

Een economische blik op het procesmonopolie van de advocatuur

B. Baarsma en F. Felsö.

*De auteurs werken bij SEO
Economisch Onderzoek te Amsterdam.
B.Baarsma@seo.nl*

De markt voor juridische bijstand wordt verstoord door twee factoren die elkaar versterken: het procesmonopolie voor advocaten uit de civiele praktijk en de hoge toetredingsbarrières die door de Nederlandse Orde van Advocaten zijn ingesteld. Er is daardoor geen sprake van optimale borging van het publiek belang rechtszekerheid.

De zoektocht naar het publiek belang op de markt voor juridische bijstand start bij de situatie zonder overheidsingrijpen.¹ Het publiek belang ontstaat dan doordat de markt niet goed werkt dan wel de politiek niet tevreden is met het resultaat van de werking van de markt. Het publiek belang op de markt voor juridische bijstand is samen te vatten onder de noemer rechtszekerheid. Rechtszekerheid omvat toegankelijkheid van het recht, een evenwichtig en ordelijk verloop van rechtsgedingen en een efficiënte rechtsgang. Rechtszekerheid is een publiek belang doordat sprake is van:

- informatiescheefheid (de afnemer kan de kwaliteit van de juridische bijstand niet goed beoordelen);
- een paternalistische overheid (die de onmondige, onervaren rechtzoekende wil beschermen; 'equality of arms');
- herverdelingsargumenten (die leiden tot de gefinancierde rechtshulp) en
- externe effecten (met name on geprijste effecten in het rechtssysteem).

Het borgen van rechtszekerheid kan aanleiding zijn tot overheidsingrijpen. Op het marktsegment van grote, commerciële advocatenkantoren en grootzakelijke afnemers is er nauwelijks of in ieder geval veel minder aanleiding tot (overheids)regulering, omdat de markt het informatieprobleem via het reputatiemechanisme oplost. Rechtszekerheid speelt in veel sterkere mate een rol op het marktsegment waarop de kleinere advocatenkantoren diensten verlenen aan particulieren en het mkb. Echter, ook op dit marktsegment wordt een deel van het informatieprobleem opgelost doordat derde partijen, zoals rechtsbijstandverzekeraars, vakbonden en gefinancierde rechtsbijstand, individuele rechtzoekenden

op weg helpen. Doordat zij zelf juristen zijn en veel ervaring hebben met het inhuren van advocatendiensten, hebben deze derde partijen een veel beter idee van de kwaliteit van de geleverde dienst. Op het 'kleinverbruikerssegment' bestaat dus wel een rechtszekerheidsprobleem, maar dat omvat niet het gehele informatieprobleem, omdat de markt dat voor een flink deel reeds heeft opgelost.²

De politiek bemoeit zich vanwege dit probleem met de kwaliteit van juridische bijstand, maar heeft daarnaast haar zorg geuit over het feit dat door hoge prijzen voor het inhuren van juridische bijstand de toegankelijkheid van het recht verslechtert. Het was de WRR die dit punt op de politieke agenda zette: 'In de civiele sector van de rechtshuishouding is de toegang tot het recht een punt van zorg. [...] de toegang in de praktijk wordt versmald door de kosten die met een juridische procedure gepaard gaan.' (WRR, 2002, p. 211). Dit was een van de redenen voor de minister van Justitie om de commissie Advocatuur onder leiding van Van Wijmen te installeren. Deze commissie doet begin april nieuwe beleidsvoorstellen, waarbij ook de noodzaak en omvang van het procesmonopolie aan de orde komen.

De commissie Advocatuur is zeker niet de eerste commissie die zich over dit onderwerp buigt. Op basis van de aanbevelingen van de commissie Cohen werd ongeveer tien jaar geleden de mogelijkheid geschapen om als niet-advocaat een advocaat in loondienst te nemen. Dit heeft echter – vanwege allerlei (extra) toelatingseisen – niet de concurrentie opgeleverd die de overheid daarvan verwachtte. Na de Commissie Van Delden werd in 1999 de competentiegrens verhoogd van 5.000 naar

¹ Voor de terminologie en afleiding van 'publieke belangen' zie: Teulings et al., 2003.

² Een flink deel omdat meer dan twee op de tien huishoudens in Nederland een rechtsbijstandverzekering hebben, bijna 1,8 miljoen werknemers lid zijn van een vakcentrale en jaarlijks bijna 450.000 mensen een beroep doen op de gefinancierde rechtsbijstand.

10.000 gulden (nu 5.000 euro), waardoor meer zaken voor de kantonrechter (zonder verplichte procesvertegenwoordiging) kunnen dienen. De competentiegrensverhoging leidt tot een grotere keuzevrijheid voor een groter deel van de markt – keuzevrijheid die in praktijk ook benut is (Eshuis & Paulides, 2002). Er zijn meer zaken voor de kantonrechter behandeld, wat heeft geleid tot snellere en meer eenvoudige procedures.

Overheidsingrijpen

De overheid borgt rechtszekerheid door de volgende instrumenten in te zetten:

- het instellen van de verplichte procesvertegenwoordiging met een monopolie op dit domein voor advocaten (kortweg: procesmonopolie);
- het instellen van de Nederlandse Orde van Advocaten die als publiekrechtelijke organisatie (PBO) de mogelijkheid heeft om met zelfregulering invulling te geven aan het procesmonopolie, door bijvoorbeeld een opleidingsprogramma, verordeningen en andere bindende regels en zorg voor tuchtspraak;
- het instellen van gesubsidieerde rechtsbijstand. De gefinancierde rechtshulp heeft op dat deel van de markt een dempend effect op de prijsvorming, omdat de tarieven die de overheid voor de gefinancierde rechtshulp heeft vastgesteld lager zijn dan de gewone uurtarieven van een advocaat. Het is niet duidelijk of deze tarieven kostendekkend zijn. Indien deze lage tarieven kostendekkend zijn, dan is het aannemelijk dat de marges op het niet-gesubsidieerde deel wel erg groot zijn. Indien gesubsidieerde rechtsbijstand niet kostendekkend is, is er sprake van kruissubsidiëring waarbij de betalende cliënt een (in praktijk nauwelijks onderhandelbaar) tarief opgedrongen krijgt dat het verlies op de 'overheidsuren' goedmaakt. Voor rechtzoekenden die geen gefinancierde bijstand hebben, betekent dit ingrijpen dat zij via kruissubsidiëring gedwongen zijn om mee te betalen;
- overige regelgeving ten aanzien van advocaten (Advocatenwet).

Om een efficiënte rechtspraak te waarborgen en om onmondige klanten te beschermen, geldt voor de civiele procedures bij de rechtbank (zijnde niet bij de sector kanton) verplichte vertegenwoordiging. Van oudsher hebben advocaten een monopolie op dit domein. De toelatingseisen voor de advocatuur (zoals de verplichte beroepsopleiding en de eisen bij het toelaten van advocaten in loondienst van niet-advocaten) en de verplichte 'education permanente' zijn mede bedoeld om te garanderen dat advocaten over de specifieke kennis en vaardigheden beschikken die nodig zijn voor het voeren van procedures. Deze eisen, die de beroepsgroep aan zichzelf stelt, staan in combinatie met het wettelijk procesmonopolie een meer gediversifieerd aanbod van procesvertegenwoordiging in de weg, waardoor concurrentie op de markt voor juridische bijstand vooralsnog geen drukkend effect heeft op de prijsstelling van (procederende) advocaten.

Nadelen van de huidige regulering

De overheid introduceert met haar optreden een extra vorm van marktfalen: monopolievorming in een poging een

informatieprobleem op te lossen. Monopolievorming op de markt voor juridische bijstand heeft kortweg twee oorzaken:

- wettelijk verplichte procesvertegenwoordiging door alleen advocaten. Verplichte winkelnering leidt doorgaans tot te hoge prijzen (hoge winstmarges) en een gebrek aan innovatie. Het wettelijke monopolie heeft tevens uitstralingseffecten buiten het monopolie. Het reputatie-effect als gevolg van de status van wettelijk beschermd juridisch adviseur kan in een markt met onvolkomen mededinging worden omgezet in een extra premie voor advocaten;
- de toetredingsbarrières die de Orde van Advocaten in het leven heeft geroepen zijn hoog en versterken dus het monopolie van zittende advocaten. In het kader noemen we hiervan enkele voorbeelden.

Toetredingsbelemmeringen ingesteld door de Orde van Advocaten

- *De beroepsopleiding Advocatuur. Het aantal opleidingsplaatsen is beperkt en de branche houdt zelf het evenwicht in vraag en aanbod van jonge advocaten goed in de gaten, waardoor er geen overschot aan advocaten zal ontstaan.*
- *Bemoelijken van toelating advocaat in loondienst van niet-advocaten, zoals vakbonden en rechtsbijstandverzekeraars. De Orde legde hierbij bovenwettelijke eisen op over ondermeer de vrije advocatenkeuze, wat het in dienst nemen van een advocaat door een niet-advocaat te riskant maakte. Het gevolg was dat het aantal advocaten in loondienst pas toenam nadat de Orde deze extra eisen mede onder druk van de NMa liet vallen. De Orde ziet advocaten in loondienst echter ook nu nog niet als vakbroeders, maar als concurrenten, waardoor het aantal advocaten in loondienst nog altijd niet erg hoog is en een prijsdrukkend effect niet groot of zelfs afwezig is.*
- *Gedragsregels en verordeningen die bedoeld zijn om 'onwenselijke' concurrentie tussen advocaten te voorkomen en om een toevloed van zaken te voorkomen. Door dergelijke regels is het als toetreders extra moeilijk om zich te onderscheiden en marktaandeel te verwerven. Een voorbeeld is het verbod om no-cure-no-pay toe te passen of de beperkingen op het gebied van het mogen maken van reclame.*

Het gevolg van het ingrijpen is dat de prijzen hoger liggen dan in een situatie zonder wettelijk monopolie en dat er nauwelijks prikkels zijn om te innoveren. Zo is het aantal ict-toepassingen in de procespraktijk laag, wordt nauwelijks standaardisatie toegepast en is het taalgebruik zeer ouderwets. Verder is de productiviteit in termen van 'het aantal burgerlijke rechtszaken per advocaat' vrijwel gelijk gebleven: in 1963 was het aantal afgehandelde burgerlijke rechtszaken per advocaat 58 en in 2004 lag dit aantal op 59.

Alternatieven

Het huidige overheidsingrijpen – en dan vooral het procesmonopolie in combinatie met via zelfregulering opgestelde toetredingsregels – is zoals wij hebben beargumenteerd niet de meest effectieve en efficiënte manier om rechtszekerheid te borgen. Er zijn behalve de reeds genoemde verhoging van de

competentiegrens drie alternatieven. Omdat het verhogen van de competentiegrens het probleem van verplichte winkelnering niet oplost, is dat vanuit dit perspectief niet aan te bevelen en noemen we het hier niet als alternatief.

In Duitsland wordt als alternatief tariefregulering gebruikt. Tariefregulering kan op zich wel effectief zijn, maar is geen efficiënte optie, omdat het te veel marktverstoringen tot gevolg heeft. Er wordt een rigide grens aan de markt opgelegd die remmend werkt op innovatie, flexibiliteit en andere wenselijke gedragingen. Daarnaast leidt tariefregulering tot hoge reguleringskosten en is er gevaar voor *crowding out*; de ingewikkelde en tijdrovende zaken blijven liggen.

Een tweede alternatief dat op *korte en middellange termijn* de meeste welvaartswinst genereert, is het openstellen van het procesmonopolie voor niet-advocaten: de procesjuristen. Deze procesjuristen zijn geschoolde en ervaren professionals die aan bepaalde, nog nader te bepalen eisen dienen te voldoen. Te denken valt hierbij aan juristen werkzaam bij rechtsbijstandverzekeraars, vakbonden en bedrijven. Het opstellen van deze eisen alsmede het toezicht op de naleving ervan moet bij een onafhankelijke partij komen te liggen. In de huidige structuur komt de Orde daar niet voor in aanmerking, omdat de afnemers en overige marktpartijen geen zeggenschap binnen de organisatie hebben. Door het openstellen van het procesmonopolie wordt de concurrentie op de markt voor procesdiensten intenser. Advocaten zullen concurrentie ondervinden van bijvoorbeeld de procesjuristen van rechtsbijstandverzekeraars. De toeganke-lijkheid van het recht neemt toe als hierdoor de prijzen dalen. In hoeverre rechtzoekenden van de uitbreiding van de kring van procesgemachtigden kunnen profiteren, hangt samen met hoeveel men nu 'te veel betaalt'. De groep waarvoor we in dit opzicht over cijfers beschikken, zijn de rechtsbijstandverzekeraars. Zij kunnen een vergelijking maken, omdat ze een deel van hun zaken zelf (met een jurist of een advocaat in loondienst) uitvoeren en een deel uitbesteden via 'preferred suppliers' (netwerkadvocaten) en overige advocaten. Wij hebben een steekproef genomen uit de populatie van rechtsbijstandverzekeraars en op basis daarvan een indicatie van de prijsverschillen afgeleid (zie tabel 1).

Het eerste dat hierbij opvalt, zijn de ruime bandbreedtes rond de opgegeven gemiddelden die duiden op grote verschillen tussen verzekeraars en ook tussen verschillende soorten zaken die verzekeraars uitbesteden (bijvoorbeeld voor arbeidsrecht-zaken, letselschadezaken of overige zaken). Gemiddeld is het uitbesteden aan een preferred supplier advocaat op uurbasis tweemaal zo duur als een advocaat in loondienst en is het uitbesteden aan een andere advocaat viermaal zo duur.

Tabel 1. Prijsverschillen procespraktijk voor rechtsbijstandverzekeraars (uitgesplitst naar soort dienstverlener)

	gemiddelde	minimum	maximum
intern jurist (waaronder ook een advocaat in loondienst)	100%	-	-
uitbesteden aan:			
preferred supplier	215%	117%	320%
overige advocaat	400%	200%	1.018%
percentage uitbesteden van totaal aantal zaken	9%	3%	20%

Bron: Baarsma en Felsö (2005).

In deze berekening is de BTW die door rechtsbijstandverzekeraars betaald moet worden over advocatendiensten inbegrepen in de percentages.

Rechtsbijstandverzekeraars verschillen ook in een grote mate van elkaar wat betreft uitbesteding. Er zijn rechtsbijstandverzekeraars die maar enkele procenten van de zaken aan advocaten uitbesteden in verband met het procesmonopolie, maar er zijn ook – voornamelijk kleinere – verzekeraars die wel 20 procent van de zaken uitbesteden. Rechtsbijstandverzekeraars besteden in 2003 bijna 20.000 zaken uit aan de advocatuur. Dit aantal van 20.000 zaken is slechts een klein deel (6,7 procent) van het totale aantal zaken dat een verzekeraar behandelt (bijna 298.000). Door het (verplicht) inhuren van (dure) advocaten zijn echter de premies hoger dan in een situatie waarin de verplichting om op grond van het procesmonopolie te moeten uitbesteden niet zou gelden. Door het openstellen van het procesmonopolie kunnen premies dalen. Bovendien is er voor advocaten een grotere prikkel om prijzen scherp te stellen.

Op *lange termijn* zijn de grootste voordelen te verwachten van het derde alternatief: een combinatie van een aanpassing (sterke vereenvoudiging) van het procesrecht en het afschaffen van de verplichte procesvertegenwoordiging. In dat geval is immers sprake van een efficiëntere, eenvoudiger, meer bij de tijd passende en goedkopere rechtspraak en wellicht van meer prikkels om er onderling uit te komen. Het volledig afschaffen van de verplichte procesvertegenwoordiging is zonder dergelijk aanvullend beleid niet aan te raden vanwege het gevaar dat de rechtzoekende geen toegang meer heeft tot het recht, omdat hij zonder hulp zijn weg niet vindt in de huidige ingewikkelde procesregels. Een sterke vereenvoudiging van de procesregels is noodzakelijk om de informatiescheefheid op de markt voor juridische bijstand meer in evenwicht te brengen (Barendrecht, 2004). ■

Barbara Baarsma en Flóra Felsö

Literatuur

- Baarsma, B. & F. Felsö (2005) *Het proces als domein - Over de effecten van het procesmonopolie van de advocatuur*, SEO-rapportnr. 846. Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.
- Barendrecht, J.M. (2004), Pak klassieke kern van de rechtstaat aan. NRC, 1 juli.
- Eshuis, R.J.J. en G. Paulides (2002) *Van rechtbank naar kanton: Evaluatie van de competentiegrensverhoging voor civiele handelszaken in 1999*. Den Haag: WODC.
- Teulings, C.N. Bovenberg, A.L. & H.P. van Dalen (2003) *De calculus van het publieke belang*. Den Haag: ministeries van Economische Zaken en van Financiën.
- WRR (2002) *De toekomst van de nationale rechtstaat. Rapporten aan de regering*, 63. Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.