

ESSAY

Nieuw toezicht op de advocatuur?*

M. de Rijke

Met de totstandkoming van de Advocatenwet van 23 juni 1952 is de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) ingesteld en is wettelijk geregeld dat het toezicht op de advocatuur wordt uitgeoefend door Raden van toezicht, de bestuurders van de plaatselijke orden van advocaten.¹ De leden van de Raden van toezicht worden gekozen uit de leden van de orde. Dit systeem van zelfregulering staat ter discussie, sinds de minister van Justitie in een brief aan de Tweede Kamer van 5 maart 2010 zijn visie heeft gegeven op de 'in de toekomst wenselijke en mogelijke aanpassingen van de wettelijke regelingen van het toezicht op notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders'.² De visie behelst onder meer de introductie van een nieuwe toezichthouder die controle uitoefent op de naleving van wettelijke voorschriften door advocaten. Wat echter ontbreekt in deze visie is een overtuigende onderbouwing om op zoek te gaan naar een alternatief voor het bestaande systeem en daarmee een legitimatie om de keuze te laten vallen op het andere uiterste van het spectrum van toezichtstijlen. In dit essay plaatst de auteur het bestaande toezichtstelsel, de controle hierop en de visie van de minister in het kader van het algemeen toezichtsrecht. Zij komt tot de conclusie dat een te wankel basis bestaat voor een drastische oversteek van intern naar extern toezicht.

Toezichtstijlen

In de praktijk heeft zich een variëteit aan toezichtstijlen ontwikkeld. Een globaal, maar voor dit essay bruikbaar onderscheid in toezichtstijlen is die tussen *verticaal* toezicht, waarbij van bovenaf gedrag wordt gecorrigeerd en *horizontaal* toezicht, waarbij samenwerking met de onder toezicht gestelde wordt gezocht. De laatste variant is gebaseerd op vertrouwen in de relatie tussen toezichthouder en onder-toezichtgestelde.³

* Dit essay is een bewerking van de Sluitingszittingsrede die de auteur heeft uitgesproken op 25 juni 2010 in het Vredespaleis in Den Haag ter gelegenheid van de jaarlijkse Sluitingszittingsceremonie van de Jonge Balie bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1 Wet houdende instelling van de Nederlandse Orde van Advocaten alsmede regelen betreffende orde en discipline voor de advocaten en procureurs (Stb. 1952, 365).

2 Kamerstukken II 2009/10, 32 123 VI, nr. 87.

3 A.T.Ottow, *De markt meester? De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgever, p. 12 e.v.

M. de Rijke

Zelfregulering

Het klassieke voorbeeld van horizontaal toezicht is intern toezicht door middel van zelfregulering.⁴ Zelfregulering onderscheidt zich, althans in zijn zuivere vorm, van wetgeving, doordat de normen *privaatrechtelijk zijn*.⁵ Een beknopte omschrijving van zelfregulering luidt: 'normsteller = normadressaat = toezichthouder.'⁶ Het toezicht op de advocatuur voldoet niet aan de definitie van zelfregulering in zijn zuiverste vorm, omdat het systeem – ten dele – wettelijk is geregeld. Tegelijkertijd voldoet het bij uitstek aan de beknopte omschrijving, nu het systeem als volgt is ingericht.

Zelfregulering in de advocatuur

De NOvA wordt gevormd door de gezamenlijke advocaten die in Nederland zijn ingeschreven en aldus verplicht bij de NOvA zijn aangesloten. De gezamenlijke advocaten die bij eenzelfde rechtbank zijn ingeschreven, vormen de orde van advocaten in het arrondissement. De betreffende orden kennen verschillende organen, waaronder de Algemene Raad (orgaan van de NOvA) en de Raden van toezicht (organen van de plaatselijke orden). De Advocatenwet bepaalt dat die organen een behoorlijke uitoefening der praktijk van de aangesloten advocaten bevorderen en dat zij bevoegd zijn tot het nemen van alle maatregelen die daartoe kunnen bijdragen. Zij komen op voor de rechten en belangen, zien toe op de naleving van de plichten van de advocaten en vervullen de taken die hun bij verordeningen zijn opgedragen.

Het College van Afgevaardigden heeft binnen de NOvA een verordenende bevoegdheid en kan dus plichten van advocaten in het leven roepen, en bij (de Algemene Raad van) diezelfde NOvA, alsmede de raden van toezicht van de plaatselijke orden, berust het toezicht op de naleving van die plichten. Klachten over een advocaat worden door de Deken van de Orde waartoe de advocaat behoort in behandeling genomen, waarna de Deken onderzoek verricht. De Deken tracht vervolgens in der minne te schikken en kan, als dat niet slaagt, de zaak voorleggen aan de tuchtrechter (de Raad van Discipline respectievelijk het Hof van Discipline).⁷ De NOvA formuleert, kortom, zelf de normen die zij aan de beroepsgroep oplegt. Zij bepaalt daarbij ook zelf de aard en omvang van haar eigen toezicht-

4 Zelfregulering wordt in de literatuur wel omschreven als 'een vorm van bindende normstelling door een representatief kader uit de groep van belanghebbenden.'

5 L.A. Geelhoed, 'Deregulering, herregulering en zelfregulering', in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis en J.A.F. Peters (red.), *Overheid en zelfregulering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 49.

6 M. van Driel, *Zelfregulering: Hoog opspelen of thuisblijven*, Deventer: Kluwer 1989.

7 Advocaten zijn ingevolge de Advocatenwet aan tuchtrechtspraak onderworpen. Tuchtrect moet worden onderscheiden van gedragsrecht: gedragsrecht is het materiële recht, het tuchtrecht is het formele recht, vgl. F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Advocatengedragsrecht*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 137.

houdende taak en kwalificeert aldus voor de eerder vermelde omschrijving: normsteller = normadressaat = toezichthouder.⁸

Een ontwikkeld en goed functionerend systeem van zelfregulering van een beroepsgroep als de advocatuur is een groot goed. De beroepsgroep heeft er immers alle belang bij de eigen reputatie hoog te houden en, in het specifieke geval van de advocatuur, het behoud van verworven privileges als de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht te waarborgen. Bovendien is in een systeem van zelfregulering gewaarborgd dat de uitvoerders van het toezicht ter zake kundig zijn en goed op de hoogte van de betrokken belangen en de dynamiek in de praktijkvoering van de advocaat.

Extern toezicht

Aan de andere kant van het spectrum van toezichtstijlen staat het klassieke voorbeeld van verticaal toezicht: het externe toezicht van de *regulator* of marktautoriteit die boven de marktpartijen staat zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Onafhankelijke post- en telecommunicatie autoriteit (OPTA) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Deze externe toezichthouders hebben wettelijke bevoegdheden ten aanzien van ondernemingen op de markt, zijn bestuursorganen en bewegen zich dus, anders dan bij zelfregulering, uitsluitend in het publieke recht.

Extern toezicht is een toezichtstijl die veelal wordt gehanteerd om markttoezicht te ontwikkelen bijvoorbeeld in markten waarin concurrentie wordt geïntroduceerd (energie, telecommunicatie) of voor gedragtoezicht waarbij het gedrag van ondernemingen wordt gevolgd en gecontroleerd ten behoeve van consumenten en andere gebruikers (de Voedsel en Warenautoriteit, de Consumentenautoriteit). Extern toezicht heeft in vergelijking met zelfregulering het voordeel dat het toezicht door een onafhankelijke instantie wordt uitgeoefend.

Tendensen in toezicht

Zelfregulering en extern toezicht lijken daarmee op het eerste oog tegenpolen, maar de praktijk laat zien dat zij naar elkaar kunnen toegroeien en zich door elkaar heen kunnen bewegen.⁹ De hedendaagse praktijk wijst ook uit dat marktpartijen steeds vaker ertoe worden aangezet zelf codes te ontwikkelen of dat zij

8 Deze verschijningsvorm van zelfregulering, waarbij sprake is van wetgeving die de zelfregulering ondersteunt, wordt wel geduid met het begrip 'wettelijke facilitering van zelfregulering', zie: 'Zelfsturing en zelfregulering. Over de verhouding van bestuurskunde en (bestuurs)recht', in W.B.H.J van de Donk en P.A.H. Frissen (red.), *Over Bestuur, Recht en Informatisering*. Opstellen aangeboden aan prof. mr dr I.Th.M. Snellen, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 9.

9 In de (eerste) Kaderstellende visie op Toezicht in 2001 nam het kabinet het standpunt in dat ondertoezichtgestelde organisaties van de toezichthouder ruimte moeten krijgen om hun eigen verantwoording te organiseren door de ontwikkeling van interne borgingssystemen en instrumenten. In de (tweede) Kaderstellende visie op toezicht van 2005, die in het teken staat van doelmatigheid van toezicht, is in de koers van het kabinet de tendens zichtbaar om bij de uitoefening van verticaal toezicht aan te sluiten bij deze ontwikkelde interne borgingssystemen, Kamerstukken II 2001/02, 27 831, resp. nr. 1 en nr. 15.

M. de Rijke

uit eigen beweging daartoe overgaan om te voorkomen dat de regels van buiten af worden opgelegd. Een recent voorbeeld is de Code Banken. Daarin hebben de Nederlandse banken zichzelf een reeks van regels opgelegd – bijvoorbeeld op het terrein van bestuurdersbeloningen – om het als gevolg van de financiële crisis beschadigde publieksvertrouwen terug te winnen. In veel gevallen gebruikt de toezichthouder dergelijke door de sector ontwikkelde codes vervolgens als toetssteen bij het toezicht op de naleving. Er is dus een tendens zichtbaar van zuiver extern toezicht naar combinaties met zelfregulering.

Noodzaak en effectiviteit van toezicht

Zelfregulering en extern toezicht kennen naast de kenmerkende verschillen ook overeenkomsten. Ze ontleen in elk geval beide hun bestaansrecht aan de wens van de samenleving om te controleren of toegekende rechten en plichten correct worden uitgeoefend, althans of wordt gehandeld conform de aan dat handelen gestelde eisen. Dat toezicht op de advocatuur noodzakelijk is, vanwege het vertrouwen dat burgers moeten kunnen hebben in de kwaliteit en integriteit van advocaten, is algemeen aanvaard en past ook in het huidig tijdsgewricht waarin berichten in de media over de behoefte van de samenleving aan goed toezicht en de berichtgeving over praktijkvoorbeelden van ‘falend toezicht’ aan de orde van de dag zijn.

Of toezicht goed is en vooral wat de maatschappelijke effecten van toezicht zijn, laat zich echter nauwelijks meten. Maatgevend zou moeten zijn de mate waarin toezichthouders zelf hun doelen weten te realiseren. Dit is niet eenvoudig vast te stellen omdat *in zijn algemeenheid* maar moeilijk een causaal verband kan worden aangetoond tussen de inspanningen van toezicht houden en de bereikte maatschappelijke effecten. Tevens is de vraag in hoeverre eventuele effecten kunnen worden toegeschreven aan de *specifieke* acties of projecten die de betreffende toezichthouder heeft uitgevoerd. Het is kortom lastig vast te stellen of een toezichthouder goed toezicht houdt en in de praktijk zijn ook maar in zeer beperkte mate data hierover beschikbaar.¹⁰

Ook voor het toezicht op de advocatuur geldt dat nauwelijks data beschikbaar zijn over de effectiviteit van het toezicht en moeilijk getoetst kan worden of het huidige toezichtstelsel resulteert in goed toezicht.¹¹

Controle op toezicht

Weliswaar ontbreken harde cijfers over de effectiviteit van het handelen van toezichthouders, maar dat neemt niet weg dat in individuele gevallen controle ach-

10 J.G. van Erp, ‘Lessen voor toezicht in de 21^e eeuw. Actuele inzichten van Braithwaite en Sparrow’, in: Justitiële verkenningen. Toezicht op markt en mededinging, WODC jrg. 34, nr. 6, 2008, p. 18-19.

11 Dit gebrek aan informatie over de effectiviteit van toezicht moet overigens worden onderscheiden van de wel beschikbare data over het functioneren van de advocatuur, zoals de Trendrapportage advocatuur waarin toegankelijkheid, continuïteit en kwaliteit van de dienstverlening wordt gemeten, zie Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, www.wodc.nl.

teraf kan plaatsvinden. Die controle dient ertoe vast te stellen of de toezichthouder haar toezichtstaken goed heeft uitgevoerd, dat wil zeggen met inachtneming van de regels van het toezichtspel. De controle op het handelen van de toezichthouder geschiedt in de regel door een onafhankelijke rechter. Ik merk daarbij op dat het hier geen automatische, in het systeem ingebouwde, controle betreft. De controle beperkt zich immers tot die gevallen waarin toezichtsbesluiten of toezichtshandelingen expliciet aan de rechter ter toetsing worden voorgelegd.

Er zijn diverse uitspraken van de civiele- en de bestuursrechter over onrechtmatige toezichtshandelingen van *bestuursorganen*. De rechter beoordeelt of de toezichthouder binnen zijn wettelijke bevoegdheden is gebleven, althans bij de uitoefening daarvan zorgvuldig is geweest.¹²

Hoe zit dat nu met de rechterlijke toetsing van privaatrechtelijk toezicht en daarmee doel ik op toezicht *door niet-bestuursorganen*, zoals dat in de advocatuur wordt uitgevoerd? Een actueel voorbeeld is de uitspraak van de civiele rechter in de zaak *De Hoogd* over de toezichthoudende taak van de NOvA en de Haarlemse Orde (beide publieke rechtspersonen ingesteld bij de Advocatenwet).¹³

Casus De Hoogd

Het ging in deze zaak om een advocaat, De Hoogd, die op de derdenrekening van zijn kantoor een geldbedrag van twee cliënten in depot onder zich had. Hij heeft dat bedrag vervolgens ten onrechte overgemaakt naar de rekening van een derde zonder dat een tweede bestuurder van de betreffende Stichting Derdengelden door middel van zijn handtekening daarvoor toestemming had gegeven. Dit was in strijd met de vereisten voortvloeiend uit de destijds nog van toepassing zijnde Boekhoudverordening 1998 volgens welke het bestuur van de Stichting Derdengelden uit ten minste twee leden dient te bestaan, die (slechts) gezamenlijk bevoegd zijn.

De betreffende cliënten, die als gevolg van het ten onrechte overmaken van deze derdengelden schade hadden geleden, dienden een klacht in tegen De Hoogd die is behandeld door de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam. Bij beslissing van 17 november 2006 heeft die Raad de klacht gegrond verklaard en aan De

12 Notoire gevallen zijn die van externe toezichthouders die te voortvarend naar buiten treden. Zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit die in de publicatie van een persbericht over prijsafspraken van fietshandelaren en bij de vermelding van deze overtredingen met naam en toenaam in het jaarverslag onvoldoende tot uitdrukking bracht dat het slechts verdenkingen betrof, Hof Den Haag 24 februari 2005, LJN AS9694. Recent werden DNB en de AFM aansprakelijk gehouden voor schade die bestuurders van een vermogensbeheerder leden omdat zij aan deze bestuurders in verband met voorwetenschap een aanwijzing hadden gegeven, die leidde tot het ontslag van de bestuurders op het moment dat nog slechts sprake was van verdenking, Hof Amsterdam 15 juni 2010, LJN BN2244.

13 Rb. 's-Gravenhage, 16 september 2009, LJN BJ8974, de uitspraak is in dit tijdschrift uitvoerig besproken in het licht van de aansprakelijkheid van de toezichthouder door E.J.Daalder, Onvoldoende toezicht op een advocaat die het geld van zijn cliënten onzorgvuldig beheert, Tijdschrift voor Toezicht 2010/1, p. 72.

M. de Rijke

Hoogd de maatregel van berisping opgelegd. De cliënten wilden hun schade op De Hoogd verhalen, maar hij bood geen verhaal. Vervolgens stelden zij zowel de NOvA als de plaatselijke orde aansprakelijk voor de door hen geleden schade. Zij stelden zich op het standpunt dat beide organen waren tekort geschoten in het toezicht op de naleving door De Hoogd van de Boekhoudverordening 1998. De statuten van de Stichting Derdengelden van het kantoor van De Hoogd voldeden immers niet aan het voorschrift in de Modelstatuten bij de Boekhoudverordening, dat het bestuur uit ten minste twee leden dient te bestaan, die (slechts) gezamenlijk bevoegd zijn. In het geval van De Hoogd waren – in de jaren 1999 tot en met 2003 – noch de statuten van de stichting, noch het uittreksel uit het handelsregister gecontroleerd door de NOvA of de Haarlemse Orde.

De NOvA voerde onder meer aan dat nader toezicht met name in de beginfase na de invoering van de nieuwe regelgeving wegens capaciteitsproblemen redelijkerwijs niet te vergen was. Het oordeel van de rechtbank luidde:

‘De rechtbank gaat hieraan voorbij, nu NOVA met het aantal advocatenkantoren in Nederland bekend was en dus tevoren kon inschatten hoeveel statuten en uittreksels uit het handelsregister zij zou ontvangen. Het lag op de weg van NOVA om haar personeelscapaciteit zonodig aan te passen, bijvoorbeeld door het aantrekken van tijdelijke medewerkers om de controlerende en toezichthoudende taken te verrichten. Het louter constateren dat de vereiste stukken (tijdig) door de advocaten(kantoren) zijn toegezonden en steekproefsgewijs controleren of de statuten van de stichtingen derdengelden van alle advocaten(kantoren) inhoudelijk aan alle vereisten voldoen, zoals NOVA heeft betoogd, was in ieder geval vanaf het jaar 2002 onvoldoende – ook bij een marginale toetsing – om te concluderen dat zij heeft voldaan aan haar controleverplichtingen, die zij zich zelf – mede blijkend uit genoemd Protocol – had opgelegd.’

De rechtbank kwam tot de conclusie dat de NOvA niet had gehandeld zoals een redelijk toezichthouder betaamt en dat sprake was van onrechtmatig handelen van de NOvA, welk handelen volgens de in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt. Dit gold ook voor de Haarlemse deken. De rechtbank verklaarde voor recht dat de NOvA en de Haarlemse Orde aansprakelijk zijn voor de schade die betrekking heeft op het verloren gaan van het door de cliënten op de derdenrekening van mr. De Hoogd gestorte bedrag.

De rechtbank kende volgens haar overwegingen groot gewicht toe aan het doel en de strekking van de Boekhoudverordening. Die waren in het bijzonder gelegen in de bescherming van derden die gelden bij een advocaat storten en het preventief voorwaarden scheppen die de mogelijkheid van frauduleus handelen nog verder terugdringen.

Het voert in het kader van dit essay te ver om diep in te gaan op verschillen in rechterlijke toetsing van extern toezicht en van zelfregulering. Maar het is opmerkelijk dat externe toezichthouders zich veelal bedienen van prioriteringsbeleid,

waarbij aandachtsgebieden worden bepaald waarop actieve handhaving zal plaats vinden. Dit prioriteringsbeleid wordt door de rechter veelal gerespecteerd. Het lijkt erop dat in het geval van zelfregulering de deken of orde *niet* de vrijheid heeft om prioritering in haar toezicht aan te brengen bijvoorbeeld op grond van beperkte beschikbare capaciteit. Maar dit is wellicht een onderwerp dat in het kader van het hoger beroep aan de orde komt.¹⁴

De zaak De Hoogd vormt in elk geval een goede illustratie van de wijze waarop het huidige toezicht functioneert: toezicht door de Dekens en de plaatselijke en landelijke orden, tuchtrecht door de Raad en het Hof van discipline en eventuele controle op het toezicht van de Dekens en de orden door de rechter.

Visie minister van Justitie

Mogelijk refereert de minister van Justitie aan een geval als dat van De Hoogd waar hij in zijn eerdergenoemde brief aan de Tweede Kamer van 5 maart 2010 over het toezicht op (onder meer) de advocatuur opmerkt dat zich in de afgelopen periode incidenten hebben voorgedaan 'die duidelijk hebben gemaakt dat advocaten en notarissen wettelijke voorschriften niet in alle gevallen naleven.'

Op grond van die constatering en de omstandigheid dat een enkele overtreding niet alleen schadelijk is voor het vertrouwen van de burger in die ene beroepsopfeenaar, maar ook voor het publieke vertrouwen in de gehele beroepsgroep, acht de minister:

'nodig dat door een goed geregeld en functionerend stelsel van toezicht zo veel en zo vroegtijdig mogelijk wordt voorkomen dat overtredingen van juridische beroepsopfeenaars zich voordoen en dat daardoor overtredingen zo veel mogelijk aan het licht worden gebracht (en handhaving zo mogelijk wordt gemaakt) als die zich welhaast onvermijdelijk toch voordoen.'

De minister heeft zijn visie op mogelijke en wenselijke aanpassingen van het toezicht op de advocatuur expliciet beperkt tot het toezicht in enge zin en daarmee doelt de minister op de controle op naleving van wettelijke voorschriften door de beroepsbeoefenaars. De minister stelt in zijn visie voor dat het toezicht op advocaten voortaan in hoofdzaak bij wet wordt geregeld, waar dit nu slechts ten dele het geval is en voor het overige in een aantal door de NOvA opgestelde documenten. Hij stelt voorts voor dat in de toekomst preventief toezicht op de advocatuur zal plaatsvinden door een onafhankelijke toezichthouder.

'Juist omdat het toezicht er nadrukkelijk toe strekt het publieke vertrouwen in de integriteit en kwaliteit van genoemde juridische beroepsopfeenaars te waarborgen, dient de regeling hiervan er ook in te voorzien dat het ten opzichte van de beroepsgroep waarop toezicht wordt gehouden zo onafhankelijk mogelijk wordt belegd en uitgeoefend.'

14 De procedure in hoger beroep staat voor pleidooi op 1 februari a.s.

M. de Rijke

Deze onafhankelijke toezichthouder krijgt de toezichtbevoegdheden die in titel 5.2 in de Algemene wet bestuursrecht zijn neergelegd. Deze bepaling voorziet onder meer in de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen en van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden.

Onder het huidige recht hebben advocaten een geheimhoudingsverplichting, maar in geval van een verzoek om informatie van de Deken aan de advocaat dat verband houdt met een mogelijk tuchtrechtelijk onderzoek of een aan de Deken opgedragen controle, is de advocaat verplicht inlichtingen te verstrekken. Hij kan zich daarbij niet op de geheimhoudingsplicht beroepen, tenzij sprake is van een bijzonder geval. Deze doorbreking van de geheimhoudingsplicht zou volgens de visie van de minister ook gaan gelden jegens de nieuwe toezichthouder. De nieuwe toezichthouder moet controle uitoefenen op de naleving van wettelijke voorschriften en kan bij gebleken overtredingen een klacht indienen bij de tuchtrechter waarna de tuchtrechter de overtreding beoordeelt en eventueel sanctionerend optreedt.

Kanttekeningen bij de visie van de minister

Bij de voorgestelde keuze voor een externe toezichthouder op de advocatuur vallen kanttekeningen te plaatsen.

Anders dan bij een aantal eerdergenoemde voorbeelden van extern toezicht (toezicht op de telecom- en energiesector) is in de advocatuur immers geen sprake van een markt waarin *concurrentie* op gang moet worden gebracht. Zoals elke advocaat kan beamen, wordt er volop geconcurrereerd.

Noch is sprake van de toekenning van *publieke taken* aan advocaten, zoals het geval is bij notarissen en deurwaarders, die rechtvaardigt dat een externe toezichthouder toeziet op de nakoming van wettelijke voorschriften door die advocaten.

Verder dringt zich de vraag op of voor *preventief toezicht* op de advocatuur nu daadwerkelijk vereist is dat extern toezicht wordt ingevoerd. Preventief toezicht kan toch ook binnen een systeem van zelfregulering worden ingepast? Denk aan het controlesysteem voor de Boekhoudverordening 1998 dat in de zaak van De Hoogd aan de orde kwam. Dat was volgens de rechtbank in deze casus weliswaar niet goed uitgevoerd, maar het voorzag wel in een vorm van preventief toezicht.

Ook voor zover het voorgestelde toezicht kwalificeert als *gedragstoezicht* geldt dat dit juist binnen een systeem van zelfregulering kan worden gerealiseerd. Zoals ik eerder aangaf is het zelfreinigende karakter van zelfregulering in een beroepsgroep als de advocatuur van grote waarde, gelet op de professionaliteit en specifieke privileges. Met de keuze voor extern toezicht worden deze kenmerkende voordelen prijs gegeven.

Tot slot is opmerkelijk dat de visie van de minister van Justitie een ombuiging impliceert van uitsluitend (wettelijk gefaciliteerde) zelfregulering naar een vorm van extern ofwel verticaal toezicht, waar ik eerder in het toezicht in het algemeen een tegengestelde tendens signaleerde. Daarbij verdient wel opmerking dat de minister in zijn visie expliciet de mogelijkheid openlaat dat het toezicht wordt

belegd bij een onafhankelijk toezichthoudend orgaan binnen de huidige publiek-rechtelijke beroepsorganisatie.

Visie Docters van Leeuwen

En daarmee sla ik de brug naar een advies van Docters van Leeuwen van maart 2010 over het toezicht op de advocatuur, dat hij op verzoek van de Algemene Raad van de NOvA heeft uitgebracht.¹⁵

Docters van Leeuwen pleit in zijn alternatief voor een grotere toezichthoudende en handhavende rol van de Deken, dat wil zeggen versterking van het huidige systeem van zelfregulering, waarbij de Deken zelf moet kunnen beschikken over sanctionerende bevoegdheden.

Docters van Leeuwen adviseert verder om geen externe toezichthouder voor de advocatuur te introduceren, maar om in plaats daarvan een *wijze persoon* zijn intrede te laten doen. Die wijze persoon oefent systeemtoezicht uit op de kwaliteit van het toezicht en kan daarover aanbevelingen doen aan de Landelijke Orde en de Lokale Orden. Op die aanbevelingen moet verplicht worden gereageerd.

Kanttekeningen bij de visie van Docters van Leeuwen

Wat opvalt, is dat de *wijze persoon* die Docters van Leeuwen wil introduceren toezicht houdt op de kwaliteit van het toezicht en de klachtafhandeling, waarbij bijzondere aandacht moet worden geschonken aan transparantie en toegankelijkheid. Het gaat hier dus in wezen om een *toezichthouder op het systeem van toezicht op de advocatuur* en niet om toezicht op het advocatuurlijk systeem zelf.

Voor deze benadering zijn aanknopingspunten te vinden in de theorievorming over systeemtoezicht. Daarin wordt systeemtoezicht wel gedefinieerd als het verticale toezicht van de overheid waarbij de opzet reikwijdte en werking van (kwaliteits-)systemen en bedrijfsprocessen bij organisaties worden vastgesteld. Concreet kan het gaan om die bedrijfsprocessen en strategieën die ontworpen zijn om de naleving van regels en normen te bewaken en mogelijke risico's en externe effecten die gepaard gaan met de activiteiten van de onder toezicht gestelden te bewaken en te borgen.¹⁶

De introductie van een wijze persoon wijkt wezenlijk af van het voorstel van de minister van Justitie. Die wil immers dat extern toezicht wordt uitgeoefend op de naleving van wettelijke regels door de advocaten en dus niet op het handelen van de deken of de landelijke of lokale orde.

De wijze persoon wijkt op meer punten af van de eerder genoemde voorbeelden van externe toezichthouders. De *wijze persoon* is een rapporteur, dus geen bestuursorgaan dat besluiten neemt waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. De *wijze persoon* kan aanwijzingen geven aan de orden, maar die zijn niet gehouden deze op te volgen. De *wijze persoon* behandelt geen individuele

15 A.W.H. Docters van Leeuwen, Het bestaande is geen alternatief, maart 2010.

16 M.E. Honingh en J.K. Helderma, Voor wie of wat is systeemtoezicht zinvol?, Tijdschrift voor Toezicht 2010/2, p. 7 en 10.

M. de Rijke

klachtzaken en oordeelt niet in individuele aangelegenheden van tucht en discipline.

Gelet op deze uitgangspunten lijkt de taak van de wijze persoon geen eenvoudige, nu hij geacht wordt toezicht te houden op het systeem, zonder dat hij in individuele zaken wordt betrokken. Eventueel falen van het systeem zal zich toch in de regel in individuele aangelegenheden manifesteren. Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat het voorgestelde systeemtoezicht goed aansluit bij het huidige systeem van toezicht op de advocatuur. Systeemtoezicht veronderstelt immers een groot zelfregulerend vermogen van de onder toezicht gestelde sector.¹⁷ Dit betekent dat bij toepassing van het alternatief van Docters van Leeuwen het bestaande, goed functionerende systeem van zelfregulering intact blijft.

Inzicht in toezicht

Hoe moet nu de keuze voor een (nieuwe?) vorm van toezicht op de advocatuur worden bepaald? Het is, als gezegd, een gegeven dat we niet beschikken over relevante informatie over de effectiviteit van het huidige toezicht op de advocatuur, die kan worden gebruikt als basis voor de (her)inrichting van toezicht.

Om de vraag te kunnen beantwoorden of een bepaalde (nieuwe) vorm van toezicht nodig is, zal eerst moeten worden vastgesteld waarom men toezicht wil houden, wat men daarmee wil bereiken en in hoeverre het bestaande toezicht niet toereikend is om die doelstellingen te bereiken. Ik vraag mij af of die voorvragen om het noodzakelijke inzicht in het bestaande toezicht te verkrijgen, in de aanloop naar de voorgestelde wijzigingen voldoende aandacht hebben gekregen.

Over de reden voor het toezicht lijkt tussen de minister van Justitie en Docters van Leeuwen geen substantieel verschil van inzicht te bestaan. De brief van de minister aan de Tweede Kamer bevestigt dat het maatschappelijk belang bij goed toezicht een belangrijke factor is. Ook in het advies van Docters van Leeuwen neemt de maatschappij een prominente rol in. De kern van de functie van de *wijze persoon* is dat deze namens de Staat en de maatschappij toeziet op de werking van het toezichtstelsel. Als het gaat om de vraag wat het beoogde doel is, verwoordt de minister het als volgt: 'Voorkomen moet worden dat de gedachte post vat dat advocaten op grote schaal de wettelijke voorschriften overtreden'. Hij voegt daar echter aan toe dat van bewijs voor de gedachte dat advocaten op grote schaal de wettelijke voorschriften overtreden geen sprake is.

Docters van Leeuwen wijst in het licht van het doel van het toezicht op de privileges die de Staat aan de advocaat heeft toegekend zoals de beschermde titel, het procesmonopolie, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht. Die privileges maken noodzakelijk dat erop wordt toegezien dat deze niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan waarvoor ze zijn gegeven.

In deze onderbouwingen kan niet worden teruggevonden dat deugdelijk is onderzocht in hoeverre het bestaande toezicht ontoereikend is om de geschetste doelstellingen te bereiken. Waar het gaat om de visie van de minister lijkt zelfs geen

17 Zie Honingh en Helderma, p. 10.

enkel onderzoek te zijn gedaan naar het functioneren van het bestaande systeem van zelfregulering.

De aanleiding voor het ontwikkelen van een visie op het toezicht op de advocatuur is volgens de toelichting van de minister gelegen in incidenten die het vertrouwen in het bestaande systeem van zelfregulering bij het publiek hebben doen afnemen. De recent gesignaleerde claimcultuur van rechtzoekenden onderschrijft deze ontwikkeling.¹⁸ De behoefte aan versterking van vertrouwen in het toezicht biedt echter geen rechtvaardiging om intern toezicht te vervangen door extern toezicht zolang niet is aangetoond dat intern toezicht niet toereikend is of kan zijn.

Conclusie

Ik concludeer dat als het ontbreekt aan een duidelijk en compleet inzicht in eventuele tekortkomingen van het huidige systeem van zelfregulering, daarmee een rechtvaardiging ontbreekt om een nieuw systeem van extern toezicht in te voeren. Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet is thans voorzien in een goed functionerend systeem van toezicht door de Deken en de orden, tuchtrecht door een Raad en Hof van discipline en de mogelijkheid van toetsing door de civiele rechter. Voor zover sprake is van een afgenomen vertrouwen dat nu eenmaal de basis vormt voor horizontaal, intern toezicht, is het uiteraard van belang dit vertrouwen weer op de juiste sterkte brengen. Hierin kan worden voorzien door een minder ingrijpende aanpassing van het huidige toezicht zoals het alternatief dat Docters van Leeuwen voorstelt, te weten een aanvulling van het huidige toezicht-systeem met een systeemtoezichthouder, die voorziet in een extra controle op de uitvoering van het systeem.

Daarbij is dan wel van belang dat deze systeemtoezichthouder geheel onafhankelijk kan opereren – en daarmee doel ik niet zoals de minister alleen op onafhankelijkheid van de systeemtoezichthouder ten opzichte van de beroepsgroep, maar is minstens zo belangrijk dat de systeemtoezichthouder vrij is van ministeriële of politieke beïnvloeding –¹⁹ en dat hij optreedt op basis van transparante, controleerbare regels.

18 Claimcultuur treft zelfs advocaten, FD 8 november 2010.

19 In een recente uitspraak oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat de minister van Economische Zaken bij gebruikmaking van haar aanwijzingsbevoegdheid jegens de toezichthouder voor de energiesector inbreuk had gemaakt op de zelfstandige en onafhankelijke oordeelsvorming van die toezichthouder, zoals deze door de wetgever was beoogd, CBB 29 juni 2010, LJN BM9470.