

NOTENKRAKER

Onvoldoende toezicht op een advocaat die het geld van zijn cliënten onzorgvuldig beheert

Rb. Den Haag 16 september 2009, *NJF* 2010, 8, LJN BJ8974

E.J. Daalder

1 Inleiding

In toenemende mate worden ook vrije beroepsbeoefenaars onderworpen aan toezicht door bestuursorganen. Traditioneel kennen vrije beroepsbeoefenaren een, soms wettelijk geregeld, tuchtrecht. Omdat het tuchtrecht in de praktijk niet wordt gezien als een voldoende effectieve vorm van toezicht, wordt gezocht naar andere mogelijkheden om de beroepsgroep te reguleren, meestal in de vorm van het introduceren van toezicht door een onafhankelijke toezichthouder. Zo is op 25 augustus 2008 de Wet tuchtrechtspraak accountants in werking getreden. Samen met de Wet toezicht accountantsorganisaties wordt met deze wet voorzien in toezicht op registeraccountants en accountants-administratieconsulenten en in versterking van het tuchtrecht voor die beroepen. Op 3 december 2009 is bij de Tweede Kamer een voorstel voor wijziging van de Wet op het notarisambt ingediend, waarin wordt voorzien in een scheiding van het tuchtrecht van en het toezicht op notarissen. Het wetsvoorstel voorziet ook in meer mogelijkheden van toezicht (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 250). Naarmate er meer bevoegdheden om toezicht te houden komen, stijgt ook de verwachting bij de burger dat dergelijke bevoegdheden onjuist handelen van vrije beroepsbeoefenaren zullen voorkomen. Dat zal niet steeds het geval zijn en wanneer dat tot gevolg heeft dat derden schade lijden als gevolg van onrechtmatig handelen van een vrije beroepsbeoefenaar en deze geen of onvoldoende verhaal biedt, rijst al snel de vraag of de schade niet kan worden verhaald op de toezichthouder. Dat kan, wanneer de toezichthouder tekort schiet in de uitoefening van het toezicht. Deze uitspraak over tekortschietend toezicht door de Nederlandse Orde van Advocaten op een advocaat illustreert waar dat toe kan leiden.

2 De casus

Het komt regelmatig voor dat advocaten gelden onder zich krijgen die aan derden toebehoren. Zo is het niet ongebruikelijk dat het betalingsverkeer na een rechterlijke uitspraak via de advocaten verloopt. Ook worden wel gelden als zekerheid onder een advocaat gestort. Om te voorkomen dat dergelijke geldbedragen worden vermengd met het bedrijfsvermogen van de advocaat of het kantoor waar hij

werkzaam is, schrijft de door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) – een publiekrechtelijk lichaam in de zin van artikel 134 Grondwet; vergelijk artikel 17 lid 1 Advocatenwet – vastgestelde Boekhoudverordening voor dat ieder advocatenkantoor verplicht is een Stichting Derdengelden ter beschikking te hebben. Bedragen van of voor derden moeten op de rekening van die stichting, de zogenoemde derdenrekening, worden gestort. De verordening werkt dit nader uit en voorziet ook in de verplichting dat een advocaat schriftelijk aan de deken van de plaatselijke orde van advocaten verklaart zich aan de regels van de verordening te hebben gehouden. Verder dient een advocaat te voldoen aan verzoeken om inlichtingen van de deken. Een op 1 januari 2002 in werking getreden Protocol voorziet in nadere regels op de naleving van verschillende door de NOvA vastgestelde verordeningen, waaronder de Boekhoudverordening. Daarmee kwam de controle te liggen bij het bureau van de landelijke orde. Feitelijk was dat daarvoor ook al zo, omdat de dekens daartoe aan de algemeen secretaris van de NOvA (en daarmee feitelijk aan het bureau) mandaat hadden verleend.

Advocaat mr. De Hoogd – de uitspraak, gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl> is volledig geanonimiseerd maar vermeldt wel diens naam – had een derdenrekening, maar de statuten van de stichting waren niet in overeenstemming met de eisen van de Boekhoudverordening. Meer in het bijzonder ontbrak in die statuten de eis dat vertegenwoordiging van en daarmee betalingen door de stichting pas mogelijk waren nadat de opdracht daartoe door twee bestuurders van de stichting is gegeven. Die eis wordt gesteld om lichtvaardige betalingen van een derdenrekening te voorkomen.

Mr. De Hoogd hield een geldbedrag van twee cliënten in depot onder zich, dat op zijn derdenrekening was gestort. Hij heeft dat bedrag, zonder dat de tweede bestuurder zijn handtekening had gezet, ten onrechte naar de rekening van een derde overgemaakt. Zijn cliënten stelden hem aansprakelijk, maar mr. De Hoogd bood geen verhaal, waarna zijn cliënten besloten zowel de NOvA als de plaatselijke orde aansprakelijk te stellen voor de schade die zij hadden geleden als gevolg van het ten onrechte overmaken van de betrokken gelden. Zij stelden zich op het standpunt dat beide organen waren tekortgeschoten in het toezicht op de naleving door mr. De Hoogd van de regels van de Boekhoudverordening. Zij hadden dat kunnen weten, zo stelde de cliënten, omdat uit de uittreksels van de Kamer van Koophandel, die de deken had gezien, bleek dat mr. De Hoogd zelfstandig bevoegd was de stichting te vertegenwoordigen. Vast stond in ieder geval dat een controle van uittreksels uit het handelsregister of de statuten achterwege was gebleven. De NOvA en de plaatselijke orde beriepen zich op het feit dat er in de beginfase vanwege capaciteitsproblemen redelijkerwijs niet kon worden gevergd om een zo vergaand toezicht op de naleving van de verordening uit te oefenen dat dit de onjuiste betaling had kunnen voorkomen.

3 De belangrijkste overwegingen van de rechtbank

‘4.8 De rechtbank leidt uit deze regeling van taken en bevoegdheden af dat binnen de NOvA, door de verordenende bevoegdheid van het College van Afgevaardigden, plichten van advocaten in het leven kunnen worden geroepen, en dat bij (de Algemene Raad van) diezelfde NOvA, alsmede bij de raden van toezicht van de plaatselijke orden, het toezicht op de naleving van die plichten berust. NOvA formuleert, kortom, zelf de normen die zij aan de beroepsgroep oplegt. Zij bepaalt daarbij ook zelf de aard en omvang van haar eigen toezichthoudende taak. De kosten voor het uitvoeren van die taak brengt zij ten laste van de gezamenlijke advocaten.

4.9 Dit brengt naar het oordeel van de rechtbank met zich mee dat wanneer NOvA in haar toezichthoudende taak tekortschiet, zij aansprakelijk is voor de dientengevolge door derden geleden schade. Zij zal zich er niet spoedig op kunnen beroepen dat zij door een toezichthoudende taak is overvallen. Van een redelijk handelend toezichthouder als NOvA die zelf haar verordeningen in het leven roept en daardoor bij uitstek in de gelegenheid is om de plichten en het toezicht op de naleving daarvan op elkaar af te stemmen, mocht verwacht worden dat zij – nadat de verordening op 1 juni 1999 in werking was getreden – het toezicht voortvarend ter hand zou nemen en een sluitend toezichtstelsel tot stand zou brengen.

(...)

4.12 NOvA heeft aangevoerd dat nader toezicht met name in de beginfase na de invoering van de nieuwe regelgeving wegens capaciteitsproblemen redelijkerwijs niet te vergen was. 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 zonedig 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 vraag rijst of het de Haarlemse deken daarmee nog vrijstond om de ingezonden opgaven vervolgens niet op juistheid te controleren.

Onvoldoende toezicht op een advocaat die het geld van zijn cliënten onzorgvuldig beheert

4.18 De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend, gelet op doel en strekking van de Boekhoudverordening 1998. Haar doel ligt in het bijzonder in de bescherming van derden die gelden bij een advocaat storten. Zij strekt ertoe – aldus noot 2 – “preventief voorwaarden scheppen die de mogelijkheid van frauduleus handelen nog verder terugdringen”. Als toezichthouder ten aanzien van die verordening was de Haarlemse deken niet verplicht om alle advocaten(kantoren) terzake te controleren, doch gegeven dat hij van alle advocatenkantoren verlangde dat deze de in artikel 5 van die verordening bedoelde verklaring en bescheiden zouden inzenden, stond het hem vervolgens niet meer vrij om zijn controle te beperken tot (enkel) het nagaan of die stukken waren ingezonden, dus zonder verder van de inhoud daarvan kennis te nemen, in het bijzonder wanneer de opgave niet was gedaan door een accountant, zoals in 2000 en 2001 ten aanzien van mr. De Hoogd het geval. In zo'n geval is een dergelijk, niet-inhoudelijk onderzoek naar het oordeel van de rechtbank met doel en strekking van die verordening niet te rijmen. Daaraan komt immers nauwelijks enige preventieve betekenis toe. Aldus heeft de Haarlemse deken een controle uitgevoerd die niet kan worden aangemerkt als een controle welke blijkens genoemde noot 2 door die verordening werd beoogd en derhalve met die verordening in strijd was. Gegeven dat de te controleren gegevens (tenminste twee bestuurders, gezamenlijk bevoegd) zeer beperkt waren, heeft de Haarlemse Orde onvoldoende onderbouwd dat een dergelijke inhoudelijk controle niet van haar kon worden gevergd. Aldus moet op grond van een en ander worden geoordeeld dat de wijze waarop de Haarlemse Orde in dezen aan haar toezichthoudende taak uitvoering heeft gegeven, niet kan worden aangemerkt als die van een redelijk handelende toezichthouder.'

4 Analyse

Uit de rechtspraak blijkt dat een bestuursorgaan aansprakelijk is voor gebrekkig toezicht wanneer niet is gehandeld zoals een redelijk handelende en redelijk bekwame functionaris behoort te doen. In het *Vie D'Or*-arrest (HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527 m.nt. Van Dam onder *NJ* 2008, 529) heeft de Hoge Raad aangegeven dat het bij de beantwoording van de vraag of het uitgeoefende toezicht voldoet aan de eisen van een behoorlijk en zorgvuldig toezicht, moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Daarbij moet in bijzonder het wettelijk stelsel van het toezicht onder ogen worden gezien. In het betreffende arrest ging het om de vraag of de Verzekeringskamer was tekortgeschoten bij het houden van toezicht op een verzekeringsbedrijf dat uiteindelijk failliet was gegaan, waardoor levensverzekeringen van klanten waardeloos werden. De Hoge Raad stelde vast dat het stelsel van toezicht op verzekeringsbedrijven – althans in die tijd – in beginsel normatief en repressief was en in belangrijke mate uit controle achteraf op de naleving van wettelijke normen bestond. Bij de uitoefening van toezicht in een dergelijk stelsel komt, aldus de Hoge Raad, aan de toezichthouder 'een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid' toe, die de rechter moet

E.J. Daalder

respecteren. Dat dient dan in een terughoudende toetsing van het uitgeoefende toezicht tot uitdrukking te komen.

Wanneer de uitspraak van de rechtbank naast deze maatstaf wordt gelegd, lijkt het erop dat de rechtbank verdergaande eisen stelt. 'Ook bij een marginale toetsing' is de rechtbank van mening dat als de NOvA een verplichting introduceert, zij ook dient te voorzien in een 'een sluitend toezichtstelsel'. Hierbij speelt voor de rechtbank kennelijk een rol dat in dit geval de regelgever en de toezichthouder dezelfde zijn: de (Algemene Vergadering van de) NOvA stelt zelf de regels – in dit geval de Boekhoudverordening – vast en zij houdt op de naleving daarvan vervolgens zelf door middel van haar organen toezicht. Zoals de rechtbank het nu formuleert, lijkt het er haast op dat zij op de NOvA een resultaatsverplichting oplegt: door het stellen van de eis dat het toezicht *sluitend* is, komt het erop neer dat iedere keer wanneer een advocaat door de niet-naleving van regels, waar de NOvA toezicht op houdt, de NOvA aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die daar het gevolg van is. Dat gaat wel erg ver en vraagt in controleopzicht veel. Een sluitend systeem zou betekenen dat niet kan worden volstaan met een steekproefsgewijze controle op eigen verklaringen van advocaten zoals op dit moment nog wel gebruikelijk is. De rechtbank lijkt een individuele controle te verlangen.

Het leerstuk van de aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht staat nog aan het begin van een ongetwijfeld lange ontwikkeling. Aansprakelijk stellen is gemakkelijk – zie de krantenberichten over het vermeende gebrek aan toezicht van de Nederlandse Bank op Icesave en DSB – maar voor het zover is dat de rechter een toezichthouder aansprakelijk acht, moet er veel water door de zee stromen. Tot nu toe heeft de rechter niet vaak aangenomen dat een toezichthouder tekort is geschoten in het toezicht. Daarvoor is nodig dat de toezichthouder ernstig tekort schiet. Vooral nog zijn er weinig aanwijzingen dat de rechter een maatstaf zal aanhouden zoals de Rechtbank Den Haag dat in deze zaak heeft gedaan.