

No Win No Fee, of waarom een Engels plantje in Nederlandse bodem niet gedijt

Mr. J. M. Beer

Inleiding

In letselschadezaken behoren de kosten van rechtshulp in veel gevallen tot de schade en zijn ze dus vaak verhaalbaar. Dat geldt echter alleen voor de kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand, niet als de kosten in het kader van een procedure zijn gemaakt. Het mag zo zijn dat uit de algemene branchecijfers blijkt dat in letselschadeland relatief weinig – globale schattingen variëren van 3 tot 5% – wordt geprocedeerd, maar die verhouding ligt binnen de praktijk van advocaten natuurlijk anders. Gegeven het nog bestaande procesmonopolie van de advocatuur zijn advocaten immers de enigen die kunnen procederen. In zaken waarin geprocedeerd moet worden, wordt advocaten gevraagd dat te doen. Daardoor ligt de verhouding tussen buitengerechtelijk werk en processueel werk binnen een advocatenpraktijk anders dan de branchecijfers in het algemeen aangeven, hoewel er ook door advocaten veel buitengerechtelijk wordt geregeld. De stroom van jurisprudentie op het vakgebied geeft aan dat er met regelmaat wordt geprocedeerd. Juist waar het bijvoorbeeld gaat om scherpe aansprakelijkheids- of causaliteitsdiscussies, is de problematiek van de toegang tot het recht regelmatig aan de orde.

Zoals bekend, mogen letselschadeadvocaten op dit moment uitsluitend op basis van uurtarief werkzaam zijn. De bestaande regels van de Nederlandse Orde van Advocaten verbieden het om met een cliënt overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht. Het is advocaten evenmin toegestaan overeen te komen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg.

De vraag naar alternatieve, resultaatsafhankelijke, beloningsvormen is in de eerste plaats van rechtszoekenden afkomstig. Het is met name de Consumentenbond die zich de afgelopen jaren sterk heeft gemaakt voor de introductie van *No Cure No Pay* (NCNP). De Consumentenbond heeft bepleit dat letselschadeslachtoffers, ter verbetering van de toegang tot het recht, de mogelijkheid geboden zou moeten worden om met hun advocaat een NCNP-afsprake te maken.

In de praktijk werkzame slachtofferadvocaten ontvangen niet zelden het dringende verzoek van een cliënt om de zaak op basis van NCNP in behandeling te nemen. De achterliggende reden is

zonder twijfel de vrees dat de rechtsbijstand geen resultaat voor de cliënt maar wel advocaatkosten oplevert.

Een compleet andere invalshoek is dat uit het oogpunt van mededinging gewenst zou zijn dat advocaten aan rechtszoekenden eenzelfde honoreringsafsprake kunnen aanbieden als in het ongereguleerde circuit al jaren mogelijk is. Dit ongereguleerde circuit dat zich onder meer in wachtkamers van huisartsen profileert en waarin kwaliteitseisen en toezicht ontbreken, dankt immers zijn bestaan aan de financiële drempels die voor de advocatuur zijn opgeworpen.

Een experiment NCNP

Bij een NCNP-afsprake in letselschadezaken wordt kortweg overeengekomen dat het honorarium van de rechtshulpverlener gelijk is aan een tevoren overeengekomen percentage van de te ontvangen schadevergoeding en dat de cliënt de rechtshulpverlener niets verschuldigd is als de rechtsbijstand geen betaling van schadevergoeding zou opleveren.

In 2004 besloot de Nederlandse Orde van Advocaten om een experiment met NCNP in letsel- en overlijdensschadezaken mogelijk te maken. Aan deze besluitvorming ging uitvoerige discussie, en raadpleging van deskundigen, vooraf. Daarbij werd enerzijds geconstateerd dat in bepaalde gevallen op het gebied van letselschade sprake was van een probleem op het gebied van de toegang tot het recht, en anderzijds dat NCNP hiervoor mogelijk een oplossing kon bieden.

De toegang tot het recht werd met name problematisch geoordeeld in zaken waarin de aansprakelijkheid dan wel het causaal verband ter discussie stond, in verband met die discussie ook in niet-juridische deskundigheid moest worden geïnvesteerd, en de rechtszoekende niet voor gesubsidieerde rechtsbijstand (toevoeging) in aanmerking kwam. Ook werd signaleerd dat in geval van toevoeging door de betrokken cliënt fors geïnvesteerd zou moeten worden in de kosten van niet-juridische deskundigheid die niet of nauwelijks onder het vergoedingsbereik van die toevoeging vallen. Kosten van deskundigen vormen in de letselschadepraktijk een belangrijk financieel obstakel voor de toegang tot het recht.

Amerikaanse advocaten die op basis van NCNP ('contingency fee') optreden, financieren de kosten van de in te schakelen des-

kundigen volledig. Zij doen dat uiteraard alleen indien zij van mening zijn dat de zaak zodanig kansbiedend is dat het de investering waard is. Voor de cliënt is het grote voordeel dat dergelijke kosten niet zelf voorgefinancierd hoeven te worden. Bovendien blijven dergelijke investeringen volledig voor rekening van de advocaat indien er door de aansprakelijk gestelde partij geen schadevergoeding betaald wordt. Als Nederlandse advocaten op basis van NCNP kunnen optreden, valt te voorzien dat er zich in dit opzicht een gelijke ontwikkeling zou voordoen.

Voor het experiment waartoe de Orde had besloten, werd een aantal regels gesteld. Deelname aan het experiment kon alleen plaatsvinden indien voldaan was aan de volgende voorwaarden:

1. Het moest gaan om een zaak waarin de aansprakelijkheid een serieus punt van discussie is, of relevante problemen in de sfeer van causaliteit of de bepaling van de omvang van de schade voorzienbaar zijn.
2. Alleen cliënten die naar het oordeel van de advocaat redelijkerwijs niet in staat zijn de kosten van rechtsbijstand te betalen, mochten aan het experiment deelnemen.
3. Er moest sprake zijn van een schriftelijke opdrachtbevestiging, die onder meer dient te bevatten:
 - a. een beschrijving van de opdracht;
 - b. informatie over alternatieve honorariummodaliteiten;
 - c. de verwachting omtrent het verloop van de zaak;
 - d. een regeling voor het geval van tussentijdse beëindiging van de overeenkomst;
 - e. een geschillenregeling.
4. Om het experiment te zijner tijd te kunnen evalueren, werd de advocaat verplicht om onverwijld een geanonimiseerd afschrift van de door beide partijen getekende opdrachtbevestiging aan de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten te zenden.

Zoals bekend, is het betreffende besluit van de Orde op voordracht van de toenmalige minister van Justitie vernietigd.¹ Tegen dit besluit bestonden zodanige bezwaren dat deze aanleiding gaven tot vernietiging wegens strijd met het algemeen belang. Als kernbezwaar werd gezien dat de vereiste onafhankelijkheid van de advocaat in het gedrang zou komen als hij een eigen (financieel) belang zou krijgen in de uitkomst van de zaak.

Deze besluitvorming vond plaats tegen de achtergrond van de hierna te bespreken bredere analyse van de rol en de positie van de advocatuur.

Bredere analyse van de rol en de positie van de advocatuur

In 2004 had de Tweede Kamer een motie van het lid Klaas de Vries aanvaard waarin de regering werd gevraagd om een analyse van de rol en de positie en de betekenis van de advocatuur in de rechtsstaat en de rechtsorde. Naar aanleiding daarvan werd op 4 mei 2005 de Commissie Advocatuur² geïnstalleerd. Deze Commissie kreeg de opdracht advies uit te brengen over de positie die de advocatuur in het maatschappelijke bestel en de inrichting van het rechtsbestel behoort in te nemen, en welke bestuurlijke en organisatorische structuur daarbij past, en in het licht daarvan tevens te bezien of de introductie van meer resultaatgerichte honoreringsmethoden daarmee valt te verenigen.

De Commissie rapporteerde op 24 april 2006 onder de titel 'Een maatschappelijke orde'. In dit rapport onderschreef de Commissie dat er op het gebied van letselschade een leemte zou kunnen bestaan omdat een deel van de rechtszoekenden vanwege de hoge financiële drempels geen goede toegang tot de rechtsbedeling heeft. NCNP als percentagedeal werd door de Commissie niet in het belang van rechtszoekenden en van de rechtsbedeling geacht. De Commissie stelde voor om bij wijze van experiment tijdelijk het in Engeland ontwikkelde *No Win No Fee* (NWNF) in te voeren. Deze suggestie werd later door de regering overgenomen.

Een experiment NWNF?

NWNF is een beloningssysteem dat in Engeland (Verenigd Koninkrijk) in letselschadezaken wordt gebruikt. Het verschil met NCNP is dat het geen percentagedeal is, maar dat de door de advocaat gewerkte uren maatgevend blijven voor de beloning die uitsluitend plaatsvindt indien de zaak wordt gewonnen. In dat geval wordt een tevoren overeengekomen tariefopslag toegepast.

Enkele jaren geleden is NWNF in Engeland geïntroduceerd bij de afschaffing van de door de overheid gefinancierde rechtsbijstand in letselschadezaken.

Het systeem werkt aldus dat de cliënt bij verlies van de zaak de advocaat geen honorarium verschuldigd is en bij winst evenmin. Dat laatste vormt een uitvloeisel van het feit dat de winnende partij in Engeland recht heeft op volledige vergoeding van advocaatkosten. Dat wil zeggen uren maal tarief voor werkzaamheden in en buiten rechte. In Nederland werkt dat principieel anders. De aansprakelijke partij is bij ons gehouden tot vergoeding van de kosten buiten rechte (art. 6:96 BW) en de verliezende partij is voor wat betreft proceskosten slechts het op basis van liquidatietarief vastgestelde bedrag verschuldigd. Dit laatste bedrag heeft geen relatie met de omvang van de werkelijk gemaakte kosten. Daarom zou NWNF in Nederland betekenen dat de cliënt bij winst de procedurele rechtsbijstand (onder aftrek van het beperkte bedrag van de proceskostenveroordeling) inclusief tariefopslag zelf zou moeten betalen. NWNF kan in Nederland niet werken zoals het in Engeland werkt.

In Engeland mag de advocaat bij NWNF in geval van winst een tariefopslag van maximaal 100% toepassen. Zoals hiervoor aangegeven, is het dus niet de cliënt maar de verliezende tegenpartij (c.q. aansprakelijkheidsverzekeraar) die met de succesfee wordt geconfronteerd. De discussie of sprake is van een zodanig succes dat een tariefopslag gerechtvaardigd is, wordt daar dus niet met de eigen cliënt maar met de wederpartij gevoerd. De berichten uit Engeland over dat soort discussies zijn zorgelijk. Uit de laatste berichten blijkt dat er relatief veel procedures worden gevoerd over deze tariefopslag.

1. Besluit van 9 maart 2005, 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, Stb. 2005, 123.
2. Ook wel genoemd de Commissie-Van Wijmen.

Een rekenvoorbeeld ter illustratie

De navolgende casus³ kan worden doorgerekend voor de huidige, klassieke, situatie en voor NCNP en NWNF:

1. Een letselschadezaak waarin aan het slachtoffer na procedure uiteindelijk een schadevergoeding van € 50.000 exclusief vergoeding van advocaatkosten wordt betaald.
2. Voor het preprocesuele traject declareerde de advocaat van het slachtoffer 30 uur à € 250, derhalve € 7.500.
3. Voor deze BGK werd door de aansprakelijke partij preprocesueel een vergoeding van € 6.500 betaald.
4. Voor de processuele werkzaamheden brengt de advocaat 50 uur à € 250 in rekening, derhalve € 12.500.
5. De rechter wijst bij eindvonnis ten gunste van het slachtoffer proceskosten toe tot een bedrag van € 3.500.

In de huidige situatie ontvangt het slachtoffer:

• Schadevergoeding	€ 50.000
• Vergoeding BGK	€ 6.500
• Proceskosten	€ 3.500
	€ 60.000
Minus	
• Preprocesuele kosten	€ 7.500
• Processuele bijstand	€ 12.500
	€ 40.000

Bij een NCNP-contract met een percentage van 25% wordt het bedrag van € 60.000 voor 75%, derhalve € 45.000, aan de cliënt uitgekeerd.

In geval van NWNF zou de advocaat zijn uurtarief van € 250 mogen ophogen indien deze afloop van de zaak als een succes mag worden gezien. Als dat laatste zo is, zou – naar analogie van het Engelse model – het uurtarief naar € 500 verhoogd kunnen worden. De totale advocaatkosten zijn dan geen € 20.000 maar € 40.000 (of € 32.500 als de opslag alleen zou moeten gelden voor de processuele rechtsbijstand). Bij NWNF dreigt de cliënt het kind van de rekening te blijven en in ons voorbeeld met een nettobedrag van € 20.000 (of € 27.500) te eindigen. In Engeland zou dat dus volstrekt anders zijn. Daar ontvangt de cliënt het bedrag van € 50.000 en dient de aansprakelijke partij de door de advocaat gewerkte 80 uren te vergoeden tegen een tarief met opslag.

Wat opvalt is dat de cliënt, zoals het in de Nederlandse situatie zou werken, alleen bij NCNP tevoren weet dat hij bij de afwikkeling van zijn zaak het voor hem afgesproken percentage van het totaal betaalde bedrag zal ontvangen. Zowel in het klassieke declaratiesysteem als bij NWNF kan er vrees zijn voor een *mis-match* tussen kosten en opbrengst.

Discussie

Zoals hiervoor al werd aangeduid, is de Orde niet over één nacht ijs gegaan voordat in maart 2004 tot het experiment NCNP werd besloten. Het werd op dat moment voldoende aannemelijk geacht dat er in bepaalde letselschadezaken sprake was van een probleem in verband met de toegang tot het recht. Dat probleem is de laatste jaren niet kleiner geworden. De recente wijzigingen inzake de gesubsidieerde rechtshulp, waardoor het nog moeilijker

is geworden om ingewikkelde juridische zaken op basis van een toevoeging te behandelen, zullen er wellicht toe leiden dat het voor letselschadeadvocaten onmogelijk wordt om deze zaken op basis van een toevoeging te doen.

Er blijft derhalve een gerechtvaardigde behoefte om met een advocaat zodanige honoraringsafspraken te maken dat de toegang tot het recht wordt verbeterd.

In dit verband is illustratief dat het Duitse Bundesverfassungsgericht op 12 december 2006⁴ heeft beslist dat het in Duitsland toen geldende absolute verbod op NCNP als ongrondwettelijk moet worden beschouwd. Het Duitse gerecht bracht tot uitdrukking dat een absoluut verbod op NCNP in strijd is met het grondrecht van vrije beroepsuitoefening (van de advocaat). In het belang van de toegang tot het recht moet er, aldus de uitspraak, een uitzondering mogelijk zijn indien de rechtszoekende als gevolg van bijzondere omstandigheden ervan af zou moeten zien zijn recht geldend te maken indien een NCNP-afpraak niet mogelijk is.

NWNF is geen goede optie en dat heeft de regering inmiddels van de Orde te horen gekregen. Bij het ministerie van Justitie beraadt men zich over hoe nu verder.

Het valt te hopen dat de regering alsnog kan inzien dat het destijds door de Orde voorgestelde experiment met vele waarborgen was omgeven en dat de uitkomst daarvan waardevol zou zijn geweest. Angst is een slechte raadgever en niet goed valt in te zien wat er van een zorgvuldig experiment te vrezen valt.

In de kern gaat het erom dat iedereen het erover eens is dat het in een rechtsstaat onwenselijk is dat alleen degenen met een goed gevulde portemonnee adequate toegang tot het recht hebben. De vraag is hoe aan dat probleem tegemoet te komen.

NCNP en NWNF dragen een gezamenlijk kenmerk in zich: de advocaat heeft een financieel belang bij de uitkomst van de zaak. Niettemin vindt de regering dat bij NWNF kennelijk niet in strijd met het algemeen belang. En hebben advocaten onder de huidige omstandigheden geen financieel belang bij de uitkomst van de zaak? Denk aan de situatie waarin de aanvankelijk verstrekte toevoeging vervalt bij winst van de procedure; in die situatie heeft de advocaat een aanmerkelijk voordeel bij het welslagen van de zaak. Onder de huidige regels is het bovendien al toegestaan om met de cliënt een tariefsopslag bij succes af te spreken. Wat te denken van het al jaar en dag toegestane (procentuele) incassotarief, dat een zuivere vorm van NCNP is? Het heeft iets onwettelijks om een principieel verschil aanwezig te achten tussen NCNP en NWNF. Het verschil is, zoals hiervoor al aangegeven, dat de cliënt bij NWNF in de Nederlandse situatie slechter uit is en alleen bij NCNP tevoren weet waar hij aan toe is.

³ Kosten van deskundigen zijn hier buiten beschouwing gelaten.

⁴ De zaak met nummer 1 BvR 2576/04.

Een even onbegrijpelijke argumentatie die wel eens tegen NCNP gebezigd wordt, is dat het gevaar van 'cherry picking' ontstaat, omdat advocaten niet bereid zouden zijn dergelijke financiële risico's in een zwakke zaak te nemen. Afgezien van de vraag of het maatschappelijk zo'n groot probleem is dat zwakke zaken niet bij de rechter komen, zou NCNP een alternatieve beloningsvorm zijn. Introductie van NCNP betekent niet dat de mogelijkheid van werken op uurtarief volledig overboord gaat. Een moeilijkheid is zonder meer dat een rechtshulpverlener niet graag een zaak op basis van NCNP zal doen als de te verwachten schadevergoeding laag zal zijn. Procederen over een medische fout waardoor een minderjarig kind is overleden, levert onder huidige recht voorzienbaar slechts vergoeding van begrafeniskosten op. Bij dat bescheiden financiële belang zal er slechts een afspraak op uurtarief mogelijk zijn, maar dat is nu ook al zo.

Een NCNP-afspraken behoort niet te worden gemaakt indien het gaat om een zaak waarin de aansprakelijkheid geen serieus punt van discussie is of relevante problemen in de sfeer van causaliteit of schadeomvang niet voorzienbaar zijn. Onder de eerdergenoemde voorwaarden van het NCNP-experiment van de Orde was dat ook niet toegestaan. Van praktisch belang is dat dit door de opzet van het experiment achteraf toetsbaar zou zijn geweest.

Er is gewaarschuwd voor misbruik van NCNP. Zelden wordt gesproken over misbruik van het systeem van uurtarief. Het is de vraag waarom wel onmiddellijk wordt gesproken over dreigend misbruik zodra beloningssystemen zoals NCNP ter sprake komen. De reden lijkt te zijn dat er veel negatieve publieke aandacht is geweest voor het ongereguleerde circuit of de bedenkelijke U-bochtconstructies (met aan advocatenkantoren gelieerde bureaus of stichtingen) waarmee misbruik wordt gemaakt. NCNP in letselschadezaken staat daardoor in een kwade reuk. Een aan alle kanten gewaarborgd experiment van een gereguleerde beroepsgroep zou echter tot een andere reactie kunnen leiden. Juist het volstrekt ongereguleerde karakter van de letselschadebureaus is een voorwaarde geweest voor het ontstaan van de zorgelijke ervaringen met NCNP. Kan niet juist verwacht worden dat dit ongereguleerde circuit de wind uit de zeilen wordt genomen als een gereguleerde beroepsgroep het voortouw neemt?

De onafhankelijkheid en de integriteit van de advocaat zijn kernwaarden. Die gelden binnen en buiten de letselschadeadvocatuur en onafhankelijk van de beloningsafspraken met de cliënt. De door de Orde in 2004 geformuleerde, en hiervoor geciteerde, voorwaarden voor deelname aan het NCNP-experiment bevatten goede regels om de onafhankelijkheid en integriteit van de advocaat te waarborgen. Ze zijn er immers op gericht om op achteraf toetsbare wijze te bevorderen dat alleen in die zaken waarin het maken van NCNP-afspraken gerechtvaardigd is, een dergelijke beloningsafpraak tot stand komt en het *informed consent* van de cliënt is gewaarborgd.

Conclusies

Het door de regering voorgestelde experiment met NWNF heeft de eigenschappen van een dood plantje. NWNF gedijt niet in Nederland. Het was te simpel om te denken dat het wel het geval

was. De leemte blijft echter en het stelsel van de door de overheid gesubsidieerde rechtsbijstand verschaalt verder.

Introductie van de NCNP-optie heeft voordelen. Het is in het belang van de toegang tot het recht en van de rechtsontwikkeling dat financiële drempels voor rechtszoekenden in relevante zaken zo veel mogelijk worden geslecht. Het zal geen toename van zwakke zaken veroorzaken omdat advocaten ten opzichte van het huidige systeem van uurtarief bij NCNP een extra belang hebben om hun *gatekeeper*functie inhoudelijk te vervullen. Als een opdrachtgever bereid en in staat is op uurbasis te betalen voor het voeren van een zwakke zaak, blijft de advocaat minder aanleiding hebben deze te ontraden, maar dat kan moeilijk aan de NCNP-optie worden verweten.

Mr. J.M. Beer