

- Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het *Advocatenblad* zijn gepubliceerd zijn ook te vinden op [www.advocatenorde.nl](http://www.advocatenorde.nl) en *BalieNet*
- Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak, bestaande uit mr. H.J.A. Knijff, mr. J.D. Loorbach, mr. I.E.M. Sutorius mr. G.J. Kemper en mr. C.H.B. Winters.

## NO CURE NO PAY

*Hof van Discipline, 14 februari 2005, nr. 4074*

( *Mrs. Van Griensven, De Groot-Van Dijken, Paulussen, Boele en Niezink*)

*Raad van Discipline Amsterdam, 5 april 2004*

( *Mrs. Van Bennekom, Goppel, Hamer, Remme en Romijn*)

- *Advocatenwet artikel 46, 46b, 49 lid 4*
- *Algemene wet bestuursrecht*
- *Verordening op de praktijkuitoefening*
- *Samenwerkingsverordening*  
(1.4 3.1 Financiële verhouding; 2.1 Wat in het algemeen niet betaamt; 2.2 Bezwaren van de deken; 2.4.1 Eigen belang van de advocaat; 6 Tuchtprocesrecht)
- *Gedragsregels 2, 5, 25 en 37*

## Dekenbezwaren

De bezwaren van de deken houden zakelijk weergegeven in dat mr. X in strijd met artikel 46 *Advocatenwet*:

- (a) met een cliënte formeel door tussenkomst van A B.V. een verboden resultaat gerelateerde beloning is overeengekomen;
- (b) zijn praktijk opsplijt in administratief gescheiden gedeelten waarbij hij voor het ene deel wel en voor het andere deel niet onder het tuchtrecht valt, terwijl het om gelijksoortige werkzaamheden, namelijk het uitoefenen van de rechtspraktijk, gaat en weigert op aandringen van de deken, aan die splitsing een einde te maken;
- (c) in strijd met de *Verordening op de Praktijkuitoefening* (onderdeel resultaatgerelateerde beloning), resultaatgerelateerde beloningsafspraken pleegt te maken met cliënten, direct of indirect, in laatstgenoemd geval, door middel van de besloten vennootschap B B.V. van welke vennootschap mr. X enig aandeelhouder en statutair directeur is althans waaraan hij feitelijk leidinggeeft;
- (d) in strijd met *Gedragsregel 37* volhardt in zijn weigering om de deken informatie te verschaffen omtrent de door hem met cliënten, direct of indirect, gemaakte resultaatgerelateerde beloningsafspraken, in het bijzonder over de wijze waarop hij zich bedient van genoemde vennootschap bij het maken van resultaatgerelateerde beloningsafspraken;
- (e) zijn cliënt, die in staat van faillissement was verklaard, behulpzaam is geweest bij het onttrekken aan het zicht van de curatrice in dat faillissement van inkomsten van die cliënt, door er aan mee te werken dat die inkomsten aldus werden onttrokken aan de boedel in het faillissement van de cliënt en de schuldeisers in dat faillissement aldus werden benadeeld;
- (f) de deken niet heeft ingelicht omtrent de strafrechtelijke vervolging van het vonnis van de *Rechtbank Z*.

## Overwegingen raad

### *Beoordeling onderdelen a en c van de bezwaren:*

De onderdelen (a) en (c) lenen zich voor gezamenlijke behandeling, aangezien zij beide de vraag betreffen of het een advocaat is toegestaan, al dan niet door tussenkomst van een besloten vennootschap, resultaatgerelateerde beloningsafspraken te maken.

Mr. X heeft beloningsafspraken gemaakt die in strijd zijn met de *Verordening op de Praktijkuitoefening* (onderdeel resultaatgerelateerde beloning). Het betoog van mr. X dat deze *Verordening* onverbindend zou zijn wegens strijd met de *Mededingingswet* faalt. De raad verwijst daartoe naar de door de deken overgelegde 'aanvullende zienswijze' d.d. 24 oktober 2003, waarbij namens de Nederlandse Orde van Advocaten ten behoeve van een bij de NMa aanhangige procedure is uiteengezet dat en waarom het namens mr. X voorgedragen betoog geen stand kon houden. De raad verenigt zich in het bijzonder met die zienswijze voorzover daarin is gesteld dat niet valt in te zien op welke grond een door een publiekrechtelijk bestuursorgaan als het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde verordening, zijnde wetgeving in materiële zin, onverbindend zou kunnen zijn met wetgeving (lees: de *Mededingingswet*) van gelijke orde. Ook het feit dat er ontwikkelingen gaande zijn die, onder bepaalde voorwaarden, resultaatgerelateerde beloningsafspraken ruimer mogelijk zullen maken, baat mr. X niet, nu het een behoorlijk advocaat niet betaamt om daarop nu reeds in strijd met de geldende *Verordening* vooruit te lopen. Ten overvloede merkt de raad op dat mr. X geenszins duidelijk heeft gemaakt dat hij resultaatgerelateerde beloningsafspraken slechts maakt in gevallen die passen binnen de criteria zoals die, naar het zich thans laat aanzien, in de toekomst zullen gelden voor zaken waarin resultaatgerelateerde beloningsafspraken in beginsel mogelijk zullen worden.

De raad begrijpt de stellingen van mr. X aldus dat hij van mening is dat hij handelt zoals een zorgvuldig advocaat betaamt door te blijven binnen de ruimte die het Hof van Discipline heeft gegeven voor resultaatgerelateerde beloningsafspraken in haar uitspraken, waaronder met name de uitspraak d.d. 9 februari 1995, 2474, gepubliceerd in het *Advocatenblad* van 19 maart 1999 op pagina 346. De raad veronderstelt dat mr. X en zijn raadman en rechtskundig adviseur met hun verwijzing naar een niet nader omschreven uitspraak van het Hof van Discipline, zich op die uitspraak beroepen.

In de hiervoor bedoelde uitspraak van het Hof van Discipline is overwogen:

'... is een declaratie-afpraak die ertoe leidt dat bij het uitblijven van een positief resultaat wordt gedeclareerd op basis van een laag uurtarief en dat bij een positief resultaat een hoger uurtarief (succes fee) zal gelden op zichzelf wel toegestaan. Er bestaat echter, gelet op de strekking daarvan, volgens het hof geen wezenlijk verschil tussen een declaratie-afpraak als zojuist genoemd, waarbij de verhoging van het lage tarief

wordt gerelateerd aan het behaalde gevolg en een declaratie-afspraken waarbij naast het lage uurtarief een percentage van de waarde van dat gevolg onderdeel van het salaris uitmaakt. Het hier bedoelde basisuurtarief moet in ieder geval kostendekkend zijn en voorzien in een – zij het bescheiden – salaris voor de advocaat, omdat bij een lager tarief het verschil met de in Gedragsregel 25 verboden declaratie-afspraken in feite wegvalt’.

In de Nota van Toelichting bij de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel resultaatgerelateerde beloning) wordt naar deze uitspraak van het Hof van Discipline ook verwezen en wordt opgemerkt dat met de Verordening niet beoogd is inbreuk te maken op deze uitspraak. Ook wordt in deze Nota van Toelichting opgemerkt: ‘De regelgeving inzake “no cure no pay” en “quota parts litis” (...) beschermt met name de belangen van de justitiabele waar het betreft de partijdigheid, de integriteit en de onafhankelijkheid van de advocaat, alsmede het voorkomen van excessief declareren’.

Uit het voorgaande blijkt dat een resultaatgerelateerde beloningsafspraken slechts bij wege van uitzondering is toegestaan wanneer er sprake is van een ‘laag tarief’, dat ‘in elk geval kostendekkend’ is en voorziet in een ‘bescheiden salaris van de advocaat’.

De raad is van oordeel dat in het onderhavige geval aan deze criteria niet is voldaan, nu door mr. X een basisuurtarief wordt gehanteerd dat als een neutraal uurtarief kan worden aangemerkt, welk tarief bovendien door hem wordt verhoogd met een ‘succesfee’. De raad is dan ook van oordeel dat mr. X niet heeft aangetoond dat voldaan is aan voorwaarden die een uitzondering op de hoofdregel (verbod van resultaatgerelateerde beloningsafspraken) rechtvaardigen.

Uit de aan de raad voorgelegde stukken blijkt dat door mr. X (in de zaak van zijn cliënte) via A.B.V. een verboden resultaatgerelateerde beloningsafspraken is gemaakt. Onderdeel (a) van de bezwaren is dan ook gegrond.

Uit de stukken blijkt echter niet van concrete voorbeelden van zaken waarin mr. X via A.B.V. dergelijke verboden afspraken maakt of heeft gemaakt. Bij de ontkenning van mr. X heeft de raad dat derhalve niet kunnen vaststellen. Onderdeel (c) van de bezwaren is derhalve ongegrond.

## Beoordeling onderdelen (b) en (d) van de klacht

Gelijk de raad d.d. 3 februari 2003 heeft beslist in de zaak 02-216 met betrekking tot mr. X, is de raad van oordeel dat het een advocaat in het algemeen niet past om zijn praktijk op te splitsen in administratief gescheiden gedeelten waarbij hij voor het ene deel wel en voor het andere niet onder het tuchtrecht valt, terwijl het om dezelfde gelijksoortige werkzaamheden gaat.

De raad begrijpt het verzoek van de deken, zoals gedaan bij de brief d.d. 14 februari 2003, aldus dat aan mr. X wordt gevraagd de situatie op te heffen waarin de administratieve splitsing van de praktijk wordt misbruikt om het voor advocaten geldende verbod om resultaatgerelateerde beloningsafspraken te maken te omzeilen en om aan het maken en voortduren van die resultaatgerelateerde beloningsafspraken een einde te maken.

De raad is van oordeel dat het een behoorlijk advocaat betaamt om bij de huidige stand van de toepasselijke regelgeving en de daarop gebaseerde inzichten van de deken aan een dergelijk verzoek van de deken mee te werken, hetgeen mr. X heeft geweigerd, althans heeft nagelaten.

Het is onder meer de taak van de deken om te onderzoeken en te controleren of advocaten zich houden aan hetgeen is bepaald in de verordeningen en de Gedragsregels. Teneinde de deken in staat te stellen die hem bij en krachtens de wet opgedragen taak te vervullen, is het van essentieel belang dat de advocaat de deken desgevraagd de nodige informatie verschaft omtrent de wijze waarop de advocaat zijn praktijk voert. Mr. X heeft stelselmatig blijk gegeven de essentie van deze verplichting van de advocaat niet in te zien en heeft geweigerd, althans nagelaten, aan de deken de gevraagde informatie te verschaffen. Dat mr. X ter motivering van zijn houding heeft aangegeven zich niet aangesproken te voelen door de toon van de deken maakt het voorgaande reeds hierom niet anders nu mr. X geen enkele poging heeft ondernomen om een vorm van contact met de deken te vinden die in zijn opvatting wel aanvaardbaar was.

De onderdelen (b) en (d) van de bezwaren zijn derhalve gegrond.

## Onderdeel (e) van de bezwaren

Mr. X heeft betoogd dat het feit dat hij (nog) niet onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld terzake het medeplegen van bedrieglijke bankbreuk, er aan in de weg staat dat dit onderdeel van de klacht gegrond wordt bevonden. De raad passeert dat verweer, nu de feiten die aan de strafrechtelijke veroordeling ten grondslag liggen, door mr. X niet, althans onvoldoende gemotiveerd, zijn weersproken. Mr. X heeft daartoe desgevraagd eerst ter zitting slechts aangevoerd dat hij niet precies wist welke gelden er al of niet via zijn (derdengelden)rekeningen liepen, omdat deze betalingen via zijn toenmalige office manager werden verzorgd. Deze gestelde onwetendheid kan mr. X naar het oordeel van de raad niet baten, reeds omdat hij als advocaat verantwoordelijkheid draagt voor hetgeen er binnen zijn kantoororganisatie met gelden gebeurt. Dit geldt temeer ten aanzien van de derdengeldenrekening en indien, zoals door mr. X ook wordt erkend, door hem toestemming is gegeven voor een, voor wat betreft de normale gang van een advocatenpraktijk ongebruikelijke, financiële geldstroom. Tenslotte kan er niet aan worden voorbijgegaan dat mr. X ter zitting van de raad eveneens heeft erkend gelden van zijn derdengeldenrekening te hebben opgenomen ten behoeve van zekere C, van wie hij wist dat die nauw aan zijn cliënt (de gefailleerde) gelieerd was.

Aan het voorgaande doet niet af de eventuele mogelijkheid dat in hoger beroep in de strafzaak besloten zou kunnen worden tot bewijsuitsluiting op grond van vermeend onrechtmatig verkregen bewijs.

Onderdeel (e) van de bezwaren is gegrond.

## Onderdeel (f) van de bezwaren

De raad is van oordeel dat, ongeacht het antwoord op de vraag of er tussen de voormalig deken en mr. X al dan niet een expliciete afspraak is gemaakt dat mr. X de deken op de hoogte zou houden van de ontwikkelingen ten aanzien van zijn strafrechtelijke vervolging en eventuele veroordeling, het een behoorlijk advocaat betaamt om de deken dienaangaande te informeren, zeker indien, zoals in dit geval, de deken reeds ambtshalve aanwezig is geweest bij een doorzoeking ten kantore van de advocaat en het een strafrechtelijke vervolging en veroordeling betreft die direct de uitoefening van de advocatenpraktijk, zoals het beheer van derdengeldenrekeningen, raakt. Het moet mr. X naar het oordeel van de raad duidelijk zijn geweest dat er door een veroordelend

vonnis, behoudens zijn eigen belang, ook belangen van zijn cliënten en van de advocaat in het geding waren of konden komen. Naar het de raad voorkomt heeft mr. X ook in dit opzicht miskend hoezeer hij gehouden is de deken, als toezichthouder, de nodige informatie te verschaffen.

Ook onderdeel (f) van de bezwaren is derhalve gegrond.

### Volgt

- verklaart onderdeel (c) van de bezwaren ongegrond;
- verklaart de overige onderdelen van de bezwaren gegrond;
- legt aan mr. X op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van één jaar;
- bepaalt dat de aan mr. X opgelegde schorsing, gedeeltelijk voor de duur van zes maanden niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de Raad van Discipline later anders zal oordelen op de grond dat voor het einde van de hierna vast te stellen proeftijd mr. X zich schuldig heeft gemaakt aan een in artikel 46 Advocatenwet bedoelde gedraging;
- bepaalt dat de aan mr. X opgelegde schorsing ingaat op de tiende dag na de dag waarop deze beslissing in kracht van gewijsde is gegaan;
- stelt de proeftijd vast op een periode van twee jaar, ingaande op de dag dat deze beslissing in kracht van gewijsde is gegaan;
- beveelt dat de in kracht van gewijsde gegaane beslissing van de raad met de gronden waarop zij berust, zal worden openbaar gemaakt door aanplakking van deze uitspraak in de advocatenkamer van het Paleis van Justitie en door toezending van een afschrift dezer uitspraak aan alle raden van toezicht in den lande met het verzoek om bekendmaking op de ter plaatse gebruikelijke wijze.

### Overwegingen van het hof

#### Grievens

Tegen de beslissing van de raad voert mr. X de volgende grieven aan:

1. Ten onrechte heeft de raad kennisgenomen van de dekenbezwaren en daarop beslist. De tuchtprocedure voldoet niet aan de eisen van artikel 6 lid 1 en 3 EVRM.
2. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat mr. X niet inhoudelijk ingaat op de verzoeken van de deken. Over de vraag of de brief van de deken van 14 februari 2003 een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat is een procedure aanhangig bij de Raad van State.
3. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat mr. X enig aandeelhouder was van A B.V. en thans enig aandeelhouder en statutair bestuurder is van B B.V.
4. Ten onrechte heeft de raad de deken in bezwaar a ontvankelijk verklaard. Tussen de overeenkomst met de cliënte van mr. X en het dekenbezwaar is een te lange periode verlopen.
5. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat mr. X beloningsafspraken heeft gemaakt die in strijd zijn met de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel resultaatgerelateerde beloning). De Verordening is pas op 2 juli 2002 in werking getreden en heeft geen terugwerkende kracht. Gedragsregel 25, leden 2 en 3, zijn van rechtswege nietig (vgl. de beslissing van de dg-NMa van 21 februari 2002 in zaak nr. 560) en daarnaast in strijd met artikel 81 EG-Verdrag.
6. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat het betoog van mr.

X dat de Verordening onverbindend is wegens strijd met de Mededingingswet, faalt.

7. Ten onrechte heeft de raad overwogen als in r.o. 4.6 en 4.7 is gedaan omtrent de uitzondering op het verbod van resultaatgerelateerde beloningen.
8. Ten onrechte heeft de raad onderdeel a van de bezwaren gegrond verklaard.
9. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat het een behoorlijk advocaat betaamt om aan een verzoek van de deken mee te werken.
10. Ten onrechte heeft de raad omtrent de taak van de deken overwogen als hij heeft gedaan.
11. Ten onrechte heeft de raad de bezwaren sub b en d gegrond verklaard.
12. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat onderdeel e van het bezwaar gegrond is.
13. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat onderdeel f van het bezwaar gegrond is.
14. Ten onrechte heeft de raad aan mr. X de maatregel opgelegd van schorsing voor de duur van 1 jaar, waarvan 6 maanden voorwaardelijk.

De deken voert tegen de beslissing van de raad de volgende grief aan: ten onrechte heeft de raad het bezwaar sub c ongegrond verklaard door te overwegen dat uit de stukken niet van concrete voorbeelden blijkt van zaken waarin mr. X via B B.V. verboden afspraken maakt of heeft gemaakt.

#### Overwegingen van het hof

Mr. X heeft met grief 1 in wezen betoogd dat zijn grondrecht op een onpartijdige rechter is geschonden doordat een raad vanwege zijn samenstelling en de benoemingstermijn van de leden (artikel 46b lid 4 Aw) niet als zulk een onpartijdige rechter kan worden aangemerkt, doordat een lid toch nog mag deelnemen aan en beslissen in zaken waaraan hij vóór het aflopen van de termijn heeft deelgenomen (artikel 46b lid 11 Aw), en doordat alleen de raad getuigen kan oproepen (artikel 49 lid 4 Aw). Het hof deelt dit standpunt van mr. X niet.

Het hof heeft eerder (HvD 15 juni 1992, nr. 1624 en HvD 11 april 2003, nr. 3712) op grond van een aantal uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) in de zaken Engel (8 juni 1976), Le Compte e.a. (23 juni 1981 en 10 februari 1983), De Cubber (26 oktober 1984) en Weber (22 mei 1990) overwogen en beslist

- dat op de tuchtrechtspraak voor advocaten artikel 6 EVRM van toepassing is omdat de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in het geding kan zijn;
- dat de gewenste deskundigheid bij de behandeling rechtvaardigt dat de Colleges ten dele zijn samengesteld uit beroepsgenoten, en dat dit onvoldoende grond is voor de veronderstelling dat dit afbreuk zou doen aan de onpartijdigheid van de Colleges;
- dat de wijze van benoeming (bij wet geregeld, voor een vaste termijn, voor de leden-advocaten voor ten hoogste vier jaar) en de regeling van incompatibiliteiten voldoende waarborgen biedt voor onafhankelijkheid van de leden;
- dat daarnaast de samenstelling van het hof, dat in meerderheid bestaat uit met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht, nog een extra waarborg biedt voor een onafhankelijke en onpartij-

dige behandeling in hoger beroep.

Voorts heeft het hof op 10 januari 1994 (nr. 1822) beslist, dat een tuchtrechterlijke klacht ter zake van een handelen in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt in de zin van artikel 46 Advocatenwet, niet beschouwd moet worden als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM.

Het hof neemt de overwegingen in deze aangehaalde uitspraken over en maakt deze opnieuw tot de zijne.

Ook de stelling van mr. X dat de regeling in geval van tussentijdse vacatures, en de regeling van artikel 46b lid 11 Aw in strijd is met artikel 6 EVRM moet worden verworpen.

In de eerste plaats betreft dit uitzonderingssituaties. Verder neemt het hof in aanmerking dat het EHRM (*Le Compte e.a.*, 1981) de gebruikelijke termijn van benoeming slechts als een extra waarborg van onafhankelijkheid heeft genoemd. Daaruit is niet af te leiden dat de enkele mogelijkheid van een incidenteel kortere of juist verlengde zittingstermijn van een lid van de raad strijd oplevert met artikel 6 EVRM. Ook hier geldt dat de tuchtprocedure van de Advocatenwet hoe dan ook in laatste instantie wordt beslist door het Hof van Discipline als een instantie die alle waarborgen van artikel 6 EVRM biedt, zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het recht.

Ten slotte brengt ook de omstandigheid dat alleen de raad getuigen kan oproepen – welke regeling er overigens niet aan in de weg staat dat ook klagers en verweerders getuigen kunnen voordragen en vragen aan getuigen kunnen stellen – niet mee dat de tuchtprocedure in strijd zou zijn met artikel 6 EVRM nu de tuchtprocedure niet als de behandeling van een 'criminal charge' is aan te merken. Dit alles leidt tot de conclusie dat grief 1 moet worden verworpen.

Bij de mondelinge behandeling ter zitting van het hof heeft de advocaat van mr. X zich er namens mr. X op beroepen dat het zogenoemde nemo tenetur-beginsel, dat onderdeel uitmaakt van artikel 6 EVRM en dat inhoudt dat een aangeklaagde in een onderzoek naar de gegrondheid van een 'criminal charge' of een klacht in een procedure waarin een burgerlijk recht in de zin van artikel 6 EVRM wordt vastgesteld niet mag worden gedwongen te verklaren tegen zichzelf, eraan in de weg staat dat de bezwaren van de deken sub d en f gegrond worden verklaard, zoals de raad heeft gedaan.

Daaromtrent overweegt het hof als volgt.

Allereerst verwijst het hof naar zijn uitspraak van 10 januari 1994 (nr. 1822), hiervoor reeds aangehaald. Het hof ziet geen aanleiding thans anders te beslissen.

Anders dan in uitspraken waar het ging om tuchtrecht in een hiërarchieke situatie (militair- of gevangentuchtrecht, vgl. *Engel*, NJ 1978, 233 en *Campbell and Fell*, 28 juni 1984, A. 80) zijn door het EHRM in uitspraken over het tuchtrecht in vertrouwensberoepen, zoals het advocatentuchtrecht, de kwalificatie 'criminal charge' en de daarvoor door het EHRM ontwikkelde criteria niet toegepast. Het advocatentuchtrecht moet mitsdien in elk geval in zoverre niet als strafrecht worden beschouwd. Daarmee staat vast dat de plicht inlichtingen te verschaffen aan de deken als verwoord in Gedragsregel 37 niet in strijd is met het (strafrechtelijke) nemo tenetur-beginsel.

Mr. X, heeft zich ter zitting van het hof, heeft zich erop beroepen dat de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel

Resultaatgerelateerde beloning) van 2 juli 2002 (verder te noemen de Verordening), vastgesteld op basis van artikel 28 Advocatenwet, en de voordien geldende Gedragsregel 25 sub 2 en 3 onverbindend dan wel van rechtswege nietig zijn wegens strijd met artikel 6 Mededingingswet (Mw), zulks onder verwijzing naar de uitspraak van de d-g NMa van 21 februari 2002, nr. 560, en dat het hof op grond van de leer van de formele rechtskracht aan deze uitspraak van de d-g NMa is gebonden. Gedragsregel 25 sub 2 en 3 is daarnaast in strijd met artikel 81 EG-Verdrag en mitsdien nietig, aldus mr. X.

Mr. X stelt dat het bezwaar sub a (de afspraken met zijn cliënte) betrekking heeft op de periode vóór de inwerkingtreding van de Verordening zodat dat bezwaar enkel gebaseerd kan zijn op schending van het in Gedragsregel 25 neergelegde voorschrift. Verweerder miskent hiermee, dat deze afspraken (ook) de toets van artikel 46 Aw moeten kunnen doorstaan. Voorts overweegt het hof dat bezwaar c, gelet op het door de deken ter zitting van het hof overgelegde overzicht, kennelijk ook betrekking heeft op afspraken gemaakt ná 2 juli 2002, zodat het hof zowel de Gedragsregel als de Verordening in zijn overwegingen zal betrekken.

Op 21 februari 2002 heeft de d-g NMa naar aanleiding van een klacht van klager bij de NMa dat Gedragsregel 25, tweede en derde lid een overtreding vormen van de Mededingingswet overwogen, voorzover thans van belang, dat deze regels besluiten van een ondernemersvereniging zijn, dat de hierin opgenomen verboden merkbare gevolgen hebben voor de mededinging tussen letselschade-advocaten onderling en tussen advocaten en andere juridische dienstverleners op deze markt en dat onder deze omstandigheden het no cure no pay-verbod een mededingingsbeperking vormt in de zin van artikel 6 Mw.

In artikel 6 lid 2 Mw is bepaald dat ingevolge lid 1 verboden besluiten van rechtswege nietig zijn.

De d-g NMa heeft, hoewel in de voormelde uitspraak uitdrukkelijk en met juistheid wordt vermeld dat voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 Mw de Europeesrechtelijke beschikkingspraktijk en de jurisprudentie van het Hof van Justitie als leidraad dienen, in deze uitspraak geen merkbare aandacht besteed aan de uitspraak van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, c-309/99 inzake *Wouters e.a.*

In die uitspraak, gegeven naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Raad van State, ging het onder meer om de vraag of de Samenwerkingsverordening, op grond waarvan een samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants niet is toegestaan, tot doel of gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt.

Het Hof van Justitie overwoog, dat de Samenwerkingsverordening de mededinging inderdaad beperkt, maar dat de verordening daarmee niet automatisch onder het verbod van artikel 85 (thans artikel 81) lid 1 van het Verdrag valt. Er moet immers rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het besluit is genomen of zijn werking ontplooit en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan, en vervolgens moet worden onderzocht of de beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden. Het Hof van Justitie overwoog vervolgens, marginaal toetsend, dat de NOVA zich op het standpunt mocht stellen dat de advocaat zijn cliënt niet langer onafhankelijk en met inachtneming van een strikt beroepsgeheim

kan adviseren en verdedigen als hij deel uitmaakt van een samenwerkingsverband met accountants. De Samenwerkingsverordening kon derhalve redelijkerwijs noodzakelijk worden geacht ter verzekering van een goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in Nederland is georganiseerd. De mededingingsbeperkende gevolgen van de Samenwerkingsverordening gaan derhalve niet verder dan noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zodat deze verordening geen inbreuk maakt op artikel 85 lid 1 van het Verdrag, aldus het Hof van Justitie.

Het Hof (van Discipline) neemt, gelet op de uitspraak van de d-g NMa van 21 februari 2002, tot uitgangspunt dat de voorheen geldende Gedragsregel 25 sub 2 en 3 de mededinging beperkt en gaat er veronderstellenderwijs van uit dat ook de op 2 juli 2002 in werking getreden Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde beloning; verder weer te noemen de Verordening), waar de beslissing van de d-g NMa geen betrekking op had, de mededinging beperkt.

Bij de thans door klager in zijn grieven 5 en 6 aan de orde gestelde vraag of de Gedragsregel en de Verordening in strijd zijn met artikel 6 Mw en artikel 81 lid 1 van het Verdrag dient het Hof echter in de eerste plaats de jurisprudentie van het Hof van Justitie tot uitgangspunt te nemen; die bepaalt, zoals reeds overwogen, de interpretatie van artikel 6 Mw.

Anders dan het Hof van Justitie in de Wouters-zaak heeft de d-g NMa in zijn uitspraak van 21 februari 2002 niet marginaal, maar ten volle getoetst of het in Gedragsregel 25 sub 2 en 3 opgenomen verbod op no cure no pay noodzakelijk is om de onafhankelijkheid, de partijdigheid en de integriteit van de advocaten in letselschadezaken te waarborgen en of de kernkarakteristieken van de advocatuur een rechtvaardiging voor het verbod vormen (vgl. punt 75 van die uitspraak).

Naar het oordeel van het hof dient, nadat (veronderstellenderwijs) is vastgesteld dat de Gedragsregel en de Verordening de mededinging beperken, *marginaal* te worden getoetst of het daarin opgenomen verbod van no cure no pay redelijkerwijs noodzakelijk kan worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat zoals dat in Nederland is georganiseerd.

Het hof is van oordeel dat dat het geval is. Het verbod beoogt immers de eerbiediging van de deontologie van de advocatuur te verzekeren door de gebruikers van juridische diensten garanties te geven dat zij – in de relatie tussen advocaat en cliënt – in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van de cliënt terzijde zullen worden gestaan en dat elk risico van belangenverstrengeling wordt vermeden.

Het hof ziet zich in dit oordeel gesteund door de beschikking van de Europese Commissie in de EPI-zaak (PbEG 1999, L 106/14), waarin ten aanzien van het verbod op resultaatsafhankelijk declareren door octrooigemachtigden werd overwogen dat dit verbod noodzakelijk is om de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen en het doelmatig functioneren van het Europees Octrooibureau zeker te stellen, zodat het verbod buiten artikel 85 lid 1 Verdrag valt.

Het hof verwierpt de stelling van mr. X dat het hof op grond van de leer van de formele rechtskracht aan het voornoemde oordeel van de d-g NMa zou zijn gebonden. De betrokken uitspraak van de d-g NMa houdt immers in dat de aanvraag van mr. X tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, lid 1 Mw wordt afgewezen, zodat reeds om die

redenen geen formele rechtskracht aan de bedoelde overweging van de d-g NMa toekomt. Er is, ten overvloede, te minder reden om de d-g NMa in zijn genoemde oordeel te volgen, nu de d-g NMa geen rekening heeft gehouden met het arrest van het HvJEG in de zaak-Wouters en hij, blijkens de uitlatingen van zijn gemachtigde weergegeven in de uitspraak van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Rotterdam van 26 november 2003, onder meer met een beroep op dat arrest het – nadere – standpunt heeft ingenomen dat niet wordt voldaan aan het in artikel 83, lid 1 Mw genoemde vereiste dat het naar zijn voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6, lid 1 Mw is overtreden.

Het hof neemt ook in aanmerking dat er al geruime tijd ontwikkelingen rond het verbod van no cure no pay gaande zijn. De Algemene Raad heeft, met instemming van het College van Afgevaardigden, besloten tot een experiment waarbij op beperkte schaal een beloning volgens het systeem no cure no pay zou zijn toegestaan. De beperkte afschaffing van het verbod is in de discussie daarover overigens steeds gerelateerd aan de belangen van de justitiabele en een eenvoudiger toegang voor een justitiabele met beperkte financiële mogelijkheden tot de rechter, niet aan mededingingsrechtelijke aspecten.

De betreffende Verordening tot wijziging van de Verordening op de Praktijkuitoefening is evenwel bij Koninklijk Besluit van 15 september 2004 geschorst tot 6 maart 2005.

Aan het besluit tot het aangaan van een experiment, waar een belangrijke minderheid van het College van Afgevaardigden zich tegen is blijven keren, zijn uitgebreide en langdurige discussies binnen en buiten de advocatuur voorafgegaan. De nieuwste ontwikkelingen maken het temeer onzeker in welke richting de opvattingen over het thans nog steeds geldende no cure no pay-verbod zich zullen gaan ontwikkelen. Het hof kan er daarom thans niet vanuit gaan dat dit verbod niet langer beschouwd kan worden als een regeling die noodzakelijk wordt geacht ter verzekering van de belangen waarvoor de beroepsorganisatie heeft te waken.

De conclusie luidt derhalve dat ook als ervan wordt uitgegaan dat de voorheen geldende Gedragsregel 25 lid 2 en 3 en de thans geldende Verordening de mededinging beperken, dat niet in strijd is met artikel 81 lid 1 Verdrag noch met artikel 6 Mw.

Het hof gaat thans, aan de hand van de voorliggende bezwaren, over tot de behandeling van de (overige) grieven.

#### **Bezwaar a**

Tegen de gegrondverklaring van dit bezwaar richten zich de grieven 3, 4, 5 en 6, 7, en 8.

De raad heeft in rechtsoverweging 3.2.6 (onder meer) overwogen, dat mr. X enig aandeelhouder was van A B.V. en dat hij enig aandeelhouder was van B B.V. Daartegen richt zich grief 3.

De deken heeft onweersproken gesteld dat de aandelen in A B.V. destijds in bezit waren van C BV en dat mr. X daarvan de enige aandeelhouder was. Het hof zal daarom ervan uitgaan dat mr. X middellijk enig aandeelhouder van A B.V. was. Wat betreft B B.V. betwist mr. X slechts, zonder enige nadere toelichting, dat hij de enige aandeelhouder is. Gelet op de betwisting door de deken en de uitlatingen van mr. X zelf die in een aantal brieven (zie het door de deken ter zitting overgelegde overzicht) te kennen geeft dat hij (via B B.V.) resultaatsafhankelijk werkt

en declareert, kan worden aangenomen, dat mr. X, die ook statutair directeur van B B.V. is, in elk geval (middellijk of onmiddellijk) beleidsbepalend directeur-grootheidhouder van B B.V. is.

Het hof zal de feiten aldus gewijzigd lezen; voor de beoordeling maakt het echter geen verschil. Daarmee faalt grief 3.

In grief 4 voert mr. X aan, dat de raad in de zaak van zijn cliënte (nr. 03-068A) de deken ten onrechte in bezwaar aontvankelijk heeft verklaard, nu tussen de gewraakte handeling en het indienen van het bezwaar zevenhalf jaar zijn verstreken. De overeenkomst tussen A B.V. en klaagster dateert immers van omstreeks 2 oktober 1995, terwijl het daarop betrekking hebbende dekenbezwaar eerst bij brief van 18 maart 2003 bij de raad is ingediend, aldus mr. X.

Volgens de deken diende de betreffende cliënte van mr. X haar klacht bij hem in bij brief van 17 januari 2001. Het onderzoek van de deken verliep minder snel dan gewenst omdat mr. X naliet de door de deken gevraagde inlichtingen te verstrekken. Toen de deken, na het onderzoek, op de hoogte kwam van de, door hem als verboden aangemerkte, resultaatgerelateerde beloningsafspraken, heeft hij mr. X zo snel als mogelijk daarmee geconfronteerd, zodat mr. X niet belemmerd is in zijn verdediging.

Tegen de achtergrond van deze, door mr. X niet betwiste, stellingen van de deken kan de deken worden ontvangen in het betrokken bezwaar. Immers is in dit geval het moment waarop de deken van het klachtwaardige gedrag op de hoogte komt bepalend voor de beoordeling van de ontvankelijkheid. Grief 4 faalt.

De grieven 5 en 6 worden verworpen op de gronden als hiervoor overwogen.

Met grief 7 betoogt mr. X, dat zijn declaratiegedrag ten opzichte van zijn cliënte valt binnen de door het Hof van Discipline in zijn uitspraak van 9 februari 1998, nr. 2474, getrokken grenzen, te weten dat het geoorloofd is een declaratieafspraken te maken die ertoe leidt dat bij het uitblijven van een positief resultaat wordt gedeclareerd op basis van een laag (kostendekkend) uurtarief doch bij een positief resultaat een hoger tarief zal gelden.

Het hof stelt voorop dat dit declaratiegedrag ook al geoorloofd was voordat het hof deze uitspraak gaf, zoals het hof daarin ook overweegt.

Mr. X heeft echter bij het maken van zijn declaratieafspraken met zijn cliënte de grenzen van hetgeen geoorloofd en betamelijk is overschreden.

Bij aanvang van zijn werkzaamheden is mr. X met zijn cliënte een, zoals de raad overweegt, normaal uurtarief overeengekomen, welk uurtarief het hof, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet onredelijk voorkomt. Daarna, toen mr. X al ruim een jaar voor zijn cliënte optrad, is hij met haar overeengekomen, dat zij daarnaast aan A B.V. een 'succesfee' van 15% diende te betalen. Een aanvankelijk redelijke honorariumafspraken werd daarmee, zowel wat betreft de inhoud als de wijze van totstandkoming, onredelijk en onbetamelijk. Mr. X heeft geen rekening ermee gehouden, dat in letselschade zaken veelal sprake is van een kwetsbare en afhankelijke cliënte en dat de afhankelijkheid aanmerkelijk toeneemt nadat de werkzaamheden zijn aangevangen. Door in die omstandigheden de genoemde aanvullende afspraken met

zijn cliënte te maken heeft mr. X misbruik van de situatie gemaakt. Hij kan zich onder deze omstandigheden niet beroepen op de casus in de door hem genoemde beslissing van dit hof van 9 februari 1998. Het enkele feit dat in het daar beoordeelde geval het overeengekomen uurloon (ongeveer) gelijk was aan het door mr. X (in eerste instantie) overeengekomen uurloon, zoals mr. X aanvoert, is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. De grief wordt verworpen.

In grief 8 beroept mr. X zich op het gelijkheidsbeginsel, stellende dat mr. Y van de Y Groep B.V. op gelijke wijze handelt als mr. X en ongemoeid wordt gelaten.

Hieromtrent overweegt het hof, dat is komen vast te staan dat de door mr. X gewraakte situatie (die, naar de deken onweersproken heeft gesteld, inmiddels, nadat daarover met mr. Y is gesproken tot het verleden behoort doordat mr. Y zich van het tableau heeft laten schrappen), bestond in een ander ressort dan waarin de deken bevoegdheid heeft, en dat, ten slotte, niet is komen vast te staan dat de wijze van praktijkuitoefening van mr. X in voldoende mate vergelijkbaar is met die van mr. Y. Dat, overigens, elders gedurende enige tijd (mogelijk) een soortgelijke, eveneens onwenselijke, situatie heeft bestaan brengt niet mee dat ten aanzien van mr. X het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden als ten opzichte van hem deze uit tuchtrechtelijk oogpunt onwenselijke situatie niet wordt geaccepteerd. Om deze redenen faalt grief 8, die voor het overige zelfstandige betekenis mist.

Daarmee zijn alle grieven betreffende bezwaar a verworpen.

## Bezwaar b en d

Hier zijn van belang de grieven 2, 10 en 11.

Grief 2 richt zich tegen de vaststelling door de raad (rechtsoverweging 3.2.4) dat mr. X niet inhoudelijk ingaat op de verzoeken van de deken.

Terzake gaat het om het volgende. Bij brief van 14 februari 2003 heeft de deken aan mr. X verzocht om inlichtingen in verband met het opsplitsen van de praktijk van mr. X in de besloten vennootschap B B.V. en mr. X B.V., zich daarbij voor zoveel nodig beroepend op Gedragsregel 37. De deken vroeg om inzicht te geven in het terzake door mr. X gevoerde beleid. Met name verzocht de deken om lijsten van behandelde zaken in B B.V. met (per zaak) duidelijkheid over de vraag of een resultaatafhankelijke beloning was overeengekomen. Toen mr. X, binnen de door de deken gestelde termijn van 14 dagen, niet had gereageerd, heeft de deken bij brief van 7 maart 2003 gerappelleerd. Daarna heeft mr. X de deken geantwoord bij brief van 12 maart. In deze brief stelt mr. X dat hij niet van de wijze waarop de deken met hem correspondeert gediend is. Vervolgens zet mr. X in zijn brief (onder andere) omstandigheden uiteen dat naar zijn mening sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is dit standpunt inmiddels bij beslissing van 30 juni 2004 onjuist bevonden), maar mr. X gaat in het geheel niet in op de door de deken gevraagde inlichtingen. Hiermee faalt niet alleen deze grief maar ook grief 10, waaraan het hof toevoegt, dat het niet aan mr. X is de deken (in mr. X's brief van 12 maart 2003) voor te schrijven, hoe hij met mr. X dient te communiceren en, ten slotte, grief 11, die geen zelfstandige betekenis heeft.

[Voor het overige is het hof van oordeel, dat het handelen of nalaten van een advocaat, die de rechtspraktijk niet alleen onder eigen naam

maar daarnaast via een vennootschap (niet zijnde een vennootschap in de zin van de Verordening op de praktijkrechtspersoon) uitoefent, integraal tuchtrechtelijk toetsbaar is]. Indien die advocaat deze vennootschap gebruikt om aan deze toetsing te ontkomen, zoals mr. X doet, handelt hij tuchtrechtelijk verwijtbaar. De tegen deze bezwaren gerichte grieven zijn ongegrond.

#### **Bezwaar c**

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee, dat het beroep van de deken, gericht tegen het ongegrond verklaren van bezwaar c, in zoverre slaagt, dat vaststaat dat mr. X, met gebruikmaking van B.B.V., resultaatgerelateerde beloningsafspraken pleegt, althans placht te maken.

#### **Bezwaar e**

Tegen dit bezwaar richt zich grief 12. In dit verband is het navolgende komen vast te staan.

De rechtbank te Z, meervoudige Kamer voor strafzaken, heeft bij vonnis van 16 september 2003 mr. X veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk. De rechtbank achtte bewezen dat mr. X samen met een ander (zijn cliënt) meermalen, terwijl zijn cliënt bij vonnis van 17 september 1998 in staat van faillissement was verklaard, ter bedrieglijke verkorting van de rechten van diens schuldeisers, geldbedragen ten opzichte van diens curator heeft verzwegen. Het hof te A heeft in hoger beroep bewezen verklaard het medeplegen van bedrieglijke bankbreuk, meermalen gepleegd, en heeft mr. X veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van drie maanden en een werkstraf van 120 uren. Ter zitting heeft de advocaat van mr. X medegedeeld, dat beroep in cassatie is ingesteld. Daarin speelt het beroep op artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht door mr. X een belangrijke rol.

In dit verband is het navolgende van belang.

De betreffende cliënt van mr. X was reeds cliënt van mr. X toen hij in staat van faillissement werd verklaard. Mr. X was van dit faillissement op de hoogte. Voor en tijdens het faillissement oefende de cliënt samen met zijn stiefzoon een bedrijf uit. Dit bedrijf hield zich bezig met de in- en verkoop van voor de vervaardiging van drugs bestemde chemicaliën. In overleg met de curator werd de volledige WAO-uitkering van de cliënt, behoudens een door de curator ingehouden bedrag, maandelijks op de derdengeldenrekening van mr. X gestort. Daarnaast werden op deze rekening ten behoeve van de cliënt stortingen gedaan onder een codenummer. In 1999 was dit in totaal, dus los van de door de curator overgemaakte bedragen, een bedrag van f 96.000. Er werden ook enkele uitgaven van de rekening, die in feite als rekening-courant werd gebruikt, gedaan, waaronder de huursom voor een boot. Eind 1999 was sprake van een positief saldo ten behoeve van de cliënt van f 119.057,49. In 2000 heeft mr. X zelf ten behoeve van de cliënt stortingen gedaan op een van zijn andere bankrekeningen, een van f 50.000 en een van f 30.000. In 2001 is, na de aanhouding van de cliënt, van de derdengeldenrekening van mr. X in totaal f 51.000 overgeschreven naar een rekening van A.B.V. (een vennootschap van mr. X) en f 50.000 naar de advocaat van de cliënt.

Op 2 december 2000 kocht de cliënt een in een Belgische NV ondergebracht woonhuis in België via een door mr. X bedachte constructie, bedoeld om aan de gevolgen van het faillissement te ontkomen. Mr. X

heeft daarbij aan de verkoper f 254.110 in contanten ter hand gesteld.

Met het voorgaande staat vast, dat mr. X over een lange periode behulpzaam is geweest bij het onttrekken van zeer aanzienlijke bedragen aan de boedel in het faillissement van de cliënt, ter bekorting van de rechten van de schuldeisers in dat faillissement.

Dat het betrokken bewijs tegen mr. X onrechtmatig is verkregen wijst het hof, op gelijke gronden als het gerechtshof, van de hand. Ook kan het hof zich verenigen met de opvatting, dat, waar het verschoningsrecht is misbruikt om strafbare feiten te plegen, dit recht dient te wijken voor de waarheidsvinding. Ten slotte vermag het hof niet in te zien, hoe, tuchtrechtelijk bezien, een beroep van mr. X op artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht van belang zou kunnen zijn. Voor het hof staat vast, dat geen enkel wettelijk voorschrift mr. X noopte tot het onttrekken van gelden aan de boedel, zoals hij heeft gedaan. Het hof zal daarom niet ingaan op het verzoek van mr. X tot aanhouding van de onderhavige uitspraak in afwachting van het ingestelde cassatieberoep. Het hof verwerpt de grief.

#### **Bezwaar f**

Hetgeen mr. X in hoger beroep heeft aangevoerd met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel wordt door het hof verworpen op gronden als hiervoor weergegeven. Voor het overige heeft het onderzoek in hoger beroep niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, zodat grief 13 strandt.

Rest de behandeling van grief 14, gericht tegen de strafmaat.

Het hof acht de bovenomschreven handelwijzen uiterst onbetamelijk. Mr. X heeft op grove wijze misbruik gemaakt van zijn positie als advocaat, hij heeft rechtsregels met voeten getreden, heeft derden daarmee in aanzienlijke mate benadeeld en hij heeft daardoor het in een rechtsstaat van wezenlijk belang zijnde vertrouwen in de advocatuur ernstig beschadigd. Mede gelet op het tuchtrechtelijke verleden past hier de in het dictum te vermelden zware maatregel, waaraan de door de strafrechter in twee instanties uitgesproken veroordeling (waarin overigens rekening is gehouden met een tuchtmaatregel) niet afdoet, nu het tuchtrecht niet ziet op vergelding maar op het openbare belang van een behoorlijke beroepsuitoefening.

#### **Volgt**

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline, voorzover de Raad onderdeel c van de bezwaren ongegrond heeft verklaard en tevens voor wat betreft de door de Raad opgelegde maatregel, en in zoverre opnieuw rechtdoende,
- verklaart onderdeel c van de bezwaren alsnog gegrond,
- legt aan mr. X op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van een jaar,
- bepaalt dat de schorsing ingaat op 1 april 2005,
- bekrachtigt de beslissing voor het overige,
- beveelt dat deze beslissing met de gronden waarop zij berust zal worden openbaar gemaakt door aanplakking van deze uitspraak in de advocatenkamer van het Paleis van Justitie te Amsterdam en door toezending van een afschrift dezer uitspraak aan alle Raden van Toezicht in den lande met verzoek om bekendmaking op de ter plaatse gebruikelijke wijze. ●