

Vergaderjaar 2008–2009

**31 385**

## **Wijziging van de Advocatenwet en de Wet op het notarisambt in verband met het verruimen van de mogelijkheden tot het spoedshalve tuchtrechtelijk optreden tegen advocaten en notarissen**

**E**

### **NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 7 mei 2009

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de PvdA-fractie in het nader voorlopig verslag van 10 april 2009 (Kamerstukken I 2008/09, 31 385, D). Deze leden achten één onderwerp in de memorie van antwoord nog onvoldoende beantwoord. Het betreft hierbij de mogelijkheid van schadevergoeding voor advocaten en notarissen die spoedshalve zijn geschorst of waartegen voorlopige voorzieningen zijn getroffen, en waarbij achteraf moet worden geconcludeerd dat deze spoedmaatregel ten onrechte was opgelegd. Over dit onderwerp stellen de leden van deze fractie nog enkele aanvullende vragen. Zij merken op dat een schadevergoedingsregeling voor een ten onrechte opgelegde spoedmaatregel een logisch en rechtvaardig sluitstuk van dit wetsvoorstel zou zijn.

Deze memorie van antwoord is als volgt opgebouwd. In het onderstaande ga ik allereerst in op de vragen en opmerkingen die verband houden met schadevergoeding in geval van rechtmatig opgelegde spoedmaatregelen en de suggestie van de leden van de PvdA-fractie om met beroepsorganisaties in overleg te gaan over de mogelijkheden van schadevergoeding. Ik merk voorshands op dat ik inderdaad aanleiding zie om met de beroepsorganisaties hierover in overleg te treden. Vervolgens ga ik in op de vragen over de mogelijkheid van verzekering en de suggestie van een regeling analoog aan de voorziening in de artikelen 89 en verder van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Ten slotte behandel ik de resterende vragen.

De leden van de PvdA-fractie vragen allereerst of de opmerking in de memorie van antwoord, dat er alleen voldoende reden is om aan te nemen dat er sprake is van een onrechtmatige daad indien er sprake is geweest van onrechtmatig handelen, wil impliceren dat bij onopzettelijke vergissingen er geen wettelijke aansprakelijkheid zou kunnen zijn voor geleden schade. Verder vragen zij hoe groot de kans is dat een zeer ernstig lijkende gedraging achteraf een onjuiste inschatting blijkt, of de spoedmaatregel daarmee onrechtmatig wordt, en zo ja, hoe de beroepsbeoefenaar dit moet bewijzen. Zij willen vernemen of voor de beroepsbeoefenaar de mogelijkheid om schadevergoeding te vragen komt te vervallen, indien de spoedmaatregel terecht en proportioneel was. Deze leden vragen voorts of er wellicht aanleiding is om met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) in overleg te gaan over de mogelijk-

heden voor schadevergoeding in geval van achteraf ten onrechte opgelegde spoedmaatregelen.

De aan het woord zijnde leden gaan er terecht vanuit dat er geen wettelijke aansprakelijkheid bestaat voor geleden schade in het geval achteraf blijkt dat spoedmaatregelen onterecht – maar niet onrechtmatig – zijn opgelegd. Wil er sprake zijn van aansprakelijkheid voor schade op grond van een onrechtmatige daad, voldaan moet zijn aan de eisen (onrechtmatig handelen of nalaten, schade, toerekenbaarheid, causaal verband en relativiteit) die daaraan gesteld worden in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In het geval van rechtmatig opgelegde spoedmaatregelen is aan deze eisen niet voldaan. Ik kom daarop in het onderstaande terug.

Overigens zij erop gewezen dat de mogelijkheid van schade als gevolg van achteraf gebleken onterecht, maar niet onrechtmatig, opgelegde maatregelen, niet specifiek eigen is aan de nu voorliggende spoedprocedure. Hetzelfde vraagstuk kan zich ook voor doen in het «normale» tuchtrecht. Vanuit de beroepsgroepen zelf zijn mij geen signalen bekend dat het probleem van schadevergoeding en aansprakelijkheid zich nu al in de praktijk voordoet. In het kader van de consultatie over het wetsvoorstel is dit punt niet opgekomen vanuit het notariaat en de advocatuur. KNB en Orde hebben mij desgevraagd aangegeven dat hen geen voorbeelden bekend zijn van situaties waarin notarissen en advocaten met een actie uit hoofde van onrechtmatige daad getracht hebben om schade als gevolg van opgelegde tuchtmaatregelen te verhalen.

De kans dat spoedmaatregelen onterecht worden opgelegd acht ik zeer klein. Dekens, voorzitters van kamers van toezicht en tuchtrechters zullen bij het verzoeken om respectievelijk het opleggen van een spoedmaatregel grote zorgvuldigheid in acht nemen, met name gelet op de gevolgen die het opleggen ervan kan hebben voor de betrokken beroepsbeoefenaar. Te denken valt aan een grondig feitenonderzoek, inclusief het bieden van aan de betrokken advocaat tot gelegenheid van correctie van een mogelijke onjuiste voorstelling van zaken, en het geven van weerwoord. De nieuwe spoedvoorziening is uitsluitend bedoeld voor zeer uitzonderlijke gevallen, waarin er sprake is van een zodanig ernstig vermoeden van een ernstige misdrijving, dat het treffen van maatregelen niet kan worden afgewacht. Omdat de voorziening alleen in uitzonderlijke gevallen zal worden toegepast, acht ik de kans op een onjuiste inschatting zeer gering. Evenwel kan nooit geheel worden uitgesloten dat zich de situatie voordoet dat een spoedmaatregel achteraf ten onrechte opgelegd blijkt. Is de vereiste zorgvuldigheid bij het opleggen van de spoedmaatregel in acht genomen, en is er geen sprake van het onrechtmatig opleggen van een spoedmaatregel, dan zal een actie uit onrechtmatige daad weinig kans van slagen hebben. Dit kan tot gevolg hebben dat de betrokken beroepsbeoefenaar blijft zitten met de schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden. Dit kan tot op zekere hoogte worden gekwalificeerd als een beroepsrisico. De kans om te maken te krijgen met tuchtrecht is inherent aan het zelfstandig werkzaam zijn als vrije beroepsbeoefenaar, wiens beroep wettelijk is geregeld. In het geval van advocaten en notarissen is deze beroepsuitoefening omkleed met enkele privileges, waaronder het wettelijk vastgelegde voorrecht om bepaalde (rechts)handelingen te mogen verrichten en taken uit te voeren. Ten behoeve van hun cliënten beschikken zij over een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht. Hier staat tegenover dat zij, ter bewaking van de kwaliteit en integriteit van de beroepsgroep, zijn onderworpen aan wettelijk gereguleerd tuchtrecht, waarvan de mogelijkheid van een spoedmaatregel deel uitmaakt. De kans om op enig moment via een spoedmaatregel tijdelijk op non-actief te worden gesteld, en het risico dat dit achteraf ten onrechte blijkt te zijn, maakt daarmee deel uit van de bijzondere positie die deze beroepsgroepen innemen binnen onze rechtsorde en de beslissing om deze beroepsgroepen te onderwerpen aan wettelijk geregeld tuchtrecht. In

het algemeen geldt dat iedere keer wanneer iemand schade lijdt, de vraag kan opkomen of er sprake is van een zeker beroepsrisico of maatschappelijk risico, en of de schade in alle gevallen ook door een ander dient te worden vergoed. Dat is in het tuchtrecht niet anders.

Het voorgaande sluit niet uit dat zich in de praktijk situaties kunnen voordoen waarbij er sprake is van achteraf gebleken onterecht – maar rechtmatig – opgelegde maatregelen, waarbij het gelet op de omstandigheden van het geval, en de aard en omvang van de schade, onredelijk zou zijn de schade geheel of gedeeltelijk te laten neerslaan bij de betrokken beroepsbeoefenaar. Naar aanleiding van de vragen en opmerkingen van de leden van de PvdA-fractie in het nader voorlopig verslag zie ik inderdaad aanleiding om, zowel met de KNB als met de Orde, hierover in overleg te treden. Daarbij ligt het voor de hand dat wordt geïnventariseerd wat de (verwachte) omvang van het probleem is, of en zo ja in welke gevallen er aanleiding bestaat om voorzieningen ten behoeve van schadevergoeding te treffen, en waaruit zulke voorzieningen kunnen bestaan (fondsvorming, verzekering of anderszins). De gevallen waarin zo'n vergoeding op zijn plaats zou kunnen zijn, is sterk afhankelijk van de individuele casus, en vallen daarom op dit moment nog niet te benoemen. Daartoe is zoals gezegd overleg met de beroepsgroepen nodig. Ik zal dit overleg met de beroepsgroepen aangaan.

Over de mogelijkheden tot het verhaal van schade uit hoofde van onrechtmatige daad, merk ik voor de goede orde nog het volgende op. Wanneer een beroepsbeoefenaar schade als gevolg van een opgelegde spoedmaatregel wil verhalen via een actie uit onrechtmatige daad, zal hij moeten kunnen aantonen dat is voldaan aan de eisen van artikel 162 van Boek 6 BW. Voor aansprakelijkheid is vereist dat er sprake is van onrechtmatig handelen. Zoals in de memorie van antwoord al is opgemerkt, wil het enkele feit dat een opgelegde spoedmaatregel op een later moment wordt opgeheven, of niet wordt bevestigd in de normale tuchtprocedure, nog niet zeggen dat deze ook onrechtmatig is opgelegd. Dekens, voorzitters van kamers van toezicht en tuchtcolleges dienen bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde spoedmaatregel moet worden gevraagd c.q. opgelegd, en zo ja welke, uit te gaan van de feiten en omstandigheden die hen op dat moment bekend zijn. Op basis daarvan moeten zij een afweging maken, en daarbij tevens de vraag betrekken wat de mogelijke maatschappelijke schade of de schade aan derden (bijvoorbeeld cliënten) is, wanneer er geen voorziening wordt opgelegd. Op een later moment, na het opleggen van de voorziening, kunnen feiten anders blijken te liggen, kunnen nieuwe feiten aan het licht komen, of kunnen omstandigheden zich zodanig wijzigen dat de spoedmaatregel niet langer in stand kan blijven. Daarmee is het opleggen ervan nog niet onrechtmatig. Voor de vraag of er sprake is van een onrechtmatig handelen moet worden beoordeeld of op het moment van het verzoeken c.q. het opleggen van de spoedmaatregel in redelijkheid, op basis van de op dat moment bekende feiten en omstandigheden, tot het verzoek tot, respectievelijk het opleggen van die specifieke spoedmaatregel gekomen kon worden. Bij die afweging speelt onder meer een rol de ernst van het vermoeden, de ernst van de misdraging waarvan betrokkene verdacht wordt, en de schade die cliënten of anderen (mogelijk) lijden wanneer tegen betrokkene niet direct spoedmaatregelen worden getroffen.

Bij het beoordelen van de vraag of iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor de geleden schade, kan ook het gedrag van de beroepsbeoefenaar zelf een rol spelen. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een beroepsbeoefenaar ten onrechte wordt verdacht van zeer ernstige misdragingen, maar vervolgens geen actie onderneemt om die verdenkingen weg te nemen, of zich zelfs juist verdacht gedraagt. In dat geval kan het opleggen van de maatregel, en daarmee de door hem geleden schade, mede aan eigen schuld van de beroepsbeoefenaar te wijten zijn. Op grond van artikel 60ab, vijfde lid, van de Advocatenwet en artikel 106, vierde lid,

van de Wet op het notarisambt heeft de betrokken advocaat of notaris te allen tijde, op ieder door hem gewenst moment, de mogelijkheid om te verzoeken om opheffing van de opgelegde voorziening. Indien hij op enig moment bewijsmiddelen voor handen heeft die kunnen leiden tot opheffing van de voorziening, zal hij van deze mogelijkheid ook gebruik moeten maken om verdere schade te voorkomen.

De leden van de PvdA-fractie stellen enkele vragen over de mogelijkheid van verzekering. Allereerst vragen zij zich af waarom de deken en de leden van de raad van discipline voor het handelen in hun functie verzekerd zijn, indien de mogelijkheid voor wettelijke aansprakelijkheid voor rechtmatig opgelegde spoedmaatregelen niet bestaat. Of betekent het dat advocaten aan wie een spoedshalve schorsing wordt opgelegd wel achteraf verhaal hebben indien hun schorsing niet in een normale tuchtprocedure wordt bevestigd, terwijl notarissen deze mogelijkheid missen, zo vragen deze leden. Indien dat het geval is, wensen zij te vernemen hoe dit verschil is te motiveren. In aansluiting hierop leggen de leden van aan het woord zijnde fractie de vraag voor of, indien niet het voornemen bestaat om voorzitters van kamers van toezicht op een vergelijkbare wijze te verzekeren, er niet reden is om terug te komen op de suggestie in het voorlopig verslag om de ringvoorzitters in het notariaat een met de figuur van de deken vergelijkbare rol te geven. Ook vragen zij of er geen reden is om terug te komen op de suggestie van een regeling, analoog aan de voorziening in de artikelen 89 en verder Sv. Voorts vragen deze leden of het niet bezwaarlijk is dat de notaris aan wie ten onrechte een spoedmaatregel is opgelegd, via een civielrechtelijke procedure uit hoofde van een onrechtmatige daad moet verzoeken om schadevergoeding, terwijl een advocaat onder dezelfde omstandigheden ermee kan volstaan bij de deken een verzekeringsclaim in te dienen. Ten aanzien van het anders behandelen van advocaten en notarissen vragen deze leden of bij de beslissing om géén generieke mogelijkheid tot schadevergoeding te creëren, rekening is gehouden met het feit dat notarissen extra zullen worden getroffen door een eventuele schorsing, omdat het Bureau Financieel Toezicht (BFT) onmiddellijk zal ingrijpen, indien door de schorsing de deugdelijkheid van de financiële organisatie van de notaris onder druk komt te staan.

Naar aanleiding van deze vragen merk ik allereerst op dat de deken en de overige leden van de raad van toezicht via de Nederlandse orde van advocaten (de Orde) zijn verzekerd tegen aansprakelijkheden voor schade die zij mogelijk veroorzaken als gevolg van de uitoefening van hun bestuurlijke functie. Deze verzekering dekt de uitoefening van al hun wettelijke taken, en beperkt zich niet tot hun taken in het kader van het tuchtrecht. De door de Orde afgesloten verzekering strekt zich uit tot de leden van de raden van toezicht, maar dekt niet de leden van de raden van discipline of het hof van discipline (de tuchtcolleges voor de advocatuur). Het enkele feit dat de deken en overige leden van de raad van toezicht op deze manier zijn verzekerd, wil nog niet zeggen dat met succes een claim kan worden ingediend in het geval spoedmaatregelen achteraf onterecht opgelegd blijken. Voor een dergelijke claim is vereist dat er sprake is van een onrechtmatig schadeveroorzakend handelen. Als daarvan geen sprake is, en er dus geen aansprakelijkheid is, zal er ook geen reden zijn om een beroep te doen op de verzekering. Het enkele feit dat dekens verzekerd zijn, biedt aan advocaten dan ook geen aanvullende mogelijkheden tot schadevergoeding in het geval dat voorzieningen weliswaar onterecht – maar niet onrechtmatig – zijn opgelegd. Van een verschil in de situatie tussen advocaten en notarissen is op dit punt dan ook geen sprake; advocaten hebben onder deze omstandigheden niet meer of andere verhaalsmogelijkheden dan notarissen. Er is dan ook geen reden om terug te komen op hetgeen in de memorie van antwoord is opgemerkt over de rol van de ringvoorzitters in het notariaat c.q. een regeling analoog aan die van de artikelen 89 e.v. Sv.

Ten aanzien van de regeling op grond van de artikelen 89 e.v. Sv waaraan

de leden refereren, wijs ik op enkele principiële verschillen tussen het strafrecht en het tuchtrecht. Deze verschillen leiden ertoe dat een wettelijke voorziening tot schadevergoeding, analoog aan de voornoemde bepalingen van Sv, in het tuchtrecht niet voor de hand ligt. Het tuchtrecht is *intern* gericht, en heeft als voornaamste doel het handhaven van normen die binnen de beroepsgroep gelden. Het draagt bij aan het zelfreïgend vermogen van de beroepsgroepen. De voor de beroepsgroep geldende tuchtnormen zijn gebaseerd op de rolverwachting die bestaat ten aanzien van het optreden van de beroepsbeoefenaar. Het strafrecht heeft daarentegen *algemene* rechtskracht en gaat om de handhaving van voor een ieder geldende normen. In het strafrecht staan de schuld- en opzetvereisten centraal. Het tuchtrecht is in de eerste plaats een zaak van beroepsbeoefenaren zelf. Handhaving vindt voor een belangrijk deel door de beroepsgroep zelf plaats. Strafrechtelijke vervolging vindt plaats door de overheid. Het vanuit de overheid voorzien in een schadevergoeding in geval van rechtmatig opgelegde tuchtmaatregelen ligt alleen al daarom niet voor de hand. Indien het wenselijk zou zijn om voor dit soort gevallen te voorzien in een vorm van schadevergoeding, dan lijkt hierin veeleer een rol weggelegd voor de beroepsorganisaties, gelet op hun verantwoordelijkheden bij het bevorderen en het bewaken van de kwaliteit en integriteit van de beroepsbeoefenaren. Ik kom daarop in het navolgende terug. Ten slotte geven de leden van de PvdA-fractie aan dat zij veronderstellen dat in de aangekondigde Kaderwet tuchtrecht voor alle wettelijk geregelde beroepen de mogelijkheid tot het opleggen van spoedmaatregelen getroffen zal worden. Zij vragen of deze veronderstelling juist is. Voorts vragen zij of ik bereid ben om ook in deze wet te bezien hoe in de wettelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van ten onrechte – maar niet onrechtmatig – opgelegde spoedmaatregelen voorzien wordt. De aan het woord zijnde leden gaan er terecht vanuit dat in de Kaderwet zal worden voorzien in een algemene regeling van een spoedprocedure voor alle beroepsgroepen. Daarbij wordt de nu voor de advocatuur nieuw vormgegeven spoedprocedure zoveel mogelijk tot uitgangspunt genomen. Zoals ik hierboven al heb aangegeven, zie ik geen aanleiding voor een wettelijk geregelde voorziening voor schadevergoeding vanuit de overheid in geval van rechtmatig opgelegde maatregelen. Het resultaat van het overleg met de KNB en Orde over de mogelijkheden van schadevergoeding kan mogelijk als leidraad dienen voor de situatie bij de andere beroepsgroepen.

De staatssecretaris van Justitie,  
N. Albayrak