

Evaluatie van Boekhoudverordening geëvalueerd

Peter C.M.M. Terporten

advocaat te Bilthoven

Bij de onlangs doorlopen evaluatie van de Boekhoudverordening is de vraag of de verordening haar doel heeft bereikt niet eens onderzocht. Bovendien overschrijdt de Orde met deze verordening de grenzen van haar verordende bevoegdheid, zegt Peter Terporten. Hij pleit voor een verordening die advocaten die geen derdengelden ontvangen, van de verplichting tot een derdengeldenstichting bevrijdt.

De conclusies uit de evaluatie van de Boekhoudverordening, getrokken door de Algemene Raad, van het College van Afgevaardigden en in het evaluatierapport,* kunnen denk ik wel samenvat worden door te zeggen dat de Boekhoudverordening 1998 in het algemeen goed functioneert. Een aantal aspecten is die bij deze conclusies echter niet of onvoldoende aan de orde komen.

HEEFT HET NU GEHOLPEN?

Allereerst is niet besproken of er nu minder derdengelden betaald worden, en of er nu minder derdengelden verdwijnen in faillissementen van advocaten. Tijdens de vergadering van het College van Afgevaardigden van 25 juni 2003 gaf de Algemene Raad bij monde van mr. J.N. de Blécourt aan dat er geen nieuwe fraudegevallen met derdengelden bekend zijn, maar dat het bestaan ervan niet wordt uitgesloten.¹ Is hier werkelijk geen vinger achter te krijgen? Het probleem van het verdwijnen van derdengelden in faillissementen van advocaten was nota bene de belangrijkste drijfveer om te komen tot de aanscherping van de regels inzake derdengelden.²

Verder bevat tabel 3.8 van het evaluatierapport gegevens over de wijziging van de stroom van derdengelden, maar uit die gegevens is af te lezen dat die geldstroom nauwelijks is verminderd. Toch doet de Algemene Raad geen voorstellen voor initiatieven om dat te verbeteren. Wel concludeert de Algemene Raad: 'Een positief te noemen effect is dat door sommigen is aangegeven dat zij als gevolg van die problemen niet langer bereid zijn gelden voor derden te ontvangen',³ maar dit effect is niet gekwantificeerd, en voorstellen voor maatregelen om dit effect te vergroten komen helaas ook niet aan de orde.

Vervolgens leidt de conclusie van de Algemene Raad 'dat de overgrote meerderheid van de kantoren aangeeft de bepalingen van de Boekhoudverordening na te leven en daarbij geen (onoverkomelijke) problemen te ondervinden' niet tot voorstellen voor initiatieven met betrekking tot de kantoren die hebben aangegeven de bepalingen van de Boekhoudverordening niet na te leven. Ik ben geen statisticus

maar ik meen uit de tabellen 1.1 en 2.1 van het evaluatierapport te kunnen afleiden dat het gaat om ongeveer honderd kantoren en een paar honderd advocaten. Wordt hiervoor een gedoogbeleid ontwikkeld? Of wordt het aan de willekeur van de lokale deken overgelaten om zogenaamde dekenbezwaren – ten aanzien van de advocaten zonder derdengelden overigens zonder enig materieel belang – aan de raden van discipline voor te leggen? Of wordt gewacht op de volgende evaluatie in de hoop dat de situatie vanzelf verbetert?

Ten slotte is tijdens de vergadering van het College van Afgevaardigden van 25 juni 2003 gesproken over het probleem van de pinpassen en het elektronisch bankieren waardoor het tweehand-tekeningenvereiste wordt uitgehold.⁴ Ook hierover worden geen verbeteringsvoorstellen gemeld.

Uit het bovenstaande blijkt dat de conclusie van de Algemene Raad en het College van Afgevaardigden dat de Boekhoudverordening 1998 in het algemeen goed functioneert, voornamelijk betrekking heeft op het technisch/administratief functioneren van de verordening, en niet op de mate waarin de verordening voldoet aan de doelstellingen ervan. Op grond van het feit dat de Algemene Raad en de meerderheid van het College van Afgevaardigden in de evaluatie geen aanleiding zien het systeem van de boekhoudverordening te herzien⁵ moeten we aannemen dat het doel van de verordening, het uitsluiten van het verdwijnen van derdengelden in faillissementen van advocaten, en het minimaliseren (uitsluiten?) van de stroom derdengelden überhaupt, nog niet snel dichterbij komt. In de nota 'Van beleidsbegroting tot beleidsverantwoording' (VBTB), en in Aanwijzing 164 Aanwijzingen voor de regelgeving⁶ is te lezen hoe dit alles beter kan.

GRENZEN VAN BEVOEGDHEID

Ik ben toevallig een van de 995 advocaten die eind vorig jaar werden uitgenodigd om mee te doen aan de enquête, en een van de 496 respondenten. En ik heb ook gehoor gegeven aan de oproep voor suggesties die aan het eind van de enquête werd gedaan. Van mijn suggestie vind ik helaas niets terug in het evaluatierapport, en misschien missen we ook waardevolle suggesties van andere respondenten. Mijn suggestie kwam er op neer de advocaat die geen derdengelden ontvangt – en is dat niet de meest ideale advocaat in dit verband? – niet te proberen te verplichten allerlei zinloze en kostbare voorzieningen te treffen. Met een staatsrechtelijk uitstapje zal ik dit nader toelichten.

* In *Advocatenblad* 2003-12 (p. 507) is melding gemaakt van de resultaten van de evaluatie van de Boekhoudverordening 1998. Daarbij wordt verwezen naar BalieNet voor het evaluatierapport zelf, de conclusies die de Algemene Raad trekt uit dat rapport en uit de overige informatie die de Algemene Raad heeft verzameld over het functioneren van de Boekhoudverordening 1998. Over deze informatie heeft het College van Afgevaardigden op 25 juni 2003 vergaderd. Het verslag daarvan is te vinden in *Advocatenblad* 2003-14 (pp. 592 en 630).

Kijkend naar de grenzen van de regelgevende bevoegdheid van de lagere overheden wordt door de rechter in het bijzonder bij de gemeenten nogal eens geconstateerd dat die grenzen zijn overschreden. Dit onderwerp wordt bij de colleges staatsrecht dan ook nog steeds vaak ingeleid met verwijzing naar het arrest van de Wilnisser visser.⁷ De essentie daarvan is dat een regeling in de gemeenteverordening alleen het gemeentelijk openbaar belang mag betreffen en niet mag treden in de bijzondere belangen van de ingezetenen. Met het verbod in de gemeenteverordening om op zondag te vissen was de grens van de verordenende bevoegdheid overschreden omdat dat verbod zo algemeen was dat daaronder ook viel het vissen in water dat vanaf openbare plaatsen niet te zien was en waarmee dus geen enkel openbaar belang gemoeid was. Voor wie nog niet overtuigd is: Van der Pot Donner (14e druk, p. 762) geeft nog een aantal andere voorbeelden. De staatsrechtelijke aspecten van de Nederlandse Orde van Advocaten en de lokale orden krijgen in de literatuur jammer genoeg nauwelijks aandacht,⁸ maar de principes die gelden voor de afpaling van de verordenende bevoegdheid van de gemeente gelden mutatis mutandis natuurlijk ook voor die van een openbaar lichaam voor beroep, zoals Nederlandse Orde van Advocaten.

Bovendien zijn ter gelegenheid van de recente wijziging van art. 28 Advocatenwet, dat samen met art. 134 Grw de basis vormt van de verordenende bevoegdheid van het College van Afgevaardigden, door de minister nog eens de grenzen van die bevoegdheid aangegeven, en wel als volgt: 'De vrijheid van het College is echter niet onbeperkt. Bij de uitoefening van zijn bevoegdheid zal het College steeds het algemeen belang als referentiekader dienen te nemen. Bovendien mogen verordeningen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is om het gewenste doel te bereiken en mogen zij de marktwerking niet onnodig beperken. Bij de toetsing van verordeningen aan de wet en het algemeen belang zal hier nadrukkelijk aandacht aan worden besteed.'⁹

Van belang daarbij is ook dat een verordening een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift is, zodat daarop in beginsel de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb) van toepassing is. Dat vinden we bevestigd in art. 3:1 Awb waar is bepaald dat op besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften afdeling 3.2 slechts van toepassing is voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet, en de afdelingen 3.6 en 3.7 niet van toepassing zijn. De rest van hoofdstuk 3, evenals de hoofdstukken 1 en 2, zijn dus ook van toepassing op de totstandkoming van verordeningen. Dat betekent dat ook art. 3:4 Awb inzake belangenafweging van toepassing is.

Indien art. 3 van de Boekhoudverordening 1998 aan deze norm getoetst wordt dan is aanstonds duidelijk dat dit artikel die toets niet doorstaat, voor zover bepaald wordt dat ook advocaten zonder derdengelden voorzieningen moeten treffen voor derdengelden. Het openbaar belang is hier geheel afwezig, en aan de andere kant zijn er wel belangen van de desbetreffende advocaten en van anderen in het geding.

Kiezen de desbetreffende advocaten er voor om de voorzieningen te treffen dan nemen zij een last op zich die, gekapitaliseerd over alle toekomstige praktijkjaren, substantieel is. Kiezen ze voor deelname

in de stichting etc. 'van een ander', dan worden ze langs die weg bovendien geconfronteerd met aansprakelijkheid voor een door die ander veroorzaakte stroom derdengelden, terwijl ze er zelf juist voor gekozen hebben om geen derdengelden te ontvangen. En de advocaten die geen voorzieningen voor derdengelden treffen lopen het risico daarop door de deken tuchtrechtelijk te worden aangesproken, wat, als de procedure misloopt, kan leiden tot schorsen en schrappen van het tableau, dus het einde van de praktijk. Daarbij worden de cliënten ook benadeeld, omdat zij tegen hun wil in worden geconfronteerd met een andere advocaat, en dat leidt doorgaans tot meer kosten en vertraging in de afhandeling van zijn zaken. En ten slotte, de kosten van de controles en eventuele juridische procedures die met een en ander gemoeid zijn worden niet alleen gedragen door de betrokken advocaat maar ook door de gezamenlijke advocaten en de belastingbetalers. De balans van de belangenafweging slaat dus overduidelijk door in het voordeel van de advocaat zonder derdengelden, en de andere belanghebbenden. De Nederlandse Orde van Advocaten zou, als zelfstandig bestuursorgaan, enige inspiratie moeten putten uit de Aanwijzingen voor de regelgeving inzake de zelfstandige bestuursorganen,¹⁰ voor een terughoudende interpretatie van de regelgevende bevoegdheid van art. 28 Advocatenwet.

Dit alles in aanmerking nemende doet zich de vraag voor van de staatsrechtelijke toelaatbaarheid van art. 3 van de Boekhoudverordening 1998 voor zover dat artikel bepaalt dat – zonder enig openbaar belang, ja zonder enig belang überhaupt – advocaten die geen derdengelden ontvangen een kostbare voorziening voor derdengelden (een 'eigen' stichting of aansluiting bij een stichting 'van anderen') moeten hebben. Alleen al op grond van de voorgaande argumenten meen ik dat het College van Afgevaardigden met artikel 3 van de Boekhoudverordening 1998 zoals dat thans luidt de grenzen van haar verordenende bevoegdheid heeft overschreden.

VAN VERPLICHTING ONTHEFFEN

Uit het evaluatierapport blijkt dat één op de zes advocatenkantoren die wel beschikken over – of participeren in – een stichting derdengelden, nooit worden geconfronteerd met betalingen van derdengelden. Op grond van de gegevens uit tabel 1.1 van het evaluatierapport kan worden geconcludeerd dat het hier om ongeveer 600 kantoren en 600 advocaten gaat. Indien we hier bij optellen dat deel van de kantoren en advocaten die hebben aangegeven de bepalingen van de Boekhoudverordening niet na te leven dat evenmin derdengelden ontvangt, dan is de conclusie dat ongeveer 650 kantoren en een kleine 1000 advocaten geen derdengelden ontvangen. En het doel van de Boekhoudverordening is om deze aantallen verder te laten groeien.

In het belang van de goede praktijkvoering van al deze kantoren en advocaten dient het College van Afgevaardigden per verordening duidelijk te maken dat zij niet verplicht zijn tot het treffen van maatregelen inzake derdengelden. Immers, met de wijziging van art 28 Advocatenwet door de wet van 28.3.2002, *Stb* 2002, 184 is de verordenende bevoegdheid van het College van Afgevaardigden een gebiedende bevoegdheid geworden. Dat wil zeggen dat zij niet alleen verordeningen kan vaststellen, maar dat zij daartoe ook verplicht is, als

de goede uitoefening van de praktijk dat verlangt.¹¹ En ten aanzien van deze niet onaanzienlijke groep advocaten staan de Algemene Raad en de Raden van Toezicht in ieder geval al behoorlijk in het krijt nu zij op grond van art. 26 Advocatenwet te zorgen hadden en hebben voor de belangen van alle advocaten, dus ook van die advocaten die geen derdengelden ontvangen en toch – althans naar de letter van de Boekhoudverordening 1998 – een kostbare voorziening voor derdengelden moeten hebben. Uit de conclusies en aanbevelingen van de

Algemene Raad naar aanleiding van het evaluatierapport moet echter geconcludeerd worden dat in elk geval de Algemene Raad deze herkansing vooralsnog niet benut.

Maar: voor een goede daad is het nooit te laat.

NOTEN

¹ Jan Pieter Nepveu: 'Drie kluiven, waaronder no cure no pay', in *Advocatenblad* 2003-14, p. 592.

² Zie de toelichting op de Vo in het *Vademecum Advocatuur, Wet- & Regelgeving*, en in *Advocatenblad* 1998, p. 1172.

³ De basis voor die conclusie is overigens niet te vinden in het evaluatierapport zoals op BalieNet gepubliceerd, zodat de vraag rijst waar die conclusie dan wel op gebaseerd is.

⁴ Zie noot 1.

⁵ Zie noot 1, en in hetzelfde nr. p. 630.

⁶ *Stcrt.* 1992, 230, zoals nadien gewijzigd.

⁷ HR 13-2-1922, NJ 1922, 473, W 10878.

⁸ Zelfs in het tamelijk volumineuze jubileumboek *Recht op tuchtrecht*, uitgegeven in 2003 door het Hof van Discipline, schittert dit onderwerp door afwezigheid. Dit terwijl tegenwoordig bij de bespreking van de 'gewone rechtspraak' de behandeling van de (on)rechtmatigheid van regelgeving en bestuur min of meer standaard is.

⁹ Kamerstuk 2000-2001, 26940, nr. 7.

¹⁰ *Stcrt.* 1992, 230, zoals nadien gewijzigd; zie vooral de bepalingen van paragraaf 4.5A.

¹¹ Kamerstuk 2000-2001, 26940, nr. 7.

Iks is pleite

Leo van Osch

