

# Het verbod van no-cure-no-pay en de grenzen van het mededingingsrecht

mr E.H. Pijnacker Hordijk en mr P. Glazener

Op 21 januari jl. heeft de NMa in een document getiteld 'Punten van Overweging' stelling genomen tegen de regels met betrekking tot resultaatafhankelijk declareren, zoals deze zijn vervat in de Gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA). De aanleiding tot de Punten van Overweging was een klacht van een letselschade-advocaat die meende door deze regels in zijn economische vrijheid te worden belemmerd. Het in deze Punten van Overweging neergelegde voorlopige oordeel hield in dat de regels van de NOVA de mededinging beperken in de zin van artikel 6 lid 1 Mw en bijgevolg nietig zijn.

Hoewel de Punten van Overweging als 'vertrouwelijk' waren gekenmerkt, werden zij al een dag na verschijning in extenso geciteerd in een landelijk dagblad. Daarna is een vloedgolf aan publiciteit gevolgd, waarin ook de NMa zelf zich niet onbetuigd heeft gelaten.<sup>1</sup> Nu is er op zichzelf niets op tegen dat de NMa haar voorlopige mening over een bepaalde zaak op papier zet.<sup>2</sup> Met dergelijke voorlopige meningen dient echter voorzichtig te worden omgegaan, met name wanneer het een bijzondere publiciteitsgevoelige zaak betreft. Het is immers onwenselijk dat zich in de media een publiek debat gaat afspelen nog voordat de direct belanghebbenden zijn gehoord en de NMa haar oordeelsvorming heeft kunnen afronden.

In de onderhavige zaak was terughoudendheid temeer geboden nu bij de Europese Commissie een gelijksoortige zaak in behandeling was. Deze zaak betrof de gedragsregels van het Instituut van erkende gemachtigden van het Europese Octrooibureau (EPI), waarin een (totaal)verbod op resultaatafhankelijk declareren is opgenomen. Op 7 april 1999 heeft de Commissie in een formele beschikking<sup>3</sup> ten aanzien van deze gedragsregels een negatieve verklaring afgegeven, waarin zij artikel 81 lid 1 EG-Verdrag niet van toepassing verklaarde op deze gedragsregels. De essentiële gedeelten van de aanmelding van de EPI waren echter al in mei 1998 in een bekendmaking ex artikel 19 lid 3 van Verordening 17/62 in het Publicatieblad van de EG gepubliceerd.<sup>4</sup> Voorts is de beschikking van de Commissie enige tijd vóór de formele vaststelling door het College van Commissarissen ter consultatie voorgelegd aan het Adviescomité voor mededingingsregelingen en econo-

mische machtsposities. Dit adviescomité bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten, waaronder in het geval van Nederland een vertegenwoordiger van de NMa. De NMa moet derhalve reeds geruime tijd van de beleidsopvattingen van de Commissie op de hoogte zijn geweest.<sup>5</sup> Met haar voorbarige optreden loopt de NMa uit de pas bij de Commissie op een punt waar convergentie niet alleen een bestuurlijk desideratum maar ook juridische plicht is: de uitleg van het begrip 'beperking van de mededinging' in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag respectievelijk artikel 6 lid 1 Mw.

In het navolgende zullen wij inhoudelijk ingaan op het voorlopige standpunt van de NMa, zulks mede in het licht van de beschikking van de Commissie.

## Waar gaat het eigenlijk over?

Het opstellen van regels met betrekking tot de beroepsuitoefening door advocaten is bij wet opgedragen aan de organen van de NOVA en lokale<sup>6</sup> orden van advocaten, die elk de status van publiekrechtelijke beroepsorganisatie hebben.<sup>7</sup> De bemoeienis van de overheid met betrekking tot de beroepsuitoefening van advocaten is door de

1 Zie onder meer het interview met de directeur-generaal van de NMa in het blad *Mr.* (mei 1999, p. 12 e.v.), waarin de directeur-generaal als zijn opvatting te kennen geeft dat de NOVA de Gedragsregels zou dienen aan te melden ter verkrijging van een ontheffing ingevolge artikel 17 Mw en tevens de contouren schetst van een ontheffingsbesluit; voor sommige categorieën zaken zou no-cure-no-pay mogelijk moeten worden gemaakt, voor andere categorieën zaken niet.

2 Wanneer de NMa een last onder dwangsom of een boete wil opleggen, dient zij een formeel besluit te laten voorafgaan door een 'rapport', waarin zij haar voorlopige bevindingen neerlegt, en naar aanleiding waarvan direct belanghebbenden zich kunnen uitlaten. De zaak wordt dan verder behandeld door de afdeling BBB (Beschikkingen, Bezwaar en Beroep) van de NMa, die de direct belanghebbenden hoort en het dossier met een frisse blik bekijkt. Deze waarborgen gelden niet wanneer de NMa een verbodsbeschikking neemt zonder daaraan een sanctie te verbinden. Punten van Overweging kunnen een middel zijn om in deze lacune te voorzien, mits dan ook de afdeling BBB bij de zaak wordt betrokken. Dat blijkt echter in de praktijk bij voorlopig stellingnamen niet het geval te zijn.

3 Pb. EG 1999, L 106/14.

4 Pb. EG 1998, C 155/3 d.d. 20 mei 1998.

5 Terwijl uit de tekst van de beschikking, zoals deze is gepubliceerd in het Publicatieblad van de EG, duidelijk wordt dat het Britse Office of Fair Trading zich actief in de administratieve procedure heeft gemengd, blijkt uit niets dat de NMa zich bijzonder zou hebben geroerd.

6 Dat wil zeggen ieder arrondissement kent een eigen Orde van Advocaten.

7 Vergelijk artikel 26 Advocatenwet: 'De Algemene Raad en de Raden van Toezicht bevorderen een behoorlijke uitoefening van de praktijk en zijn bevoegd tot het nemen van alle maatregelen die daartoe kunnen bijdragen', alsmede artikel 28 lid 1 Advocatenwet: 'Het College van Afgevaardigden kan verordeningen vaststellen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk [...]'

mr P. Glazener is advocaat bij Loeff Claey's Verbeke te Amsterdam en mr E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag.

## A r t i k e l e n

wetgever welbewust beperkt gehouden tot repressief toezicht: besluiten van de organen van de NOVA en de lokale orden zijn vatbaar voor vernietiging door de Kroon, wanneer deze in strijd met het algemeen belang worden geacht.<sup>8</sup> De overheid kan – behoudens via een wetswijziging – geen positieve instructies geven aan de NOVA en de lokale orden om maatregelen te nemen ter waarborging van een behoorlijke beroepsuitoefening door advocaten. De keuze voor deze verdeling van competenties tussen overheid en de publiekrechtelijke beroepsorganisaties berust niet op toeval; zij moet worden gezien tegen de achtergrond van de rechtsstatelijke rol van de balie als verdediger van de burger tegen de overheid. Met deze waarborgfunctie is onverenigbaar dat de overheid zich rechtstreeks bemoeit met de organisatie van de balie en de regeling van de praktijkbeoefening door advocaten.

In de wettelijke regeling terzake van het beroep van advocaat vervult de tuchtrechtspraak een wezenlijke rol. Artikel 46 Advocatenwet bepaalt te dien aanzien het volgende: 'De advocaten zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake 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, ter zake van inbreuken op de verordening van de Nederlandse Orde en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt.' Met het oog op de uitlegging van deze op het oog open normen heeft het College van Afgevaardigden van de NOVA de gedragsregels voor advocaten vastgesteld (de 'Gedragsregels'). De huidige versie van de Gedragsregels dateren van 1992. Blijkens de inleidende paragraaf van de Gedragsregels brengen deze 'normen onder woorden, die naar de heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden in acht genomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat.' De Gedragsregels vormen derhalve geen bindende wetgeving, maar dienen als richtlijn voor de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep. Zij zijn tevens bedoeld als richtlijn voor de tuchtrechter, maar zijn ook voor deze niet bindend. Uiteindelijk bepaalt de tuchtrechter – in tweede en hoogste instantie het Hof van Discipline, dat in meerderheid bestaat uit door de Kroon benoemde leden van de rechterlijke macht<sup>9</sup> – wat een behoorlijk advocaat betaamt.<sup>10</sup> Het Hof van Discipline heeft overigens bij herhaling expliciet geoordeeld dat het niet gebonden is aan de Gedragsregels.

Vast staat dat de NOVA de haar verordenende bevoegdheden nimmer heeft aangewend om de tariefstelling door advocaten te reguleren. Tussen NOVA en regering heeft er ook nooit enige onduidelijkheid over bestaan dat zulks niet de bedoeling was. Zo staat in de MvA bij het ontwerp voor de Advocatenwet uit 1952 te lezen: 'Naar de mening van de ondergetekende behoren tarieven niet eenzijdig door de balie te worden vastgesteld, ook niet minimumtarieven. Voor deze categorie van verordeningen is dus evenmin behoefte aan preventief toezicht als aan andere categorieën.'<sup>11</sup> Het feit dat advocaten vrij zijn in

hun tariefstelling, betekent nog niet dat iedere vorm van tariefstelling verenigbaar kan worden geacht met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. In dit licht moet worden gezien regel 25 van de Gedragsregels dat richtlijnen geeft ten aanzien van door advocaten te hanteren declaratiemethoden, waaronder de regel dat het advocaten niet vrij staat overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht ('no-cure-no-pay'), alsmede de regel dat de advocaat in beginsel niet mag overeenkomen dat zijn salaris een evenredig deel bedraagt van het te behalen resultaat ('quota pars litis').<sup>12</sup> Hoewel deze richtlijn de tuchtrechter als gezegd niet bindt, pleegt ook de tuchtrechter van oordeel te zijn dat tariefafspraken op basis van no-cure-no-pay-basis of quota pars litis onverenigbaar zijn met een behoorlijke praktijkuitoefening.

Tot zover de beschrijving van het wettelijk kader – voor zover relevant – waarbinnen advocaten hun beroep uitoefenen. Deze vormt de achtergrond voor de door de NMa ingeleide onderzoeksprocedure. Wij roepen in herinnering dat deze onderzoeksprocedure is ingeleid door de NMa op grond van een klacht van een letselschade-advocaat. Aan deze advocaat was door de Raad van Discipline te Amsterdam (in eerste aanleg) een tuchtrechtelijke berisping opgelegd. Grond voor het opleggen van een berisping vormde het feit dat de advocaat aan de onderneming Letselschade Groep Nederland B.V. (LNG) een commissie betaalde voor het aanbrennen van opdrachten, alsmede zijn medewerking weigerde aan het door de deken van de Amsterdamse Orde ingestelde onderzoek. LNG biedt cliënten aan letselschadezaken te doen behandelen door advocaten naar keuze tegen tarifiering op uurbasis of op basis van no-cure-no-pay. De Raad van Discipline bevestigde in zijn beslissing weliswaar in algemene termen dat het advocaten niet betaamt tariefafspraken te maken op no-cure-no-pay-basis, maar achtte niet bewezen dat de advocaat

8 Artikel 30 Advocatenwet.

9 Zie artikel 51 leden 1 en 2 j° artikel 56 lid 4 Advocatenwet.

10 Onder de Advocatenwet is in de loop der jaren een uitgebreide tuchtrechtelijke jurisprudentie totstandgekomen. (Uittreksels van) uitspraken plegen te worden gepubliceerd in het *Advocatenblad*, het weekblad van de NOVA.

11 Aangehaald in *S&J* 39, 1993, p. XVI.

12 Regel 25 van de Gedragsregels 1992 luidt als volgt:

'1 Bij het vaststellen van zijn declaratie behoort de advocaat een – alle omstandigheden in aanmerking genomen – redelijk salaris in rekening te brengen.

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

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, behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijke en aanvaard incassotarieef.

4 De advocaat richt zijn declaratie aldus in, dat de cliënt daaruit kan zien hoeveel wordt gerekend voor salaris, verschotten en omzetbelasting. Indien voorschot is ontvangen of betalingen, wegens geliquideerde kosten of uit anderen hoofde, voor de cliënt zijn ontvangen of gedaan, behoort de advocaat de bedragen daarvan in de declaratie of afzonderlijk te vermelden en waar nodig te verrekenen.

## A r t i k e l e n

daadwerkelijk dergelijke afspraken had gemaakt.

De letselschadeadvocaat zag in deze – in eerste aanleg opgelegde – berisping aanleiding zich tot de NMa te wenden met het betoog dat de in de Gedragsregels vervatte richtlijnen ten aanzien van commissiebetalingen aan derden en resultaatafhankelijke declaratiemethoden besluiten van een ondernemingsvereniging behelzen die het kenmerkende doel hebben de mededinging tussen advocaten te beperken. De klacht dateert van april 1998; de Punten van Overweging van eind januari 1999. Nadat de voorlopige zienswijze in de landelijke pers was beland, heeft de redactie van het *NJB* de tekst van de Punten van Overweging enkele weken later integraal afgedrukt.<sup>13</sup> Dusdoende behoeft men niet langer af te gaan op citaten en samenvattingen uit de tweede en derde hand.

### Het voorlopig oordeel van de NMa

De conclusie van de Punten van Overweging is inmiddels algemeen bekend: de in regel 25 van de Gedragsregels 1992 vervatte verboden van no-cure-no-pay en van quota pars litis moeten worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging dat de mededinging beperkt in de zin van artikel 6 lid 1 Mw en zijn bijgevolg van rechtswege nietig. Deze conclusie is gebaseerd op de navolgende redenering:

*‘Deze verboden stellen direct en indirect beperkingen aan de prijsvoorwaarden waaronder advocaten hun diensten (kunnen) aanbieden; bepaalde wijzen van berekenen van “honoraria” worden categorisch en collectief uitgesloten. Dit betekent dat de advocaten en de praktijkvennootschappen waarbinnen zij als zodanig werkzaam zijn, beperkt worden in de vrijheid hun commerciële beleid zelf te bepalen ten aanzien van een van de meest essentiële concurrentieparameters, te weten de prijs.*

*Zowel het Ministerie van Justitie als de Nova hebben aangevoerd dat regel 25, tweede en derde lid van de Gedragsregels niet “tot doel” hebben om de concurrentie te beperken, aangezien zij het algemeen belang dienen en daarom ook niet in strijd zijn met het mededingingsrecht.*

*Deze redenering kan niet worden gevolgd. In zijn algemeenheid strekken prijsregelingen ertoe de mededinging te beperken. De desbetreffende bepalingen in de Gedragsregels vormen daarop geen uitzondering. Bij het vaststellen van deze bepaling is er immers desbewust voor gekozen dat advocaten elkaar geen concurrentie aandoen bij het verwerven van opdrachten door het doen van dienst-aanbiedingen op “no cure no pay” basis.*

*Nu moet worden vastgesteld dat regel 25, tweede en derde lid van de Gedragsregels ertoe strekken de mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen, hoeft niet nader te worden ingegaan op de concrete gevolgen daarvan op de relevante markt. De vraag of het gaat om een merk-bare concurrentiebeperking is derhalve niet opportuun.’*

De strekking is duidelijk: het verbod op resultaatafhankelijke declareren is een prijsregeling. Prijsregelingen

strekken ertoe de mededinging te beperken, en daarmee is de toepasselijkheid van het kartelverbod gegeven.

Hoewel dit niet expliciet in de Punten van Overweging is verwoord, is tussen de regels door te lezen dat naar het oordeel van de NMa een beoordeling van de verboden in het licht van overwegingen van algemeen belang enkel in het kader van de afhandeling van een ontheffingsverzoek ex artikel 17 Mw kan plaatsvinden. Inmiddels heeft de directeur-generaal deze gedachte bevestigd in het eerder genoemde interview in het blad *‘Mr.’*<sup>14</sup>. In dit interview richt hij publiekelijk een oproep aan de NOVA om de Gedragsregels aan te melden onder artikel 17 Mw. In datzelfde interview schetst hij tevens en passant in grote trekken de lijnen waarlangs een in het licht van artikel 17 Mw aanvaardbare regulering van resultaatafhankelijk declareren door advocaten naar zijn mening uiteindelijk gestalte zou moeten krijgen.

### Commentaar op het voorlopig standpunt van de NMa

#### a Onjuiste weergave van het karakter van de Gedragsregels

De NMa doet het in de Punten van Overweging voorkomen alsof de Gedragsregels dwingende normen bevatten voor in Nederland gevestigde advocaten. Daarmee miskent de NMa dat de Gedragsregels niet meer bevatten dan een inventarisatie van de normen die naar de heersende opvatting in de kring van advocaten in acht dienen te worden genomen bij de uitoefening van het beroep. Zoals hiervoor reeds werd toegelicht, bepaalt uiteindelijk de tuchtrechter wat een behoorlijk advocaat betaamt, en is de tuchtrechter daarbij niet gebonden aan de Gedragsregels. Dit betekent dat de tuchtrechter de Gedragsregels naast zich kan neerleggen. Omgekeerd betekent dit dat de tuchtrechter tariefafspraken op basis van no-cure-no-pay kan diskwalificeren als zijnde strijdig met een behoorlijke beroepsuitoefening, ook indien in de Gedragsregels geen verbod van no-cure-no-pay zou zijn opgenomen. Het behoeft geen nadere toelichting dat de NMa aan de Mw geen bevoegdheid kan ontnemen om directieven te richten tot de tuchtrechter (die overigens in het onderhavige geval nog slechts in eerste aanleg uitspraak had gedaan).

#### b Hebben de Gedragsregels als strekking de mededinging te beperken?

Blijkens het voorlopig oordeel van de NMa in de zaak van het resultaatafhankelijk declareren baseert deze haar uitleg van het begrip ‘beperking van de mededinging’ van artikel 6 lid 1 Mw op de interpretatie die door de bevoegde Europese instellingen aan het inhoudelijk gelijklopende artikel 81 lid 1 EG-Verdrag wordt gegeven. Dat moet zij

<sup>13</sup> Zie *NJB* 1999, nr. 5, p. 231.

<sup>14</sup> Zie noot 3.

## A r t i k e l e n

ook wel, want blijkens de wetsgeschiedenis van de Mw heeft de wetgever inderdaad nauw bij tekst en toepassing van artikel 81 EG-Verdrag willen aansluiten.

De eerste vraag die in dit verband beantwoording behoeft is of een dergelijke interpretatie van het verbod van artikel 6 lid 1 Mw daadwerkelijk steun vindt in de toepassingspraktijk van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag. Ten tijde van de vaststelling van het voorlopig oordeel kon men reeds vraagtekens plaatsen bij de uitgangspunten achter de benadering van de NMa, inmiddels is komen vast te staan dat deze benadering, toegespitst op het verbod van resultaatafhankelijk declareren, haaks staat op de uitleg die de Europese Commissie geeft aan artikel 81 lid 1 EG-Verdrag.

Hoewel op zich niet voor betwisting vatbaar is dat vrijeberoepsbeoefenaren ondernemingen zijn in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag, zijn alle gevallen waarin de Commissie regelingen van organisaties van vrijeberoepsbeoefenaren aan de mededingingsregels van het Verdrag toetst van betrekkelijk recente datum. Het eerste geval betrof de vaststelling van minimumprijzen door een organisatie van douaneagenten. Het ging derhalve om de directe vaststelling van prijzen. De Commissie verbood deze minimumprijzen bij beschikking van 30 januari 1995. In een begeleidend persbericht stelde Commissaris Van Miert dat de Commissie zich op een ad hoc basis de mededingingsregels van het Verdrag zou blijven toepassen ten aanzien van vrije beroepen, en meer in het bijzonder *'put an end to price agreements and certain restrictions which are not proved necessary to guarantee ethical standards, professional dignity, the standing of the profession or the quality of the services. Of course, in applying these principles I intend to take account of the individual characteristics of each of the liberal professions.'*

Reeds toen was derhalve duidelijk dat de Europese Commissie zich op het standpunt stelt dat basale beroepsregels welke nodig waren ter handhaving van ethische standaarden, professionele waardigheid, de *standing* van het beroep en de kwaliteit van de dienstverlening buiten het bereik van het mededingingsrecht blijven.

In haar beschikking van 7 april 1999 in de EPI-zaak heeft de Commissie dit uitgangspunt uitdrukkelijk bevestigd. Het belang van deze beschikking schuilt met name daarin dat de Commissie alle in de code opgenomen gedragsregels toetst aan artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en tot de conclusie komt dat deze gedragsregels, met uitzondering van een regel ten aanzien van vergelijkende reclame, en na doorvoering van een enkele wijziging, buiten de toepassingsfeer van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen. Het ontheffingstraject van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag blijft bijgevolg buiten beeld.

Onder de door de Commissie uitdrukkelijk als niet-mededingingsbeperkend aangemerkte gedragsregels bevinden zich het verbod voor octrooigemachtigden aan derden commissie te betalen en het verbod voor octrooigemachtigden een honorarium te vragen dat rechtstreeks is gerela-

teerd aan het verkregen resultaat. De desbetreffende overwegingen uit de beschikking luiden als volgt:

*'De tweede situatie – het verbod voor gemachtigden derden commissieloon te betalen – moet worden beoordeeld in het licht van de bijzondere kenmerken van het beroep en van de wijze waarop dit is geregeld. Het belang van een doelmatig functioneren van het EOB vereist dat de gemachtigden de beroeps gedragsregels naleven. Bovendien zijn de gemachtigden gehouden de gedragscode van het EPI in acht te nemen, die met name eisen aan de leden stelt met betrekking tot bekwaamheid, onpartijdigheid, integriteit en verantwoordelijkheid en hun de verplichting oplegt belangenconflicten te voorkomen, het beroepsgeheim in acht te nemen en geen misleidende reclame te maken. Al deze verplichtingen moeten als legitiem worden beschouwd en tot de deontologie van het beroep worden gerekend. Bij het werven van cliënten dienen deze regels in acht te worden genomen. De verplichting van het EPI dat de leden hun cliënten rechtstreeks moeten werven en niet langs tussenpersonen is derhalve gerechtvaardigd voor dit beroep, omdat het onmogelijk zou zijn de door de gemachtigden na te leven regels aan derden op te leggen.*

*De tweede volzin van artikel 4, onder e) (van de gedragscode, EPH), verbiedt leden een honorarium te vragen dat rechtstreeks is gerelateerd aan het verkregen resultaat. De gemachtigden kunnen bijvoorbeeld niet een hoger honorarium vragen omdat het octrooi is verleend en een lager honorarium verlangen om de enkele reden dat het octrooi is geweigerd. Ook is het verboden een honorarium te vragen dat afhankelijk is van de resultaten van de exploitatie van een verleend octrooi. Deze beperking van de commerciële handelingsvrijheid van de leden moet worden beoordeeld in de context van het gehele systeem van octrooiverlening van het EOB, dat een van de belangrijke factoren voor economische groei is. De gemiddelde duur van de aanvraagprocedure tot het moment waarop het octrooi wordt verleend, bedroeg in 1997 50,2 maanden, en de economische opbrengsten van een octrooi vallen, zelfs indien het octrooi in de loop van de tijd belangrijk wordt, moeilijk te voorspellen. Zonder deze beperking zouden gemachtigden een prikkel ondervinden zich vooral bezig te houden met zaken die op korte termijn gunstige commerciële vooruitzichten bieden, en niet met zaken waarvan het resultaat pas na een zeer lange termijn bekend is. Bovendien zou de cliënt gedurende lange tijd in het ongewisse blijven over de prijs die hij moet betalen voor de door de gemachtigde verrichte diensten. Dit zou in de weg staan aan doorzichtigheid inzake de door de gebruiker te betalen prijs. Zonder deze beperking zou er ook een risico zijn dat de procedures voor het EOB niet worden ingesteld op grond van de kwaliteiten van het octrooi of van de oppositie daartegen, maar worden ingegeven door zuiver commerciële overwegingen van de gemachtigde.*

*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*

## A r t i k e l e n

*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 verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (...) te vallen.*

*(...)*

*Geconcludeerd kan worden dat de (...) genoemde bepalingen van de gedragscode, met uitzondering van de tweede in artikel 5, onder c), bedoelde situatie niet tot doel hebben de mededinging te beperken. Gelet op de context die eigen is aan dit beroep, zijn de bepalingen noodzakelijk om de onpartijdigheid, de bekwaamheid, de integriteit en de verantwoordelijkheid van de gemachtigden te waarborgen, om belangenconflicten en misleidende reclame te vermijden, om het beroepsgeheim te beschermen, dan wel om een doelmatig functioneren van het EOB zeker te stellen. Deze bepalingen vallen derhalve niet onder artikel 85, lid 1 (...). Het is niet waarschijnlijk dat de bepalingen beperkende gevolgen voor de mededinging zullen hebben indien zij op objectieve en niet-discriminerende wijze worden toegepast.'*

Kernpunt in de benadering van de Commissie is dat deontologische regels die noodzakelijk zijn om de onpartijdigheid, de bekwaamheid, de integriteit en de verantwoordelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen te waarborgen, niet geacht worden tot doel te hebben de mededinging te beperken. Dergelijke regels worden in beginsel ook niet geacht mededingingsbeperkende gevolgen te hebben. Deze benadering past binnen in een ontwikkeling in de interpretatie van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag die steeds verder afstand neemt van de oorspronkelijke oriëntatie dat iedere beperking van de economische handelingsvrijheid van een onderneming welhaast per definitie een beperking van de mededinging inhoudt. De benadering van de Commissie impliceert dat organisaties van vrije beroepsbeoefenaren in beginsel baas in eigen huis blijven, in die zin dat het aan die organisaties is te bepalen welke deontologische normen zij wensen te stellen. De mededingingsrechtelijke toets is marginaal van aard. Wanneer in casu de organisatie van octrooigemachtigden een integraal verbod van resultaatafhankelijk declareren noodzakelijk acht om te voorkomen dat de houding van de octrooigemachtigde wordt 'ingegeven door zuiver commerciële overwegingen van de gemachtigde', wordt een dergelijk oordeel door de mededingingsautoriteit geaccepteerd. De mededingingsautoriteit stelt zich in deze terughoudend op en begeeft zich niet in een discussie of de onafhankelijkheid van de octrooigemachtigde niet ook op andere wijze kan worden gewaarborgd.

De EPI-beschikking van de Europese Commissie ondergraaft de uitgangspunten van de analyse van de NMa in de Punten van Overweging in de no-cure-no-pay-zaak. Kern van het voorlopig oordeel van de NMa is immers dat de beperkingen gesteld in de gedragsregels van de NOVA ten aanzien van resultaatafhankelijke declaratiemethoden

*tot doel hebben de mededinging te beperken, doordat advocaten 'worden beperkt in de vrijheid hun commerciële beleid zelf te bepalen ten aanzien van een van de meest essentiële concurrentieparameters, te weten de prijs.' Deze gelijkstelling van het verbod van het hanteren van bepaalde resultaatafhankelijke declaratiemethoden met een prijskartel vindt geen enkele steun in de EPI-beschikking. Integendeel: de Commissie onderkent en erkent dat het doel van de betreffende beperkingen van een geheel andere orde is dan het beperken van prijsconcurrentie.*

Daarnaast kan worden vastgesteld dat de redenen die de organisatie van octrooigemachtigden EPI kennelijk hadden aangevoerd om de noodzaak van het verbod van resultaatafhankelijk declareren te rechtvaardigen zich zeer wel op de positie van advocaten laten transponeren. Voor wat betreft de advocatuur ware nog toe te voegen dat de cliënten van advocaten – zeker in de sfeer van de voor no-cure-no-pay-praktijken lucratieve letselschadezaken – doorgaans natuurlijke personen zijn, die eerder nog dan de doorgaans professionele cliënten van octrooigemachtigden bescherming behoeven tegen dienstverleners die hun eigen commerciële belang laten prevaleren boven dat van hun cliënt.

Van belang is voorts dat de toetsing van deontologische regels van beroepsbeoefenaren aan de mededingingsregels van het EG-Verdrag en de Mw getuige de EPI-beschikking niet economisch van aard is. In de benadering van de Commissie zijn economische hypothesen over mogelijke efficiëncyprikkels die kunnen uitgaan van uiteenlopende declaratiemethoden irrelevant. Het gaat enkel om de mogelijke effecten van de declaratiemethoden op het handelen van beroepsbeoefenaren, afgezet tegen de deontologische uitgangspunten voor de beroepsuitoefening zoals deze door de organisatie van beroepsbeoefenaren zijn gedefinieerd.

#### c De aard van de toetsing onder artikel 17 Mededingingswet

De NMa stelt zich kennelijk op het standpunt dat artikel 17 Mw de mogelijkheid biedt tot een beoordeling in het licht van het 'algemeen belang' van overeenkomsten en gedragingen die onder het bereik van artikel 6 lid 1 Mw vallen.<sup>15</sup> Die gedachte is op zijn minst genomen kwestieus. De aan artikel 81 lid 3 EG-Verdrag ontleende ontheffingscriteria van artikel 17 Mw laten enkel ruimte voor een beoordeling van de effecten van overeenkomsten en gedragingen vanuit een *economische* invalshoek. Ook vanuit dit perspectief bezien is het ontheffingstraject – waaraan in het licht van de EPI-beschikking niet wordt toegekomen – geen begaanbare marsroute. De NMa heeft in het licht van artikel 17 Mw geen bevoegdheid algemeen-belang-afwegingen te maken. In het onderhavige geval is dat geen pro-

<sup>15</sup> Zie het in noot 1 genoemde interview met de directeur-generaal van de NMa in *Mr. Vergelijk ook Mok in Ondernemingsrecht* 1999, nr. 4, p. 108.

## A r t i k e l e n

bleem, omdat de NMa gelet op de aan het kartelverbod van artikel 6 Mw te geven uitleg aan het ontheffingstraject niet toekomt.

### De grenzen van het mededingingsrecht

De NOVA heeft het altijd van wezenlijk belang geacht dat advocaten zich bij de behartiging van de belangen van rechtzoekenden niet laten leiden door eigen commerciële belangen maar door het belang van de cliënt. Dat adagium vormt de kern van de professionele deontologie van de advocatuur. De bestaande restricties ten aanzien van resultaatafhankelijk declareren zijn noodzakelijk om dit uitgangspunt in de praktijk overeind en voor de rechtzoekende geloofwaardig te houden. Economische theorieën die steun zouden bieden voor de gedachte dat no-cure-no-pay per saldo tot een hogere opbrengst voor de cliënt leidt, gaan uit van de hypothese dat de advocaat bij het verlenen van rechtshulp zich primair door de belangen van zijn eigen portemonnee laat leiden.<sup>16</sup> Wat overigens zij van deze theorieën, vast staat dat de Gedragsregels een normatief kader vormen waaraan een tegenovergesteld normenpatroon ten grondslag ligt.

Deze keuze is een deontologische keuze die zich niet eenvoudigweg laat reduceren tot een mededingingsbeperkende afspraak in de zin van artikel 6 Mededingingswet of artikel 81 EG-Verdrag. In de Punten van Overweging is die reductie wél doorgevoerd. Daarmee staan de Punten van Overweging naar onze mening in een fundamenteel verkeerde sleutel. De maatschappij wordt niet uitsluitend geregeerd door de 'waarden' van een onbegrensde mededinging. Zelfs het mededingingsrecht heeft zijn grenzen. De Commissie bevestigt dat impliciet met haar beschikking in de EPI-zaak. De NMa lijkt die grenzen nog niet voldoende helder in beeld te hebben.

---

<sup>16</sup> Vergelijk Kooreman in *ESB* 1999, p. 103.