



PRESIDENT
VAN DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Den Haag, 17 november 2011
No. 184/11/GC/ds

Ministerie van Veiligheid en Justitie
T.a.v. mr. F. Teeven, Staatssecretaris
Postbus 20301
500 EH DEN HAAG

Mijnheer de staatssecretaris,

Bij brief van 7 juli 2011 verzocht u ons te reageren op het ontwerp voor de tweede nota van wijziging (hierna: de Nota van wijziging) bij het wetsvoorstel tot aanpassing van de Advocatenwet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet tarieven burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde (Kamerstukken 32.382). Gaarne voldoen wij aan dit verzoek.

I. Plan van behandeling

Wij vermelden hierna eerst een in de Toelichting omschreven beweegreden voor de nieuwe regeling van het toezicht en vatten daarna kort de hoofdpunten van die regeling samen. Vervolgens plaatsen wij bij een en ander enige kanttekeningen. Ook veroorloven wij ons nog een opmerking met betrekking tot een wijziging van de tuchtrechtprocedure en een aspect van de nieuw in te voeren regeling voor kwaliteitstoetsen. Wij sluiten af met een korte conclusie.

II. Beweegreden van meer principiële aard aangaande de voorgestelde herziening van het toezicht

De Nota van wijziging strekt in hoofdzaak ertoe een nieuwe regeling van het toezicht op de naleving van voorschriften door advocaten in te voeren. Er worden in de Toelichting meer redenen voor die nieuwe regeling gegeven, maar een beweegreden van meer principiële aard is de volgende. Op blz. 2 en blz. 15 van de Toelichting bij de Nota wordt opgemerkt, dat de maatschappij steeds vaker behoefte heeft aan transparantie en aan in het openbaar afleggen van verantwoording, met name indien aan een groep personen een bijzondere positie wordt toegekend. De advocatuur neemt, zo wordt gesteld, binnen het Nederlandse rechtsbestel een uitzonderlijke positie in. Zij vormt een belangrijke factor voor het goede functioneren van dat rechtsbestel: haar taak is onder meer op te komen voor de individuele belangen van rechtzoekenden en te bewaken dat zij een goede toegang tot de rechter en het recht hebben. Om aan die taak invulling te kunnen geven beschikt de advocaat over privileges zoals het procesmonopolie in verschillende soorten zaken en in het verlengde van een geheimhoudingsplicht een verschoningsrecht. Hieraan wordt op blz. 2 en 3 van de Toelichting toegevoegd: "Een dergelijke bijzondere positie is voor een bepaalde groep alleen te rechtvaardigen wanneer de samenleving

voldoende vertrouwen heeft in die beroepsgroep. Er moet vertrouwen bestaan dat de bijzondere positie en daarmee verband houdende privileges alleen worden gebruikt voor de taken waarvoor deze zijn toegekend, en niet worden misbruikt voor andere doeleinden. Zonder dit vertrouwen bestaat het gevaar dat de legitimiteit van de bijzondere positie ter discussie komt te staan. Voor dit vertrouwen is vereist dat er een goed systeem van toezicht is, dat mede dient te waarborgen dat voorschriften voor de beroepsgroep nauwgezet worden gevolgd en dat privileges niet worden misbruikt. Het toezicht moet zodanig zijn dat overtredingen tijdig worden gesignaleerd en dat er voldoende afschrikwekkend effect van uitgaat om advocaten waakzaam te houden op normschendingen. Op dit moment kent de Advocatenwet een systeem waarbij het toezicht uitsluitend – en in zekere beslotenheid – wordt uitgeoefend door personen die zelf advocaat zijn en worden gekozen door de beroepsgroep zelf. Dit systeem voldoet niet meer aan de eisen van de tijd. Het draagt het risico in zich van de schijn van interne, afschermdende geslotenheid, waarbij men elkaar niet of onvoldoende aanspreekt op ontoelaatbaar gedrag.”

III. Hoofdpunten van de nieuwe regeling

Teneinde tot een uniform, integraal en effectief toezicht te komen voorziet het voorontwerp in de invoering van een systeem van toezicht dat zich kort als volgt kan worden beschreven. Aan de top staat een College van Toezicht (hierna: CvT). Dat College is formeel een orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna; NOvA), maar bestaat uit drie niet-advocaten die op aanbeveling van de Algemene Raad en op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie bij Koninklijk Besluit worden benoemd voor ten hoogste twee perioden van ieder vier jaren (artikelen 36a en 36b lid 1, sub a). Bij de schorsing of het ontslag van een lid van het CvT zijn de Minister van Veiligheid en Justitie en het Hof van discipline betrokken (artikel 36c). Het CvT is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving door advocaten van de Advocatenwet met inbegrip van toezicht op de zorg die zij als advocaten behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, inbreuken op verordeningen van de NOVA en enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt (artikel 45a). Op blz. 4 van de Toelichting wordt opgemerkt dat het accent vooral op preventief toezicht moet komen te liggen. Bij een dergelijk toezicht vindt de uitoefening al plaats zonder dat van een overtreding hoeft te zijn gebleken. Het CvT zal overigens ook bij repressief toezicht betrokken zijn. Bij het daadwerkelijk uitoefenen van toezicht wordt het CvT ondersteund door een bureau, waarvan de medewerkers door het CvT worden benoemd, geïnstrueerd en ontslagen (artikelen 36a lid 5 en 45b lid 2, sub b). Het CvT kan ook andere personen met het oog op hun specifieke deskundigheid voor de uitoefening van toezicht inzetten (artikel 45b lid 2, sub c). De Dekens van de plaatselijke Ordes van advocaten blijven belast met het uitoefenen van het in artikel 45a omschreven toezicht. Het CvT kan hun echter algemene of bijzondere aanwijzingen geven (artikel 45b lid 5).

Hoewel een orgaan van de NOvA, dient het CvT haar taken onafhankelijk van (bemoeienis van) die Orde uit te oefenen.

Allen die met toezicht zijn belast, krijgen de beschikking over alle bevoegdheden van toezichthouders vermeld in titel 5.2 van de Awb. Daartoe behoort onder meer het betreden van plaatsen (met uitzondering van privéwoningen), het vorderen van inlichtingen, het inzien, kopiëren en/of voor korte tijd meenemen van gegevens en bescheiden en het onderzoeken van zaken.

Het CvT kan, binnen de in artikel 45f bepaalde grenzen, niet slechts tuchtklachten indienen maar ook bestuurlijke boetes uitdelen of lasten onder dwangsom opleggen.

Een advocaat, zijn medewerkers en personeel alsook andere personen die bij de beroepsuitoefening zijn betrokken zijn ten behoeve van het toezicht niet gehouden aan de in artikel 11a neergelegde geheimhoudingsplicht (artikel 45b lid 3). Met deze – niet heel heldere – bepaling is, naar uit blz. 18 van de Toelichting blijkt, bedoeld dat de zojuist genoemde personen, wanneer zij op enige wijze aan toezicht onderworpen raken, zich niet op het van de geheimhoudingsplicht afgeleide verschoningsrecht kunnen beroepen.

De aan het CvT verbonden kosten komen voor rekening van de NOvA (Toelichting blz. 32). Het CvT stelt een jaarrekening en een begroting vast, die de goedkeuring van de Minister van Veiligheid en Justitie behoeft nadat de Algemene raad is gehoord (artikel 45d).

IV. Opmerkingen en vragen

Naar aanleiding van het bovenstaande veroorloven wij ons de volgende opmerkingen en vragen.

1. De rechtvaardiging van het voorgestelde systeem van toezicht

1.1 Wij onderschrijven de visie dat de advocatuur een bijzondere positie inneemt die een belangrijke factor vormt voor het goede functioneren van het rechtsbestel en dat de advocatuur tot taak heeft op te komen voor individuele belangen van rechtzoekenden en ervoor heeft te waken dat rechtzoekenden een goede toegang tot de rechter en het recht hebben. De geheimhoudingsplicht staat mede in dienst hiervan. Terecht wordt op blz. 7 van de Toelichting benadrukt dat een groot gewicht moet worden toegekend aan de onafhankelijkheid en de vertrouwelijkheid waarmee de advocaat moet kunnen opereren, ook ten opzichte van de rijksoverheid. Echter, naarmate er meer, intensiever en op ruimere schaal toezicht plaatsvindt, zal er meer spanning ontstaan met het hoog te schatten belang van de onafhankelijkheid van de advocaat en de mede daaraan verbonden geheimhoudingsplicht.

1.2 De voorgestelde nieuwe regeling biedt ruimte voor meer, intensiever en omvangrijker toezicht, waarbij ook meer personen betrokken zullen zijn. Daar het oogmerk is het toezicht een meer preventief karakter te geven, zal de uitoefening ervan bovendien in een aantal gevallen geen grond vinden in concrete aanwijzingen van misstanden. Wat de geheimhoudingsplicht betreft, deze wordt heel algemeen voor iedere vorm van toezicht buiten werking gesteld. Tot invoering van een zo ver gaande regeling als thans wordt voorgesteld zou ons inziens wegens het zojuist genoemd belang niet moeten worden overgegaan dan nadat van de noodzaak daartoe duidelijk en concreet is gebleken. Die noodzaak is, naar het ons toeschijnt, niet reeds gegeven met de maatschappelijke behoefte aan transparantie ter ondervanging van het *risico* van de *schijn* van interne, afscherpende geslotenheid, waarbij men elkaar niet of onvoldoende aanspreekt op ontoelaatbaar gedrag. In dit verband verdient nog het volgende opmerking. Het Hof van discipline, dat thans in hoogste instantie oordeelt over de toelaatbaarheid van gedrag van advocaten, behandelt en beslist zaken in een samenstelling waarvan drie van de vijf leden door de Kroon uit leden van de rechterlijke macht zijn benoemd (artikel 56 lid 4 Advocatenwet). Dit Hof pleegt, evenals de Raden van discipline, de te beslissen zaken in het openbaar te behandelen en doet in het openbaar uitspraak (artikel 49 lid 11 jo. artikel 57 lid 2 Advocatenwet). De uitspraken van het Hof in tuchtzaken worden sinds 2009 op de website van het Hof van discipline gepubliceerd. Uit de gepubliceerde uitspraken blijkt dat de indiening van klachten door advocaten tegen andere advocaten allerminst zeldzaam is.

2. *Rechtsbeschermingsvragen*

2.1 Het invoeren van een regeling die leidt of kan leiden tot meer, intensiever, omvangrijker en meer preventief geaard toezicht, waarbij met het toezicht belaste personen over ruime bevoegdheden beschikken en waarvoor de geheimhoudingsplicht heel algemeen buiten werking is gesteld, noopt ertoe onder ogen te zien aan welke instantie geschillen kunnen worden voorgelegd die in verband met het toezicht kunnen rijzen.

2.2 In artikel 5.13 Awb is bepaald dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik maakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Hier gaat het om toetsing van de rechtmatigheid van de uitoefening van toezicht in concrete gevallen.

2.2.1 De eerste vraag die in dit verband rijst, is of deze proportionaliteitseis meebrengt dat bij het bepalen van de aard en wijze van toezicht, ondanks het buiten werking stellen in artikel 45b lid 3 van de geheimhoudingsplicht, toch met die geheimhoudingsplicht en de daarmee gediende belangen rekening dient te worden gehouden. Wij neigen er vooralsnog toe deze vraag bevestigend te beantwoorden. Dit betekent dat de geheimhoudingsplicht toch dient mee te wegen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitoefening van toezicht.

2.2.2 De volgende kwestie is aan wie de vraag van de rechtmatigheid van de uitoefening van toezicht kan worden voorgelegd. De toetsing van de rechtmatigheid van handelingen ter uitoefening van toezicht is, zo mag worden aangenomen, een taak voor de rechter, maar voor welke? In eerste instantie valt te denken aan de civiele rechter, maar voor zover de uitoefening van toezicht gepaard gaat met tot een advocaat gerichte besluiten van het CvT, kan ook de bestuursrechter voor de rechtmatigheidsbeoordeling in aanmerking. Het CvT dat deel uitmaakt van de NOvA, een publiekrechtelijk lichaam, moet waarschijnlijk als een bestuursorgaan worden beschouwd. Men kan zich afvragen of het wenselijk is dat afhankelijk van de inkleding van het toezicht de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitoefening van toezicht aan de ene dan wel de andere rechter toekomt. Het kan aanleiding geven niet alleen tot bevoegdheidsincidenten maar ook tot uiteenlopende rechtspraak. Verder zou onder ogen kunnen worden gezien of de advocaat, die met toezichtmaatregelen wordt geconfronteerd, de gelegenheid moet krijgen om bezwaren tegen die maatregelen bij de Raad van discipline en, in appel, bij het Hof van discipline in te dienen. Beide instanties zijn vertrouwd niet alleen met de in de advocatuur vigerende regels maar ook met de gang van zaken binnen de advocatuur. Er zal dan wel moeten worden voorzien in een spoedprocedure, waarin een voorziening met betrekking tot aangezegde of in uitvoering zijnde toezichtmaatregelen kan worden verkregen. Beslissingen die pas op langere termijn worden genomen, zullen veelal niet meer dan 'mosterd na de maaltijd' opleveren.

3. *Bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom*

3.1 De introductie van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom doet ook de vraag rijzen welke rechter de rechtmatigheid zal beoordelen van een opgelegde boete of last onder dwangsom. Is dat de bestuursrechter en, zo ja, ligt dat wel zo voor de hand? Blijkens de leden 1 en 2 van artikel 45f kan een bestuurlijke boete worden opgelegd en een last onder dwangsom worden gegeven, indien van feiten en omstandigheden blijkt die eveneens een voldoende grond opleveren voor het opleggen van een tuchtmaatregel. Bovendien is in lid 4 bepaald dat een bestuurlijke boete niet wordt opgelegd, indien tegen de advocaat in verband met dezelfde gedraging een klacht op grond van artikel 46c is ingediend. Van een en ander gaat de suggestie uit dat de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom als tuchtmaatregelen tegen een advocaat dienen te worden beschouwd. Dan ligt het, zo wil het ons voorkomen, meer in de rede om de beoordeling van de rechtmatigheid toe te vertrouwen aan de in het advocatentuchtrecht gespecialiseerde tuchtrechter, de Raad van discipline en, in appel, het Hof van discipline.

3.2. De bestuurlijke boete roept nog een tweetal andere vragen op.

3.2.1 Indien aan een advocaat een bestuurlijke boete is opgelegd voor gedrag dat vervolgens in een door een ander (bijvoorbeeld een andere advocaat of een voormalige cliënt) tegen hem geëntameerde tuchtprocedure niet tuchtrechtelijk verwijtbaar wordt geoordeeld, blijft de boete dan van kracht?

3.2.2 Ingevolge artikel 45f lid 5 valt de bestuurlijke boete evenals de aan een last verbonden dwangsommen, maar anders dan de door de tuchtrechter opgelegde geldboete, aan de NOVA toe. Wie draagt zorg voor de inning van de boete of de verbeurde dwangsom?

4 *Afgeleide geheimhoudingsplicht*

4.1 In de Toelichting wordt op blz. 19 en 30 geschreven over het niet toelaten van een beroep van een advocaat op zijn geheimhoudingsplicht en het daarvan afgeleide verschoningsrecht tijdens jegens hem uitgeoefend toezicht. Dit is, aldus de toelichting, mede daardoor te rechtvaardigen, dat voor de toezichthouder, evenals voor een vooronderzoeker of de tuchtrechter in een tegen de advocaat aanhangig gemaakte tuchtzaak een afgeleide geheimhoudingsplicht geldt. Van het bestaan van die, niet onbelangrijke, afgeleide geheimhoudingsplicht blijkt niet uit de wet zelf. Het lijkt wenselijk dat de wet hierin uitdrukkelijk voorziet. Hetzelfde geldt voor de opmerking op blz. 30 van de Toelichting dat de afgeleide geheimhoudingsplicht meebrengt dat bij het doen van strafrechtelijke aangifte tegen een advocaat geen informatie van vertrouwelijke aard mag worden verschaft die tot individuele cliënten herleidbaar is.

4.2 Wij vragen ons nog af wie toezicht houdt op de naleving van de afgeleide geheimhoudingsplicht .

5. *Nog enkele opmerkingen terzijde over het voorgestelde toezicht*

Het voorgestelde nieuwe toezicht geeft nog aanleiding tot de volgende opmerkingen.

5.1 De medewerkers in vaste dienst van het het CvT ondersteunend bureau hebben blijkens de Toelichting blz. 26 een dienstverband bij de NOVA. Tot wie in welke betrekking de drie leden van het CvT staan, valt moeilijk vast te stellen.

5.2 De Minister zou (Toelichting blz. 32) wegens strijd met het algemeen belang zijn goedkeuring kunnen onthouden aan de begroting van het CvT. De Nota van wijziging voorziet evenwel niet in een wettelijke bepaling waarin "strijd met het algemeen belang" als grond voor onthouding van goedkeuring is neergelegd, zodat volgens artikel 10.27 Awb, krachtens lid 2 van het voorgestelde artikel 45d van overeenkomstige toepassing, slechts "strijd met het recht" als grond voor weigering van goedkeuring lijkt te kunnen worden gehanteerd.

6. *Artikel 46c lid 1 uit de regeling van de tuchtrechtprocedure*

Het op de tuchtrechtprocedure betrekking hebbend artikel 46c lid 1 geeft aanleiding tot de volgende opmerking. Aldaar is bepaald dat, indien de klager daarom verzoekt, de griffier van de Raad van Discipline hem behulpzaam is bij het opstellen van een klacht. Wij vragen ons af of het wel wenselijk is dat een persoon, die verbonden is aan het college dat de klacht gaat beoordelen, betrokken is bij de formulering van de klacht. Daarmee wordt ons inziens afbreuk gedaan aan het beginsel dat schijn van partijdigheid aan de zijde van de rechter moet worden vermeden. Waarom zou niet mogelijk kunnen blijven dat de Deken desgevraagd hulp aan een klager biedt bij het opstellen van een klacht? Dat komt bepaaldelijk minder bezwaarlijk voor dan het inschakelen daartoe van de griffier van het college dat de klacht gaat beoordelen. Het is ons niet duidelijk waarom het verlenen van die hulp door de Deken niet te verenigen zou zijn met diens toezichthoudende taak.

7. *Artikel 26 lid 3 uit de regeling van de kwaliteitstoetsen*

7.1 In lid 3 van artikel 26, dat betrekking heeft op de op instigatie van de Algemene raad uit te voeren kwaliteitstoetsen, wordt ook heel algemeen de geheimhoudingsplicht van de advocaat opgeheven. Op blz. 21 van de Toelichting heeft men voor deze ver gaande stap niet een echte ondersteuning.

7.2 Hier kan men overigens ook de vraag inzake proportionaliteit en de geheimhoudingsplicht opwerpen, die hierboven onder 2.3.1 is besproken naar aanleiding van de betekenis van artikel 5:13 Awb voor het uitoefenen van toezicht.

7.3 Voor de op blz. 21 van de Toelichting genoemde afgeleide geheimhoudingsplicht geldt evenzeer wat daaromtrent hierboven onder 5.1 en 5.2 is opgemerkt.

V. *Tot besluit*

Zonder afbreuk te willen doen aan het belang dat wij hechten aan de overige aan de orde gestelde punten, vragen wij toch in het bijzonder aandacht voor het volgende.

Er wordt met de Nota van wijziging beoogd een regeling in te voeren die leidt of kan leiden tot intensiever en omvangrijker toezicht van bovendien meer preventieve aard, waarbij meer personen met ruime bevoegdheden zullen zijn betrokken en de essentieel te achten geheimhoudingsplicht van een advocaat heel algemeen buiten werking wordt gesteld. Het in de Toelichting op zichzelf erkende grote belang van een onafhankelijke advocatuur, ook ten opzichte van de rijksoverheid, brengt mee dat de invoering van een dergelijk ingrijpende regeling pas dan te rechtvaardigen is, indien van de noodzaak daartoe duidelijk en concreet is gebleken. In de toelichting wordt deze noodzaak naar onze opvatting onvoldoende beargumenteerd.

Een toezicht van een aard en een inhoud als hiervoor vermeld maakt het wenselijk dat als tegenwicht er een efficiënte en effectieve wijze van toetsing van de rechtmatigheid van uit te oefenen of uitgeoefend toezicht bestaat. Het lijkt ons dienstig dat dit aspect, waaraan in de Toelichting geen aandacht is geschonken, alsnog nadrukkelijk onder ogen wordt gezien.



Mr. G.J.M. Corstens
President



mr. J.W. Fokkens
Procureur-generaal