

Openbaar

Nederlandse mededingingsautoriteit

## BESLUIT

**Besluit van de directeur-generaal van de NMa tot afwijzing van een verzoek om toepassing van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet**

*Nummer 560/87*

**Betreft zaak 560: *Engelgeer tegen Nederlandse Orde van Advocaten***

<i>Inhoudsopgave</i>	<i>Pagina's</i>
<b>I. BETROKKEN PARTIJEN .....</b>	<b>3</b>
<b>II. VERLOOP VAN DE PROCEDURE.....</b>	<b>3</b>
<b>III. VASTGESTELDE FEITEN .....</b>	<b>4</b>
<b>A. DE GEDRAGSREGELS VOOR NEDERLANDSE ADVOCATEN EN HUN JURIDISCHE KADER.....</b>	<b>4</b>
1) <i>Gedragsregels en de NOVA in het kader van de Advocatenwet</i> .....	4
2) <i>Aard van de NOVA Gedragsregels</i> .....	5
3) <i>De verhouding tussen de NOVA-Gedragsregels en de CCBE-Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap</i> .....	6
<b>B. TOEGESTANE DECLARATIEMETHODEN WAARBIJ RESULTAATSAFHANKELIJKE HONORARIA WORDEN VASTGESTELD. ....</b>	<b>8</b>
<b>C. HET AFSPREKEN VAN 'NO CURE NO PAY' BIJ DE BEHANDELING VAN LETSELSCHADEZAKEN IN NEDERLAND. ....</b>	<b>9</b>
<b>IV. ARGUMENTEN VAN PARTIJEN .....</b>	<b>10</b>
<b>A. ARGUMENTEN VAN KLAGER.....</b>	<b>10</b>
<b>B. ARGUMENTEN VAN BEKLAAGDE.....</b>	<b>10</b>
<b>V. BEOORDELING.....</b>	<b>12</b>
<b>A. OVERTREDING VAN ARTIKEL 6 VAN DE MEDEDINGINGSWET.....</b>	<b>12</b>
1) <i>Het begrip onderneming</i> .....	13
2) <i>Ondernemersvereniging</i> .....	13
3) <i>Besluiten van een ondernemersvereniging</i> .....	16
4) <i>Relevante markt: juridische bijstand bij letselschade</i> .....	17
5) <i>Mededingingsbeperking</i> .....	19
<b>B. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 11 MW.....</b>	<b>24</b>
<b>C. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 16 MW.....</b>	<b>25</b>
<b>D. OVERWEGINGEN INZAKE DE DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID VAN DE D-G NMA OM EEN RAPPORT OP BASIS VAN ARTIKEL 59 MW OP TE STELLEN.....</b>	<b>27</b>
<b>BESLUIT.....</b>	<b>29</b>

**Betreft zaak 560:** *Engelgeer tegen Nederlandse Orde van Advocaten*

Op 22 april 1998 heeft de d-g NMa een klacht ontvangen over de Gedragsregels voor advocaten die naar het oordeel van klager op onderdelen een overtreding vormen van de Mededingingswet. De klacht richt zich met name tegen de volgende twee Gedragsregels:

*“Het staat de advocaat niet vrij overeen te komen, dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht”* - Artikel 25, tweede lid.

*“De advocaat mag niet overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg, behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief”* - Artikel 25, derde lid.

## **I. Betrokken partijen**

1. De klacht is ingediend tegen de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: de NOVA), te 's-Gravenhage, een bij de Advocatenwet (artikel 17, lid 1) ingesteld publiekrechtelijk lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet. De Nederlandse Orde van Advocaten is een rechtspersoon (artikel 17, lid 3). De Advocatenwet voorziet in aansluitingsdwang (artikel 17). Door inschrijving als advocaat bij een rechtbank wordt de advocaat lid van de NOVA en tevens lid van de Orde van Advocaten in het arrondissement waar de inschrijving heeft plaatsgevonden. De NOVA heeft thans ongeveer 10.000 leden. De NOVA heeft geen ontheffingsverzoek met betrekking tot de onderzochte regelingen ingediend.
2. De klacht is ingediend door de heer mr. G. Engelgeer (hierna: Engelgeer), te Amsterdam. Engelgeer is gespecialiseerd in het verlenen van juridische bijstand bij letselschade: het bijstaan van slachtoffers van ongevallen en medische fouten. Engelgeer verzoekt de NMa “zijn klacht te onderzoeken en na gegrond bevinding de gewraakte Gedragsregels onverbindend te verklaren en zodanige last te geven dat deze zullen worden ingetrokken, respectievelijk buiten werking gesteld”.

## **II. Verloop van de procedure**

3. Op 22 april 1998 werd de klacht van Engelgeer ontvangen ten kantore van de NMa.
4. Op 26 juni 1998 is de klacht integraal ter kennis gebracht van de NOVA en van het Ministerie van Justitie. Aan de NOVA en het Ministerie van Justitie zijn daarbij tevens een aantal vragen gesteld.

5. Op 10 september 1998 zijn de reacties van het Ministerie van Justitie en de NOVA aan klager toegezonden, waarbij klager in de gelegenheid is gesteld commentaar te geven.
6. Op 21 januari 1999 heeft de NMa aan Engelgeer, de NOVA en het Ministerie van Justitie haar punten van overweging in deze zaak doen toekomen, met daarbij het verzoek om commentaar te leveren. De reactie van klager werd op 4 maart 1999 ontvangen, die van de NOVA op 5 maart 1999 en die van het Ministerie van Justitie op 26 maart 1999.
7. Meerdere malen is hetzij op verzoek, hetzij op eigen initiatief door partijen aanvullende informatie verstrekt, laatstelijk op 31 mei 2001.
8. Tevens vond een aantal gesprekken plaats met vertegenwoordigers van de NOVA alsmede een marktpartij.

### **III. Vastgestelde feiten**

9. De klacht is ingediend door een advocaat die zich bezighoudt met de behandeling van letselschadezaken. De regelingen waartegen de klacht zich richt staan in de Gedragsregels van de NOVA (artikel 25). Deze verbieden advocaten om met hun cliënten overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald resultaat salaris in rekening wordt gebracht of dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door hun bijstand te bereiken resultaat.
10. Hieronder worden de betekenis en context van die bepalingen geschetst. Het juridische kader en de aard van de Gedragsregels volgens de Advocatenwet alsmede de verhouding met de Gedragscode van de Raad van de Balies van de Europese Unie zijn daarbij relevant. Daarnaast is het van belang te kijken naar gevallen waarin de leden van de NOVA hun honoraria wel afhankelijk van het resultaat mogen vaststellen. Ook het gebruik van de voor advocaten verboden declaratiemethoden door andere actoren dan advocaten is in deze van belang.

#### **A. DE GEDRAGSREGELS VOOR NEDERLANDSE ADVOCATEN EN HUN JURIDISCHE KADER**

##### ***1) Gedragsregels en de NOVA in het kader van de Advocatenwet***

11. De Gedragsregels voor advocaten verschenen voor het eerst in 1980 en vervingen de “Eregelen voor advocaten” uit 1968. De huidige tekst dateert van 1992, waarbij in 1997 en 1998 enkele wijzigingen zijn aangebracht<sup>1</sup>. In de Gedragsregels wordt een nadere invulling gegeven aan de

---

<sup>1</sup> Wijzigingen na de afschaffing in 1997 van adviestarieven en calculatieschema's.

betamelijkheidsnorm van artikel 46 van de Advocatenwet<sup>2</sup>. Dit artikel bepaalt dat advocaten aan tuchtrechtspraak zijn onderworpen terzake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, terzake van inbreuken op verordeningen van de Nederlandse Orde van Advocaten en terzake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. In parafrazering op wat mr. W.G. van Hassel in het "Ten geleide" bij de Gedragsregels aangeeft, gaat het om een eigentijdse invulling van hoe de balie de wettelijke norm van artikel 46 Advocatenwet thans interpreteert. De Advocatenwet legt niet de verplichting op aan de NOVA (c.q. aan een orgaan van de NOVA) om ter nadere invulling van de wettelijke betamelijkheidsnorm van artikel 46 van de Advocatenwet Gedragsregels op te stellen. Het besluit tot vaststelling van de huidige Gedragsregels en de toelichting daarop is genomen door het College van Afgevaardigden in de vergadering van 27 november 1992.<sup>3</sup> Het College van Afgevaardigden bestaat uitsluitend uit advocaten-leden<sup>4</sup> van de NOVA die op basis van artikel 20 van de Advocatenwet als vertegenwoordigers van alle leden worden gekozen<sup>5</sup>. Ingevolge artikel 28 van de Advocatenwet kan het College van Afgevaardigden bindende verordeningen vaststellen in het belang van een goede uitoefening van de advocatenpraktijk.

## 2) Aard van de NOVA Gedragsregels

12. Er is voor wat betreft de Gedragsregels geen sprake van een verordening in de zin van de Advocatenwet. Dit punt wordt in de Inleiding tot de Gedragsregels bevestigd: *"De inhoud van dat tuchtrecht wordt vastgesteld door de tuchtrechter op basis van de advocateneed, verordeningen en de drie regels genoemd in artikel 46 van de Advocatenwet. (...) Deze gedragsregels kunnen worden gezien als een uitwerking van de eerste en vooral ook van de ruim geformuleerde derde regel, in dat artikel genoemd. Zij zijn niet bindend in de zin, waarin de regels van de door de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde verordeningen bindend zijn"*<sup>6</sup>. Het verschil tussen Verordeningen en de Gedragsregels is door het hoofd juridische zaken van de NOVA als volgt duidelijk gemaakt<sup>7</sup>:

---

<sup>2</sup> Wet van 23 juni 1952 (Stb. 365), houdende instelling van de Nederlandse Orde van Advocaten alsmede regelen betreffende orde en discipline voor de advocaten en procureurs (Advocatenwet), laatstelijk gewijzigd bij wet van 19 april 1999 (Stb. 194), inw.tr. 1 juni 1999 (Stb. 198).

<sup>3</sup> Zie o.a. het "Ten geleide" bij de huidige Gedragsregels van de toenmalige deken, mr. W.G. van Hassel, en de notulen van de bijeenkomsten van het College van 1 oktober en 27 november 1992, zoals gepubliceerd in het Advocatenblad van respectievelijk 23 januari 1993, p. 37 en volgende, en van 2 april 1993, p. 192 en volgende.

<sup>4</sup> Dat is ook het geval voor de leden van de Algemene Raad en de Raden van Toezicht (artikel 24, eerste lid van de Advocatenwet). Artikel 46b van de Advocatenwet bepaalt dat elke Raad van Discipline uit een voorzitter en ten hoogste twee plaatsvervangende voorzitters bestaat, die door de Minister van Justitie uit de leden van de rechterlijke macht worden benoemd, en acht ledenadvocaten en ten hoogste 6 plaatsvervangende ledenadvocaten.

<sup>5</sup> Artikel 24 Advocatenwet.

<sup>6</sup> In het "Ten geleide" van de toenmalige deken bij de huidige Gedragsregels is de reden voor deze keuze verder toegelicht: *"De prealabele vraag, die tijdens de behandeling in het College op initiatief van de Amsterdamse Raad van Toezicht aan de orde kwam, luidde of de Gedragsregels bij verordening moesten worden vastgesteld. De voorstanders hiervan betoogden dat de regels daardoor aan gezag zouden winnen en meer gelegitimeerd zouden zijn. Hiertegen werd ingebracht dat er aldus een ongewenste verschuiving in de richting van het strafrecht zou ontstaan. Voorts werd*

*“Verordeningen. De meeste voorstellen voor verordeningen worden gedaan door de Algemene Raad (...) Nadat een verordening door het College is vastgesteld wordt deze kenbaar gemaakt aan de minister van Justitie en in het Staatsblad gepubliceerd. De verordeningen, maar ook besluiten van het College van Afgevaardigden, de Algemene Raad of andere organen van de Nederlandse Orde, kunnen bij koninklijk besluit worden geschorst of vernietigd (art. 30 Advocatenwet).*

*Gedragsregels. De gedragsregels brengen normen onder woorden die naar de heersende opvatting in de kring van advocaten in acht behoren te worden genomen bij de uitoefening van de praktijk. Zij zijn bedoeld als richtlijn: zij hebben niet de bindende kracht van een verordening. Ook voor de tuchtrechter zijn de gedragsregels niet bindend (het Hof van Discipline heeft dit meerdere malen beslist), wel kunnen zij als richtlijn dienen. De Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen dienen evenals de gedragsregels te worden gezien als een nadere uitwerking van de norm van artikel 46 Advocatenwet: wat betaamt een behoorlijk advocaat?”*

### **3) De verhouding tussen de NOVA-Gedragsregels en de CCBE-Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap**

13. Voor een goed begrip van de betekenis van de NOVA-Gedragsregels is het wenselijk om deze in hun Europese context te plaatsen<sup>8</sup>. De NOVA heeft bij het vaststellen van haar Gedragsregels<sup>9</sup> rekening gehouden met de Gedragscode van de Raad van de Balies van de Europese Unie (Conseil des Barreaux de l'Union Europeenne, hierna: CCBE), te Brussel. De NOVA is lid van de CCBE. De CCBE is een internationale vereniging die alle Balies van de Lidstaten van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte verbindt. Zij vertegenwoordigt deze balies bij de Europese instellingen<sup>10</sup>.

De CCBE-Gedragscode is bedoeld om *“uniforme regels vast te stellen die voor iedere advocaat in de Gemeenschap gelden voor zijn grensoverschrijdende activiteiten, ongeacht tot welke balie hij behoort”* (Artikel 1.3.1. van de CCBE-Gedragscode). De CCBE-Gedragscode is rechtstreeks bindend voor Europese advocaten voor wat betreft grensoverschrijdende activiteiten: *“Wanneer de regels van de onderhavige gedragscode toepasselijk zijn verklaard op zijn grensoverschrijdende activiteiten, blijft de advocaat onderworpen aan de gedragsregels van de balie waartoe hij behoort, voor zover deze in*

---

*opgemerkt dat een gesloten systeem van bij verordening vastgestelde regels strijdig is met het karakter van het tuchtrecht. Uiteindelijk werd evenals bij voorgaande herzieningen voor het open stelsel gekozen.”*

<sup>7</sup> E.E. Minkjan, Inleiding van januari 2000 tot het vademecum advocatuur, deel 2: Wet- & regelgeving van de NOVA.

<sup>8</sup> De Orde heeft in haar brief d.d. 31 juli 1998 en in haar opmerkingen d.d. 5 maart 1999 naar aanleiding van de punten van overweging er *“op gewezen dat de betrokken verboden ook zijn opgenomen in de gedragscode van de CCBE (regels 3.3, 3.6 en 5.4.2) van 28 oktober 1988”*. Regels 3.6 en 5.4.2 betreffen respectievelijk het verbod om honoraria te verdelen met iemand die geen advocaat is behalve wanneer een samenwerkingsverband tussen de advocaat en de andere persoon is toegestaan, en het verbod om enigerlei vergoeding te betalen voor de introductie van een cliënt.

<sup>9</sup> Zie vademecum advocatuur, deel 2: Wet- & regelgeving van de NOVA, editie van 2000.

<sup>10</sup> Haar nieuwe statuten zijn in plenaire sessie in Lyon, op 11 november 1998 vastgesteld, goedgekeurd middels een Koninklijke decreet van 1 juni 1999 en gepubliceerd op 11 november 1999 in de “Moniteur belge”.

*overeenstemming zijn met die van de onderhavige gedragscode*” (Artikel 1.3.2. laatste paragraaf van de CCBE-Gedragscode). Wat betreft de nationale Gedragsregels is de CCBE-Gedragscode richtinggevend en de nationale balies zijn als leden van de CCBE overeengekomen om de CCBE-Gedragscode te volgen en hun eigen Gedragsregels conform de CCBE-Gedragscode te interpreteren<sup>11</sup>.

14. In het geval van artikel 25 van de Gedragsregels zoals gewijzigd op 28 november 1998, is de invloed van de CCBE-Gedragscode expliciet in de toelichting bevestigd: *“Toelichting op regel 25 : Ook de CCBE-regels kennen een overeenkomstige bepaling in regel 3.3”*. Het verbod om honoraria vast te stellen afhankelijk van het resultaat is in artikel 25, leden 2 en 3 van de Gedragsregels opgenomen: *“2 Het staat de advocaat niet vrij overeen te komen, dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht<sup>12</sup>. 3 De advocaat mag niet overeenkomen, dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg (...)”*.
15. De inhoud van de overeenkomstige bepaling van de CCBE-Gedragscode is: *“3.3 Pactum de quota litis 3.3.1. De advocaat mag zijn honorarium niet vaststellen op basis van een ‘pactum de quota litis’. 3.3.2 Met ‘pactum de quota litis’ is bedoeld een overeenkomst aangegaan tussen de advocaat en zijn cliënt vóór de beëindiging van de zaak, waarbij de cliënt zich verbindt aan de advocaat een bepaald deel van de opbrengst van de zaak te zullen uitkeren, hetzij in geld hetzij in enig ander goed of waarde<sup>13</sup>.*
16. Artikel 3.3.3 van de CCBE-Gedragscode bepaalt dat als een dergelijk pactum niet wordt beschouwd de overeenkomst, waarbij het honorarium wordt bepaald in samenhang met het belang van het geschil met de behandeling waarvan de advocaat is belast, indien dat honorarium in overeenstemming is met een officieel tarief of is toegelaten door de bevoegde autoriteit waaronder de advocaat ressorteert. De NOVA heeft als bevoegde autoriteit<sup>14</sup> zelf vormgegeven aan een aantal uitzonderingen en die ook opgenomen in haar Gedragsregels<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Dit overeenkomstig artikel 1.3.2 van de CCBE-Gedragscode.

<sup>12</sup> Ofwel: ‘no cure no pay’.

<sup>13</sup> Artikel 3.3.1 houdt ook het verbod van ‘no cure no pay’ in, omdat het honorarium nihil wordt als geen opbrengst kan worden gedeeld.

<sup>14</sup> Artikel 1.6 in fine van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap.

<sup>15</sup> Dat blijkt uit de Nederlandse Gedragsregels van 1992 waarin het verbod is opgenomen *“behoudens wanneer dit geschiedt in overeenstemming met een landelijk of plaatselijk voor bepaalde categorieën zaken door de Orde geadviseerd tarief”*. Na de afschaffing van adviestarieven en calculatieschema’s geldt het verbod *“behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief”*.

**B. TOEGESTANE DECLARATIEMETHODEN WAARBIJ RESULTAATS AFHANKELIJKE HONORARIA WORDEN VASTGESTELD.**

17. In de volgende gevallen is het advocaten expliciet toegestaan de hoogte van hun honoraria afhankelijk te maken van het resultaat. Ook is het toegestaan om declaratiemethoden te combineren<sup>16</sup>.

*Incassotarieven*

18. Het incassotarief is een methode van declareren die afhankelijk is van het resultaat en door de NOVA is toegestaan: *“Advocaat en cliënt komen vooraf een vergoeding overeen ter grootte van een percentage van het geïncasseerde bedrag. In de incassopraktijk, waarin veelal sprake is van de inning van talrijke geldvorderingen van gelijke aard zonder dat sprake is van een te verwachten diepgaand juridisch geschil, is het sinds jaar en dag mogelijk een incassotarief af te spreken dat een percentage vormt van het geïncasseerde bedrag”*. Deze uitzondering is ook opgenomen in lid 3 van gedragsregel 25: *“(..) ,behoudens het incassotarief”* . De toelichting van de NOVA op deze aanpassing stelt<sup>17</sup>: *“De Orde doet sinds 1997 geen aanbevelingen meer over tarieven en geeft niet meer het Calculatieschema voor advocatendeclaraties uit, waarin een incassotarief stond vermeld. Handhaving van het verbod van een resultaatafhankelijke declaratie in de vorm van een evenredig deel van de opbrengst, tenzij in overeenstemming met een door de Orde geadviseerd tarief, zou tot ongewenst gevolg hebben dat geen incassotarief meer zou kunnen worden afgesproken (...). De mogelijkheid om een incassotarief af te spreken met de cliënt voorziet, zo zegt de NOVA, in een behoefte en heeft nooit tot problemen geleid.*

*Uurtarief afhankelijk van het resultaat*

19. Bij deze declaratiemethode spreekt de advocaat een tarief per uur af dat zijn kosten en zijn salaris dekt voor het geval het beoogde resultaat niet wordt bereikt en declareert hij een verhoogd uurtarief bij positief resultaat, zonder overigens een percentage van het behaalde resultaat te hanteren<sup>18</sup>.

*Basisuurtarief plus een percentage van de waarde van het resultaat*

20. Bij deze declaratiemethode spreekt de advocaat een basisuurtarief af, dat kostendekkend is en voorziet in een salaris. Daarnaast bedingt hij een percentage van de waarde van het resultaat van

<sup>16</sup> Zie hoofdstuk “Tarieven” in het NOVA vademecum, deel 2: Wet & Regelgeving van 1998, 1999 en 2000.

<sup>17</sup> Nota van Toelichting, 15 januari 1998, Adv. Bl. 1998, blz. 569.

<sup>18</sup> Het Hof van Discipline van de NOVA heeft in een uitspraak d.d. 9 februari 1998 overwogen: *“(..) Zoals door A ook is erkend, is een declaratie-afsprake 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”* (gepubliceerd in Advocatenblad d.d. 19 maart 1999).



zijn handelen. Bij beide laatstgenoemde declaratiemethoden wordt derhalve voorzien in kostendekking en salaris voor de advocaat<sup>19</sup>.

*Achteraf opstellen van de waarde van de diensten*

21. Het vaststellen van de waarde van de diensten achteraf wordt ook toegestaan door de NOVA. De exacte hoogte van de declaratie wordt afhankelijk gemaakt van de waarde die de dienst van de advocaat, achteraf beoordeeld, in redelijkheid voor de cliënt heeft vertegenwoordigd. Ook hier is de declaratie dus mede afhankelijk van het resultaat.

**C. HET AFSPREKEN VAN 'NO CURE NO PAY' BIJDE BEHANDELING VAN LETSELSCHADEZAKEN IN NEDERLAND.**

22. 'No cure no pay' wordt bij de behandeling van letselschadezaken wel toegepast door anderen dan advocaten. Het betreft bureaus, die gespecialiseerd zijn in het geven van bijstand bij letselschade. Het gaat daarbij om het geven van juridische bijstand en het (laten) onderzoeken van medische schade en bepaalde technische aspecten. Deze bureaus hebben geen advocaten in dienst. Wel bestaan over het algemeen bepaalde zakelijke relaties met advocaten(kantoren), die ingeschakeld worden indien een juridisch proces moet worden gevoerd. Deze advocaten worden betaald op basis van het door hen gevraagde uurtarief of een andere toegestane declaratiemethode.
23. Soms geven deze bureaus de cliënt zelf de keuze tussen het betalen van een uurtarief of het maken van een afspraak op basis van 'no cure no pay'. De 'no cure no pay'-afpraak luidt veelal dat geen honorarium in rekening zal worden gebracht als het bureau er niet in slaagt een schadevergoeding voor de cliënt te realiseren. Indien dit resultaat wel wordt behaald, dan bestaat de vergoeding voor de werkzaamheden van het bureau en de eventueel ingeschakelde deskundigen uit een percentage van het behaalde resultaat. Als de 'no cure no pay'-afpraak eenmaal is gemaakt, zijn alle kosten voor de cliënt gedekt. De cliënt weet vooraf wat maximaal betaald zal moeten worden. De betaling vindt plaats als daadwerkelijk een resultaat is bereikt. Het bureau draagt zodoende het financiële risico van de procedure.

---

<sup>19</sup> Het Hof van Discipline zegt hierover in de eerder gememoreerde uitspraak van 9 februari 1998: "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 uurtarief wordt gerelateerd aan het behaalde gevolg, en een declaratie-afpraak waarbij naast het lage uurtarief een percentage van de waarde van dat gevolg onderdeel van het salaris uitmaakt. Het hier bedoelde basis uurtarief 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".

#### **IV. Argumenten van partijen**

##### **A. ARGUMENTEN VAN KLAGER**

24. Het mededingingsbeperkende effect van de Gedragsregels ligt volgens klager hierin, dat hem een belangrijk instrument in de concurrentiestrijd wordt ontnomen. Klager stelt zich op het standpunt dat hij achtergesteld wordt in de concurrentiestrijd, aangezien niet-advocaten, die wel juridische bijstand kunnen leveren, niet gebonden zijn aan de Gedragsregels. Naar de mening van klager gaan de Gedragsregels, gelet op het doel van de NOVA, verder dan nodig is en beperken zij de concurrentie onnodig.
25. Met betrekking tot de status van de Gedragsregels en mitsdien de vraag of de Gedragsregels onder het toepassingsbereik van de Mededingingswet vallen, stelt klager dat de Gedragsregels een beschrijvende weergave zijn van opvattingen omtrent de norm voor een behoorlijke beroepsuitoefening als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet en mitsdien niet vatbaar zijn voor toezicht door de Minister van Justitie. De normen kunnen wel via de tuchtrechter gesanctioneerd worden, waardoor de regels wel degelijk gevolgen kunnen hebben voor de mededinging, aldus klager.
26. De NOVA moet volgens klager in staat worden geacht het eigenlijke doel van de Gedragsregels, namelijk het instandhouden van de onafhankelijkheid van de advocaat, te bereiken op een wijze die de concurrentie minder beperkt. De NOVA gaat, volgens klager, voorbij aan de gunstige aspecten van afschaffing van de onderhavige Gedragsregels. Klager is van mening dat het declareren op basis van 'no cure no pay' aan de justitiabele een extra faciliteit biedt om zijn recht te krijgen. Een advies in het kader van 'no cure no pay' is kosteloos en de justitiabele die het niet eens is met het advies kan zich alsnog wenden tot een advocaat die een uurloon berekent. Hierdoor worden de mogelijkheden voor toegang tot de rechter vergroot.

##### **B. ARGUMENTEN VAN BEKLAAGDE**

27. De NOVA stelt zich op het standpunt dat zij niet beschouwd kan worden als een ondernemersvereniging in de zin van de Mededingingswet, omdat zij een publiekrechtelijk lichaam is, als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet, dat door de Nederlandse wetgever in het leven is geroepen. De NOVA heeft een gedelegeerde wetgevende bevoegdheid gekregen en vervult derhalve als een bijzondere wetgever een taak van algemeen belang. Uit dit geheel concludeert de NOVA dat zij niet kan worden beschouwd als een ondernemersvereniging in de zin van het mededingingsrecht. Derhalve kunnen ook haar Gedragsregels niet worden beschouwd als een besluit van een ondernemersvereniging.

28. Daarnaast stelt de NOVA dat de Advocatenwet, de door de NOVA uitgevaardigde verordeningen en de Gedragsregels van de Orde beogen de rechtshulpverlening door advocaten te laten beantwoorden aan de kenmerken onafhankelijkheid, integriteit en eenzijdige partijdigheid bij de behartiging van het belang van de eigen cliënt. Advocaten moeten zich inzetten voor de rechtmatige belangen van hun cliënten, zonder daarbij ook de eigen belangen in acht te (hoeven) nemen. De cliënt heeft er recht op dat alleen zijn belang wordt gediend en dat de advocaat niet een significant eigen belang heeft bij de afloop van de zaak.
29. Zowel 'no cure no pay' als 'quota pars litis' vormen naar de mening van de NOVA een onaanvaardbare bedreiging voor die onafhankelijkheid. Als gevolg van 'quota pars litis' komt een onbevangen oordeel van de advocaat moeilijker tot stand en dreigt het gevaar van belangenverstrengeling, terwijl de advocaat bij een 'no cure no pay'-afpraak een te groot belang heeft bij de afloop van een zaak om er werkelijk vrij en onafhankelijk tegenover te staan. Dit betekent naar de mening van de NOVA dat de Gedragsregels er niet toe strekken de mededinging te beperken, maar veeleer zijn opgesteld om de cliënt te beschermen.
30. Tevens stelt de NOVA, dat de onderhavige regels geen regels zijn, die advocaten beletten de prijs voor hun prestatie zelfstandig te bepalen en dat de betreffende verboden uitsluitend betrekking hebben op een modaliteit van declareren. De NOVA geeft in dat kader aan dat er voor een cliënt een grote vrijheid bestaat om met de advocaat tot specifieke op de situatie toegesneden tariefafspraken te komen en dat er voldoende ruimte is voor onderlinge prijsconcurrentie.
31. Toepassing van artikel 6 Mw op de Gedragsregels van de Orde zou naar de mening van de NOVA betekenen dat de Orde de haar bij de wet opgedragen taak niet meer kan vervullen. De publicatie van de Gedragsregels komt duidelijk neer op een maatregel genomen door de Orde in de uitoefening van haar wetgevende taak. Deze bevoegdheid is niet verkregen door delegatie van een ander overheidsorgaan, maar door autonome toekenning in de Advocatenwet. De Orde stelt zich op het standpunt dat het voornaamste doel van de NOVA niet de behartiging van de belangen van haar leden is, maar dat de Orde is opgericht om het algemeen belang te dienen. De artikelen 26 en 28 Advocatenwet alsmede de systematiek en de overige bepalingen van de Advocatenwet tonen aan dat de Orde het algemeen belang voorop moet stellen, ook bij de behartiging van rechten of belangen van de advocatuur. De Orde stelt dat wanneer de Advocatenwet spreekt over het opkomen voor de belangen van de advocaten daarmee niet wordt bedoeld het eigen belang van de beroepsgroep, maar het belang van de advocatuur als verdediger van de rechten van de burger en als bewaker van de rechtsstaat. De NOVA is van mening dat artikel 11 Mw in de weg staat aan toepassing van artikel 6 Mw op de Gedragsregels van de NOVA.
32. De NOVA is tevens van mening dat artikel 16 Mw in de weg staat aan toepassing van artikel 6 Mw op de Gedragsregels van de NOVA. De NOVA stelt dat de Gedragsregels maatregelen zijn,

genomen door de Orde in de uitoefening van haar wetgevende taak en dat zij vallen onder het toepassingsbereik van de Advocatenwet en het daarbij behorende toezichtsregime. De Advocatenwet voorziet in een toetsing door de overheid, te weten: een repressief toezicht door de Kroon. Ingevolge artikel 30 Advocatenwet jo. artikel 134 Grondwet jo. artikel 10:35 Awb kunnen besluiten van het College van Afgevaardigden, van de Algemene Raad of van andere organen van de Orde bij Koninklijk Besluit worden geschorst of vernietigd. Naar het oordeel van de Orde valt ook de publicatie van de Gedragsregels onder het toepassingsbereik van de Advocatenwet. De Gedragsregels zijn een uitwerking van de in artikel 46 Advocatenwet verankerde beginselen. Anders gesteld: de in de wet vastgelegde betamelijkheidsnorm wordt mede door de Gedragsregels geconcretiseerd. Voor die betamelijkheidsnorm is de jurisprudentie van de tuchtrechter een belangrijke bron. Het ordenen en mede voor het publiek toegankelijk en overzichtelijk maken van de jurisprudentie van de tuchtrechter is een taak die krachtens artikel 26 Advocatenwet aan het bestuur van de Orde toekomt. Het besluit van de Algemene Raad vervolgens om een of meer Gedragsregels te publiceren moet beschouwd worden als een besluit van de Algemene Raad dat op basis van artikel 30 Advocatenwet bij Koninklijk Besluit kan worden geschorst of vernietigd, voor zover het met het recht of met het algemeen belang in strijd is, aldus de NOVA.

## V. Beoordeling

33. De klacht richt zich tegen artikel 25, leden 2 en 3 van de Gedragsregels voor advocaten, waarin het advocaten verboden wordt honoraria slechts bij het behalen van een bepaald resultaat in rekening te brengen ('no cure no pay') of salaris als een evenredig deel van de waarde van het te behalen resultaat te declareren ('quota pars litis'). Mede gelet op het feit dat de klacht is ingediend door een letselschade-advocaat en de door hem aangevoerde argumenten specifiek betrekking hebben op letselschadezaken is het onderhavige onderzoek gericht op de vraag of artikel 6 Mw van toepassing is op de toepassing van de verboden, zoals opgenomen in artikel 25 leden twee en drie van de Gedragsregels, op letselschadezaken.

### A. OVERTREDING VAN ARTIKEL 6 VAN DE MEDEDINGINGSWET.

34. Onderzocht moet worden of de bepalingen opgenomen in artikel 25, leden 2 en 3 van de Gedragsregels strijdig zijn met het bepaalde in artikel 6 Mw: "*Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemerverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst*". Blijkens hoofdstuk 1 van de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet dienen voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 Mw de Europeesrechtelijke beschikkingspraktijk en de jurisprudentie als leidraad.

### **1) Het begrip onderneming**

35. Artikel 1, sub f), van de Mededingingswet verwijst voor een uitleg van het begrip “onderneming” naar artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag. Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie valt onder het begrip “onderneming” iedere entiteit die aan het economisch proces, gericht op het produceren van goederen of het verlenen van diensten, deelneemt, ongeacht haar rechtsvorm en ongeacht de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>20</sup> Dit houdt in dat ook een publiekrechtelijk lichaam, als dat een economische activiteit uitoefent, een onderneming kan zijn in de zin van artikel 81 van het EG-Verdrag.
36. Het begrip “onderneming” omvat zowel natuurlijke als rechtspersonen die economische activiteiten uitoefenen<sup>21</sup>. Beoefenaren van vrije beroepen zijn ondernemingen in de zin van de mededingingsregels wanneer zij hun beroep als zelfstandige uitoefenen. Dit houdt in dat zij, in hun hoedanigheid als zelfstandig ondernemer, hun diensten op duurzame wijze en tegen een vergoeding leveren en dat zij de hiermee verband houdende financiële risico's dragen. Dat het om een gereguleerd vrij beroep gaat, dat de diensten een intellectueel, technisch of specialistisch karakter hebben en dat zij verricht worden op persoonlijke en directe grondslag verandert niets aan de aard van de economische activiteit<sup>22</sup>.
37. Advocaten zijn over het algemeen werkzaam als zelfstandige vrije beroepsbeoefenaren of oefenen hun beroep uit binnen het verband van zogenaamde advocatenkantoren.<sup>23</sup> Advocaten en advocatenkantoren moeten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 6 van de Mededingingswet, omdat zij aan het economisch verkeer deelnemen door het aanbieden van juridische diensten tegen beloning.

### **2) Ondernemersvereniging**

---

<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-41/90, *Höfner*, Jur. 1991, I-1979, r.o. 21.

<sup>21</sup> Zie het besluit van de d-g NMa d.d. 27 augustus 1998, in zaak 379, ontheffingsaanvraag ingediend door de KNMvD, inzake een beroepsorganisatie van Nederlandse dierenartsen en het besluit van de d-g NMa d.d. 14 oktober 1999 in zaak 952, afspraken tussen notarissen te Breda, punt 33.

<sup>22</sup> Zie het arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998 in zaak C-35/96, *CNSD-douane-expediteurs*, Jurisp. 1998 blz. I-3851, punt 38 en het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 30 maart 2000 in zaak T-513/93, *CNSD tegen Commissie*, Jurisp. 2000 blz II-1807, punt 39. Zie ook de beschikkingen van de Europese Commissie van 7 april 1999 in zaak IV/36.147 *EPI-gedragscode*, PB nr. L 106 blz. 14, 1999/4/23, alinea 23 en in zaak IV/33.686 *Coapi.*, PB nr. L122 blz. 37, 1995/6/2, alinea 32.

<sup>23</sup> Hier dient opgemerkt te worden, dat het sinds kort ook mogelijk is om advocaat te zijn in de zin van de Advocatenwet als men werkt als zogenaamde “in house lawyer” bij ondernemingen die geen advocatenkantoor zijn. Dit betreft een klein aantal advocaten (minder dan 100 op de 10.000).

38. De Nederlandse Orde van Advocaten, een organisatie van alle Nederlandse advocaten, vormt een ondernemersvereniging. Uitsluitend geregistreerde advocaten zijn lid van de NOVA of van haar organen. Een ondernemersvereniging hoeft zelf geen economische activiteit uit te oefenen om de mededingingsregels te moeten naleven<sup>24</sup>. Het is voldoende dat er sprake is van een organisatie van ondernemingen. Gelet op de samenstelling<sup>25</sup> van de NOVA kan worden gezegd dat de NOVA en de orden in de arrondissementen worden bestuurd door een Algemene Raad, respectievelijk Raden van toezicht, die bestaat respectievelijk bestaan uit advocaten. Dit blijkt uit de formulering van artikel 24, lid 1, Advocatenwet<sup>26</sup>. De Kroon of de Minister van Justitie heeft geen invloed op de benoeming van de leden van de Raden van toezicht, van het College van afgevaardigden en van de Algemene Raad.
39. Advocaten zijn werkzaam zowel in het vrije beroep als in loondienst. Voor het bestaan van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 1, sub g) Mw is het niet noodzakelijk dat alle leden ondernemers zijn in de zin van artikel 1 sub f) Mw. Dat ook advocaten in loondienst bij de NOVA zijn aangesloten en zich mee uitspreken over bepalingen opgenomen in de Gedragsregels neemt niet weg dat die Gedragsregels te beschouwen zijn als de collectieve wilsuiting van de leden.<sup>27</sup> Regels die betrekking hebben op het economische gedrag van advocaten zijn mede bepalend voor het economische gedrag van advocatenkantoren waarbinnen deze advocaten werkzaam zijn. Bovendien is het advocatengedragsrecht op de advocaat/ werkgever rechtstreeks van toepassing<sup>28</sup>.
40. Het argument van de NOVA dat zij een beroepsorganisatie is die naar rechtsvorm een publiekrechtelijk lichaam is, verhindert niet haar tevens als een ondernemersvereniging te beschouwen<sup>29</sup>, afhankelijk van de activiteiten die zij ontplooit.<sup>30</sup>
41. De NOVA kan haar verantwoordelijkheid met betrekking tot het in acht nemen van de mededingingsregels niet uitsluiten, tenzij de wet uitdrukkelijk tot mededingingsbeperkende gedragingen zou verplichten. Daarvan zou sprake zijn als de wetgeving de concrete mededingingsbeperking zou vastleggen zonder dat er enige invullingsruimte zou bestaan. De generieke bevoegdheid van de NOVA en de aanzienlijke ruimte om zelf alle aspecten van het beroep te reglementeren houden in dat de NOVA bij het nemen van haar besluiten een autonome beslissende bevoegdheid uitoefent. Uit de feiten is gebleken dat de Advocatenwet de NOVA niet verplicht tot het vaststellen van de Gedragsregels en in het bijzonder niet tot het vaststellen van

---

<sup>24</sup> In dat geval zou de ondernemersvereniging ook een onderneming zijn en in deze tweeledige hoedanigheid onder de mededingingsregels vallen.

<sup>25</sup> Zie ook de Conclusie van Advocaat-Generaal Léger in de zaak Wouters, C-309/99, 10 juli 2001, overweging 66.

<sup>26</sup> Idem overweging 72.

<sup>27</sup> Zie de reeds aangehaalde beschikking van de Europese Commissie in de zaak EPI.

<sup>28</sup> Noot 11 bij de Verordening van de NOVA op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking.

<sup>29</sup> Zie de reeds aangehaalde beschikking van de Europese Commissie in de zaak Coapi.

<sup>30</sup> Zie de reeds aangehaalde EG-beschikking in de zaak EPI.

de bepalingen van artikel 25, leden 2 en 3. Er is dus niet voldaan aan de criteria om de verantwoordelijkheid van de ondernemersvereniging voor haar besluit uit te sluiten<sup>31</sup>.

42. Hierbij moet erop worden gewezen dat de NOVA bij de vaststelling van de Gedragsregels evenmin voldoet aan de criteria die het Europese Hof heeft geformuleerd in de zaak *Pavel Pavlov e.a. tegen SPMS* inzake besluiten van regelgevende organen die niet onder artikel 81 EG vallen. In deze zaak heeft het Hof aangegeven dat: “(...) *het mogelijk [is], dat een besluit van een orgaan met regelgevende bevoegdheid in een bepaalde sector niet onder artikel 85 van het Verdrag valt, wanneer dit orgaan is samengesteld uit een meerderheid van vertegenwoordigers van de overheid en het dit besluit neemt met inachtneming van een aantal criteria van openbaar belang*” (r.o. 87). Daarvan is in de onderhavige zaak geen sprake.
43. De NOVA is, zoals al aangegeven, uitsluitend samengesteld uit advocaten; het Ministerie van Justitie bemoeit zich niet met de benoeming van het College van Afgevaardigden van de NOVA en de leden van de NOVA zijn vertegenwoordigers van de advocaten. Hieruit volgt dat de leden van de NOVA niet als onafhankelijke deskundigen kunnen worden aangemerkt.<sup>32</sup> De bepalingen van de Advocatenwet verplichten de NOVA er bovendien niet toe om bij al haar besluiten bepaalde criteria van algemeen belang in aanmerking te nemen. Integendeel, zo bepaalt artikel 26 Advocatenwet dat de Algemene Raad en de Raden van Toezicht opkomen voor de rechten en belangen van advocaten. Bovendien legt de Advocatenwet, zoals al eerder aangegeven, de NOVA niet de verplichting op om gedragsregels, laat staan de onderhavige Gedragsregels, vast te stellen. Ten slotte is de Minister van Justitie formeel niet bevoegd tot schorsing of vernietiging van de Gedragsregels wegens strijd met het algemeen belang omdat de Gedragsregels niet bij verordening of anderszins bij een besluit van een orgaan van de NOVA zijn vastgesteld, waardoor zij het karakter van een besluit in de zin van de Advocatenwet missen. Als al aangenomen zou moeten worden dat de behartiging van het algemeen belang op die manier gegarandeerd zou kunnen worden, moet derhalve geconstateerd worden dat deze methode voor de vaststelling van de Gedragsregels niet van toepassing is.
44. Volgens de jurisprudentie is een regeling mogelijk te beschouwen als verenigbaar met het communautaire mededingingsrecht indien de overheid eventueel haar eigen besluit daarvoor in de plaats kan stellen<sup>33</sup>. De Advocatenwet geeft de Kroon echter niet de mogelijkheid een

<sup>31</sup> Zie punt 90 bij het besluit van de d-g NMa d.d. 31 maart 2000 tot afwijzing van een aanvraag om een ontheffing in zaak nummer 181, *Zorgkantoren*, en het besluit van de d-g NMa van 13 augustus 1999 in zaak nr. 620, *Paamovereenkomst Nederland*, punt 92-110. Daarin wordt verwezen naar de zaak *Commissie en Frankrijk tegen Ladbroke Pacing Ltd*, arrest van 11 november 1997, in gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P, Jur. 1997, I-6265, met name r.o. 33 en 34. Daar wordt geconcludeerd dat het verbod van artikel 81 EG niet van toepassing is “*in situaties waarin ondernemingen als gevolg van (nationale) wettelijke regelingen niet meer in vrijheid hun gedrag kunnen bepalen, dan wel wanneer de wettelijke regelingen ondernemingen de mogelijkheid ontnemt elkaar noemenswaardig te concurreren*”.

<sup>32</sup> Zie het arrest van het Hof van Justitie van 17 november 1993 in zaak C-185/91, *Reiff*, Jurispr. Blz. I-5801, punten 17 t/m 24; het arrest van het Hof van 9 juni 1994, in zaak C-153/93 *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, Jurispr. Blz. I-2517, punten 16 t/m 19; het reeds aangehaalde arrest van het Hof d.d. 18 juni 1998 *CNSD*, punt 44, en het reeds aangehaalde arrest van het Gerecht d.d. 30 maart 2000, *CNSD t. Commissie*, punten 54 t/m 56.

<sup>33</sup> Arrest van 17 november 1993, *Reiff*, Jurispr. blz. I-5801, o.r. 24; arrest van 9 juni 1994, *Delta*, Jurispr. blz. I-2517, r.o. 23.

initiërende rol te spelen bij de totstandbrenging of wijziging van besluiten van de NOVA. Integendeel, in de Memorie van Antwoord op de Advocatenwet (1952) valt te lezen: “*Wordt een verordening of een besluit vernietigd, dan is de Nederlandse Orde daardoor geenszins gedwongen er een ander, door de Kroon wenselijk geacht besluit voor in de plaats te stellen*”.

45. Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat de NOVA bij het vaststellen van de Gedragsregels niet heeft gehandeld als publiekrechtelijk orgaan, maar als ondernemersvereniging.

### **3) Besluiten van een ondernemersvereniging**

46. Het begrip “besluit” in de zin van artikel 6 Mw omvat beslissingen genomen door een maatschappelijk orgaan<sup>34</sup>. De Gedragsregels zijn vastgesteld door een orgaan van de NOVA: het College van Afgevaardigden.
47. Het begrip “besluit van een ondernemersvereniging” is van toepassing op juridisch bindende beslissingen, op beslissingen die niet bindend zijn, maar wel door de betrokken ondernemingen worden gevolgd en op niet-bindende beslissingen die de getrouwe weergave zijn van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren<sup>35</sup>.
48. Ten overvloede zij vermeld dat het feit dat de Algemene Raad zou hebben besloten om sommige of alle Gedragsregels, vastgesteld door het College van Afgevaardigden, te publiceren niets verandert aan de conclusie dat de Algemene Raad de Gedragsregels niet heeft vastgesteld. Het signaleert alleen de wens van de verschillende organen van de NOVA om het gedrag van de Nederlandse advocaten te coördineren.
49. Mede gelet op de waarde die de tuchtrechter aan de Gedragsregels toekent, is voldoende aannemelijk dat de Gedragsregels er de facto toe leiden, dat advocaten hun gedrag op deze regels afstemmen. Volgens de Inleiding tot de Gedragsregels 1992 zijn de “*gedragsregels niet bindend in de zin van de door de NOVA vastgestelde verordeningen*”, maar zijn zij door de NOVA bedoeld “*als richtlijn voor de advocaat voor zijn handelen bij de uitoefening van de praktijk*” en dienen zij tevens “*als richtlijn voor de tuchtrechter, al binden zij deze niet, zoals het Hof van Discipline meermalen heeft beslist*”<sup>36</sup>. De Gedragsregels zijn dus geen juridisch bindend besluit in bestuursrechtelijke zin en in

<sup>34</sup> Beschikking van de Commissie van 29 november 1995, 95/551/EC, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf en de Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven, zaak IV/34.179, 34.202, 216, par. 15, bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg; Beschikking van de Commissie van 28 oktober 1988, 88/587/EEC, Hudson's Bay v. Dansk Pelsdyravlerforening, zaak IV/B-2/31.

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 oktober 1980, *Fedetab t. Commissie*, 209-215 en 218/78, Jurispr. 1980, 3125, r.o. 88; het arrest van 8 november 1983, *Navewa t. Commissie*, 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, Jurispr. 1983, 3369, r.o. 20 en de beschikking van de Commissie van 5 juni 1996, *FENEX*, 96/438/EG in zaak IV/34.983. Zie ook het besluit van de d-g NMa d.d. 12-04-2001, zaak 537, Landelijke Huisartsen Vereniging.

<sup>36</sup> Gedragsregels voor advocaten 1992, Inleiding.



de zin van de Advocatenwet, maar wel een besluit in de zin van artikel 6 Mw, aangezien zij de ondubbelzinnige wil van de vereniging weergeven om het gedrag van haar leden te coördineren.

50. Het feit dat artikel 25, leden 2 en 3 van de Gedragsregels, aansluit bij de CCBE-Gedragscode, zoals eerder vermeld, betekent niet dat de NOVA haar autonome beslissende bevoegdheid niet heeft kunnen benutten<sup>37</sup>. De NOVA kan, als bevoegde autoriteit, beslissen dat een honorarium bepaald in samenhang met het belang van het geschil toegelaten is (zoals gedaan bij incassotarieven). Indien de NOVA haar Gedragsregels zo zou aanpassen dat het gebruik van 'no cure no pay' en 'quota pars litis' met betrekking tot letselschadezaken zou worden toegelaten, zou zij dan ook niet in conflict komen met de CCBE-Gedragscode, aangezien deze vormen van honorering in dat geval zouden 'zijn toegelaten door de bevoegde autoriteit'. Zelfs indien de CCBE-Gedragscode deze beslisruimte niet zou toelaten dan nog zou de NOVA van de naleving van deze gedragscode moeten afzien voor zover zij strijdig is met de Mededingingswet. De CCBE-Gedragscode vormt immers geen wetgeving, maar is een besluit van een ondernemersvereniging dat ook aan de mededingingsregels is onderworpen.
51. Derhalve vormen de Gedragsregels, waaronder artikel 25, leden 2 en 3, een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6 Mw.

#### **4) Relevante markt: juridische bijstand bij letselschade**

##### *a. De diensten*

52. De onderhavige beschikking heeft betrekking op juridische bijstand in letselschadezaken. Deze dienstverlening kan worden onderverdeeld in juridisch advies en procesvertegenwoordiging.

##### Juridisch advies

53. Slachtoffers van letselschade hebben in bepaalde gevallen recht op een schadevergoeding. Het kan voor hen derhalve relevant zijn daarover juridisch advies in te winnen. De juridische beoordeling heeft betrekking op vier aspecten, te weten: de aansprakelijkheid, de causaliteit, de schade en de (mogelijke) schadevergoeding. Hiernaar zal vaak een specialistisch onderzoek moeten worden verricht.

---

<sup>37</sup> Artikel 3.3.3 van de CCBE-Gedragscode bepaalt immers: "Als een dergelijk pactum wordt niet beschouwd de overeenkomst, waarbij het honorarium wordt bepaald in samenhang met het belang van het geschil met de behandeling waarvan de advocaat is belast, indien dat honorarium in overeenstemming is met een officieel tarief of is toegelaten door de bevoegde autoriteit waaronder de advocaat ressorteert".

### Procesvertegenwoordiging

54. Naast de inschatting omtrent de juridische haalbaarheid van een schadevergoeding is ook de procesvertegenwoordiging van belang als een slachtoffer zijn zaak wil voorleggen aan de rechter. Advocaten bezitten het procesmonopolie. Andere aanbieders dan advocaten die een volledig pakket aan bijstand op de markt willen brengen, waarin zowel het juridische advies als de procesvertegenwoordiging zijn opgenomen, moeten de procesvertegenwoordiging uitbesteden aan advocaten. Ook rechtsbijstandverzekeraars laten de procesvertegenwoordiging van hun klanten verzorgen door middel van advocaten.

#### *b. De aanbieders*

55. Rechtsbijstand in letselschadezaken wordt behalve door letselschadeadvocaten verleend door gespecialiseerde adviesbureaus en verzekeraars in rechtsbijstand. Gespecialiseerde adviesbureaus bieden soms een interdisciplinair advies omdat zij naast juridische aspecten ook medische schade en technische aspecten laten onderzoeken.

#### *c. Declaratiemethoden*

56. Door advocaten wordt meestal het uurtarief gebruikt.<sup>38</sup> Er wordt uitgegaan van het aantal aan een zaak bestede uren. De hantering van een uurtarief betekent dat de cliënt vooraf geen inzicht heeft in de prijs die hij voor de dienstverlening zal moeten betalen. De cliënt draagt zelf het risico met betrekking tot de duur van de zaak en de daaruit voortvloeiende declaratie.
57. Door sommige adviesbureaus wordt daarnaast de declaratiemethode van 'no cure no pay' gehanteerd. Daarbij wordt het financiële risico, dat gepaard gaat met de dienstverlening, van de cliënt overgenomen. Hierdoor wordt de cliënt niet geconfronteerd met het risico van een onbekend hoog honorarium, terwijl hij er bovendien nog niet zeker van is of de schade wel vergoed zal worden en, als dat het geval is, hoe hoog die schadevergoeding zal zijn. Tevens bewerkstelligt deze methode dat de cliënt onafhankelijker staat ten opzichte van de aansprakelijke partij, omdat zijn financiële draagkracht niet langer een druk legt op de procedure.
58. Degene die zijn dienstverlening aanbiedt op basis van 'no cure no pay' neemt het risico dat hij in sommige gevallen geen beloning ontvangt. Om op basis van 'no cure no pay' te kunnen werken, moet men over voldoende kennis beschikken en bereid zijn om de risico's in te schatten, over te nemen en te spreiden. Adviesbureaus die op 'no cure no pay'- en op 'quota pars litis'-basis werken, hebben een bepaalde mate van expertise en een daaruit voortvloeiende efficiency kunnen bereiken. Advocaten kunnen op dit moment wel letselschadezaken behandelen en dus op dat vlak

---

<sup>38</sup> Andere toegestane declaratiemethoden zijn vermeld in hoofdstuk III.B van deze beschikking.

expertise opbouwen en zijn in principe tevens in staat inschattingen te maken omtrent de financiële risico's, maar zij kunnen als gevolg van de onderhavige Gedragsregels deze declaratiemethoden niet hanteren.

*d. Situatie op de markt*

59. Over het geheel genomen zoeken steeds meer mensen juridische bijstand bij letselschadezaken, hetgeen voortkomt uit een toenemende bewustwording, mondigheid en mentaliteitsverandering bij burgers. Er wordt actief gezocht naar specialisten en dientengevolge specialiseert de rechtswereld zich steeds meer. Zo is inmiddels de Vereniging van Letselschade Advocaten (LSA) opgericht en hebben talrijke (eenpersoons)bedrijven zich op deze markt begeven. De LSA-leden mogen echter vanwege artikel 25, leden 2 en 3 van de Gedragsregels niet op basis van 'no cure no pay' of 'quota pars litis' declareren en zij kunnen hun juridische diensten dus niet aanbieden in combinatie met de overname van risico, terwijl rechtsbijstandverzekeraars en gespecialiseerde adviesbureaus dat wel kunnen.

**5) Mededingingsbeperking**

60. Zoals bepaald door het Gerecht van Eerste Aanleg kan een gedragsregel vastgesteld door een beroepsorganisatie enkel worden beoordeeld aan de hand van een onderzoek van geval tot geval, waarbij rekening moet worden gehouden met de gevolgen ervan voor de handelingsvrijheid van de beroepsuitoefenaren en de organisatie van het beroep, alsmede voor de gebruikers van de betrokken diensten<sup>39</sup>. Onderzocht dient te worden in hoeverre de wezenskenmerken van het beroep de noodzaak met zich meebrengen om de onderhavige Gedragsregels vast te stellen<sup>40</sup>. Een dergelijke analyse volgt hieronder.

**a) Algemene analyse**

61. De onder artikel 25, leden 2 en 3, opgenomen regelingen stellen beperkingen aan de voorwaarden waaronder advocaten hun diensten kunnen aanbieden; bepaalde wijzen van berekenen van honoraria zijn uitgesloten. Dit betekent dat individuele advocaten worden beperkt in hun vrijheid om hun beleid zelf te bepalen ten aanzien van een essentiële concurrentieparameter: de declaratiemethode<sup>41</sup>. Dit levert voor hen een nadeel op in de concurrentie met de andere op de markt aanwezige aanbieders, die deze methoden wel kunnen toepassen. Bovendien zijn

---

<sup>39</sup> zaak T-144/99, *EPI tegen Europese Commissie*, d.d. 28 maart 2001, r.o. 64 en 65

<sup>40</sup> Zie in die zin ook de Rechtbank Rotterdam, Koninklijke Nederlandse Vereniging voor diergeneeskunde tegen d-g NMa, MEDED 99/2584-SIMO, 16 mei 2001.

<sup>41</sup> Volgens de NOVA wil de cliënt " *weten waardoor een advocaat zich onderscheidt: specifieke kennis, ervaring, service en prijs/kwaliteitverhouding. Uit onderzoek blijkt dat de declaratie één van de middelen bij uitstek is om deze aspecten van zijn dienstverlening aan de cliënt kenbaar te maken*" (NOVA vademecum van 2000, onder het hoofdstuk "Tarieven", pagina 466).

concurrerende aanbiedingen bij 'no cure no pay' of 'quota pars litis' gemakkelijker te vergelijken dan sommige andere toegestane declaratiemethoden.

62. Om bovengenoemde redenen kunnen de in artikel 25, leden 2 en 3, opgenomen regelingen een beperking van de concurrentie opleveren in het nadeel van de consument.
63. De mededingingsrechtelijke beoordeling van die concurrentiebeperking moet plaatsvinden in het licht van de bijzondere wezenskenmerken van het betrokken beroep en de betrokken diensten.

### **b) Analyse aan de hand van de wezenskenmerken van de advocatuur**

64. De wezenskenmerken van de advocatuur zijn volgens de NOVA de onafhankelijkheid, de partijdigheid en de integriteit van de advocaten.<sup>42</sup> Onderzocht moet worden of en in welke gevallen het hanteren van de onder artikel 25, leden 2 en 3, van de Gedragsregels opgenomen verboden door de wezenskenmerken van het beroep wordt gerechtvaardigd. In verband met het feit dat klager actief is op het terrein van letselschadezaken is de onderhavige analyse uitdrukkelijk beperkt tot de noodzakelijkheid van deze verboden met betrekking tot letselschadezaken.

#### *Onafhankelijkheid of beoordelingsvrijheid*

65. De juridische onafhankelijkheid wordt ook wel aangeduid als "beoordelingsvrijheid". Artikel 2, lid 1, van de Gedragsregels bepaalt: "De advocaat dient te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen". Het gaat hierbij om een recht en een plicht voor de advocaat. De onafhankelijkheid van de advocaat zou in het geding komen indien een invloed van buitenaf de behandeling van de zaak zou bepalen of indien de eigen belangen van de advocaat een druk op het belang van de zaak zouden leggen<sup>43</sup>. De behandeling van de zaak moet dus plaatsvinden zonder inmenging van anderen. De advocaat kan daarom weigeren gehoor te geven aan de aanwijzingen van zijn cliënt, de overheid<sup>44</sup>, andere economische of feitelijke krachten, de rechter of zijn collegae, wanneer die aanwijzingen strijdig

---

<sup>42</sup> De NOVA beschouwt ook onafhankelijkheid, integriteit en partijdigheid als wezenskenmerken van de behoorlijke uitoefening van de advocatuur, zoals aangevoerd in haar opmerkingen d.d. 5 maart 1999 naar aanleiding van de punten van overweging, pagina 8: "Wil rechtshulpverlening beantwoorden aan de vereisten voor een behoorlijke rechtsbedeling, dan moet die tenminste de volgende eigenschappen bezitten: - onafhankelijkheid (...) - integriteit en partijdigheid (...). Het is vanouds en algemeen aanvaard dat de rechtshulpverlening door advocaten moet beantwoorden aan de zojuist beschreven kenmerken: onafhankelijkheid, met name ten opzichte van andere belangen dan die van de eigen cliënt, integriteit en eenzijdige partijdigheid bij de behartiging van het belang van de eigen cliënt".

<sup>43</sup> Vgl. het rapport van de Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur 1995; Werkgroep Cohen.

<sup>44</sup> De Memorie van Toelichting (1984) van de Advocatenwet stelt de onafhankelijkheid van de advocaat tegenover de overheid als uitgangspunt voor het wettelijke model van het tuchtrecht: "Bij de advocatuur moet in het bijzonder worden gelet op de onafhankelijkheid van de rechtshulpverlener tegenover de regulerende en controlerende overheid. Met de verzekering van die onafhankelijkheid is een van de voorwaarden voor een onpartijdig en eerlijk proces gemoeid. Dat maakt het ongewenst in het wettelijk tuchtrecht voor advocaten een constructie te vlechten die vergelijkbaar is met het optreden van de Inspectie van de Volksgezondheid in het medisch tuchtrecht. Waar de advocaat de rechtzoekende vaak tegen de overheid bijstaat, dient de uitvoerende macht bij de controle op de beroepsuitoefening door advocaten op de achtergrond te blijven".

zijn met zijn eigen professionele criteria. De onafhankelijkheid van de advocaat verbiedt hem andere beroepen of activiteiten uit te oefenen, die zijn beoordelingsvrijheid zouden kunnen beperken alsmede zaken te behandelen waarbij een risico van belangenconflict bestaat of kan bestaan<sup>45</sup>. De advocaat draagt volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak. De advocaat kan zich niet aan deze verantwoordelijkheid onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. Hij mag evenwel geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt. Indien tussen de advocaat en zijn cliënt verschil van mening bestaat over de wijze waarop de zaak moet worden behandeld en dit geschil niet in onderling overleg kan worden opgelost, dient de advocaat zich terug te trekken<sup>46</sup>.

66. De CCBE-Gedragscode bepaalt in verband hiermee: *2.1.1. Het veelvoud van verplichtingen, dat op de advocaat rust, vereist zijn absolute onafhankelijkheid, vrij van alle druk, in het bijzonder van de druk van eigen belangen of van beïnvloedingen van buitenaf. Deze onafhankelijkheid is even noodzakelijk voor het vertrouwen in de rechtsbedeling als de onpartijdigheid van de rechter. De advocaat moet derhalve elke aantasting van zijn onafhankelijkheid vermijden en er voor waken de beroepsethiek niet te verontachtzamen om zijn cliënt, de rechter of derden welgevallig te zijn*".
67. Dit betekent echter niet dat de advocaat geen eigen (economisch) belang bij de zaak mag hebben. De onafhankelijkheid van de advocaat gaat niet zover dat hij geen winst uit zijn zaken zou mogen behalen. Het kernpunt van de onafhankelijkheid is het voorkomen van situaties waarin de belangen van de advocaat en die van de cliënt niet in voldoende mate parallel lopen of zelfs met elkaar botsen.
68. Over het algemeen hebben advocaten er belang bij om een positief resultaat voor de cliënt te behalen. Dit verhoogt het prestige en de reputatie van de advocaat en dat heeft invloed op het behouden en het werven van klanten, hetgeen belangrijk is voor de continuïteit van de onderneming. Het declareren op basis van 'no cure no pay' impliceert het risico voor de advocaat dat de (variabele) kosten (werkuren) voor een zaak niet worden gedekt. Kostendekkend werken is inderdaad belangrijk voor de continuïteit van de onderneming, maar dit betekent niet dat de kosten voor elke individuele zaak gedekt moeten worden, zolang de kosten maar gemiddeld of per saldo gedekt worden (zoals erkend voor andere declaratiemethoden)<sup>47</sup>. Advocaten die toegestane resultaatsafhankelijke declaratiemethoden hanteren hebben tevens een eigen economisch belang bij de zaken die zij op dergelijke wijze behandelen: hoe gunstiger het resultaat voor de klant, hoe gunstiger het resultaat voor hen. Kortom, het verbod om 'no cure no pay' of 'quota pars litis' te hanteren betekent niet dat advocaten op dit moment geen eigen economisch belang bij hun zaken hebben.
69. In sommige landen die het verbod op 'quota pars litis' en 'no cure no pay' kennen mag de advocaat wel zichzelf verdedigen zonder dat dat aan zijn onafhankelijkheid in de weg zou staan.

---

<sup>45</sup> NOVA Gedragsregel 7.

<sup>46</sup> NOVA Gedragsregel 9.

<sup>47</sup> Zie de eerder aangehaalde uitspraak van het Hof van Discipline van de NOVA d.d. 9 februari 1998.

Ook advocaten in dienstbetrekking, die slechts hun werkgever als cliënt mogen hebben, kunnen aan de eisen van “onafhankelijkheid” van de NOVA voldoen wanneer zij in hoofdzaak juridische werkzaamheden verrichten en met de werkgever overeenkomen dat de werkgever de vrije en onafhankelijke beroepsuitoefening van de werknemer eerbiedigt. De werkgever dient zich te onthouden van al datgene dat invloed kan uitoefenen op het beroepsmatige handelen van de werknemer en de beroepsmatige vaststelling van een in een zaak te volgen beleidslijn<sup>48</sup>.

70. De kern van de onafhankelijkheid is derhalve dat de advocaat vrij zijn zaken moet kunnen behandelen, volledig verantwoordelijk dient te zijn voor de zaak en zelf moet kunnen bepalen wat de lijn van verdediging of advies is.
71. Niet valt in te zien waarom een advocaat die declareert op basis van ‘no cure no pay’ of ‘quota pars litis’ in letselschadezaken zijn onafhankelijkheid meer zou aantasten dan een advocaat in dienstbetrekking, een advocaat die zichzelf verdedigt of een advocaat die incassotarieven of andere toegestane declaratiemethoden hanteert. Weliswaar is bij hantering van deze twee declaratiemethoden in tegenstelling tot bij de wel toegestane declaratiemethoden een honorarium niet per zaak gegarandeerd, maar de continuïteit van een onderneming hangt natuurlijk niet af van het dekken van de kosten van elke zaak, maar van het gemiddeld of per saldo dekken van de kosten. Omdat letselschadeadvocaten voldoende in staat zijn de risico’s van een zaak in te schatten, zal het eigen belang van een advocaat als hij declareert op basis van ‘no cure no pay’ of ‘quota pars litis’ in feite niet echt groter zijn dan als hij de andere declaratiemethoden toepast.

### *Integriteit*

72. Evenmin valt in te zien waarom het verbod van ‘no cure no pay’ of ‘quota pars litis’ noodzakelijk zou zijn ter bescherming van de integriteit van de advocaat of waarom de tucht van de beroepsethiek voor advocaten die ‘no cure no pay’ of ‘quota pars litis’ toepassen minder streng zou zijn dan die voor advocaten die op uurtariefbasis werken. Bovendien is de verhouding tussen advocaat en cliënt een vertrouwensrelatie. In artikel 22 van het CCBE is vastgelegd: “*een vertrouwensrelatie kan niet bestaan als er twijfel heerst aan de eerlijkheid, de rechtschapenheid, de onkreukbaarheid of de oprechtheid van de advocaat. Voor hem zijn deze traditionele deugden beroepsverplichtingen(..)*”. Dit is evenzeer van toepassing op advocaten die ‘no cure no pay’ of ‘quota pars litis’ toepassen. Als zij zich niet aan deze deugden houden, zullen zij het vertrouwen van hun cliënten verliezen. De integriteit van het beroep houdt daarnaast ook de plicht in om zorgvuldig en vlijtig voor de cliënt te handelen. Dit wordt niet aangetast, of sterker, zou daarentegen zelfs kunnen worden bevorderd door ‘quota pars litis’ of ‘no cure no pay’ toe te passen.

### *Partijdigheid of behartiging van cliëntbelangen*

---

<sup>48</sup> Zie, ter aanvulling op de Verordening van de NOVA op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking, het Professioneel Statuut voor de advocaat in dienstbetrekking.

73. De advocaat dient de belangen van zijn cliënt zo goed mogelijk te behartigen en dient dus in die zin partijdig te zijn. De advocaat dient deze belangen zelfs te stellen boven de eigen belangen of die van een andere advocaat of van de advocatuur in het algemeen (zie NOVA-Gedragsregels artikel 5 en artikel 2.7 van de CCBE-Gedragscode). De gedachte dat resultaatsafhankelijke honoraria de partijdigheid van beroepsbeoefenaren kunnen aanmoedigen is in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie te vinden<sup>49</sup>. Wel is het essentieel belangenconflicten te voorkomen. Dergelijke conflicten kunnen zich voordoen wanneer dezelfde advocaat diensten levert aan cliënten met tegengestelde belangen of wanneer de belangen van de advocaat zelf strijdig zijn met die van de cliënt.

*Partijdigheid met betrekking tot letselschadezaken*

74. In zaken betreffende juridische bijstand bij letselschade bestaat geen risico voor het ontstaan van belangenconflicten tussen advocaten en hun cliënten. De economische belangen lopen, integendeel, parallel en het hanteren van 'no cure no pay' of 'quota pars litis' kan daarom de actiebereidheid van de desbetreffende advocaat in het belang van de cliënt alleen maar aanmoedigen.

*Conclusie*

75. De verboden die zijn opgenomen in artikel 25, leden 2 en 3, van de Gedragsregels zijn derhalve niet noodzakelijk om de onafhankelijkheid, de partijdigheid en de integriteit van de advocaten bij zaken betreffende letselschade te waarborgen. De kernkarakteristieken van de advocatuur vormen derhalve geen rechtvaardiging voor het verbieden van de genoemde declaratiemethoden.

**c) Conclusie m.b.t. de toepasselijkheid van artikel 6 Mw.**

76. Advocaten en advocatenkantoren zijn ondernemingen in de zin van artikel 6 Mw en de NOVA handelt in casu als een ondernemersvereniging in de zin van de Mededingingswet. De verboden van artikel 25, leden 2 en 3, zijn daarmee besluiten van een ondernemersvereniging.
77. De wezenskenmerken van dit vrije beroep zullen niet aan kracht inboeten en zullen hun waarde behouden, ook als bij de uitoefening van het beroep in letselschadezaken wordt gekozen voor 'no cure no pay' of 'quota pars litis'.

---

<sup>49</sup> De reeds genoemde Beschikking van de Commissie van 7 april 1999 in de zaak EPI, alinea 35: "Hoewel het verbod honoraria vast te stellen op grond van het resultaat in andere, welbepaalde omstandigheden een beperking van de mededinging kan vormen, is deze beperking in de economische en juridische context die eigen is aan het betrokken beroep noodzakelijk om de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen en het doelmatig functioneren van het EOB zeker te stellen. Dit verbod dient derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, van het Verdrag te vallen". De Europese Commissie acht het verbod honoraria vast te stellen op grond van het resultaat in de economische en juridische context van octrooigemachtigden noodzakelijk om de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen. In tegenstelling tot octrooigemachtigden en andere vrije beroepsbeoefenaren, hoeven advocaten geen onpartijdigheid te garanderen; integendeel zij dienen hun *partijdigheid* te waarborgen.

78. De verboden in artikel 25, leden 2 en 3, van de Gedragsregels die alle advocaten in Nederland binden, hebben merkbare gevolgen voor de mededinging tussen letselschade-advocaten onderling en tussen advocaten en andere juridische dienstverleners op deze markt.
79. Onder deze omstandigheden vormt het verbod honoraria vast te stellen op basis van 'no cure no pay' of 'quota pars litis' een mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 Mw.

#### **B. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 11 Mw.**

80. Artikel 11 Mw luidt: "*Voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, waarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, geldt artikel 6, eerste lid, voor zover de toepassing van dat artikel de vervulling van de aan die onderneming of ondernemersvereniging toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert*".
81. Blijkens de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet is bij de bepaling van artikel 11 aangesloten bij artikel 86, lid 2 EG-Verdrag (artikel 90, lid 2 EG-Verdrag oud) en zal voor de interpretatie van het bepaalde in artikel 11 Mw de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en de jurisprudentie betreffende artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als leidraad dienen<sup>50</sup>.
82. Zoals in de Memorie van Toelichting is opgemerkt, wijkt de constructie van artikel 11 Mw op één punt af van artikel 86, tweede lid van het Verdrag: artikel 86, tweede lid richt zich tot de ondernemingen, terwijl artikel 11 aanknoopt bij de op grond van artikel 6 verboden overeenkomsten, besluiten en gedragingen<sup>51</sup>.
83. Om artikel 11 Mw van toepassing te verklaren en dus artikel 6 Mw (gedeeltelijk) buiten werking te stellen, dient aan bepaalde voorwaarden cumulatief te worden voldaan. De vrijstellingsvoorwaarden zijn, dat daarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang en dat tevens de toepassing van artikel 6 Mw de vervulling van de aan die onderneming of ondernemersvereniging toevertrouwde bijzondere taak zou verhinderen.
84. De NOVA is belast met "*het bevorderen van een behoorlijke uitoefening der praktijk (...), het behartigen van belangen en het zien op de naleving van de verplichtingen van de advocaten als zodanig*" (artikel 26 en 28 van de Advocatenwet). Daarom moet geconcludeerd worden dat deze taak van de NOVA niet te beschouwen is als het beheer van een concrete dienst van algemeen

<sup>50</sup> Zie ook het besluit van de d-g NMa d.d. 4 maart 1999 in zaak nr. 553, *Amsterdamse Federatie van Woningcorporaties*.

<sup>51</sup> Zie Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3.



economisch belang in de zin van artikel 11 Mw. De NOVA heeft ook geen andere diensten aangevoerd. Ten overvloede kan nog gewezen worden op wat is gesteld in de Memorie van Toelichting bij de Mw :*“Overigens zullen mededingingsafspraken die een bepaald maatschappelijk doel dienen, zonder dat gesproken kan worden van vervulling van een taak van algemeen economisch belang, zoals bijvoorbeeld mededingingsafspraken die verband houden met erkenningsregelingen en milieuconvenanten, niet aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoen”*<sup>52</sup>.

85. Afgezien daarvan is niet aangetoond dat de verboden opgenomen in artikel 25, leden 2 en 3, van de Gedragsregels, onmisbaar zijn om het door de NOVA veronderstelde toevertrouwde beheer van diensten van algemeen economisch belang te kunnen vervullen. Het vaststellen van Gedragsregels zou misschien deel uit kunnen maken van de haar toevertrouwde taken, maar op geen enkele manier is aangetoond dat het voor de uitoefening van de taken van de NOVA nodig zou zijn om Gedragsregels vast te stellen die de mededinging beperken. In het geval niet de NOVA dient te worden gezien als degene die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, maar juist de advocaten die deel uit maken van de NOVA<sup>53</sup>, kan evenmin worden aangenomen dat de toepassing van artikel 6 Mw de vervulling van deze bijzondere taken verhindert. In het voorgaande is aangegeven dat de uit de Gedragsregels voortvloeiende beperking van de mededinging niet noodzakelijk is om de deontologische kenmerken van het beroep te beschermen. De beperking van de mededinging gaat verder dan hetgeen strikt noodzakelijk is om de Nederlandse advocaten in staat te stellen hun taak te vervullen.
86. In casu is derhalve niet genoegzaam aangetoond dat aan ten minste één van de cumulatieve voorwaarden van artikel 11 Mw is voldaan. Artikel 6 Mw is derhalve van toepassing op de Gedragsregels.

### **C. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 16 MW.**

87. Artikel 16 Mw voorziet er in dat artikel 6 niet geldt voor besluiten die:
- ingevolge het bepaalde bij of krachtens enige andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring;
  - door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden;
  - dan wel op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen.

Krachtens artikel 107, tweede lid, Mw vervalt artikel 16 vijf jaar na de inwerkingtreding van de Mededingingswet.

---

<sup>52</sup> MvT, onderdeel A, onder punt 8.1: inhoud en motivering van de vrijstelling, laatste alinea.

<sup>53</sup> Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Léger in de zaak Wouters, C-309/99, 10 juli 2001, overweging 167-201.

88. Als uitzondering op het generieke verbod moet artikel 16 Mw eng worden uitgelegd. Artikel 16 Mw is als overgangsvoorziening bedoeld in verband met een mogelijke samenloop van toezicht door de d-g NMa op basis van de Mededingingswet enerzijds en toezicht door andere bestuursorganen op basis van andere wetgeving anderszijds. De ratio van de uitzondering van artikel 16 Mw is dat bij bestaande wetten die voorzien in formeel toezicht op overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen als in artikel 6 Mw bedoeld, doorgaans geen sprake is geweest van een uitdrukkelijke afweging van de relatie van het desbetreffende instrument tot mededingingsaspecten. In het onderhavige geval is de situatie waarvoor de uitzondering van artikel 16 Mw is opgenomen om de volgende redenen niet aan de orde<sup>54</sup>.
89. Vast staat dat het onderhavige besluit tot vaststelling van de Gedragsregels en met name artikel 25, leden 2 en 3, in ieder geval niet krachtens enige wet aan goedkeuring is onderworpen in de zin van artikel 16 Mw, eerste gedachtenstreepje, en ook niet op grond van enige wettelijke verplichting tot stand is gekomen in de zin van artikel 16 Mw, derde gedachtenstreepje. Nader moet worden beoordeeld of het besluit tot vaststelling van de Gedragsregels door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kan worden in de zin van artikel 16 Mw, tweede gedachtenstreepje. Hiervoor is de omvang van het repressieve toezicht door de Kroon op besluiten van de NOVA, dat is geregeld in artikel 30 van de Advocatenwet, relevant.
90. In de Inleiding van de NOVA tot het Vademecum Advocatuur maakt de NOVA onderscheid tussen verordeningen en andere besluiten die bij Koninklijk Besluit kunnen worden geschorst of vernietigd enerzijds en de Gedragsregels anderzijds. De Gedragsregels zijn volgens de NOVA *“niet bindend in de zin, waarin de regels van de door de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde verordeningen bindend zijn”* en brengen alleen *“normen onder woorden die naar de heersende opvatting in de kring van advocaten in acht behoren te worden genomen bij de uitoefening van de praktijk”*<sup>55</sup>. Het gaat in casu om de vraag of de Gedragsregels op zich te beschouwen zijn als een besluit in de zin van de Advocatenwet. Het feit dat de Algemene Raad het besluit genomen heeft de Gedragsregels te publiceren, staat daar los van.
91. Aangezien de Gedragsregels, zoals hierboven is aangegeven, slechts te beschouwen zijn als adviezen en niet gericht zijn op rechtsgevolg, moet geconcludeerd worden dat zij niet vallen onder artikel 30, eerste lid, van de Advocatenwet. Dit standpunt wordt bevestigd door de letterlijke bewoordingen van artikel 30, vijfde lid, van de Advocatenwet, die de betekenis van vernietiging in de zin van artikel 30 bepalen: *“Vernietiging brengt mede de vernietiging van alle daarvoor vatbare gevolgen”*. Een besluit van een orgaan van de NOVA dat geen rechtsgevolgen heeft, is geen besluit in bestuursrechtelijke zin en heeft geen voor vernietiging vatbare rechtsgevolgen. De Gedragsregels

---

<sup>54</sup>Zie het besluit van de d-g NMa in bezwaar d.d. 31 mei 1999 in zaak 51, Stibat; en het besluit in bezwaar d.d. 9 november 1999, in zaak 459, *Nederlandse Omroep Programma Stichting*.

<sup>55</sup>Inleiding van januari 2000 van het hoofd juridische zaken van de NOVA, in het vademecum advocatuur, deel 2: Wet- & regelgeving van de NOVA 2000.

zijn daarom niet op te vatten als een besluit in de zin van artikel 30 van de Advocatenwet en vallen derhalve niet onder het toezicht van de Minister van Justitie.<sup>56</sup> Dat de NOVA in de periode na het uitbrengen van het MDW-rapport in 1998 de wijziging van de Gedragsregels wel heeft voorgelegd aan Justitie en een procedure gevolgd heeft als in de Advocatenwet is voorzien voor verordeningen, betekent niet dat de Advocatenwet haar daartoe verplichtte<sup>57</sup>. De aan de orde zijnde uitzondering van artikel 16 Mw is alleen van toepassing op die overeenkomsten, besluiten en gedragingen die krachtens enige andere wet door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden; vrijwillige raadpleging van een bestuursorgaan kan daar niet onder vallen, mede gezien het feit dat deze uitzonderingsbepaling eng moet worden uitgelegd.

92. Op grond hiervan kan geconcludeerd worden dat artikel 16 Mw niet van toepassing is. Mitsdien is artikel 6 Mw volledig van toepassing op het onderhavige geval.

**D. OVERWEGINGEN INZAKE DE DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID VAN DE D-G NMA OM EEN RAPPORT OP BASIS VAN ARTIKEL 59 MW OP TE STELLEN.**

93. Wanneer de d-g NMa op verzoek of ambtshalve een inbreuk op artikel 6 Mw of artikel 24 Mw vaststelt, kan hij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken, eventueel via het opleggen van een last onder dwangsom (artikelen 56 en 58 Mw). Hij kan tevens een boete opleggen (artikelen 56 en 57 Mw) na afloop van de voorgeschreven procedure. Hij kan ook beslissen om van het opleggen

---

<sup>56</sup> De Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur, onder meer bestaande uit afgevaardigden van het Ministerie van Justitie en Economische Zaken, komt in haar rapport tot een soortgelijke conclusie wanneer zij met betrekking tot de interne beroepsregulering stelt: "Indien het nodig is om regels te stellen dan dient dit uitsluitend te gebeuren door gebruikmaking van de verordenende bevoegdheid, zodat – mede ter uitvoering van communautaire voorschriften – er een adequaat overheidstoezicht is. Afgezien moet worden van andere regelgeving (bindend of niet-bindend), tenzij zulks in de wet uitdrukkelijk anders is bepaald. Voorkomen moet worden dat regelgeving ontstaat welke onttrokken is aan adequate toetsing aan het algemene belang. Voor zover toch andere regelgeving tot stand komt waarbij de marktwerking wordt belemmerd, is het normale mededingingstoezicht van toepassing".

Met betrekking tot de Gedragsregels van 1992 wordt hieraan toegevoegd:

*(...)Door gedragsregels als de onderhavige niet bij verordening vast te stellen, kunnen binnen de beroepsgroep allerhande regels tot stand komen, zonder dat deze onderhevig zijn aan de door de wetgever beoogde toetsing. Het behoeft geen nader betoog dat een dergelijke gang van zaken ongewenst is. De Werkgroep meent dan ook dat de gedragsregels niet anders dan in de vorm van een verordening vastgesteld behoren te worden om vervolgens door de overheid te worden getoetst. De huidige gedragsregels voor advocaten kunnen naar het oordeel van de werkgroep in de huidige vorm dan ook niet gehandhaafd blijven".*

<sup>57</sup> Het Ministerie van Justitie antwoordt in een brief van 29 juni 2001, gevraagd naar de procedure rond de wijziging van de Gedragsregels in 1998, met betrekking tot dit onderwerp het volgende: "(...)Dit vooroverleg (voorhangprocedure) heeft geen formele grondslag in de besluitvormingsprocedure voor verordeningen. (...) Deze "voorhangprocedure" is aldus een gegroeide praktijk, waarbij zowel de NOVA als het Ministerie van Justitie baat hebben. De organen van de NOVA en de Minister behouden overigens de vrijheid om van de eigen bevoegdheden in het kader van de vaststelling en goedkeuring van verordeningen gebruik te maken".

van een boete of een last onder dwangsom - en daarmee ook van het opmaken van een rapport af te zien wanneer dit in het licht van de omstandigheden en de opportuniteit in de rede ligt<sup>58</sup>.

94. In de onderhavige zaak heeft de d-g NMa een redelijk vermoeden dat sprake is van besluiten die in strijd zijn met artikel 6 Mw. De d-g NMa heeft echter besloten geen rapport op grond van artikel 59 van de Mededingingswet te doen opmaken. Het besluit om geen rapport te doen opmaken is op grond van de volgende overwegingen genomen.
95. De d-g NMa heeft hierbij de specifieke omstandigheden die in deze zaak spelen in aanmerking genomen. Van belang is dat het hier gaat om van oudsher in deze sector gebruikelijke, algemeen bekende en openlijk toegepaste gedragsregels, die ook in andere lidstaten van de EU gebruikelijk en zijn door de CCBE ook op Europees niveau zijn vastgesteld, maar die tot voor kort noch op nationaal niveau noch op Europees niveau aan een beoordeling over de verenigbaarheid met de mededingingsregels onderworpen zijn geweest. Tevens heeft de d-g NMa in aanmerking genomen dat over de gedragsregels overleg met het ministerie van Justitie heeft plaatsgevonden.
96. Er is door het Ministerie van Justitie een wetsvoorstel aanhangig gemaakt en inmiddels door de Tweede Kamer aanvaard waarin wordt voorgesteld om een aantal artikelen van de Advocatenwet te wijzigen<sup>59</sup>. Door een toevoeging aan artikel 28 van de Advocatenwet stelt het College van Afgevaardigden verordeningen vast in het belang van de goede uitoefening van de praktijk. Er zal bij het vaststellen van zo'n verordening een procedure moeten worden gevolgd die afwijkt van de tot nu toe bij vaststelling of wijziging van de Gedragsregels gevoerde procedure. Door de Minister van Justitie zal toezicht worden gehouden waarbij erop gelet zal worden of de verordeningen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is om het gewenste doel te bereiken en of zij de marktwerking niet onnodig beperken. Als de NOVA zou besluiten om de onderhavige Gedragsregels te handhaven zal zij deze bij verordening moeten vaststellen. Op een dergelijke verordening zal dan artikel 16 Mw van toepassing zijn. In deze situatie acht de d-g NMa het niet opportuun om de NOVA een last op te leggen. Op grond hiervan is er geen reden om een rapport te doen opmaken.
97. Daarnaast heeft de d-g NMa in zijn overwegingen betrokken dat artikel 25, leden 2 en 3, van de Gedragsregels van toepassing is op alle soorten zaken die in Nederland toegelaten advocaten behandelen. Met het oog op het onderwerp van de klacht en de toetsing die voor dit geval is uitgevoerd met betrekking tot de wezenskenmerken van het beroep is de d-g NMa echter slechts gekomen tot een redelijk vermoeden van een overtreding van artikel 6 Mw voor de toepassing van de verboden van artikel 25, leden 2 en 3, van de Gedragsregels op de behandeling van letselschadezaken.

---

<sup>58</sup> Zie MvT op de Mededingingswet, hoofdstuk 7 inzake artikel 59, Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3.

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2000-2001, 26940, nr. 7. In de tweede nota van wijziging wordt voorgesteld om aan artikel 28 Advocatenwet het volgende toe te voegen: "Het College van Afgevaardigden stelt verordeningen vast in het belang van de goede uitoefening van de praktijk".

## **Besluit**

98. De aanvraag van Engelgeer tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, eerste lid, Mw wordt afgewezen.

Datum: 21 februari 2002

w.g. A.W. Kist  
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

*Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.*