

Formeel recht

17

A tribunal or not a tribunal, that is the question

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
22 juli 2021, 43447/19,
ECLI:CE:ECHR:2021:722
(mr. K. Turković, mr. K. Wojtyczek,
mr. G. Felici, mr. E. Wennerström,
mr. R. Sabato, mr. L. Schembri Orland,
mr. I. Ktistakis)
Noot Mr. N.A. de Leon-van den Berg

Accountantstuchtrecht. Europees recht. Gerecht bij wet ingesteld. Tuchtkamer.

[art. 6 lid 1 EVRM]

Art. 6 EVRM is toepasbaar op tuchtprocedures waarin het recht om een beroep te blijven uitoefenen in het geding is. Het recht op een 'bij wet ingesteld tribunaal/gerecht' en de waarborgen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM worden in dit arrest nader geaduid. De tuchtkamer van het Poolse gerechtshof in de onderhavige zaak was niet zo een bij wet ingesteld tribunaal. Wat betekent dit voor de Nederlandse situatie?

NB: Het arrest is nog niet in de Nederlandse taal gepubliceerd, waardoor ik hier volsta met het opnemen van de meest relevante alinea's uit het arrest. Voor de volledige tekst verwijs ik u naar het ECLI-nummer dan wel de link.

NOOT

1. In dit arrest-*Reczkowicz* staat de vraag centraal in hoeverre de (disciplinaire) tuchtkamer van het Poolse hooggerechtshof, in 2017 ingesteld, kan worden beschouwd als een tribunaal (gerecht) dat bij wet is ingesteld in de zin van art. 6 lid 1 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

2. In het kader van de reorganisatie van de rechterlijke macht in Polen heeft de Poolse president eind 2017 twee (gewijzigde) wetsvoorstellen aangenomen; een wet inzake de 'Krajowej Radzie Sądownictwa' (KRS), de Poolse nationale Raad voor de Rechtspraak,¹ en een wet inzake het Poolse hooggerechtshof.² Door de eerste wet werden rechters van de KRS voortaan door de president van Polen op voordracht van de 'Sejm'³ (de Poolse Tweede Kamer) benoemd. Met de tweede wet werd onder andere de tuchtkamer van het hooggerechtshof gevormd. De leden van de tuchtkamer zijn door de president benoemd op voordracht van de KRS.

3. Op 17 september 2018 heeft de buitengewone algemene vergadering van het Europees Netwerk van Raden voor Justitie (ENCJ) besloten het lidmaatschap van het Poolse KRS op te schorten. De algemene vergadering van het ENCJ oordeelde dat het KRS niet langer voldeed aan de vereisten om onafhankelijk te zijn van de uitvoerende en de wetgevende macht op een wijze die de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht waarborgt. Op het moment van deze uitspraak is KRS nog niet uit het ENCJ gezet, ondanks een verzoek van de raad van bestuur aan de algemene vergadering van de ENCJ daartoe.⁴

4. In een drietal zaken⁵ heeft het Poolse hooggerechtshof prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU). In een van die zaken⁶ heeft het Poolse hooggerechtshof vervolgens geoordeeld over KRS en

1 In *Reczkowicz* par. 4 wordt *Krajowej Radzie Sądownictwa* vertaald met 'The National Council of the Judiciary' en wordt de afkorting NCJ gebezigd. Ik gebruik hier de afkorting KRS net als in en met verwijzing naar *Reczkowicz/Polen*, NJB 1 oktober 2021, afl. 33, 2021/2478.

2 *Reczkowicz* par. 2-45; Zie voor een uitgebreide samenvatting: *Reczkowicz/Polen*, NJB 1-10-2021- afl. 33, 2021/2478

3 <https://www.sejm.gov.pl/english/sejm/sejm.htm>, geraadpleegd op 21 februari 2022.

4 *Reczkowicz*, par. 15 en 175.

5 *Reczkowicz*, par. 48 e.v.

6 *Reczkowicz*, par. 48, waarin wordt verwezen naar de uitspraak van het Hooggerechtshof van 5 december 2019.

daarmee over de benoemingsprocedure: *'not an authority that was impartial or independent from legislative and executive branches of power.'* Expliciet oordeelt het Poolse hooggerechtshof dat de Poolse tuchtkamer niet een tribunaal/gerecht is in de zin van het nationale recht en het EVRM.

5. Vervolgens heeft ook het Constitutionele Hof zich over het oordeel van het Poolse hooggerechtshof gebogen. Samengevat heeft het Constitutionele Hof geoordeeld dat het hooggerechtshof niet bevoegd is om de samenstelling van het KRS, de benoemingsprocedure voor het voordragen van rechters door de president van Polen, het voorrecht van de president om rechters te benoemen en de bevoegdheid om een gerechtelijk ambt te bekleden van een persoon die op aanbeveling van het KRS door de president van Polen is benoemd, te beoordelen.

6. De Rezckowicz-zaak is één van de 38 rechtszaken tegen Polen, aangespannen in de periode van 2018-2021, met betrekking tot verschillende aspecten van de reorganisatie van de Poolse rechterlijke macht. In de onderhavige zaak overweegt het Europees Hof voor de rechten van de Mens (EHRM) ⁷ uitdrukkelijk dat het niet de taak van het EHRM is om in de wettigheid/ rechtmatigheid van de Poolse rechterlijke macht te treden, maar om de omstandigheden te beoordelen die relevant zijn voor benoeming van de rechters van de disciplinaire Tuchtkamer van het Poolse Hooggerechtshof. Het (internationale) publieke debat over de reorganisatie van de rechterlijke macht in Polen weegt het EHRM mee in de beoordeling van de onderhavige zaak.

7. De onderliggende casus luidt – kort samengevat – als volgt. Aan een Poolse advocaat, Reczkowicz, werd op 12 juli 2017 voor verschillende gedragingen de tuchtrechtelijke maatregel van schorsing in de uitoefening van haar beroep, voor de duur van drie jaren, opgelegd. Tegen deze schorsing is Reczkowicz opgekomen in hoger beroep bij de Tuchtkamer van het Hooggerechtshof. Reczkowicz wendt zich vervolgens tot het EHRM en stelt dat de tuchtkamer van het Poolse hooggerechtshof die haar tuchtzaak heeft

beoordeeld, niet is aan te merken als een bij de wet ingesteld onafhankelijk gerecht/tribunaal in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, hetgeen een schending van art. 6 EVRM oplevert. Reczkowicz stelt dat haar tuchtzaak was beoordeeld door de leden van de tuchtkamer, die in strijd met het nationale recht waren benoemd. Bovendien was die benoeming in strijd met de beginselen van de rechtstaat, waaronder de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.⁸ Het EHRM oordeelt in de onderhavige zaak over de benoemingsprocedure van rechters in de Tuchtkamer van het Hooggerechtshof sinds 2017.

Toetsingskader

8. Naar de kern komt het EHRM in de onderhavige zaak tot de het volgende oordeel.

9. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is art. 6 EVRM toepasbaar op tuchtprocedures waarin het recht om een beroep te blijven uitoefenen in het geding is, nu dat geschillen (*contentations*) over burgerrechten betreft in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Reczkowicz is immers een praktiserend advocaat, die als gevolg van de tuchtprocedure tijdelijk van haar functie is ontheven.⁹

10. Het EHRM stelt vast dat het een feit van algemene bekendheid is dat de reorganisatie sinds 2017 van de Poolse rechterlijke macht het onderwerp is geweest van het (inter)nationaal debat en heeft geleid tot verscheidene procedures voor de Poolse rechtbanken en het Hof van Justitie van de Europese Unie, waaronder ook een procedure ex art. 7 EU (schorsing rechten lidstaten). Het EHRM houdt zowel hiermee als ook met andere, in het publieke domein beschikbare, informatie rekening.

11. Het EHRM¹⁰ benadrukt het belang dat bij benoeming van rechters ervoor zorg dient te worden gedragen dat de meest gekwalificeerde kandidaten – zowel met betrekking tot technische bekwaamheid als tot de morele integriteit – worden benoemd in gerechtelijke functies. Die be-

⁷ Reczkowicz, par. 177.

⁸ Reczkowicz, par. 187-191.

⁹ Reczkowicz, par. 183-184.

¹⁰ Guðmundur Andri Ástráðsson, par. 121 en par. 122.

noemingsprocedure dient op basis van objectieve criteria plaats te vinden zodat de selectie van rechters is gebaseerd op verdienste, kwalificaties, integriteit, bekwaamheid en efficiëntie. Dit geldt ook voor het verdere verloop van de rechterlijke loopbaan (de bevorderingsprocedure). Die procedures moeten openbaar bekend gemaakt zijn. Hoe hoger een tribunaal in de rechterlijke hiërarchie wordt geplaatst, hoe veeleisender de toepasselijke selectiecriteria moeten zijn. Ook niet-professionele rechters kunnen aan verschillende selectiecriteria worden onderworpen, met name als het gaat om de vereiste technische competenties. Een dergelijke op verdiensten gebaseerde selectie waarborgt niet alleen de technische capaciteit van een rechterlijke instantie om als 'tribunaal' recht te spreken, maar is bovendien van cruciaal belang voor het waarborgen van het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht en heeft te gelden als een aanvullende waarborg voor de persoonlijke onafhankelijkheid van rechters.

12. Het vereiste 'bij wet ingesteld' heeft derhalve niet alleen betrekking op de rechtsgrondslag voor het bestaan van een 'tribunaal' zelf, maar ook op bijzondere regels die van toepassing zijn op de benoeming en samenstelling van de rechterlijke instantie.¹¹ Het vereiste 'bij wet' dient er uitsluitend toe om ervoor te zorgen dat het relevante nationale recht met betrekking tot rechterlijke benoemingen zoveel mogelijk ondubbelzinnig wordt geformuleerd, om willekeurige inmengingen in de benoemingsprocedure, ook door de uitvoerende macht, te voorkomen.¹²

13. Het EHRM wijst nadrukkelijk op het (nauwe) verband tussen het recht op een 'bij wet ingesteld gerecht' ex art. 6 lid 1 EVRM en de waarborgen van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid'. Dit betekent, naar het oordeel van het EHRM,¹³ dat een rechterlijke instantie die niet voldoet aan de vereisten van onafhankelijkheid – met name gelet op (de invloed van) de uitvoerende macht – en van onpartijdigheid, niet als 'gerecht' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM kan worden aangemerkt.

14. Om te beoordelen in hoeverre de onregelmatigheden in een bepaalde gerechtelijke benoemingsprocedure zodanig zijn dat er sprake is van een schending van het 'bij wet ingestelde recht op een rechterlijke instantie', en of het evenwicht tussen de concurrerende beginselen door de overheidsinstanties is verstoord, heeft het EHRM in de zaak *Guðmundur Andri Ástráðsson*¹⁴ een toets ontwikkeld die uit drie (cumulatieve) criteria bestaat:

I) Is er sprake van een *kennelijke* schending van het nationale recht, in die zin dat de schending objectief en daadwerkelijk als zodanig kan worden vastgesteld? Dit is ter beoordeling aan de nationale rechter, tenzij er sprake is van een 'flagrante' schending.

II) Zo ja, betreft die manifeste inbreuk een fundamenteel aspect van het rechterlijk benoemingsproces?

III) En, zo ja, is die inbreuk op het recht op een 'bij wet ingesteld gerecht/tribunaal' daadwerkelijk onderzocht en rechtgezet door de nationale rechtbanken? Is het antwoord nee, dan is er sprake van schending van art. 6 lid 1 EVRM.

15. In antwoord op de eerste vraag van deze toets, overweegt het EHRM in de onderhavige zaak dat partijen fundamenteel tegengestelde standpunten innemen. De Poolse regering baseert zich op een uitspraak uit 2017 van het Constitutioneel Hof (*Constitutional Court*), waaruit volgt, aldus de Regering, dat de reorganisatie van de KRS en het hooggerechtshof in overeenstemming met de grondwet en de nationale wetgeving heeft plaatsgevonden. Reczkowicz baseert zich op een uitspraak uit 2020 van het hooggerechtshof (*Supreme Court*) waarin, aldus Reczkowicz, is geoordeeld dat de KRS niet aan de eisen van onafhankelijkheid voldoet. Het EHRM zal, gelet op die tegengestelde standpunten, dienen te beoordelen in hoeverre de Poolse rechterlijke instanties in hun respectieve uitspraken de verdragsnormen die vereist zijn voor een 'bij wet ingesteld gerecht' in acht hebben genomen.¹⁵

11 *Guðmundur Andri Ástráðsson*, par. 223 t/m par. 227.

12 *Idem*, par. 230.

13 *Idem*, par. 231.

14 *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*; 1 december 2002, 26374/18; ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418; par. 244-252.

15 In zijn annotatie van 22 november 2021 bij *Broda en Bojara t. Polen* (EHRM, 27367/18) – 'Polen en de rechtsstaat: een hete (na)zomer', ECHR-updates, werpt Le Loup ten aanzien van *Reczkowicz t. Polen* de

16. Het EHRM concludeert¹⁶ dat de uitspraak van het Constitutionele Hof met name gericht is op het beschermen van de prerogatieven van de president. Bovendien heeft de wetswijziging de waarborgen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht geschrapt. Hierdoor is de uitvoerende macht en de wetgevende macht in staat gesteld om zich direct of indirect te mengen in de gerechtelijke benoemingsprocedure.

17. Gelet op deze niet-naleving van het beginsel van de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is er sprake van on gepaste invloed van de wetgevende en uitvoerende macht op de benoeming van rechters, wat op zich onverenigbaar is met art. 6 lid 1 EVRM en als zodanig een fundamentele onregelmatigheid oplevert die het gehele proces schaadt en de legitimiteit van een gerecht, bestaande uit de op die wijze benoemde rechters, in gevaar brengt. Deze inbreuken in de procedure voor de benoeming van rechters in de Poolse tuchtkamer zijn van dien aard dat zij het recht op een 'bij wet ingesteld gerecht' schenden.

18. Het EHRM komt ten slotte tot de conclusie dat de rechters van deze tuchtkamer zijn aangewezen op een manier die manifest inging tegen de nationale regelgeving.

Relevantie Nederlandse situatie?

18. Is deze uitspraak relevant voor de Nederlandse tuchtrechtelijke colleges? Ik meen van wel. Ik beperk mij in deze annotatie tot de Raden van Discipline (RvD) en het Hof van Discipline (HvD).

19. In Reczkowicz wordt de regeling betreffende selectie en benoeming voor de rechters van de Poolse tuchtkamer getoetst. Hoe zou die toetsing ten aanzien van de selectie- en benoemingsregeling voor de HvD en de raden uitvallen?

19. Het bestuursreglement¹⁷ van het HvD bevat één artikel¹⁸ waarin de benoeming is geregeld van de leden van het HvD. De voorzitters en de kroonleden en hun plaatsvervangers van het HvD zijn allen leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast. Zij worden benoemd door de minister op voordracht van het hof. In het bestuursreglement is expliciet opgenomen dat ruime rechterlijke ervaring en bij voorkeur ook ervaring in de advocatuur onderdelen zijn van het (wervings)profiel voor kroonleden en hun plaatsvervangers. Andere onderdelen van of vereisten voor van dat profiel worden niet benoemd.

20. De leden-advocaten van het HvD worden blijkens art. 2 Beleidsregel Benoemingen¹⁹ van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten met inachtneming van een profiel-schets op voordracht van de Algemene Raad voorgedragen tot verkiezing bij het HvD. De voordracht van de Algemene Raad wordt voorbereid door een selectiecommissie bestaande uit ten minste een lid van die Algemene Raad en de (plaatsvervangend) voorzitter van het HvD.

21. De raden van discipline hebben geen aparte regeling met betrekking tot de benoeming van hun leden op hun site gepubliceerd. De raden verwijzen op hun site naar het bestuursreglement van de raden van discipline²⁰ waaruit volgt dat de voorzitter en plaatsvervangend voorzitters, altijd leden van de rechtelijke macht, door de Minister van Veiligheid en Justitie worden benoemd. De leden-advocaten (en hun plaatsvervangers) worden voor wat betreft de raden gekozen op grond van art. 46b lid 4 Advocatenwet, door het College van Afgevaardigden van de

vraag op in hoeverre alle rechters die in Polen door de nationale raad zijn benoemd de Guðmundur Andri Ástráðsson-toets zouden doorstaan, als gevolg waarvan mogelijk het rechtscollege waarin zij zetelen te gelden hebben als 'niet bij wet ingesteld'. Geraadpleegd via: <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211786>

16 Par. 261.

17 <https://hofvandiscipline.nl/organisatie/protocolen-en-regelingen/bestuursreglement/> op www.hofvandiscipline.nl, geraadpleegd op 19 februari 2022.

18 <https://hofvandiscipline.nl/organisatie/protocolen-en-regelingen/bestuursreglement/> op www.hofvandiscipline.nl, geraadpleegd op 19 februari 2022; Art.5 van het bestuursreglement van het HvD.

19 <https://regelgeving.advocatenorde.nl/content/beleidsregel-benoemingen>

20 <https://raadvandiscipline.nl/algemeen/algemene-informatie/> en <https://raadvandiscipline.nl/reglementen-e-d/>, geraadpleegd op 19 februari 2021.

NOvA (het orgaan dat onder andere verordeningen vaststelt) uit voordrachten van de raden van de orden in de arrondissementen, voor de tijd van ten hoogste vier jaren.²¹ De leden-advocaten van het HvD worden, op grond van art. 51 lid 2 Advocatenwet, gekozen door het college van afgevaardigden. Over de objectieve criteria voor die voordracht en de uiteindelijke benoeming van de leden van de raden dan wel hun voordracht wordt in het bestuursreglement (en ook elders op de website) met geen woord gerept. In art. 46b lid 4 Advocatenwet is wel uitdrukkelijk opgenomen dat de verkiezing van de leden-advocaten van de raden geschiedt *'met inachtneming van het streven naar een regionaal verantwoorde samenstelling van de raden van discipline'*. Het betreft hier dus *'een streven'*, geen verplichting.

22. De NOvA heeft met de beleidsregel Benoemingen²² (art. 2) waarborgen getracht in te bouwen om tot evenwichtige voordrachten voor leden-advocaten van het HvD te komen. De algemene raad bereidt een voordracht voor in samenspraak met het HvD. Hiertoe wordt een profielschets opgesteld en een gezamenlijke selectiecommissie ingesteld. In de Toelichting bij art. 2 beleidsregel Benoemingen staat: *'Teneinde waarborgen in te bouwen om aan te sluiten bij het gevoel van de balie, maatschappij en politiek, om nieuwe ideeën te genereren, kritisch te kijken naar eigen werk- en denkwijzen, het onderzoeken van ervaringen binnen en buiten de balie en om het evenwichtig samenstellen met periodieke vernieuwing in het hof van discipline zijn in het vierde lid enkele criteria opgenomen waaraan wordt getoetst en zijn in het vijfde lid enkele omstandigheden genoemd die aan voordracht in de weg staan.'*

23. Uit de formulering volgt in elk geval dat deze criteria niet limitatief zijn. Op welke wijze de profielschets voor de functie van leden-advocaat van het HvD door de algemene raad en het HvD wordt samengesteld, wordt niet verder toegelicht. De profielschets bevat in ieder geval de ver-

eiste competenties en vaardigheden. Een selectiecommissie bestaande uit (in elk geval) een lid van de algemene raad en de (plaatsvervangend) voorzitter van het HvD bereiden de voordracht voor. De algemene raad doet met inachtneming van de profielschets een voordracht tot verkiezing van een of meer leden-advocaten bij het HvD.

24. Over de voordracht voor de leden-advocaten van de raden van discipline is geen bepaling opgenomen in deze beleidsregel Benoemingen.

Kroonleden

25. In zijn annotatie bij de onderhavige zaak Reczkowic wijst Sillen²³ op de nadruk die in het Nederlandse recht ten aanzien van de benoeming van rechters (in algemene zin) ligt bij de vraag *wie* over die benoeming beslist en niet *op welke wijze* daarover wordt beslist. Sillen legt met het onderscheid dat hij aanbrengt tussen de *'wie-vraag'* en de *'hoe-vraag'* de vinger op de zere plek. Sillen wijst er in zijn annotatie op dat de rechters op grond van art. 117 lid 1 Grondwet worden gekozen door de regering (*wie-vraag*) maar dat het daaraan voorafgaande traject van selectie verschilt (*hoe-vraag*). Dit geldt wat mij betreft ook voor de tuchtcolleges. Het wervingsprofiel waarnaar wordt verwezen, hoe dat profiel wordt vastgesteld en hoe de selectie van de Kroonleden verder is ingericht, is (voor zover ik heb kunnen nagaan) niet gepubliceerd.

Leden-advocaten

26. Het EHRM heeft er ook ten aanzien van zogenoemde *'niet-professionele rechters'*, waaronder in mijn optiek de leden-advocaten van de tuchtcolleges dienen te worden geschaard, op gewezen dat zij aan verschillende selectiecriteria kunnen worden onderworpen, met name als het gaat om de vereiste technische competenties. Ten aanzien van de benoeming van advocaat-leden, meer specifiek bij de raden, is de benoemingsregeling wat mij betreft op wel heel summiere wijze vastgelegd.

21 Zie ook <https://raadvandiscipline.nl/reglementen-e-d/> onder art. 2.3 Bestuursreglement.

22 <https://regelgeving.advocatenorde.nl/content/beleidsregel-benoemingen>

23 Mr. drs. J.J.J. Sillen in zijn uitstekende annotatie bij *Gudmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, EHRM (GK) 1 december 2020, nr. 26374/18, geraadpleegd op 16 februari 2021 via <https://www.ehrc-updates.nl/samenvatting/ehrc-2021-0008>

27. De benoeming van advocaat-leden bij het HvD is uitgebreider en ook opgenomen in de beleidsregel Benoemingen zoals hiervoor reeds besproken en lijkt wel aan deze technische vereisten te voldoen.

28. Hoewel dat niet (expliciet) wordt benoemd, lijkt de voordracht van leden-advocaten bij zowel het HvD als bij de raden een bindende voordracht te betreffen. Advocaten-leden (en hun plaatsvervangers) worden gekozen door het college van afgevaardigden op voordracht van de voordrachtcommissie die bestaat uit bestuursleden van de algemene raad en het HvD; daarbij geldt de eis van ruime ervaring, regionale spreiding en een evenwichtige opbouw in kennis en kantoor omvang. De raden benoemen deze eisen niet in hun benoemingsregeling, behalve het wettelijk vastgelegde streven naar een regionale samenstelling van de leden-advocaten van de raden.²⁴

29. Deze vereisten voor de benoeming van leden-advocaten bij het HvD lijken objectieve criteria te zijn, zoals bedoeld door het EHRM, en deze benoemingsprocedure is bovendien bekendgemaakt (hoewel er op de site van het HvD niet naar de Beleidsregel Benoemingen verwezen wordt). Deze objectieve criteria zijn, zoals het EHRM heeft overwogen, van cruciaal belang voor het waarborgen van het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht, maar hebben ook te gelden als een aanvullende waarborg voor de persoonlijke onafhankelijkheid van rechters.

30. Dit neemt niet weg dat het opstellen van de profielschets, de selectiecommissie en de voordracht steeds door de algemene raad en (de voorzitter van het) HvD zelf wordt verzorgd. In hoeverre dit objectief en onafhankelijk is, valt niet goed in te schatten.

Constante jurisprudentie

31. Uit constante jurisprudentie²⁵ van het HvD volgt dat het standpunt steeds is geweest dat het

HvD en de raden een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie zijn in de zin van art. 6 EVRM. De vraag is dan ook, wat mij betreft, in hoeverre het HvD in de toekomst nog kan volstaan met deze enkele constatering. Dat geldt ook ten aanzien van het standpunt in die jurisprudentie dat het gegeven dat de samenstelling van het HvD, dat in meerderheid bestaat uit met rechtspraak belaste leden afkomstig uit de rechterlijke macht, nog een extra waarborg biedt voor een onafhankelijke en onpartijdige behandeling in hoger beroep.²⁶ Het HvD overweegt in 2010 in ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0242²⁷ als volgt:

(1) *'4.1 Niet voor de eerste keer wordt in een tuchtrechtelijke procedure gesteld dat de inrichting van de tuchtcolleges in de Advocatenwet strijdigheid oplevert met art. 6 EVRM. Zowel klagers als advocaten/verweerders hebben met enige regelmaat betoogd dat het hof (en – in sterkere mate nog – de raden van discipline), door de samenstelling en/of wijze van benoeming van de advocaat-leden, niet voldoet aan de eisen die ingevolge art. 6, lid 1 EVRM aan een onpartijdig en onafhankelijk gerecht moeten worden gesteld.*

Ook verweerders betoogt komt er in de kern op neer dat zijn grondrecht op een onpartijdige rechter is c.q. kan worden geschonden omdat de raad en vervolgens het hof, vanwege de wijze van benoeming en de benoemingstermijn van de advocaat-leden, niet als onpartijdige en onafhankelijke rechterlijke colleges kunnen worden aangemerkt.

(2) *4.2 Het hof heeft naar aanleiding van soortgelijke betogen een langjarige, constante jurisprudentie ontwikkeld, gebaseerd op de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) in de zaken Engel (8 juni 1976), Le Compte e.a. (23 juni 1981 en 10 februari 1983), De Cubber (26 oktober 1984) en Weber (22 mei 1990). Zo heeft het hof in dit verband eerder (HvD 15 juni 1992, nr. 1624, HvD 12 maart 2004 nr. 3868, HvD 12 maart 2004 nr. 3918, HvD 12 maart 2004 nr. 3948, HvD 11 april 2003,*

24 Art. 46b lid 4 Advocatenwet.

25 Zie bijv. Hof van Discipline 8 februari 2010, 5549, ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0313; Raad van Discipline Amsterdam 27 juni 2012, 11-347A, ECLI:NL:TADRAMS:2012:YA2890.

26 HvD 11 januari 2010; 5628, ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0242, r.o. 4.2., waarin ook wordt verwezen naar o.a. HvD 14 februari 2005, nr. 4074, Advocatenblad, nr. 5, 31 maart 2006.

27 HvD 11 januari 2010, 5628, ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0242.

nr. 3712 en HvD 14 februari 2005 nr. 4074) onder meer overwogen en beslist:

- (3) – dat op de tuchtrechtspraak voor advocaten art. 6 EVRM van toepassing is omdat de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in het geding kan zijn;
- (4) – dat de gewenste deskundigheid bij de behandeling rechtvaardigt dat de colleges ten dele zijn samengesteld uit beroepsgeenoten en dat dit onvoldoende grond is voor de veronderstelling dat dit afbreuk zou doen aan de onpartijdigheid van de colleges,
- (5) – dat de wijze van benoeming (bij wet geregeld, voor een vaste termijn, voor de leden-advocaten voor ten hoogste vier jaar) en de regeling van incompatibiliteiten voldoende waarborgen bieden voor onafhankelijkheid van de leden,
- (6) – dat, voor zover het het hof van discipline betreft, de samenstelling van het hof, dat in meerderheid bestaat uit met rechtspraak belaste leden afkomstig uit de rechterlijke macht, nog een extra waarborg biedt voor een onafhankelijke en onpartijdige behandeling in hoger beroep.
- (7) 4.3 Er zijn het hof geen recentere uitspraken van het EHRM bekend die hem ertoe zouden nopen zijn vermelde vaste jurisprudentie te heroverwegen. Verweerder citeert ter ondersteuning van zijn standpunt geen jurisprudentie en voert daarvoor ook overigens geen nieuwe argumenten aan, behoudens het navolgende²⁸.

32. Ik meen dat, in tegenstelling tot dit standpunt van het HvD in 2010, het onderhavige arrest zo een relevante Europese beslissing is, die het HvD en, wat mij betreft met name, de raden er juist wél toe zou moeten nopen zijn vaste jurisprudentie opnieuw te bezien en zijn benoemingsprocedure kritisch nader te beschouwen. De hiervoor aangehaalde enkele overweging lijkt mij, in het licht van *Reczkowicz*, niet langer toereikend;²⁸ bezien zal moeten worden in hoeverre aan de vereisten van onafhankelijkheid – met name gelet op (de invloed van) de uitvoerende macht – en van onpartijdigheid, in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, is voldaan.

Conclusie

33. Voor wat betreft de benoemingsprocedure voor leden-advocaten bij het HvD ben ik van oordeel dat deze procedure de *Guðmundur Andri Ástráðsson*-toets doorstaat. Ten aanzien van de leden-advocaten bij de raden van discipline ben ik somberder gestemd. Met name de wijze waarop die selectie en benoeming plaatsvindt, blijft onduidelijk.

34. De vereisten aan en de transparantie van de benoeming van leden van de tuchtcolleges, de 'hoe-vraag' zoals Sillen, als hiervoor aangehaald, is van wezenlijk belang voor de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een gerecht of tribunaal in zin van art. 6 lid 1 EVRM. Ik meen dan ook dat de tuchtcolleges (advocatuur) en met name de raden van discipline er goed aan zouden doen hun regelgeving omtrent hun benoemingsprocedure, indachtig de onderhavige uitspraak, nog eens kritisch te bezien. Een transparante wijze van selectie en benoeming, waarbij ook de *hoe-vraag* geëxpliciteerd wordt, draagt bij aan de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid en in dat geval zou de hiervoor aangehaalde standaardoverweging van het HvD kunnen worden gehandhaafd.

35. Het EHRM heeft gewezen op het verband tussen de hiërarchische positionering van een tribunaal en de mate van veeleisendheid van de toepasselijke selectiecriteria. Hieraan lijkt het HvD, gelet op de hiërarchische positionering ten opzichte van de raden, te hebben voldaan. Dit laat onverlet dat in mijn optiek de benoemingsprocedure voor de raden, ondanks deze positionering, te summier is.

36. Ik vraag me daarbij nog wel af in hoeverre – in het kader van de benoemingen – het opstellen van de profielschets, de selectiecommissie en de voordracht door steeds dezelfde organen de toets van onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan doorstaan.

37. Ik meen dan ook dat Sillen terecht opmerkt, in zijn hier eerder aangehaalde annotatie, dat bevestigd kan worden dat het arrest *Guðmundur An-*

²⁸ Dit geldt overigens ook ten aanzien van de motivering, zie mijn annotatie in «TT» 2020/21, afl. 2, bij EHRM 12 maart 2020, 18498/15, *Ismayilov/Azerbaidjan*, ECLI:CE:ECHR:2020:0312 JUD001849815.

*dri Ástráðsson*²⁹ betekent dat er werk aan de winkel is voor Nederland waar het gaat om de regelgeving omtrent de benoeming van rechters. In aansluiting op deze signalering van Sillen merk ik op dat, gelet op het Reczkowicz-arrest, hetzelfde kan worden opgemerkt ten aanzien van de tuchtcolleges, zoals het HvD en met name de raden van discipline, daar waar het de benoeming van de leden-advocaten betreft.

38. Wellicht ten overvloede zou ik de tuchtcolleges en geheel buiten de context van *Reczkowicz* om, graag nog de volgende suggestie aan de hand doen: mocht u tot een nadere, kritische beschouwing van de benoemingsprocedure komen, neemt u daarbij dan vooral ook de thema's inclusie en diversiteit mee.

Mr. N.A. de Leon-van den Berg
Advocaat bij Advocatenkantoor De Leon en
hoofdredacteur van Tijdschrift Tucht recht.

18

Voortzetting behandeling op grond van algemeen belang

Gerechtshof Amsterdam
14 december 2021, 200.294.491/01 NOT,
ECLI:NL:GHAMS:2021:3581
(mr. J.W.M. Tromp, mr. G.C.C. Lewin,
mr. J.L.G.M. Mertens)
Noot Mr. G.L. Maaldrink

Notarieel tucht recht.

[Art. 99 lid 22 Wna]

Wat heeft het hof bewogen om na intrekking van de klacht de behandeling voort te zetten?

[notaris 1],
notaris te [plaats],
appellante,

gemachtigde: mr. A.H.C. Lengton, advocaat te Rotterdam,
tegen
[klaagster],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,
gemachtigde: mr. G.W.J. van Dijke, advocaat te Middelburg.
Partijen worden hierna de notaris en klaagster genoemd.

Hof:

1 De zaak in het kort

De notaris heeft een testament gepasseerd waarin een erflater klaagster heeft benoemd als zijn enige erfgename (bij eerste erfstelling). Klaagster had een langdurige affectieve relatie met de erflater, maar er was geen huwelijk, geregistreerd partnerschap of samenlevingsovereenkomst. Klaagster verwijt de notaris dat zij onzorgvuldig heeft gehandeld bij de totstandkoming van het testament. De notaris had erflater moeten informeren en/of adviseren over de substantiële (fiscale) consequenties van dit testament.

2 Het geding in hoger beroep

2.1. Appellante (hierna: de notaris) heeft op 18 mei 2021 een beroepschrift met producties bij het hof ingediend tegen de beslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch (hierna: de kamer) van 19 april 2021 (ECLI:NL:TNORSHE:2021:11).

2.2. Klaagster heeft op 27 augustus 2021 een verweerschrift met producties bij het hof ingediend.

2.3. Het hof heeft van de kamer de stukken van de eerste aanleg ontvangen.

2.4. De zaak is behandeld ter openbare terechtzitting van het hof van 30 september 2021. De notaris, vergezeld van haar gemachtigde, en klaagster, vergezeld van haar gemachtigde, zijn verschenen en hebben het woord gevoerd; de gemachtigde van de notaris aan de hand van een aan het hof overgelegde pleitnota. Aan het einde van de mondelinge behandeling is medegedeeld dat de beslissing op 14 december 2021 zou worden gegeven.

2.5. Bij e-mail van 5 november 2021 heeft de gemachtigde van de notaris het hof bericht dat de notaris en klaagster tot een compromis zijn gekomen, waarvan onderdeel uitmaakt dat klaagster de klacht intrekt. In verband daarmee heeft de gemachtigde verzocht de bestreden beslissing te

29 Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland, 1 december 2020, 26374/18; ECLI:CE:ECHR:2020:1201 JUD002637418, via <https://hudoc.echr.coe.int/>