

Bijlage bij de reactie van de Nederlandse Orde van Advocaten op het consultatiedocument 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.

Inleiding

Op 7 juli 2011 is de tweede nota van wijziging in verband met herziening toezicht advocatuur in consultatie gegaan. De Nederlandse Orde van Advocaten is gevraagd een reactie te geven over dit consultatiedocument. De Algemene Raad ziet aanleiding om te reageren. Voor de principiële bezwaren tegen het consultatievoorstel verwijst de Algemene Raad naar de brief van 18 november 2011. Daarnaast hecht de Algemene Raad een groot belang aan het geven van enkele praktische en wetstechnische knelpunten. Hiertoe dient deze bijlage.

Artikelen 2, 2a, 2b, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9aa, 9b, 10a, 12, 17a, 20, 23, 24, 28a, 31, 32, 37, 38, 45b, 46c, 46d, 46fa, 53, 60aa, 60af en 60g

Het wetsvoorstel wijzigt de benaming van de Raden van Toezicht in Raden van de Orde in het arrondissement. De benaming van de Raden van Toezicht hangt uiteraard af van de taken van deze raden. De Algemene Raad heeft principiële bezwaren tegen de verlegging van de toezichttaak van de deken naar het College van Toezicht. Het toezichtmodel dat de Orde van Advocaten voorstaat leidt ertoe dat de Raden van Toezicht de huidige benaming dienen te behouden.

Artikel 4, lid 1, sub c

In dit artikel wordt verwezen naar de niet bestaande bepaling in artikel 8, lid 8. Waarschijnlijk dient te worden verwezen naar artikel 8c, lid 2.

Artikel 8a

In artikel 8a, lid 3, wordt geregeld dat de gegevens als bedoeld in artikel 8a, tweede lid, onder b tot en met e (geldboete / schadevergoeding en schorsing / schrapping), door derden kunnen worden ingezien, gedurende tien jaren na het onherroepelijk worden van de beslissing. Allereerst is onduidelijk waarom een verschil is gemaakt met de gegevens van de openbare lijst van artikel 8b. Voorts leidt de publicatie van deze gegevens voor potentiële cliënten ertoe dat praktijkuitoefening door deze advocaat gedurende tien jaren onmogelijk kan worden. De gevolgen van deze bepaling zijn zeer ingrijpend en mogelijk in sommige gevallen disproportioneel. Een meer flexibele regeling zou zijn een termijn van vijf jaren, waarbij de raad van discipline en het hof van discipline de mogelijkheid krijgen deze termijn te verlengen. Bijkomend voordeel is dat daarmee een extra sanctiemogelijkheid wordt gecreëerd.

Artikel 8b

In artikel 8b wordt geregeld de openbare lijst met gegevens over advocaten die een onherroepelijke maatregel van schrapping of schorsing opgelegd hebben gekregen. Deze lijst blijft zonder tijdsbeperking openbaar. Voor deze bepaling geldt eveneens dat zij de praktijkuitoefening feitelijk onmogelijk maakt. De gevolgen zijn zeer ingrijpend en (vooral in het geval van schorsing) mogelijk disproportioneel. Om die reden zou ook deze publicatie van de lijst aan eenzelfde termijn moeten zijn gebonden als in artikel 8a.

Artikel 8c lid 3

De bepaling van de termijn, waarbinnen opnieuw kan worden verzocht om inschrijving op het tableau, wordt overgelaten aan de Algemene Raad. De Algemene Raad is van mening dat, vanwege de kenbaarheid, beter kan worden gekozen voor een vaste

termijn met een hardheidsclausule. De raden van toezicht hebben reeds een vaste termijn van drie jaar afgesproken.

Artikel 8f

De zinsconstructie is niet goed. Een betere tekst zou zijn: “Schrapping van het tableau brengt mee verlies van betrekkingen, waarbij de hoedanigheid van advocaat is vereist voor verkiesbaarheid of benoembaarheid”.

Artikel 10a, tweede lid

In deze bepaling is de zinsnede “zien toe op de naleving van plichten van advocaten als zodanig” komen te vervallen. De Algemene Raad heeft principiële bezwaren tegen de verlegging van de toezichttaak van de deken naar het College van Toezicht. Het toezichtmodel dat de Orde van Advocaten voorstaat, leidt ertoe dat de schrapping van deze zin ongedaan moet worden gemaakt. Voorts is de begrenzing van de geheimhoudingsplicht te ruim opengelaten door de verwijzing naar ‘het recht’ in artikel 10a, eerste lid, sub e. Zie hierover het commentaar op artikel 11a. De Algemene Raad stelt voor deze wijziging ongedaan te maken.

Artikel 11a

In dit artikel wordt de geheimhoudingsplicht van de advocaat vastgelegd. De Algemene Raad is verheugd dat de geheimhoudingsplicht wettelijk wordt vastgelegd. Helaas wordt direct een ruime mogelijkheid gelaten die geheimhoudingsplicht te doorbreken. De geheimhoudingsplicht kan worden doorbroken bij of krachtens de wet. Hierdoor wordt de mogelijkheid gecreëerd de geheimhoudingsplicht ook met lagere regelgeving te doorbreken. Uit de geldende jurisprudentie blijkt dat de geheimhoudingsplicht enkel in uitzonderlijke gevallen kan worden doorbroken. Een dergelijke belangrijke kernwaarde dient, in het belang van de rechtzoekende, ook slechts bij wet doorbroken te kunnen worden. Het voorstel is om de tekst “bij of krachtens de wet” te vervangen door de tekst “bij de wet”.

Overigens gaat de memorie van toelichting, op pagina 17, uit van een verkeerde veronderstelling. De geheimhoudingsplicht is niet enkel in de gedragsregels 1992 neergelegd, maar ook in de wettelijke bepalingen van artikel 272 Wetboek van Strafrecht.

In het voorstel wordt de geheimhoudingsplicht doorbroken ten behoeve van de toezichthouder (de deken en andere personen belast met het toezicht), de kwaliteitstoetsers, de vooronderzoeker en de rapporteurs op grond van artikel 60c. De advocaat, noch zijn medewerkers en personeel, noch andere personen die betrokken zijn bij de beroepsuitoefening (wie zijn dat?) zijn niet gehouden aan de in artikel 11a bedoelde geheimhoudingsplicht. Impliceert dat ook dat zij tot antwoorden verplicht zijn? In de memorie van toelichting wordt gesuggereerd dat op degene die de geheimhoudingsplicht doorbreekt een afgeleide geheimhoudingsplicht rust. Dit is nergens expliciet geregeld. De Algemene Raad betwijfelt sterk of er sprake is van een sluitende regeling. Voor toezichthouders in de zin van de Awb kan nog worden gesteld dat zij een eigen geheimhoudingsplicht hebben krachtens artikel 2:5 Awb, dit geldt echter niet voor de kwaliteitstoetsers en de vooronderzoekers en de rapporteurs.

Artikel 15

Dit artikel verplicht de Orde om bij of krachtens verordening regels te stellen over de administratie en beroepsaansprakelijkheidsverzekering van advocaten. De noodzaak om deze verplichting expliciet in de wet op te nemen is niet voorshands duidelijk. Het argument in de memorie van toelichting dat door de aparte regeling eenvoudiger kan worden verwezen in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete of

dwangsom gaat niet op. Wetstechnisch lijkt het bovendien beter deze verplichting op te nemen onder artikel 28, tweede lid.

Artikel 16f

In dit artikel wordt ten aanzien van de bezoekende advocaat geschrapd dat zij rekening moeten houden met het beroepsgeheim omdat dit al geregeld is in artikel 11a. Ook sub d, de publiciteit, kan worden geschrapd. Enige jaren geleden is immers de Verordening op de publiciteit ingetrokken. Deze bepaling is daarom overbodig geworden.

Artikel 17a

In dit artikel worden de organen van de Orde limitatief benoemd. Daarin schuilt het gevaar dat reeds functionerende onderdelen van de Orde geen orgaan zijn in de zin van de Advocatenwet. Een voorbeeld hiervan vormt het Curatorium (art. 9d Aw).

In het tweede lid van artikel 17a onder c wordt als orgaan van de plaatselijke orde genoemd “de jaarlijkse vergadering van de Orde in het arrondissement”. De vraag die hier rijst is wie lid zijn van dit orgaan. Alleen de advocaten die aan de vergadering deelnemen of alle advocaten in het arrondissement? In het laatste geval ontstaat er conflict met de incompatibiliteiten van de advocaat leden van de Raden en het Hof van Discipline en de Raad van Advies. Deze mogen namelijk geen lid zijn van een orgaan van de Orde. Er kunnen dan geen advocaat-leden zijn (art. 32a, vierde lid, art. 46b, twaalfde lid en 51, vierde lid).

Artikel 20 vierde lid en artikel 22 vijfde lid

In artikel 20 vierde lid wordt geregeld dat leden van de raad van toezicht niet eveneens (plaatsvervangend) lid van het college van afgevaardigden kunnen zijn. In artikel 22 vijfde lid wordt geregeld dat leden van de raden van toezicht niet tevens in het college van toezicht zitting kunnen hebben. Dit is echter ook geregeld in artikel 36b. Om die reden kan het voorgestelde artikel 22 vijfde lid worden geschrapd en kan in artikel 20 vierde lid de zinsnede “van het college van toezicht of” worden geschrapd.

Artikel 26

De door alle advocaten verplichte kwaliteitstoetsen van artikel 26 zijn opgezet als brede toetsing van de naleving van de beroepsnormen en beroepsregels. Hoewel in dit artikel wordt gesproken over kwaliteitstoetsen, heeft deze vorm van controle door de Algemene Raad de uitwerking van toezicht. Allereerst zijn enkele artikelen uit de Algemene wet bestuursrecht van toepassing, met daarin een medewerkingplicht voor advocaten. Voorts wordt in het derde lid de geheimhoudingsplicht doorbroken. In de derde plaats kan de Algemene Raad besluiten geconstateerde misstanden te sanctioneren door het indienen van een klacht of door het doorspelen van de informatie aan de toezichthouder. Hierdoor zal van een open gelijkwaardige dialoog, dat volgens de memorie van toelichting wordt nagestreefd, geen sprake zijn.

In artikel 26 tweede lid kan worden toegevoegd tussen de woorden “bevoegdheden” en “de aangewezen deskundigen” de volgende woorden: “als aangegeven in de voorgaande volzin”. Hierdoor wordt duidelijk dat het gaat over de bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht en niet over afzonderlijke bevoegdheden.

In artikel 26 derde lid is het vreemd dat de geheimhoudingsplicht wordt doorbroken. Volgens de memorie van toelichting gaat het niet om toezicht. De noodzaak tot doorbreking lijkt dan ook niet aanwezig. Een spanningsveld ontstaat wanneer de doorbreking van de geheimhoudingsplicht ertoe leidt dat de Algemene Raad een klacht kan indienen of de informatie kan doorspelen aan de toezichthouder. Het verbod op zelf incriminatie (nemo tenetur beginsel) en de afwezigheid van de cautie staan hier haaks

op. Daarbij komt dat de kwaliteitstoetsers geen zelfstandige geheimhoudingsplicht heeft. In de memorie van toelichting wordt verwezen naar een afgeleide geheimhoudingsplicht, maar dat gaat volgens de Algemene Raad niet op (zie artikel 11a)

Artikel 28

In artikel 28, tweede lid, sub b staat het woord “kunnen”. Dient dit woord te worden gehandhaafd in de context van de verplichte aansluiting?

In artikel 28, derde lid 3 (nieuw) wordt voor het eerst een bepaling geïntroduceerd waarin staat dat de Orde iets niet mag doen (zie ook art. 31, derde lid). De Orde mag geen regels stellen met betrekking tot het toezicht, dus ook niet met betrekking tot het toezicht op bijvoorbeeld de stage. Dit tast de onafhankelijkheid van de advocatuur aan. De Algemene Raad stelt voor deze bepaling te laten vervallen.

Artikel 28a en 28b

De Algemene Raad pleit er nogmaals voor om de verplichte goedkeuring vooraf van de verordeningen van de Orde te laten vervallen. Deze goedkeuring vooraf tast, in combinatie met de invloed van de overheid op het toezicht, de onafhankelijkheid van de advocatuur sterk aan.

Artikel 31

In het derde lid van dit artikel wordt gezegd dat de AR en de Raden (van Toezicht) zich bij de vertegenwoordiging van de Orde dienen te onthouden van handelingen die betrekking hebben op het toezicht (zie ook art. 28, derde lid). Gelet op de principiële en rechtsstatelijke bezwaren van de Orde tegen de plannen van de toezichtplannen stelt de Algemene Raad voor deze bepaling te schrappen.

Artikel 32a

In het vierde lid staat dat het lidmaatschap van de Raad van Advies niet verenigbaar is met het lidmaatschap van enig ander orgaan van de Orde, dus inclusief de “jaarlijkse vergadering”. Hierdoor kan in de Raad van Advies geen enkele advocaat meer zitting nemen. (zie ook artikel 17a).

Artikel 34

Secretaris kan niet tevens secretaris zijn het College van Toezicht. Dit wordt al geregeld via artikel 36b, eerste lid onder b en kan dus komen te vervallen.

Artikel 35

In dit artikel wordt gesproken over “de deken” zonder onderscheid te maken tussen de lokale deken of de landelijk deken. Dit betekent een taakuitbreiding voor de landelijk deken en meer onduidelijkheid voor de advocaat en vooral ook voor de rechtzoekende. Uit de voorgestelde formulering blijkt dat zowel de plaatselijke als de landelijke deken advocaten moeten informeren over al hetgeen verband houdt met de praktijkuitoefening (eerste lid); kunnen bemiddelen bij geschillen tussen advocaten onderling (tweede lid); en iedereen moet informeren over de klachten- en geschillenregeling, en zo nodig te verwijzen naar andere instanties (derde lid).

Paragraaf 1a – artikelen 36a t/m 36c

De Algemene Raad heeft grote principiële bezwaren tegen het voorgestelde systeem. De introductie van een College van Toezicht als nieuw orgaan is op zich zelf niet bezwarend mits het takenpakket van dit college zich beperkt tot het uitoefenen van systeemtoezicht. Dit gezegd hebbende heeft de Algemene Raad de volgende opmerkingen met betrekking tot deze paragraaf.

Artikel 36a

In het tweede lid worden de leden College van Toezicht benoemd bij KB op voordracht van de minister en op aanbeveling van de Algemene Raad. De Algemene Raad stelt voor om een procedure te kiezen die vergelijkbaar is met die van de Nationale Ombudsman.

In het vierde lid moet de minister de onkostenvergoeding van de leden goedkeuren. De minister kan bij of krachtens AMvB regels stellen ten aanzien van deze vergoeding. Dit is absoluut onwenselijk vanwege de inmenging van de minister bij het toezicht. De autonomie van de Orde alsmede het budgetrecht van het College van Afgevaardigden wordt hiermee aangetast.

In het vijfde lid wordt geregeld dat er een bureau van het College van Toezicht is. Dat is op zichzelf goed. Opmerkelijk is daarentegen dat in de memorie van toelichting (blz. 26) staat dat de medewerkers van dit bureau in vaste dienst kunnen zijn van de Nederlandse Orde van Advocaten. Deze medewerkers hebben dan een arbeidsrechtelijke overeenkomst met de Orde, maar de Orde heeft geen zeggenschap over deze medewerkers. De medewerkers vallen onder verantwoordelijkheid van het College van Toezicht. Overal in het consultatievoorstel wordt krampachtig geprobeerd een duidelijke scheiding te creëren tussen het College van Toezicht en de andere organen van de Orde, maar hier wordt geregeld dat de medewerkers van het bureau van de Nederlandse Orde van Advocaten en van het College van Toezicht dezelfde arbeidsrechtelijke verhouding met de Orde kunnen hebben. Daarbij komt dat het absoluut onwenselijk is dat de minister bij AMvB regels kan stellen over de rechtspositie van de medewerkers van het bureau. Daarmee kan de minister invloed uitoefenen op de organisatie van het bureau en dus op het toezicht.

Artikel 36b

De incompatibiliteiten lijken in orde. Wel wordt over verschillende plekken in het wetsvoorstel hetzelfde geregeld. Als een lid van het College van Toezicht geen advocaat mag zijn, of lid of medewerker van een ander orgaan van de Orde is het dan nog wel nodig om voor leden van het CvA uit te sluiten dat zij lid zijn van het College van Toezicht (art. 20, vierde lid), idem voor de leden van de Raad (van Toezicht) (art. 22, vijfde lid), de Algemene Raad (art. 19, derde lid) en de Raad van Advies (art. 32a, vierde lid).

Artikel 36c

Het is gelet op de gewenste onafhankelijkheid van het toezicht, onwenselijk dat de minister van Veiligheid en Justitie zelfstandig kan beslissen om een lid van het College van Toezicht te schorsen of te ontslaan. Bovendien wordt met de voorgestelde regeling het Hof van Discipline naast tuchtrechter ook bestuursrechter. Dit is onwenselijk. Gelet op de gewenste onafhankelijkheid van het toezicht ten opzichte van zowel de minister als de advocatuur stelt de Algemene Raad schorsing en ontslag alleen mogelijk te maken indien de minister en de Algemene Raad dat gezamenlijk beslissen. Bezwaar en beroep zou dan dienen plaats te vinden bij de bestuursrechter en niet de tuchtrechter.

Daarbij komt dat in het tweede en het vijfde lid een imperatieve bepaling is opgenomen. Het Hof moet deze uitspraak doen. Dit is onwenselijke ontwikkeling. Het Hof kan geen eigen afweging maken en wordt gedwongen tot uitspraken.

Paragraaf 3a artikelen 45a t/m 45f

De Algemene Raad heeft grote principiële bezwaren tegen het voorgestelde systeem. In zijn algemeen kan worden opgemerkt dat deze paragraaf niet overeenkomt met het toezicht zoals de Orde dat voor ogen heeft en op dit moment wordt ingevoerd aan de hand van het advies van Docters van Leeuwen. Deze gehele paragraaf kan vervallen of

in ieder worden aangepast zodat het toezicht recht doet aan de bijzondere positie die de advocaat in onze samenleving heeft. Dit gezegd hebbende heeft de Algemene Raad de volgende opmerkingen met betrekking tot deze paragraaf.

Artikel 45a

De taakomschrijving in het eerste lid moet opnieuw worden geformuleerd. Hoe verhoudt deze taakomschrijving zich tot het preventieve toezicht (en soms ook goedkeuring) dat de deken en de Raden van Toezicht (bijvoorbeeld de LLP toets, of het toetsen van een samenwerkingsverband), maar ook het Curatorium (het toezicht op de opleiding en het examen) nu uitoefenen?

Het tweede lid kan in zijn geheel komen te vervallen omdat dit al valt onder “enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt” uit het eerste lid en omdat in het wetsvoorstel tot wijziging van de Wwft ook al wordt geregeld dat het toezicht wordt belegd bij de personen krachtens art. 45b en bij het College van Toezicht. Er is dus sprake van een dubbele regeling.

Artikel 45b

In het eerste lid is het goed dat de deken nu expliciet als toezichthouder wordt genoemd. Niet goed is dat hij het toezicht uitoefent onder verantwoordelijkheid van het College van Toezicht.

Het tweede lid betreft een ongeclausuleerde uitbreiding van de toezichthoudende capaciteit van het College. Dit is onwenselijk. De vraag die ook speelt is hoe de toezichthoudende taak van deze (‘secundaire’) toezichthouders zich verhoudt met het toezicht door de deken (eerste lid). Is dat toezicht eraast of in de plaats van?

Het derde lid moet opnieuw worden geformuleerd. Als advocaat “niet gehouden” is dan lijkt het een eigen keuze. De advocaat kan zich “niet beroepen” op zijn geheimhoudingsplicht. Door de toepasselijkheid van de Awb op het toezicht is ook het nemo tenetur beginsel van toepassing art. 5:10a, eerste lid Awb). De advocaat is dus niet verplicht om ten behoeve van een toezichtonderzoek verklaringen omtrent zijn onderzochte handelen of nalaten af te leggen. Hij moet hiertoe zelfs de cautie (art. 5:10a, tweede lid Awb) ontvangen. Bij onderzoeken in het kader van toezicht (maar ook in het kader van het tuchtrecht (zie art. 46m, vijfde lid 5) is er dus een zwijgrecht en is de cautie verplicht. Het merkwaardige is dan dat de huidige gedragsregel 37 de advocaat juist wél verplicht om ten overstaan van de onderzoekende deken alle gevraagde inlichtingen te verstrekken, zonder zich op zijn geheimhoudingsplicht te kunnen beroepen (behoudens in bijzondere gevallen).

Het vijfde lid betreft een ongeclausuleerde algemene en specifieke aanwijzingsbevoegdheid van het College van Toezicht. Dit is onwenselijk. Het college van toezicht kan specifieke aanwijzingen geven, zonder dat zij inzage kunnen hebben in het dossier. Niet is geregeld hoe die specifieke aanwijzingen worden ingestoken. Dat zal ten koste gaan van de eigen inschatting van de deken.

Artikel 45c

Het Hof van Discipline wordt door dit artikel naast een tuchtrechter ook een bestuursrechter (zie ook art. 36c). Dit is onwenselijk. De Algemene Raad stelt voor om de degene die de deken benoemt ook degene te laten zijn die de deken kan schorsen of ontslaan.

Het eerste en het vierde lid betreft een imperatieve bepaling. Het Hof moet deze uitspraak doen. Dit is onwenselijke ontwikkeling. Het hof kan geen eigen afweging maken en wordt gedwongen tot uitspraken.

Artikel 45d

De goedkeuring (vooraf) van de begroting door de minister beperkt de beleidsonafhankelijkheid en de managementonafhankelijkheid van het College van

Toezicht. De minister krijgt met de goedkeuring vooraf (wil hij dit enigszins goed kunnen doen) invloed op de begroting en daarmee ook op het toezichtplan (zie art. 45e, eerste lid) op basis waarvan de begroting is gebaseerd. De Algemene Raad stelt gelet op de gewenste onafhankelijke positie van het College van Toezicht, voor deze bepaling te laten vervallen en te vervangen door de vernietigingsbevoegdheid achteraf.

Artikel 45e

Het is goed dat er een toezichtplan en een werkplan moet worden opgesteld, maar niet door het College van Toezicht, maar door degene die het toezicht ook daadwerkelijk uitvoeren, namelijk de deken.

Artikel 45f

De bevoegdheid tot het opleggen van een boete of last onder dwangsom moet worden toegekend aan de deken en niet aan het college van toezicht. In het vijfde lid dient de zinsnede “verbeurde last onder dwangsom” te worden vervangen door “verbeurde dwangsom”

Paragraaf 4 artikelen 46 t/m 60aa

De Algemene Raad heeft grote principiële bezwaren tegen het voorgestelde systeem waarbij de deken niet meer degene is bij wie de klachten worden ingediend, die de klachten onderzoekt en deze in der minne probeert te schikken en die klachten doorstuurt naar de Raad van Discipline. Met het in het consultatievoorstel voorgestelde systeem wordt het kind met het badwater weggegooid. Veel van de voorgestelde wijzigingen (bijvoorbeeld het indienen van een klacht bij de voorzitter van de Raad van Discipline en het vooronderzoek in opdracht van de voorzitter van de Raad) kunnen komen te vervallen. Dit gezegd hebbende heeft de Algemene Raad de volgende opmerkingen met betrekking tot deze paragraaf

Artikel 46

De beoogde uitbreiding van de tuchtnorm van artikel 46 is opmerkelijk. Aan de driedelige tuchtnorm wordt een nieuw element toegevoegd, namelijk “het bepaalde bij of krachtens de Advocatenwet” (“deze wet”) en de naleving van de Wwft. Die toevoeging is overbodig. Immers, advocaten dienen zich zoals elke Nederlander aan de wet te houden, die hen in het algemeen of specifiek normen voorschrijft. Schending van een op een advocaat rustende wettelijke plicht is in het algemeen onbetamelijk; dat geldt dus ook voor het overtreden van de bepalingen in de Advocatenwet en de Wwft.

Artikel 46b

In het twaalfde lid wordt geregeld dat het lidmaatschap van de leden en plaatsvervangend leden van de Raden van Discipline niet verenigbaar is met het lidmaatschap van het Hof van Discipline en welk orgaan van de Orde dan ook. Dus ook niet met die van het College van Afgevaardigden en sterker nog niet met de jaarlijkse vergadering van de Orde in het arrondissement (waar in principe alle advocaten deel van uitmaken). Door de gekozen formulering is het niet mogelijk advocaat-leden te benoemen (zie ook art. 51, vierde lid).

Artikel 46c

In het eerste lid is sprake van een onwenselijke vermenging van functies. De deken kan als toezichthouder in de zin van art. 45b, eerste lid (en dus onder eindverantwoordelijkheid van het College van Toezicht) bij een geconstateerde overtreding een klacht indienen. Hij dient een dergelijke klacht op grond van art. 46c, eerste lid echter in “namens de Orde” van het arrondissement waar die advocaat toe behoort. In het eerste lid wordt tevens het belanghebbende begrip sterk verruimd. Het voorstel spreekt nu over “ieder ander met enig redelijk belang”. Volgens de memorie

van toelichting moet dit ruim worden geïnterpreteerd en is een rechtstreeks belang niet zonder meer vereist. Dit past niet bij de rol die het tuchtrecht speelt bij het handhaven van een goede beroepsuitoefening. Bovendien zorgt dit voor een verzwaring van de taak van de tuchtrechter. De Algemene Raad stelt voor het eerste lid zo te wijzigen dat de klachten weer moeten worden ingediend bij de deken en dat er sprake moet zijn van een rechtstreeks belang.

Het derde lid, sub b, oogt vreemd. Wat te doen als noch de naam, noch het werkadres van de advocaat bekend is? Om te bepalen welke Raad van Discipline bevoegd is, zal ten minste of de naam of het werkadres bekend moeten zijn.

Het vijfde lid lijkt innerlijk tegenstrijdig. Indien de klager de naam van de advocaat niet kent, lijkt het niet voor de hand te liggen dat hij kan volstaan met de naam en het werkadres van die advocaat. Het is niet wenselijk een klacht in te dienen tegen iemand binnen een kantoor waarvan men de naam niet kent. De mogelijkheid bestaat dat de verkeerde advocaat wordt geadresseerd.

Artikel 46d

Het huidige vijfde lid van artikel 46d is in zijn geheel komen te vervallen. In dit lid wordt geregeld dat bij het indienen van een klacht door de deken eveneens een verklaring wordt overlegd waaruit blijkt of tegen de advocaat eerder tuchtrechtelijke klachten zijn ingediend. De Algemene Raad vindt het belangrijk dat de mogelijkheid blijft bestaan dat de deken bij het indienen van een klacht een dergelijke verklaring meestuurt. De Raden van Discipline hebben eveneens aangegeven een dergelijke lijst te willen ontvangen.

Artikelen 46e en 46f

Deze artikelen moeten worden behouden gelet op de voorstellen van de Orde om de deken degene te laten zijn waar de klachten moeten worden ingediend, die de klachten onderzoekt en indien nodig doorstuurt naar de Raad van Discipline.

Artikel 46g

Benoem in het eerste lid degene die een klacht niet-ontvankelijk kan verklaren, dus de voorzitter van de Raad van Discipline.

Formuleer de laatste zin van het tweede lid opnieuw. Bijvoorbeeld: "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."

Welke wettelijke voorschriften worden in art. 46g, derde lid 3, onderdeel a bedoeld?

Zijn dit andere voorschriften dan bedoeld in art. 46c, derde lid?

Het derde lid onderdeel b dient ruimer geformuleerd te worden. Hieronder zouden ook de klachten moeten vallen met een civielrechtelijk karakter.

Artikel 46i

Artikel 46i geeft de voorzitter van de raad van discipline de bevoegdheid om een klacht eerst ter behandeling door te sturen naar een klachten- of geschilleninstantie. Zo'n "instantie" (de terminologie wordt nogal losjes gebruikt: de klachtenfase wordt immers bij voorkeur binnen het kantoor afgehandeld) wordt in het voorstel aanwezig verondersteld. Het doorverwijzen van specifieke klachten levert niet alleen belasting op van de voorzitter van het tuchtcollege, maar ook de werkdruk bij de geschilleninstantie zal daarmee toenemen. Tegelijkertijd raakt de ontwikkeling en verdere verfijning van de geldende beroepsnormen, die voornamelijk in handen is van de tuchtrechter, versnipperd over een aantal klachtbehandelende fora.

Artikel 46j

In de toelichting wordt opgemerkt dat tegen de beslissing op verzet geen rechtsmiddel openstaat. Dat is nu ook al zo, maar in de praktijk melden klagers zich desalniettemin bij het Hof van Discipline. Het hof wijst een ingesteld hoger beroep in dat geval altijd af,

wegens het ontbreken van een rechtsmiddel. Vaak gaat daaraan dan nog een beslissing van de voorzitter van het Hof vooraf, inhoudende dat de klager in zijn hoger beroep niet kan worden ontvangen. Op die manier brengt een primair kennelijk niet-ontvankelijke klacht toch vier disciplinaire beslissingen voort. De Algemene Raad vraagt zich af of dat niet uitdrukkelijk bij wet kan worden uitgesloten.

Artikel 46m

In het eerste lid wordt bepaald dat de vooronderzoeker zich te houden heeft aan de aanwijzingen van de voorzitter van de Raad van Discipline en die voorzitter bepaalt welke bevoegdheden de vooronderzoeker namens de raad kan uitoefenen. Ook kan de voorzitter de omvang van het vooronderzoek bepalen. De voorzitter fungeert hier eigenlijk als een rechter-commissaris. Die voorzitter maakt echter deel uit van de rechterlijke macht. De zorg ontstaat dat advocaten langzaam worden onderworpen aan rechterlijk toezicht. Bovendien kan de vooronderzoeker de voorzitter benaderen met een verzoek om de opdracht uit te breiden.

In het tweede lid worden de artikelen 5:13-5:17 en 5:20 lid 1 Awb van overeenkomstige toepassing op het vooronderzoek en de vooronderzoeker. De memorie van toelichting (blz. 41) benadrukt dat met het van overeenkomstige toepassing verklaren van deze artikelen van de Awb, de vooronderzoeker nadrukkelijk niet een toezichthouder wordt in de zin van de Awb. Het beoogt alleen dat de bestaande toezichthoudende bevoegdheden ook toepasbaar worden in een tuchtrechtelijk onderzoek. De vooronderzoeker treedt niet op als toezichthouder, maar als verlengstuk van de tuchtrechter. De toepasselijk verklaarde artikelen zien echter op onder meer het binnentreden op elke plaats (let bovendien op artikel 5:15 lid 3 Awb: "Hij is bevoegd zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen"), de mogelijkheid om inlichtingen te vorderen (artikel 5:16 Awb) en inzage te vorderen en kopieën te maken van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb). Er is dus wel degelijk sprake van toezicht.

Het derde lid dient opnieuw te worden geformuleerd. Als advocaat "niet gehouden" is dan lijkt het een eigen keuze. De advocaat kan zich "niet beroepen" op zijn geheimhoudingsplicht. (zie ook 26, derde lid, 45b, derde lid en 60d, eerste lid)

In het vierde lid kunnen de woorden "zo mogelijk" vervallen.

De Algemene Raad vraagt zich af hoe artikel 46m derde lid (de doorbreking van de geheimhoudingsplicht) zich verhoudt tot artikel 46m vijfde lid (de advocaat is niet verplicht om ten behoeve van het vooronderzoek verklaringen omtrent zijn onderzochte handelen of nalaten af te leggen). Bij verhoor in het kader van een tuchtrechtelijk vooronderzoek is er dus een zwijgrecht en is de advocaat verplicht. Het merkwaardige is dan dat de huidige gedragsregel 37 de advocaat juist wél verplicht om ten overstaan van de onderzoekende deken alle gevraagde inlichtingen te verstrekken, zonder zich op zijn geheimhoudingsplicht te kunnen beroepen (behoudens in bijzondere gevallen). Het is bovendien nog maar de vraag of het in het kader van een tuchtrechtelijk (voor)onderzoek noodzakelijk is dat de geheimhoudingsplicht wettelijk moet worden doorbroken. Het doel dat wordt gediend is immers waarheidsvinding ten aanzien van een tuchtrechtelijke klacht. In de praktijk zal een advocaat openheid van zaken mogen geven voor zover hij zich daarmee in het kader van een tuchtklacht kan disculperen (vooral wanneer de klacht afkomstig is van een cliënt).

Artikel 47

Aan het eerste lid kan de volgende passage worden toegevoegd: "In afwijking van het bepaalde in de eerste volzin kan de voorzitter bepalen dat aan de behandeling van een zaak die hem daartoe geschikt voorkomt, wordt deelgenomen door de voorzitter en door twee leden, een en ander met de mogelijkheid van plaatsvervangende. Indien de zaak naar het oordeel van een van deze leden ongeschikt is voor behandeling overeenkomstig het bepaalde in de tweede volzin, wordt de behandeling voortgezet

met toepassing van de eerste volzin.” Dit creëert de mogelijkheid om zittingen te houden met een kleinere bezetting.

Artikel 47a

In het eerste lid dient “een afschrift hiervan” te worden vervangen door “een afschrift van dit bericht”. Het intrekken van de klacht is volgens het eerste lid mogelijk tot aan de sluiting van de zaak ter zitting. Dat moet echter schriftelijk gebeuren. Dient de klager dan een briefje aan de griffier te overhandigen? Is het niet efficiënter om de intrekking ten laatste aan de zitting vooraf te laten gaan, in verband met de kosten die aan een zitting zijn verbonden?

Moet er niet een nieuw zevende lid worden toegevoegd dat regelt dat wanneer een advocaat zich laat schrappen de klacht wel in behandeling blijft? Dit is nu al vast jurisprudentie. De formulering van een nieuw zevende lid zou kunnen luiden: “Indien de betrokken advocaat de hoedanigheid van advocaat verliest, staat dit de verdere behandeling van de klacht niet in de weg”.

Artikel 48

In het tweede lid, onderdeel c wordt de geldboete in het tuchtrecht geïntroduceerd. Opvallend is dat de opgelegde boetes ten gunste komen van de Staat. Met een maximale hoogte van 19.000 euro (vierde categorie Sr, sinds 1 januari 2010) kan de geldboete een probaat middel zijn tegen normschending. Het is af te wachten of en in hoeverre de tuchtrechter gebruik zal maken van de mogelijkheid om deze sanctie op te leggen.

In de maatregelencatalogus (art. 48 lid 2 sub a) is de waarschuwing niet langer een “enkele waarschuwing”. Ervan uitgaande dat dit geen verdere inhoudelijke betekenis voor de maatregel heeft, is dat toe te juichen. Sinds 1838 is er sprake van een “enkele” waarschuwing, zonder dat voor die formulering een verklaring kon worden gevonden. Hoe verhoudt de openbaarmaking van een opgelegde maatregel in het vijfde lid zich met de openbaarheid van van de uitspraken op het tableau (art. 8)?

Artikel 48aa

In het vierde lid wordt mogelijk gemaakt om bij een niet (tijdig) betalen van de boete door de Raad van Discipline ambtshalve een schorsing of schrapping uit te laten spreken. Dit is buiten alle proporties. Het is maar zeer de vraag of de voorgestelde wijze van afdwingen van de nakoming door middel van (ambtshalve) schorsing of schrapping strookt met het recht op een behoorlijk proces zoals onder meer bedoeld in artikel 6 EVRM. De enige uitdrukkelijke processuele waarborg daarbij is dat de advocaat vooraf gehoord zal worden. Zelfs de mogelijkheid van hoger beroep tegen een dergelijke beslissing is niet expliciet in de wet opgenomen (kennelijk moet die mogelijkheid worden gelezen in art. 56, dat hoger beroep openstelt tegen “beslissingen van de raad”). De Algemene Raad stelt voor deze bepaling te laten vervallen.

Artikel 48ab

Het eerste lid geeft de mogelijkheid van een (civielrechtelijke) executoriale titel. De vraag is aan wie die titel toekomt? Dat blijkt niet uit het wetsvoorstel noch uit de toelichting. Het is nog maar zeer de vraag of een rechtscollege niet behorend tot de rechtspraak bevoegd is tot het afgeven van een grosse. Het tweede lid bepaalt dat bij AMvB nadere regels worden gesteld over de tenuitvoerlegging van de executoriale beslissing. Daarmee is de geldboete de enige tuchtmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging buiten de Advocatenwet om kan worden geregeld.

Wijziging art. 51 – samenstelling Hof van Discipline

In het vierde lid wordt geregeld dat het lidmaatschap van de leden en plaatsvervangend leden van het Hof van Discipline niet verenigbaar is met dat van welk orgaan van de

Orde dan ook. Dus ook niet met de College van Afgevaardigden en, sterker nog, niet met de jaarlijkse vergadering van de Orde in het arrondissement (waar in principe alle advocaten deel van uitmaken). Door de gekozen formulering is het niet mogelijk advocaat-leden te benoemen (zie ook art. 46, twaalfde lid).

Artikel 56

In het eerste lid wordt de groep personen die hoger beroep kunnen instellen uitgebreid met het College van Toezicht. Deze uitbreiding kan vervallen. Daarnaast worden er ook geen voorwaarden meer aan verbonden (bijv. geheel of ten dele ongegrond). Er kan nu altijd hoger beroep worden ingesteld. De vraag rijst of dat wenselijk is. In de memorie van toelichting wordt daar niet verder op ingegaan.

Artikelen 60ab, 60ad en 60ae

Deze wijzigingen zien op de mogelijkheid voor het College van Toezicht om te verzoeken tot een spoedhalve schorsing. Deze wijzigingen passen niet in de voorstellen van de Orde voor het College van Toezicht als systeemtoezichthouder. De voorgestelde wijzigingen kunnen dan ook komen te vervallen.

Artikel 60b

Deze wijzigingen zien op de mogelijkheid voor het College van Toezicht om te verzoeken tot een schorsing voor onbepaalde tijd vanwege een onbehoorlijke praktijkuitoefening. Deze wijzigingen passen niet in de voorstellen van de Orde voor het College van Toezicht als systeemtoezichthouder. De voorgestelde wijzigingen kunnen dan ook komen te vervallen.

Artikelen 60c

Door de aanpassing van het eerste lid kan het College van Toezicht kan de voorzitter van de Raad van Discipline verzoeken een onderzoek te starten naar de toestand van de praktijk van de advocaat. Zelfs al blijft het College van Toezicht in deze hoedanigheid bestaan, dan nog is de vraag of het College van Toezicht de voorzitter van de Raad van Discipline moet kunnen verzoeken een onderzoek te starten. Dat kan het College van Toezicht (en ook de deken) toch immers zelf. De enige afweging is dat de kosten van een dergelijk onderzoek voor rekening komen van de betrokken advocaat of de Orde in het arrondissement waar de advocaat kantoor houdt. Daarmee krijgt het instellen van een onderzoek dus financiële motieven mee.

Artikel 60d

Het eerste lid dient opnieuw te worden geformuleerd. Als advocaat “niet gehouden” is dan lijkt het een eigen keuze. De advocaat kan zich “niet beroepen” op zijn geheimhoudingsplicht. (zie ook 26, derde lid, 46m, derde lid en 45b, derde lid).

Onderdeel D (wijziging Wwft)

Dit betreft een wijziging van de Wwft. In de Wwft wordt nu expliciet geregeld dat de personen die bij of krachtens de Advocatenwet zijn belast met het toezicht ook toezicht uitoefenen op de naleving van de Wwft. Dit is een goede zaak. Nu dit zo expliciet in de Wwft wordt geregeld, is het niet nodig dit ook nog eens expliciet te regelen in art. 45a, tweede lid.