niet-inachtneming moet verbinden en het ‘gelijk’ in hoger beroep halen is uiteraard omslachtiger en kostbaarder.

Na de eerste aanleg

In de verzoekschriftprocedure is geen substantiëringsplicht en bewijsaandragplicht opgenomen,¹³ maar hoe zit het in verzet, hoger beroep, cassatieberoep en bij herroeping (de opvolger van request-civiel)? Bij verzet is het duidelijk: de verzetdagvaarding geldt – nog steeds – als conclusie van ant-

Hoe zat het ook alweer met...

woord (art. 147 Rv), zodat art. 128 lid 5, waarin opgenomen de bewijsaandragplicht, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard (in art. 146 lid 1 Rv). Een substantiëringsplicht is zinledig, omdat de stellingen van oorspronkelijk eiser wel uit diens inleidende dagvaarding blijken. Anders ligt dat als er in de verzetdagvaarding tevens een eis in reconventie wordt ingesteld: ingevolge art. 146 lid 2 Rv is art. 111 lid 3 Rv – met substantiëringsplicht én bewijsaandragplicht – dan van overeenkomstige toepassing.

In hoger beroep is het niet duidelijk: volgens art. 343 Rv moeten aan de appèldagvaarding dezelfde eisen als in eerste aanleg worden gesteld, behoudens wat betreft de middelen waarop het beroep is gegrond (die bij conclusie van eis in hoger beroep, nog altijd beter bekend als memorie van grieven, mogen worden aangevoerd). Dus ook de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht? Er staat nergens dat dat niet hoeft – ook in de parlementaire geschiedenis niet -, maar het lijkt mij niet de bedoeling: de verweren van de wederpartij blijken uit de stukken van eerste aanleg en dat geldt ook voor het eigen bewijsmateriaal. Iets anders is dat de appellant die het in eerste aanleg op het bewijsterrein heeft verloren er goed aan doet zijn bewijspositie in hoger beroep waar mogelijk aan te scherpen en eventueel (een) nieuwe getuige(n) te noemen, maar dat kan ook best bij memorie van grieven. Aansluiting kan derhalve worden gezocht bij art. 353 lid 1 Rv, dat bepaalt dat voor zover uit de zevende titel (hoger beroep) niet anders voortvloeit, de tweede titel (waaronder art. 111 Rv) van overeenkomstige toepassing is; uit Titel 7 vloeit naar mijn mening voort

dat art. 111 lid 3 Rv in hoger beroep niet van (overeenkomstige) toepassing is.

Ook in cassatie gelden de substantiërings- en bewijsaandragplicht – die in hoger beroep al niet, maar in cassatie gezien art. 79 RO al helemaal niet op hun plaats zouden zijn – niet. Art. 407 lid 1 Rv stelt aan de cassatiedagvaarding weliswaar dezelfde vereisten als de dagvaarding in eerste aanleg, behoudens enkele wijzigingen in de leden 2-4, waaronder niet een uitsluiting van art. 111 lid 3 Rv, maar ook hier kan aansluiting worden gezocht bij de bepaling waarin staat dat de artikelen van de tweede titel (waaronder, nogmaals: art. 111 lid 3 Rv) niet van toepassing zijn als uit de elfde (cassatie)titel anders voortvloeit, te weten art. 418a Rv.

Wat de vordering tot herroeping betreft ontbreekt een dergelijke bepaling; art. 385 Rv verklaart (geheel) art. 111 Rv zonder meer van toepassing. Ik denk dat – zonder dat de wetgever ook hier aanwijzingen heeft gegeven – het ook de bedoeling is dat de substantiërings- en bewijsaandragplicht in acht worden genomen. De vordering tot herroeping is immers een ‘gewone’ procedure, die op de wijze als in de tweede titel (betreffende de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) bepaald, wordt gevoerd. Die procedure heeft alleen een bijzonder onderwerp, te weten het gestelde bedrag dat de wederpartij heeft gepleegd, de valsheid van stukken of door de wederpartij aanvanke-lijk achtergehouden stukken; daarbij kan het zinvol zijn om weer te geven wat de verweren van de wederpartij op die verwijten zijn en om aan te geven welk bewijsmateriaal inmiddels voorhanden is, dat tot heropening van het geding respectievelijk herroeping zou moeten leiden. ■

Noten

- 1 Of slechts het, zoals ik laatst hoorde, ‘pecunia non habet’-verweer, dat uiteraard geen inhoudelijk verweer is en derhalve geen vermelding verdient.
- 2 Zie over de mogelijke spanning tussen de substantiëringsplicht en de gedragsregels een bijdrage van F.A.W. Bannier, ‘Het nieuwe procesrecht en gedragsregels 12 en 13’, die in een van de komende nummers van dit blad zal worden gepubliceerd.
- 3 Aldus de Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 99.
- 4 De rechtbank te Utrecht heeft in een voorlichtingsbijeenkomst op 15 januari 2002 aangeraden om de dagvaarding in kopjes in te delen, opdat deze sneller gescreend kan worden op de substantiëringsplicht en het bewijsaanbod (?); indien de dagvaarding niet voldoet aan de substantiëringsplicht krijgt eiser een termijn van twee weken om door middel van een (B-?)formulier alsnog aan deze verplichting te voldoen. Gebeurt dat niet, dan overweegt de rechtbank als sanctie een (gedeeltelijke) proceskostenveroordeling met 1 punt volgens het liquidatietarief. Ik vraag mij af of dat laatste zich wel verhoudt met art. 237 lid 1 Rv: welke kosten zijn immers nodeloos veroorzaakt?
- 5 Eveneens de Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 99.
- 6 Waarom niet, als het schriftelijke stukken betreft, over te leggen? Nergens in de parlementaire geschiedenis heb ik op die vraag een antwoord gevonden.
- 7 Zie TK 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 50 en nr. 6, p. 9.
- 8 TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 100.
- 9 TK 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 51.
- 10 En bij de substantiëringsplicht de wat diffuse gevolgen, die de rechter geraden zouden moeten voorkomen.
- 11 TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 100.
- 12 Daarvan getuigt ook de modeldagvaarding, *Advocatenblad* 2002-1, p. 18-20.
- 13 Zie uitvoeriger H.W. Wiersma, ‘Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht’, *NJB* 2002, p. 13, r.k.

DEE BIA

'Ik waak nu voor een crisis'

Het adagium *Virtus nobilitat* is vervangen door een nieuw devies: *vrije tijd adelt!* Maar geldt dat ook voor de advocatuur en de rechterlijke macht? Over de zoektocht naar het evenwicht tussen werk en vrije tijd:

Martine Goosens
freelance journalist



Mr. Fred Salomon (54), vreemdelingenrechter bij de Rechtbank in Amsterdam. Salomon is gescheiden, heeft drie dochters en een zoon en woont samen met faillissementsrechter C.J. Polak.

Zaterdagmorgen 11.00 uur, thuis bij Fred Salomon in Amsterdam. 'Mijn dochter Hadassah is een weekendje over uit Groningen. Ik heb nog drie kinderen, twee dochters en een zoon. Mijn ex-vrouw voedt mijn zoon en jongste dochter op. Mijn huidige vrouw heb ik ontmoet op de rechtbank. Zij vormt een uitzondering op de regel dat ik mijn werk en privé-leven gescheiden houd. Thuis praten we niet over werk en op de rechtbank komen we elkaar nauwelijks tegen. Behalve een wekelijks avondje *bridge* onderneem ik vrijwel niets met collega's. Ik heb daar geen behoefte aan. De vreemdelingenrechtters hebben eens per jaar een 'beziinningsavondje'. De vraag is dan: waar zijn we als vreemdelingenrech-



Foto's: Chris van Houts

ters mee bezig? Als rechter neem je immers beslissingen die van groot belang zijn voor de toekomst van een mens en zijn familie. Maar ook die bezinningsavondjes hoeven voor mij niet. Ik ben actief binnen de liberaal-joodse gemeente, waar ik mij bezighoud met de vraag hoe je met andere mensen en geloofsovertuigingen moet omgaan. Bepaalde levensvragen hoef ik mezelf niet meer te stellen, de antwoorden vond ik al in het joodse geloof.

Ik werk in vijf dagen 40 uur per week. Overwerken doe ik eigenlijk nooit. Ook in weekenden en vakanties werk ik niet. Ik kan niet zeggen dat ik het op mijn werk overdreven druk heb. Naast mijn voorzit-

INSAANS



terschap van de Commissie van Toezicht Strafrechtelijke Opvang Verslaafden heb ik geen nevenactiviteiten. Ik kan mijn werk met gemak aan. In mijn vrije tijd daarentegen kom ik tijd tekort. Ik ben secretaris van de liberaal-joodse gemeente in Amsterdam en lid van het hoofdbestuur van het Verbond van Liberaal Religieuze Joden, het overkoepelend orgaan van de acht liberaal-joodse gemeenten in Nederland. Ik ga minimaal drie avonden per week naar het Concertgebouw. Zelfs als ik vier keer in één week ben geweest vind ik de vijfde keer geen straf. Ik vind alles mooi. Mijn vader was dirigent van het Frysk orkest in Leeuwarden, ik ben dus met muziek opgegroeid. Verder lees ik twee kranten, twee weekbladen, twee maandbladen en één

kwartaalblad. Om mijn conditie op peil te houden loop ik één keer per week hard in het Vondelpark en ga ik op zondag met de trein naar de duinen of het strand om te wandelen. Minder werken voor meer vrije tijd zal ik niet snel doen, ik ben opgevoed met de norm dat je fulltime moet werken en dat uitgangspunt zit in mij vastgeroest.

Als ik meer vrije tijd had zou ik meer investeren in de toekomst van het joodse geloof. Ik vind het belangrijk dat mensen weten waar ze vandaan komen. Mijn vader is in 1933 vanuit Koningsberg, het huidige Kaliningrad, naar Nederland gekomen. Mijn moeder vijf jaar later uit Wenen. Allebei hebben ze altijd geprobeerd zo min mogelijk aandacht te vestigen op hun afkomst. Zij vertelden mij pas op mijn 14^e dat ik joods ben. Er zat in die tijd één joodse meisje in mijn klas. Haar extreem joodse uiterlijk vond ik fascinerend. Zij heeft een rol gespeeld in mijn verlangen om Hebreeuws te kunnen spreken en in mijn behoefte om me te verdiepen in het jodendom. Mijn moeder vond het eng dat ik dat deed. Mijn vader zei er niets over, maar in zijn ogen zag ik trots.

Mijn geloof en joodse achtergrond zijn een van de belangrijkste aspecten in mijn privéleven. Ik streef ernaar het niet van invloed te laten zijn op mijn werk. Dat lukt niet altijd. Zeker als het om joodse mensen gaat dreigt er gevaar. Zo had ik eens een joodse moeder op zitting die in het kader van haar verzoek om gezinshereniging sprak over de bijzondere band met haar meerderjarige zoon. Denkend aan de verhouding met mijn eigen overbezorgde en dominante moeder zei ik: 'Van nauwe familiebanden is in joodse gezinnen wel vaker sprake.' Dat

had ik niet moeten zeggen, op dat moment hield ik te weinig afstand.

Als ik na mijn werk geen zin meer heb in andere dingen werk ik te hard. Ik heb dat twee keer meegemaakt. Ik heb twintig jaar gewerkt als wetgevingsjurist bij het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. Toen ik naast mijn werk rechter in opleiding was en mijn collega ziek werd, raakte ik overspannen. Ik werd al moe bij de gedachte dat ik na kantoortijd iets moest doen. Ik was futloos en slecht gehumeurd. Ook toen ik eenmaal rechter-commissaris in strafzaken was en op het punt stond over te stappen naar de sector bestuursrecht heb ik het een tijdje te druk gehad. Ik wilde nog van alles afmaken, maar overschatte mijn capaciteiten. Mijn concentratievermogen liep terug en ik vond mijn werk steeds minder leuk. Ik snakke naar het eind. Inmiddels kan ik het werk weer aan, maar in mijn vrije tijd kom ik aan een aantal dingen niet toe. Een week zou uit acht dagen moeten bestaan. Ik zou meer tijd willen hebben om boeken te lezen, Hebreeuws te studeren en muziekwetenschappen. Ook zou ik bestuurlijke functies willen bekleden in de muziek. Maar ik moet oppassen dat ik niet teveel lasten draag. Ik heb de neiging mezelf te overschatten. Daarom beperk ik me tot de bezigheden die ik op dit moment heb. Ik waak nu voor een crisis. ■

KSU maakt een feestje van nieuwe cijfers

In een paar jaar tijd is *De Stand van de Advocatuur* van uitgeverij KSU (vooral elektronische producten zoals adressendisks) gezaghebbend geworden in advocatenland en voor de media daarbuiten. Een niet geringe prestatie van de gedreven uitgever Pablo van Klinken.

De 'Stand' van 2002 werd op 19 februari in het Amsterdamse Rosarium gepresenteerd in aanwezigheid van een advocatuurlijk elitegezelschap dat de toenemende status van KSU nog eens extra onderstreepte. Een selectie: deken Marek Guensberg was er, Job van der Have van Nauta Dutilh, Jean Louis Burggraaf van Allen & Overy, Hans van Gijzen van Holland van Gijzen, Nicole Edelenbos van Lexence, Scipio van der Stoel van Andersen Legal (hierover later meer) en de ster van de avond Eberhard van der Laan, van Kennedy Van der Laan. De fenomenale successtory van zijn kantoor werd onderstreept door een heuse wisselbeker voor de snelste groeier 2002 (31,3%). In zijn dankwoord gaf Van der Laan Van Klinken daarvoor de eretitel terug 'de John Frederikstad van de advocatuur' daarbij verwijzend naar een legendarische voetbalstatisticus die onder meer voor Studio Sport uitzocht wanneer NAC voor het laatst thuis verloor van NEC op een besneeuwd veld.

In zijn serieuze inleiding wees Van Klinken op de steeds verder voortschrijdende concentratie: hoe groter de kantoren, hoe sneller ze groeien, de top 10 met 9,4%, de advocatuur als geheel met 5,1%. Die groei vlakt al jaren af en die trend zet zich versterkt door. De regiokantoren blijven voorts opvallend goed scoren en zullen de nationale top steeds meer concurrentie gaan aandoen. Dirkzwager groeide met 20%, Van Diepen van der Kroef met 18,9%, De Jonge Peters Rimmelink met 10,3%, Nysingh Dijkstra De Graaf met 8,6% en Boels Zanders met 7,7%. Samen zijn deze *big five* uit de regio thans goed voor 360 advocaten.

Een van de grootste kantoren ter wereld Baker & McKenzie is met -11,5% in ons land de grootste daler. Algemeen Directeur Alie Doorten: 'Die cijfers kloppen allang niet meer. Afgelopen zomer zijn er bij ons veel mensen vertrokken, met name naar Loyens & Loeff, maar dit najaar zijn er weer veel mensen bijgekomen, vooral van Andersen Legal. Cumulatief (notarissen en advocaten) staan we nu op 130 en niet op 116 zoals de Stand weergeeft.' Opvallend is ook de sterke daling van Stibbe waar het gaat op *high profile* cliënten: waren in 2001 nog 25 van 's lands grootste bedrijven klant in Amsterdam, dit jaar zijn dat er slechts 19. Hiermee staat Stibbe overigens nog altijd op de tweede positie achter De Brauw (46) en voor Houthoff Buruma, in deze *league* (van 14 naar 17) een opvallende *runner up*.

De sfeer werd voor een deel bepaald door het *breaking news* dat de Orde van het Europese Hof de samenwerking met accountants mag blijven verbieden. Scipio van der Stoel van Andersen Legal werd er direct op aangesproken. 'We hebben ons *fall back* scenario klaar liggen' zei hij monter op de borrel. 'We gaan gewoon hetzelfde doen als de andere vier.'

Tegen het eind werden de aanwezigen getraakteerd op een 'discussie' die slechts irritatie opwerkte, door de consultancylichs van Floris Croon van *Boer en Croon* (positionering in de markt, *core business, one stop shopping*) die daarenboven door zijn woordgebruik ('advocatenbureau's' voor kantoren en 'partnerfeebedrag' voor winstdeel) nog eens extra duidelijk maakte weinig *feeling* met de advocatuur te hebben.

(Micha Kat)

(advertentie)

FIF 33
RECHTSPREKER- EN IMPERIALRECHT


Ten behoeve van de advocatuur en het bedrijfsleven.
 Voorkomend in bedrijfsadvies en binnen- en buitenland.

- overleg rechtspraak
- overleg concurrentiebeding
- contractrecht
- handelsinformatie
- transit
- privé-ondernemen

Telefoon : 010 - 477 33 33 E-mail : info@fif33.nl
 Fax : 010 - 477 08 30 Internet : www.fif33.nl

Vraag onze brochures aan voor een totaalpakket van diensten.

Bezoekadres: Eermeislandweg 184, 5301 DM Rotterdam
 Correspondentieadres: Postbus 25290, 5001 HE Rotterdam



Al domicilie gekozen?
www.advocatenwerk.nl

HV&PARTNERS
 VOOR JURISTEN, VAST OF INTERIM



TEL 010 - 240 06 05

In het nieuws

Ouwerkerk: rechtshulp toegankelijker voor minder draagkrachtigen

De hoofdpunten uit het advies *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand* van de commissie Ouwerkerk, die op 19 februari 2002 haar rapport aan de Staatssecretaris van Justitie presenteerde, zijn de volgende.

De Bureaus Rechtshulp zouden zich moeten richten op hun primaire taak: het toegankelijk maken van het recht voor minder draagkrachtigen; ze moeten zich beperken tot het verzorgen van een juridisch loket en een gratis spreekuur van maximaal 1 uur voor minder draagkrachtigen.

Verdergaande door de overheid gefinancierde rechtshulp moet worden verleend door advocaten of andere particuliere rechtshulpverleners.

In het vergoedingstelsel van de gefinancierde rechtshulp moet efficiency worden bevorderd door kortdurende rechtshulp relatief beter te betalen dan langdurende.

Er moet een goed loopbaanbeleid komen zowel bij de Bureaus Rechtshulp als in de advocatuur, om het werken in de gefinancierde rechtsbijstand aantrekkelijker te maken.

De vijf Raden voor Rechtsbijstand, die onder meer bepalen of een persoon voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking komt, moeten ter vergroting van hun daadkracht worden samengevoegd en een beleid voeren; wel zijn vijf uitvoeringskantoren denkbaar.



H. Ouwerkerk

De commissie werd in november 2001 door de Staatssecretaris ingesteld om te adviseren over de toekomst van het bestaande stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand. Aanleiding hiervoor was de vorig jaar zomer met de Kamer besproken toekomstverkenning (rapport Verwey-Jonker), waarin werd voorgesteld een nieuw juridisch loket in te richten en de Bureaus de vrijheid te geven ook voor meer draagkrachtigen op te gaan treden. Dit voorstel werd gedaan tegen de achtergrond van een (op termijn) afnemend aanbod van advocaten voor gesubsidieerde rechtshulp en een verminderd beroep daarop door rechtzoekenden.

De commissie ziet daar niets in. Het recht op rechtsbijstand is verankerd in de Grondwet; veranderingen in de organisatie ervan mogen niet ten koste gaan van de toegankelijkheid van het stelsel, is het uitgangspunt van de commissie.

De Staatssecretaris komt zo spoedig mogelijk met een kabinetsstandpunt. In haar eerste reactie op het rapport onderschreef zij het belang van een goede eerstelijns voorziening, en liet ze weten dat de scheiding tussen publieke en private taken haar aansprak.

Het rapport commissie Ouwerkerk is te verkrijgen bij de afdeling Publieksvoorlichting van het Ministerie van Justitie en binnenkort te raadplegen op de website van Justitie (www.minjust.nl) of bij de Afdeling Public Affairs van het landelijk bureau van de NOvA tel. 070-3353513.

(Marianne van der Kleij)

(advertentie)

Plaats uw advertentie midden in uw doelgroep. Het Advocatenblad helpt u daarbij.



Elke twee weken bereikt u met een personeelsadvertentie in het Advocatenblad alle geïnteresseerde juridisch actieve juristen.

Deegewant helpen wij u met het opstellen van de tekst voor uw personeelsadvertentie, die professioneel vorm wordt gegeven in uw eigen huisstijl, met uw eigen logo!

Meer informatie?

Wilt u meer informatie, bel dan Cock Beouwer, tel. 071 - 599 76 21, fax 071 - 599 05 80, die u graag vrijblijvend informeert over alle mogelijkheden.



Beroepsdienst voor de Mediators

U zoekt

- advocaten
- mediateurs
- arbodieners
- (socio)juristen
- behoeftedieners
- leden rechtsoverheidsinstellingen

Reacties

Onderscheid onderscheid tussen toepasselijkheid en informatieplicht

mevr. mr. C.R. Range
advocaat te Rotterdam

In het artikel 'Over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden' (*Advocatenblad* 2002-2, 25 januari 2002, p. 72-77) stellen de mrs. M.L. Webb en S.Y.Th. Meijer dat de informatieplicht en de toepasselijkheid van algemene voorwaarden vanuit rechtstheoretisch oogpunt van elkaar moeten worden onderscheiden, maar vanuit de rechtspraak bezien zeer nauw samenhangen. Alleen wanneer aan de informatieplicht krachtens art. 6:233 aanhef en onder b jo. 6:234 lid 1 BW bij het doen van een aanbod zou zijn voldaan, zouden algemene voorwaarden op een overeenkomst van toepassing worden (p. 73). Zij menen hiervoor steun te vinden in drie recente arresten van de Hoge Raad. Dit geeft aanleiding tot enige opmerkingen.

Anders dan de auteurs stellen spitsen zich de geschillen in de arresten VNP/Havrij (HR 6 april 2001, *RvdW* 2001, 74) en Geurtzen/Kampstaal (HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207) niet toe op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. In beide procedures werd ervan uitgegaan dat tussen partijen een overeenkomst tot stand was gekomen waarvan algemene voorwaarden door verwijzing op het briefpapier deel uitmaakten. Centraal stond de vraag of de algemene voorwaarden vernietigbaar waren omdat geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming was geboden. De toepasselijkheid van de algemene voorwaarden stond wel centraal in Petermann/Frans Maas (HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 200). De Hoge Raad oordeelde hierin dat het hof, gezien de feiten, mocht

Naschrift

De kritiek van mevrouw Range komt uiteindelijk erop neer dat wij zouden hebben betoogd dat het onderscheid tussen toepasselijkheid en informatieplicht niet meer door de rechtspraak zou worden erkend. Wij komen, zo stelt zij, tot deze conclusie op grond van drie door ons behandelde arresten. Mevrouw Range leest kennelijk meer in ons overzichtsartikel dan er staat, want het gesignaleerde betoog is niet in onze bijdrage terug te vinden. Wij hebben op geen enkele plek betoogd dat dit onderscheid in de rechtspraak wordt opgeheven. Daarnaast legt zij ons woorden in de mond die wij niet hebben gebruikt en dicht zij ons interpretaties van arresten toe die wij niet hebben gemaakt. Wij spreken bijvoorbeeld in de door haar geciteerde passage van p. 73 niet van rechtspraak maar van rechtspraak. Ook menen wij net als mevrouw Range dat het in de arresten VNP/Havrij en Geurtzen/Kampstaal ging om de informatieplicht en dat deze informatieplicht in het arrest Petermann/Frans Maas geen rol speelde omdat er sprake was een internationaal contract.

Wij beperken ons in deze reactie tot het inhoudelijke punt van kritiek dat wij dat onderscheid tussen toepasselijkheid en informatieplicht niet zouden hebben gemaakt; uiteindelijk verschillen wij niet met haar van mening. De ontstane onduidelijkheid is waar-

oordelen dat Petermann het gerechtvaardigd vertrouwen van Frans Maas had gewekt met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, waarnaar op het briefpapier van Frans Maas was verwezen, in te stemmen. De Hoge Raad heeft hierbij geen andere regels gehanteerd dan de algemene regels betreffende de totstandkoming van overeenkomsten, waarvan ook in de beide andere arresten werd uitgegaan.

In VNP/Havrij en Geurtzen/Kampstaal kwam de vraag of een redelijke mogelijkheid tot kennisneming werd geboden aan de orde nadat toepasselijkheid was aangenomen. Het beroep op vernietiging wegens het niet voldoen aan de informatieplicht is aldus een tweede stap nadat betwisting van de toepasselijkheid niet tot het beoogde resultaat heeft geleid. In het arrest Petermann/Frans Maas kwam de rechter niet toe aan de vraag of aan de informatieplicht was voldaan, omdat vernietiging niet kon worden gevorderd, gelet op het feit dat het een internationaal contract betrof waarop de afdeling 6.5.3 niet van toepassing is.

De rechter zal niet toetsen of aan de informatieplicht is voldaan, indien slechts de toepasselijkheid wordt betwist en geen beroep op vernietiging wordt gedaan. Het onderscheid tussen toepasselijkheid en informatieplicht wordt in de rechtspraak aldus onverkort gehandhaafd. Voor bijvoorbeeld vennootschappen die vallen onder art. 6:235 lid 1 BW, is het onderscheid, evenals voor niet in Nederland gevestigde wederpartijen, van groot belang omdat zij alleen de toepasselijkheid kunnen betwisten en geen vernietiging kunnen vorderen.

schijnlijk terug te voeren op ons gebruik van het woord 'toepasselijk'. Algemene voorwaarden zijn toepasselijk wanneer zij zijn aanvaard door de wederpartij. Of dit zo is moet worden beoordeeld aan de hand van art. 3:33 en art. 3:35 BW. Is dit het geval dan is er sprake van gebondenheid aan de algemene voorwaarden. Deze gebondenheid of toepasselijkheid kan worden beëindigd wanneer niet aan de informatieplicht ex art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 BW is voldaan. De voorwaarden zijn in dat geval vernietigbaar. Het gevolg is dat de algemene voorwaarden dan niet meer toepasselijk zijn.

Er is dus sprake van een tweetrapsraket: allereerst de vraag of er sprake is van gebondenheid, daarna de vraag of aan de informatieplicht is voldaan. Wij hebben in ons artikel het woord 'toepasselijk' in een ruime betekenis gehanteerd die zowel de vraag naar de gebondenheid als de vraag of aan de informatieplicht is voldaan, omvat. Mevrouw Range interpreteert het woord 'toepasselijkheid' beperkt waarbij het alleen betrekking heeft op de vraag naar de gebondenheid als gevolg van aanvaarding. Ook wij menen dat deze tweetrapsraket het uitgangspunt is om te toetsen of algemene voorwaarden deel uitmaken van het contract.

Mevr. mr. M.L. Webb en mr. S.Y.Th. Meijer, Amsterdam

Hoezo is de advocaat dominus litis?

Taru Spronken

advocaat te Maastricht,
auteur van proefschrift *Verdediging*

In het dekencommentaar van het vorige *Advocatenblad* betwist de deken een van de conclusies in mijn proefschrift, namelijk dat de verdachte en niet de advocaat in het strafproces dominus litis is. De argumenten die hij uit mijn proefschrift aanhaalt hebben hem vooralsnog niet overtuigd van de juistheid van mijn conclusie, vandaar dat ik een tweede poging waag.

Dat de cliënt in verhouding tot zijn raadsman in het strafproces dominus litis is, is niet uitsluitend mijn conclusie. Deze is al eerder getrokken door wetenschappers zoals Melai, Corstens, Stolwijk, De Roos, 't Hart en Prakken.¹ Algemeen wordt aangenomen dat richtsnoer voor het handelen van de raadsman de wil van de cliënt is, waarbij het de verantwoordelijkheid van de advocaat is, zijn cliënt door juridische en feitelijke informatie in staat te stellen om een weloverwogen standpunt in te nemen over zijn processtrategie. Dit in de literatuur breed gedeelde uitgangspunt is in de advocatuur merkwaardig genoeg – dat blijkt ook wel uit het dekencommentaar – geen gemeengoed. Toch gaat het om een kwestie die de kern van onze beroepsuitoefening raakt en wat mij betreft niet alleen de rechtsbijstand in het strafproces maar ook in de andere rechtsgebieden.

De deken opent met een volgens hem vanzelfsprekende stelling: 'De advocaat is in relatie tot zijn cliënt dominus litis.' Maar is dit wel zo vanzelfsprekend? Of is dit uitgangspunt een hardnekkig overblijfsel uit een tijd dat het paternalisme hoogtij vierde en de notabelen onder wie de arts, geestelijke en advocaat wel uitmaakten

wat goed voor de burger is? Ik kan voor het dominus litis beginsel van de deken in de Advocatenwet of de Gedragsregels geen steun vinden. In Gedragsregel 9 lid 1, waar de deken naar verwijst,² lees ik dat de advocaat verantwoordelijk is voor de wijze waarop hij de zaak behandelt. Maar dat impliceert mijns inziens nog niet dat hij dus een ruime bevoegdheid heeft om de zaak aan te pakken zoals hem goed dunkt, zoals de deken stelt (overigens een standpunt dat ook vaak in de tuchtrechtspraak wordt ingenomen). Het spreekt voor zich, vervolgt de deken, dat hij de cliënt voortdurend goed moet informeren. Maar het gaat er niet alleen om dat hij de cliënt informeert, het gaat om *informed consent*. Dat betekent dat de advocaat de toestemming moet krijgen van de cliënt voor zijn aanpak en dat de cliënt dus betrokken moet worden bij de afweging van de risico's, de kosten en de voor- en nadelen van de mogelijke strategieën. De advocaat mag immers niet handelen tegen de kennelijke wil van de cliënt. Moet hij dan niet eerst weten wát zijn cliënt wil? Mijns inziens is de ratio van Gedragsregel 9 niet dat de advocaat bepaalt hoe hij een zaak behandelt, maar dat de advocaat niet in álles de wil van zijn cliënt moet of mag volgen. Als de cliënt iets van hem eist dat in strijd is met de beroepsethiek of de wet, of iets dat de advocaat een volstrekt zinloze exercitie lijkt, dan moet de advocaat dat kunnen weigeren. Hij blijft verantwoordelijk voor zijn eigen handelen en de middelen die hij gebruikt. Wil of kan hij die verantwoordelijkheid niet nemen, dan moet hij zich terugtrekken. Hij mag zijn eigen strategie, hoe goed deze objectief gezien ook mag zijn, niet doordrukken. Alleen al hieruit blijkt dat uiteindelijk de cliënt dominus litis is, het gaat per slot van rekening om zijn belangen.

Noten

- 1 Zie Taru Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Gouda Quint, Deventer 2001, p. 252-254.
- 2 'De advocaat draagt volledige verantwoording voor de behandeling van de zaak. De advocaat kan zich niet aan deze verantwoording onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. Hij mag evenwel geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt.'

Iks ging weer eens pleiten

Leo van Osch

'Alles van waarde is weerloos', had zijn cliënt hem bij wijze van kerstboodschap geschreven. Hij overdacht de dichtregels van de keizer der dichters in de trein op weg naar het Zuiden waar zijn cliënt nog geen maand na de nieuwjaarskaart in het Huis van Bewaring van Roermond was gehuisvest. Het was de laatste dag van het Zottenfeest en de machinist had zich dienovereenkomstig uitgedost.

In Roermond aangekomen kon hij de trein bijna niet uitkomen vanwege een blaaskapel die er stevig stond te toeteren. De radio in de taxi stond afgestemd op een lokale zender die voor hem onverstanebare leuterpraat ten beste bracht. Het was ter opluistering van het carnaval misschien wel aardig geweest, zo dacht hij, om in de gevangenis in een blauw-wit gestreept gevangenispakje compleet met ketting en zware zwarte bal om zijn enkel aan te komen, maar hij voorzag al problemen genoeg, nu hij alleen met een oud advocatenpaspoort uit 1985 zijn opwachting maakte.

En jawel: of mijnheer wel advocaat was, vroeg de portier. X onderging het lijdzaam. Na enig gebel mocht hij doorlopen, nou ja, doorlopen, het detectieapparaat bleef piepen. Hij morrelde al aan zijn broekriem maar de portier meende dat zijn schoenen wellicht een ijzeren strip bevatten en op kousenvoeten ging hij de poort door.

Zijn cliënt, verdacht van ontucht, klaagde over een dieet dat hij niet kreeg en vlekken op de longen, in combinatie met acht kilo

afvallen. TBC was de diagnose geweest van de gevangenisarts. 'Toch geen open TBC', vroeg X schijterig maar daarover kreeg hij geen uitsluitsel. Zijn cliënt overhandigde hem 21 handgeschreven A-viertjes, onder de mededeling dat het om een voorlopige analyse van zijn zaak ging, en X probeerde een zucht te vermijden.

Na anderhalf uur nam hij afscheid. Hij had dezelfde taxi-chauffeur en de lokale zender stond nu op vrolijke carnavalsmuziek.

Op volle sterkte klonk het 'En wat hebben we het goed' (bis bis) en tja, dat was ook zo, althans als je het vergeleek met zijn cliënt. Het ging nog beter toen de taxameter (waar ging dat arrest ook al weer over, dacht hij in een vlaag van beroepsdeformatie) niet bleek te zijn aangezet door de chauffeur. X rondde naar boven af.

De trein stond nog klaar, dacht hij, maar de deuren waren al dicht en langzaam trok de trein op. Een half uur later boemelde hij dan toch terug, de dichtregels van Lucebert omvormend tot 'Alles na Weert is waardeloos'. ■



Orde-nieuws

Over de OrdeVanDeDag

Geachte Collega, Confrère

Gaarne breng ik u de nieuwe e-mailnieuwsbriefservice OrdeVanDeDag onder de aandacht die de Orde, in samenwerking met Elsevier bedrijfsinformatie, op woensdag 13 maart aanstaande het licht zal doen zien.

De e-mailnieuwsbrief is een aanvulling op de nieuws- en informatievoorziening in het *Advocatenblad* en op BalieNet. Het *Advocatenblad* voorziet de leden tweewekelijks van informatie. De BalieNet-site is de elektronische informatiebron die de advocaat onder meer voorziet van praktijkinformatie. De e-mailnieuwsbrief zal de Orde in staat stellen om wekelijks de leden veel sneller en effectiever dan voorheen van actueel nieuws en belangrijke informatie te voorzien. Zeker in een tijdperk waar advocaten er aan gewend raken om via de nieuwe media snel op de hoogte te worden gebracht van voor hen relevant nieuws, is de OrdeVanDeDag een belangrijk extra communicatiekanaal.

De e-mail nieuwsbrief zal voor een deel de informatievoorziening van de reeds bestaande media overnemen en een brug slaan tussen folio (het *Advocatenblad*) en digitaal (BalieNet). Tevens zal de nieuwsbrief belangrijke publicaties in bijvoorbeeld het *Advocatenblad* vooraankondigen om er de aandacht op te vestigen. De e-mailnieuwsbrief zal ook informatiebronnen op BalieNet door middel van korte beschrijvingen en links onder de aandacht brengen.

Uw reacties zijn meer dan welkom en kunnen uiterst simpel worden verzonden.

De nieuwsbrief wordt kosteloos toegezonden aan alle advocaten met een e-mailadres.

Met vriendelijke groet,

mr. W.K. van Duren
Portefuillehouder Communicatie Algemene Raad

OrdeVanDeDag 12 november 2001 | OrdeVanDeDag is een uitgave van Elsevier bedrijfsinformatie bv ©2001



OrdeVanDeDag

EEN INITIATIEF VAN DE NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN EN ELSEVIER

Colofon
Advertenties
Disclaimer
Contact
Abonnementen

- **Regeling meldplicht witwassen: 'vaag'**
- **Inventarisatie weigeren van uitbreidsels**
- **Mislukkende rechter mag aangifte doen van strafbare feiten**
- **Dag en nacht aangifte doen**
- **Rotregeling kantongerechten**

► **Orde-nieuws**

Regeling meldplicht witwassen: 'vaag'
Vrijdag 2 november hebben de ministers van Financiën

Deze week in het nieuws

- **DEBAT: Witwasregeling wassen nieuw?**
- **DEBAT: Van de Dag of Van de Week of gewoon Aan de Orde?**
- **Gratis procederen na ernstig misdrijf**
- **Moraal appél op juristen**

OP EÉN SITE!

Laat u inspireren!

In 2002 is het 50 jaar geleden dat de Advocatenwet tot stand kwam. Reden om terug te blikken? Natuurlijk. Maar zeker ook een goede aanleiding om eens stil te staan bij heden en toekomst van het vak. Daarom heeft de Orde een onderzoek laten uitvoeren. Dat heeft een 'staalkaart' opgeleverd van de balie anno nu. Wat doen advocaten zoal, en in welke mate? En hoe zien ze hun vak? Vragen die in deze staalkaart worden beantwoord.

En de toekomst? Bij het maken van die stap, kunt u een rol spelen. Want de Orde organiseert symposia in de vijf hofressorten over de 'staalkaart' en de implicaties daarvan voor de toekomst van het vak. Er zal flink worden gediscussieerd op basis van prikkelende toekomstscenario's.

Het beloven inspirerende middagen te worden die u de kans geven eens (veel!) verder te kijken dan de drukke dagelijkse realiteit. Daarbij doet u ongetwijfeld ideeën op voor uw persoonlijke ontwikkeling en die van uw praktijk. En u krijgt de kans om actief van gedachten te wisselen met vakgenoten die vast weer nét even andere interessante visies hebben. Kortom: een must voor advocaten met oog voor de toekomst!

Opzet en aanpak zijn zodanig, dat elke deelnemer daadwerkelijk en actief kan deelnemen aan de discussie. Er worden deel-discussies gevoerd in groepen van tien advocaten. Aan één symposium kunnen maximaal honderd advocaten deelnemen.

Prikkelende bijeenkomsten, ook in uw hofressort.

De symposia vinden plaats op de volgende locaties en data en beginnen 's middags om 13.30 uur. Ze eindigen na vijven met een gezamenlijke borrel.

11 april	Amsterdam Arena
12 april	PSV stadion Eindhoven
18 april	Gelredome Arnhem
19 april	TT-circuit Assen
25 april	De Kuip Rotterdam

U kunt zich door middel van onderstaand antwoordformulier of elektronisch via BalieNet opgeven voor het symposium in uw hofressort. Het maximale aantal deelnemers is beperkt. Bovendien zal in overleg met de dekens bij over-inschrijving erop worden toegezien dat de arrondissementen, voor zover mogelijk, evenredig vertegenwoordigd zijn. Meld u dus tijdig aan!

Schrijf u in via BalieNet of stuur het formulier naar het door de Orde ingeschakelde registratiebureau Parthen R&S, antwoordnummer 47615, 1070 VD Amsterdam. Of fax het naar 020-5727311. U krijgt uiterlijk een week voor het symposium een bevestiging van uw deelname toegestuurd met de laatste aanvullende informatie. Aan deelname zijn geen kosten verbonden, maar u verplicht zich wél op de desbetreffende middag aanwezig te zijn gezien de opzet van de discussie en de technische voorzieningen die moeten worden getroffen.

De heer Mevrouw Voorletters _____

Naam _____

Kantoor _____

Postadres _____

Postcode en plaats _____

Telefoon _____ Fax _____

Arrondissement _____

Handtekening _____

Geeft zich op voor het symposium dat wordt gehouden in het hofressort waartoe het arrondissement waar hij/zij kantoor houdt behoort, te weten het symposium:

- 11 april Amsterdam Arena 19 april TT-circuit Assen
 12 april PSV stadion Eindhoven 25 april De Kuip Rotterdam
 18 april Gelredome Arnhem

Dit formulier gaarne sturen aan: Parthen R&S, Antwoordnummer 47615, 1070 VD Amsterdam
 U kunt het formulier ook faxen naar: 020-5727311

Inschrijfformulier

NEDERLANDSE
ORDE VAN
ADVOCATEN

50 jaar

Permanente opleiding

In deze rubriek vindt u opleidingen die kunnen worden gevolgd in het kader van de Permanente opleiding. De rubriek vormt een aanvulling op de cursuswijzer Permanente opleiding die vier keer per jaar verschijnt.

Ambtenarenrecht

Praktijkdag Ambtenarenrecht Van Aanstelling tot Ontslag**

datum: 2 april 2002,
10.00-16.30 uur
docenten: mr. A.L.A. Tortike
plaats: Bilthoven
punten: 5
prijs: € 475,- exclusief BTW
Vermande Studiedagen,
tel. 0320-237714

Arbeidsrecht

Het concurrentiebeding op de helling?***

datum: 18 april 2002,
15.30-21.00 uur
docenten: mr. D.J. Buijs,
mr. P.H.E. Voûte
plaats: Amsterdam
punten: 4
prijs: € 550,- exclusief BTW
Kluwer Opleidingen, tel. 0570-647608

Burgerlijk (proces)recht algemeen

Privacyregeling in theorie en praktijk***

datum: 9 april 2002,
10.00-17.00 uur
docenten:

Verklaring der tekens

- * Actualiteiten (basiskennis vereist)
- ** Introductie
- *** Verdieping I (redelijke basiskennis vereist)
- **** Verdieping II (gedegen basiskennis vereist)
- ***** Specialisatieopleiding

prof. mr. J.M.A. Berkvens,
mr. S.M. Huydecoper,
mr. P.C. van Schelven,
mr. H.H. de Vries,
mr. E. Schreuders
plaats: Soestduinen
punten: 5
prijs: € 550,- exclusief BTW
Kluwer Opleidingen,
tel. 0570-647682

Nieuw Burgerlijk Procesrecht***

datum: 14 maart 2002,
10.00-16.50 uur
docenten: mr. J.W. Westenberg,
mr. W. Heemskers,
mr. J.P. Fokker,
mr. M.E. Koppenol-Laforce
plaats: Utrecht
punten: 5
prijs: € 450,- exclusief BTW
Vermande Studiedagen,
tel. 0320-237727

Europees en nationaal economisch recht

Nieuw Europees Procesrecht (i.s.m. NAVIH)*

datum: 20 maart 2002,
16.00-21.30 uur
docenten: prof. dr. F.J.M. de Ly,
mr. M.E. Koppenol-Laforce,
mr. X.E. Kramer
plaats: Rotterdam
punten: 4
prijs: € 495,-
ORP Erasmus Universiteit
Rotterdam, tel. 010-4081597

Internationaal Privaatrecht

Normering van Privaat (forensisch) onderzoek*

datum: 5 april 2002,
09.00-16.30 uur
docenten:

prof. dr. mr. C.D. Schaap,
mr. drs. C.W.M. Dessens,
mr. J.A. Hulsenbek,
mr. J.M.L. Niederer, N. Brink,
mr. W.G. van Hassel,
mr. J.H.M. Willems, J. Joling,
B. Prins, mr. dr. U. van de Pol,
A.J. de Jong, mr. P.S. Jonkers,
H.A. Jansen, M. Scholtes
plaats: Utrecht
punten: 4
prijs: € 375,- exclusief BTW
Studiecentrum Kerkebosch,
tel. 030-6915678

Personen-en Familierecht

Echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter***

datum: 12 april 2002,
10.00-17.00 uur
docenten: prof. mr. W.M. Kleijn,
mr. L.J.H. Gijbels, mr. E. Feijen
plaats: Bilthoven
punten: 5
prijs: € 575,- exclusief BTW
Vermande Studiedagen,
tel. 0320-237713

2^e PIV-jaarconferentie Schadevergoeding: een zak geld of nog meer?*

datum: 22 maart 2002,
09.00-16.45 uur
docenten: prof. mr. H.J. Wansink,
mr. A.J. Schoonen, mr. A.J. Van,
A.W. van Kouterik,
mr. drs. C.H. Sieburgh,
prof. dr. M.G. Faure,
prof. dr. C.J.J.M. Stolker,
mr. F. Stadermann,
mr. P. Sieswerda, mr. J.M. Beer
plaats: Ede
punten: 5
prijs: € 350,- exclusief BTW
Studiecentrum Kerkebosch,
tel. 030-6915678

Masterclass Huwelijksvermogensrecht bij echtscheiding****

datum: 20 maart 2002,
14.00-20.30 uur
docenten: prof. mr. W.R. Meijer
plaats: Garderen
punten: 5
prijs: € 595,- exclusief BTW
Kluwer Opleidingen,
tel. 0570-647160

Verzekeringsrecht, schade en aansprakelijkheid

Beroepsaansprakelijkheid***

datum: 4 april 2002,
10.00-17.00 uur
docenten:
prof. mr. E.A.A. Luijten,
prof. mr. W.R. Meijer,
mr. F. van der Woude,
mr. W.F. Hendriksen
plaats: Amsterdam
punten: 5
prijs: € 550,- exclusief BTW
Kluwer Opleidingen,
tel. 0570-647190

Vreemdelingenrecht

Kernthema's Immigratierecht asiel***

datum: 14 maart 2002,
12.00-17.00 uur
docenten: mr. C.W. Wouters,
mr. M. Roorling, mr. A. Den Uyl
plaats: Leiden
punten: 4
prijs: € 210,- inclusief BTW
Instituut voor Immigratierecht,
tel. 071-5277551

Kernthema's Immigratierecht regulier***

datum: 21 maart 2002,
12.00-17.00 uur

VAN DE ORDE

docenten: mr. G.J. van Andel,
mr. drs. A.E. Keulemans,
prof. mr. P. Boeles
plaats: Leiden
punten: 4
prijs: € 210,- inclusief BTW
Instituut voor Immigratierecht,
tel. 071-5277551

Overige rechtsgebieden

Fundamentele Herziening

Wet op de Ruimtelijke

Ordering - Deel II*

datum: 25 april 2002,
11.00-16.45 uur
docenten: prof. dr. W. Derksen,
mr. N. Koene, mr. A.C. Fortgens,
mr. M.E. Clemens,
dr. Ir. A.G. Bregman,
dr. Ing. J. Fokkema
plaats: Rotterdam
punten: 3
prijs: € 699,- exclusief BTW
Studiecentrum voor Bedrijf
en Overheid, tel. 040-2974889

IteR-congres 2002***

datum: 10 april 2002,
09.30-18.00 uur
docenten: prof. mr. H. Franken
plaats: Den Haag
punten: niet bekend
prijs: € 100,-
NWO/Nationaal Programma voor
Informatietechnologie en Recht
(IteR), tel. 070-3440950

Onderhandelen/ Conflicthantering

Conflictmanagement*****

datum: 21 en 22 maart 2002,
25 en 26 april 2002,
23 en 24 mei 2002,
27 en 28 juni 2002,
26 en 27 september 2002,

17 en 18 oktober 2002,
21 en 22 november 2002,
12 en 13 december 2002,
20 en 21 februari 2003,
22 en 23 mei 2003
docenten: drs. A. Kil,
dr. T. van Aken,
prof. dr. W. Albeda,
ir. A.L. Alons, mr. K. Bakx,
ing. K. van de Broek,
prof. dr. L. de Caluwe,
drs. P. Camp, drs. A.C. Couzijn,
A. Cursten, mr. L. Demeyere,
mr. H.J.A.M. Dohmen,
prof. dr. H. Doorewaard
plaats: Maastricht
punten: 165
prijs: € 6820,-
PAO Universiteit Maastricht,
tel. 043-3883273

Bemiddeling/ADR

Bemiddeling Dader-Slachtoffer

niveau: niet bekend
datum: 18 juni 2002,
09.00-22.00 uur en 19 juni 2002,
09.00-17.00 uur
docenten: drs. Sj. Homminga,
D. Homminga
plaats: Leusden
punten: 16
prijs: € 850,-
Edumonde Mediation B.V.,
tel. 0229-573655

Talen

Do's and Don'ts of Legal English***

datum: 18 april en 23 april 2002,
14.00-21.00 uur
docenten: mr. J.A. Wade
plaats: Amsterdam
punten: 12
prijs: € 750,-
PAO Eggens Instituut UvA, tel.
020-5253407

Overige vaardigheden

Interventies bij dwang en terugtrekgedrag

niveau: niet bekend
datum: 4 april 2002, 09.00-17.00
uur en 14 juni, 09.00-17.00 uur
docenten: drs. D. MacGillavry,
drs. Sj. Homminga
plaats: Leusden
punten: 14
prijs: € 730,-
Edumonde Mediation B.V.,
tel. 0229-573655

Omgaan met emoties

niveau: niet bekend
datum: 8 april 2002,
09.00-17.00 uur en 1 juli 2002,
09.00-17.00 uur
docenten: drs. I. Mosterd,
drs. A. den Hartog
plaats: Leusden
punten: 7
prijs: € 320,-
Edumonde Mediation B.V.,
tel. 0229-573655

Disciplinaire

Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak,

bestaande uit mr. A.G. Beets, mr. J.C.P. Ekering, mr. H.J.A. Knijff, mr. I.E.M. Sutorius mr. G.J. Kemper en mr. C.H.B. Winters.

Dreigen met verstrekken van gegevens

Onbetamelijk handelen van de advocaat door het aanbrengen van een koppeling tussen een schikkingsvoorstel en (de dreiging met) het verstrekken van gegevens aan de Sociale Dienst ten nadele van de wederpartij.

- Advocatenwet art. 46 (3.3.2. dreigementen, 3.3.3. berichten aan derden)
- Gedragsregel 9 lid 1

Raad van Discipline Amsterdam 19 februari 2001

(mrs. Kist, Van Ardenne, Remme, Knipscheer en Klaver)

Feiten

Mr. X treedt op voor de vroegere partner van klaagster. Bij de rechtbank is een procedure aanhangig tussen klaagster en haar vroegere partner over de verdeling van een door hen gezamenlijk gedreven onderneming. In dat verband schrijft mr. X aan de advocaat van klaagster: 'In opgemelde zaak is een comparitie van partijen gelast. Alsdan zal er toch gepoogd worden om de zaak wederom te schikken. Cliënt is daartoe nog steeds bereid en wenst haar het volgende voorstel te doen.

Echter, cliënt wenst één opmerking vooraf te maken. Cliënt is inmiddels benaderd door de Sociale Dienst te (...) met een verhaalsbijdrage ten behoeve van een kinderalimentatie voor de zoon van partijen. Cliënt is voornemens zich op het standpunt te stellen dat uw cliënte ten onrechte een uitkering ontvangt van de Sociale Dienst, omdat zij over voldoende eigen vermogen beschikt. Cliënt overweegt om de Sociale Dienst in die zin te berichten, met overlegging van bewijsstukken hetgeen zou inhouden dat uw cliënte de door haar inmiddels ontvangen bijstand in het geheel en bruto dient terug te betalen. Cliënt wil het daar niet op aan laten komen en overweegt de Sociale Dienst niet in te lichten onder het voorbehoud dat er een definitieve regeling komt vóór de comparitiedatum.

Het voorstel van cliënt is (...). Cliënt zal de Sociale Dienst geen mededelingen doen ter zake van het vermogen van uw cliënte.' Klaagster gaat niet in op dit voorstel.

Klacht

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat mr. X klaagster heeft gepoogd te chanteren.

Overwegingen van de raad

Mr. X heeft in zijn brief een uitdrukkelijke koppeling aangebracht tussen het schikkingsvoorstel van zijn cliënt en het al dan niet inlichten door hem van de Sociale Dienst omtrent het vermogen van klaagster. Het aanbrengen van een dergelijke koppeling is onbetamelijk. Aan het onbetamelijke karakter doet niet af dat mr. X uitdrukkelijk het standpunt van zijn cliënt heeft verwoord.

Volgt

Gegroundverklaring met waarschuwing.

Gedrag tegenover advocatenpraktijk in vennootschap

De normen van de Gedragsregels 17 en 19 dienen ook in acht genomen te worden indien de wederpartij een vennootschap is waarin een advocaat zijn praktijk uitoefent.

- Advocatenwet, artikel 46 (5.1 regels die betrekking hebben op de juridische strijd; 5.4 welwillendheid in het algemeen).
- Gedragsregels 17 en 19.

Raad van Discipline Amsterdam, 19 februari 2001

(mrs. De Groot, Van Es, Hamming, Meijer en Romijn)

Feiten

Mr. X heeft als procureur voor twee andere advocaten het faillissement aangevraagd van de praktijkvennootschap van Mr. Y wegens het onbetaald blijven van hun vorderingen.

Mr. Y beklagt zich er over dat het faillissement rauwelijks is aangevraagd zonder eerst de rechtmatigheid van de vordering in rechte vast te stellen, dat Mr. X hem van zijn voornemen het request in te dienen niet in kennis heeft gesteld, noch te voren had gesommeerd en dat Mr. X geweigerd heeft nadat de in het request genoemde bedragen waren betaald, het request in te trekken totdat ook proceskosten, en andere, niet opeisbare, vorderingen waren voldaan.

Raad van Discipline

Zoals in gedragsregel 17 is vermeld, dient een advocaat in het belang van de rechtzoekenden en van de advocatuur in het algemeen, te streven naar een onderlinge verhouding die berust op welwillendheid en vertrouwen.

Zoals vermeld in gedragsregel 19 dient de advocaat voordat hij tot het nemen van rechtsmaatregelen overgaat zijn wederpartij van zijn voornemen kennis te geven en hem een redelijke tijd voor beraad te geven. De strekking hiervan is, dat niet onnodig tot het treffen van rechtsmaatregelen wordt overgegaan maar dat de wederpartij eerst in de gelegenheid wordt gesteld zonder rechtsdwang aan zijn verplichtingen te voldoen.

Anders dan Mr. X stelt, dient deze normen ook in acht te worden genomen indien de wederpartij een vennootschap is waarin een advocaat zijn praktijk uitoefent. Voorts dient, anders dan Mr. X stelt, de advocaat deze regels eveneens in acht te nemen indien slechts om zijn tussenkomst in zijn hoedanigheid van procureur gevraagd wordt.

Een en ander leidt er evenwel nog niet toe dat de klacht tegen Mr. X gegrond is.

Anders dan de klager stelt, heeft Mr. X immers niet rauwelijk een faillissementsrequest ingediend. Klager is voor de indiening van het faillissementsrequest door middel van sommaties ruimschoots in de gelegenheid gesteld om de vorderingen te voldoen.

Anders dan de klager stelt, brengt geen gedragsregel met zich dat de advocaat, alvorens tot het treffen van rechtsmaatregelen over te gaan, zijn wederpartij erover inlicht welke rechtsmaatregel er getroffen zal worden. De advocaat is vrij in zijn keuze uit de rechtsmaatregelen die de wet hem biedt. Dit is niet anders indien het faillissement wordt aangevraagd van een

Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het *Advocatenblad* zijn gepubliceerd zijn ook te vinden

op www.advocatenorde.nl en *BalieNet*

advocaat of diens praktijkvennootschap. Bovendien nopen noch de wet, noch te normen van artikel 46 Advocatenwet ertoe dat de advocaat een vordering eerst in rechte doet vaststellen, alvorens wegens het onbetaald blijven van die vordering, een faillissementsrequest in te dienen. Evenmin handelt een advocaat in strijd met de wet of genoemde normen, indien hij een ingediend faillissementsrequest handhaaft, zolang slechts de hoofdvorderingen en niet de proceskosten voldaan worden.

Ten overvloede merkt de Raad op, dat anders dan de klager tijdens de mondelinge behandeling heeft gesteld, het niet tot de taak van de deken behoort een advocaat te informeren over rechtsmaatregelen die tegen hem getroffen worden, noch om de schuldeisers van een advocaat ertoe te bewegen van het treffen van rechtsmaatregelen af te zien of de advocaat ertoe te bewegen zijn schulden te voldoen teneinde rechtsmaatregelen te voorkomen.

Volgt

Ongegrondverklaring van de klacht.

Speculeren over gevolgen beroepsfout

Een advocaat, die een beroepsfout heeft gemaakt, mag, ter afwering van zijn aansprakelijkheid, de vraag opwerpen of het doel dat cliënt en advocaat met de rechtsbijstand voor ogen hadden daadwerkelijk zou zijn gerealiseerd als de beroepsfout niet zou zijn gemaakt en de rechter over het aan hem voorgelegde geschil zou hebben kunnen oordelen en beslissen.

- Advocatenwet art. 46 (2.1. Wat in het algemeen niet betaamt)
- Gedragsregel 1

Raad van Discipline Leeuwarden 22 februari 2001

(mrs. Van Riessen, Van Duursen, Van Hartingsveld, Hemmes en Vogelsang)

President Rechtbank Den Bosch 23 februari 2001

(mr. Poerink)

Inzake: Orde van Advocaten Den Bosch/mr. X

De President in kort geding gebiedt mr. X op vordering van de Orde een lijst te verstrekken van lopende dossiers die zijn overgedragen, de lopende dossiers die hij zelf behandelt aan de Orde af te geven, elke verwijzing op of aan zijn (voormalige) gevel naar de functie van advocaat te verwijderen, alles op straffe van een dwangsom van f 10.000 met een maximum van f 250.000, een en ander omdat mr. X zich niet blijkt te houden aan een schorsing van zes maanden.

Noot

Bij uitzondering wordt dit civielrechtelijke vonnis, gepubliceerd in *Kort Geding*, 2001, no. 94 vermeld. In het Ontwerp tot wijziging van de Advocatenwet (TK 1999 – 2000, 26940), Leemtewet I worden voorzieningen voorgesteld die het ingrijpen in zo'n situatie mogelijk maken. Tot dan kan een deken zich, zoals dit vonnis leert, ook via de civielrechtelijke weg behelpen.

Onvolledige informatie aan Raad van Toezicht

Het bewust onvolledig informeren van de Raad van Toezicht over de inhoud van een arbeidsovereenkomst met een stagiaire vormt een ernstige inbreuk op de voor advocaten geldende regels, die in beginsel een onvoorwaardelijke schorsing rechtvaardigt.

- Advocatenwet artikel 46
- Richtlijn Arbeidsvoorwaarden Stagiaires (inclusief salaris) (te vinden in *Vademecum Advocatuur, Wet- en Regelgeving 2001*, p. 343 e.v., par. 17)

Hof van Discipline, 2 maart 2001, nr. 3301

(mrs. Van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, Beker, Heidinga, Van Delden en Du Perron)

Raad van Discipline 's-Gravenhage, 6 november 2000

(mrs. Robbers, Claassen, Eschauzier, Maat en Van Nispen tot Sevenaer)

Gedragsregels 1, 37

Feiten, beslissing van de Raad:

Mr. X sluit een arbeidsovereenkomst met een toekomstige stagiaire. De arbeidsovereenkomst wordt aan de Raad van Toezicht ter beoordeling ingezonden, maar daarbij wordt een aanhangsel weggelaten waarin een concurrentiebeding is opgenomen. Dat concurrentiebeding komt hierop neer dat het de betrokken stagiaire niet toegestaan is om binnen een jaar na beëindiging van het dienstverband als advocaat en procureur werkzaam te zijn in de gemeente waar zijn patroon kantoor houdt en enige aanpalende gemeenten, een en ander op straffe van een boete van f 25.000. De Raad van Toezicht wordt in de bewuste bepaling als arbiter aangewezen in geval van geschillen.

Twee jaar later brengt de stagiaire in kwestie de Raad van Toezicht op de hoogte van een financieel geschil dat met zijn werkgever, mr. X, is ontstaan, en bij die gelegenheid zendt hij ook een kopie van de arbeidsovereenkomst op inclusief het concurrentiebeding. De deken legt vervolgens ambtshalve een bezwaar tegen mr. X voor aan de Raad van Discipline.

Mr. X verweert zich onder meer met de mededeling dat hij van een collega had begrepen dat de aanwezigheid van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst tot vertraging bij de goedkeuring door de Raad van een patronaat zou leiden en dus een spoedige beëindiging in de weg zou staan. Mr. X erkent dat zijn handelwijze onjuist is geweest maar voert ook aan dat hij meende dat het concurrentiebeding zoals door hem gesloten in overeenstemming was met eisen die de Orde daaraan blijkens publicaties stelt.

De Raad overweegt dat de Richtlijn Arbeidsvoorwaarden Stagiaires, laatstelijk aangepast met ingang van 1 april 1995, de bepaling behelst dat een concurrentiebeding niet dan na goedkeuring door de Raad van Toezicht en slechts onder de in die richtlijn genoemde voorwaarden, in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen. Vast staat dat mr. X het concurrentiebeding in kwestie niet ter goedkeuring aan de Raad van Toezicht heeft overgelegd, terwijl mr. X heeft erkend dat zijn handelwijze in dezen onjuist is.

Uit het verweer van mr. X leidt de Raad bovendien af dat mr. X desbewust de toezending van het aanhangsel achterwege heeft gelaten.

Ten overvloede overweegt de Raad dat het standpunt van mr. X dat het concurrentiebeding voldeed aan de destijds geldende goedkeuringseisen van de Raad van Toezicht, eenvoudigweg onjuist is. Onder meer acht de Raad van Toezicht een boetebepaling in geen geval geoorloofd. Ook het argument van mr. X dat de toezending van het aanhangsel tot vertraging in de afhandeling bij de Raad van Toezicht zou hebben geleid, kan niet op begrip van de Raad rekenen, daargelaten dat deze argumentatie in geen geval doel kan treffen. Terecht heeft de deken erop gewezen dat de arbeidsovereenkomst en het aanhangsel zijn getekend op 2 oktober 1998, terwijl de arbeidsovereenkomst eerst geruime tijd later inging, te weten op 1 december 1998.

De Raad neemt in aanmerking dat er sprake is van een ernstige inbreuk op het vertrouwen in de advocatuur en in het bijzonder in mr. X als advocaat. Mr. X heeft desbewust een verkeerde voorstelling van zaken aan de Raad van Toezicht gegeven, hetgeen de deken terecht als misleiding heeft aangeduid. De Raad acht daarom een schorsing in de praktijk voor de duur van drie maanden passend en geboden.

Overwegingen en beslissing van het Hof:

(...)

Mr. X heeft gehandeld in strijd met de Richtlijn Arbeidsvoorwaarden Stagiaires van de Nederlandse Orde van Advocaten en heeft de Raad van Toezicht bewust onvolledig geïnformeerd over de inhoud van de arbeidsovereenkomst met zijn stagiaire. Het Hof is met de Raad van oordeel dat hier sprake is van een ernstige inbreuk op de voor advocaten geldende regels.

Mr. X heeft aldus gehandeld in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Gelet op de aard en de ernst van het verwijt dat mr. X kan worden gemaakt, is het Hof, met de Raad, van oordeel dat de maatregel van onvoorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk in beginsel gerechtvaardigd is. Echter, voor de bepaling van de op te leggen maatregel is tevens van belang dat mr. X de onjuistheid van zijn handelingen volmondig heeft erkend en ervan blijkt heeft gegeven het ontoelaatbare van zijn handelen in te zien en voorts dat mr. X nooit eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld. Alles afwegende komt het Hof tot het oordeel dat in dit geval nog kan worden volstaan met oplegging van een voorwaardelijke schorsing voor de duur van twee maanden.

Het Hof van Discipline, op vorenstaande gronden beslissende:

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Gravenhage van 6 november 2000, voor zover daarbij het bezwaar gegrond is verklaard;
- vernietigt de beslissing, voor zover daarbij aan verweerder de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van drie maanden is opgelegd; en in zoverre opnieuw rechtdoende;
- legt aan mr. X de maatregel op van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van twee maanden, met bepaling dat deze maatregel niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij verweerder binnen een op twee jaren te stellen proeftijd zich blijkens een onherroepelijke tuchtrechtelijke beslissing schuldig heeft gemaakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging.

Schriftelijk vastleggen van keuze tegen gefinancierde rechtsbijstand

Wanneer de cliënt mogelijk in aanmerking komt voor door de overheid gefinancierde rechtshulp maar ervoor kiest die mogelijkheid niet te benutten, dient de advocaat die keuze schriftelijk vast te leggen.

- Advocatenwet art. 46 (1.4.3.1. financiële verhouding, 1.5. vereiste van schriftelijke vastlegging)
- Gedragsregels 8, 24 lid 1

Raad van Discipline Leeuwarden 7 maart 2001

(mrs. Van Riessen, Van Duursen, Van Hartingsveld, Hemmes en Vogelsang)

Feiten

Mr. X staat klager bij als advocaat. Bij het begin van de zaak en ook later overlegt mr. X met klager over de mogelijkheid van gefinancierde rechtshulp. Een daartoe strekkend verzoek wordt echter niet gedaan, aanvaankelijk of later, omdat mr. X steeds uitdrukkelijk te kennen geeft dat hij niet bereid is de zaak op basis van een toevoeging te behandelen. Klager stemt daarmee in.

Klacht

Klager heeft, als financieel minder draagkrachtige, vanaf het begin en daarna diverse malen mr. X geattendeerd op de noodzaak om een beroep te doen op de Wet op de Rechtsbijstand, maar dit is telkens door mr. X genegeerd. In plaats daarvan haalde hij hem steeds over om de declaraties te betalen.

Overwegingen van de raad

Mr. X heeft bij het begin van de zaak en ook later met klager overlegd of er termen waren om te trachten door de overheid gefinancierde rechtshulp te verkrijgen. Een daartoe strekkend verzoek is echter niet gedaan omdat mr. X uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven niet op basis van een zogenaamde toevoeging klagers zaak ter hand te zullen nemen. Na beraad heeft klager ermee ingestemd dat mr. X hem rechtsbijstand zou verlenen, waarbij geen beroep zou worden gedaan op de door de overheid gefinancierde rechtshulp. Nu mr. X niet heeft bestreden dat klager mogelijk in aanmerking kwam voor door de overheid gefinancierde rechtshulp, doch integendeel er blij van heeft gegeven zich ervan bewust te zijn geweest dat klager niet tot de meest draagkrachtigen behoorde, zodat hij mogelijk daarvoor in aanmerking kwam, had hij schriftelijk dienen vast te leggen dat klager er niettemin voor had gekozen in geen geval gebruik te maken van de door de overheid gefinancierde rechtshulp. Hij heeft dit echter niet gedaan. De raad zal mr. X geen maatregel opleggen nu klager – naar mr. X onweersproken heeft gesteld – van meet af aan bekend was met het systeem van gefinancierde rechtshulp en derhalve kon weten, wat de financiële gevolgen van zijn keuze zouden zijn.

Volgt

Gegronde verklaring zonder maatregel. ■

artikelen 191

- Accountants en notarissen op afstand: Grote kantoren keren zich tegen concept-verordening notariaat 202
- Drie hoeraatjes voor de claimcultuur 204
- In memoriam jhr. mr. M.W.C. de Jonge 220
- Kosten in civiele procedures 210
- No cure no pay: NMa mist kans om eind te maken aan discussie 194
- Pensioen bij de overgang van een onderneming 216

Auteurs 189

- Almelo, L. van 202
- Beverluis, J. 193
- Duren, W.K. van 234
- Goosens, M. 226
- Guensberg, M.W. 191
- Heemskerk, W. 222
- Hooghiemstra, D. 199
- Hoogland, A. 204
- Huber, E. 220
- Hurk, H.M.J. van den 216
- Kat, M. 228
- Kleij, M. van der 229
- Meijer, S.Y.Th. 230
- Minkjan, E.E. 210
- Osch, L. van 233
- Range, C.R. 230
- Snoep, M. 194
- Spronken, T. 231
- Webb, M.L. 230

column 193

- Iks 233
- When cured, you'll pay 193

DE BALANS 226

- 'Ik waak nu voor een crisis' 226

Disciplinaire beslissingen 238

- Dreigen met verstrekken van gegevens 238
- Gedrag tegenover advocatenpraktijk in vennootschap 238
- Onvolledige informatie aan Raad van Toezicht 239
- Schriftelijk vastleggen van keuze tegen gefinancierde rechtsbijstand 240
- Speculeren over gevolgen beroepsfout 239

Hoe zat het ook alweer met... 222

- de substantiërings- en bewijsaandragplicht? 222

In het nieuws 228

- KSU maakt een feestje van nieuwe cijfers 228
- Ouwerkerk: rechtshulp toegankelijker voor minder draagkrachtigen 229

Orde nieuws 191

- Orde-nieuws 234

Reacties 199

- Hoezo is de advocaat dominus litis? 231
- Naschrift 230
- Onderscheid onderscheid tussen toepasselijkheid en informatieplicht 230
- Pyrrusoverwinning voor de advocatuur 200
- Reacties op NMa-besluit: In de armen van schurken 199

Van de deken 191

- Met blijdschap geven wij kennis 191

Van de orde 191

- Permanente opleiding 236