

Vergaderjaar 2011–2012

32 382

Aanpassing van de Advocatenwet en enige andere wetten in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde en herziening van het toezicht op advocaten (Wet positie en toezicht advocatuur)

Nr. 11

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 mei 2012 en het nader rapport d.d. 10 juli 2012, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bij de tweede nota van wijziging bij het voorstel van de wet tot Aanpassing van de Advocatenwet en enige andere wetten in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde en herziening van het toezicht op advocaten (Wet positie en toezicht advocatuur). Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 21 maart 2012, nr. 12.000657, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake de tweede nota van wijziging bij 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 rechtsorderechtsstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 25 mei 2012, nr. W03.12.0089/II, bied ik U hierbij aan.

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.¹ Een 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.²

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.

¹ Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 4: Huidige regeling van het toezicht.

² Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 5: Hoofdlijnen van het nieuwe toezicht.

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 deken kan versterken, zoals door de heer Docters van Leeuwen in diens advies van 2010 is geadviseerd.³ 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.

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

1. Noodzaak nieuw toezichtstelsel

Met de Afdeling is de regering van mening dat een effectief stelsel van toezicht, in het licht van de positie van de advocaat in onze rechtsorde, essentieel is. Het bestaande toezicht op advocaten schiet op onderdelen zodanig tekort dat aanpassingen noodzakelijk zijn. Kenmerk van een effectief stelsel van toezicht is dat het institutionele waarborgen biedt voor het afleggen van publieke verantwoording. Bij een wettelijk gereguleerd beroep als dat van advocaat hoort optimale transparantie en objectiviteit, alsmede een toezichtsregime dat gericht is op het voorkomen van normschendingen. Het huidige toezicht voldoet niet aan deze eis, zoals ook blijkt uit de tussenrapportage van de heer R.J. Hoekstra van zijn onderzoek in opdracht van de NOvA, naar de kwaliteit, objectiviteit en integriteit van het toezicht⁴. Het huidige toezicht op advocaten is voornamelijk repressief en te weinig proactief van aard. Lokale deken komen veelal alleen in actie naar aanleiding van een concrete klacht of een andere indicatie van normschending. Het toezicht door deken staat daardoor voor een groot deel in het teken van de opmaat naar een tuchtzaak.

Proactief toezicht is nog weinig uit de verf gekomen en vormt een relatief ondergeschikt onderdeel van de werkzaamheden van de deken. Ook de

³ 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.

⁴ R.J. Hoekstra, Tussenrapportage bevindingen interim- rapporteur toezicht advocatuur, Den Haag, 12 juni 2012.

heer R.J. Hoekstra komt in de tussenrapportage tot de constatering dat de klachtenbehandeling door dekens zoveel tijd in beslag neemt dat het proactieve toezicht in het gedrang komt. Het huidige toezicht wordt uitsluitend en in een sterke beslotenheid uitgeoefend door dekens, die niet alleen zelf advocaat zijn – en derhalve zelf onderworpen zijn aan het toezicht dat zij dienen te houden – maar ook worden gekozen door advocaten. Advocaten kiezen daarmee hun eigen toezichthouders, wat zeer ongebruikelijk is bij het toezicht op wettelijk gereguleerde vrije beroepen. Het huidige toezicht wekt de schijn van interne afscherpende geslotenheid, met als risico dat men elkaar niet of onvoldoende aanspreekt op ontoelaatbaar gedrag. Meer algemeen geldt dat het inmiddels gemeengoed is om het toezicht op beroepsbeoefenaren van wettelijk gereguleerde beroepen te doen uitvoeren door of onder (eind)verantwoordelijkheid van een orgaan dat niet bestaat uit leden van die beroepsgroep⁵.

Repressief toezicht heeft de functie van sluitstuk op de toezichthoudende taak, en heeft niet primair het voorkomen van normschendingen tot doel. Reactief toezicht op advocaten volstaat niet, zeker als het ontbreekt aan personen die zich over die normschendingen beklagen. De meeste klachten over gedragingen van advocaten komen van cliënten. In het niet ondenkbare geval dat een cliënt en een advocaat elkaar vinden in een illegale handeling, is de kans op de indiening van een klacht gering. Hetzelfde geldt voor situaties waarin een cliënt de door de advocaat geleverde dienstverlening niet goed inhoudelijk kan beoordelen en daardoor geen wetenschap heeft van een gemaakte beroepsfout. Proactief toezicht is in dat geval veel effectiever.

Een gevolg van het repressieve karakter van het bestaande toezicht is dat toezicht en tuchtrecht onvoldoende van elkaar gescheiden zijn. Toezicht kan leiden tot de indiening van een tuchtklacht, maar is op zichzelf geen tuchtrecht. Anderzijds is tuchtrecht ook geen toezicht. Met de Wet van 29 september 2011 tot wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wet en wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister en van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Stb. 2011, 470; Wijzigingswet Wna) heeft de wetgever er expliciet voor gekozen het toezicht op en tuchtrecht voor notarissen zuiver van elkaar te scheiden.

Ook de uniformiteit van het toezicht is nog onvoldoende verzekerd. Doordat de eindverantwoordelijkheid voor het toezicht bij de lokale dekens berust, is er thans binnen de advocatuur sprake van 19 toezichthouders (10 toezichthouders na invoering van de Wet herziening gerechtelijke kaart). Hierdoor kunnen advocaten in verschillende delen van het land in vergelijkbare situaties te maken krijgen met verschillen in (toepassing van het) toezichtsbeleid, hetgeen afbreuk doet aan de rechtszekerheid en rechtseenheid.

Als het gaat om de probleemanalyse van het huidige toezicht op advocaten, komen de NOvA en de regering voor een belangrijk deel tot dezelfde constatering. Zo merkt de heer A.H.W. Docters van Leeuwen in zijn rapportage aan de NOvA over het bestaande toezicht op dat niet voldoet aan de moderne eisen en op essentiële onderdelen tekort schiet⁶. De NOvA heeft deze rapportage in beginsel onderschreven. Ook de heer Hoekstra komt in zijn tussenrapportage tot de voorlopige bevinding dat verbeteringen in (de uitoefening van) het toezicht op korte termijn noodzakelijk zijn. In de kern gaat het daarbij om institutionele vernieu-

⁵ Vergelijk in deze zin ook I. Giesen en L.M. Coenraad, *Innovaties in de (civiele) rechtspleging*, NJB 2012, nr. 15, pag. 1024.

⁶ A.H.W. Docters van Leeuwen, *Het bestaande is geen alternatief – een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocaten*, Nederlandse School voor Openbaar Bestuur, maart 2010.

wingen, waarmee het toezicht voldoet aan moderne eisen van proactiviteit, transparantie, en objectiviteit. Uitgaande van een op hoofdlijnen gedeelde probleemanalyse, komen de NOvA en de regering vervolgens tot verschillende oplossingsrichtingen. De NOvA geeft de voorkeur aan het door de heer Docters van Leeuwen geadviseerde systeemtoezicht, waarbij een «wijs persoon» is belast met het toezicht op het werk van de deken. Deze systeemtoezichthouder rapporteert jaarlijks in het openbaar en kan voorts alleen advies geven aan de deken. De eindverantwoordelijkheid voor het toezicht op advocaten blijft bij de deken rusten. Naar het oordeel van de regering worden daarmee niet alle eerdergenoemde gebreken van het huidige toezicht, althans niet in voldoende mate, opgelost.

De correctiemechanismen op toezicht onder eindverantwoordelijkheid van de deken, die door met name de NOvA worden geopperd, vormen onvoldoende waarborg voor een institutioneel evenwicht waarbij recht wordt gedaan aan de noodzaak om publieke verantwoording af te leggen. Daarvoor is rechtstreekse en eenduidige sturing nodig. Ook is de onafhankelijkheid van het toezicht onvoldoende verzekerd. In het geval van systeemtoezicht door een «wijs persoon» of door een ander – binnen of buiten de NOvA geplaatst – orgaan zou de beslissingsbevoegdheid in individuele zaken blijven berusten bij (thans) 19 beroepsbeoefenaren, die gekozen zijn door degenen op wie het toezicht wordt uitgeoefend. Het gebrek aan uniformiteit in het huidige toezicht zou verminderd kunnen worden door via verordeningen, werkafspraken en samenwerking binnen een dekenberaad te komen tot zoveel mogelijk eenheid in toezichtsbeleid. Omdat de eindbeslissing in individuele zaken zoals gezegd bij de verschillende deken blijft berusten, is onvoldoende verzekerd dat in vergelijkbare gevallen tot vergelijkbare beslissingen omtrent de uitoefening van het toezichtsbeleid wordt gekomen.

Wanneer klachten tegen advocaten ook in de toekomst uitsluitend met betrokkenheid van de deken kunnen worden ingediend, zoals geadviseerd door de Afdeling en de NOvA, bestaat het risico dat de uitoefening van het toezicht met name zal plaatsvinden in de sleutel van het tuchtrecht. Het toezicht blijft dan een repressief karakter houden, terwijl bovendien aan toezicht en tuchtrecht – anders dan bijvoorbeeld in de toekomst bij notarissen het geval zal zijn – onvoldoende zelfstandige functies toekomen.

Tegen deze achtergrond wordt met de nota van wijziging een college van toezicht ingesteld, dat belast is met de eindverantwoordelijkheid voor het toezicht en dat onafhankelijk staat van zowel de centrale overheid als van de advocatuur (waaronder andere organen van de NOvA). De lokale deken worden daarbij in stelling gebracht als toezichthouders in de zin van artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Zoals de Afdeling terecht opmerkt, blijft in het nieuw voorgestelde systeem een belangrijke rol weggelegd voor de lokale deken. Hiervoor wordt gekozen omdat dekenen zeer ervaren advocaten zijn, met een grote staat van dienst. Zij genieten veel gezag onder beroepsgeenoten. Dankzij hun ervaring zijn zij bij uitstek in staat om snel kennis te nemen van advocatendossiers en tot de kern ervan door te dringen. In een blijvende rol voor de deken bij het nieuwe toezicht zie ik dan ook geen tegenstelling. Van hun waardevolle kennis en ervaring dient ook in de toekomst gebruik te worden gemaakt, aangezien dit bijdraagt aan een effectief toezicht. In het voorstel is, anders dan de Afdeling kennelijk veronderstelt, geen sprake van systeemtoezicht. Van systeemtoezicht, van toezicht op toezicht of van gelaagd toezicht zou wel sprake zijn indien de landelijk deken, het dekenberaad of een «wijs persoon» (zoals voorgesteld door de heer Docters van Leeuwen) belast zou worden met het beoordelen van en rapporteren over de uitoefening van het toezicht door de deken, zonder voor dat toezicht de eindverantwoordelijkheid te dragen en hierin te kunnen ingrijpen. Met het in de nota van wijziging voorgestelde systeem

kan efficiënt en effectief worden opgetreden door de mogelijkheid van rechtstreekse en eenduidige sturing, met behoud van de inzet en expertise van de lokale dekens.

De heer Hoekstra merkt in zijn tussenrapportage op dat de werklast van de dekens in de afgelopen decennia sterk is verzwaard en veranderd. In de jaren «60 van de vorige eeuw waren er nog ongeveer 1.500 advocaten. Het huidige toezicht dateert uit die periode en is ingericht naar de omvang van de beroepsgroep, alsmede de aard van en gebruiken binnen de beroepsgroep in die tijd. Inmiddels is de advocatuur sterk veranderd. Niet alleen is het aantal advocaten meer dan vertienvoudigd (inmiddels ca. 17.000), de beroepsgroep is ook sterk veranderd en veel diverser geworden als gevolg van onder meer de opkomst van megakantoren, vakspecialisatie en een toename van de aard en omvang van de werkzaamheden. Advocaten zijn niet langer alleen procesvertegenwoordiger, maar als gevolg van ontwikkelingen in de samenleving ook adviseur en vertrouwenspersoon, in en buiten rechte. Het toezicht is bij deze ontwikkelingen achtergebleven. Veelal combineren dekens hun toezichthoudende en andere taken met een eigen praktijk als advocaat. Afgezien van het feit dat dit, zoals uit de tussenrapportage van de heer Hoekstra blijkt, meebrengt dat zij mogelijk onvoldoende tijd en zorg aan toezichthoudende werkzaamheden besteden, heeft dit tot gevolg dat dekens hun benoemingsduur veelal beperken tot 2 à 3 jaar, en zich daarna weer op de advocatuurlijke praktijk richten. Hierdoor kan waardevolle kennis en ervaring die met het toezicht is opgedaan verloren raken. De vraag rijst derhalve of op dit moment de opgebouwde ervaring wel voldoende tot zijn recht komt. Van een college van toezicht, ondersteund door een deskundig bureau, dat met het toezicht opgedane kennis en ervaring verzamelt en genereert, kunnen de dekens profiteren, en wordt de continuïteit van het toezichthoudende werk gewaarborgd.

Een overweging die voorts ten grondslag heeft gelegen aan de beslissing om te komen tot instelling van een college van toezicht, is de wens van aansluiting op de vereiste modernisering, zoals deze is of wordt doorgevoerd bij andere wettelijk gereguleerde vrije juridische beroepen. In dat verband zij gewezen op de brief van 5 maart 2010 van de toenmalige Minister van Justitie aan de Tweede Kamer⁷, waarin een kabinetsvisie wordt beschreven op de in de toekomst wenselijke en mogelijke inrichting van het toezicht op wettelijk geregelde vrije juridische beroepen (advocaten, gerechtsdeurwaarders en notarissen). Ook het huidige kabinet onderschrijft deze visie ten volle⁸. Een uitgangspunt van het beleid dat ten aanzien van de drie genoemde beroepsgroepen wordt gevolgd, is dat wettelijke systemen die op hen van toepassing zijn zoveel mogelijk gelijk dienen te zijn, tenzij er gegronde redenen zijn om – bijvoorbeeld gelet op de aard en de positie van het beroep – tot een afwijkende regeling te komen. Dat uitgangspunt wordt ook hier gevolgd. Met het voorliggende wetsvoorstel wordt derhalve niet alleen een stap gezet ter versterking van het toezicht op advocaten als zodanig, waarvan de noodzaak breed wordt gedeeld en door de Afdeling advisering van de Raad van State op zichzelf ook niet wordt bestreden. Ook wordt bereikt dat dit toezicht aansluit bij dat op andere, sterk verwante beroepen, waarmee de rechtseenheid en de rechtsgelijkheid in belangrijke mate is gediend.

Met het voorstel wordt het zelfregulerend karakter van de advocatuur zoveel mogelijk in stand gelaten. Het toezicht ziet met name op de naleving door advocaten van beroepsnormen en gedragsregels. Deze zijn voornamelijk neergelegd in verordeningen en vergelijkbare regelingen die

⁷ Kamerstuk, 32 123 VI, nr. 87.

⁸ Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 7 februari 2011, Kamerstuk 32 500 VI, nr. 81.

door de NOvA zelf worden vastgesteld. De verordenende bevoegdheden van het college van afgevaardigden van de NOvA blijven derhalve in stand.

De nota van toelichting is naar aanleiding van het voorgaande aangepast en aangevuld.

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,⁹ 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.

2. Positionering van het college van toezicht

In het voorgaande is al aangegeven dat in de visie van de regering als uitgangspunt dient te gelden dat het toezicht op wettelijk gereguleerde vrije juridische beroepen zoveel mogelijk op dezelfde wijze wordt vormgegeven, tenzij er gegronde redenen zijn om te komen tot afwijkingen. Bij de vormgeving van toezicht ligt het instellen van een externe toezichthouder doorgaans voor de hand. Met extern wordt in dit geval bedoeld een buiten de organisatie van de beroepsgroep geplaatste toezichthouder. Doorgaans zal een dergelijke externe toezichthouder naar zijn aard deel gaan uitmaken van de centrale overheid. Bij notarissen en gerechtsdeurwaarders wordt die weg ook gevolgd. Met de Wijzigingswet Wna wordt het Bureau Financieel Toezicht (BFT) integraal toezichthouder op het notariaat. Het BFT is een zelfstandig bestuursorgaan, waarvoor

⁹ Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 6: Advies verbetering toezicht op de advocatuur.

uiteindelijk de Minister van Veiligheid en Justitie verantwoordelijkheid draagt. Bij het opstellen van de nota van wijziging is de mogelijkheid overwogen om ook het BFT te belasten met het (integrale) toezicht op advocaten. Hiervan is uiteindelijk afgezien, gelet op de bijzondere positie die de advocatuur inneemt binnen onze rechtsorde. Iedere rechtzoekende moet erop kunnen rekenen dat zijn advocaat in volledige vrijheid en onafhankelijk voor zijn zaak opkomt, en dat hij in het volste vertrouwen informatie met hem kan delen. Om die reden beschikt de advocaat ook over een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht ten behoeve van zijn cliënt.

Goed toezicht op advocaten is niet mogelijk zonder dat daarbij inzage kan worden verkregen in cliëntendossiers. Zou het toezicht worden uitgeoefend door een organisatie die onder de verantwoordelijkheid valt van de centrale overheid, dan zou de centrale overheid, in de persoon van de toezichthouder, kennis kunnen nemen van dossiers bij advocaten die vertrouwelijke cliëntengegevens bevatten welke mogelijk ook van belang zijn in zaken van diezelfde overheid tegen de betreffende cliënt. Dit levert met name in strafzaken bezwaren op. Indien bijvoorbeeld het BFT belast zou zijn met het rechtstreekse toezicht op advocaten, zou de centrale overheid, in bredere zin, die in een strafzaak de wederpartij is van de cliënt van een advocaat via de weg van het toezicht op de advocaat feitelijk kennis kunnen nemen van relevante vertrouwelijke gegevens. Hierdoor kan de positie van rechtzoekenden in gedrang komen, hetgeen mogelijk strijdigheid oplevert met artikel 6 EVRM.

Om de onafhankelijke positie van de advocaat voldoende te kunnen waarborgen, wordt er met dit voorstel voor gekozen het college van toezicht onder te brengen als orgaan binnen de NOvA. De door de Afdeling genoemde vergelijking met de door de NOvA omarmde gedachte van een onafhankelijk, extern «wijs persoon» gaat niet op, omdat deze uitsluitend de positie heeft van systeemtoezichthouder. Deze zou slechts kunnen adviseren en rapporteren, zonder zich in voorkomende gevallen rechtstreeks te kunnen bemoeien met de uitoefening van het toezicht en zonder de eindverantwoordelijkheid hiervoor te dragen.

De regering ziet geen gevaar voor spanning met de onafhankelijke positie van het college ten opzichte van de Minister van Veiligheid en Justitie. Anders dan de Afdeling kennelijk veronderstelt, worden leden van het college op grond van het voorgestelde artikel 36a, tweede lid, niet benoemd door de minister, doch bij koninklijk besluit op voordracht van de minister. De minister kan hierbij uitsluitend personen voordragen die zijn geadviseerd door de NOvA. Deze wijze van benoeming is grotendeels ontleend aan artikel 5c van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra), dat betrekking heeft op de benoeming van leden van de rechterlijke macht. Die procedure waarborgt dat personen worden benoemd die onafhankelijk van de centrale overheid kunnen beslissen in rechtszaken. Die regeling is derhalve bij uitstek geschikt als blauwdruk voor de wijze van benoeming van leden van het college. Aan de onafhankelijke positie van het college wordt evenmin afbreuk gedaan met de betrokkenheid van de minister bij de begroting van het college. De minister stelt niet de begroting vast – dat doet het college op grond van het voorgestelde artikel 45d, eerste lid, zelf – doch dient hieraan goedkeuring te geven. Dit veronderstelt een relatief marginale toets door de minister, welke beoogt te waarborgen dat een niet zodanige begroting wordt voorgesteld dat de taakuitoefening door het college feitelijk illusoir wordt.

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, bijvoorbeeld door het landelijke beraad van dekens, 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.

3. Algemene of specifieke aanwijzingen aan dekens en andere toezichthouders

Het voorgestelde artikel 45b, eerste lid, geeft aan het college van toezicht de bevoegdheid om algemene of specifieke aanwijzingen te geven aan dekens met betrekking tot de uitoefening van het toezicht. Deze bevoegdheid is noodzakelijk om de eindverantwoordelijkheid van het college voor het toezicht tot zijn recht te laten komen, om de uitvoering van het toezichtsbeleid te kunnen waarborgen en om uniform toezicht te bereiken. In principe kunnen dekens zonder opdracht of instructies van het college te werk gaan; de wet attribueert rechtstreeks aan hen toezichthoudende taken. Als gevolg van deze attributie zou het college, zonder de mogelijkheid van het geven van aanwijzingen, feitelijk geen eindverantwoordelijkheid voor het toezicht kunnen nemen. Algemene aanwijzingen zullen veelal het karakter hebben van toezichtsbeleid. Het toezichtsbeleid zal in de praktijk door het college in samenwerking met of soms zelfs op voorstel van de dekens worden ontwikkeld. Een specifieke aanwijzing zal veelal betrekking hebben op een individuele zaak. Een dergelijke aanwijzing kan bijvoorbeeld zijn dat een deken wordt gevraagd een onderzoek naar een advocaat of advocatenkantoor te starten, waarbij de deken er zelf eerder voor heeft gekozen hiertoe niet over te gaan. Het ligt voor de hand dat een dergelijke specifieke aanwijzing niet snel zal worden gegeven zonder dat het college daaraan voorafgaand in dialoog met de betrokken deken is getreden. De vrees dat de bepaling licht tot spanning tussen het college en de betrokken toezichthouder zal leiden, wordt dan ook niet gedeeld. In voorkomende gevallen dient het college echter de mogelijkheid te hebben om met een aanwijzing in te grijpen.

Zonder de mogelijkheid voor het college om een andere toezichthouder in te schakelen indien aanwijzingen niet worden opgevolgd, zou de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing in de praktijk van weinig of generlei waarde kunnen blijken. Ook zou het de mogelijkheden om, bij gebleken noodzaak, direct in concrete toezichtszaken in te grijpen aanzienlijk beperken. Ook hiervoor geldt dat van deze mogelijkheid in de praktijk niet snel gebruik zal worden gemaakt zonder voorafgaand overleg tussen het college en de betrokken deken. Een procedure van bemiddeling

kan bijdragen aan het voorkomen of oplossen van eventuele spanningen tussen het college en de betrokken deken, doch behoeft geen afzonderlijke wettelijke regeling. In de eerste plaats kan dit door betrokkenen zelf in de praktijk worden georganiseerd, hetgeen ook past bij zorgvuldig handelende organen. Bovendien moet worden voorkomen dat een verplichte bemiddelingsprocedure leidt tot ongewenste vertragingen in de uitoefening van toezichtsbevoegdheden in gevallen waarin direct ingrijpen noodzakelijk is.

In het uitzonderlijke geval dat een deken zich (bij herhaling) niet conformeert aan aanwijzingen van het college, kan er sprake zijn van een conflictsituatie als bedoeld door de Afdeling. Op grond van het voorgestelde artikel 45c, vijfde lid, kan het college het hof van discipline in dat geval als ultimatum remedium verzoeken de deken te doen ontheffen van diens toezichthoudende taken, wegens zwaarwegende in de persoon van de deken gelegen redenen. Het gaat in dat geval niet om het oplossen van een conflict tussen het college en de deken in de zin dat partijen nader tot elkaar komen, doch het waarborgen van de goede en uniforme uitvoering van het toezichtsbeleid. De bedoelde ontheffing kan geen betrekking hebben op de andere dan de toezichthoudende taken van de deken. De deken is door advocaten gekozen als vertegenwoordiger van de lokale orde, en heeft uit dien hoofde ook vertegenwoordigende taken te vervullen buiten het toezicht om. Met deze andere taken heeft het college geen enkele bemoeienis.

De toelichting op de nota van wijziging is naar aanleiding van het voorgaande aangevuld.

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.¹⁰ De Afdeling wijst er echter op dat de deken ook thans al elke klacht moet doorsturen als de klager dat wenst.¹¹ 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 klemt 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

¹⁰ Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 8: Voorbereiding van de nota van wijziging.

¹¹ Artikel 46e van de Advocatenwet.

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.

4. Indiening klacht bij tuchtrechter

Er ligt een aantal redenen ten grondslag aan de keuze om in het vervolg een ieder met enig redelijk belang de bevoegdheid te geven om rechtstreeks, derhalve zonder verplichte voorafgaande betrokkenheid van de deken, een klacht in te laten dienen bij de tuchtrechter. Aan de klager, veelal de cliënt van de betrokken advocaat, wordt daarmee een sterkere, eigenstandige positie toegekend. Op dit moment dienen klachten immers altijd te worden ingediend via de deken. Het klopt dat de deken op grond van het huidige artikel 46e, eerste lid, van de Advocatenwet de klacht ter kennis moet brengen van de raad van discipline indien de klager hierom verzoekt. De regering ziet dit als een bevestiging van het feit dat er geen principiële bezwaren bestaan tegen de mogelijkheid van het rechtstreeks indienen van klachten bij de tuchtrechter. Met die mogelijkheid wordt dan ook aangesloten bij het systeem van het indienen van tuchtklachten dat al sinds jaar en dag geldt bij andere wettelijk gereguleerde vrije beroepen. Vanuit de tuchtcolleges en beroepsorganisaties van die andere beroepen is niet het signaal gekomen dat de rechtstreekse toegang de rol van die colleges bemoeilijkt. De scheiding tussen tuchtrecht en toezicht wordt met de nieuw voorgestelde regeling zuiverder dan in de huidige situatie, hetgeen aansluit bij de wens om het toezicht sterker proactief en minder repressief van karakter te laten zijn.

De rol van de deken als vooronderzoeker in het tuchtrecht (artikel 46l en verder) is anders van aard dan diens huidige rol voorafgaand aan het ter kennis brengen van een tuchtklacht aan de raad van discipline. Als vooronderzoeker treedt de deken op namens de tuchtrechter. De voorzitter van de raad van discipline bepaalt de omvang van het vooronderzoek (artikel 46l, derde lid) en kan de vooronderzoeker aanwijzingen geven (artikel 46m, eerste lid). Ook kan de voorzitter hem opdragen een minnelijke schikking te beproeven. Omdat de deken zijn bevoegdheden als vooronderzoeker uitoefent namens de raad van discipline, kleeft aan zijn nieuwe rol niet het bezwaar van de schijn van belangenverstremming of vooringenomenheid als gevolg van het feit dat hij ook advocaat is. Indien de klager van mening is dat het beproeven door de vooronderzoeker van bemiddeling onnodig belemmerend werkt, kan de voorzitter van de raad van discipline – indien hij deze mening deelt – besluiten ervan af te zien die taak aan de deken op te dragen. Veelal zal het in het voordeel zijn van de klager wanneer een vooronderzoeker wordt aangewezen, aangezien deze vooreerst tot taak heeft de klacht te onderzoeken en bewijsmiddelen te verzamelen. Het zal derhalve niet snel voorkomen dat een klager de rol van de vooronderzoeker als belemmering ervaart. Met de Wijzigingswet Wna wordt de vooronderzoeker ook ingevoerd in het tuchtrecht voor notarissen. Daarbij geldt dat, na indiening van een klacht, een vooronderzoeker kan worden aangesteld die bemiddeling kan beproeven. Er zijn geen signalen ontvangen dat die systematiek bij het notariaat als belemmerend zou kunnen worden ervaren. Voorts zij opgemerkt dat het Verbond van Verzekeraars, die de nota van wijziging naar eigen zeggen heeft benaderd vanuit het perspectief van cliënten van advocaten, in zijn advies op het consultatiedocument heeft aangegeven dat met de mogelijkheid van het rechtstreeks kunnen indienen van een klacht transparanter wordt op welke wijze men zijn beklag kan doen over een advocaat. Volgens het Verbond past deze verdere borging van het

cliëntenbelang goed in de algemene maatschappelijke tendens van een mondige burger, die hiermee daadwerkelijk meer instrumenten in handen krijgt. Het standpunt dat de klager met de nieuwe procedure niet als autonome procespartij wordt gezien, wordt derhalve niet gedeeld. Met de Afdeling is de regering van mening dat het wenselijk is dat de deken ook bemiddelend kan optreden in klachten die zijn ingediend door anderen dan de cliënten van advocaten, en kan beoordelen of bijvoorbeeld een conflict tussen procesdeelnemers (zoals een advocaat en een officier van justitie) in een tuchtprocedure thuis hoort. De nieuwe procedure laat hiertoe ook alle ruimte. De voorzitter van de raad van discipline kan in het geval de klacht is ingediend door een dergelijke andere procesdeelnemer, de deken in het vooronderzoek hiermee belasten. In zijn verslag aan de voorzitter van de raad van discipline (artikel 46l, vijfde lid) kan de deken hierover een oordeel uitspreken. Gelet op het feit dat hiermee belangen van cliënten van advocaten beter worden gediend, aan het tuchtrecht en toezicht meer zelfstandige posities worden toegekend en het tuchtprocesrecht beter aansluit op de systematiek bij andere wettelijk gereguleerde vrije beroepen, wordt de mogelijkheid om rechtstreeks een klacht in te dienen bij de tuchtrechter in het voorstel gehandhaafd. Op de invoering van het griffierecht wordt in het onderstaande ingegaan.

5. Griffierecht tuchtrechtprocedure

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.¹² 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.¹³ Ook recente wetgeving getuigt daarvan, zoals de wet Dieren.¹⁴ 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.

5. Griffierecht tuchtrechtprocedure

Gelet op de schaarse capaciteit van de tuchrechtspraak is het van belang is dat niet alle zaken direct voor de tuchtrechter worden gebracht. Op dit moment staat het afwegingsmechanisme niet steeds in verhouding tot het belang van de zaak. Ook binnen het tuchtrecht kan het instrument van het griffierecht op dit punt een rol spelen. Het griffierecht is een goed instrument om te bevorderen dat klagers een weloverwogen keuze maken. Het griffierecht is een nuttig instrument, overigens onder de voorwaarde dat de klager die gelijk krijgt het griffierecht steeds terug ontvangt.

¹² Memorie van Toelichting, Algemeen, punt 5: Hoofdpijnen van het nieuwe toezicht.

¹³ Zie het kabinetsstandpunt op het rapport Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht, Kamerstuk 29 279, nr. 61.

¹⁴ Staatsblad 2011, 345. Na advies van de Raad van State is het griffierecht bij het nader rapport geschrapt (Kamerstuk, 31 389, nr. 4).

Met de Wet tuchtrechtspraak accountants is in het verleden al gekozen voor de invoering van een – eveneens relatief laag – griffierecht in het tuchtrecht voor accountants. Het principe dat het griffierecht geen plaats zou kunnen hebben in het tuchtrecht is daarmee destijds al verlaten. Het klopt dat het waarborgen van een goede beroepsstandaard is gebaat bij een laagdrempelige toegang tot de tuchtrechter. Daarom wordt er in het voorstel ook voor gekozen het griffierecht op een relatief laag bedrag vast te stellen. In het geval de klacht wordt ingetrokken omdat een minnelijke schikking kon worden bereikt, is de betrokken advocaat gehouden de klager het griffierecht te vergoeden aan de klager. Ook ingeval de klacht geheel of gedeeltelijk gegrond wordt verklaard, dient de betrokken advocaat het griffierecht te vergoeden. Klagers die, om welke reden dan ook, het griffierecht niet kunnen of willen betalen, doch wel een klacht onder de aandacht van de tuchtrechter willen brengen, kunnen gebruik maken van een andere weg. Zij kunnen zich bijvoorbeeld tot de deken wenden. Indien de deken een tuchtzaak aanhangig maakt bij de raad van discipline, is geen griffierecht verschuldigd (artikel 46ca, vijfde lid). Hiermee wordt enerzijds gewaarborgd dat niet lichtzinnig klachten worden ingediend bij de tuchtrechter, terwijl anderzijds niet zodanige financiële of andere drempels worden opgeworpen dat het indienen van een tuchtklacht voor met name cliënten van advocaten illusoir wordt. Deze maatregel leidt daardoor, mede in combinatie met maatregelen die zien op het stimuleren van de gang naar een geschillencommissie, tot een efficiënte wijze van inzet van de schaarse capaciteit bij de tuchtrechter. De toelichting op de nota van wijziging is naar aanleiding van het voorgaande aangevuld.

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.

6. Overschrijding van de termijn van indiening van een klacht

In hun advies op het consultatiedocument stellen de raden van discipline voor om een bepaling op te nemen omtrent de overschrijding van de termijn voor de indiening van een klacht. Op grond van die bepaling zou de niet-ontvankelijkverklaring van een na afloop van de in het eerste en tweede lid van artikel 46g bedoelde termijn ingediend klaagschrift achterwege moeten kunnen blijven, indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de klager in verzuim is geweest. De Afdeling merkt terecht op dat het een algemeen beginsel van procesrecht is 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 beginsel is neergelegd in het voorgestelde tweede lid van artikel 46g, waarin is bepaald dat niet-ontvankelijkverklaring van de in het eerste lid van dat artikel bedoelde termijn achterwege blijft, indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klaagschrift een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als

bekend geworden zijn aan te merken. Het bepaalde in het eerste en tweede lid van artikel 46g biedt daarmee in redelijkheid voldoende ruimte voor het indienen van een klacht door betrokkenen die zo snel mogelijk in actie komen.

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.

7. Geschillen omtrent de hoogte van declaraties

Met de opmerking in de toelichting dat partijen – ook in het geval van het bestaan van een geschillenregeling uiteindelijk nooit bij de normale rechter weggehouden kunnen worden – is het volgende bedoeld. In geval van aansluiting door een beroepsbeoefenaar bij een geschillenregeling is veelal sprake van een overeenkomst tot arbitrage, bedoeld in artikel 1020 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) of van een bindend advies. Voor arbitrage is vereist dat partijen een schriftelijke overeenkomst daartoe zijn aangegaan. Wanneer één der partijen zich daarop beroept, dient de gewone rechter zich in beginsel onbevoegd te verklaren om van het geschil kennis te nemen (artikel 1022 Rv). De gang naar de gewone rechter is echter niet geheel uitgesloten, omdat op grond van artikel 1064 Rv in bijzondere gevallen tegen een arbitraal eindvonnis de rechtsmiddelen vernietiging (artikel 1065 en verder Rv) en herroeping (artikel 1068 Rv) openstaan. Deze weg kan niet worden afgesneden voor partijen.

Bij bindend advies komen partijen in de vorm van een vaststellingsovereenkomst (artikel 7:900 en verder BW) overeen om hun geschil aan een derde, niet zijnde een overheidsrechter, voor te leggen en om de beslissing van deze derde als geldige overeenkomst tussen hen te aanvaarden. De bepalingen in het BW over de vaststellingsovereenkomst geven een wettelijk kader voor het formaliseren van het bindend advies. Bij bindend advies is een vervolgpprocedure voor de gewone rechter niet uitgesloten, omdat het bindend advies (anders dan arbitrage) op zichzelf geen executoriale titel kan opleveren. Het in rechte afdwingen van nakoming van het resultaat van bindend advies vereist derhalve tussenkomst van de gewone rechter. Daarnaast kan een gang naar de gewone rechter niet worden uitgesloten, indien een vaststellingsovereenkomst niet alleen in strijd is met dwingend recht, maar tevens naar inhoud en strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde (artikel 7:902 BW). Indien de gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar (artikel 7:904 BW).

Met de door de Afdeling bedoelde opmerking in de toelichting is derhalve niet beoogd aan te geven dat er sprake is van een keuze tussen de in

artikel 28, tweede lid, onderdeel b, Advocatenwet bedoelde regeling en de gang naar de gewone rechter. Bedoeld is dat één der betrokken partijen na afdoening van het geschil op grond van de geschillenregeling, waarbij sprake is van arbitrage of bindend advies, in specifieke gevallen – namelijk voor zover het BW en Rv die mogelijkheden bieden – nog de gang naar de gewone rechter kan maken. De gewone rechter zal zijn bevoegdheid tot kennisneming van een dergelijke zaak moeten beoordelen aan de hand van het bepaalde in de artikelen 1020 en verder Rv respectievelijk de artikelen 7:900 en verder BW. Omdat het gebruik van het begrip «kunnen» in artikel 28, tweede lid, onderdeel b, kennelijk aanleiding kan geven tot misverstanden, is dit begrip geschrapt uit de wettekst. Ook de toelichting is op dit onderdeel aangepast.

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 deken 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.

8. Aangestelden bij het bureau van het college als toezichthouders

De Afdeling is van oordeel dat geen personen die werkzaam zijn bij het bureau van het college ingezet kunnen worden, ingeval het college van toezicht andere toezichthouders dan de deken wil inzetten om het werk van deken te kunnen controleren of wanneer in een zaak persoonlijke belangen van een deken betrokken zijn. De regering ziet niet in waarom van het inzetten van deze personen in genoemde gevallen spanningen te verwachten zouden zijn 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. Zoals eerder al is aangegeven, is het college van toezicht niet aan te merken als een systeemtoezichthouder, maar draagt het de eindverantwoordelijkheid voor de uitoefening van het toezicht. Daarbij past dat het college de mogelijkheid heeft om rechtstreeks – bijvoorbeeld door de inzet van «eigen» medewerkers – te interfereren in toezichthoudende werkzaamheden. Het hiertoe inzetten van personen als bedoeld in artikel 45b, tweede lid, onderdelen a (andere leden van een raad van een orde in een arrondissement) en c (andere personen die met het oog op een specifieke deskundigheid in het kader van het toezicht worden ingezet), heeft verschillende nadelen. Andere leden van de raad van een orde staan binnen die raad in een bestuurlijke relatie tot de betrokken deken en kunnen in die relatie ook rechtstreeks betrokken zijn bij inhoudelijke werkzaamheden van de deken. De lokale deken is immers de voorzitter van de lokale raad. Het inzetten van die categorie van personen voor de door de Afdeling bedoelde werkzaamheden zou juist tot spanningen kunnen leiden. Het inzetten van personen als bedoeld in onderdeel c heeft als nadeel dat zij in principe slechts incidenteel of op ad hoc basis worden ingezet. De inzet van eigen medewerkers biedt betere waarborgen voor de inzet van ervaren personen, die daadwerkelijk onafhankelijk staan ten opzichte van (het werk van) de betrokken deken.

9. Tuchtrecther en schadevergoeding

Naar aanleiding van de consultatie heeft de raad voor rechtsbijstand aandacht gevraagd voor de mogelijkheden voor de tuchtrecther 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.

9. Tuchtrecther en schadevergoeding

De regering deelt het standpunt van de Afdeling dat de effectieve rechtsbescherming ermee is gediend wanneer in het tuchtrecht eenvoudiger wordt overgegaan tot het toekennen van schadevergoedingen aan cliënten van advocaten. Hiermee kunnen afzonderlijke procedures voor de civiele rechter zoveel mogelijk worden voorkomen. In de nota van wijziging is daarom naar aanleiding van het advies van de Afdeling een wijziging van artikel 48b van de Advocatenwet opgenomen. Het huidige artikel 48b van de Advocatenwet voorziet al in de mogelijkheid voor de tuchtrecther om de verplichting tot betaling van een schadevergoeding op te leggen als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijk opgelegde tuchtmaatregel. De nieuwe formulering van artikel 48b sluit aan bij artikel 8.31, zevende lid, van de nog inwerking te treden Wet dieren. Het nieuwe artikel voorziet erin dat de tuchtrecther aan de advocaat een verplichting kan oplegging tot betaling van een schadevergoeding als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijk opgelegde tuchtmaatregel, voor zover de geleden schade niet meer bedraagt dan € 5.000 euro. De toelichting is dienovereenkomstig gewijzigd.

Ten overvloede wordt opgemerkt dat artikel 8.31, zevende lid, Wet dieren en het nieuw voorgestelde artikel 48b Advocatenwet tot doel hebben om dubbele procedures zoveel mogelijk te voorkomen. Daar staat tegenover dat de tuchtrecther naar zijn aard geen civiele rechter is. De gang naar de tuchtrecther leent zich naar zijn aard niet voor omvangrijke schadevergoedingen of ingewikkelde beoordelingen van de vermeende onrechtmatigheid van gedragingen, waarover zich in het civielrecht een uitgebreide jurisprudentie heeft ontwikkeld. Bij ingewikkelde zaken, of wanneer omvangrijke schade is geleden, ligt de gang naar de civiele rechter voor de hand. Om deze reden wordt de omvang van schadevergoeding die als opschortende voorwaarde opgelegd kan worden gesteld op maximaal € 5.000. Dit bedrag is ontleend aan de vóór 1 juli 2011 geldende competentiegrens van de kantonrechter in handelszaken. Gelet op de aard van het tuchtrecht en de wens om ingewikkelde of meer omvangrijke acties uit schadeloosstelling ter beoordeling aan de civiele rechter te laten, betekent de verhoging van de competentiegrens van de kantonrechter nog niet automatisch een verhoging van het bedoelde schadebedrag.

10. Redactionele kanttekeningen

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

10. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt. Van de gelegenheid is voorts gebruik gemaakt om het voorstel op enkele onderdelen aan te vullen, met name naar aanleiding van nagekomen voorstellen van de raden van discipline.

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 vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging en de gewijzigde toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
F. Teeven

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.