RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20-941/A/A/D

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 22 februari 2021 in de zaken 20-941/A/A/D, 20-942/A/A/D, 20-943/A/A/D, 20-944/A/A/D, 20-945/A/A/D en 20-946/A/A/D naar aanleiding van het bezwaar van:
deken
over:
verweerders

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 27 november 2020 met kenmerk 1270848, digitaal door de raad ontvangen op dezelfde datum, heeft de deken zijn bezwaar ter kennis van de raad gebracht. Het bezwaar is behandeld op de zitting van de raad van 25 januari 2021 in aanwezigheid van de deken, bijgestaan door mr. M.L.J. Bomers, deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Gelderland, en verweerders. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.2 De raad heeft kennisgenomen van de in 1.1 genoemde brief van de deken met de bijlagen 1 tot en met 3. Ook heeft de raad kennisgenomen van de brief van verweerders aan de raad van 12 januari 2021.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van het bezwaar gaat de raad, gelet op het klachtdossier en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 In 2016 heeft het dekenberaad besloten bij wijze van pilot te starten met het opvragen van financiële gegevens (hierna ook: de Kengetallen) in het kader van de zogenoemde “uitvraag financiële kengetallen” (hierna ook: de Uitvraag) bij alle advocatenkantoren in één arrondissement. In 2017 is de pilot uitgebreid naar drie arrondissementen en in 2019 naar zeven arrondissementen. Vervolgens heeft het dekenberaad besloten met ingang van 2020 jaarlijks bij alle advocatenkantoren in alle arrondissementen de Kengetallen op te vragen.

2.3 De ingezonden gegevens worden geautomatiseerd geanalyseerd en zijn daarna uitsluitend toegankelijk voor de deken en de Unit Financieel Toezicht Advocatuur (hierna: Unit FTA), die waar nodig een handmatige analyse uitvoert. Uit de analyse van de Unit FTA van de Kengetallen volgen zogenaamde rode, oranje en groene vlaggen, die met de dekens worden gedeeld. Op basis van deze indicaties verrichten de dekens maatwerk bij individuele advocatenkantoren. De opgevraagde financiële gegevens worden drie jaar bewaard.

2.4 Op 19 juni 2020 heeft de deken alle advocatenkantoren in Amsterdam, waaronder het kantoor van verweerders, per e-mail een brief gestuurd met onder meer de volgende inhoud:

“De afgelopen jaren zijn zo nu en dan serieuze zorgen gerezen over de financiële toestand van advocatenkantoren. Gevreesd moet worden dat dergelijke situaties de komende jaren eerder zullen toenemen dan afnemen. Ook al komt het gelukkig slechts sporadisch voor dat advocatenkantoren failliet gaan of advocaten onder druk van hun

financiële situatie verkeerde afwegingen maken en de integriteit schenden, is – onder het motto voorkomen blijft beter dan genezen – structureel toezicht op de financiële positie van kantoren geboden.
De afgelopen jaren hebben dekens in een aantal arrondissementen bij alle advocatenkantoren in hun arrondissement financiële kengetallen opgevraagd. Aan de hand van die kengetallen zijn (financiële) risico's geïnventariseerd. Daardoor is het mogelijk gebleken ontwikkelingen vroegtijdig te ontdekken en waar nodig bij te sturen. Al met al blijkt de aldus uitgevoerde pilot een positieve uitwerking te hebben. Daarom is besloten dat vanaf 2020 de dekens in alle arrondissementen de financiële kengetallen van kantoren zullen opvragen.
Voor uw kantoor betekent dit dat ik in juli 2020 de financiële gegevens opvraag over het boekjaar 2019 (met daarbij de vergelijkende cijfers over 2018). U heeft vervolgens tot 31 augustus 2020 de gelegenheid om de gevraagde financiële gegevens in te vullen op de daartoe bestemde, beveiligde website (…)
Het spreekt voor zich dat met deze vertrouwelijke gegevens uiterst zorgvuldig zal worden omgegaan. Zo zullen de gegevens slechts ter beschikking staan van mijzelf en door mij gemandateerde medewerkers van de Unit Financieel Toezicht Advocatuur. Bij het verzenden van de gegevens wordt gebruik gemaakt van een encryptie."
2.5 Bij brief van 24 augustus 2020 hebben verweerders geweigerd te voldoen aan het verzoek van de deken, onder meer met de volgende toelichting:
"Wij zijn van mening dat Titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) niet de bevoegdheid verschaft voor deze algemene, arrondissementsbrede opvraag van financiële kengetallen. Daarvoor zou een specifieke grondslag nodig zijn. Op grond van artikel 5:13 Awb mag een toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruik maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. In deze norm liggen het evenredigheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel besloten. Een toezichtsbevoegdheid mag alleen worden ingezet als dat redelijkerwijs noodzakelijk is, het gebruik mag niet verdergaan dan nodig is voor goed toezicht en moet bovendien op de voor betrokkene minst belastende wijze geschieden. Uitoefening van toezichtsbevoegdheden vergt een individuele belangenafweging, waarin toezicht in het concrete geval aan de norm van art. 5:13 Awb wordt getoetst. Aan deze eisen is ons inziens niet voldaan.
Het structureel opvragen van financiële kengetallen bij alle (Amsterdamse) advocatenkantoren is ingegeven vanuit de wens, zo leiden wij af uit uw toelichting, om inzicht te verkrijgen in (de ontwikkelingen in) de financiële positie en de mogelijke financiële risico's van het volledige kantorenbestand. Het doel van de opvraag is dus het verkrijgen van informatie om op basis daarvan risicogestuurd toezicht te kunnen uitoefenen. Wij onderschrijven het algemeen belang van een financieel gezonde advocatuur, maar menen dat dit belang een dergelijk vergaande, structurele en gedetailleerde informatie-opvraag niet rechtvaardigt. Het komt namelijk, zoals u zelf ook schrijft, "slechts sporadisch voor dat advocatenkantoren failliet gaan of advocaten onder druk van hun financiële situatie verkeerde afwegingen maken en de integriteit schenden". Gelet op dit ervaringsgegeven is het disproportioneel en in strijd met art. 5:13 Awb om van alle kantoren structureel financiële gegevens op te vragen. Daarbij nemen wij in aanmerking dat er bijzonder gedetailleerde, bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden opgevraagd, zoals de hoogte van de bedrijfskosten, winst, het eigen vermogen en leningen van partners. Voor een inventarisatie ten behoeve van risicogestuurd toezicht is opvraag van exacte bedragen niet noodzakelijk en kan worden volstaan met een minder vergaande uitvraag (…)
Verder bent u voornemens de opgevraagde financiële gegevens gedurende een periode van drie jaar te bewaren. Hiervoor bestaat geen enkele noodzaak, nu kantoren reeds

verplicht zijn hun administratie te bewaren. Als daar aanleiding voor bestaat, kunt u die administratie in het kader van het toezicht op de naleving inzien (…)
Uw verzoek gaat, zelfs als wij dit pour besoin de la cause zouden aanmerken als een individuele inlichtingenvordering ex art. 5:16 Awb, ons inziens verder dan het taakvervullingscriterium van art. 5:13 Awb rechtvaardigt. Om u niettemin van inlichtingen te voorzien, informeren wij u bij dezen over de financiële positie van ons kantoor.
Ons kantoor is financieel gezond en kent geen financiële risico's zoals omschreven in de toelichting bij de opvraag (…) Wij verklaren hierbij dat [het kantoor van verweerders] geen negatief eigen vermogen heeft, geen negatieve liquiditeitspositie kent, als regel niet vooruit factureert, een laag debiteurensaldo heeft in relatie tot de omzet, vrijwel geen 'onderhanden werk' kent, geen vorderingen op gelieerde ondernemingen heeft, geen rekening courant vorderingen op participant(en) heeft en dat zowel de omzet als het resultaat over 2019 hoger waren dan omzet en resultaat over 2018. Onze solvabiliteitsratio (…) bedroeg per 31 december 2019 94,3%.
Wij zijn van mening dat wij met bovenstaande informatie genoegzaam aan uw algemene verzoek hebben voldaan. Indien u in deze informatie niettemin aanleiding ziet om meer gegevens van ons te verlangen, dan bent u van harte welkom om op ons kantoor de jaarcijfers met toepassing van art. 5:17 Awb in te zien."

2.5 Bij brief van 9 oktober 2020 heeft de deken verweerders onder verwijzing naar gedragsregel 29 en artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) dringend verzocht alsnog de Kengetallen aan hem toe te zenden.

3 BEZWAAR

3.1 Het bezwaar houdt, zakelijk weergegeven, in dat het handelen en nalaten van verweerders tuchtrechtelijk niet geoorloofd is, omdat zij in strijd hebben gehandeld met (de norm van) artikel 46 Advocatenwet, waaronder valt het handelen in strijd met gedragsregel 29 en de artikelen 5:16 en 5:20 Awb.

4 VERWEER

4.1 Verweerders verweren zich tegen het dekenbezwaar. De kern van hun verweer is vastgelegd in hun hierboven aangehaalde brief van 24 augustus 2020. De raad zal hierna, waar nodig, op het verweer ingaan.

5 BEOORDELING

5.1 Verweerders hebben aan de deken kenbaar gemaakt dat zij een bijdrage willen leveren aan het juridische discours over de uitoefening van de toezichtsbevoegdheden van dekens. De deken heeft daarop met verweerders afgesproken dat hij een dekenbezwaar zal indienen bij wijze van proefproces, zodat een tuchtrechtelijke uitspraak kan worden verkregen over de vraag of advocaten gehouden zijn mee te werken aan de Uitvraag. De deken verzoekt de raad in dit kader om verweerders bij gegrondverklaring van het bezwaar geen maatregel op te leggen, omdat in dit (bijzondere) geval de verwijtbaarheid ontbreekt.

5.2 De deken stelt ter onderbouwing van het bezwaar, kort samengevat, het volgende. Verweerders zijn louter op grond van de Advocatenwet en de daarop gebaseerde regelgeving, waaronder gedragsregel 29, verplicht gehoor te geven aan het verzoek om financiële gegevens over te leggen. De deken stelt daarom primair dat er geen grond is voor toetsing van de Uitvraag aan het bepaalde in Titel 5.2 Awb. Subsidiair, in geval van een vereiste toetsing van de Uitvraag aan titel 5.2 Awb, stelt de deken het volgende. Aan de dekens zijn als wettelijk aangewezen toezichthouder de toezichtbevoegheden van Titel 5.2 Awb toegekend. De deken is bevoegd inlichtingen te vorderen (artikel 5.16 Awb) en de advocaat is op grond van artikel 5.20 lid 1 Awb verplicht alle medewerking te verlenen die de deken redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn toezichtbevoegdheden. De Uitvraag voldoet volgens de deken aan de eisen van proportionaliteit

en subsidiariteit, en een individuele belangenafweging is niet vereist. Met hun weigering hebben verweerders daarom, ook na een redelijkheidstoetsing volgens de normen van de Awb, tuchtrechtelijk ongeoorloofd gehandeld.
5.3 Verweerders betwisten dat Titel 5.2 Awb de deken de bevoegdheid verschaft voor een algemene, arrondissementsbrede opvraag van financiële kengetallen. Daarvoor is volgens verweerders een specifieke wettelijke grondslag vereist, en die ontbreekt. De te beoordelen vraag is dan ook of de deken -zonder die specifieke wettelijke grondslag- ten behoeve van het risicogestuurde, beleidsmatige toezicht jaarlijks de Kengetallen mag opvragen, en deze vervolgens drie jaar mag bewaren. De deken fungeert bij de Uitvraag als bestuursorgaan en is daarmee gebonden aan de normen van de Awb. Volgens verweerders voldoet de Uitvraag niet aan die normen, in het bijzonder niet aan de redelijkheidsnorm van artikel 5.13 Awb.
Wettelijke grondslag
5.4 De deken stelt in reactie op het verweer dat voor de Uitvraag geen bijzondere, specifiek op de Uitvraag toegesneden wettelijke grondslag vereist is. Partijen zijn het erover eens dat de toezichthoudende taak van de deken afdoende is verankerd in de artikelen 35 lid 4 en 45a lid 1 Advocatenwet en artikel 24 lid 2 Wet witwassen en financieren terrorisme (Wwft), die de deken belast met het toezicht op de naleving door Amsterdamse advocaten van de voor hen geldende regels. De deken baseert vervolgens zijn bevoegdheden als toezichthouder primair op (onder meer) de Advocatenwet en gedragsregel 29, en subsidiair op Titel 5.2 Awb. Volgens verweerders zouden zij alleen rechtstreeks op grond van de Advocatenwet en de Wwft verplicht zijn aan preventief toezicht mee te werken als de wet of nadere regelgeving hiervoor een specifieke grondslag biedt; dan is een redelijkheidstoetsing niet aan de orde omdat de wetgever die afweging al heeft gemaakt.
Nu die specifieke wettelijke grondslag ontbreekt, moet de bevoegdheidsuitoefening van de deken in de vorm van de Uitvraag worden getoetst aan de Awb, aldus verweerders.
5.5 De raad overweegt als volgt. Artikel 45a lid 1 Advocatenwet draagt aan de deken op het toezicht op de naleving door advocaten van de krachtens de Advocatenwet geldende regels, waaronder gedragsregel 29. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat artikel 45a Advocatenwet mede tot doel heeft het preventief toezicht op advocaten te versterken, in die zin dat meer proactief onderzoek plaatsvindt naar de naleving door advocaten van regels en (gedrags)normen, en zonder dat sprake hoeft te zijn van een concrete klacht of aanwijzing voor een overtreding. Daarnaast legt de Awb aan de deken als toezichthoudend bestuursorgaan de verplichting op om zijn toezichtbevoegdheden uit te oefenen met inachtneming van de in Titel 5.2 Awb vastgelegde normen.
5.6 De raad is met de deken van oordeel dat de Uitvraag moet worden aangemerkt als een vordering tot medewerking in de zin van de artikelen 5:16 en 5:20 Awb. Een vordering is vormvrij, en uit de aard van het verzoek is duidelijk dat het niet gaat om een geheel vrijblijvende vraag om informatie van de deken als toezichthouder, zoals verweerders aanvoeren. De weigering van verweerders om aan de vordering tot medewerking te voldoen, kan dan ook een overtreding van de tuchtrechtelijke norm van gedragsregel 29 opleveren.
5.7 De deken is dus wettelijk bevoegd om opgave van de Kengetallen te vorderen en deze bevoegdheidsuitoefening kan vervolgens worden getoetst aan de redelijkheidsnorm van artikel 5:13 en artikel 5:20 Awb. Aldus bestaat naar het oordeel van de raad een voldoende duidelijk wettelijk kader waarbinnen de deken zijn toezichthoudende taak in de vorm van de Uitvraag kan uitoefenen, en waarin plaats is voor toetsing van de redelijkheid van zijn besluit. Een bijzondere, op de gekozen wijze van toezichtuitoefening geschreven, wettelijke regeling is daarmee niet vereist.

5.8 Uit het voorgaande volgt dat het verweer dat een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk is om de arrondissementsbrede, algemene opvraag van financiële kengetallen op te baseren, als ongegrond wordt verworpen. De raad hoort de wens van verweerders om in een specifieke wettelijke regeling de kaders neer te leggen waarbinnen de dekens hun financiële preventieve en risicogestuurde toezicht kunnen uitoefenen. In de totstandkoming van een dergelijke regeling zouden alle betrokken belangen immers kunnen worden meegewogen. Een oordeel over de noodzaak - laat staan inhoud - van een gedetailleerde wettelijke regeling valt evenwel buiten het beslissingskader van de tuchtrechter.
5.9 Subsidiair voeren verweerders aan dat de uitoefening van de toezichtbevoegdheden een individuele belangenafweging vergt, waarin dit toezicht in het concrete geval aan de norm van artikel 5:13 Awb moet worden getoetst. De deken oefent de toezichtbevoegdheid immers uit jegens de individuele advocaat, en daarom moet (ook) op individueel niveau getoetst worden of de inlichtingenvordering redelijk is, aldus verweerders. De deken stelt zich op het standpunt dat voor het inzetten van de bevoegdheid tot preventief toezicht juist geen concrete klacht of verdenking van een overtreding vereist is. Inherent aan een dergelijke vorm van toezichtonderzoek is dat er juist geen signalen of aanwijzingen zijn van -of over- een individuele advocaat.
5.10 De conclusie van verweerders dat de deken gehouden is om de Uitvraag vooraf, per advocaat, te beoordelen op redelijkheid van het toezichtsinstrument, gaat de raad te ver. De deken heeft een ruime beleidsvrijheid bij de inrichting van het toezicht, op grond waarvan hij, na ampel overleg in het dekenberaad en een aantal pilotjaren tot het risicogestuurd toezicht in de vorm van de Uitvraag heeft kunnen besluiten. De Uitvraag is een collectieve informatievordering, en niet valt in te zien waarom hierin een individuele afweging ten aanzien van de redelijkheid van die vordering gemaakt zou moeten worden.
betamelijkheidsnorm
5.11 De vraag die vervolgens moet worden beantwoord, is of verweerders gehouden waren te voldoen aan het verzoek van de deken de Kengetallen aan te leveren en of hun weigering als onbetamelijk handelen is aan te merken. Volgens de deken is de weigering van verweerders niet geoorloofd, omdat zij daarmee in strijd handelen met (de norm van) artikel 46 Advocatenwet, waaronder het handelen in strijd met gedragsregel 29 en de artikelen 5:16 en 5:20 Awb. De vordering voldoet daarnaast aan de redelijkheidsnormen die de Awb stelt, aldus de deken.
5.12 Verweerders voeren hiertegen - kort samengevat - het volgende aan. De Uitvraag mag op grond van de Awb alleen worden ingezet als deze redelijkerwijs noodzakelijk is en als deze niet verder gaat dan nodig is voor goed toezicht; de vordering om financiële gegevens te verstrekken moet bovendien op de voor betrokkene minst belastende wijze geschieden. Zoals de deken zelf stelt, komt het slechts sporadisch voor dat advocatenkantoren failliet gaan of dat advocaten onder druk van hun financiële situatie verkeerde afwegingen maken en de integriteit schenden. Gelet op dit ervaringsgegeven is het disproportioneel en in strijd met artikel 5:13 Awb om van alle kantoren structureel financiële gegevens op te vragen. Het gaat hierbij om bijzonder gedetailleerde, bedrijfsvertrouwelijke en (ook) privacygevoelige gegevens; voor een inventarisatie ten behoeve van risicogestuurd toezicht is de opgave van exacte bedragen niet noodzakelijk en kan de deken redelijkerwijs volstaan met een minder vergaand verzoek. Iedere advocaat is al verplicht een administratie bij te houden waaruit de verlangde informatie ook kan worden afgeleid en de deken is bevoegd om die administratie in te zien in het kader van het toezicht op de naleving, zoals bij een periodiek kantoorbezoek of in een specifiek onderzoek als daarvoor een aanleiding bestaat. De Uitvraag leidt er bovendien toe dat

de Kengetallen in een geautomatiseerd systeem belanden en daar ten minste drie jaar worden bewaard. Deze lange periode is onredelijk bezwarend en staat niet in verhouding tot het
met de Uitvraag gediende doel, aldus verweerders. Bovendien hebben verweerders met hun reactie op het verzoek, namelijk door inlichtingen te geven die genoegzaam inzicht geven in de (afwezigheid van) financiële risico's, op een proportionele wijze medewerking verleend aan het dekentoezicht.

5.13 De raad overweegt als volgt. De weigering om aan de vordering van de deken te voldoen, is een handeling in strijd met artikel 46 Advocatenwet, gedragsregel 29 en de artikelen 5:16 en 5:20 Awb. Vervolgens is de vraag aan de orde of deze normovertreding door verweerders in de gegeven omstandigheden ook een tuchtrechtelijk verwijtbare gedraging oplevert. Dit raakt aan de vraag of de weigering door verweerders om de gevraagde kengetallen aan te leveren aan de hand van artikel 5:13 Awb moet worden getoetst aan de redelijkheid van het toezichtbeleid op dit punt.

5.14 Het is in het kader van deze klachtprocedure niet aan de raad om, breder dan in de gegeven omstandigheden van de weigering van verweerders, de redelijkheid van de Uitvraag te beoordelen. De deken heeft immers een grote vrijheid om het toezicht in te richten zoals hem goeddunkt, en het is niet aan de tuchtrechter om dat beleid meer in het algemeen aan de redelijkheidsnormen te toetsen.

5.15 De raad is van oordeel dat het niet volledig voldoen aan de vordering tot medewerking in deze specifieke situatie niet onbetamelijk is. Gezien de door verweerders aangevoerde bezwaren over de redelijkheid van het dekenbeleid is de weigering van verweerders om volledig aan de vordering te voldoen niet onredelijk en daarmee naar het oordeel van de raad niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Daarbij komt dat zij de gevraagde financiële gegevens niet bot hebben geweigerd; verweerders hebben in hoofdlijnen de door de deken verzochte informatie verstrekt, aangevuld met het aanbod aan de deken om de jaarcijfers te komen inzien.

5.16 De conclusie uit het voorgaande is dat het bezwaar ongegrond is.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart het bezwaar ongegrond.

Aldus beslist door mr. J.H. Dubois, voorzitter, mrs. S. van Andel, H.C.M.J. Karskens, R. Lonterman en H.B. de Regt, leden, bijgestaan door mr. S. van Excel als griffier en uitgesproken in het openbaar op 22 februari 2021.

Griffier Voorzitter

Verzonden op 22 februari 2021