

Consultatiedocument 380 juli 2011

- commentaar op het wijzigingsvoorstel van de Advocatenwet 1952 van de Staatsecretaris Veiligheid en Justitie, Zijne Exellentie mr F.Teeven. –

Bij de presentatie in 1992 van de nieuwe gedragsregels voor advocaten schreef de toenmalige algemeen deken mr W.G. van Hassel, dat: *“Uiteindelijk werd, evenals bij voorgaande herzieningen voor een open stelsel gekozen. De gedragsregels blijven dus, zoals de commissie Visser van IJzendoorn in 1968 schreef’ opgetekende coutumes, een weergave van datgene wat in de balie in een bepaald tijdvak leefde als ererecht.’ Zij geven weer hoe de balie de wettelijke norm van artikel 46 Advocatenwet thans interpreteert. Het gaat dus om een eigentijdse invulling van wat lang “de eer van de stand’ is genoemd.”¹*

Het is inmiddels bijna 20 jaar en nu ligt er een voorstel voor een beperkte modernisering van de Advocatenwet, maar de Gedragsregels worden niet gemoderniseerd ! Het is alsof de gevel wordt opgeschilderd, maar achter die gevel wordt de rommel niet aangepakt. Het is daarom een gemiste kans voor Veiligheid & Justitie, als het wetsvoorstel wordt ingevoerd zoals het nu luidt.

In een speciale uitgave van Ars Aequi van 2005, getiteld: **“Krom ~ recht, over misstanden in het recht.”** schreef de huidige Nationale Ombudsman, professor mr Alex F.M. Brenninkmeijer over zijn bekende chaos theorie, en zijn bijdrage heeft dan ook de titel: *“Op de grens van rechtsorde en rechtschaos.”* Hij geeft daarin een duidelijke visie op de toenemende complexiteit van wet en regelgeving en zijn analyse leidt er toe dat men het zou waarderen als het allemaal simpeler werd in plaats van omgekeerd. *“De kloof die ervaren wordt tussen Den Haag en de samenleving berust voor een belangrijk deel op de nadelige effecten van top down besluitvorming.”*²

De verhouding tussen de Advocatenwet en de (materiële) Gedragsregels is al sinds het eerste wetsvoorstel problematisch geweest. Bij iedere behandeling in de beide Kamers zijn er telkens weer opmerkingen over gemaakt.³ Artikel 46 is daarmee een algemeen kapstok artikel geworden zonder veel kleur of kracht.

Met alle goede bedoelingen van het huidige wetsvoorstel wordt niet de orde hersteld, maar eerder de chaos vergroot, dit ondanks dat de toelichting stelt dat het de

¹ <http://www.platform-uep.nl/Gedragsregels%201992.pdf>

² AA 54 (2005) 7/7 prof. mr A.F.M. Brenninkmeijer blz 541

³ Memorie van Toelichting I – Algemene Beschouwingen en M v T II 1952

bedoeling is dat de onderstaande doelen worden gehaald voor het toezicht op de advocatuur, door het instellen van een Nieuwe Raad van Toezicht.

- Uniform toezicht,
- Integraal,
- Effectief en preventief (of repressief door meer controle vooraf)
- Onafhankelijk, (maar wel binnen de NOVA)

Doel en middelen van de aanpassingen dienen evenwel in eerste instantie te zijn om meer transparantie te scheppen ter bevordering van het vertrouwen, en een duidelijker verankering van het materiële recht in de Wet. Het huidige voorstel gaat veel minder ver dan bijvoorbeeld de vernieuwingsslag van 1984, die de zaak tenminste weer binnen het tijdsgewricht wist te plaatsen. Maar de wereld is niet stil blijven staan sinds 1984, integendeel. De 21^e eeuw schreeft nu om een nieuwe bezinning op de post-crisis samenleving, waarin vele perspectieven zijn verschoven. Dat wordt ook mr A.W.H. Docters van Leeuwen onderkend, maar hij blijft helaas halverwege stilstaan.

De eerste misslag is evenwel al, dat men er niet voor heeft gekozen om de hele wet eens opnieuw te nummeren, want er wordt voortgeborduurd op de lappendeken die in de loop der jaren sinds 1952 is ontstaan. Dat komt de leesbaarheid en herkenbaarheid niet ten goede. Zie bijvoorbeeld maar eens de artikelen 46 (a t/m h) 48 (a t/m h) en 60 (a t/m af of a t/m h) Vanuit wetgevings systematiek heeft men immers ook het Burgerlijk Wetboek geheel omgenummerd om weer een overzichtelijk systeem neer te zetten, toen het geheel werd herzien in de jaren 90. ⁴

De tweede misslag is dat men te weinig aansluiting zoekt bij reeds bestaande wetgeving. Alleen op het punt van (bestuurlijke) boetes wordt aansluiting gezocht bij het Wetboek van Strafrecht voor de indeling in categorieën, juist op een punt waar wij dat niet nodig hebben. Ik zal dat verderop toelichten, met eveneens een pleidooi om het bewijsrecht – in tuchtrechtzaken - nu eens goed te regelen.

De derde misslag is dat men de gelaagdheid tussen de Advocatenwet en de Gedragsregels voor Advocaten van 1992 grotendeels in stand laat, zonder zich de vraag te stellen of bepaalde onderdelen van die Gedragsregels niet op een hoger niveau in de wet dienen te worden verankerd om een preventief toezicht te

⁴ mr W.Snijders in: Wetgevende geschriften, Kluwer 1995 isbn. 90-268-2595-1 blz. 225 – 232
Systematiek en uitleg van het NBW

vereenvoudigen. Prof F.A.W. Bannier zal deze zienswijze toejuigen, want als ervaringsdeskundige van beide onderdelen, worstelt ook hij voortdurend met deze gelaagdheid en het open systeem van de Gedragsregels. De incompatibiliteiten en de belangenverstremming zijn duidelijk hedendaagse vraagstukken voor de advocatuur en de samenleving, welke een betere verankering vereisen. Het is de tijd dat veel instituties in opspraak zijn voor diverse redenen, en als advocaat moet je niet in de positie terecht komen van een direct betrokkene, want dat schaadt het aanzien van de beroepsgroep onmiddellijk.

Een vierde misslag is eigenlijk een meer een gemiste kans, het toezicht op de toezichthouder en de tuchtrechter. Het steeds weer in het debat terugkerende probleem van het ontbreken van de cassatie mogelijkheden, ligt hieraan ten grondslag.⁵

In artikelen 46.g, lid 1 & 46.h, lid 4 & 48, leden 1 en 7, wordt gesteld dat beslissingen met betrekking tot klachten met redenen omkleed moeten zijn. Op straffe van nietigheid.⁶ Let hierbij vooral op de bewoordingen in de Wet.

Dit is mijns inziens de eis dat beslissingen van alle bij het Advocatentuchtrecht betrokkenen zorgvuldig en uitputtend gemotiveerd dienen te zijn. (sic). Zowel de Voorzitters van de Raden, en de Voorzitter van het Hof, alsook de Raden van Discipline en het Hof van Discipline zelf, dienen hun beslissingen op deze wijze in te kleden. Bij een dubbele fout op het niveau van de Raden, zoals wij meermalen in het verleden hebben geconstateerd, is er geen beroepsmogelijkheid bij een soort cassatie rechter, die handelt in het belang van de Wet en het Recht. Deze bevoegdheid moet nu eens duidelijk worden neergelegd bij het Hof (vernietigingsbevoegdheid met doorverwijzing naar een andere Raad) of bij de Nationale Ombudsman.

Het is zondermeer een tekortkoming in de huidige regelgeving dat de Nationale Ombudsman zichzelf onbevoegd verklaart om eens kritisch naar het gesloten bolwerk van de Advocatuur te kijken. Reeds bij de behandeling van de Advocatenwet in 1952 werd er voor gewaarschuwd dat de Advocatuur een gesloten beroep dreigde te worden. Maar dat is een andere discussie voor een nieuwe dag.

⁵ Memorie van Toelichting 1984

⁶ Art. 48, lid 1 Advocatenwet. *“De beslissingen van de raad van discipline over de voorgelegde klachten zijn met redenen omkleed en worden in het openbaar uitgesproken, alles op straffe van nietigheid !!”*

Bij dit onderdeel van motivering wil ik ook pleiten voor een verankering van de motiveringseisen, in het bewijsrecht en andere wetten, zoals het Burgelijk Wetboek en het Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering.

Een schrijnend voorbeeld: In het recente verleden werd er door een Voorzitter een beslissing genomen; "dat een klacht kennelijk niet ontvangelijk was, omdat deze te laat zou zijn ingediend." (art 46.g) De voorzitter stelde zonder verdere motivatie vast: "dat een advocaat zich twee jaar na een bepaalde negatieve handeling, daarvoor niet meer voor het Tuchtrecht hoefde te verantwoorden, zo wil het maatschappelijk belang." Er werd geen afweging gemaakt tussen belangen van partijen, de termijn werd niet gemotiveerd en er werden andere aangegeven feiten niet in de beschouwing betrokken en het geheel kreeg daardoor het Kafkaïaanse karakter van een "toverspreuk." Alles leek er op gericht om de zaak maar snel in de prullemand te gooien of in de doofpot te stoppen. Het "maatschappelijk belang" werd in zijn algemeenheid niet uitgewerkt en de Raad van Discipline (bestaande uit zes, zich professionals noemende, juristen) liet dit in de verzet procedure gewoon in stand en nam niet eens de moeite om de ontbrekende motivatie aan te vullen. "Het maatschappelijk belang" als uiterst arrogant cliché, alsof De Orde het belang bepaalt.

En dit is helaas geen uitzondering. Juist hierdoor wordt het vertrouwen in de Tuchtrechtspraak, en daarmee de Advocatuur, in hoge mate ondermijnd. Het wetsvoorstel: Kaderwet Tuchtrecht, heeft de intentie dit termijnen vraagstuk te regelen, maar ook hier ligt duidelijk een tekortkoming, doordat het beginpunt van de periode voor de termijnbepaling niet eenduidig wordt vastgelegd. Zoals bijvoorbeeld; het moment nadelige handeling, kenbaarheids vereiste, gevolgen openbaring, aansluiting bij andere wetten, zoals de termijnenwet, enzovoort.

Op deze wijze kunnen de Raden van Discipline een verdere procesgang frustreren in een samenspel tussen Voorzitter en Raden. Er bestaat een sterke indruk, zeker bij personen die zonder advocaat bij de Raden verschijnen, dat dit ook daadwerkelijk gebeurt. Gezien het hoge aantal negatieve beslissingen van de Voorzitters, die de gegeven bevoegdheid van artikel 46 g (mis)- (ge)-bruiken om de werkvoorraad te reguleren, is dit ook zeer waarschijnlijk. Het wordt derhalve niet toegepast zoals bedoeld werd, het filteren van zaken van gering belang, eendrachtig het adagium: *Minimis non curat Praetor*. Personen die zonder advocaat bij de Raden verschijnen onderschrijven deze indruk, vaak ook in het openbaar. En om nu te stimuleren dat burgers direct toegang gaan zoeken tot de Raden, is in mijn opinie alleen maar een

aansporing om het middel van verlop nog verder in te zetten om de werkvoorraad te verlagen of te reguleren. Bijna 60 % van alle klachten bij de Raden van Discipline werd in 2009 kennelijk niet ontvangelijk of ongegrond verklaard.⁷ Bij het Hof van Discipline is dat nog 55 % voor ongegrond en niet ontvangelijk tezamen. Onduidelijk is welke overlap er bestaat tussen de zaken voor de Raden en die voor het Hof aangebracht. En eveneens onduidelijk blijft tegen hoeveel van de ongegrond of niet ontvangelijk verklaarde zaken door de Voorzitters, nimmer verzet is aangetekend. Als wij even de zaken meenemen, waar wel de klacht gegrond is en ontvangelijk, maar er geen maatregel wordt opgelegd, wat immers een teleurstelling moet zijn voor de klager, dan liggen de percentage nog ongunstiger, namelijk 66,5 % voor de Raden en 62 % voor het Hof van Discipline. Dat hele jaarverslag 2009 lijkt er daarom op gericht te zijn om de samenleving te laten weten dat het wel goed gaat met het Advocatentuchtrecht. Maar het zou best eens zo kunnen zijn dat meer dan 90 % van alle klachten, er worden uitgehaald bij de eerste instantie. De conclusie, dat de filtering door lokale Dekens niet werkt en vervangen is door een werkvoorraad beheersing door de voorzitters, heeft dan ook in de cijfers alle grond om als juist gevalideerd te worden. De bevoegdheid van art 46 g krijgt dan ook het duidelijke karakter van een management instrument, en dat heeft weinig met (tucht) recht te maken.

Ik wil daarom pleiten voor het afschaffen van dit zeer ouderwets aandoende verlop stelsel. In het Angelsaksische recht werkt men ook met een dergelijk writ stelsel, of een verzoek tot rechtsingang, dat al uit de middeleeuwen stamt, toen de Koning (Court) nog het monopolie had op de Rechtspraak. Een dergelijk stelsel past niet bij een gesloten beroepsgroep, omdat de kans op manipulatie veel te groot is en daarom vertrouwen ondermijnend werkt in de samenleving. Zelfregulering werkt niet bij de Banken, de Verzekerings Industrie, de Medische sector, de Nutsvoorzieningen en evenmin bij de Advocatuur. Beter ware het in mijn beleving, om het Tuchtrecht juist meer kansen te geven uit te groeien tot een vervangende rechtgang, maar wel met een beter toezicht. Croes schreef in een recente studie: "Naar een 'bruikbare rechtsorde' " ⁸

De toenemende individualisering en het afnemende belang van de gemeenschap die hiervan het gevolg zijn, leiden op hun beurt tot een grotere belasting van de mechanismen

⁷ Jaarverslag Hof van Discipline & Raden van Discipline 2009 blz. 16 – 19 (waarin overigens fouten staan vermeld bij een vergelijken van de tabellen. !)

⁸ M.T.Croes, WODC Cahier Dec. 2007, Inleiding blz 9.

die de overheid gebruikt om voor maatschappelijke binding te zorgen, mechanismen zoals de rechtspleging. Vanwege de geschetste ontwikkelingen lossen mensen en gemeenschappen hun conflicten in afnemende mate zelf op. Bijgevolg wordt de gang naar de rechter steeds vaker gemaakt.

De instroom van rechtszaken bij de rechtbanken en gerechtshoven neemt inderdaad flink toe. De beleidsvraag die zich daarmee opdringt, is hoe hiermee om te gaan? Vooralsnog reageert de overheid hierop op vier manieren: het verhogen van de capaciteit van de Rechtspraak door meer middelen ter beschikking te stellen; het verhogen van de efficiëntie door een flexibelere inzet van het personeel en een versobering van de procedures; het verminderen van het aantal potentiële problemen door het reduceren van het aantal conflictopwekkende elementen in wetgeving; en het beïnvloeden van de keuze van rechtssubjecten om al dan niet te gaan procederen. Dit laatste gebeurt met een verhoging van het griffierecht, een andere regeling voor de verdeling van de proceskosten en het aanbieden van alternatieve geschil beslechtsprocedures (mediation, arbitrage, geschillencommissies).

Voorwaarde is dan natuurlijk wel dat de Tuchtrechter, naast het opleggen van een maatregel, ook een schadevergoeding kan toewijzen, die eenzelfde omvang heeft als bijvoorbeeld in een Kantongerecht procedure. Immers, veel rechtzoekenden “testen eerst het water bij de tuchtrechter,” voordat zij een volle civiele procedure aanvangen. Dat is een nodeloze verdubbeling van procedures en als zodanig onwenselijk vanuit een efficiënte benutting van middelen en rechtbedeling.

Hiervoor is al opgemerkt dat het koppelen van financiële sancties aan het categoriën stelsel in het strafrecht met argwaan moet worden bekeken. Niet dat financiële prikkels geen goede sanctie zouden zijn, integendeel wil ik stellen. Juist tegenwoordig lijkt dat een goede oplossing, maar waarom laat men de boetes niet direct ten gunste komen van het goede deel in de beroepsgroep. Laat de vervuiler betalen voor de extra kosten. Een prima alternatief voor boetes zou zijn om voor de aansprakelijkheidverzekering van de advocatuur, een toeslagenstelsel in de plaats te laten treden, in combinatie met andere maatregelen. Bij een schorsing van één week tot één maand gaat bijvoorbeeld de premie met 25 % omhoog, bij meer dan een maand met 50 % en boven de zes maanden wordt de premie verdubbeld, voor tenminste de volgende verzekeringsperiode. Op deze wijze blijft het verzekeren betaalbaar, en is het een stimulans voor de beroepsgroep als geheel, om zich aan de regels te houden. Wat voor bestuurders van voertuigen geldt, zou immers ook goed kunnen werken voor advocaten. Het zal ook de onderlinge bereidheid om elkaar op het gedrag aan te spreken bevorderen.

Op het punt van de verankering van gedragsregels in de Wet wil ik hier ook pleiten voor een harde mededelingsplicht voor advocaten, naar de tegenpartij, indien zij een mogelijk eigen belang hebben (anders dan advocaat) of een tegenstrijdig belang dat het vertrouwen zou kunnen schaden, of iedere andere vorm van belangen verstrengeling. Immers, onderhandelen of procederen zijn twee verschillende strategiën, die een zuivere afweging behoeven. Eén van de grote kantoren in Nederland, zo vertelde mij recentelijk de Algemene Deken, mr Jan Loorbach, heeft inmiddels in haar interne reglement bepaald dat de meeste commissariaten worden beëindigd, en dat ook andere belangenverstrengelingen moeten ophouden te bestaan. De goede transparantie, zoals die bij de Rechterlijke Macht bestaat, zou te overwegen zijn. Verder zijn belangenverstrengeling en verschoningsbevoegdheid twee elkaar bijtende begrippen, en als je die uit elkaar haalt, blijft er meer ruimte voor de tweede over. De Advocatuur wil graag de vertrouwelijkheids-status behouden, maar kan daar dus best wat tegenover stellen. De samenleving heeft daar recht op als de Advocatuur zich zo denkt te moeten profileren.

Een verdere uitspraak op het niveau van de Advocatenwet, ten aanzien van de Europese gedragsregels voor advocaten, de CCBE Code of Conduct 2008, zou zeker ook op haar plaats zijn. Weliswaar kan de NOvA zelf bepalen of zij zich aan deze Code of Conduct wil houden, maar het lijkt mij een waardevolle aanvulling in de Wet als de Wetgever de NOvA zal opleggen om een zelfgekozen Europees stelsel telkens te verwerken in de gedragsregels van de Orde. Bijvoorbeeld, indien de NOVA niet voldoet aan een update, geldt de regel van CCBE in plaats van de desbetreffende gedragsregel. Dat dwingt dan gelijk de Tuchtrecter er toe deze Code of Conduct te hanteren in de belangenafweging en motivering. Immers de Gedragsregels voor Advocaten zijn 20 jaar oud en hier en daar vertonen ze duidelijk kenmerken van veroudering of slijtage. Staat er bijvoorbeeld ergens in de gedragsregels één woord over het gebruik van e-mail en de andere nieuwe media? Of over het opnemen van confraternele telefoongesprekken, een technologie die voluit beschikbaar is ?

Een verder punt dat ik wil aansnijden, en voor wil pleiten, is het beter reguleren van de positie van de advocaat – faillissements curator. Dit is het deel van de publieke taak van de advocaat. Niet alleen probeert momenteel iedere advocaat zich te profileren als insolventiespecialist om op deze wijze een inkomsten stroom te genereren, die simpel via de Rechtbanken wordt rondgedeeld. Maar ook is het een gebied van grote

complexiteit waar vele uitglijders gemaakt worden. Met de komende nieuwe insolventiewet zal het onvermogen van de advocatuur om de belangen goed te behartigen, alleen maar scherper in beeld komen. Daarbij plaats men de failliet (en diens crediteuren) al vrijwel automatisch in een conflictsituatie met de "aangestelde" advocaat, waarbij de failliet veel te weinig rechtsmiddelen heeft om beleid bij te sturen. De Griffie, of het overbelaste ondersteunings bureau van de Rechter Commissaris zal al snel de zijde van de curator kiezen, al was het maar uit het oogpunt van het efficiënt inzetten van middelen. Dat heeft daarom niets meer te maken met recht of rechtsorde, maar lijkt meer op sloop en afbraakwerk.

Ideaal zou natuurlijk zijn om een groep speciaal opgeleide insolventie professionals te hebben die een juiste belangenafweging weten te maken tussen: algemeen belang (o.a. strafrecht toepassing) het belang van de boedel en het belang van de andere stakeholders. Bijna iedere civiel advocaat is tegenwoordig lid van Insolad, maar dat geeft helaas geen enkele garantie van deskundigheid, geschiktheid of ervaring. De ongelukken in de afwikkeling van faillissementen (en surseances) zijn dan ook legio. Heel vroeger was deze afwikkeling een taak van de Rechtbanken, en in Duitsland is het dat bijvoorbeeld nog steeds. Dat betekent in mijn visie wel een betere verankering van zorgvuldigheid, dan bij de commerciële advocatuur, die veelal faillissementen alleen als een gezonde melkkoe beschouwen. Deze verankering zou door een certificering door (een orgaan bij) de NOvA vorm kunnen krijgen.

Als laatste vind ik dat er nu eens werk moet worden gemaakt van publicatie van de namen van de advocaten, tegen wie een zwaardere maatregel wordt opgelegd. Vanaf de voorwaardelijke schorsing, dat immers ook een duidelijk continuïteits risico voor nieuwe klanten inhoudt. Het enige sanctie-middel uit de middeleeuwse oudheid, dat nog steeds goede diensten kan bewijzen is de schandpaal. Een moderne complexe en in de woorden van prof Brenninkmeijer zelfs chaotische samenleving, kan alleen zijn zelfreinigend vermogen behouden indien er voldoende transparatie bestaat. Dat is ook terecht het gekozen uitgangspunt voor het voorliggende wetsvoorstel.

De recente ondergang van de Engelse krant: " The News of the World" en de belangstelling voor Wiki Leaks, zijn daarvan overtuigende bewijzen.

Mr J.Th. Seebus, Dublin 17 juli 2011