

Bij Kabinetsmissive van 1 december 2009, no.09.003405, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot aanpassing van de Advocatenwet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet tarieven in burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in de opnemings in de Advocatenwet van essentiële waarden van de advocatuur. Verder wordt de mogelijkheid gecreëerd om onder bepaalde omstandigheden advocaten van het tableau te schrappen. Het voorstel voorziet daarnaast in de invoering van een raad van advies als nieuw orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: de Orde). De mogelijkheid om besluiten van organen van de Orde bij koninklijk besluit te schorsen of te vernietigen wordt ten dele vervangen door preventief toezicht. Er wordt een wettelijk verbod ingevoerd voor de advocaat om met zijn cliënt af te spreken dat zijn salaris een evenredig deel bedraagt van de waarde van het door zijn bijstand of vertegenwoordiging te bereiken gevolg. Verder voorziet het voorstel in een opdracht aan de Orde om een kwaliteitssysteem tot stand te brengen. Ten slotte krijgen de lokale dekens tot taak partijen te informeren over de mogelijkheden tot klachten- en geschillenbeslechting in gevallen van geschillen tussen advocaten en cliënten. Zo nodig moeten zij doorverwijzen naar een andere instantie.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over het preventief toezicht, de resultaatgerelateerde beloning en de kernwaarden. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Invoering preventief toezicht

In april 2006 heeft de Commissie Advocatuur (hierna: de Commissie) advies uitgebracht over de rol en positie van de advocaat in de rechtsstaat en de rechtsorde. In haar rapport concludeert de Commissie dat een versterking van de legitimiteit van de regelgevende bevoegdheid van de Orde noodzakelijk is, omdat het feit dat een organisatie door middel van zelfregulering de kwaliteitseisen en toelatingseisen van het beroep zelf vaststelt, in een moderne, democratische samenleving in toenemende mate weerstand oproept. Volgens de Commissie verdient het daarom aanbeveling een Regelgevende Raad voor de Advocatuur in te stellen, waarvan de meerderheid zou dienen te bestaan uit onafhankelijke deskundigen, te benoemen door de Minister van Justitie. Alle regelgeving zou aan dit orgaan moeten worden toevertrouwd, onder de verplichting vooraf advies in te winnen bij de Algemene Raad en het College van Afgevaardigden. Daarnaast beveelt de Commissie de invoering van preventief toezicht aan, omdat dit kan bijdragen aan een zorgvuldige afweging van de inbreng vanuit de beroepsgroep en aan de kwaliteit van de besluitvorming. Blijkens de toelichting heeft de regering deze opvatting over de wenselijkheid van preventief toezicht tot de hare gemaakt.¹ Volgens de toelichting is de nieuwe regeling voor het preventief toezicht vergelijkbaar met de totstandkoming van regelgeving van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, die voor die beroepsgroep bevredigend werkt. Preventief toezicht

¹ Toelichting bij artikel I, onderdelen U en V (artikelen 28a, 28b en 30 van de Advocatenwet).

doet recht aan de verantwoordelijkheid die de Minister van Justitie draagt voor een goed functionerend rechtsbestel, aldus de toelichting.

De Orde is een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet en heeft uit dien hoofde verordenende bevoegdheid. Daaruit volgt dat regulering door de beroepsgroep van wezenlijke betekenis wordt geacht voor een positieve en aan de eisen van de tijd beantwoordende ontwikkeling van de advocatuur. De invoering van preventief toezicht wordt volgens de toelichting niet ingegeven door onvrede over de kwaliteit van de zelfregulering of een gebrek aan representativiteit van de Orde, maar door opvattingen over de democratische legitimatie van zelfregulering door een beroepsgroep, de bijzondere positie van de advocaat in het rechtsbestel en het belang van een goede rechtsbedeling.

De Raad acht dat geen overtuigende argumenten. Hij wijst erop dat de opvatting dat de verordenende bevoegdheid van openbare lichamen een tekort aan democratische legitimatie vertoont, reeds eerder naar voren is gebracht. Het betrof toen een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de bedrijfsorganisatie, waarbij preventief toezicht werd voorzien. Nadat de Raad in zijn advies al had aangegeven dat het meer voor de hand lag aansluiting te zoeken bij het denken over het toezicht in het kader van de interbestuurlijke verhoudingen, werd het voorstel door de Tweede Kamer der Staten-Generaal afgewezen, omdat preventief toezicht in strijd werd geacht met het karakter van een openbaar lichaam.² Het belang van een goede rechtsbedeling en de bijzondere positie van de advocaat in het rechtsbestel hebben tot nu toe geen aanleiding gegeven tot uitoefening van preventief toezicht. De veranderingen in de advocatuur die de toelichting schetst, zoals de ontwikkeling van de advocaat van notabele naar zakelijk dienstverlener en de ontwikkeling van het marktdenken in de advocatuur brengen niet mee dat op de verordenende bevoegdheid van de Orde preventief toezicht moet worden uitgeoefend door de Minister van Justitie. De verwijzing naar de Wet op het notarisambt acht de Raad niet opgaan, omdat de notaris een publiek ambt vervult. Ten slotte merkt de Raad op dat in het wetsvoorstel alle verordeningen die aan de voorafgaande goedkeuring van de Minister van Justitie zijn onderworpen, in ontwerp aan de raad van advies moeten worden voorgelegd. Deze raad bestaat in meerderheid uit leden die geen advocaat zijn. Volgens de toelichting is de raad van advies bedoeld om de externe legitimering van de beroepsregulering door de Orde te versterken. Naar het de Raad voorkomt, volstaat de instelling van een raad van advies uit een oogpunt van versterking van de autonome taakuitoefening door de Orde.

De Raad adviseert te volstaan met de instelling van een raad van advies en af te zien van het voorgestelde preventieve toezicht.

2. Resultaatgerelateerde beloning

Artikel 2 van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel resultaatgerelateerde beloning) behelst een verbod op alle vormen van resultaatgerelateerde beloning. Het verbod op *no cure, no pay* houdt in dat "de advocaat niet vrij is overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht". Het verbod op *pars quota litis* houdt in dat "de advocaat niet mag overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg". Het voorgestelde artikel 15 van de Advocatenwet codificeert dit verbod. Het verbod om de beloning uit te drukken in een percentage van de vordering blijft daarmee gehandhaafd. Wel zal het een advocaat voortaan vrij staan om overeen

² Kamerstukken II 1997/98, 25 695, nr. 11.

te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht. Daarbij is het hem toegestaan om af te spreken dat hij in geval van verlies van de zaak geen beloning ontvangt en dat hij wel een beloning ontvangt in geval van winst. Ook is het hem toegestaan om een basisuurtarief af te spreken, met het beding dat hij in geval van winst een hoger uurtarief ontvangt (*no win no fee*), aldus de toelichting. In alle gevallen dient er echter een directe relatie te bestaan tussen de door hem verrichte inspanning en de beloning die daar tegenover staat, aldus de toelichting. Volgens de toelichting wordt hiermee gevolg gegeven aan het advies van de Raad van State bij het ontwerpbesluit houdende vernietiging van de Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) van de Nederlandse Orde van Advocaten van 25 maart 2004.³

De Raad merkt allereerst op dat zijn advies om het verbod op resultaatgerelateerde beloning wettelijk te regelen betrekking had op het declareren op basis van *no cure no pay* en *pars quota litis*, en dus niet uitsluitend op de materie van het voorgestelde artikel 15 van de Advocatenwet (*pars quota litis*). Voorts wijst de Raad erop dat de Commissie Advocatuur niet alleen de beloning op basis van "*pars quota litis*" afwees, maar dat zij ook aarzelingen had bij een beloning op basis van *no win no fee*. Wellicht zou er volgens de Commissie een methodiek van resultaatgerichte beloning kunnen worden gevonden, waaraan niet de bezwaren van het *pars quota litis* systeem zijn verbonden. Zij dacht daarbij aan een experiment met beloning op basis van *no win no fee*, indien er een structurele leemte in de toegang tot het recht zou worden vastgesteld die niet op andere wijze kan worden verholpen.⁴ De toelichting vermeldt dat de Minister van Justitie naar aanleiding hiervan een experiment onder voorwaarden mogelijk wilde maken in zaken betreffende letsel- en overlijdensschade, maar dat de Orde deze methode van beloning niet aantrekkelijk vond. In overleg is vervolgens besloten af te zien van elk experiment met resultaatgerelateerde beloning voor de advocatuur. De Raad constateert dat het voorstel geen verbod van een beloning op basis van *no win no fee* behelst. Dat kan betekenen dat deze wijze van beloning in alle zaken kan worden toegepast. Of er ruimte is om bij het zwijgen van het wetsvoorstel het niet-geregelde deel van artikel 2 van de Verordening op de praktijkuitoefening te handhaven, vermeldt de toelichting niet. Ook over de modaliteiten van resultaatgerelateerde beloningen die mogelijk zouden zijn, zwijgen het voorstel en de toelichting. De toelichting stelt slechts dat artikel 15 waarborgt dat er een relatie is tussen de inspanning van de advocaat en de beloning die hij ontvangt. Daarmee is allerm minst duidelijk in welke mate de declaratie resultaatsafhankelijk kan worden gemaakt, met andere woorden wat wel en niet is toegestaan. Voorts kan het verschil tussen *pars quota litis* en *no win no fee* daardoor een voornamelijk theoretisch karakter krijgen, bijvoorbeeld indien een nultarief wordt overeengekomen bij verlies van de zaak. Daardoor ontstaat twijfel of op juiste en passende wijze onderscheid wordt gemaakt tussen het verbod van *pars quota litis* en andere vormen van resultaatgerelateerde beloningen. Voorts wijst de Raad erop dat het (handhaven van het) verbod *pars quota litis* en het tegelijk onbeperkt en ongeclausuleerd mogelijk maken van *no win no fee* uit een oogpunt van het Europese (mededingings)recht niet overtuigt. De Raad verwijst daartoe naar zijn hiervoor aangehaald advies. Wil het verbod *pars quota litis* uit een oogpunt van EU-regels betreffende het vrij verkeer stand kunnen houden, dan dient in

³ Besluit van 9 maart 2005, Stb. 123.

⁴ Bij "no win no fee" blijft de beloning gerelateerd aan het door de advocaat gewerkte aantal uren, maar mag de uiteindelijke declaratie resultaatsafhankelijk worden gemaakt, bijvoorbeeld in de vorm van een korting op of opslag over de beloning in geval van verlies, respectievelijk winst.

elk geval de noodzaak en de proportionaliteit daarvan met het oog op het goede functioneren van de rechtshulp in het algemeen en op de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in Nederland is georganiseerd, overtuigend te worden aangetoond.⁵ De argumentatie in de toelichting schiet in zoverre tekort. Ten slotte mist de Raad in de toelichting een beschouwing over de civielrechtelijke consequenties van overtreding van het voorgestelde artikel 15. De Raad adviseert tegen deze achtergrond in de toelichting in te gaan op de reikwijdte van het voorgestelde verbod en op de ruimte die er mogelijk is om het verbod bij Verordening uit te breiden. Voorts is nadere motivering vereist van de noodzaak en proportionaliteit van het voorgestelde verbod. Het wetsvoorstel dient zo nodig te worden aangepast.

3. Beroepsbeginselen

Het wetsvoorstel noemt in artikel 10a van de Advocatenwet een aantal beginselen – zogenoemde kernwaarden – die eigen zijn aan het beroep van advocaat. Met de vastlegging in de wet waarborgt en legitimeert de wetgever de bijzondere positie van de advocaat binnen de rechtsorde, aldus de toelichting. Daarnaast vormen zij het toetsingskader voor de regelgeving van de Orde en voor het toezicht daarop door de Minister van Justitie.

De Raad merkt op dat er meer beroepsgroepen zijn die zich door beroepsbeginselen laten leiden, een bijzondere positie in de rechtsorde hebben en aan tuchtrecht zijn onderworpen, zoals notarissen, accountants en gerechtsdeurwaarders. De vraag rijst of vastlegging van deze beginselen in de Advocatenwet zou kunnen betekenen dat de wetgeving van andere beroepsgroepen ook zal worden aangepast. De Raad adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de vraag of voor deze beroepsgroepen ook een codificatie van beroepsbeginselen zal plaatsvinden.

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State,

⁵ Arrest van het HvJEU van 10 maart 2009 in zaak C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, r.o. 55; 17 november 2009 in zaak C-169/8, Presidente del Consiglio dei Ministri, r.o. 42 (www.curia.europa.eu).

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no.W03.09.0499/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- Aan artikel I, onderdeel B (wijziging van artikel 2) toevoegen dat het vierde en vijfde lid vervallen.
- In het voorgestelde artikel 2, vierde lid, "of onvoldoende" laten vervallen.
- In artikel 2a, vijfde lid, de laatste volzin laten vervallen.
- In artikel 10a, eerste lid, onder e, de woorden "en het recht" schrappen, nu onder de door de wet gestelde grenzen het tuchtrecht en de daarop gebaseerde uitspraken begrepen kunnen worden.