

No.W03.12.0089/II

's-Gravenhage, 25 mei 2012

Bij Kabinetsmissive van 21 maart 2012, no.12.000657, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de tweede nota van wijziging bij het voorstel van de 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 toelichting.

De nota van wijziging regelt een herziening van het toezicht op advocaten. Daartoe wordt een onafhankelijk college van toezicht ingesteld, dat een orgaan is van de Nederlandse orde van advocaten (NOvA). Verder worden de geheimhoudingsplicht voor advocaten en bepaalde doorbrekingen daarvan in de wet vastgelegd. Voorts krijgt de algemene raad de opdracht kwaliteitstoetsen uit te voeren. Ten slotte voorziet het voorstel onder meer in de mogelijkheid voor de klager rechtstreeks de tuchtrechter te adiëren, na betaling van een griffierecht.

De Afdeling advisering van de Raad van State is niet overtuigd van de noodzaak en wenselijkheid van de instelling van een college van toezicht, noch van de wenselijkheid een dergelijk college te positioneren als orgaan van de NOvA. Voorts adviseert zij af te zien van het voorstel om een klager rechtstreeks bij de tuchtrechter een klacht te laten indienen en de bestaande situatie te handhaven waarin een klager zich in eerste instantie richt tot de lokale deken. Ten slotte maakt zij nog enkele overige opmerkingen. Zij is van oordeel dat in verband hiermee de nota van wijziging nader dient te worden overwogen.

1. Noodzaak nieuw toezichtstelsel

De Afdeling deelt het standpunt van de regering dat een effectief stelsel van toezicht op de advocatuur van groot belang is. Zij acht evenwel onvoldoende toegelicht dat ter verbetering van dit toezicht het bestaande stelsel niet alleen dient te worden aangepast, maar ook dient te worden aangevuld met een college van toezicht, waardoor een stelsel van toezicht op toezicht ontstaat.

De Afdeling wijst er op dat met betrekking tot het verschijnsel van schending door advocaten van op hen toepasselijke normen en regels, waarvoor het verbeteren van het toezicht een oplossing moet bieden, de toelichting van incidenten spreekt. Niet wordt aangegeven of te verwachten valt dat dergelijke incidenten met enig stelsel van preventief en reactief toezicht voorkomen kunnen worden.

Op dit moment wordt het toezicht op de naleving door advocaten van hetgeen bij of krachtens de advocatenwet is bepaald, met inbegrip van de verordeningen van de NOvA, uitgeoefend door de lokale dekens. Deze kunnen tevens klachten over advocaten, al dan niet op verzoek van de klager, voorleggen aan de tuchtrechter. Volgens de toelichting is de regering van oordeel dat aan dit stelsel het nadeel kleeft dat het in een sterke beslotenheid wordt uitgeoefend en vooral reactief van karakter is. Omdat het verspreid geregeld is, is het daarnaast slechts moeizaam kenbaar. Een en ander noopt, aldus de toelichting, tot herziening van het huidige toezicht.<sup>1</sup> Een

<sup>1</sup> Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 4: Huidige regeling van het toezicht.

volwaardig en modern stelsel van toezicht op de advocatuur dient zich, aldus de toelichting, te kenmerken door volledigheid, uniformiteit, onafhankelijkheid en effectiviteit. Het dient bovendien (mede) preventief van karakter en rechtstreeks te zijn.<sup>2</sup>

Niettemin blijft ook in het voorstel het zwaartepunt van het toezicht bij de lokale dekens berusten en wordt het uiteindelijke toezicht daarop ("de eindverantwoordelijkheid") in handen gelegd van een college van toezicht dat zelf ook orgaan is van de NOvA met betrokkenheid van de algemene raad bij de benoeming van de leden en de goedkeuring van de begroting. Niet wordt uiteengezet dat en waaruit gebleken is dat de lokale dekens hun toezichthoudende taak onvoldoende onafhankelijk hebben uitgeoefend en dat het toezicht op hun functioneren niet voldoende is verzekerd door de landelijke deken. Integendeel, in de toelichting bij het voorgestelde artikel 45b wordt gesteld dat, door in de nieuwe regeling opnieuw een voorname rol toe te kennen aan de dekens, waarborgen worden geschapen voor continuïteit en kwaliteit in het toezichthoudende werk.

Nu naar het oordeel van de Afdeling het stapelen van toezicht op toezicht het stelsel van toezicht extra belast en daarmee afbreuk kan doen aan het huidige efficiënte functioneren daarvan, acht zij onvoldoende overtuigend gemotiveerd waarom het huidige stelsel te kort schiet en waarom, waar het te kort zou schieten, deze tekortkomingen niet binnen het bestaande stelsel kunnen worden weggenomen doch een nieuw stelsel is vereist.

#### *Integraal en uniform toezicht*

Voor zover het huidige toezicht onvoldoende integraal zou zijn en vooral een reactief karakter zou hebben, en dit onvoldoende wordt geacht, wordt niet gemotiveerd waarom de NOvA niet via zelfregulering daarvoor voorzieningen kan treffen en de toezichthoudende en handhavende rol van lokale dekens kan versterken, zoals door de heer Docters van Leeuwen in diens advies van 2010 is geadviseerd.<sup>3</sup> Evenmin wordt gemotiveerd waarom, voor zover er sprake zou zijn van verschillen in het toezicht op naleving en de handhaving van normen en regels per arrondissement en dit ongewenst wordt geacht, de NOvA hierin niet zelf, door middel van verordeningen of interne instructies, grotere landelijke uniformiteit zou kunnen aanbrengen. Daarop zou dan toezicht kunnen worden uitgeoefend door de landelijke deken, met de bevoegdheid ter zake algemene of specifieke aanwijzingen te geven na overleg in het door de NOvA voorgestelde dekenberaad. Zelfregulering is altijd een van de kenmerken van de advocatuur geweest. Niet is aangetoond dat de grenzen van de doelmatigheid en doeltreffendheid daarvan zijn bereikt, noch dat de redenen daarvoor niet langer opgeld doen.

#### *Effectief toezicht*

De wenselijk geachte vergroting van de effectiviteit van het toezicht en van het preventieve karakter daarvan door uitbreiding van het instrumentarium door middel van aansluiting bij titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht kan worden gerealiseerd zonder dat dit een afzonderlijk college van toezicht vereist. Daarbij zou de voorgestelde mogelijkheid van dat college om zelf een klacht bij de tuchtrechter in te dienen aan de landelijke deken kunnen worden toegekend.

<sup>2</sup> Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 5: Hoofdpijnen van het nieuwe toezicht.

<sup>3</sup> A.H.W. Docters van Leeuwen, Het bestaande is geen alternatief, een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur, Nederlandse School voor Openbaar Bestuur, maart 2010.

De Afdeling adviseert de noodzaak en wenselijkheid van instelling van een college van toezicht als orgaan van de NOvA te heroverwegen.

## 2. Positionering van het college van toezicht

Voor het geval het voorstel tot instelling van een college van toezicht wordt gehandhaafd, merkt de Afdeling nog het volgende op.

Enerzijds wordt gesteld dat de onafhankelijkheid van het huidige stelsel te wensen overlaat, omdat het feitelijk neerkomt op toezicht door advocaten op advocaten. Anderzijds wordt naar het oordeel van de Afdeling niet overtuigend aangegeven waarom het niet wenselijk is het college van toezicht, zo daaraan behoefte bestaat, buiten de NOvA te positioneren, in plaats van het de ambigue positie toe te kennen die het nu binnen de NOvA krijgt. Het voorstel plaatst immers het bestuur van de NOvA buiten spel waar het gaat om het functioneren van een van haar organen. In het advies van de heer Docters van Leeuwen is een onafhankelijke, externe systeemtoezichthouder bepleit, een voorstel dat door de NOvA is omarmd. Waarom de bijzondere positie van de advocatuur in het Nederlandse rechtsbestel meebrengt dat een dergelijk extern element in het toezicht niet past en waarom de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid daarmee in het geding zou komen, zoals in de toelichting wordt gesteld,<sup>4</sup> vermag de Afdeling niet in te zien. De verantwoording door deze systeemtoezichthouder kan immers zo worden ingericht dat daarmee geen bevoegdheid voor de minister ontstaat om rechtstreeks te sturen in het toezicht. De Afdeling deelt weliswaar het oordeel van de regering dat de alternatieven voor een benoemingsprocedure welke door de NOvA zijn voorgesteld, niet voor de hand liggen. Door het voorgestelde stelsel, waarbij de leden van het college van toezicht worden benoemd door de minister, zij het op aanbeveling van de algemene raad, en deze zijn begroting vaststelt, ontstaat evenwel het beeld van rechtstreekse betrokkenheid van de minister en daarmee spanning met de onafhankelijke positie ten opzichte van de minister. Dit klemt temeer gezien de taken en bevoegdheden die in het voorstel aan het college worden toegekend. Al met al is het de Afdeling niet duidelijk waarom het als onafhankelijk bedoelde college van toezicht wordt gepositioneerd als orgaan van de NOvA, behalve dat daarmee de kosten van het college ten laste van de NOvA kunnen worden gebracht.

De Afdeling adviseert om, indien het voorstel tot instelling van een college van toezicht wordt gehandhaafd, de positionering daarvan te heroverwegen.

## 3. Algemene of specifieke aanwijzingen aan dekens en andere toezichthouders

Het voorgestelde vijfde lid van artikel 45b bepaalt dat het college van toezicht aan een of meer toezichthouders, waarbij het ingevolge het eerste lid primair om de dekens gaat, algemene of specifieke aanwijzingen kan geven met betrekking tot de uitoefening van hun taken. Deze bepaling heeft een zeer ruime strekking en zal licht tot spanning tussen het college en de desbetreffende toezichthouder leiden. In de bepaling noch in de toelichting wordt gespecificeerd om wat voor soort aanwijzingen het daarbij gaat. In de toelichting is sprake van "doorzettingsmacht" en wordt gesteld dat, indien aanwijzingen niet worden opgevolgd, het college kan besluiten een andere toezichthouder in te schakelen. Daarmee zal de spanning worden vergroot, hetgeen de vraag doet rijzen of voor een dergelijke situatie niet in een procedure van bemiddeling,

<sup>4</sup> Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 6: Advies verbetering toezicht op de advocatuur.

bijvoorbeeld door het landelijke beraad van dekenen, moet worden voorzien. Als "ultimum remedium" verwijst de toelichting naar artikel 45c, dat voorziet in schorsing dan wel ontheffing van de taakuitoefening van een deken door het hof van discipline op verzoek van het college van toezicht. De daar genoemde gronden voor schorsing hebben evenwel geen van alle betrekking op deze conflictsituatie, terwijl ontheffing in dit geval slechts mogelijk is "wegens ongeschiktheid of onbekwaamheid voor de functie dan wel wegens andere zwaarwegende in de persoon van de betrokkenen gelegen redenen"; dit terwijl volgens de toelichting de deken na de ontheffing in functie blijft als lokaal deken. Of dit het hof van discipline, en in beroep de bestuursrechter, voldoende ruimte biedt om het conflict op te lossen, moet worden betwijfeld. De Afdeling adviseert hierop in de toelichting nader in te gaan en het voorstel aan te passen.

#### 4. Indiening klacht bij tuchtrechter

Tegen het advies in van de raden van discipline en het hof van discipline, alsmede van de NOvA, wordt voorgesteld de klager het recht te geven zich rechtstreeks tot de tuchtrechter te wenden. Als reden wordt in de toelichting gegeven dat het bij een moderne regeling van het tuchtrecht past dat iedere belanghebbende zelfstandig en rechtstreeks een klacht kan indienen bij de tuchtrechter.<sup>5</sup> De Afdeling wijst er echter op dat de deken ook thans al elke klacht moet doorsturen als de klager dat wenst.<sup>6</sup> Nu de tuchtrechter zelf aangeeft dat de voorgestelde rechtstreekse toegang zijn rol zal bemoeilijken, behoeft wijziging van het systeem een specifieke motivering. Daarbij dient dan te worden aangegeven, of en in hoeverre het huidige systeem waarbij de deken zo mogelijk vooraf, en niet eerst na terugverwijzing door de tuchtrechter, als bemiddelaar en anders als zeef functioneert, door klagers als onnodig belemmerend wordt ervaren. Nu deze zeef functie ten aanzien van de klager in de vorm van heffing van griffierecht wordt gegoten en in de toelichting wordt aangenomen dat daarmee een drempel wordt opgeworpen, dient bovendien de vraag te worden beantwoord hoe zich dit verhoudt tot de doelstelling om de positie van de cliënt jegens zijn advocaat te versterken. Het belang van de zeef functie van de lokale deken klemmt te meer in geval het een klacht betreft van een ander dan de cliënt van de desbetreffende advocaat. In de toelichting wordt gesteld dat onder "ieder ander met enig redelijk belang" in het eerste lid van artikel 46c bijvoorbeeld ook de advocaat van de tegenpartij of de officier van justitie kan vallen, hetgeen ertoe kan leiden dat nog tijdens een civiele, bestuursrechtelijke of strafprocedure een tuchtprocedure aanhangig is waarbij dezelfde advocaten respectievelijk officier van justitie zijn betrokken. Het komt de Afdeling uiterst wenselijk voor dat de deken ook ten aanzien van dergelijke klachten bemiddelend optreedt en beoordeelt of het conflict tussen de beide procesdeelnemers wel in een tuchtprocedure thuis hoort. Ook de bepaling in het derde en vierde lid van artikel 46l over de omvang van het vooronderzoek en de in het tweede lid van artikel 47a voorziene mogelijkheid van voortzetting van de procedure na intrekking van de klacht, duiden er op dat in het systeem van het tuchtrecht de klager niet als autonome procespartij wordt gezien.

De Afdeling adviseert af te zien van de voorgestelde wijziging van het systeem van indiening van klachten en de bestaande situatie te handhaven.

#### 5. Griffierecht tuchtprocedure

<sup>5</sup> Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 8: Voorbereiding van de nota van wijziging.

<sup>6</sup> Artikel 46e van de Advocatenwet.

Mocht het voorstel van rechtstreekse indiening van klachten worden gehandhaafd, dan merkt de Afdeling ten aanzien van de voorgestelde heffing van griffierechten het volgende op. Als reden om voor het indienen van klachten bij de tuchtrechter door een belanghebbende griffierecht te heffen, noemt de toelichting klagers te bewegen een afweging te maken omtrent het indienen van een klacht, hetgeen er toe kan leiden dat de voorkeur wordt gegeven het geschil op alternatieve wijze te doen beslechten of dit onder de aandacht van de deken te brengen.<sup>7</sup> De Afdeling wijst er op dat vorige kabinetten steeds het standpunt hebben ingenomen dat geen griffierecht in rekening wordt gebracht voor een beroep op tuchtrechtelijke voorzieningen, omdat het belang van het waarborgen van een goede beroepsstandaard is gebaat bij een vrije toegang tot de tuchtrechter.<sup>8</sup> Ook recente wetgeving getuigt daarvan, zoals de wet Dieren.<sup>9</sup> De Afdeling is dan ook van oordeel dat de noodzaak dan wel wenselijkheid van de heffing van griffierecht in dit geval en de daarvan te verwachten effectievere en kostenbesparende wijze van behandeling van klachten een nadere motivering vereist. Zij adviseert daartoe.

#### 6. Overschrijding van de termijn van indiening van een klacht

De Afdeling is van oordeel dat het voor de hand ligt het voorstel van de raden van discipline te volgen en in artikel 46g te bepalen dat niet-ontvankelijkverklaring van een klaagschrift wegens overschrijding van de daar genoemde termijnen achterwege kan blijven indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de klager in verzuim is geweest. Het is een algemeen beginsel van procesrecht dat een termijnoverschrijding verschoonbaar kan zijn en niet-ontvankelijkverklaring om die reden achterwege blijft, mits betrokkene zo snel als mogelijk in actie is gekomen. Dat dit voor de aangeklaagde partij meebrengt dat deze langer in onzekerheid verkeert, is daarvan een logisch en te accepteren gevolg.

De Afdeling adviseert te voorzien in de mogelijkheid een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten.

#### 7. Geschillen omtrent de hoogte van declaraties

Het voorgestelde tweede lid, onderdeel b, van artikel 28 heeft volgens de toelichting ten doel geschillen over declaraties buiten de tuchtrechter te houden. De bepaling spreekt echter van "kunnen worden afgedaan". De toelichting geeft aan dat voor het woord "kunnen" is gekozen, omdat partijen met hun geschil niet de gewone rechter kan worden onthouden. De toelichting geeft echter niet aan of hiermee sprake is van een keuze tussen de in deze bepaling voorziene geschillenregeling en de gang naar de rechter, dan wel dat na "afdoening" van het geschil bezwaarde zich alsnog tot de rechter kan wenden. Ook is uit de bepaling noch uit de toelichting duidelijk of de "gewone" rechter evenals de tuchtrechter (artikel 46g) een klacht niet-ontvankelijk kan verklaren omdat niet eerst de geschillenregeling is beproefd.

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting nader in te gaan en de voorgestelde bepaling op dit punt te verduidelijken.

<sup>7</sup> Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 5: Hoofdpijnen van het nieuwe toezicht.

<sup>8</sup> Zie het kabinetsstandpunt op het rapport Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht, Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 61.

<sup>9</sup> Staatsblad 2011, 345. Na advies van de Raad van State is het griffierecht bij het nader rapport geschrapt (Kamerstukken II 2007/08, 31389, nr. 4).

8. Aangestelden bij het bureau van het college als toezichthouders

Het tweede lid van het voorgestelde artikel 45b voorziet onder b in de mogelijkheid dat het college personen werkzaam bij het bureau van het college belast met het houden van toezicht. De toelichting stelt dat het wenselijk kan zijn om deze medewerkers in te zetten om het werk van dekenen te kunnen controleren of omdat bijvoorbeeld in een zaak persoonlijke belangen van een deken betrokken zijn. Naar het oordeel van de Afdeling wordt hiermee een spanning gecreëerd tussen enerzijds de autonome positie van de deken als toezichthouder en anderzijds het niveau waarop het college in de uitoefening van die toezichthoudende taak kan interfereren. Zij is van oordeel dat in voorkomend geval alleen de onder a en c bedoelde personen voor een dergelijke ingrijpende bemoeienis in aanmerking komen.

De Afdeling adviseert het voorstel dienovereenkomstig aan te passen.

9. Tuchtrechter en schadevergoeding

Naar aanleiding van de consultatie heeft de raad voor rechtsbijstand aandacht gevraagd voor de mogelijkheden voor de tuchtrechter om te beslissen over schadeclaims van cliënten jegens hun advocaten. Volgens de memorie van toelichting zal een en ander betrokken worden bij de invoering van de Kaderwet tuchtprocesrecht. De Afdeling wijst erop dat er al sinds 2008 wetgeving op dit punt in het vooruitzicht wordt gesteld. Zij is van oordeel dat het, met het oog op een effectieve rechtsbescherming, van belang is hiermee niet langer te wachten. Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

10. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging goed te vinden dat de nota van wijziging niet wordt gezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.12.0089/II met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel I, onderdeel G "raad van toezicht" vervangen door: raad.
- Artikel Vb aanpassen in verband met het feit dat de Wet versterking cassatierechtspraak (Stb. 2012, 116) met ingang van 1 juli 2012 in werking treedt.