

Dit is een advocaat

Rapport van de Commissie 'Wat is een advocaat?'

Den Haag, oktober 2013

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	4
2. Plan van aanpak.....	6
2.1. Aanleiding	6
2.2. Opdracht en op te leveren resultaat van de Commissie.....	6
2.4. Perspectieven op de advocaat en zijn beroep	8
3 De advocaat in historisch perspectief.....	10
3.1. Inleiding	10
3.2 Vestiging van de professie (ca. 1500-1811).....	10
3.3. Het 'Napoleontische' beroepsbeeld van de advocaat (1811-1879).....	12
3.4. Emancipatie van het advocatenberoep (1879-1970).....	12
3.5 Modernisering in de twintigste eeuw (1970-heden).....	13
3.6 Beroepsgeheim	14
3.7 Conclusie.....	15
4 De advocaat in juridisch perspectief.....	17
4.1 De advocaat als rechtssubject.....	17
4.2. Ontbreken wettelijke definitiebepaling.....	17
4.3 Formeel en materieel advocatenbegrip.....	17
4.4 Hoedanigheid tegenover beroepsuitoefening.....	19
4.5 Shadow of the law	20
4.6 Beroepskenmerken: de privileges	22
4.7 Het domeinmonopolie	23
4.8 De adviespraktijk	24
4.9 De adviserende advocaat en verschoningsrecht.....	25
4.10 De invloed van de tuchtrechtelijke beoordeling.....	27
4.11 Beroepsgeheim en de aard van het verschoningsrecht.....	28
4.12 Integer gebruik van het beroepsgeheim.....	29
4.13 Misbruik buiten strafbaarheid?.....	33
4.14 Conclusie	35
5. De advocaat in economisch perspectief.....	37
5.1. Schaalvergroting.....	37
5.2. Advocaat als onderneming.....	37
5.3. Een vrij beroep?.....	38
5.4. De werkgroep-Cohen.....	38
5.5. Advocaat in dienstbetrekking.....	39
5.6. De taak en rol van de advocaat volgens de Europese rechtspraak	41
5.7. Nevenbetrekkingen van een advocaat	43
5.8. De advocaat-belastingadviseur	45
5.9. Verhouding tussen praktijkuitoefening en nevenactiviteit.....	46
5.10 Toepasselijkheid van het tuchtrecht op nevenactiviteiten.....	47
5.11 Conclusies	48
6. De advocaat in rechtsstatelijk perspectief.....	50
6.1. Algemene uitgangspunten van de rechtsstaat	50
6.2 Rechtsstaat en de functie van de advocaat.....	50
6.3 Aandachtspunten vanuit de rechtsstaat.....	51
6.4 Internationaal profiel van de 'lawyer'	52
6.5 De 'Europese' advocaat?.....	53
6.6. Zoektocht naar gemeenschappelijke beginselen	55
7. Conclusies en aanbevelingen	57
7.1. Een overzicht	57
7.2. De advocaat als bemiddelaar in de rechtsstaat	57

7.3. Bemiddelaarsrol impliceert onafhankelijkheid.....	58
7.4. Verschoningsrecht.....	59
7.5. Een definitie?	59
7.6. Aanbevelingen.....	60
Bijlage I. Europese beroepstitels	62

Voorwoord

‘Wat is een advocaat?’ lijkt een eenvoudig te beantwoorden vraag. Van de beroepsgroep bestaat een publiek beeld, gekneed door de media en doordeesemd van individuele en collectieve ervaringen met advocaten binnen en buiten de rechtszaal. Vraagt men echter door, dan blijkt dat antwoorden sterk afhangen van wie ze geeft. Zo kijkt een raadsheer in de Hoge Raad anders tegen de advocatuur aan dan een gedetineerde, een politicus of een bezoeker van de Amsterdamse Albert Cuyp. Daarnaast is – net als rechtspleging zelf – de essentie van de advocaat een afgeleide van de stand van de (rechts)staat, die verbonden is aan (rechts)cultuur en afhankelijk is van de tijd. Zo wordt die essentie en daarmee het antwoord op de vraag beïnvloed door moment en locatie – een constatering die historische terugblikken ook onderstrepen.

Dat de vraag complexer is dan die op het eerste gezicht doet vermoeden, blijkt ook uit het feit dat de advocatuur al lang onderwerp van juridisch, historisch, sociologisch en economisch onderzoek. Zo hebben in de loop der eeuwen verschillende auteurs getracht de advocaat conceptueel te vatten in vaak persoonlijk gekleurde of idealiserende beschrijvingen.¹ Ook is een aantal rapporten verschenen die de advocatuur in algemene zin als thema hebben gehad.²

Daarbij is echter telkens de nadruk gelegd op de studie van het stelsel van beroepsregulering of de organisatiestructuur van de balie, op de marktwerking binnen de rechtspleging of op de sociaal-maatschappelijke betekenis van de advocatuur. Maar door in te zoomen op die randverschijnselen en -voorwaarden van de beroepsuitoefening bleef de individuele beroepsbeoefening zelf onderbelicht. In tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland ontbreekt hier dan ook een nadrukkelijke, gedeelde opvatting over wat het beroep van advocaat inhoudt.³

Om die leemte te vullen, heeft de algemene raad van de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) de Commissie ‘Wat is een advocaat?’ (verder: de Commissie) ingesteld om een mede op wetenschappelijke inzichten gebaseerd professioneel beroepskader te bepalen. Alvorens daarop in te gaan, heeft de Commissie vastgesteld dat ook dit vraagstuk ten aanzien van de advocatuur niet los kan worden gezien van zijn tijdsgewricht. Beantwoording kan dus alleen plaatsvinden binnen de nodige context. De Commissie heeft daartoe een viertal perspectieven op de advocaat in Nederland aan het begin van de 21^{ste} eeuw uitgewerkt, daarbij in het achterhoofd houdend de rol en positie van de advocaat in de democratische rechtsstaat, de daarmee samenhangende verhouding tussen kerntaken en overige werkzaamheden en de betekenis van de bijzondere positie van de advocaat (inclusief het beroepsgeheim en de voorbehouden procesactiviteiten) voor de onafhankelijkheid en de overige advocatuurlijke kernwaarden: deskundigheid, partijdigheid, vertrouwelijkheid en integriteit.

Het resultaat van de inspanningen van de Commissie zijn vervat in dit rapport dat de lezer kan beschouwen als een momentopname die geldt als inventarisatie van de stand van zaken in wet, rechtspraak en doctrine. Daarbij is het belangrijk op te merken dat dit rapport niet het laatste woord is voor wat de voorliggende centrale vraag betreft, omdat de advocatuur, net als de rechtsstaat, nooit ‘af’ is. Het is dan ook de verwachting van de Commissie dat haar bevindingen

¹ Het bekendste voorbeeld is waarschijnlijk wel ‘De Ware Pleiter’ uit 1827 van Johannes van der Linden (1756-1835), die voor dat werk putte uit zijn vijftigjarige (!) loopbaan als advocaat. Ook het op zichzelf interessante boekje ‘De Advocaat’ van J.M. van Stipriaan Luiscius uit 1917 verraadt de persoonlijke voorkeuren van de auteur ten aanzien van de wijze waarop het beroep van advocaat behoort te worden uitgeoefend.

² Zo kunnen worden genoemd het onderzoek door de sociologen Van Braam en Surie uit de jaren zeventig van de vorige eeuw naar specialisatie binnen de commerciële en sociale advocatuur, het rapport van de Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur (Werkgroep Cohen) en het werk van de commissie onder voorzitterschap van P.C.E. van Wijmen naar de positie van de advocatuur in het maatschappelijk bestel.

³ De Duitse advocaat is “unabhängiges Organ der Rechtspflege”, aldus de Bundesrechtsanwaltsordnung, § 1.

tot verdere gedachtewisseling leiden waarbij zij de hoop uitspreekt dat deze consciëntieuze poging van de balie binnen die discussie als fundamentele en zelfbewuste bouwsteen kan fungeren.

Den Haag, oktober 2013

De Commissie 'Wat is een advocaat?' bestaat uit:

- mr. J.T.C. Leliveld (voorzitter, advocaat te Den Haag en lid van de algemene raad van de NOvA)
- mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen (advocaat te Amsterdam)
- mr. drs. I. van Domselaar (onderzoekster Universiteit van Amsterdam)
- mr. M.O. Maathuis MA (redactielid *Advocatenblad*)
- mr. R. Sanders BA (senior beleidsadviseur bij de NOvA)
- mr. M.W.L. Tromm (advocaat te Rotterdam en lid van de Raad van Toezicht van de Rotterdamse Orde van Advocaten)
- mr. dr. R. Verkijk (advocaat te Maastricht en opleidingsmanager bij de Open Universiteit)
- mr. E.A. van Win (advocaat te Den Haag en voormalig deken van de Haagse Orde van Advocaten)

2. Plan van aanpak

2.1. Aanleiding

Als vertrekpunt voor haar onderzoek heeft de Commissie gekozen voor aanbeveling 23 uit het advies *Het bestaande is geen alternatief* van Arthur Docters van Leeuwen dat in 2010 gepubliceerd werd:

*'Last but not least vraag ik aandacht voor de inhoud van de functie van advocaat. Wanneer is een advocaat een advocaat? Is iemand die zich twintig jaar geleden heeft laten inschrijven op het tableau, die nu alleen maar adviezen geeft en nooit meer een rechtszaal van binnen ziet, nog een advocaat? Of is hij een "gewoon" juridisch adviseur, die "schuilt" onder de paraplu van geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht? Behoort hij nog aanspraak te kunnen maken op alle rechten en plichten van een advocaat? De functie van advocaat zou veel beter vormgegeven moeten worden. Ik adviseer om een weliswaar fundamentele maar niet langdurige discussie te voeren over de functie van advocaat en over de vraag wie zich met recht advocaat mag noemen.'*⁴

Deze aanbeveling staat, gelet op de inhoud van het advies, op de eerste plaats in de sleutel van de verbetering van het toezicht op advocaten zoals Docters van Leeuwen dat voor ogen staat. De vraag naar de reikwijdte en de invulling van het beroep van advocaat impliceert echter ook de beoordeling aan wie en op welke gronden de zogenoemde 'privileges' toekomen. De vraag 'wat is een goede advocaat?' vloeit dus voort uit de voorafgaande vaststelling wat het beroep van advocaat in de kern inhoudt. Met andere woorden: eerst moet een kader worden geschapen voor de beroepsopvatting van de advocaat in Nederland voordat uitspraken gedaan kunnen worden over de (deontologisch) juiste beroepsuitoefening.

2.2. Opdracht en op te leveren resultaat van de Commissie

Gelet op de relatieve urgentie en de beschikbare tijd om deze probleemstelling te adresseren, heeft de Commissie de nadruk gelegd op het eerste segment van de vraagstelling. Daarbij is de Commissie begonnen met het zoeken van een conceptueel fundament.

In zijn dissertatie introduceert Richard Verkijk het concept 'advocatenbeelden'.⁵ Behalve concrete normen, zoals die vermeld zijn in gedragsregels en het aansprakelijkheidsrecht, kunnen binnen een rechtssysteem ideeën bestaan over de rol van de advocaat en hoe die zich behoort te gedragen. Die opvattingen kunnen dan mede bepalend zijn voor de beroepsethiek van de advocaat. De term advocatenbeelden herinnert bijvoorbeeld aan de term *Berufsbild* die in de Duitse literatuur vaak gebruikt wordt. De advocatenbeelden die Verkijk bespreekt, betreffen niet de betekenis en functie van de advocaat in het algemeen, maar in de archetypische arena van de advocaat, het proces. Zo kan de advocaat worden gezien als *officer of the court*, wat inhoudt dat hij een geprivilegieerde positie inneemt binnen de rechtspleging, maar tevens een verantwoordelijkheid heeft jegens die rechtspleging. Enerzijds betekent dat de advocaat een zekere loyaliteit moet bereiken ten opzichte van de rechtspleging, het recht en de instellingen van de staat; anderzijds is essentieel voor het uitoefenen van zijn taken en functies dat de advocaat het vertrouwen geniet van zijn cliënt. En dat vereist weer een zekere onafhankelijkheid van de staat.⁶

⁴ A.W.H. Docters van Leeuwen, *Het bestaande is geen alternatief. Een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur*, Den Haag: Nederlandse School voor Openbaar Bestuur 2010, p. 41.

⁵ R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces*, diss. Maastricht 2011, p. 88-89.

⁶ *Ibidem*, p. 90.

Bijdragend aan de relatieve urgentie is het wetsvoorstel tot wijziging van de Advocatenwet, dat op het moment van schrijven van dit rapport bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt. In de nota naar aanleiding van het verslag op het wijzigingsvoorstel neemt de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een voorschot op de door Docters van Leeuwen aanbevolen discussie:

‘De heer Docters van Leeuwen heeft in zijn eerdergenoemde rapport onder meer geadviseerd om een discussie te voeren over de functie van de advocaat en over de vraag wie zich met recht advocaat mag noemen. Ik interpreteer dit aldus, dat aanbevolen wordt om te bezien of er advocaten zijn die zich voornamelijk bezighouden met vormen van dienstverlening die niet in hoofdzaak het behartigen van de juridische belangen van cliënten betreffen, maar bijvoorbeeld vooral de financiële of bedrijfsmatige belangen van cliënten. Op grond daarvan kan de vraag worden gesteld of de werkzaamheden in dat geval nog altijd inschrijving als advocaat rechtvaardigen. Van belang is om in beschouwing te nemen voor welke werkzaamheden eventueel dient te gelden dat zij niet als “advocatuurlijk” kunnen worden aangemerkt en dat in het verlengde daarvan de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht op die werkzaamheden geen betrekking hebben.’

‘In het belang van een goede rechtsbescherming van rechtzoekenden dient zorgvuldig te worden omgegaan met eventuele inperkingen van de reikwijdte van het beroepsgeheim van de advocaat en het daarmee samenhangende verschoningsrecht. Tegelijkertijd is het een gegeven dat met het verloop van de tijd en de ontwikkelingen in de markt ook de inhoud van de dienstverlening van advocaten(kantoren) is veranderd. Hierdoor kunnen er dienstverleners zijn die weliswaar als advocaat zijn ingeschreven, maar die in de praktijk werkzaamheden verrichten die niet of nauwelijks nog tot de kerntaak van de advocaat worden gerekend. Op voorhand valt niet in te zien waarom dienstverleners die zich niet met de kerntaak van de advocaat bezighouden (de rechtsbescherming van cliënten), de hoedanigheid van advocaat moeten behouden. (...)’⁷

In de tweede nota van wijziging komt het kabinet uitvoerig terug op de functie van advocaat, waarbij de inhoud van die functie rechtstreeks in verband wordt gebracht met de mogelijkheid een beroep te kunnen doen op het verschoningsrecht:

‘In het bovengenoemde rapport Docters van Leeuwen wordt geadviseerd om een fundamentele discussie te voeren over de functie van advocaat en over de vraag wie zich met recht advocaat mag noemen. De regering interpreteert dit aldus, dat aanbevolen wordt om te bezien wat de reikwijdte dient te zijn van de werkzaamheden die een advocaat in die hoedanigheid verricht. Hierover bestaat al langere tijd discussie, waarbij tevens de vraag centraal staat of bepaalde aan de advocaat – ten behoeve van diens cliënt – toekomstige rechten en plichten in alle gevallen ingeroepen kunnen worden.’

‘De hier aan de orde zijnde kwestie houdt verband met de vraag in welke gevallen en in hoeverre op advocaten een geheimhoudingsplicht rust en zij uit dien hoofde beroep kunnen doen op een verschoningsrecht. Deze vraag behoeft zorgvuldige bestudering, gelet op de consequenties die hiermee kunnen samenhangen. Het niet in de hoedanigheid van advocaat mogen verrichten van bepaalde werkzaamheden heeft bijvoorbeeld rechtstreeks invloed op de vraag of de geheimhoudingsplicht en het daarmee samenhangende verschoningsrecht van toepassing zijn. In het belang van een goede rechtsbescherming van rechtzoekenden is het daarom noodzakelijk zorgvuldig om te gaan met eventuele inperkingen daarvan.’⁸

⁷ Kamerstukken II 2010-2011, 32 382, nr. 7, p. 5.

⁸ Kamerstukken II 2011-2012, 32 382, nr. 10, p. 43.

De Commissie merkt op dat het kabinet de discussie niet wil terugbrengen tot een eenvoudige tegenstelling tussen proces- en adviespraktijk, maar als onderliggende vraag opvat wat moet worden verstaan onder evident niet-advocatuurlijke functies:

‘Met een door sommigen betoogde beperking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht tot de processuele taken van de advocaat zou een te sterke inperking worden aangebracht. De werkzaamheden in het kader van het opkomen voor belangen van rechtzoekende gaan immers verder dan alleen het verrichten van processuele taken. Veel van het werk van de advocaat speelt zich af in de adviserende sfeer. Advocaten adviseren hun cliënten over hun rechtspositie, de juridische gevolgen van een bepaalde keuze of over de route die zij moeten kiezen in een eventueel geding. Aan een processuele vertegenwoordiging gaat nageoeg altijd een adviserende fase vooraf. Deze twee onderdelen van de taakuitoefening door advocaten laten zich dan ook vaak moeizaam scheiden.’

Anderzijds kan gesteld worden dat er op dit moment werkzaamheden verricht worden door advocaten, die niet van nature binnen hun gebruikelijke beroepsuitoefening vallen. Daarbij valt onder meer te denken aan advocaten die tevens een functie bekleden als bestuurder of commissaris van een vennootschap. Niet valt in te zien waarom in het kader van evident niet-advocatuurlijke functies een beroep zou moeten toekomen op een advocatuurlijke geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. Gesteld kan worden dat een beroep op een verschoningsrecht een advocaat alleen dan toekomt, wanneer het informatie betreft die hij in de normale uitoefening van het beroep heeft verkregen. Harde scheidslijnen zijn evenwel niet in alle gevallen aan te brengen. Vaak zal er sprake zijn van overlap of gaat de beroepsuitoefening van advocaat gradueel over in andere werkzaamheden. Dit maakt het lastig om thans reeds in de wet te bepalen tot welke werkzaamheden van de advocaat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zich dienen te beperken. Daarbij moet worden bedacht dat met de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht grote maatschappelijke belangen worden gediend, en dat met de inperking of beperking daarvan zeer voorzichtig en zorgvuldig dient te worden omgegaan. Het ligt daarom voor de hand dat hierover vooreerst binnen de advocatuur zelf een discussie plaatsvindt en dat de NOvA hierin een standpunt bepaalt, alvorens op dit punt eventuele wettelijke maatregelen te nemen.⁹

De door het kabinet gesignaleerde overlap van functies en gemis aan harde scheidslijnen heeft de Commissie voor de uitdaging gesteld desondanks een kader te scheppen waarbinnen nadere afbakening en discussie plaats kunnen vinden. Tegen die achtergrond verschilt de Commissie met Docters van Leeuwen: de discussie over de vraag wat een advocaat is, dient wel fundamenteel te zijn, maar niet kort (in Docters van Leeuwen’s woorden: ‘niet langdurig’). Immers, niet alleen hangt de opvatting van de taak en functie van de advocaat grotendeels samen met het functioneren van de rechtsstaat, maar aan die opvatting kunnen consequenties worden verbonden voor één van de essentiële voorwaarden voor het goed functioneren van de advocaat, namelijk het vertrouwen dat rechtzoekenden in hem stellen. Naar het oordeel van de Commissie doet een korte discussie geen recht aan het principiële karakter van de probleemstelling.

2.4. Perspectieven op de advocaat en zijn beroep

In navolging van het rapport *Een maatschappelijke orde* van de commissie Advocatuur neemt het kabinet in het wetsvoorstel tot wijziging van de Advocatenwet ook het concept over van de advocaat die werkt *in the shadow of the law*. De schaduwrand van de wet valt echter op grond van die aanhangige wetswijziging niet scherp te trekken. Sterker nog, de schaduw lijkt zich door de beweging van de zon telkens te verplaatsen. Met andere woorden: de opvatting over het advocatenberoep, de functie en legitimatie ervan en de mogelijke afbakening kunnen met het verstrijken van de tijd verschuiven. Om enige grip op de essentie van de beroepsuitoefening te krijgen,

⁹ Kamerstukken II 2011-2012, 32 382, nr. 10, p. 43.

heeft de Commissie in dit rapport daarom een viertal perspectieven op het beroep van advocaat uitgewerkt.

3 De advocaat in historisch perspectief

3.1. Inleiding

Eén van de kenmerken van de advocatuur is de sterke verankering in traditie. Als institutionele deelnemer aan de rechtspleging is de advocaat - samen met de zittende magistratuur - ouder dan het Openbaar Ministerie, dat een erfenis is van de Franse overheersing in Nederland. Het begrip 'advocaat' gaat zelfs verder terug dan de tijd van de Republiek of de middeleeuwen; het heeft een Latijnse oorsprong en betekent in de zin van *ad auxilium vocatus* letterlijk 'erbij geroepene'. Overigens gaat het woord 'procureur' terug naar de Romeinse *procurator*, de vertegenwoordiger of waarnemer van andermans belangen.

In Nederlandse bronnen komen verschillende functionarissen voor met aan hedendaagse advocaten gelijkwaardige of nauw verwante activiteiten. In zijn standaardwerk uit 1951 over de geschiedenis van de advocatuur stelt de Nijmeegse hoogleraar Bernardus Hubertus Dominicus Hermesdorf zich noodgedwongen eerst de vraag 'wat is een advocaat?'¹⁰ De middeleeuwse rechtsbronnen maken namelijk gewag van *advocati*, *causidici* en *clamatores*. Als bepalend aspect van de advocatuur stipt Hermesdorf de opleiding aan.¹¹ Kenner van het geldend recht is de advocaat strikt genomen altijd geweest, zo schrijft hij, maar zowel de omvang dier kennis als de wijze waarop hij ze verkreeg, verschilden. Sommige advocaten waren universitair gevormde juristen, anderen eenvoudig geletterden, die zich ervaring, kennis en kunde eigen gemaakt hadden door te kijken hoe het er in de dagelijkse rechtspraktijk aan toging.¹² Ook deze groep rekent Hermesdorf tot de advocaten.

Aan het begrip 'advocaat' in de historische benadering moet dus een ruime betekenis worden toegekend. Wie een rechtzoekende als rechtskundig raadsman in of buiten rechte, in civiele of in strafzaken, terzijde staat, is 'advocatus', de er-bij-geroepene',¹³ onverschillig of hij zijn kundigheid uitsluitend aan universitaire studie, aan praktijkervaring of aan beide ontleent. Ook het verschil tussen advocaten en procureurs, waar later op wordt ingegaan, blijkt in de oudere bronnen onduidelijk te zijn.¹⁴

3.2 Vestiging van de professie (ca. 1500-1811)

Hermesdorf legt rond 1500 een cesuur voor belangrijke, maar geleidelijke veranderingen in het *nobile officium* en de personen die het uitoefenden. Dit breukvlak valt samen met de overgang naar de nieuwe tijd.¹⁵ De advocatuur behoudt ook na 1500 haar dienend karakter, maar de steeds nadrukkelijkere receptie van het romeinse recht leidt ertoe dat kennis van wet en recht voor de advocaat niet langer beperkt blijft tot het inheemse recht. Volgens Hermesdorf stelde men voordat die receptie van enig belang werd geen al te hoge eisen aan de rechtskennis van de advocaat.¹⁶ Het inheemse recht was overzichtelijk, de hoeveelheid wetten en verordeningen betrekkelijk beperkt en taal en rechtsbegrippen veroorzaakten geen onoverkomelijke moeilijkheden. Na 1500 werd het gebruikelijk te eisen dat wie toelating vroeg tot de balie universitair gevormd moest zijn.¹⁷

¹⁰ B.H.D. Hermesdorf, *Licht en schaduw in de advocatuur der lage landen*, Leiden: E.J. Brill, 1951.

¹¹ Ook Kersteman beantwoordt de vraag wat een advocaat is in zijn *Academie der jonge Practizyns* kort en bondig als 'een gestudeert, en gepromoveert persoon, de rechten kundig wezende'. Kersteman, *Academie*, p. 77.

¹² Hermesdorf, a.w., p. 4.

¹³ *Ibidem*, p. 6.

¹⁴ Van Kuyk, *Adv.blad* 1920, p. 177; J. Wolterbeek Muller, *Adv.blad* 1921, p. 30.

¹⁵ Hermesdorf, a.w., p. 181.

¹⁶ *Ibidem*, p. 182.

¹⁷ Hermesdorf vraagt zich zelfs af hoe de middeleeuwen - rechters en advocaten - er in geslaagd zijn met zó weinig wetten de rechtsorde overeind te houden; Hermesdorf, a.w., p. 183.

Dat de rechtzoekende ook veranderde, leverde een belangrijke bijdrage aan de evolutie van de advocaat. Hermesdorf noemt het verlies aan binding met het hogere en de zelfsprekendheid waarmee leven en rechtsorde ontgoddelijkten.¹⁸ Het seculariseren van de rechtzoekende en diens aandacht voor het nastreven van aardse belangen raakte ook de advocatuur: 'Richtte de middeleeuwse advocaat zijn aandacht op de gehele mens, de latere raadsman onderhield nog slechts een zeer bescheiden contact met zijn cliënt.'¹⁹

Daarnaast stond ook de rechterlijke organisatie niet stil. Het instellen van een aantal gewestelijke hoven, zoals het Hof van Friesland (1504), het Hof van Utrecht (1530) en eerder het Hof van Holland en Zeeland (1428) leidde tot professionalisering en schaalvergroting. Op hoofdlijnen waren deze hoven de hoogste rechtscolleges in de gewesten, belast met appelrechtspraak en de berechting van de zwaarste misdrijven. Ordonnanties en instructies die in de loop van de 16^{de} eeuw werden vastgesteld op de werkzaamheden van de hoven en de wijze waarop geprocedeerd moest worden, vermeldden een aantal 'suppoosten' van de gerechtelijke instellingen, zoals griffiers, klerken, notarissen en deurwaarders, maar ook advocaten en procureurs. Welke taken oefenden zij uit en wat waren hun respectievelijke rollen?

In zijn *Heedendaegse rechtsgeleertheit uit 1768* beschrijft Ulrik Huber het werk van advocaten, 'welke zijn rechtsgeleerden, die van partijen worden versocht om hare pleitsaken by monde, en by geschrifte den rechter voor te dragen, en nae de konst te bewijzen of te verdedigen, daer toe by publijke autoriteit geadmitteert.'²⁰ De procureur, aldus Huber, is 'anders lasthebber of tot rechtzaken of tot andere handelingen.' Over nut en noodzaak van de betrokkenheid van procureurs en advocaten schrijft hij dat 'Op dat alles in het gerichte ordentelijk soude toegaen, is van nooden geweest, bequame lieden, kennisse van rechtsaken hebbende, te stellen, door welke partijen hare versoeken, ende verdedigingen soudon doen; want anders de richters onmogelijk soude zijn door de rechtsaken heen te raken, indien een yder sijn eygen dingen nae sijn begriip soude mogen stellen...'²¹

In de 17^{de} en 18^{de} zijn advocaten in de eerste plaats rechtsgeleerden met een universitair diploma. De advocaat geeft inhoudelijk advies en pleit de zaak, de procureur vertegenwoordigt een partij voor de rechtbank. De Gentse hoogleraar Georges Martyn benadrukt dat de procureur meer een ambtenaar is, zelfs wanneer ook de advocaat wel 'suppoost' wordt genoemd. Zo moet de procureur – in tegenstelling tot de advocaat - steeds een geschreven volmacht voorleggen.²² De advocaat geeft inhoudelijk advies, pleit, maar schrijft en ondertekent ook de verzoekschriften en conclusies. De procureur zorgt voor voldoende kopieën voor partijen en rechter, doet de neerlegging ter zitting of ter griffie, vraagt de rolstelling en regelt de proceskalender.²³ Martyn stelt zelfs dat waar procesvertegenwoordiging vandaag bijna volledig het alleenrecht is van de advocaat en hij slechts één van de vele leveranciers van rechtshulp door middel van advisering, de situatie enkele eeuwen geleden omgekeerd was.²⁴

De meeste gerechten lieten advocaten en procureurs pas toe na het afleggen van een eed, zodat er in de 17^{de} en 18^{de} eeuw sprake van een *de facto* procesmonopolie. Het procederen in zowel civiele als criminele zaken werd in de regel toevertrouwd aan het samenspel van advocaten en procureurs. Deze eed was bij elke instantie anders geregeld, maar zoals die voorgeschreven

¹⁸ Ibidem, p. 187.

¹⁹ Ibidem, p. 188.

²⁰ U. Huber, *Heedendaegse rechtsgeleertheit, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, deel 2, Leeuwarden 1786, p. 99.

²¹ Ibidem, p. 88.

²² Daarin zien we het thans nog gebruikelijke uitgangspunt dat een advocaat op zijn woord geloofd wordt. Zie ook art. 2:2 lid 3 Awb en art. 49 lid 3 Advocatenwet, die de advocaat vrijwaren van de rechterlijke weigering door als gemachtigde op te mogen treden.

²³ Martyn, a.w., p. 28.

²⁴ Martyn, a.w., p. 14.

werd door de Instructie uit 1531 voor het Hof van Holland en Zeeland, blijkt die – voor wie door het 16^{de} eeuwse taalgebruik heen kijkt – nog opvallend actueel: ‘ Dat hy onsen stadhouder, president ende raedt in alle plaetsen bewysinde saecke te hebben, en sal eere, reverentie ende waerdigheyt; dat hy niet dienen en sal in eenige saecken, die hy weet onrechtveerdig te zijn, het zy dat hem van de voorsz. onrechtveerdigheyt blijcke in ’t beginsel van de processen of daernae; dat hy neerstelijck ende getrouwelijck sal dienen sijn meesters; dat hy te vreden sal wesen met de taxe van den Hove; dat hy niet soecken en sal eenige onbehoorlijcke uytwegen of dilayen; dat gheren overkomste maecken en sal, om deel of part inde saecke te hebben, ende generaelijck, dat hy hem in (ende overal) dragen sal also een goet en ghetrouwe advocaat ofte procureur schuldich is te doen.’

3.3. Het ‘Napoleontische’ beroepsbeeld van de advocaat (1811-1879)

Napoleons wantrouwen jegens advocaten werd gevoed door de angst voor een in het recht geëfende, mondige en goed georganiseerde beroepsgroep.²⁵ Zijn keizerlijk decreet uit 1810, dat tot een kwart eeuw na het einde van de Franse tijd ook in ons land gold, is dan ook doorspekt met maatregelen om de balie als potentiële machtsfactor te kunnen beteugelen. Van individuele advocaten werd gezagsgetrouwheid geëist, vooral ten aanzien van het staatsgezag (lees: de keizer). In de Franse ordeningsgedachte moet de advocaat echter wel in horizontaal opzicht onafhankelijk blijven; het decreet bevat in art. 18 een aantal nevenbetrekkingen die onverenigbaar zijn met het beroep van advocaat, namelijk alle posten binnen de rechterlijke macht (behalve die van plaatsvervanger), met de lokale bestuursfuncties van (onder)prefect, met het zijn van griffier, notaris of procureur (*avoué*), met dienstbetrekkingen en met elke vorm van koophandel.

De vrije beroepsbeoefening wordt niet alleen begrensd door de eisen die een behoorlijke rechtspleging stelt, maar ook door gezagsgetrouwheid aan de staatsmacht. In de Republiek is die staatsmacht nog de rechtsinstelling waar de advocaat en procureur is toegelaten; sinds Napoleon vindt de gedachte ingang dat de uitvoerende macht kaders mag scheppen voor de beroepsregulering van de advocaat.

Tot diep in de negentiende eeuw bleef deze in de Franse tijd ontwikkelde gedachte in Nederland gehandhaafd. Bijna vanzelfsprekend werd in 1838 het autocratische model van controle en toezicht op de balie en op de individuele advocaat bij de invoering van de Nederlandse wetgeving overgenomen. In dat opzicht leek C.F. van Maanen, minister van Justitie onder koning Willem I, op zijn Franse voorgangers. Sterker nog, in 1820 had hij schorsing en opsluiting bevolen van een aantal Brusselse advocaten voor hun publieke steun aan de auteur van een jegens de overheid kritisch geschrift.

3.4. Emancipatie van het advocatenberoep (1879-1970)

Aan het slechts met de mond belijden van de onafhankelijkheid van de advocatuur kwam in 1879 deels een einde doordat baliefunctionarissen (de deken en de leden van de raden van toezicht) niet langer door de overheid werden benoemd. Deze wijziging viel samen met de afschaffing van de principiële onverenigbaarheid van het beroep van advocaat en het ambt van procureur. Het samenvallen van de beide betrekkingen heeft nog wel aanleiding gegeven tot een aanpassing van het tuchtrechtelijke jurisdictie van de raad van toezicht en discipline. Op uitdrukkelijk verzoek van het bestuur van de Nederlandse Advocaten Vereniging (NAV) werd Reglement III in 1920 zodanig aangepast dat een schorsing als advocaat tevens inhield dat de werkzaamheden als procureur moesten worden onderbroken.

²⁵ Zie o.m. R. Sanders, ‘Le décret est absurde’, in: *De keizer en de advocaten. Tweehonderd jaar moderne advocatuur*, F.A.W. Bannier en R. Sanders (red.), Den Haag 2011.

Tijdens het Interbellum werden binnen de balie gedachten ontwikkeld om tot een ordeningsmodel van de advocatuur te komen. De praktische opheffing van het verschil tussen advocaat en procureur gaf de rechtsbijstand door de balie een alomvattend karakter en men erkende dat de bijzondere positie die de advocaat in de rechtsstrijd had maatschappelijk moest worden verantwoord en gehandhaafd door een systeem van zelfregulering. De eigen verantwoordelijkheid en integriteit ten opzichte van de beroepuitoefening stonden daarbij centraal. Dat in dat kader bijzondere eisen aan de advocaat mogen worden gesteld, komt goed tot uitdrukking in het algemene gedeelte van de in 1939 herziene ereregelen: 'De advocaat mag nimmer uit het oog verliezen, dat hij door zijne inschrijving deel uitmaakt van een orde, wier leden als zoodanig geroepen zijn tot het geven van leiding aan het rechtsleven, en – met uitsluiting van alle anderen – bevoegd zijn tot medewerking aan de rechtsbedeeling naast de rechterlijke macht door het verlenen van de voor goede rechtspraak onmisbare rechtsbijstand en voorlichting bij de rechtscollegiën. De advocaat behoort bij al zijne gedragingen van dit uitgangspunt uit te gaan. Al zijne bevoegdheden en alle hem bindende gedragsregels berusten op deze beteekenis van het beroep en van den stand en moeten dienovereenkomstig worden verstaan en toegepast.'²⁶

Na de Tweede Wereldoorlog kreeg deze ordeningsgedachte vorm in een ontwerp voor een Advocatenwet dat uitging van een uniform normenkader voor alle Nederlandse advocaten (algemeen bindende regels in de vorm van verordeningen), een overkoepelende beroepsorganisatie (de NOvA) en rechtseenheid op tuchtrechtelijk terrein (verplaatsing van het hoger beroep van de gewone rechtspraak naar een hof van discipline). De inwerkingtreding van de Advocatenwet op 1 oktober 1952 markeerde een mijlpaal in de emancipatie van de balie, in de zin van een in de wet verankerde autonomie op normatief en toezichthoudend gebied.

3.5 Modernisering in de twintigste eeuw (1970-heden)

Na de Tweede Wereldoorlog – en vooral vanaf de jaren zeventig - raakte de advocatenpraktijk aan grote veranderingen onderhevig. In de volgende hoofdstukken wordt ingegaan op de economische veranderingen en de invloed van de internationalisering die de praktijk veranderden; hier wordt volstaan met het noemen van de groei van de omvang van het gemiddelde advocatenkantoor, de opkomst van juridische specialisaties, de samenwerking met andere vrijeberoepsbeoefenaren en het toenemende onderscheid tussen de commerciële en de zogenoemde sociale advocatuur.

Grote invloed op de praktijkuitoefening zelf had het rapport van de werkgroep-Cohen, waarin de exclusieve positie van de advocaat in het civiele- en strafprocesrecht ter discussie is gesteld. Van opheffing van de verplichte procesvertegenwoordiging was de werkgroep geen voorstander. Het algemeen belang, dat is gediend met een vrije, onafhankelijke en toegankelijke rechtsbedeling alsmede met een ordelijk verloop van geschillenbeslechting, vergt volgens de werkgroep dat in bepaalde civiele en in strafprocedures de burger voorzien moet zijn van deskundige bijstand. De werkgroep deed echter wel de aanbeveling om te komen tot een herijking van de omvang van de procesvertegenwoordiging. Uiteindelijk is met ingang van 1 juli 2011 de wettelijke competentiegrens waarbij procesvertegenwoordiging wordt voorgeschreven, opgetrokken.

Daarentegen achtte de werkgroep uitbreiding van de kring van procesgemachtigden met andere (gekwalficeerde) rechtsbijstandverleners niet wenselijk. Elke groep procesgemachtigden zou daarbij een eigen balie met eventueel eigen regels moeten krijgen. Bestuurlijke lasten maar vooral onduidelijkheid en verwarring voor de rechtzoekende en de rechterlijke macht zouden daaraan in de weg staan. Het heeft de voorkeur gehad van de werkgroep om juist de toegang tot de advocatuur te vergroten, zodat de behoorlijkheid van de beroepsuitoefening (verschoningsrecht, onafhankelijkheid et cetera) ook op nieuwe toetreders tot de markt van toepassing zijn.

²⁶ Eere-regelen voor advocaten, *Advocatenblad* 1939, p. 118.

Deze invalshoek van de werkgroep heeft de aanzet gegeven voor aanpassing van de NOvA-regels in 1996 zodat toetreding van advocaten in dienstbetrekking onder voorwaarden een reële mogelijkheid werd.

De aanbeveling van de werkgroep om te bepalen dat de aan de procureur toekomende bevoegdheden door iedere advocaat in het gehele land kunnen worden uitgeoefend, heeft de weg vrijgemaakt voor de wetswijziging in 2008 die het verplichte procuraat afschafte. Sindsdien kunnen advocaten bij iedere rechtbank en bij elk gerechtshof alle proceshandelingen verrichten en is bijstand van een procureur niet meer vereist. Daarmee is ook aan het aloude onderscheid tussen de advocaat als inhoudelijke raadsman en de procureur als procesvertegenwoordiger definitief beëindigd.

In samenhang met die wetswijziging is, om mogelijke werklaststijging bij de griffies op te vangen, een bepaling opgenomen met betrekking tot het elektronisch verzenden van verzoeken, mededelingen en processtukken tussen gerechten en advocatuur. Deze mogelijkheid markeert ook de technologische ontwikkeling die de advocatenpraktijk fundamenteel veranderd heeft. Niet alleen is het uitvoeren van proceshandelingen ontkoppeld van de fysieke aanwezigheid van een advocaat²⁷, het concept van een op één enkele plek gevestigde advocatenpraktijk lijkt door nieuwe technieken achterhaald.²⁸ Deze ontwikkelingen hebben ook onvermijdelijke gevolgen voor de wijze waarop een advocaat - met de vereiste zorgvuldigheid - met de vertrouwelijkheid van de gegevens die zijn cliënt hem toevertrouwt om moet gaan. Gedacht kan worden aan *cloud computing*, waarbij individuele cliëntendossiers op externe servers –buiten het advocatenkantoor – worden opgeslagen en beheerd.

Daarmee verband houdend blik de Commissie in dit historisch perspectief kort vooruit. In 2008 verscheen het boek *The End of Lawyers?* van de Britse auteur Richard Susskind,²⁹ waarin hij zijn visie presenteert dat technologie bepaalde juridische werkzaamheden zodanig zal stroomlijnen en automatiseren dat daardoor de behoefte aan de traditionele juridische dienstverlening zal worden uitgehold of zelfs zal verdwijnen. Of daarmee het lot van de advocaat in zijn huidige praktijkuitoefening is bezegeld, moet worden afgewacht. Maar dat deze visie op de toekomst van de advocatuur, de vorm en opvatting van het advocatenberoep als juridische dienstverlening grondig zal veranderen, staat volgens de Commissie buiten kijf.

3.6 Beroepsgeheim

Eén aspect van de vroegere advocatuur dat in de rechtshistorische literatuur betrekkelijk (en daarmee opvallend) onderbelicht blijft, is de relatie tussen het beroep van advocaat en vertrouwelijkheid. Was er sprake van een beroepsgeheim dat ook in de rechtszaal geëffectueerd kon worden?

Ten tijde van de Republiek zou de advocaat enige speelruimte hebben gehad, zo blijkt uit de woorden van Huber uit 1768: 'Advocaten behoren ook niet te worden gedwongen te getuigen tegenshare cliënten, wanneer de waarheyt op enig andere wijze kan worden gevonden, ..., daer niet veel aengeleegen is, om dat het onbehoorlijk schijnt haer te dwingen tot ontdeckinge van haer meesterssaken en onnut te maken tot het bedienen der selver.'³⁰

Hieruit spreekt echter geen *secret absolu*. Het verschoningsrecht is (ook) in deze 18^{de} eeuwse beschrijving van Huber een relatief begrip dat onder bijzondere omstandigheden dient te wij-

²⁷ Ter vergelijking: in 1838 werd in Reglement III nog bepaald dat een advocaat zijn woonplaats moest hebben in het arrondissement van het gerecht waarbij hij was ingeschreven.

²⁸ Zie in dat verband de voorschriften die zijn vervat in art. 12 Advocatenwet.

²⁹ R. Susskind, *The End of Lawyers?*, London: Oxford University Press 2008.

³⁰ Huber, a.w., p. 798.

ken: 'Edoch in sware saken en daer men de waerheyt anders niet kan hebben, kunnen de advocaten wel gedwongen worden, om dat het anders in de macht van een partije soude zijn den ey-scher van sijn bewijs te berooven met een advocaat te kiessen, die ook nevens een ander kennis-se van de sake mochte hebben.'³¹ Martyn is wat de geheimhoudingsplicht betreft stellig: advocaten en procureurs waren gebonden aan het beroepsgeheim en vielen beiden onder het *privilegium fori* van de instelling waarbij ze optraden.³²

In 1806 stelt de rechtsgeleerde Johannes van der Linden dat 'Een advocaat of procureur zig kan ontslaan, om als getuige te verklaren zaaken, welke hij van zijnen cliënt in besognes, enz. ontdekt heeft.'³³ Gelet op Napoleons benadering van de advocatuur, zal een advocaat gedurende de Franse overheersing weinig kans hebben gehad zich met succes te verschonen en zodoende de geheimhouding jegens zijn cliënt te beschermen. Een rol als vertrouwenspersoon lijkt voor de advocaat in de keizerlijke politiestaat niet goed mogelijk geweest.

P.J.M. van Domburg stelt vast dat sinds de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1838 in de rechtspraak geen geval is aan te wijzen waarin een rechterlijk college weigerde een advocaat een beroep op het verschoningsrecht te onthouden.³⁴ Sindsdien behoort de advocaat tot de, zoals de Hoge Raad het in 1985 zal formuleren, 'bepaalde groep personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie' niet alleen tot geheimhouding verplicht zijn, maar zich daarbij ook op het verschoningsrecht kunnen beroepen.³⁵

3.7 Conclusie

Op grond van het voorgaande zijn over het advocatenberoep van het (vroegmoderne) verleden lijnen te trekken naar het heden waaruit een grote mate van continuïteit blijkt. Hermesdorf stelt vast dat men het belang van de advocatuur altijd heeft ingezien.³⁶ Hand in hand met deze erkenning ging een daaraan evenredige waardering voor de advocaat, ondanks de kritiek die ook traditioneel aan het advocatenberoep kleefde. Het belang van de tussenkomst en betrokkenheid van advocaten (en procureurs) in het rechtsproces, heeft ertoe geleid dat die rol door de overheid – vóór de Franse tijd is dat de rechterlijke macht – altijd op enige wijze is gereguleerd. Als er al geen sprake is geweest van een monopolie, dan zijn de advocaat en de procureur in elk geval *preferred suppliers* geweest binnen het rechtspleging.

Tevens blijkt hoe diep de advocaat verankerd is in de Nederlandse rechtstraditie. Zijn vaste positie als deelnemer aan de rechtspleging (naast de rechter en lang vóór het OM) blijkt al sinds de 16^{de} eeuw uit de regulering van advocaten en procureurs in de procesregels van de rechterlijke instellingen. Er bestaat historische continuïteit ten aanzien van de functionaris advocaat, niet alleen wat de beroepstitel betreft (die is letterlijk onveranderd gebleven), maar ook waar het zijn betekenis voor de rechtsbedeling betreft (denk aan de rechtsbijstand aan on- en minvermogens) en zijn exclusieve rol binnen de rechtsstrijd. De advocaat gold aanvankelijk als de inhoudelijk raadsman, waarbij de nadruk vooral lag op de adviserende functie, terwijl de procureur was belast met de uitvoering van de proceshandelingen. Op historische gronden is het in elk geval zeer goed verdedigbaar dat de adviespraktijk tot het traditionele werkkterrein van de advocaat behoort.

³¹ Ibidem.

³² Martyn, a.w., p. 29. Hij verwijst naar de *Corte Instructie* (Monballyu, p. 101): 'Een procureur of advocaet die de brieven of tsecreet van zynen meester tooght de partije adverse, es te pugnierene van valscheden, ende te priverene van zyne staet als verzwoorne.'

³³ J. van der Linden, *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek*, Amsterdam 1806, p. 181.

³⁴ P.J.M. van Domburg, *Over de grenzen van het verschoningsrecht : een verhandeling over het functionele verschoningsrecht van art. 218 Sv en de relatie van dit artikel tot enkele dwangmiddelen*, Den Haag 1994, p. 74; hij verwijst naar de dissertatie van J.J.I. Verburg, p. 101.

³⁵ HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173.

³⁶ Hermesdorf, a.w., p. 179.

Nadere beschouwing van de specifieke functie van de advocaat toont vooral de erkenning van de wezenlijke bijdrage die de advocaat levert aan het ordelijk procesverloop en de professionele vertegenwoordiging van de 'particuliere' procespartij – wat heden ten dage verwoord is in de advocatuurlijke kernwaarden: deskundigheid en partijdigheid. Hoewel de aard van de beroepsregulering in de 19^{de} eeuw begint te veranderen (van rechterlijk toezicht naar zelfregulering), blijft de essentie van die regulering dat aan de advocaat professionele eisen worden gesteld, die zo nodig afdwingbaar zijn door middel van disciplinaire maatregelen; tevens is regulering van de honorering van alle tijden (verwoord in de kernwaarde integriteit).

Het principiële uitgangspunt is daarbij telkens geweest dat de advocaat een vrij beroep uitoefent. Voor zover de advocaat op enig moment als *officer of the court* werd beschouwd, is hij - in tegenstelling tot de procureur vóór 1879 - echter nooit ambtenaar of anderszins overheidsdienaar geweest (kernwaarde: onafhankelijkheid). Er zijn aanwijzingen dat de advocaat ook in de vroegmoderne periode een erkende geheimhouder was en sinds de negentiende eeuw bestaat nauwelijks discussie over de advocaat als vertrouwenspersoon en verschoningsgerechtigde (kernwaarde: vertrouwelijkheid).

Door de receptie van het romeinse recht na de middeleeuwen wordt het rechtsgeleerde aspect van de advocaat belangrijker. De advocaat evolueert naar de tolk tussen rechtszoekende en het recht. Sindsdien is de universitaire opleiding het fundament van de deskundigheid van de advocaat om die intermediaire rol te kunnen spelen (kernwaarde: deskundigheid).

4 De advocaat in juridisch perspectief

4.1 De advocaat als rechtssubject

Regulering van het advocatenberoep is onlosmakelijk onderdeel van de historische betekenis en context. De advocaat als rechtssubject lijkt goed verankerd in de rechtsstaat, hoewel de Grondwet de advocatuur als zodanig niet noemt. Wel legt hoofdstuk 6 van de Grondwet de hoofdlijnen van de taak en organisatie van de rechtspraak vast en regelt art. 18 het grondrecht op bijstand in rechte en in administratief beroep, maar de eventuele rol die de advocaat speelt bij die effectivering van de toegang tot het recht ontbreekt. Art. 134 Gw, dat de mogelijkheid schept om bij wet openbare lichamen voor beroep en bedrijf in te stellen, en art. 113 lid 2 Gw, dat voorschrijft dat tuchtrechtspraak door de overheid ingesteld bij de wet wordt geregeld blijken de enige grondwettelijke aanknopingspunten voor de advocatuur te vormen.

4.2. Ontbreken wettelijke definitiebepaling

Deze aanknopingspunten hebben op 1 oktober 1952 hun beslag gekregen in de Advocatenwet. Eén van de meest opmerkelijke aspecten aan deze bijzondere wet die de positie van de advocatuur regelt, is dat deze geen definitiebepaling kent. Hiervoor zijn verschillende verklaringen te geven: het oorspronkelijke ontwerp van de Advocatenwet was opgesteld door een commissie die de Nederlandsche Advocaten-Vereeniging in het leven had geroepen. Deze commissie bestond uitsluitend uit advocaten, zodat voor de hand ligt dat men geen behoefte had aan open deuren. Datzelfde lijkt te gelden voor de ministers van Justitie die met de parlementaire begeleiding van het wetsvoorstel belast waren.³⁷ Bovendien bouwde het ontwerp voort op bestaande regelgeving, waarin evenmin aandacht was besteed aan de inhoudelijke aspecten van de hoedanigheid van advocaat. Zowel Reglement III, dat op zijn beurt weer een kopie was van het keizerlijk decreet van Napoleon, als de Advocatenwet stelden de organisatorische en regulerende aspecten van de balie centraal, niet het beroep als zodanig.

Enkel in de memorie van toelichting besteedt de wetgever kort aandacht aan de rol van de advocaat: 'Het is de taak en de roeping van de advocaat, op te treden ter verdediging van personen en belangen, die worden bedreigd. In de rechtsbedeling wordt zulks erkend door de toekenning aan de advocaat van zekere rechten, welke handhaving de rechtszekerheid dient.'³⁸ Vervolgens wordt in de memorie van toelichting teruggevallen op het werkelijke doel van de Advocatenwet door te wijzen op de verplichte rechtsbijstand die bij de rechterlijke colleges bestaat in civiele zaken. Hiertegenover moet de balie de waarborg geven dat advocaten bij de vervulling van hun taak steeds de eerbied voor het recht zullen handhaven en het vertrouwen der rechtzoekenden verdienen. Dat stelt dan vooral eisen aan de organisatie van de balie, die zodanig ingericht moeten zijn dat niet alleen in afzonderlijke gevallen van inbreuk op de plichten van de advocaat zekere repressieve maatregelen kunnen worden toegepast, maar dat ook bindende richtlijnen kunnen worden gegeven hoe de advocaat zich behoort te gedragen, zowel binnen als buiten de uitoefening van zijn beroep.

4.3 Formeel en materieel advocatenbegrip

Ten tijde van de invoering van de Advocatenwet signaleert de Amsterdamse advocaat Wichers Hoeth dat het arbeidsterrein van de advocaat geen afgebakend gebied is.³⁹ Het is onderhevig aan

³⁷ Minister J.H. van Maarseveen, die in 1948 het wetsvoorstel namens de regering indiende, en minister H. Mulderije, die het wetsvoorstel in 1952 in de Tweede Kamer verdedigde, waren beiden eerder advocaat geweest.

³⁸ *Kamerstukken II 1947-1948*, 892, nr. 3, p. 7.

³⁹ L. Wichers Hoeth, 'Waar is de grens?', *Adv.blad* 1952, p. 303.

veranderingen al naar gelang het maatschappelijk leven waarin de advocaat zijn taak vervult. Zo hebben bijvoorbeeld in het belastingrecht ook niet-advocaten zoals accountants, belastingconsulenten en deels ook notarissen zich op het advocatuurlijke werkterrein begeven. Bezwaarlijker, aldus Wichers Hoeth, is het optreden van zaakwaarnemers in engere zin, vooral juristen die geen advocaat zijn. Sinds de inwerkingtreding van de Advocatenwet vordert de wet toelating tot de balie en zou dus met behulp van art. 436 Sr⁴⁰ opgetreden kunnen worden tegen hen die buiten noodzaak het beroep van advocaat uitoefenen. En op deze manier zou derhalve beslist kunnen worden wanneer iemand het beroep van advocaat uitoefent, dat wil zeggen welke (be)handelingen typisch des advocaat zijn.⁴¹

In reactie hierop gaat Remmelink nader in op de vraag of door invoering van de Advocatenwet het beroep van advocaat beschermd wordt in de zin dat onbevoegde uitoefening een overtreding oplevert van art. 436 Sr.⁴² Heeft de wetgever alleen maar beoogd een hoedanigheid en beroepstitel te erkennen? De wetgever laat zich hier niet uitdrukkelijk over uit, noch valt er iets te vinden in de kamerstukken. Remmelink zoekt vervolgens aansluiting bij wat de Hoge Raad in 1937 heeft bepaald ten aanzien van makelaars.⁴³ De Hoge Raad overwoog dat uit de parlementaire geschiedenis niets was gebleken van de bedoeling dat niet-beëdigde personen hun beroep niet zouden mogen maken van door de wet destijds aan makelaars toegeschreven handelingen. Wie, aldus de Hoge Raad, zonder als makelaar te zijn beëdigd, aldus zijn bedrijf uitoefent, is geen makelaar en valt niet onder de voorschriften door de wet aan die hoedanigheid verbonden. Daarmee kwam de Hoge Raad voor de makelaardij tot een radicale scheiding tussen beroep en hoedanigheid.

Voor een dergelijke scheiding ten aanzien van de advocaat ontbreekt volgens Remmelink de noodzaak. Voor zover men in art. 10 Advocatenwet een omschrijving van het beroep ziet, betreft het verrichtingen waartoe alleen de gekwalificeerde (de advocaat) is toegelaten. Bovendien is er ten aanzien van de advocaat ook minder aanleiding slechts een hoedanigheid en een titel te erkennen. Remmelink noemt het grote verschil is in gevolgen die aan beider hoedanigheden is verbonden. Bij de makelaar zijn er nauwelijks bevoegdheden die alleen de makelaar het recht geven bepaalde werkzaamheden te verrichten: wat de beëdigde makelaar mocht, was ook zijn niet-gekwalificeerde collega toegestaan. Daarentegen zijn aan de hoedanigheid van advocaat belangrijke positieve bevoegdheden verbonden. Deze omvatten weliswaar niet het gehele beroep, maar wel een aanmerkelijk deel ervan en die verlenen de advocatuur juist haar bijzondere karakter.

Remmelink concludeert dat art. 10 en de bepalingen waarnaar het verwijst niet alleen tot gevolg hebben dat het optreden van een niet-advocaat in rechte geen erkenning kan vinden, maar ook dat de wetgever het feitelijk optreden van onbevoegden evenmin zal hebben gewild. Zeer duidelijk komt dat tot uitdrukking in art. 37 Sv, dat bepaalt dat slechts als raadslieden worden toegelaten die advocaten die binnen het Koninkrijk der Nederlanden praktijk uitoefenen.

Het beroep van advocaat is steeds uitgeoefend door universitair geschoolde juristen en kent een bijzondere beroepsethiek, gehandhaafd door een grotendeels eigen disciplinaire rechtspraak. Remmelink ziet hier een eigen beroepskarakter in, als hij opmerkt dat in het maatschappelijk verkeer het optreden van een advocaat, ook het – in Remmelinks woorden - *extra-judiciaire*⁴⁴

⁴⁰ In 1952 is in art. 435 Sr nog niet het thans geldende verbod opgenomen om zonder daartoe gerechtigde te zijn de advocatentitel te voeren.

⁴¹ Wichers Hoeth, a.w., p. 305. Art. 436 Wetboek van Strafrecht luidt: 'Hij die, niet toegelaten tot de uitoefening van een beroep waartoe de wet ene toelating vordert, buiten noodzaak dat beroep uitoefent, wordt gestraft met ...'

⁴² J. Remmelink, 'Onbevoegde uitoefening van het beroep van advocaat', *Adv.blad* 1953, p. 106.

⁴³ HR 6 december 1937, *NJ* 1937, 1139.

⁴⁴ Waarmee Remmelink bedoelt enkele vorm van dienstverlening buiten de bevoegdheden op grond van de wetgeving waarnaar in art. 10 wordt verwezen. Het gaat dus om meer activiteiten dan alleen advisering.

niet wordt vereenzelvigd met dat van andere rechtskundigen.⁴⁵ En een bijkomend, begripsmatig argument: de Advocatenwet kent niet alleen een hoedanigheid van de advocaat maar spreekt herhaaldelijk van beroep. Voor makelaars zou men - in tegenstelling tot advocaten - niet het beroep hebben willen beschermen maar slechts uit zijn op het creëren van de hoedanigheid.

De lastigheid is echter of art. 10 Advocatenwet moet worden beschouwd als de omschrijving van het beroep van advocaat (voor zover van belang voor art. 436 Sr) dan wel als de opsomming van bijzondere, aan de hoedanigheid van advocaat inherente bevoegdheden. Rimmelink wijst op drie bezwaren tegen eerstgenoemde opvatting, voor zover dit althans wordt beschermd, omdat hier alleen het processuele optreden onder valt en deze bezigheden door een onbevoegde in elk geval niet mogen worden verricht:⁴⁶

- Art. 10 zegt nergens met zoveel woorden dat het een omschrijving of definitie geeft van het beroep van advocaat. Men kan er met evenveel recht de betekenis aan toekennen van verbindingsartikel tussen de wet, die het beroep van advocaat geheel regelt en de processuele bepalingen, waarin gesproken wordt van de advocaat en waarbij hem bijzondere bevoegdheden zijn toegekend.
- Een ander bezwaar is dat men het beroep dan los maakt van de functie die het in het maatschappelijk verkeer vervult. Het beroep heeft nu eenmaal een ruimere omvang dan het gebruik maken van de bevoegdheden, waarnaar art. 10 verwijst. Voor de advocatuur ligt ook een zwaartepunt in de extra-judiciaire werkzaamheden, waaronder begrepen het geven van adviezen, ook in verband met te voeren procedures. Terecht is opgemerkt dat er praktiserende advocaten zijn die juist de speciale bevoegdheden niet of nauwelijks gebruiken.⁴⁷ Toch zullen deze advocaten ook in de zin van de Advocatenwet de praktijk uitoefenen. Hun tuchtrechtelijke aansprakelijkheid voor misslagen in de beroepsuitoefening zal ook het extra-judiciaire optreden omvatten.
- Tot slot zal ook de schorsing van de uitoefening van het beroep niet tot zijn recht komen wanneer deze alleen een tijdelijk verbod om ten processe op te treden inhoudt en (eventueel) het voeren van de titel. Dat de tuchtrechtspraak de validiteit van dit bezwaar van Rimmelink heeft bevestigd, komt hierna nog aan de orde.

De analyse van Rimmelink lijkt ook na verloop van een halve eeuw en na de afschaffing van het verplichte procuraat nog steeds bruikbaar.

In de nieuwe Wet op het notarisambt heeft de wetgever inmiddels wel aandacht besteed aan de inhoud van het ambt van notaris. Dat is niet verwonderlijk, omdat de notaris volgens art. 1 sub a een ambtenaar is en daardoor de directe verantwoordelijkheid van de overheid. Dat ambt van notaris houdt volgens art. 2 lid 1 WNA de bevoegdheid in 'om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij zulks van hem verlangt en andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden te verrichten.' In beginsel is daarmee een omschrijving gegeven van de essentie van het beroep van notaris.

4.4 Hoedanigheid tegenover beroepsuitoefening

Het uitgangspunt van de wetgever was dus het reguleren van de hoedanigheid van advocaat geweest. Die hoedanigheid wordt verkregen wanneer aan een aantal randvoorwaarden is voldaan en vervolgens een in de wet vastgelegde procedure is doorlopen. Ook zijn er rechtgevolgen aan verbonden, in de zin van het op grond van die hoedanigheid kunnen beschikken over het titel- en domeinmonopolie en over het functioneel verschoningsrecht (in die hoedanigheid verkregen informatie). Daarnaast heeft de hoedanigheid ook tot gevolg gebondenheid aan de be-

⁴⁵ Rimmelink, a.w., p. 109.

⁴⁶ Ibidem, p. 111.

⁴⁷ Kantonrechter Haarlem 16 maart 1951, *NJ* 1951, 597.

roepsregels zoals uitgewerkt in de verordeningen van de NOvA en onderworpenheid aan het advocatentuchtrecht.

Hoewel de Advocatenwet zich dus zwijgt over de vraag wat het beroep van advocaat inhoudt, heeft die beroepsuitoefening in de praktijk wel gestalte gekregen. En daar zijn werkzaamheden toe gaan behoren die verder verwijderd liggen van de wettelijk gereserveerde (processuele) taken van de advocaat. De vraag rijst derhalve in hoeverre hoedanigheid van advocaat en beroepsuitoefening nog samenvallen. Kan er in dat kader worden gesproken van kerntaken en andere werkzaamheden? Daarover heeft de commissie Advocatuur zich uitgesproken, door de kerntaak van de advocaat in de rechtsstaat globaal te beschrijven als ‘ het waarborgen van de rechtspositie van zijn cliënt. Die taak heeft twee hoofdonderdelen: De advocaat geeft juridisch advies. Hij informeert de cliënt over toepasselijke rechtsregels die van belang zijn om zijn juridische situatie goed te begrijpen en om mogelijke problemen te voorkomen of op te lossen. De advocaat vertegenwoordigt de cliënt in juridische conflicten en procedures. Hij verdedigt de belangen van de cliënt, verleent bijstand in strafzaken en waakt voor een behoorlijk procesverloop. Hij opereert daarbij binnen de grenzen die vanuit het belang van een goede rechtsbedeling worden gesteld.’⁴⁸

Een onderscheid tussen adviserende en processuele werkzaamheden kan hier volgens de commissie Advocatuur niet worden gemaakt. ‘ Advisering dient evenzeer tot effectuering van rechten als procederen, en datzelfde geldt voor het voeren van onderhandelingen en het treffen van schikkingen namens de cliënt.’⁴⁹ Evenmin viel volgens de commissie Advocatuur een duidelijke grens te trekken rond het terrein van de bijzondere positie van de advocaat en in het bijzonder in verband met de aan hem toegekende voorrechten op het punt van beroepsgeheim en verschoningsrecht: ‘ In de eerste plaats springt in het oog de groei van de transactiepraktijk, van adviseren, onderhandelen, schikken, en van sterker van de kern van de beroepsuitoefening afwijkende werkzaamheden, zoals deelname in raden van bestuur en raden van commissarissen. De markt vraagt erom, maar de vraag is of en waar de grens van legitimatie van de bijzondere rechtspositie van de advocaat wordt overschreden. Die grens is vloeiend en kan niet nauwkeurig worden gedefinieerd.’⁵⁰

4.5 Shadow of the law

Zoals in het inleidende hoofdstuk is gebleken, onderschrijft ook de regering dat deze twee onderdelen van de taakuitoefening door advocaten zich vaak moeizaam laten scheiden. Wel wordt de kern geraakt van de problematiek van het niet samenvallen van hoedanigheid en praktijkuitoefening. De commissie Advocatuur heeft dat ‘advocatuurlijke niemandsland’ conceptueel uitgewerkt en verbindt er bovendien consequenties aan: ‘Wanneer een advocaat echter in het geheel geen werkzaamheden “*in the shadow of the law*” meer verricht, oefent hij het beroep van advocaat feitelijk niet meer uit. De maatschappelijke legitimatie van zijn bijzondere positie is daarmee weggefallen. Indien dergelijke situaties geregeld voorkomen, komt de maatschappelijke legitimatie van de bijzondere positie van de advocatuur als geheel in gevaar. Dat is niet in het publiek belang. Daarom dient in evidente gevallen dat het beroep duurzaam en stelselmatig niet als zodanig wordt uitgeoefend de consequentie te worden getrokken.’⁵¹

Aan de beroepsuitoefening buiten de maatschappelijk gemotiveerde grondslag zullen door de te wijzigen Advocatenwet consequenties worden verbonden. In het genoemde wetsvoorstel wordt in de Advocatenwet de mogelijkheid gecreëerd om onder bepaalde omstandigheden advocaten

⁴⁸ Een maatschappelijke Orde, rapport van de commissie Advocatuur, 2006, p. 19.

⁴⁹ Ibid., p. 20.

⁵⁰ Ibid., p. 26. Daarbij kan worden opgemerkt dat deelname in raden van bestuur en raden van commissarissen, anders dan onderhandelen en schikken, niet (althans niet per se) in de hoedanigheid van advocaat plaatsvindt.

⁵¹ Ibid., p. 26.

die niet duurzaam en stelselmatig het beroep van advocaat uitoefenen van het tableau te schrappen. In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt: 'Wanneer een persoon die als advocaat is ingeschreven het beroep van advocaat feitelijk niet meer uitoefent, vervalt de legitimatie van zijn positie. Het strookt niet met het algemeen belang dat degenen die niet of niet langer duurzaam en stelselmatig het beroep van advocaat uitoefenen, toch de titel "advocaat" mogen voeren en beschikken over de bijzondere positie die daarbij behoort. Het hebben van zo'n positie binnen de rechtsorde is dan ook alleen gelegitimeerd wanneer de advocaat daadwerkelijk als zodanig optreedt.

Onder het uitoefenen van het beroep van advocaat is in dit verband te verstaan het verlenen van diensten in het kader van juridische advisering, alsmede de vertegenwoordiging van cliënten in juridische conflicten en procedures. Onvoldoende is dat de advocaat voldoet aan de eisen gesteld aan de permanente opleiding. Het gaat erom dat de advocaat voldoende voeling houdt met het eigene van het beroep door eigen praktijkuitoefening. Overigens betekent dit niet dat de advocaat die gedurende enige tijd zijn vak niet meer uitoefent wegens het tijdelijk verrichten van andere werkzaamheden of het genieten van een *sabbatical* van het tableau geschrapt wordt. Het gaat erom dat deze periode niet zo lang duurt dat betrokkene redelijkerwijs niet meer in staat geacht kan worden om aan werkzaamheden als advocaat op voldoende niveau invulling te geven. (...) Degene die substantiële inkomsten verwerft uit de beroepsmatige verlening van rechtskundige bijstand als advocaat, ook al gebeurt dit slechts in beperkte mate, moet als advocaat ingeschreven kunnen blijven. Dit is vooral van belang voor advocaten die parttime werkzaam zijn. Er zal sprake moeten zijn van duurzaamheid en enige regelmaat.'⁵²

De algemene raad van de NOvA heeft zich hierover ook uitgelaten door in een reactie op het wetsvoorstel te schrijven: 'Wij merken nog op dat wij vermoeden dat deze bepaling mede is voorgesteld omdat in de maatschappij de indruk zou leven dat advocaten, die niet duurzaam en stelselmatig het beroep van advocaat uitoefenen, vasthouden aan deze titel om gebruik te kunnen maken van de privileges die aan dit beroep zijn verbonden, waaronder in het bijzonder de geheimhoudingsverplichting en het verschoningsrecht. Deze indruk is niet gegrond. Een advocaat kan van deze privileges geen gebruik, althans misbruik maken wanneer hij geen zaken behandelt. De geheimhoudingsverplichting en het verschoningsrecht zijn gekoppeld aan een cliënt en diens zaak. Indien een advocaat geen cliënten heeft of voor deze cliënten geen advocatuurlijke zaken behandelt, kan hij zich niet op zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht beroepen.'⁵³

Naast deze juridische (on)mogelijkheid om buiten de feitelijke beroepsbeoefening misbruik te maken van het verschoningsrecht, moet in navolging van de voormalige Bijzonder hoogleraar Advocatuur Floris Bannier nog de vraag worden gesteld voor welk probleem de wetgever met deze wetwijziging een oplossing heeft bedacht. Bannier voert aan dat wie advocaat in naam is maar geen praktijk doet, weinig kwaad kan doen als advocaat.⁵⁴ Advocaten die een bedreiging voor een integere beroepsuitoefening vormen, zoals de 'advocaat' die lid is van een criminele organisatie en geen praktijk uitoefent maar wel documenten als vallend onder zijn verschoningsrecht wil verbergen, zou hoe dan ook geschrapt moeten worden, want leden van een criminele organisatie horen niet thuis in de Orde. Bannier stelt daar tegenover het voorbeeld van de advocaat die de praktijk heeft neergelegd maar op het tableau blijven wil staan om de 50 praktijkjaren te halen en een fles champagne van de deken te krijgen. Hij begrijpt de zorg van de wetgever voor het risico van advocaten die iets geheel anders doen en de privileges die advocaten toekomen, misbruiken maar hij meent dat dan een 'ouderwetse' tuchtrechtelijke schrapping ook op zijn plaats is en dat de nieuwe bepaling van art. 8a onnodig is. Veel praktisch nut ziet hij

⁵² *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 382, nr. 3, p. 20.

⁵³ Reactie van de algemene raad van de Nederlandse orde van advocaten op het conceptwetsvoorstel 'Aanpassing van de Advocatenwet en enkele andere wetten in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde', d.d. 27 mei 2008, p. 6.

⁵⁴ F.A.W. Bannier, 'Eindelijk een maatschappelijke orde? De voorstellen tot wijziging van de Advocatenwet', *Ars Aequi* januari 2011.

in elk geval niet, waarbij hij nog maar zwijgt over de vraag hoe de raad van toezicht zo'n 'blote' advocaat zou moeten ontdekken, aannemend dat hij de opleidingspunten haalt, contributie betaalt en zich verder niet klachtwaardig gedraagt.

Het is nuttig hier te vermelden hoe men in België omgaat met de advocaat die feitelijk geen praktijk meer uitoefent. Op basis van art. 436 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek kan de plaatselijke raad van de Orde een advocaat die ten minste tien jaar op het tableau is ingeschreven geweest en het beroep niet meer uitoefent, de titel ere-advocaat laten voeren. Een titel die overigens bij niet nakoming van de regels van rechtschapenheid en kiesheid, of bij niet-voldoening aan de voorwaarden voor de toekenning altijd weer ingetrokken kan worden. Maar deze op zichzelf creatieve oplossing verdient volgens de Commissie in ons land geen navolging omdat het de discussie over het wezenlijke van de advocaat vertroebelt.

4.6 Beroepskenmerken: de privileges

Om het onderscheid tussen door de wet aan advocaten opgedragen en zelfs voorbehouden taken en andere werkzaamheden in de verf te zetten, is het nuttig de zogenoemde privileges van de advocaat af te perken. Deze zijn volgens de Amsterdamse hoogleraar N.F. van Manen te beschouwen als monopolies⁵⁵ die hij op grond van de wettelijke regulering van het beroep als volgt definieert:⁵⁶

- Het titelmonopolie. Sinds 1968 wordt in art. 9a van de Advocatenwet bepaald dat het voeren van de titel van advocaat voorbehouden is aan degene die als advocaat binnen Nederland is ingeschreven en degenen die buiten Nederland tot het voeren van een overeenkomstige titel bevoegd is (zie voor het strafrechtelijk verbod art. 435, 3^o Sr). Op grond van tuchtrechtelijk ingrijpen van de plaatselijke Orde van Advocaten kan afwijkende naamgeving voorkomen terwijl andere rechtshulpverlenende beroepen door middel van strafrechtelijk ingrijpen weerhouden kunnen worden de advocatentitel te voeren.
- Het territoriaal monopolie. Advocaten mogen niet ook nog buiten het arrondissement waar zij zijn ingeschreven een kantoor hebben. Zodoende geldt een verplichte procurerinstelling wanneer advocaten willen optreden voor een rechtbank in een ander arrondissement dan waar zij op het tableau zijn geplaatst. Dit is inmiddels achterhaald door de afschaffing van het verplichte procuraat.
- Het financieel monopolie. Op grond van de Wet op de Rechtsbijstand aan on- en mindervermogenenden ontvangen toegevoegde advocaten een vergoeding voor elke door hen behandelde zaak. Echter ook deurwaarders kunnen worden toegevoegd (volgens het oude systeem met de Bureaus van Consultatie). Volgens Van Manen gebeurt dat in 10 procent van alle civielrechtelijke toevoegingen. Op grond van deze verhouding concludeert Van Manen dat binnen de rechtshulp de advocatuur het bedoelde monopolie bezit.
- Het activiteitenmonopolie. Het betreft hier het hierna te bespreken procesmonopolie, een opsomming van handelingen die slechts een advocaat mag verrichten.

Of er met betrekking tot zijn van faillissementscurator ook sprake moet zijn van een monopolie is de vraag. Uit het benoemingsbeleid van een aantal rechtbanken blijkt dat aan potentiële faillissementscuratoren niet alleen opleidingseisen worden gesteld – waaraan vaak kan worden vol-

⁵⁵ N. van Manen, *De rechtshulpverleners*, 1978.

⁵⁶ Kemper spreekt in dit kader over beroepskenmerken of functies. Zie G.J. Kemper, preadvies 1982, p. 327, Hij onderscheidt, kort samengevat (1) het dragen bij voorkomende gelegenheden van een ambtskostuum; (2) dat de advocaat op zijn woord wordt geloofd; (3) het procesmonopolie; (4) het verschoningsrecht.

daan omdat het onder meer cursussen betreft van de Nederlandse orde van advocaten – maar dat ook gevraagd wordt dat men werkzaam is bij een advocatenkantoor dat al curatoren levert. Indien dat het geval is, komt men in de buurt van wat een feitelijk monopolie genoemd kan worden.

Naast Van Manens opsomming van klassieke monopolieposities kunnen als attributen die advocaat onderscheiden genoemd worden:

- De uiterlijke distinctie, die van symbolische betekenis is. Art. 14 Advocatenwet bepaalt dat de advocaten staande pleiten, gekleed in het kostuum bij het bijzondere reglement op dat onderwerp bepaald, des goedvindende met bedekt hoofd. Dat kostuumbesluit geeft advocaten het recht om ter zitting een toga te dragen.
- De advocaat wordt op zijn woord geloofd. Dat lijkt te berusten op de eed en de tuchtrechtelijke controle. In navolging van Bannier kan gezegd worden dat dit beginsel eerder in zijn meest strikte betekenis inhoudt dat een advocaat niet hoeft aan te tonen dat hij voor een bepaalde cliënt optreedt. Volgens de tuchtrechter is het beginsel dat een advocaat op zijn woord wordt geloofd vooral gebaseerd op het vertrouwen van de rechterlijke macht in de advocatuur. In die zin brengt het dus ook een verhoogde verantwoordelijkheid met zich mee.
- Het voorrecht van het verschoningsrecht, het meest belangrijke onderscheidend element. Dit is op zichzelf geen monopolie, omdat art. 165 Rv en art. 218 Sv een open categorie hanteren van verschoningsgerechtigden. Er zijn meerdere functioneel verschoningsgerechtigden mogelijk, maar in de praktijk zijn dat de arts, notaris, geestelijke en de advocaat.

4.7 Het domeinmonopolie

Rommelink wees in zijn beschouwing over het materieel advocatenbegrip al op het belang van aan advocaten voorbehouden taken. Anders dan bij de vooroorlogse makelaar, heeft de wetgever aan de bevoegdheid om bij uitsluiting van anderen handelingen te verrichten ook rechtsgevolgen verbonden. Voor een helder beeld van die bevoegdheden volgt een beschrijving van dat procesmonopolie, waarbij verplichte procesvertegenwoordiging en bijstand voorbehouden aan een advocaat onderscheiden kunnen worden.

In civiele zaken is procesvertegenwoordiging door een advocaat voorgeschreven bij de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad (art. 79 lid 2 Rv), alsmede voor de eiser in kortgeding en bij verzet tegen een beslissing bij de voorzieningenrechter (art. 259 Rv). Voor procedures bij de kantonrechter (art. 79 lid 1 Rv), als gedaagde in kort geding (art. 255 lid 1 Rv) en in arbitraal geding voor scheidsgerecht (art. 1038 Rv) is procesvertegenwoordiging niet verplicht.

De kantonrechter behandelt en beslist over geldvorderingen tot 5.000 euro (art. 93 a of b Rv), geldvorderingen tot 25.000 euro (art. 93 a of b Rv) en, sinds 1 juli 2011, ook over handelszaken met een belang tussen 5.000 EUR 25.000 euro die geen aardzaak zijn (art. 93 Rv).⁵⁷

In strafzaken geldt op basis van art. 437 Sv verplichte procesvertegenwoordiging alleen in de cassatieprocedure. Art. 28 Sv kent de verdachte het recht toe zich door een of meer gekozen of toegevoegde raadslieden te doen bijstaan. Wanneer de verdachte zich wil laten bijstaan, kan dit op grond van art. 37 Sv echter alleen door een advocaat gebeuren, wat de Hoge Raad zijn uitspraak inzake de Portugese advocaat nog eens onderstreepte: 'Als raadslieden worden slechts

⁵⁷ Kantonzaken zijn ook aardzaken (art. 93 c of d Rv), dat wil zeggen zaken over een arbeidsovereenkomst, een collectieve arbeidsovereenkomst, algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst, een VUT-overeenkomst als bedoeld in de Wet kaderregeling vut overheids personeel, een krediettransactie als bedoeld in de Wet op het consumentenkrediet of een agentuur-, huur-, huurkoop- of consumentenkoopovereenkomst, ongeacht het beloop of de waarde van de vordering.

toegelaten in Nederland ingeschreven advocaten. Eveneens worden toegelaten de personen bedoeld in art. 16b dan wel 16h van de Advocatenwet, indien zij samenwerken met een in Nederland ingeschreven advocaat, overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 16e respectievelijk 16j van de Advocatenwet.⁵⁸

Voor alle overige rechtsgebieden geldt dat procesvertegenwoordiging dan wel bijstand door een advocaat niet verplicht is. Zodoende kan slechts van een partiëel monopolie gesproken worden. Ten aanzien van bijstand waarbij een advocaat niet door de wet is voorgeschreven, bestaat er een voorrecht van advocaten in de zin dat zij in beginsel niet kunnen worden geweigerd door de bestuursrechter of de tuchtrechter.

4.8 De adviespraktijk

Het geven van juridisch advies is geen gereserveerde activiteit waarop een advocaat enig monopolie kan invoeren. Dit in tegenstelling tot enkele andere Europese landen. Zo heeft de Duitse *Rechtsanwalt* op basis van het *Rechtsdienstleistungsgesetz*⁵⁹ wel een alleenrecht op het geven van juridisch advies. In Nederland geldt dat, zo lang geen sprake is van proceshandelingen voor een rechterlijke instantie waarbij inschakeling van een advocaat wettelijk verplicht is, iedereen - zelfs tegen betaling - een rechtzoekende juridisch advies kan geven, wat vergelijkbaar is met de fiscale adviespraktijk.

Maar van de Nederlandse praktijk kan niet worden gezegd dat het adviseren van cliënten geen deel uitmaakt van de reguliere advocatenpraktijk. In zijn preadvies uit 1936 definieerde De Brauw de advocaat als 'de der rechten kundige, die zijn beroep maakt van het op verzoek verstrekken van raad en voorlichting op elk met het recht in aanmerking komend gebied (adviseeren) en van het verlenen van rechtskundigen bijstand, schriftelijk of mondeling, in rechtsgebedingen.'⁶⁰ Ook gedragsrechtelijk bestaat erkenning voor de adviserende advocaat, die door gebruik van de term 'hoofdtak' kennelijk niet onderdoet voor de werkzaamheden ten processe. Daarover meldt de toelichting bij de Gedragsregels 1992: 'De hoofdtak van de advocaat is het verlenen van advies en bijstand aan individuele cliënten of aan groepen cliënten wier belangen parallel lopen. Bij de belangenbehartiging vertegenwoordigt hij een partijstandpunt.'⁶¹

Het gedragsrecht verplicht de advocaat dan ook niet tot het voeren van processen. Regel 3 van de Gedragsregels luidt dat de advocaat zich voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient. Of er sprake is van een dergelijke te prefereren situatie, hangt af van het belang van de cliënt en niet van enig eigen belang van de advocaat.

Tegelijkertijd is de verantwoordelijkheid van het behandelen van een zaak neergelegd bij de advocaat. Uiteindelijk bepaalt deze de strategie, hoewel hij geen handelingen mag verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt en hij diens instemming met een voorgestelde werkwijze moet verwerven. Evenmin is een advocaat verplicht een zaak in behandeling te nemen (art. 13 lid 4 Advocatenwet geldt als uitzondering voor het geval een advocaat door de deken wordt aangewezen). De advocateneed biedt daarvoor de ruimte, voorzover de slotpassage daarvan niet al een verbod inhoudt op het behandelen van zaken waarin de advocaat zelf geen grond ziet ('dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn').

Een advocaat heeft dus geen ministerieplicht, zoals de procureur voor 1879 had en de deurwaarder en notaris tegenwoordig nog hebben. De notaris heeft als openbaar ambtenaar, aangezien zijn tussenkomst dwingend is voorgeschreven, minder speelruimte dan bijvoorbeeld de

⁵⁸ Zie HR 22 oktober 2002, *NJ* 2002, 168, inzake de Portugese advocaat.

⁵⁹ Verkijk, a.w., p. 176 e.v.

⁶⁰ De Brauw, NAV-preadvies 1936, *Adv.blad* 1936.

⁶¹ Toelichting Gedragsregels 1992, *Vademecum Advocatuur* 2012, p. 370.

advocaat om cliënten of diensten te weigeren. De notaris kent een ministerieplicht (art. 21 lid 1 WNA) en is verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Ook voor de gerechtsdeurwaarder geldt in beginsel een ministerieplicht (art. 11 Gerechtsdeurwaarderswet). Ten aanzien van belastingadviseur kan worden opgemerkt dat leden van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) volgens hun eigen verenigingsregels de vrijheid hebben opdrachten te weigeren (art. 2 Statuut van Onafhankelijkheid).

Het verplaatsen van de nadruk binnen een praktijk van het proceswerk naar de adviespraktijk kent mogelijk wel inherente risico's. Germ Kemper, voormalig Amsterdams deken, schrijft in zijn preadvies voor de NOvA reeds in 1982 dat de meeste beroepskenmerken in betekenis afnemen. Ofwel het werkkterrein van advocaten wordt zodanig verbreed dat de betekenis van kenmerken, zoals het procesmonopolie, afneemt, ofwel anderen dan advocaten krijgen vergelijkbare kenmerken toegekend. Het is het gevolg op de maatschappelijk gevoelde noodzaak om ook anderen dan advocaten juridische steun te laten verlenen.⁶² Maar ook advocaten dragen er aan bij dat zij functies verliezen. Kemper noemt als voorbeeld de advocaat die zich uitsluitend bezighoudt met advieswerk: 'Nu ligt het adviseren in het verlengde van procederen, want de advocaat die zijn cliënt aanraadt te schikken of van een procedure af te zien, is geraadpleegd met het oog op zijn door zijn monopolie verworven kennis en begeeft zich volstrekt natuurlijk op een iets ander terrein. De advocaat die een contract opstelt, in een situatie waarin de betrokkenen geen tweede rekening houden met een mogelijk geschil, doet ook werk dat afgeleid is van zijn proceservaring. De advocaat evenwel die zich bijna uitsluitend met niet-processuele arbeid bezighoudt, raakt ver verwijderd van zijn natuurlijke bron, het proces. Een van de hem gegeven functies, het procesmonopolie, geeft hij op, en de daarmee samenhangende toga-dracht en procesvolmacht in feite ook. Hij betaalt zijn contributie nog wel, hij kan zich op zijn verschoningsrecht beroepen, maar de andere functies heeft hij vrijwillig afgestaan.'

Buiten twijfel is dat de deontologische eisen ook op het optreden buiten het domeinmonopolie van toepassing zijn. De algemene toelichting bij de Gedragsregels is daarover glashelder waarbij de verantwoordelijkheid van de advocaat voor een goede rechtsbedeling (de zogenoemde 'zesde kernwaarde') reeds in 1992 in de grondverf is gezet: 'De advocaat wordt ook buiten het hem toegekende procesmonopolie door de maatschappij erkend als iemand die een wezenlijke rol vervult in de rechtsbedeling. In verband daarmee is hem een zekere positie en zijn hem zekere voorrechten toegekend. Van deze positie dient hij op een zodanige wijze gebruik te maken, dat zij een goede rechtsbedeling bevordert. Bij die goede rechtsbedeling zijn niet alleen de belangen van de cliënt betrokken, doch ook het openbaar belang. Een goede beroepsuitoefening is een openbaar belang. Bij de voorbereiding van de wijziging der Advocatenwet in 1984 is dat uitdrukkelijk bevestigd. Hiermee correspondeert, dat de advocaat van de hem toegekende positie en voorrechten op de juiste wijze gebruik maakt, en niet alleen, en zelfs niet in de eerste plaats, omdat die positie en die voorrechten door een onjuist gebruik in gevaar kunnen worden gebracht, doch omdat die een maatschappelijke opdracht vertegenwoordigen.'⁶³

4.9 De adviserende advocaat en verschoningsrecht

Er zijn stemmen opgegaan om onderscheid te maken tussen procesadvocaten en andere, niet procederende maar veeleer adviserende advocaten, zoals bijvoorbeeld advocaten die zich bezighouden met 'mergers and acquisitions', de zogenoemde M&A-advocaten. Maar er zijn ook vele andere rechtsgebieden waarop advocaten rechtzoekenden adviseren.

⁶² Kemper, a.w., p. 327.

⁶³ Vademecum Advocatuur 2012, p. 371.

Aan adviserende advocaten zou geen verschoningsrecht toekomen. Hun werkzaamheden zouden niet specifiek advocatuurlijk zijn. Het aldus gemaakte onderscheid is ten onrechte. Het volgende is daarbij van belang.

Historisch, dat wil zeggen vóór de opheffing van de onverenigbaarheid van de functies van advocaat en procureur, bestond strikte scheiding tussen het inhoudelijk adviseren van de rechtzoekende en het verrichten van proceshandelingen ten behoeve van diezelfde rechtzoekende. Proceshandelingen werden verricht door de procureur. Dit was het geval tot 1879, toen de Procureurswet de wettelijke onverenigbaarheid tussen de hoedanigheden van advocaat en procureur ophief. Nadien zijn de beroepen van advocaat en procureur vrijwel versmolten. Er waren nauwelijks advocaten die niet tevens als procureur optraden. Sinds de opheffing van het verplichte procuraat in burgerlijke zaken, per 1 januari 2008, zijn ook de laatste zelfstandige elementen van het beroep van procureur verdwenen.

De proceshandelingen die door een procureur werden verricht, waren niet geheim. Zij vonden plaats ter openbare terechtzitting. Ook de processtukken die de procureur indiende waren niet geheim. Ze werden immers ingediend om ze kenbaar te maken voor de wederpartij en voor de rechter.

Sinds de opheffing van het verplichte procuraat in burgerlijke zaken is dat alles in essentie niet veranderd: proceshandelingen en processtukken zijn niet geheim. Zij zijn kenbaar voor (ten minste) de rechter en de wederpartij.

Van stukken die namens de cliënt in het geding worden gebracht kan niet worden gezegd dat daarop de eis van vertrouwelijkheid onverkort van toepassing is. Alle informatie die ter zitting wordt gepresenteerd wordt vanwege het principiële openbare karakter van die zitting in beginsel kenbaar voor derden. Voor de werkzaamheden die voorheen door de procureur werden verricht is het verschoningsrecht dan ook niet relevant.

Geheel anders is dat voor zover het betreft hetgeen aan die processtukken en proceshandelingen is voorafgegaan en daaraan ten grondslag ligt. De informatie en de adviezen die vooraf gingen aan de totstandkoming van processtukken - en aan proceshandelingen zoals bijvoorbeeld pleidooi of comparitie - waren en blijven vertrouwelijk.

De bescherming van vertrouwelijkheid van correspondentie of gesprekken tussen advocaat en cliënt is in de fase waarin de rechtzoekende zich wil beraden op zijn rechtspositie van essentieel belang. Voorkomen moet worden dat de wederpartij (de Staat of een civiele partij) die voorbereiding kan verstoren of daar anderszins inbreuk op kan maken. Ook als het beraad tussen advocaat en cliënt niet leidt tot een gerechtelijke procedure dient het verkeer tussen advocaat en cliënt te worden beschermd tegen kennisneming door derden.

De wederpartij van de cliënt van de betreffende advocaat en de rechter krijgen derhalve alleen de beschikking over de informatie die is vervat in processtukken en die welke wordt prijsgegeven ter terechtzitting. De informatie en de adviezen die zijn en worden uitgewisseld tussen de advocaat en de cliënt, blijven voor diens wederpartij ontoegankelijk - of er nu wel of geen procedure volgt.

Ook de advocaat die heeft geadviseerd over een wel of niet te voeren procedure moet daarom kunnen beschikken over de bescherming van zijn plicht tot geheimhouding.

Er bestaat geen wezenlijk onderscheid tussen enerzijds de cliënt die zich ter zake van met die van zijn wederpartij strijdige belangen laat bijstaan door, bijvoorbeeld, een advocaat die adviseert over een (concept) overeenkomst of, om een ander voorbeeld te noemen, huwelijksvoorwaarden, en anderzijds de cliënt die in het kader van een (potentiële) procedure wordt ge-

adviseerd over processtukken en proceshandelingen dan wel over het nalaten van een procedure. Beiden hebben recht op vertrouwelijkheid van de met de advocaat gewisselde informatie.

Dienovereenkomstig bestaat evenmin wezenlijk onderscheid tussen de advocaat die adviseert over voor de rechter en voor de wederpartij bestemde processtukken en (bijvoorbeeld) de advocaat die adviseert over een voor de wederpartij bestemde (concept) overeenkomst of over huwelijksvoorwaarden - die bestand moeten zijn tegen toetsing door de rechter.

De cliënt moet in al die gevallen kunnen rekenen op geheimhouding van alles wat is uitgewisseld tussen hem en zijn advocaat, voorafgaande aan en in verband met de totstandkoming van processtukken en proceshandelingen en voorafgaande aan en in verband met (bijvoorbeeld) een contract of huwelijksvoorwaarden.

Nu zou aan de hand van deze redenering ook kunnen worden betoogd dat een belastingadviseur een beroep op het verschoningsrecht toekomt. De maatschappelijke functie van de belastingadviseur is immers vergelijkbaar met die van de advocaat waar het gaat om het bepalen van de juridische positie van de rechtzoekende, in dit geval ten opzichte van de Belastingdienst. Bovendien valt niet uit te sluiten dat in vervolg daarop tegen diezelfde Belastingdienst geprocedeerd zal worden bij de belastingrechter. Het cruciale verschil is echter dat de belastingadviseur, in tegenstelling tot de advocaat, niet is ingebed in een publiekrechtelijk wettelijk kader, dat er voor zorgt dat in het geval van de advocaat op diens functioneren wordt toegezien en dat de dienstverlening tuchtrechtelijk kan worden getoetst aan een aantal kernwaarden, die binnenkort ook nog wettelijk vastgelegd zullen worden.

4.10 De invloed van de tuchtrechtelijke beoordeling

Het tuchtrecht is mede bepalend geweest voor de invulling van de praktijk en welke werkzaamheden daartoe moeten worden gerekend, in die zin dat de tuchtrechter de werking van de beroepsbeperkende maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk nader moest invullen. De lijn van de tuchtrechtspraak is gebaseerd op een beslissing van het Hof van Discipline (het hof) uit 1957,⁶⁴ waarin een criterium is ontwikkeld welke werkzaamheden onder de advocatenpraktijk vallen en zodoende worden getroffen door het tijdelijke verbod deze uit te oefenen. Het hof was daarin tot een ruime opvatting gekomen omtrent de betekenis van de schorsing, overwegende dat de advocatenpraktijk zich niet beperkt tot de werkzaamheden die krachtens wettelijke voorschriften uitsluitend door advocaten mogen worden verricht, maar 'dat immers de uitoefening van het beroep van advocaat omvat al hetgeen daartoe van ouds behoort en volgens de behoeften der samenleving daartoe is gaan behoren.' Voor alle duidelijkheid voegde het hof er aan toe dat 'de omstandigheid, dat sommige handelingen, die tot het beroepsterrein van den advocaat behoren (bijvoorbeeld het geven van rechtskundige adviezen) ook door anderen kunnen worden verricht, niet wegneemt, dat, als de advocaat zulke handelingen verricht, hij daarmee de praktijk van advocaat uitoefent.' De advocaat in het onderhavige geval die ondanks zijn schorsing een procureur opdrachten gaf en cliënten juridische adviezen verstrekke, werd van het tableau geschrapt.

In recentere beslissingen heeft de tuchtrechter deze brede uitleg van de omvang van de advocatenpraktijk overgenomen.⁶⁵ Daarbij is ook uitgemaakt dat mediationwerkzaamheden in beginsel tot de advocatenpraktijk worden gerekend, nu advocaten deze werkzaamheden tegenwoordig in

⁶⁴ HvD 12 augustus 1957, nr. 74, *Adv.blad* 1958, p. 327.

⁶⁵ Zie HvD 22 juni 1987, nr. 1985, *Adv.blad* 1990, p. 148 en RvD Amsterdam 14 juni 2003, *Adv.blad* 11 maart 2005, RvD 's-Hertogenbosch 22 oktober 2012, LJN YA3441.

het kader van de uitoefening van hun praktijk (kunnen) verrichten. Een schorsing als advocaat brengt dus mee dat men ook als mediator geen werkzaamheden meer kan verrichten.⁶⁶

4.11 Beroepsgeheim en de aard van het verschoningsrecht

Het is op de eerste plaats de vraag of het rechtskarakter van het verschoningsrecht de advocaat de vrije keuze laat om zich naar eigen inzicht te verschonen. De ratio van het verschoningsrecht ligt allereerst in de bescherming van het vertrouwen dat een cliënt moet kunnen stellen in de geheimhouding van datgene dat hij met zijn advocaat bespreekt. Een rechtzoekende die zich wendt tot een advocaat, doet dat immers in - en op grond van - de wetenschap dat hetgeen hij aan zijn advocaat toevertrouwt, vertrouwelijk is. Die vertrouwelijkheid is in het Nederlandse recht erkend. Zij komt tot uitdrukking in het feit dat een advocaat verplicht is tot geheimhouding van de informatie die wordt uitgewisseld tussen de advocaat en zijn cliënt. Opzettelijke schending van dat geheim door de advocaat is een misdrijf (artikel 272 Sr).

Het geheim dat de advocaat dient te bewaren, bestaat uit en door datgene dat de cliënt aan de advocaat toevertrouwt. Het is het geheim van de rechtzoekende, de cliënt van de advocaat. Alleen de cliënt kan de advocaat ontheffen van diens geheimhoudingsplicht. De advocaat zelf kan dat in beginsel niet.

De op de advocaat rustende plicht tot geheimhouding wordt beschermd door het feit dat een advocaat die wordt opgeroepen om als getuige vragen te beantwoorden, het recht heeft om zich te beroepen op een hem toegekend verschoningsrecht (vgl. bijvoorbeeld artikel 218 Sv).

De term 'verschoningsrecht' kan verwarring wekken. Omdat een advocaat die door zijn cliënt niet is ontheven van de plicht tot geheimhouding, in beginsel nog niet de vrijheid heeft om over het verschoningsrecht te beschikken. De geheimhoudingsplicht van de advocaat brengt in een dergelijk geval met zich dat de advocaat geen keus heeft. Hij moet zich beroepen op zijn verschoningsrecht. De term 'verschoningsplicht' is om die reden in veel gevallen juist dan de term 'verschoningsrecht'.

De vraag is hoe de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in breder kader beschouwd moeten worden. Enerzijds is er zoals gezegd de geheimhoudingsplicht, die een (zwijg)plicht schept tot geheimhouding van de advocaat jegens de cliënt en die de advocaat verplicht is jegens ieder ander te handhaven.

Die zwijgplicht wordt beschermd door het verschoningsrecht. Overigens heeft dat recht alleen relevantie in situaties waarin de geheimhoudingsplicht rechtens doorbroken zou kunnen worden. In alle andere gevallen wordt de advocaat geacht de op hem rustende plicht te respecteren. Die voor de advocaat geldende opdracht kan zowel tuchtrechtelijk als strafrechtelijk worden gehandhaafd.

Deze benadering van de 'interne' doorbreking van de geheimhoudingsplicht (en dus afwijking van de verschoningsplicht) is terug te vinden in lid 2 van Gedragsregel 6:

'Indien een juiste uitvoering van de hem opgedragen taak naar zijn oordeel een gebruik maken van zijn verkregen kennis naar buiten eist, staat dat de advocaat vrij, voor zover de cliënt daartegen geen bezwaar heeft en voor zover dit in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening.'

De eigen verantwoordelijkheid van de advocaat wordt in deze formulering tot uitdrukking gebracht in het begrip goede beroepsuitoefening, die als zodanig tuchtrechtelijk toetsbaar is.

⁶⁶ HvD 19 december 2005, nr. 4368, *Adv.blad* 2007, p. 255.

Pas indien en voor zover de cliënt zijn advocaat heeft ontslagen van diens plicht tot geheimhouding, heeft de advocaat de mogelijkheid om te kiezen - of hij wel of niet van zijn verschoningsrecht gebruik zal maken. Die keuze bestaat omdat een advocaat die door de cliënt van zijn geheimhoudingsplicht is ontslagen, als gevolg van dat enkele feit niet verplicht is om zijn verschoningsrecht op te geven.

Dat een advocaat de keuze heeft om van zijn verschoningsrecht gebruik te maken, vindt zijn grondslag in de omstandigheid dat voor de advocaat het belang van de cliënt altijd beslissend blijft en de advocaat van de vrijheid om te spreken alleen gebruikmaakt voor zover hij dat in overeenstemming oordeelt "met een goede beroepsuitoefening", zoals blijkt uit het hierboven aangehaalde tweede lid van Gedragsregel 6.

Misbruik van het verschoningsrecht is in elk geval tuchtrechtelijk laakbaar. Wanneer de advocaat geheimhouding en bescherming daarvan in zou zetten voor het verhullen van strafbare feiten of zelfs het faciliteren daarvan, kan de cliënt ook geen legitiem beroep doen op bescherming van vertrouwelijkheid. In dat geval heeft de cliënt geen rechtvaardiging voor een beroep (van zijn advocaat) op het verschoningsrecht.

In de jurisprudentie is eveneens uitgemaakt dat wanneer een advocaat zelf wordt verdacht van betrokkenheid bij (ernstige) criminele activiteiten en voor deze verdenking redelijke aanwijzingen bestaan, hij geen beroep kan doen op een verschoningsrecht. Wel zal wanneer cliënt of diens advocaat als verdachten worden beschouwd, voor hen het strafvorderlijke zwijgrecht gelden. Met het advocatuurlijke verschoningsrecht heeft dat verdedigingsrecht echter niets van doen.

4.12 Integer gebruik van het beroepsgeheim

In de toelichting bij de Gedragsregels 1992 is al aangegeven dat de advocaat prudent dient om te gaan met de voorrechten en de bijzondere positie die hem zijn toegekend. In de Gedragsregels zijn ook al de contouren zichtbaar van de kernwaarden. De commissie Advocatuur heeft in het rapport *Een maatschappelijke Orde* aanvankelijk zes kernwaarden geformuleerd die een advocaat in acht moet (kunnen) nemen,⁶⁷ te weten: partijdigheid, onafhankelijkheid, deskundigheid, vertrouwelijkheid, integriteit en publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling.

Na een uitvoerige discussie binnen de balie heeft de regering in het aanhangige wetsvoorstel 32 382 vijf kernwaarden benoemd. Maar de publieke verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling, die een ander karakter kreeg, kleurt de kernwaarden wel in. Indien de advocaat deze kernwaarden naleeft, kan worden gesteld dat de advocaat het algemeen belang van een goede rechtsbedeling dient. De wetgever heeft dit overigens ook erkend in de toelichting op het wetsvoorstel.⁶⁸

De commissie Advocatuur heeft de aanbeveling gedaan deze kernwaarden in de Advocatenwet vast te leggen 'als toetsingskader voor de beroepsuitoefening, de beroepsregulering, de toelating tot het beroep en de bevordering van de goede marktwerking waar nodig en mogelijk. De geheimhoudingsplicht en het daaraan verbonden verschoningsrecht komen de aldus wettelijk geregleerde advocaat toe zowel in de procespraktijk als in de adviespraktijk. De afbakening van het verschoningsrecht dient in handen te blijven van de rechter.'

Uit de laatste passage blijkt dat het verschoningsrecht niet is beperkt tot de procespraktijk. In de Gedragscode voor Europese advocaten van de Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) is dit in dezelfde zin uitgewerkt over het beroepsgeheim:

⁶⁷ Rapport 'Een maatschappelijke Orde', Commissie Advocatuur van 24 april 2006, p. 19-22.

⁶⁸ *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 382, nr. 10, p. 31.

Art. 2.3.1. Het ligt in het wezen van de taak van de advocaat, dat hem van de zijde van de cliënt geheimen worden toevertrouwd en dat vertrouwelijke mededelingen worden gedaan. Zonder de waarborg van het beroepsgeheim kan er geen vertrouwen bestaan. Het beroepsgeheim wordt derhalve erkend als essentieel en fundamenteel recht en plicht van de advocaat. De verplichting van de advocaat met betrekking tot het beroepsgeheim dient zowel de belangen van de rechtsbedeling als de belangen van de cliënt. Zij dient derhalve een bijzondere bescherming van de Staat te genieten.

Art. 2.3.2. De advocaat moet de geheimhouding eerbiedigen van elke vertrouwelijke mededeling die hem wordt gedaan in het kader van zijn beroepsactiviteiten.

Hieruit volgt dat de beroepsactiviteiten sterk verband houden met de hoedanigheid. Het verschoningsrecht beperkt zich tot die wetenschap die de vertrouwenspersoon 'als zodanig' is toevertrouwd. Hiervan is sprake indien de vertrouwenspersoon de wetenschap in de normale uitoefening van zijn werkzaamheden pleegt te verkrijgen.⁶⁹ Dit betekent, aldus G.E. Langemeijer, dat de wetenschap in functioneel verband moet staan tot de werkzaamheden.⁷⁰ Van Domburg vult de formulering van Langemeijer aan door niet te spreken van 'in functioneel verband' maar van 'in zuiver functioneel verband'.⁷¹ Dit sluit beter aan bij de formulering dat de wetenschap in de normale uitoefening moet worden verkregen. Hij geeft als voorbeeld: wanneer een hulpzoekende te kwader trouw een vertrouwenspersoon alleen gebruikt als dekmantel voor illegale praktijken, zal laatstgenoemde zich niet op een verschoningsrecht kunnen beroepen (tenzij de vertrouwenspersoon zichzelf incrimineert; hij kan zich dan op art. 219 Sv beroepen). Immers de wetenschap die het subject is toegekomen, is hem dan niet als vertrouwenspersoon in de normale uitoefening van zijn werkzaamheden verkregen. De wetenschap heeft het subject echter wel in de uitoefening van zijn functie verkregen zodat sprake is van een functioneel verband. Dit is echter niet zuiver, maar als het ware misbruikt.

De wetgever heeft in art. 218 Sv niet concreet de personen opgesomd die als subject van verschoning aangemerkt moeten of kunnen worden.⁷² Ook art. 53a lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen kent een limitatieve opsomming (sinds 1 september 2008, daarvoor was deze bepaling ook van toepassing op procureurs): Voor een weigering om te voldoen aan de verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden kunnen alleen bekleders van een geestelijk ambt, notarissen, advocaten, artsen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid, dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht zijn.

Het blanketartikel van 218 Sv meldt echter alleen de categorieën 'stand', 'beroep' of 'ambt'. Verburg heeft op basis van de literatuur en jurisprudentie voor het begrip 'beroep' criteria opgesteld. Onder de zogenoemde beroepswaarborgen vallen:

- De uitoefening van de aan het beroep verbonden werkzaamheden moeten een specifieke deskundigheid eisen;
- Een persoon wordt alleen tot de uitoefening van het beroep toegelaten wanneer deze voldoet aan de daaraan te stellen specifieke eisen van opleiding en ervaring;
- De aan het beroep verbonden werkzaamheden dienen een duurzaam karakter te dragen doordat zij beantwoorden aan een min of meer constante behoefte in de samenleving;
- De betrokken personen moeten zich met betrekking tot de wijze waarop het beroep wordt uitgeoefend houden aan binnen de kring van beroepsgenoten heersende communis opinio over de aan te houden ethiek, die kan blijken uit de regels tot handhaving van de kwaliteit van uitoefening van het beroep.

⁶⁹ J.J.I. Verburg, 1984, p. 29.

⁷⁰ G.E. Langemeijer, 1956, p. 3.

⁷¹ Van Domburg, a.w., p. 30.

⁷² De wetgever in Duitsland heeft dat wel gedaan, zie § 53 *Strafprozessordnung*.

De zogenoemde relatie-eisen houden in:

- Er moet sprake zijn van een hulpverlenend beroep dat functioneert op basis van vertrouwelijke informatie;
- Het moet zo zijn dat de onbelemmerde uitoefening van het beroep staat op valt met strikte bescherming van het vertrouwen;
- Een goede uitoefening van het beroep moet als een algemeen belang van zeer hoge orde worden beschouwd;
- Het moet zo zijn dat de vertrouwensrelatie als pregnant wordt beschouwd vanwege de exclusiviteit van de met het desbetreffende beroep samenhangende kennis en vaardigheden.

In de loop der tijd zouden ook andere werkzaamheden van de advocaat onder het verschoningsrecht vallen.⁷³ Voorwaarde hierbij is dat existentiële hulpverlening die specifiek is voor de beroepsgroep moet betreffen. Van Domburg wijst daarbij op de rechtbankbeslissing uit 1941 waarin werd geoordeeld dat een advocaat die als curator optraden, niet geacht kan worden een functie te vervullen waarbij de geheimhouding van hetgeen hij in deze functie verneemt van zo essentieel belang is, dat daarvoor het algemeen belang om getuigenis in rechte af te leggen, behoort te wijken.⁷⁴ Deze beslissing valt volgens Van Domburg toe te juichen omdat ook anderen dan advocaten die niet verschoningsgerechtigd zijn, tot curator kunnen worden benoemd, bijvoorbeeld economen.⁷⁵ Bovendien behartigt de advocaat in deze hoedanigheid niet de belangen van de failliet, maar die van diens crediteuren, zodat niet van een vertrouwelijkheidsverhouding gesproken kan worden.

Een aanwijzing dat het verschoningsrecht zich niet over bepaalde werkzaamheden uitstrekt, kan liggen in het feit dat ook niet-verschoningsgerechtigden de betreffende werkzaamheden verrichten. Er is dan sprake van niet-beroepspecifieke werkzaamheden. Het verschoningsrecht is in deze situatie kennelijk niet noodzakelijk. Ten slotte kan het feit dat de werkzaamheden het gevolg zijn van het hebben van een verschoningsrecht, in plaats van andersom, een aanwijzing zijn dat zij niet vallen onder de reikwijdte van het verschoningsrecht.

Algemeen deken W.G. van Hassel sprak in 1992 over de te onderscheiden begrippen 'rechtsbijstand en advies'.⁷⁶ Hij stelde vast dat 'de advocaat beschikt over een aantal prerogatieven zoals [...] het verschoningsrecht. Deze vloeien rechtstreeks voort uit onze functie van rechtsbijstandverlener. Rechtsbijstand, is echter niet hetzelfde als advisering of begeleiding.' Uit deze woorden volgt, aldus Van Domburg, dat het verschoningsrecht met name bestaat voor de hoofdtaak rechtsbijstandverlening. Deze opvatting komt hem juist voor met dien verstande dat een deel van de hoofdtaak adviesverlening ook onder het verlenen van rechtsbijstand en dus onder het verschoningsrecht ondergebracht moet worden.⁷⁷ Hij denkt bijvoorbeeld aan adviezen die een advocaat kan geven over de slagingskansen van hoger beroep. Advieswerk dat niet onder de hoofdtaak rechtsbijstandverlening gebracht kan worden, valt dus niet onder het verschoningsrecht. Van Domburg denkt bijvoorbeeld aan advisering omtrent juridische aspecten van een echtscheidingsprocedure, hetgeen behoort tot de beroepspecifieke werkzaamheden of het adviseren over trustconstructies, wat buiten de typische werkzaamheden van een advocaat valt.⁷⁸ Omdat de voor het toekennen van een verschoningsrecht vereiste werkzaamheden onder het verlenen van rechtsbijstand moeten vallen, ligt het voor de hand dat eerst getoetst wordt aan de eis dat het moet gaan om existentiële hulpverlening met een vertrouwelijk karakter. Hiermee

⁷³ Zie o.m. de wijze waarop de tuchtrechter de werkzaamheden binnen de advocatenpraktijk heeft verbreed.

⁷⁴ Rb Amsterdam 17 april 1941, *NJ* 1942, 342

⁷⁵ Hiervoor is gebleken dat de rechter in de praktijk nogal sterk de voorkeur geeft aan advocaten.

⁷⁶ W.G. van Hassel, Rede Jaarvergadering, *Adv.blad* 1992, p. 509.

⁷⁷ Van Domburg, a.w., p. 81.

⁷⁸ Van Domburg, a.w., p. 82.

wordt bedoeld dat de hulpverlening noodzakelijk moet zijn om de juridische nood van de rechtzoekende te verhelpen.

De commissie Advocatuur heeft benadrukt dat de afbakening van het verschoningsrecht in handen dient te blijven van de rechter, vooropgesteld dat het in beginsel aan de advocaat als verschoningsgerechtigde is om te bepalen of iets onder zijn verschoningsrecht valt. Het oordeel van de verschoningsgerechtigde is volgens de Hoge Raad onderworpen aan een marginale toets: 'Indien [de advocaat] zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven en geschriften die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan gediend hebben en waarvan kennismaking zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.'⁷⁹

Anderzijds heeft de Hoge Raad in het Notaris Maas-arrest het verschoningsrecht gefundeerd op de afweging van de maatschappelijke belangen van waarheidsvinding en dat van het vertrouwen dat men bij het benaderen van een geheimhouder mag stellen in de waarborg van die geheimhouding. Daarbij stemde de Hoge Raad wel in met de begrenzing die het hof formuleerde met betrekking tot het door de notaris in kwestie ingeroepen verschoningsrecht: 'Zich thans niet voordoende zeer uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, dient de notaris alleen dan het zwijgrecht te worden ontzegd, wanneer buiten redelijke twijfel staat, dat met de gevraagde getuigenis niet wordt getreden in de vertrouwenssfeer van zijn ambt.'

Niet alleen de aard van de werkzaamheden is van invloed op de toepasselijkheid van het verschoningsrecht, er kunnen zich ook uitzonderlijke omstandigheden voordoen die de inbreuk op het verschoningsrecht rechtvaardigen:⁸⁰ Ten eerste, als het buiten redelijke twijfel staat dat het verschoningsrecht niet geldt, wordt het ten onrechte ingeroepen. Er hoeft dan geen belangenafweging plaats te vinden, want er conflicteren geen belangen.

Bij de tweede uitzondering wordt het oordeel van de geheimhouder dat het verschoningsrecht geldt, geëerbiedigd, maar wordt het, als sprake is van zeer bijzondere omstandigheden, alsnog doorbroken. Er dient dan een belangenafweging plaats te vinden.

Een zeer uitzonderlijke omstandigheid kan zich voordoen wanneer een advocaat verdacht is van deelname aan een criminele organisatie.⁸¹ Ten aanzien van een advocaat die daarvan verdacht was, overwoog de Hoge Raad: 'Het verschoningsrecht van de advocaat is echter in zoverre niet absoluut, dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht. [...] De beantwoording van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt, laat zich niet in een algemene regel samenvatten. De enkele omstandigheid dat een advocaat als verdachte wordt aangemerkt, is in ieder geval niet toereikend om zijn verschoningsrecht te doorbreken (vgl. HR 10 okt. 1950, *NJ* 1951, 356). Dat kan anders zijn bij verdenking van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband van een advocaat met bepaalde cliënten.'

Volgens de Hoge Raad had de rechtbank hier terecht aangenomen dat, indien de advocaat inderdaad is betrokken bij grootschalige fraude en daarbij zijn bijzondere positie misbruik heeft, er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die het doorbreken van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht rechtvaardigen.

⁷⁹ HR 2 maart 2010, LjN BJ9262, r.o. 3.3.

⁸⁰ Zie B.P.L. de Vries, 'De geheimhouder en de zeer bijzondere omstandigheden', in: M.J.A. Duker, L.J.A. Pieterse en A.J.P. Schild (red.), *WelBeraden, Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Nijmegen 2009, p. 80.

⁸¹ HR 30 november 1999, *NJ* 2002, 438, m.nt. Buruma.

Om de (maatschappelijke) wenselijkheid van toepassing van het verschoningsrecht buiten een gerechtelijke procedure nog maar eens in de verf te zetten kan een aantal voorbeelden uit de praktijk worden gegeven. Te denken valt aan een minister die de juridische implicaties van een bestuurlijk voornemen wil laten toetsen door de landsadvocaat. Of een klokkenluider die zich voor advies tot een advocaat wendt alvorens openheid van zaken te geven - of dat niet te doen.

Uit deze voorbeelden blijkt de legitimiteit van de mogelijkheid om in alle discretie een advocaat te kunnen raadplegen, zonder dat derden daarvan kennis kunnen nemen.

4.13 Misbruik buiten strafbaarheid?

Ook wanneer de betrokken advocaat niet zelf verdachte is, vormt de integriteit van diens betrokkenheid de maatstaf en mag van hem verwacht worden dat zijn praktijkuitoefening beantwoord aan de maatschappelijke verwachtingen. De tuchtrechter heeft in dat kader wel eens de term 'toegevoegde advocatuurlijke waarde' gebruikt.⁸² In een zaak had een advocaat medewerking verleend aan beleggingsactiviteiten door zijn derdengeldrekening beschikbaar te stellen voor stortingen door beleggers en het zonder verdere controle doorbetalen van de ontvangen bedragen op een door zijn cliënt aangewezen bankrekening, totdat de desbetreffende bedragen spoorloos bleken. De Raad van Discipline nam als uitgangspunt bij deze beoordeling (die in een schrapping uitmondde) de bijzondere positie van de advocaat en het feit dat hem voorrechten zijn toegekend samenhangend met zijn functie in de rechtspleging: 'Dit brengt mee dat de advocaat steeds zeer kritisch dient te zijn zowel op het handelen van zijn cliënt als op zijn eigen doen en laten. Hij dient na te gaan of hetgeen van hem gevraagd wordt, toegevoegde "advocatuurlijke" waarde heeft en in de lijn ligt van de opdrachten die gebruikelijk aan een advocaat verstrekt worden.(...) Verweerder heeft zich niet verdiept in het plan, niet geïnformeerd naar details en/of schriftelijke gegevens, zich onvoldoende grondig verdiept in de desbetreffende regelgeving en is afgegaan op informatie van de intermediair van X. (...) Hierdoor heeft verweerder het vertrouwen in de advocatuur als beroepsgroep ernstig beschadigd.'

De tuchtrechter is dus scherp op de wijze waarop de advocaat aan de door zijn cliënt gewenste dienstverlening medewerking verleent. De onafhankelijkheid van de advocaat, ook ten opzichte van zijn cliënt in de zin van professionele distantie, dient daarbij richtinggevend te zijn. Voor zover de gedachte van de *dominus litis* nog van toepassing is, fungeert de advocaat in geen geval als verlengstuk van zijn cliënt.

Deze verantwoordelijkheid, die is ontleend aan het met de bijzondere positie van de advocaat verbonden algemeen belang, blijkt ook uit de witwasmeldplicht in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), die als doel heeft witwassen en terrorismefinanciering te bestrijden. Uit zijn aard verhoudt die meldplicht zich moeilijk met de geheimhoudingsplicht van de advocaat. Advocaten, als natuurlijke persoon of als kantoor, die advies geven of bijstand verlenen bij bepaalde financiële, commerciële en onroerend goedtransacties, vallen als 'instelling' onder de Wwft. Op de witwasmeldplicht geldt de procesvrijstelling, dat wil zeggen dat de geheimhoudingsplicht geldt wanneer zij een cliënt verdedigen en/of vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een procedure en informatie ontvangen vóór, tijdens of na een procedure. In Nederland is - behalve het eerste verkennende gesprek - juridisch advies buiten de context van een (mogelijk) rechtsgeding niet vrijgesteld.⁸³

⁸² HvD 6 maart 2006, zie databank disciplinaire uitspraken op <www.advocatenorde.nl>.

⁸³ M. Stouten, *De witwasmeldplicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 166.

De fraude-oogmerkuitzondering⁸⁴ die in andere landen geldt, is in Nederland niet geïmplementeerd. In haar proefschrift wijt Maaïke Stouten dat aan de overhaaste invoering van de richtlijn, zodat geen kennis is genomen van de pas op het laatste moment definitief geformuleerde overweging 17 waarin deze uitzondering werd geformuleerd.⁸⁵

Als een advocaat optreedt als curator, geldt in elk geval voor die handelingen een uitzondering op de meldplicht. Een faillissementscurator valt in Nederland niet onder de meldplicht, omdat deze volgens de wet/besluitgever niet optreedt 'in naam en voor rekening van een cliënt'. Er is geen cliëntrelatie als hier bedoeld, omdat de curator is belast met het beheer en de vereffening van een failliete boedel en optreedt in het belang van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers.⁸⁶

Wellicht ten overvloede zij benadrukt dat wat hiervoor is geschreven over de 'adviserende' advocaat allerm minst betekent dat advocaat die de adviespraktijk beoefent, een vrijplaats biedt die criminelen kunnen gebruiken om met hun advocaat plannen te smeden voor ernstige strafbare feiten, of die met hun advocaat kunnen uitvoeren.

In dit verband is van belang dat het verschoningsrecht van een advocaat niet absoluut is. Er laten zich zeer bijzondere omstandigheden denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt - ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap aan de advocaat als zodanig is toevertrouwd - moet prevaleren boven het verschoningsrecht. Een criminele advocaat heeft geen advocatuurlijk verschoningsrecht - dat geldt voor adviserende advocaten evenzeer als voor procesadvocaten.

In gevallen waarin een redelijk vermoeden bestaat dat een advocaat zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstig strafbaar feit - zoals bijvoorbeeld het (eenmalig) antedateren van een koopovereenkomst⁸⁷ moet het belang dat de waarheid aan het licht komt, zwaarder wegen dan het verschoningsrecht.

In een dergelijk geval is zelfs doorzoeking ter inbeslagneming bij een advocaat mogelijk - ook zonder diens toestemming. Brieven en geschriften die kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen, kunnen alsdan onder een advocaat in beslag worden genomen. Ook dat geldt voor advocaten in de adviespraktijk niet minder dan voor advocaten in de procespraktijk.⁸⁸

En voor het overige blijft het natuurlijk zo dat het Openbaar Ministerie ten aanzien van verdachte cliënten van advocaten alle mogelijkheden die het Wetboek van Strafvordering biedt, kan gebruiken om onder die cliënten informatie te verzamelen - bijvoorbeeld door middel van doorzoeking en inbeslagneming. Het advocatuurlijke beroepsgeheim doet dan ook niet af aan de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie. Doorbreking daarvan voegt wel mogelijkheden toe.

Niet zonder belang is dat naar toekomstig recht (wetsvoorstel 32 382) de lokale deken het verschoningsrecht van de individuele advocaat opzij kunnen zetten wanneer zij de bevoegdheden van titel 5.2 Awb zullen uitoefenen. Die bevoegdheden houden in dat de deken van advocaten inlichtingen kunnen vorderen (art. 5:16 Awb), gegevens en bescheiden kunnen vorderen (art. 5:16a Awb) en dat zij bij individuele advocaten individuele zaken kunnen onderzoeken - alles zonder dat de betreffende advocaat zich jegens de deken op zijn verschoningsrecht kan beroepen: de advocaat is gehouden om medewerking te verlenen aan het toezicht dat de deken uitoefent.

⁸⁴ Zie overweging 17 van de tweede Witwasrichtlijn en overweging 20 van de derde Witwasrichtlijn.

⁸⁵ Stouten, a.w., p. 138.

⁸⁶ Ibidem, p. 223.

⁸⁷ HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9494.

⁸⁸ Vgl. onder meer HR 10 december 2013, NJ 2014, 93; ECLI:NL:PHR:2013:1759)..

Overigens was deze doorbreking in essentie al sinds tijden vastgelegd in Gedragsregel 37, dat de advocaat de verplichting oplegt alle gevraagde inlichtingen aanstonds te verstrekken bij een tuchtrechtelijk onderzoek of een verzoek om informatie van de deken dat met een tuchtrechtelijk onderzoek of een aan de deken opgedragen controle verband houdt. In dat geval kan de advocaat zich niet op zijn geheimhoudingsplicht beroepen, behoudens in bijzondere gevallen. De advocaat die overweegt zich op de aanwezigheid van een bijzonder geval te beroepen, overlegt eveneens met de deken.

Gedragsregel 37 en de komende op het bestuursrecht gebaseerde doorbreking van de geheimhouding door de (toezichthoudende) deken illustreren dat het door de beroepsgroep uitgevoerde toezicht voorkomt dat de advocaat die zich met laakbare zaken inlaat, door middel van het beroepsgeheim aan het zicht onttrokken zou blijven.

Tot slot moet worden benadrukt dat met betrekking tot de reikwijdte van het verschoningsrecht Nederland zich niet kan permitteren om uit de pas te lopen. Uit een rechtsvergelijking komt naar voren dat internationaal het beroepsgeheim (*legal professional privilege, secret professionnel*) in elke Europese lidstaat een essentieel attribuut is van met advocaten gelijk te stellen rechtshulpverleners.

4.14 Conclusie

Opvallend is dat in de regelgeving die betrekking heeft op het beroep van advocaat de nadruk altijd heeft gelegen op toezicht, normering en inbedding in het proces. Een materiële omschrijving van de advocaat en diens beroep is niet terug te vinden en ook in de Advocatenwet ontbreekt een definitie-bepaling. De wetgever heeft dus voor een formeel advocatenbegrip gekozen, zodat de Commissie zich in dit rapport vooral richt op het materiële advocatenbegrip.

Aan het formele advocatenbegrip (de 'hoedanigheid') heeft de wetgever de privileges van titelbescherming, domeinmonopolie en verschoningsrecht willen koppelen. Die privileges zijn zodoende beperkt tot het optreden in die hoedanigheid; door de koppeling van hoedanigheid en privileges is 'misbruik' daarbuiten dus eigenlijk per definitie al onmogelijk. Dat geldt in het bijzonder voor het verschoningsrecht, dat uitgaat van een toevertrouwen van informatie aan de vertrouwenspersoon 'als zodanig' en van de 'normale uitoefening' van diens werkzaamheden. Niet mag uit het oog worden verloren dat het verschoningsrecht een belangenafweging blijft van enerzijds het vertrouwen dat geheimhouding zal worden gerespecteerd en anderzijds het (even publieke) belang van waarheidsvinding. In elk geval dient de afbakening van het beroepsgeheim (geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht) ter finale beoordeling te blijven van de gewone rechter en de tuchtrechter.

Het onderscheid tussen proces- en adviespraktijk is lastig te maken. Adviseren behoort even zeer tot het beroep van advocaat omdat het wezenlijk bijdraagt aan het vaststellen van de rechtspositie van de rechtszoekende. De advocaat fungeert daarbij als *dominus litis*, zodat hij zelf bijdraagt aan de vraag of het voeren van een proces is aangewezen.

Aan de hoedanigheid is ook het toezicht opgehangen en daarmee de beoordeling van de tuchtrechter. Het tuchtrecht heeft een bepalende invloed op het afperken van de inhoud van de advocatenpraktijk, door het in de disciplinaire rechtspraak uitwerken van de reikwijdte van de schorsing. Ook heeft de tuchtrechtspraak vastgesteld dat de hoedanigheid van advocaat niet – uit opportuniteit – naar believen kan worden afgelegd. In beginsel kunnen ook privégedragingen tuchtrechtelijk relevant zijn, als ze repercussies hebben op het aanzien van de advocatuur.

Wellicht ten overvloede wijst de Commissie op het in de jurisprudentie uitgewerkte uitgangspunt dat het verschoningsrecht van een advocaat niet kan dienen om criminele activiteiten af te

schermen. Dat geldt zowel voor de situatie waarin een advocaat zelf wordt verdacht van strafbaar handelen als in het kader van het door de deken uit te oefenen toezicht op de advocaat. In dat laatste geval bestaat nu al de doorbreking van de geheimhoudingsplicht op grond van Gedragsregel 37; in de komende wetgeving krijgt deze doorbreking een bestuursrechtelijke basis.

5. De advocaat in economisch perspectief

5.1. Schaalvergroting

De advocatenpraktijk kenmerkt zich van oorsprong door kleinschaligheid en persoonlijk uitgevoerde dienstverlening. Het vertrouwelijk karakter van de relatie tussen advocaat en cliënt zal daar een rol bij hebben gespeeld, maar uiteraard is de advocatuur ook na de industriële revolutie een weinig kapitaalsintensieve bezigheid gebleven. Tot diep in de 20^{ste} eeuw vormde de zelfstandig gevestigde advocaat vrijwel de enige (denkbare) organisatievorm voor een advocatenkantoor. Hoewel in de jaren '30 al kritiek te horen is over advocaten die zich onderling associëren heeft het tot ver na de Tweede Wereldoorlog geduurd voordat er kantoren ontstonden van enige omvang. Toch bestaat thans nog de helft van de balie uit één advocaat; samenstellingen met twee tot vijf advocaten vormen meer dan een derde van de kantoren.

Naast de groei van de balie en de omvang van de individuele kantoren gingen vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw advocaten samenwerken met andere vrije beroepsbeoefenaren. Naar aanleiding van de desbetreffende verordening mag thans worden samengewerkt met notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden. Samenwerking met accountants is uitgesloten, gelet op de functie die zij hebben in het maatschappelijk verkeer en het feit dat zij geen functioneel verschoningsrecht hebben.

Toegenomen complexiteit en specialisatie maken samenwerking vaak noodzakelijk. Binnen de samenwerkingsverbanden waarin de klassieke geheimhouders hun beroep of ambt uitoefenen kunnen echter complicaties ontstaan. In zijn noot bij HR 29 maart 1994 (*NJ* 1994, 552) schrijft A.C. 't Hart: 'Het oude beeld van de advocaat of arts die uitsluitend individueel op de hoogte is van de individuele cliënt [...] en hun belangen behartigt, zoals de pastoor individueel de biecht afneemt, wordt steeds minder adequaat. Advocaten en notarissen werken, al dan niet binnen het verband van één maatschap, met elkaar samen, maar soms ook met de niet verschoningsgerechtigde accountants of belastingadviseurs.' Op de samenwerking kan zelfs de beroepsregulering van een van de samenwerkende vrije beroepsbeoefenaren van invloed zijn, wat een spanningsveld kan creëren. Ook de internationale samenwerking (de zogenoemde *multi jurisdictional law firms*) kan van invloed zijn.

Al met al hebben deze veranderingen, waarbij de nadruk geleidelijk verschoof naar een door de markt gedreven beroepsgroep, geleid tot deontologische uitdagingen en nieuwe opvattingen over de aard van het beroep.

5.2. Advocaat als onderneming

Bezien door de bril van het mededingingsrecht is de advocaat en zijn kantoor een economische eenheid. In de zaak *Wouters* (HvJ 19 februari 2002) is met zoveel woorden geoordeeld dat advocaten 'ondernemingen' zijn in de betekenis van het communautaire- c.q. Unierecht. De rechtbank was nog van oordeel dat de NOvA bij wet is ingesteld om het algemeen belang te dienen door de onafhankelijkheid en de partijdigheid van de advocaat te garanderen. Daarom kon de NOvA volgens de rechtbank niet beschouwd worden als een ondernemersvereniging noch als een onderneming of een groep van ondernemingen die een collectieve machtspositie inneemt in de zin van art. 86 van het Verdrag (r.o. 32).

Het Hof van Justitie in Luxemburg boog zich vervolgens over de vraag of advocaten ondernemingen in de zin van het communautaire recht zijn. Volgens vaste rechtspraak omvat het begrip onderneming in het kader van het mededingingsrecht elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Onder eco-

nomische activiteit moet volgens vaste rechtspraak worden verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. Advocaten bieden tegen beloning diensten aan op het gebied van de rechtshulp; bovendien dragen zij de aan de uitoefening van deze activiteiten verbonden financiële risico's, omdat zij in geval van een verschil tussen uitgaven en inkomsten zelf het tekort dienen te dragen. Hieruit volgt volgens het Hof van Justitie dat de in Nederland ingeschreven advocaten een economische activiteit uitoefenen en dus ondernemingen in de zin van het Verdrag; daaraan doet niet af dat hun diensten complex en technisch van aard zijn, noch dat de uitoefening van hun beroep aan regels gebonden is.⁸⁹

5.3. Een vrij beroep?

Het ondernemerschap betekent voor een advocaat allereerst dat zijn bedrijfsvoering moet zijn gericht op continuïteit van de onderneming. Voor de hand liggend is dat naar winstmaximalisatie wordt gestreefd. Hoe die zich in de praktijk ontwikkelt, is af te leiden uit het gehanteerde vrije uurtarief. Eind 1995 heeft de algemene raad voor het laatst een referentietarief gepubliceerd. Het calculatieschema werd vervangen door een beschrijving van de meest voorkomende declaratiemethoden, met de krachtige aanbeveling dat iedere advocaat bij aanvang van een zaak een schriftelijk vastgelegde declaratieafspraken met de cliënt maakt. Met ingang van 1997 is het aan iedere advocaat overgelaten op basis van zijn kostprijs een eigen individuele basisuurtarief te berekenen.⁹⁰ In een verordening zijn daarbij grenzen gesteld aan hetgeen de advocaat op het gebied van resultaatafhankelijke beloning met de cliënt mag afspreken.

De advocatuur is zich mede onder invloed van het rapport van de werkgroep-Cohen meer op de werking van de vrije markt gaan oriënteren. De voorschriften ten aanzien van de advocatendeclaratie zijn tegenwoordig dus louter nog deontologisch gefundeerd. De bemoeienis van de NOvA beperkt zich tot een antimisbruikregeling voor resultaatafhankelijke declaraties,⁹¹ het aanbieden van een geschillenregeling en het beschrijven van de meest voorkomende declaratiemethoden. Het principiële uitgangspunt blijft echter dat de advocatendeclaratie 'redelijk' is. Dat is de achtergrond achter de vaste rechtspraak dat de tuchtrechter niet bevoegd is tot het beslechten van declaratiegeschillen, maar wel waakt voor excessief declareren.

Het vrijgeven van het uurtarief, maar ook het intrekken van de verordening op de publiciteit in 2007, wat onder meer het reclameverbod voor advocaten ophief, bevestigen dat advocaat een vrij beroep is. Dat betekent ook vrije vestiging. Op grond van de Advocatenwet is 'ieder' bevoegd om een verzoek te doen tot inschrijving als advocaat bij de rechtbank van het arrondissement waarin men kantoor wenst te houden.⁹² Na een door beëdiging en inschrijving verkregen hoedanigheid van advocaat kan men zich overal vestigen. In tegenstelling tot notarissen, die op hun 70^{ste} van rechtswege worden ontslagen, hebben advocaten geen leeftijdsgrens.

5.4. De werkgroep-Cohen

Het kabinet-Kok vroeg de werkgroep-Cohen te onderzoeken in hoeverre het – met behoud van de kwaliteit van de rechtspleging – mogelijk en zinvol is de mededinging tussen aanbieders van rechtsbijstand te bevorderen.⁹³ Een daarmee samenhangend te bestuderen zaak betrof de exclusieve positie van de advocaat van het civiele en strafprocesrecht. De werkgroep stelde vast dat

⁸⁹ HvJ 19 februari 2002, Wouters e.a., r.o. 46-49.

⁹⁰ T. de Waard, 'Exit basisuurtarief', *Adv.blad* 1995, p. 833.

⁹¹ Ook de verordening die met ingang van 1 januari 2014 bij wijze van experiment resultaatgerelateerde beloning in de letselschadepraktijk zal toelaten, is voornamelijk opgezet om misbruik van die aldus toegelaten beloningsvorm tegen te gaan.

⁹² Op voorwaarde uiteraard dat is voldaan aan de wettelijke opleidingseisen en een eventueel strafrechtelijk verleden aan die inschrijving niet in de weg staat.

⁹³ Rapport van de interdepartementale werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur, 27 juni 1995, p. 4.

het probleem op de markt voor rechtsbijstand veroorzaakt werd doordat het voor juristen in dienstbetrekking praktisch onmogelijk was zich als advocaat in te schrijven. De werkgroep was echter geen voorstander van het alternatief van opheffing van de verplichte procesvertegenwoordiging: 'Het algemeen belang, dat is gediend met een vrije, onafhankelijke en toegankelijke rechtsbedeling alsmede met een ordelijk verloop van geschillenbeslechting, vergt dat in bepaalde civiele en in strafprocedures de burger voorzien moet zijn van deskundige bijstand. Opheffing van het beginsel van verplichte procesvertegenwoordiging kan slechts plaatsvinden onder de conditie dat de rechtsregels dusdanig eenvoudig zijn dat ook zonder verplichte deskundige bijstand de beginselen van "fair trial" en "equality of arms", tot hun recht komen.'⁹⁴

De werkgroep beval wel een herijking van de omvang van de verplichting tot procesvertegenwoordiging aan. Men had immers vastgesteld dat de scheidslijn tussen zaken met verplichte procesvertegenwoordiging en zaken waar die verplichting niet gold, niet steeds overtuigend was.

5.5. Advocaat in dienstbetrekking

Een andere karakteristiek van de 'klassieke' kleinschalige advocatuur is het ontbreken van formele bedrijfsstructuren. In de 20^{ste} eeuw kon een advocaat wel worden bijgestaan door een 'junior', voor wiens optreden hij verantwoordelijk was. Tot in de jaren '50 bestond er nog geen verplichte stage; de verplichte beroepsopleiding is van nog later datum, zodat het verschijnen van de advocaat-stagiaire pas in de tweede helft van de vorige eeuw tot volle wasdom is gekomen.⁹⁵ Naar de huidige stand van de rechtspraak wordt geen onderscheid gemaakt tussen stagiaires, medewerkers of partners waar het gaat om tuchtrechtelijke toetsing van hun optreden. De Advocatenwet voorziet overigens ook niet in een fasering van toetreding tot de advocatuur.⁹⁶ Een beëdiging als advocaat, gevolgd door een inschrijving op het tableau, volstaat om de hoedanigheid van advocaat te verkrijgen met alle bevoegdheden en plichten van dien. In zekere zin vormen het zijn van advocaat-stagiaire, -medewerker of partner nu eerder financieel-economisch bepaalde stadia in een advocatenloopbaan.

Een bijzondere figuur is de advocaat in dienstbetrekking, dat wil zeggen werkzaam buiten de contouren van een advocatenkantoor. Van oudsher werd de advocaat die in dienstbetrekking praktijk voerde niet meer dan gedoogd.⁹⁷ Daar kwam rond 1970 verandering in. Eerst had de Hoge Raad in 1957 al uitgemaakt dat loondienst geen aanleiding tot verzet mocht geven.⁹⁸ Daarop nam de NOvA een verordening aan die praktijkuitoefening in specifieke dienstbetrekking, namelijk anders dan in dienst van een advocatenkantoor, min of meer uitsloot. Pas op voorzet van de werkgroep-Cohen werd de advocaat in dienstbetrekking in de verordening van de NOvA erkend (vandaar dat zij ook wel Cohen-advocaten genoemd werden, een term die inmiddels uit de mode lijkt te zijn.) Deze verordening vormt een nadere regeling op het algemene voorschrift dat een advocaat geen praktijk in dienstbetrekking mag uitoefenen indien daardoor de vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van zijn beroep, met inbegrip van de behartiging van het partijbelang en de daarmee samenhangende vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn client, in gevaar kunnen worden gebracht.⁹⁹

De advocaat in dienstbetrekking zoals die sinds 1996 is toegelaten, kent twee hoofdvormen: ten

⁹⁴ Ibidem, p. 4-5.

⁹⁵ Anders was het in Napoleontisch Frankrijk, waar de stage was voorgeschreven. Na 1838 keerde de stage in Reglement III niet meer terug en was het wachten tot de Advocatenwet de mogelijkheid schiep om bij verordening een stage in het leven te roepen. Overigens werd de eerste aangenomen stageverordening vernietigd wegens strijd met de wet.

⁹⁶ Uitzondering vormt de bepaling dat een inschrijving aanvankelijk voorwaardelijk geschiedt.

⁹⁷ HR 10 november 1939, *Advocatenblad* 1940, p. 92.

⁹⁸ HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 212.

⁹⁹ Art. 2 Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking. Dit voorschrift herhaalt in zekere zin de voorwaarden waaronder de Hoge Raad en het Hof van Discipline toelating tot de balie acceptabel achten.

eerste, de bedrijfsjurist dan wel de jurist van een overheidsorgaan die op het tableau is toegelaten.¹⁰⁰ Deze advocaat is alleen bevoegd om binnen die dienstbetrekking uitsluitend op te treden voor zijn werkgever, met werkzaamheden die in hoofdzaak zijn gericht op de uitoefening van de rechtspraktijk. Ten tweede, is er de advocaat in dienstbetrekking bij een rechtsbijstandverzekeraar of andere werkgever waarbij die advocaat zijn rechtshulp verleent ten behoeve van de werkgever of aan derden, bijvoorbeeld de leden van de vakbond waar de advocaat in dienst is of de verzekerden bij een rechtsbijstandverzekeraar.¹⁰¹

De kwestie van de vereiste onafhankelijkheid bij de praktijkuitoefening van de advocaat in dienstbetrekking is nadrukkelijk aan de orde geweest in de Europese rechtspraak. In het in het volgende hoofdstuk te bespreken arrest in de zaak AM&S heeft het Hof van Justitie in 1982 weliswaar geoordeeld dat in het recht van alle lidstaten het beginsel van bescherming van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt wordt erkend, maar dat de omvang en de criteria voor toepassing ervan uiteenlopen.¹⁰² Voor aanspraak op bescherming van de geheimhouding (*legal privilege*) stelde het Hof van Justitie als voorwaarden dat de met de advocaat gevoerde communicatie betrekking heeft op de rechten van de verdediging van de cliënt; en dat het communicatie met een onafhankelijke advocaat betreft. Advocaten in dienstbetrekking kunnen wat betreft de onafhankelijkheid niet op één lijn worden gesteld met externe advocaten, aangezien het vereiste van onafhankelijkheid veronderstelt dat er geen enkele dienstbetrekking tussen de advocaat en zijn cliënt bestaat.

In 2010 heeft het Hof in het Akzo-arrest¹⁰³ dit oordeel herhaald, in de zin dat de tweede voorwaarde berust op de rol van de advocaat als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van de rechtspleging de door zijn cliënt benodigde bijstand moet verlenen. Het Hof heeft voorts overwogen dat de omstandigheid dat de advocaat in loondienst is, maakt dat hij niet van de door zijn werkgever gevolgde commerciële strategieën kan afwijken, waarmee zijn onafhankelijkheid in het geding is. De vraag die de advocatuur sindsdien heeft bezig gehouden, is de reikwijdte van het Akzo-arrest en de toepasselijkheid daarvan op de Nederlandse rechtspraktijk waarbinnen de advocaat in dienstbetrekking inmiddels een formele status had verkregen.

In 2013 heeft de Hoge Raad deze vraag beantwoord door in het Delta-arrest¹⁰⁴ te oordelen dat de rechtbank – het betrof hier sprongcassatie – ten onrechte heeft aangenomen dat mededingingsrechtelijke jurisprudentie van het HvJEU, waarbij een advocaat in dienstbetrekking een verschoningsrecht werd ontzegd, meebrengt dat ook naar Nederlands recht ‘aan een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt’ (r.o. 13).

De Hoge Raad stelde het volgende voorop:

5.4 In Nederland is reeds geruime tijd aanvaard dat een advocaat in dienstbetrekking werkzaam kan zijn (HR 10 november 1939, *Advocatenblad* 1940, blz. 92/93, en HR 22 februari 1957, *NJ* 1957/212). Eveneens geruime tijd geleden heeft het College van Afgevaardigden van de NOvA publiekrechtelijke regelingen vastgesteld waaraan de advocaat in dienstbetrekking en zijn werkgever zijn gebonden (de Verordening op de advocaat in dienstbetrekking van 17 juni 1977 en de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van 27 november 1996). Krachtens art. 3 lid 3 van de laatstgenoemde Verordening is de werkgever van een advocaat in dienstbetrekking verplicht een professioneel statuut te ondertekenen en zich daarmee te verbinden om een onafhankelijke praktijkuitoefening te eerbiedigen en de ongestoor-

¹⁰⁰ Zie art. 3 lid 2 Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking.

¹⁰¹ Art. 3 lid 1 jo. art. 3 lid 4 Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking.

¹⁰² HvJ EG 18 mei 1982, nr. 155/79, *NJ* 1983, 150.

¹⁰³ HvJ EU 14 september 2010, nr. C-550/07 P (Akzo Nobel/Commissie), *NJ* 2010, 629.

¹⁰⁴ HR 15 maart 2013, LJN BY6101.

de naleving van de beroeps- en gedragsregels van de advocaat te bevorderen, inclusief die met betrekking tot zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. (...)

5.5 Gezien de Nederlandse praktijk en de waarborgen die aldus in Nederland omtrent de wijze van praktijkuitoefening van advocaten in dienstbetrekking bestaan, is geen grond om aan een advocaat het verschoningsrecht te ontzeggen op grond van het enkele feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is.'

De Hoge Raad hechtte bijzondere waarde aan het professioneel statuut, dat in de relatie tussen advocaat en cliënt (werkgever) een waarborg moet vormen voor een onafhankelijke praktijkuitoefening. Daarmee lijkt ook de advocaat in dienstbetrekking er, buiten het Europese mededingingsrecht, op te mogen rekenen dat de vertrouwelijkheid wordt beschermd, omdat naar het oordeel van de Hoge Raad in de Nederlandse praktijk de onafhankelijkheid voldoende is gewaarborgd.

5.6. De taak en rol van de advocaat volgens de Europese rechtspraak

Het Europese mededingingsrecht is niet alleen van invloed geweest op de positie van de advocaat in dienstbetrekking. In brede zin heeft het Hof van Justitie zich in het Wouters-arrest uitgesproken over de uitleg van de betekenis van de verordeningen van de NOvA in het licht van het Europese mededingingsrecht. In zijn conclusie bij dit arrest is Advocaat-Generaal bij het Europese Hof van Justitie Léger uitvoerig ingegaan op de taakomschrijving en de grondslag van de advocaat en zijn taak ten dienste van het algemeen belang:

[173] (...) Ter waarborging van het beginsel van de rechtsstaat hebben de lidstaten verschillende rechterlijke instanties in het leven geroepen. Tevens hebben zij het beginsel geformuleerd, dat particulieren zich in alle omstandigheden tot deze instanties moeten kunnen wenden om hun rechten te doen erkennen en eerbiedigen.

[174] Gelet echter op de complexiteit van de wetgeving en de organisatie van de rechterlijke macht, zijn particulieren slechts zelden in staat om zelf voor hun rechten op te komen. De advocaat verleent hun de daarbij noodzakelijke bijstand. Overigens beschouwt het Hof advocaten als hulporganen van de justitie (179) en medewerkers bij de rechtspleging.

[175] Hieruit volgt, dat de advocaat activiteiten uitoefent die van wezenlijk belang zijn in een rechtsstaat. Hij stelt particulieren in staat de hun toegekende rechten beter te kennen, te begrijpen en uit te oefenen. Met andere woorden, de advocaat garandeert in een rechtsstaat de effectiviteit van het beginsel van toegang van de justitiabelen tot het recht en de rechter.

[176] Gelet op deze aspecten oefent de advocaat activiteiten uit die 'een algemeen economisch belang dienen dat deze onderscheidt van andere economische activiteiten'.¹⁰⁵

Maatgevend, vooral voor de reikwijdte van het verschoningsrecht, is het AM&S-arrest uit 1982 geweest.¹⁰⁶ De in het Verenigd Koninkrijk gevestigde Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) betoogde - naar aanleiding van een voor onderzoek de dreigend overleggen van een aantal documenten waarvoor een beroep werd gedaan op '*legal privilege*' - dat krachtens een algemeen beginsel alle lidstaten gemeen hebben dat de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt in alle lidstaten beschermd is, ofschoon de omvang en de wijze waarop deze bescherming wordt verwezenlijkt, per lidstaat verschilt. Dit beginsel zou 'binnen mogelijke grenzen' eveneens binnen het gemeenschapsrecht gelden.

Het HvJEU overwoog aldus: 'Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de lidstaten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben op het gebied van de

¹⁰⁵ Conclusie A-G Léger 10 juli 2001, C-309/99, *Wouters*, punt 173-178.

¹⁰⁶ HvJ EG 18 mei 1982, *NJ* 1983, 442

eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van, onder meer bepaalde mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze vertrouwelijkheid dient immers het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben en alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft. (r.o. 18)'

Daaraan voegde het Hof toe dat was gebleken dat in het recht van alle lidstaten het beginsel van bescherming van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt wordt erkend, maar dat de omvang en de criteria voor de toepassing ervan uiteen lopen (r.o. 19). Naast deze verschillen zijn echter in de nationale rechtsstelsels van de lidstaten gemeenschappelijke criteria te vinden, in zoverre die rechtsstelsels in vergelijkbare omstandigheden de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermen, wanneer deze briefwisseling heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt en zij afkomstig is van een onafhankelijke advocaat, dat wil zeggen niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt. (r.o. 21).

Uit deze formulering, die in 2010 herhaald zou worden in wat bekend werd als de Akzo-doctrine (zie het vorige hoofdstuk) wordt duidelijk dat bescherming van het verschoningsrecht op Europeesrechtelijk niveau moet worden gebaseerd op de dubbele eis dat de vertrouwelijkheid nodig is voor bescherming van communicatie in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt en dat de betrokken advocaat niet in dienstbetrekking mag zijn van zijn cliënt.

Het in AM&S ontwikkelde uitgangspunt dat de regulering van het beroep van advocaat een nationale aangelegenheid is, werd recent bevestigd in de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Prezes/Commissie.¹⁰⁷ Deze beslissing zet de lijn voort die het Hof inzette met AM&S en die verder uitgewerkt werd in Akzo Nobel. De zaak betrof de Poolse telecom-instantie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (PUKE) die bij het Gerecht van Eerste Aanleg in beroep gekomen was tegen een Commissiebesluit. PUKE werd daarbij vertegenwoordigd door twee Poolse juridisch adviseurs. Opgemerkt moet worden dat naast het beroep van advocaat het Poolse rechtstelsel ook het beroep van juridisch adviseur erkent. Deze kan toegang tot de balie verzoeken en aldus gemachtigd worden zijn cliënt of werkgever voor de Poolse rechter te vertegenwoordigen.

De twee juridisch adviseurs in casu waren in dienstbetrekking bij een aan PUKE gelieerde rechtspersoon. Het gerecht heeft geoordeeld dat het beroep, op basis van het verzoekschrift van dit duo, niet-ontvankelijk was omdat het niet in overeenstemming met het Statuut van het Hof en het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht was ingesteld. De grond hiervoor was dat de adviseurs, die naar Pools recht beschouwd mochten worden als volwaardige en bevoegde advocaten, de voor advocaten vereiste onafhankelijkheid misten omdat zij in dienstbetrekking de praktijk uitoefenen.

Het HvJEU bekrachtigde dit oordeel omdat men het juiste achtte dat in het nationale (i.c. Poolse) recht het recht van de advocaat om op te treden voor de nationale rechter, en dus voor de Unierechter, is vastgelegd. Echter, die bevoegdheid op grond van nationale regelgeving is naar het oordeel van het Hof een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde (zie r.o. 33): 'Van meet af aan dient in dit verband te worden vastgesteld dat art. 19, vierde alinea, van het Statuut van het Hof, doordat deze bepaling voorschrijft dat alleen een advocaat die bevoegd is op te treden voor een rechterlijke instantie van een lidstaat, een partij voor het Hof kan vertegenwoordigen, een noodzakelijke voorwaarde inhoudt waaraan elke advocaat moet voldoen wil hij een andere partij dan een lidstaat of een instelling van de Unie voor de Unierechter vertegenwoordigen. Deze voorwaarde kan echter niet als een voldoende voorwaarde worden begrepen, in die zin dat

¹⁰⁷ HvJ 6 september 2012, gevoegde zaken C-422/11 P en C-423/11 P.

elke advocaat die bevoegd is om voor een rechterlijke instantie van een lidstaat op te treden, automatisch bevoegd is om voor een rechterlijke instantie van de Unie op te treden.'

Eveneens – en hier klinkt de echo van AM&S en Akzo – ontbrak naar het oordeel van het Hof ook hier de vereiste onafhankelijkheid van de betrokken juristen, waarmee het Hof de in het Akzo-arrest ontwikkelde doctrine bevestigde (zie r.o. 24): 'Het vereiste van onafhankelijkheid van een advocaat impliceert dat er tussen hem en zijn cliënt geen dienstbetrekking bestaat (zie beschikking van 29 september 2010, EREF/Commissie, reeds aangehaald, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals het Gerecht in punt 18 van de bestreden beschikking terecht heeft geoordeeld, wordt het begrip onafhankelijkheid van een advocaat immers niet alleen positief – door een verwijzing naar de beroepstucht – maar ook negatief – door de nadruk op het ontbreken van een dienstbetrekking – omschreven (arrest Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie).'

Naar het oordeel van het Hof bestaat immers het gevaar dat de professionele mening van deze adviseurs althans deels door hun beroepsomgeving wordt beïnvloed. Dat verhindert dan dat een op grond van het nationale recht bevoegde advocaat optreedt als gemachtigde voor de Unierechter.

De Akzo-doctrine wordt in deze uitspraak ongewijzigd toegepast, maar het Hof laat de bevoegdheid van de lidstaten - of hun balieorganisaties, dat blijft in het midden - verder ongemoeid om het beroep van advocaat in te vullen. Op het specifiek daartoe door PUKE aangevoerde argument dat de communautaire bevoegdheidstoedeling is geschonden, zegt het Hof in r.o. 40 dat het 'in deze voorliggende zaak niet gaat over de organisatie van de uitoefening van het beroep van advocaat op het grondgebied van een lidstaat, maar op de vertegenwoordiging van de partijen voor de rechterlijke instanties van de Unie zoals bepaald in het Statuut van het Hof.'

De uitleg van het begrip advocaat in de context van art. 19 van dat statuut is, aldus het Hof, overigens niet van invloed op de vertegenwoordiging van de partijen voor een rechterlijke instantie van een lidstaat en kan dus het beginsel van bevoegdheidstoedeling noch het subsidiariteitsbeginsel schenden.

5.7. Nevenbetrekkingen van een advocaat

Een ander facet van de economische benadering is de vraag of een (betaalde) nevenbetrekking verenigbaar is met het beroep van advocaat. De huidige Advocatenwet bevat geen verbod voor advocaten om naast hun praktijkuitoefening andere activiteiten te verrichten of betrekkingen te hebben. Daarover is in het verleden wel anders gedacht. Zo was op grond van de Napoleontische regelgeving het bekleden van een aantal specifieke functies uitdrukkelijk verboden.¹⁰⁸ Deze zijn in het Reglement III van 1838 niet overgenomen, met uitzondering van de combinatie van advocaat en procureur, totdat die in 1879 op grond van de Procureurswet ook werd opgeheven.¹⁰⁹

In de Advocatenwet is sinds de invoering van de wet in 1952 geen enkel verbod op (on)betaalde nevenwerkzaamheden opgenomen (geweest). Het omgekeerde is eerder het geval, aangezien de Advocatenwet voor een aantal functies buiten de eigenlijke beroepsuitoefening uitdrukkelijk de hoedanigheid voorschrijft als vereiste voor verkiesbaarheid of benoembaarheid.¹¹⁰ Wel erkent de wet op grond van art. 8 lid 2 dat verboden nevenactiviteiten in beginsel kunnen voorkomen.

¹⁰⁸ Art. 18 Keizerlijk decreet 14 december 1810.

¹⁰⁹ Art. 7 en art. 22 Reglement III, zoals gewijzigd bij KB van 1 juni 1879 (Stb. 107).

¹¹⁰ Te noemen zijn: de leden van de algemene raad, van het college van afgevaardigden en de raden van toezicht, met inbegrip van de deken (art. 24 lid 1 Advw), de leden-advocaten van de raden van discipline (art. 46b lid 3) en het hof van discipline (art. 53 lid 1) en de griffier van de raad van discipline (art. 46b lid 16). Daarnaast kan worden gewezen op de beleidsregels van enkele rechtbanken dat in beginsel alleen advocaten tot curator worden benoemd.

Andere wetgeving bevat wel incompatibiliteiten. Zo bepaalt de Wet op de Raad van State dat het ambt van vice-president of lid van de Raad onverenigbaar is met het beroep van advocaat (art. 5 lid 1 onder c). Art. 9 van de Wet op het notarisambt bepaalt dat een (toegevoegd of kandidaat-) notaris niet tevens advocaat kan zijn. Het ontwerp van de Wet registermediator¹¹¹ sluit nevenbetrekkingen niet uitdrukkelijk uit maar stelt in art. 21 lid 4: 'Indien een registermediator daarnaast ook een andere professie uitoefent, draagt hij er zorg voor dat beide professies van elkaar worden gescheiden, zodat geen verwarring kan ontstaan over de hoedanigheid waarin wordt opgetreden.' Hiermee wordt ook duidelijk dat de hoedanigheid van mediator en die van advocaat te scheiden zijn en het niet zo is dat een advocaat binnen die hoedanigheid werkzaamheden als mediator verricht.

Daarnaast bieden de gedragsregels aanknopingspunten voor de toelaatbaarheid van nevenactiviteiten. Zo bepaalde ereregel 1 uit 1968 dat het de advocaat niet was geoorloofd een beroep uit te oefenen of werkzaamheden te verrichten, waardoor het aanzien van de stand werd geschaad. Het tweede lid van deze ereregel specificeerde als niet op zichzelf onverenigbaar met de advocatuur onder andere de betrekkingen van directeur of commissaris van een naamloze vennootschap, dispacheur, accountant, secretaris van verenigingen of andere rechtspersonen. De toelichting bij de ereregel 1 gaf aan dat het accent moest worden gelegd op de woorden 'niet op zichzelf', waarmee tot uitdrukking is gebracht dat steeds de omstandigheden van de concrete situatie beslissend zijn of een nevenfunctie onverenigbaar is.

Ereregel 2 bevatte het algemenere gezichtspunt dat de advocatuur onverenigbaar is met een dienstbetrekking die ondergeschiktheid medebrengt van dien aard, dat de vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar worden gebracht. Deze regel vormde de codificatie van enkele arresten van de Hoge Raad, waarin het rechtscollege had geoordeeld over het verzet dat de Raad van Toezicht en Discipline had gedaan tegen inschrijvingsverzoeken van een advocaat-manufacturier en een advocaat-predikant. In het eerste geval was de Raad van Toezicht en Discipline tot het oordeel gekomen dat de door verzoeker uitgeoefende een manufacturenhandel niet tot de met de advocatuur verenigbare beroepen behoorde. Een volledige uitoefening van de advocatuur vergde volgens de raad een persoon die zich onder alle omstandigheden ervan onthield zijn persoon en diensten aan het publiek aan te bieden en die tegenover dit publiek onder alle omstandigheden een volkomen onafhankelijke positie kon innemen.¹¹² Het inschrijvingsverzoek van een Groninger predikant, waartegen de Raad van Toezicht en Discipline eveneens verzet had gedaan, keurde de Hoge Raad in 1925 wel goed. Het voornemen van de predikant om buiten de pastorie kantoor te houden zag men niet als een bedreiging van de eer van de stand der advocaten en procureurs.

In de Gedragsregels 1980 en 1992 keerde een uitdrukkelijke beperking van een aantal nevenbetrekkingen niet terug. Wel dient de advocaat, zoals is geformuleerd in de huidige gedragsregel 2 lid 1, te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen.¹¹³ In de praktijk zal dus moeten worden getoetst of er feiten of omstandigheden zijn waardoor het verrichten van nevenactiviteiten gevaar oplevert voor de onafhankelijkheid van de beroepsuitoefening, dan wel concrete gedragingen waardoor de advocaat binnen die nevenbetrekking geacht moet worden zich schuldig te hebben gemaakt aan een handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. Zo oordeelde de Raad van Discipline te Arnhem op het dekenbezwaar tegen een advocaat die ook makelaar in onroerende goederen was dat, zolang de activiteiten strikt gescheiden blijven, er onvoldoende grond is te vrezen voor

¹¹¹ *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 722, nr. 1-3.

¹¹² Zie over deze zaak uitvoerig E.W.A. Henssen, *Twee eeuwen advocatuur in Nederland*, Kluwer: Deventer 1998, p. 87-90.

¹¹³ Zie ook de soortgelijke bewoordingen van regel 4 lid 1 van de Gedragsregels 1980: 'De advocaat moet vermijden enige verplichting aan te gaan die zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen brengen.'

verweerders onafhankelijkheid als advocaat of voor onduidelijkheid bij justitiabelen. Waar het dus volgens de tuchtrechter om gaat, is of de onafhankelijkheid in het geding is, of sprake is of kan zijn van tegenstrijdige belangen en of er bij cliënten of derden verwarring kan ontstaan over de hoedanigheid waarin verweerder optreedt.¹¹⁴

Tot een andere slotsom kwam het Hof van Discipline met betrekking tot de combinatie van advocaat en (kandidaat-)deurwaarder. In het kader van een beklagzaak op verzet tegen een verzoek tot inschrijving concludeerde het hof op basis van de praktische implicaties dat het beroep van advocaat onverenigbaar is met dat van toegevoegd kandidaat-deurwaarder.¹¹⁵ Als toegevoegd kandidaat-deurwaarder, aldus het hof, kon klager geconfronteerd worden met opdrachten waardoor zijn vrije en onafhankelijke positie als advocaat in gevaar kon komen. Ook de door de staatssecretaris van Justitie ten behoeve van dit geval gestelde voorwaarden zouden volgens het hof het functioneren in beide beroepen kunnen bemoeilijken.¹¹⁶ Tot slot was het hof met de raad van oordeel dat: 'Mede moet worden gelet op de indruk welke bij derden wordt gewekt door het verenigen van beide beroepen in één persoon. De door de Staatssecretaris geformuleerde voorwaarden, ondervangen dit bezwaar in onvoldoende mate, nu verwijzing naar de deurwaarder c.q. naar klagers patroon tot gevolg heeft dat een zaak die klager zelf niet behoort te behandelen, wel wordt behandeld door een kantoorgenoot. Dit, gevoegd bij de denkbare mogelijkheid van voorkennis over het leggen van beslagen, kan een schijn naar buiten opleveren welke in het belang van een goede beroepsuitoefening als advocaat en procureur behoort te worden vermeden.'

Kortom, de maatstaf voor toelaatbaarheid van bepaalde betrekkingen naast de praktijkuitoefening moet worden gevonden in de algemene beoordeling of de vrijheid en onafhankelijkheid van de beroepsuitoefening gevaar lopen. Het is dus aan de Raad van Toezicht om, in het kader van de bevoegdheid verzet te doen, daarmee rekening te houden of aan de deken om aan de hand van die maatstaf de verenigbaarheid aan de tuchtrechter voor te leggen.

5.8. De advocaat-belastingadviseur

Vanwege het feit dat deze combinatie in de praktijk veelvuldig voorkomt, heeft de Commissie bijzondere aandacht gegeven aan de vraag in hoeverre belastingadviseurs voor al hun werkzaamheden als advocaat zouden moeten worden beschouwd. Is het wenselijk dat belastingadviseurs bij zowel hun proces- als hun belastingadvieswerkzaamheden als advocaat optreden, of gaat het hier om werkzaamheden die niet des advocaats zijn? Belastingrecht, aldus de Commissie, is recht en wel onderdeel van het bestuursrecht. Aan het belastingrecht kleven niet zodanige aspecten dat het procederen en adviseren (waaronder begrepen het vormgeven van transacties) over belastingrecht niet te verenigen zou zijn met de vijf kernwaarden van de advocatuur. Feitelijk hebben belastingadviseurs die aan de respectievelijke toelatingseisen voldoen thans de keuze zich aan te sluiten bij de NOB, de NOvA of beide. Daarnaast heeft een – relatief klein – aantal advocaten, gespecialiseerd in het belastingprocesrecht, zich verenigd in de Nederlandse Vereniging van Advocaten-Belastingkundigen (NVAB), een specialistenvereniging van de NOvA. Overigens zijn er voor zover de Commissie weet nauwelijks belastingadviseurs die zich uitsluitend bij de NOvA hebben aangesloten.

¹¹⁴ RvD Arnhem 21 november 2011, nr. 11-54, LJN YA2272.

¹¹⁵ HvD 6 juni 1994, nr. 1911, *Adv.blad* 1995, p. 444.

¹¹⁶ Zo werd voorgeschreven dat bij dreigend belangenconflict klager als kandidaat-deurwaarder de president van de arrondissementsrechtbank om instructie diende te verzoeken. Een dergelijke instructie kan echter uiteraard geen betrekking hebben op het optreden van klager als advocaat. Niet ondenkbaar was voorts, dat de instructie van de president aan klager in zijn functie van toegevoegd kandidaat-deurwaarder zou afwijken van een eventuele beoordeling door de tuchtrechter van het handelen als advocaat. Het eventueel stellen van een soortgelijke voorwaarde, om vooraf het oordeel van de deken te vragen, liet volgens het hof de mogelijkheid van tegenstrijdige oordelen open.

De belastingadviseur die slechts lid is van de NOB heeft geen wettelijk verschoningsrecht. De Algemene Wet Rijksbelastingen bepaalt in art. 53a dat dit verschoningsrecht toekomt aan onder meer advocaten, maar niet aan belastingadviseurs per se. Feitelijk kennen de Belastingdienst en de rechtspraak aan de belastingadviseur echter een verschoningsrecht tegenover de inspecteur toe dat nagenoeg net zo sterk is als het verschoningsrecht van de advocaat. Dit zogenoemde 'informeel verschoningsrecht' is vastgelegd in uitvoeringsbesluiten van de staatssecretaris van Financiën. Niet alleen gaat dit verschoningsrecht inhoudelijk vrijwel net zo ver als dat van een advocaat, ook de regel dat de advocaat in beginsel zelf beslist of iets hem in zijn hoedanigheid is toevertrouwd en dus onder zijn verschoningsrecht valt, geldt blijkens lagere rechtspraak in beginsel ook voor de belastingadviseur (Rechtbank Amsterdam 6 oktober 2011, LJN:BT6955). De NOB kent voorts gedragsregels en tuchtrecht die tot op zekere hoogte uitgaan van vergelijkbare kernwaarden als die de NOvA hanteert.

Op twee punten verschilt de positie van de slechts bij de NOB aangesloten belastingadviseur echter wezenlijk met die van de belastingadviseur die ook als advocaat optreedt. Ten eerste is de NOB, anders dan de NOvA, een volledig privaatrechtelijk georganiseerd samenwerkingsverband. Dit vertaalt zich bijvoorbeeld in het tuchtrecht, waarbij klachten vooral worden behandeld vanuit de privaatrechtelijke invalshoek (is de belastingadviseur jegens zijn cliënte tekortgeschoten?) en ontbreekt de dimensie van de publieke verantwoording die in het advocatentuchtrecht aan de orde is.

Ten tweede geldt het informele verschoningsrecht van de belastingadviseur alleen jegens de inspecteur. Mede daarom zijn belastingadviseurs bij een aantal grote kantoren die betrokken zijn bij adviezen, transacties en procedures waarbij ook andere advocaten ingeschakeld zijn, tevens lid van de NOvA om zo de vertrouwelijkheid van hun (fiscaal-)juridische adviezen en hetgeen hen wordt toevertrouwd als (fiscaal-)juridisch adviseur te waarborgen. Dat zou in beginsel ook bereikt kunnen worden als de belastingadviseur door de (andere) advocaat-kantoorgenoot wordt ingeschakeld, daar hij dan van een afgeleid verschoningsrecht kan profiteren. Problemen ontstaan dan echter als de zaak primair binnenkomt bij de belastingadviseur en deze advocaat-kantoorgenoten inschakelt. Van belang is uiteraard dat de belastingadviseur die NOvA lid wordt, doordrongen is van het feit dat hij al zijn (fiscaal) juridische werk vanaf dat moment vanuit de vijf kernwaarden dient te verrichten.

5.9. Verhouding tussen praktijkuitoefening en nevenactiviteit

Ook op de vraag of en zo ja, in hoeverre, de praktijkuitoefening en de nevenactiviteit nog in een zekere verhouding behoren te staan is de Commissie uitvoerig ingegaan. Voor advocaat-stagiaires geldt dat een wezenlijk deel van de werktijd aan de advocatuurlijke praktijkuitoefening moet worden besteed. De raad van toezicht stelt daarbij voor stagiaires die in deeltijd werkzaam zijn als minimum 24 uren per week.¹¹⁷ Eenmaal in het bezit van een stageverklaring vervalt deze minimale tijdsbesteding. Wel schrijft art. 12 Advocatenwet voor dat advocaten verplicht zijn kantoor te houden, wat de voor advocaten geldende minimumeis lijkt te zijn.

In haar overwegingen heeft de Commissie als uitgangspunt gesteld dat een advocaat wel nevenactiviteiten kan hebben, maar dat het onverenigbaar wordt zodra de advocatuurlijke werkzaamheden zelf een nevenwerkzaamheid vormen. Denkbaar is dat meerdere juristen gezamenlijk een bureau oprichten dat zich toelegt op financieringsbemiddeling: het adviseren van ondernemingen over hun financieringsstructuur, het vinden van financiers en het bemiddelen bij het tot stand komen van leningovereenkomsten. De betrokken juristen zouden ook de dienst kunnen verlenen om de leningovereenkomsten voor de cliënten op te stellen en hen inhoudelijk te advi-

¹¹⁷ Art. 4 lid 1 Stageverordening 2012. Voor stagiaire-ondernemers geldt op grond van art. 4 lid 2 een hoger minimum van 32 uur per week.

seren. Deze adviezen zijn dan een nevenactiviteit, een extra service als het ware in het totaalpakket van de financieringsbemiddeling. De betrokken juristen zouden zich als advocaat kunnen inschrijven, voldoen aan eisen van de beroepsopleiding en hun cliënten voorhouden dat zij hun advieswerkzaamheden als advocaat verrichten, zodat de cliënten bijvoorbeeld kunnen profiteren van het feit dat de betrokken juristen als advocaat een verschoningsrecht hebben.

De vraag is of iemand met zodanige werkzaamheden zich advocaat zou mogen noemen, beantwoordt de Commissie ontkennend. De juridische advisering vormt in dit voorbeeld immers slechts een onderdeel van de hoofdactiviteit, het adviseren over en bemiddelen bij financieringsvragen. Anderzijds is er niets aan de hand als een advocaat die met een bepaalde branche vertrouwd is, zijn cliënten naast juridische aspecten bij gelegenheid ook adviseert over andere zaken. Zo zal een in de onroerend goed praktijk actieve advocaat zijn cliënten ook wel eens kunnen adviseren over de werking van de kantorenmarkt of een in het bankrecht gespecialiseerde advocaat over de financiële risico's van swap-contracten. Maar dat een cliënt zich tot een dergelijke advocaat wendt, moet zijn vanwege diens kerntaken, het geven van juridisch advies en of het voeren van procedures.

In het aanhangige voorstel Wet positie en toezicht advocatuur is de bepaling opgenomen dat de Raad van Toezicht de Raad van Discipline kan verzoeken de advocaat die niet duurzaam en stelselmatig zijn beroep uitoefent van het tableau te schrappen.¹¹⁸ Wanneer een ingeschreven advocaat het beroep van advocaat feitelijk niet meer uitoefent, aldus de memorie van toelichting, vervalt de legitimatie van zijn positie. Hieronder valt niet het tijdelijk verrichten van andere werkzaamheden of het genieten van een sabbatical. Het gaat erom, aldus de regering, dat de periode niet zo lang duurt dat betrokkene redelijkerwijs niet meer in staat geacht kan worden zijn werk als advocaat op voldoende niveau in te vullen.¹¹⁹

Van het noemen van een minimum aantal uren dat advocaten aan hun werkzaamheden dienen te besteden om zich als zodoende te mogen (blijven) kwalificeren, heeft de Commissie afgezien. Naar haar mening is een geval tot geval-benadering van de deken en, zo nodig, Raad van Toezicht hier op zijn plaats is. Zo kan bijvoorbeeld een advocaat die een aantal jaren optreedt als voorzitter van een groot advocatenkantoor, gedurende die periode niet toekomen aan het voeren van praktijk. Kan deze advocaat ingeschreven blijven bestaan? Aangezien dergelijke bestuursvoorzitters nog regelmatig contacten met cliënten hebben en, zonder die weliswaar geheel zelf te behandelen, zaken met hen bespreken en bovendien vaak met kantoorgenoten over zaken spreken, is het volgens de Commissie geen probleem dat zij als advocaat aangemerkt kunnen blijven en dus ook het gebruik van hun verschoningsrecht kunnen continueren. Immers, betrokkenen zijn wegens hun intensieve betrokkenheid bij de praktijkvoering van kantoorgenoten doorgaans voldoende doordrongen van de vijf kernwaarden. En juist vanwege hun positie spelen ze een uitermate belangrijke rol bij het leven houden en uitdragen van de kernwaarden, waarbij ze vaak voor kantoorgenoten met vragen over het gedragsrecht en de concrete invulling van die kernwaarden als klankbord fungeren.

5.10 Toepasselijkheid van het tuchtrecht op nevenactiviteiten

Uit de nadruk die de Commissie legt op de kernwaarden bij de uitoefening van ook niet-specifiek advocatuurlijke werkzaamheden, vloeit de vraag voort of op het verrichten van nevenactiviteiten ook het tuchtrecht geldt. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline is dat het geval; en gedraagt de advocaat zich bij de vervulling van een andere functie zodanig dat hij het vertrouwen in de advocatuur schaadt, dan kan hem dat in het algemeen tuchtrechtelijk verweten worden.¹²⁰

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 382, nr. 2, zie het voorgestelde nieuwe artikel 8a.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 382, nr. 3, p. 20.

¹²⁰ Aldus de lijn ingezet met HvD 3-9-2007, nr. 4737, *Adv.blad* 2008, p. 335.

In het geval van het verrichten van nevenactiviteiten heeft de Raad van Discipline Amsterdam met zoveel woorden aangegeven dat de hoedanigheid van advocaat tijdens die werkzaamheden niet kan worden 'afgelegd'.¹²¹ Dat betrof een advocaat die drie dagen per week (tijdelijk) als bedrijfsjurist werkzaam was. Naar het oordeel van de raad kan een advocaat, anders dan door zich van het tableau te laten schrappen, er niet voor kiezen zijn hoedanigheid van advocaat tijdelijk af te leggen en zich zo onttrekken aan het tuchtrecht. De raad wees in zijn beslissing nog uitdrukkelijk op gedragsregel 29: 'een advocaat moet in zijn contacten met derden misverstand vermijden over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optreedt. De betrokken advocaat had van het begin af aan duidelijk moeten maken dat hij advocaat is, althans had ieder misverstand ter zake moeten wegnemen.'

Hoewel een advocaat in de uitvoering van een nevenbetrekking dus onder het toetsingsbereik van het tuchtrecht valt, wordt hij echter niet geacht te kunnen beschikken over de privileges die aan de hoedanigheid van advocaat zijn verbonden. Voor de wettelijk voorbehouden bevoegdheden ten aanzien van het optreden in rechte spreekt dat voor zichzelf; van deze bevoegdheden kan een advocaat slechts als zodanig gebruik maken. Hij kan echter tijdens het verrichten van de nevenbetrekking evenmin een beroep doen op het verschoningsrecht, dat hem als advocaat toebehoort. Het verschoningsrecht van de advocaat ziet immers op de bescherming van de geheimhoudingsplicht van wat hem in die hoedanigheid is toevertrouwd.

De Hoge Raad heeft deze uitsluiting van het verschoningsrecht voor advocaten in een andere hoedanigheid met zoveel woorden overwogen.¹²² In het onderhavige geval besliste de Hoge Raad dat mediators niet kunnen worden gerekend tot de beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd en voegde daar ten aanzien van de advocaat-mediator aan toe (r.o. 3.6.2.3): 'Het voorgaande wordt niet anders in het geval dat iemand als mediator optreedt die een beroep uitoefent uit hoofde waarvan hij op grond van art. 165 lid 2, aanhef en onder b Rv. een verschoningsrecht heeft, zoals een advocaat (gelijk in het onderhavige geval [verweerster]), een notaris of een arts. In geval van mediation door een dergelijke beroepsbeoefenaar zal immers in beginsel hebben te gelden dat informatie die hem in het kader van de mediation is medegedeeld of anderszins ter kennis is gekomen, niet heeft te gelden als aan hem in zijn hoedanigheid van beroepsbeoefenaar toevertrouwd. Dat kan onder bijzondere omstandigheden anders zijn, met name indien voor alle bij de mediation betrokkenen, met inbegrip van de mediator, duidelijk is dat de betrokken informatie aan de mediator uitsluitend in diens hoedanigheid van beroepsbeoefenaar ter kennis is gebracht of gekomen.'

5.11 Conclusies

De kantooromgeving waarbinnen de advocaat opereert, is vooral in de tweede helft van de vorige eeuw ingrijpend veranderd door schaalvergroting, specialisatie, samenwerking met andere beroepsbeoefenaren, grensoverschrijdende praktijkuitoefening en praktijkuitoefening in dienstbetrekking (buiten de context van een advocatenkantoor).

De advocaat in dienstbetrekking is vooral de laatste jaren onderwerp van discussie geweest, nadat het Hof van Justitie de jurisprudentiële lijn in de Akzo-beslissing heeft voortgezet dat alleen een volledig onafhankelijke advocaat ook een beroep op het verschoningsrecht toekomt. Inmiddels heeft de Hoge Raad de toepasselijkheid van die doctrine voor de Nederlandse praktijk ingeperkt, waarmee het (potentiële) vraagstuk rondom de advocaat in dienstbetrekking in het kader van dit rapport kan blijven rusten. In elk geval noopt de toepasselijkheid van het verscho-

¹²¹ RvD Amsterdam 31-8-2009, *Adv.blad* 2010, p. 607.

¹²² HR 10 april 2009, LJN BG9470, *NJ* 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

ningsrecht in de Nederlandse rechtssfeer vooralsnog niet tot het maken onderscheid tussen advocaten.

In hoeverre advocaten nevenbetrekkingen kunnen hebben, is een essentiële vraag omdat daarvoor een grensgebied ontstaat tussen de hoedanigheid van advocaat en andere professionele activiteiten. De Advocatenwet bevat geen incompatibiliteitsregeling, maar op grond van andere formeel-wettelijke bepalingen worden sommige nevenbetrekkingen wel uitgesloten. De tuchtrechtspraak heeft, gebaseerd op het beginsel dat de advocaat de vrijheid en onafhankelijkheid van zijn beroepsuitoefening niet in gevaar mag brengen, wel uitgangspunten voor onverenigbaarheid ontwikkeld. Wel blijven advocaten ook voor wat het uitoefenen van die nevenbetrekkingen betreft onderworpen aan het wettelijk tuchtrecht en dienen de vijf kernwaarden gerespecteerd te worden. Immers, de hoedanigheid van advocaat kan niet worden 'afgelegd'.

Een minimale tijdsbesteding aan advocatuurlijke werkzaamheden is niet vastgelegd (advocaatstagiaires uitgezonderd). Art. 12 Advocatenwet, wat een voorschrift over kantoorhouden naar plaats bevat, laat echter onverlet waar en wanneer advocatuurlijke werkzaamheden worden verricht. 'Dienstverlening' en 'kantoorhouden' zijn geen overlappende begrippen; kantoorhouden is bedoeld als vaststelling van de formele vestigingsplaats van een kantoor ter beantwoording van de vraag welke Raad van Toezicht bevoegd is. Dit gebrek aan kwantitatieve eisen zal het toepassen van het nieuwe *shadow of the law*-artikel in de praktijk lastig maken.

6. De advocaat in rechtsstatelijk perspectief

6.1. Algemene uitgangspunten van de rechtsstaat

Om de vraag te kunnen beantwoorden wat een advocaat is en hoe hij zijn rol idealiter uitoefent, is het belangrijk stil te staan bij de essentie van deze rol in een samenleving. In empirische zin is de relevante context voor het antwoord op deze vraag die van de Nederlandse rechtsorde, zoals die is ingebed in de internationale rechtsorde. In normatieve zin is relevant het kader van de rechtsstaat, die van belang is voor de legitimatie van de positie van de advocaat en zijn privileges, voor de nadere bepaling van zijn rol en voor het denken over de taak van de advocatuur in bredere zin. Ook heeft het kader van de rechtsstaat een zekere verklarende kracht voor de feitelijke positie van de advocatuur in de Nederlandse rechtsorde.

Eerst is het echter zinnig een aantal opvattingen over de rechtsstaat de revue te laten passeren. De meest uitgekilde interpretatie, ook wel aangeduid met 'formele legaliteit,' houdt kort gezegd in dat zowel overheid als burgers gebonden zijn aan het recht en dat zij zich eraan houden. Volgens deze opvatting moeten de gronden voor politieke machtsuitoefening vooraf en publiekelijk kenbaar zijn, dienen zij stabiel te zijn en ook op iedere burger gelijk te worden toegepast. De 'pointe' van deze interpretatie is onder meer het waarborgen van een zekere vrijheid en orde en het realiseren van marktwerking. Rechtsverhoudingen tussen burgers en overheid en burgers onderling zijn in deze opvatting idealiter transparant en voorspelbaar. Moreel beschouwd biedt deze visie op de rechtsstaat echter weinig garanties. Eisen ten aanzien van de inhoud van het recht kent deze opvatting niet en op geen enkele manier wordt voorgeschreven welke doelen of waarden via het recht moeten of mogen worden gerealiseerd. Het Zuid-Afrikaanse apartheidregime zou bijvoorbeeld op basis van deze 'enge' interpretatie voor een rechtsstaat kunnen doorgaan.

Bredere opvattingen van de rechtsstaat omvatten naast de eis van formele legaliteit ook inhoudelijke doelen die een overheid zou moeten nastreven. De idee is dat een rechtsorde ook bepaalde fundamentele belangen van burgers moet beschermen. Afhankelijk van de inhoudelijke opvatting van de rechtsstaat moet een samenleving in elk geval de klassieke burgerrechten - zoals het recht op lichamelijke integriteit, eigendomsrecht en de contractsvrijheid - beschermen (klassieke rechtsstaat), politieke vrijheidsrechten waarborgen (democratische rechtsstaat) en, omwille van gelijke kansen op een betekenisvolle uitoefening van de klassieke en politieke rechten, voor alle burgers een sociaal-economisch minimum garanderen (sociaal democratische rechtsstaat).

6.2 Rechtsstaat en de functie van de advocaat

Welke opvatting men ook hanteert, de advocaat speelt een belangrijke rol bij de realisering van de rechtsstaat. Gesteld kan worden dat de relatie tussen de twee een dialectische is: enerzijds ontleent de rol van advocaat haar rechtvaardiging aan de idee van de rechtsstaat, anderzijds is de realisering van de rechtsstaat mede afhankelijk van deze rol.

Twee functies van de advocaat zijn hierbij cruciaal. Ten eerste, door burgers juridisch advies te geven en hen bij te staan in juridische procedures draagt een advocaat bij aan de realisering van rechtsstatelijke verhoudingen tussen burgers en overheid en burgers onderling. De tweede functie is het bijdragen aan een rechtsstatelijke cultuur; aan een rechtsbewustzijn onder burgers en bij de overheid dat het recht en niet (louter) sociale-, economische of politieke krachten de verhoudingen in een samenleving bepalen. Dit betreft dus niet alleen de precieze inhoud van de advocatuurlijke werkzaamheden, maar ook hun performatieve of symbolische betekenis. Een rechtsstaat kan niet bestaan zonder dat burgers en overheid er voldoende op kunnen vertrou-

wen dat de samenleving inderdaad wordt gereguleerd door het recht. Als bemiddelaar tussen het recht en de burger in het genereren van dit vertrouwen heeft de advocaat een belangrijke rol. Door zijn oriëntatie op het recht enerzijds en het contact met de burger en de overheid anderzijds, kan hij uitdrukking geven aan het feit dat niet traditie, religie of vooroordelen de rechtspositie van burgers bepaalt, maar het recht.

Vanuit deze rechtsstatelijke functies kunnen de aan de advocaat toegekende privileges, in het bijzonder het procesmonopolie en verschoningsrecht begrepen en gelegitimeerd worden. Ook kunnen de advocatuurlijke kernwaarden - cruciaal voor de vervulling van de rechtsstatelijke rol - hierin geplaatst worden.

Uiteraard zijn bij de idee dat de advocatuur een cruciale functie speelt in het waarborgen van een rechtsstaat kanttekeningen te plaatsen. Deze zijn vaak te herleiden tot de zorg dat de rechtsstatelijke legitimatie van de rol van de advocaat ideologisch en (te) rooskleurig is en zodoende de blik op de minder moreel verdienstelijke of verheven realiteit van de advocatuurlijke praktijk vertroebelt. Zo wordt wel eens gesteld dat de geschiedenis leert dat de advocatuur vooral een sociale groep is die gericht is op het behartigen van eigen (financiële) belangen en het handhaven van een specifieke sociale orde waarin sommigen beter gedijen dan anderen. Hiermee samenhangend wordt ook genoemd dat de advocatuur juist niet bijdraagt aan rechtsstatelijke rechtsbetrekkingen en een rechtsstatelijke cultuur, omdat de beroepsgroep meer baat heeft bij complexiteit dan bij transparantie en eenvoud en bijdraagt aan de vertraging van procedures. Voor zover deze zorgen empirisch ondersteund worden, zijn ze legitiem, maar over het algemeen laten ze de betekenis die de advocaat als zodanig heeft en moet hebben voor de rechtsstaat onverlet.

6.3 Aandachtspunten vanuit de rechtsstaat

Vanuit de rechtsstaat beschouwd zijn de onafhankelijke positie van de advocaat zowel ten opzichte van zijn cliënt als ten opzichte van de overheid cruciaal. Controle van overheidswege op de advocatuur is dan ook onwenselijk nu de advocaat er voor moet zorgen dat de rechtsverhouding tussen burger en overheid in overeenstemming is met de eisen van de rechtsstaat. Dit kan een advocaat niet doen wanneer hij tegelijkertijd onder overheidscontrole staat. Zeker in een rechtsorde waarin individuele rechten van burgers beschermd worden, moet de advocaat voldoende gevrijwaard zijn van externe controle en van staatscontrole in het bijzonder.

Het belang van onafhankelijkheid brengt ook mee dat de overheid op andere manieren terughoudend moet zijn in de regulering van de beroepsgroep of inmenging in de uitoefening van de rol van de advocaat. De advocaat draagt immers ook bij aan een rechtsstatelijke cultuur en zijn symbolische waarde is van belang voor het vertrouwen in de rechtsstaat. Wanneer burgers de advocatuur percipiëren als onderworpen aan de overheid, kan hij deze symbolische functie niet meer vervullen. Het van overheidswege bij voortduring problematiseren van de privileges van de advocaat doet dan ook afbreuk aan zijn rechtsstatelijke rol. Natuurlijk kan een advocaat misbruik maken van zijn privileges. Maar ook dan is terughoudendheid van de overheid gewenst, juist vanwege het belang dat de beroepsgroep als onafhankelijk wordt gepercipieerd door de samenleving. Doet dergelijk misbruik zich voor, dan dient de beroepsgroep dus zelf in te grijpen.

Het belang van onafhankelijkheid brengt echter mee dat het ook vanuit rechtsstatelijk oogpunt problematisch is wanneer de invulling van de rol van advocaat en het gebruik van zijn privileges op gespannen voet staan met de rechtsstaat. Het maken van onderscheid tussen de advocaat die in de uitoefening van zijn beroep de vijf kernwaarden respecteert en de advocaat die louter functioneert als amorele dienstverlener heeft dus ook een rechtsstatelijke reden. Daar waar een juridisch geschoolde dienstverlener in opdracht de mazen van de wet kan opzoeken om bijvoorbeeld vanuit de rechtsstaat gezien legitieme doelen te frustreren (bijvoorbeeld belastingontdui-

king, het ontwijken van milieuregelgeving, mededingingsregels et cetera), heeft een advocaat de grenzen en bedoeling van de rechtsstaat in acht te nemen. Vanuit rechtsstatelijk oogpunt 'verdiend' de juridisch geschoolde dienstverlener, wanneer zijn dienstverlening erop gericht is de rechtsstaat te frustreren, de privileges dus niet zonder meer, juist omdat de legitimatie voor deze privileges voortvloeit uit diezelfde rechtsstaat. Dit sluit natuurlijk niet uit dat een advocaat beroepsethisch verantwoord kan handelen door in het belang van zijn cliënt bepaalde grenzen op te zoeken.

Kortom, wanneer een advocaat wordt ingehuurd, betekent dit dat ook de rechtsstatelijke principes 'meekomen'. De advocaat maakt weliswaar eigen en onafhankelijke afwegingen ten aanzien van zijn adviezen en juridische bijstand maar betreft daarbij nadrukkelijk de grenzen die de rechtsstaat stelt. Deze onafhankelijke afweging wordt vanzelfsprekend bemoeilijkt door een sterke afhankelijkheidsrelatie tussen advocaat en cliënt. Een soortgelijk probleem kan vanuit rechtsstatelijk oogpunt ontstaan wanneer de advocaat in zijn rol als advocaat-mediator rechtsstatelijke waarden zoals de transparantie van rechtsverhoudingen, de bescherming van individuele burgerrechten of de waarde van formele gelijkheid laat varen. De vraag of hij nog wel als advocaat optreedt, is dan gerechtvaardigd.

Cruciaal aandachtspunt ten aanzien van de advocatuur als zodanig is dat, wanneer de positie van de advocaat gelegitimeerd wordt met een beroep op de rechtsstaat, er tijdens de opleidingen tot jurist en advocaat (meer) aandacht komt voor rechtsstatelijke dilemma's waarmee de advocaat geconfronteerd kan worden. Juist in een tijd waarin veel advocaten deel uit maken van een (grote) organisaties en taken veelal bestaan uit de behartiging van deelbelangen, moeten zij in staat blijven de waarden waaraan zij mede hun privileges ontleen, vorm te geven. Advocaatstagiaires dienen derhalve beter getraind te worden om op de rechtsstatelijke merites van hun handelen te kunnen reflecteren.

Tenslotte, wil de advocatuur haar bijdrage aan een rechtsstatelijke cultuur ook in het Nederland van de 21^{ste} eeuw continueren, dan dient de beroepsgroep naar een grotere pluriformiteit te streven. Alleen zo kan voorkomen worden dat samenleving de advocatuur beschouwt als met name gericht op de bescherming van (eigen) financiële belangen of die van bepaalde sociale groepen in de samenleving. Een andere wijze waarop advocaten en de NOvA tegenwicht aan deze perceptie kunnen bieden, is door zich sterk te blijven maken voor het voor iedereen toegankelijk houden van kwalitatief hoogstaande rechtsbijstand.

6.4 Internationaal profiel van de 'lawyer'

Het werkveld van een groot deel van de Nederlandse advocaten behelst binnen- en buitenlandse cliënten. Een aantal advocaten is in dienst of maakt deel uit van een internationaal kantoor of samenwerkingsverband. Ook de opkomst van het Unierecht en de doorwerking daarvan in de Nederlandse rechtsorde hebben een extra dimensie toegevoegd aan de inhoud van beroepsuitoefening.

Bij deze ontwikkelingen blijft de internationalisering van het beroepsbeeld achter, hoewel de Verenigde Naties reeds in 1990 een aantal *Basic Principles on the Role of Lawyers* heeft opgesteld.¹²³ Deze beginselen zijn te lezen in het licht van de verdediging van verdachten in het strafproces en hun toepasselijkheid beslaat zowel advocaten in de formele als in materiële betekenis, aldus de considerans: "These principles shall also apply, as appropriate, to persons who exercise the functions of lawyers without having the formal status of lawyers."¹²⁴

¹²³ Basic Principles on the Role of Lawyers, Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 augustus - 7 september 1990, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 118 (1990).

¹²⁴ In dit hoofdstuk wordt om praktische redenen de internationale generieke term 'lawyer' vertaald met 'advocaat'. Volledig accuraat is die vertaling echter niet.

De *Basic Principles*, die zien op de kernbeginselen van toegang tot een raadsman en de nadere effectuering van fundamentele rechten, vermelden verder dat: '[9.] Governments, professional associations of lawyers and educational institutions shall ensure that lawyers have appropriate education and training and be made aware of the ideals and ethical duties of the lawyer and of human rights and fundamental freedoms recognized by national and international law.'

Van advocaten wordt te allen tijde verlangd dat zij de eer en waardigheid van hun beroep handhaven 'as essential agents of the administration of justice'¹²⁵ en altijd getrouw de belangen van hun cliënten te respecteren.¹²⁶ De plichten van advocaten jegens hun cliënten zien onder meer op: 'advising clients as to their legal rights and obligations, and as to the working of the legal system in so far as it is relevant to the legal rights and obligations of the clients; assisting clients in every appropriate way, and taking legal action to protect their interests; assisting clients before courts, tribunals or administrative authorities, where appropriate.'¹²⁷

Los van de status van deze *Basic Principles* legt dit VN-handvest de nadruk op de ruimte en faciliteiten die de overheid advocaten moet bieden om hun werk te kunnen doen; anderzijds dient de advocaat als verantwoordelijke deelnemer aan de rechtspleging bij zijn werkzaamheden zijn cliënt en diens belangen centraal te stellen.

In aanvulling daarop heeft de International Bar Association (IBA) recent de *International Principles on Conduct for the Legal Profession* aangenomen.¹²⁸ Advocaten, waar ook ter wereld, aldus de inleiding, 'are specialized professionals who place the interests of their clients above their own, and strive to obtain respect for the Rule of Law. They have to combine a continuous update on legal developments with service to their clients, respect for the courts, and the legitimate aspiration to maintain a reasonable standard of living.' De IBA onderscheidt verder tien beginselen, die grotendeels overeenkomen met de vijf Nederlandse kernwaarden. Bijkomend ten opzichte van de Advocatenwet zijn het vermijden van belangenconflicten, de vrije advocaatkeuze, zorgvuldigheid met eigendommen van cliënten en derden en het recht van een advocaat op een eerlijke beloning.

Dat ook voor de IBA het uitgangspunt geldt dat de advocaat een onmisbare participant is van een goede rechtsbedeling blijkt uit het begeleidende commentaar bij hun *International Principles*: 'The lawyer's role, whether retained by an individual, a corporation or the state, is as the client's trusted adviser and representative, as a professional respected by third parties, and as an indispensable participant in the fair administration of justice. By embodying all these elements, the lawyer, who faithfully serves a client's interests and protects the client's rights, also fulfills the functions of the lawyer in society – which are to forestall and prevent conflicts, to ensure that conflicts are resolved in accordance with recognized principles of civil, public or criminal law and with due account of rights and interests, to negotiate and draft agreements and other transactional necessities, to further the development of the law, and to defend liberty, justice and the rule of law.'¹²⁹

6.5 De 'Europese' advocaat?

Rechtspleging is binnen de ontwikkeling van het Europese Unierecht vooralsnog geen onderdeel van integratie. Elke lidstaat behoudt zijn eigen rechtstelsel, waarin het in Brussel ontwikkelde Unierecht door de nationale rechtsinstellingen wordt toegepast. Een voor de hand liggende ver-

¹²⁵ Basic Principle no. 12.

¹²⁶ Basic Principle no. 15.

¹²⁷ Basic Principle no. 13.

¹²⁸ Tijdens de Council Meeting op 28 mei 2011 te Warschau.

¹²⁹ Commentary on IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, p. 10.

klaring is te vinden in de traditie van de rechtsstelsels die eigen zijn aan de cultuur van elk land. De werking van de rechtspleging in landen met een common law-traditie is lastig vergelijkbaar met 'civil law'-landen die gedurende de Napoleontische tijd zijn beïnvloed door Franse gedachten over recht en rechtspraak.

Als afgeleide van die diversiteit is ook de organisatie en regulering van de advocatuur een nationale aangelegenheid. De Raad van Europese balies CCBE¹³⁰ is dan ook geen Europese balie maar een platform voor de balies van alle lidstaten, aangevuld met de landen van de Europese Economische Ruimte en Zwitserland, om Europese aangelegenheden die de advocatenpraktijk aangaan te bespreken.

Die *couleur locale* gaat ook op voor de individuele advocaat. Een bijzonderheid van de advocatuur is dat er binnen het Unierechtelijke stelsel van de vier vrijheden twee sectorale richtlijnen tot stand zijn gekomen die zowel de incidentele dienstverrichtingen door advocaten in een andere lidstaat als de vestiging in een andere lidstaat reguleren.¹³¹ Deze richtlijnen zijn echter niet gebaseerd op harmonisatie van het concept advocaat, maar op wederzijdse erkenning van de nationale wettelijk geregelde beroepstitel.¹³²

Richtlijn 77/249/EEG kent een beperkt werkerrein in de zin dat een advocaat in een andere lidstaat cliënten bij mag staan terwijl hij in zijn lidstaat van herkomst gevestigd blijft. De dienstverlening heeft dus een incidenteel karakter. De inleidende overwegingen geven uitdrukkelijk aan dat de richtlijn alleen maatregelen behelst die de daadwerkelijke uitoefening van de werkzaamheden van advocaat bij wijze van dienstverrichting beogen te vergemakkelijken en dat voor het recht van vestiging verdere maatregelen nodig zullen zijn. Evenmin bevat de richtlijn bepalingen betreffende de onderlinge erkenning van diploma's.¹³³

Richtlijn 98/5/EG van 16 februari 1998 bepaalt het recht van vestiging, dat wil zeggen de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat.¹³⁴ Essentie van deze richtlijn, ook bekend als de 'vestigingsrichtlijn', is het recht van elke advocaat permanent in een andere lidstaat¹³⁵ onder zijn oorspronkelijke beroepstitel de werkzaamheden van advocaat uit te oefenen. Het belangrijkste verschil met de richtlijn van 1977 is dat de vestigingsrichtlijn effectief het recht van permanente vestiging creëert, onder de verplichting dat de advocaat zich bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst dient in te schrijven.¹³⁶ Na drie jaar daadwerkelijk en regelmatig in het recht van het gastland werkzaam te zijn geweest, kan de advocaat dan zonder proeve van bekwaamheid zijn beroepsactiviteit uit hoofde van de beroepstitel van het

¹³⁰ De CCBE is de in Brussel gevestigde organisatie van Europese ordes, balie- en beroepsorganisaties en heeft als hoofddoel de vertegenwoordiging van zijn leden (die in de Europese Unie, de Europese Economische Ruimte en Zwitserland) en de geassocieerde en waarnemende leden, in alle zaken van gezamenlijk belang met betrekking tot de uitoefening van het beroep van advocaat, de ontwikkeling van het recht, enz. Zie artikel III van de CCBE-Statuten op www.ccbe.org.

¹³¹ Respectievelijk richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten en richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven.

¹³² Art. 2 Richtlijn 77/249/EEG; daartoe bevat de richtlijn een lijst met dragers van een beroepstitel die door de overige lidstaten als 'advocaat' moet worden erkend. Waar in deze bijdrage wordt gesproken over 'advocaat' kan dus even goed 'Rechtsanwalt', 'dikegóros' of 'ügyvéd' worden gelezen.

¹³³ De wederzijdse erkenning van hoger-onderwijsdiploma's is neergelegd in richtlijn 89/48/EEG van 21 december 1988, geïmplementeerd in de Advocatenwet bij wet van 15 december 1993, *Stb.* 1994, 29.

¹³⁴ Richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven, *Pb.L.* 77/36 van 14 maart 1998.

¹³⁵ Dat wil zeggen de lidstaten van de Europese Unie, de landen van de Europese Economische Ruimte (IJsland, Noorwegen en Liechtenstein) en Zwitserland. In al deze staten is de vestigingsrichtlijn van toepassing verklaard.

¹³⁶ Art. 3.1 Richtlijn 98/5/EG.

gastland uitoefenen. In die zin integreert de advocaat dan in de balie van dat gastland en verkrijgt hij de bijhorende beroepstitel.¹³⁷

In bijlage I is de lijst opgenomen van de in Europa erkende beroepstitels. Het gevolg van deze opzet is dat wat binnen de EU (plus Zwitserland en de landen van de EER) wordt gelijkgesteld aan een advocaat, conceptueel af kan wijken van wat daar in Nederland onder wordt verstaan. De 'Europese' advocaat bestaat dus niet en een beschrijving van de advocaat in Europa vergt vergelijking van de rol en taak van advocaten in meer dan dertig jurisdicties.

6.6. Zoektocht naar gemeenschappelijke beginselen

Die traditionele diversiteit heeft Europese organisaties zoals de CCBE voor de uitdaging gesteld om desondanks te zoeken naar een gemeenschappelijke grondslag voor de advocatuur. Sinds de inwerkingtreding van richtlijn 77/249/EEG heeft de CCBE getracht tot afstemming te komen tussen die individuele nationale regels. Zo bepaalde de in 1977 door de CCBE aangenomen Verklaring van Perugia¹³⁸ de fundamentele principes van de beroeps- en gedragsregels die van toepassing zijn op advocaten in de gehele huidige Europese Unie. De Verklaring benadrukt daarnaast de lastigheid van het vinden van een gemeenschappelijke basis: 'The particular rules of each Bar or Law Society are linked to its own traditions and are adapted to the organization and sphere of activity of the profession in the country concerned, to its judicial and administrative procedures and to its national legislation. It is neither possible nor desirable that they should be taken out of their context nor that an attempt should be made to give general application to rules which are inherently incapable of such application.'

Als gevolg van de voortschrijdende Europese integratie¹³⁹ en de intensivering van de grensoverschrijdende activiteiten van advocaten binnen dat gebied is sindsdien de noodzaak ontstaan uniforme regels vast te stellen die voor iedere advocaat gelden bij zijn binnen Europese context grensoverschrijdende activiteiten. Daartoe heeft de CCBE, voortbouwend op de Verklaring van Perugia, in 1988 de *Code of Conduct for European Lawyers* aangenomen. Deze regels beogen vooral moeilijkheden te verminderen die voortvloeien uit de toepassing van twee stelsels van gedragsregels, zoals bepaald in de artt. 4 en 7.2 van Richtlijn 77/249/EEG en de artt. 6 en 7 van Richtlijn 98/5/EG.¹⁴⁰ Het vertrekpunt bij de uitwerking van deze gedragscode wordt zodoende gevormd door de gezamenlijke beginselen, die weer de bron vormen van specifieke regels in elke lidstaat.

Ook benadrukt de gedragscode de diversiteit van de advocatuur in Europa (1.2.2., *Vademecum Advocatuur 2012*): 'Iedere balie heeft haar eigen specifieke regels, die geworteld zijn in haar eigen tradities. Zij zijn aangepast zowel aan de organisatie en het werkterrein van de advocaat in de betrokken lidstaat, als aan de gerechtelijke en administratieve procedures en de nationale wetgeving. Het is noch mogelijk noch wenselijk, ze daarvan te vervreemden en evenmin te pogen regels, die zich daartoe niet lenen, te veralgemenen. De bijzondere regels van elke balie hebben niettemin betrekking op dezelfde waarden en geven veelal blijk van een gemeenschappelijke grondslag.'

Om die gemeenschappelijke grondslag in te kleuren, heeft de CBBE heeft in 2006 een Handvest van de kernbeginselen van de Europese advocaat opgesteld, bestaande uit tien beginselen die

¹³⁷ Art. 10 Richtlijn 98/5/EG, uitgewerkt voor Nederland in de artikelen 2a tot en met 2c van de Advocatenwet.

¹³⁸ *Declaration of Perugia on the Principles of Professional Conduct of the Bars and Law Societies of the European Community* van 16 september 1977.

¹³⁹ Tot de CCBE-leden behoren ook de drie landen van de EER, Liechtenstein, Noorwegen en IJsland, alsmede Zwitserland.

¹⁴⁰ Art. 1.3.1 van de Gedragscode voor Europese advocaten, *Vademecum Advocatuur 2012*, p. 406.

gemeenschappelijk zijn voor het beroep van advocaat in Europa.¹⁴¹ Ook deze beginselen overlappen de vijf Nederlandse kernwaarden. Met betrekking tot de inhoud van het advocatenberoep zijn van belang de onafhankelijkheid van de advocaat en de vrijheid om zijn cliënts zaak te dienen, vertrouwelijkheid, vermijden van belangenconflicten, het handhaven van de waardigheid, eer van beroep en de individuele advocaat. De Nederlandse 'zesde kernwaarde' is als 'respect for the rule of law and the fair administration of justice' ook in de lijst opgenomen

¹⁴¹ 'Charter of core principles of the European legal profession', unaniem vastgesteld op 25 november 2006.

7. Conclusies en aanbevelingen

7.1. Een overzicht

Terugblikkend op de perspectieven uit de voorgaande hoofdstukken constateert de Commissie ten eerste dat de advocaat de tand des tijds heeft overleefd. Voortkomend uit een traditie die wortelt in de late middeleeuwen heeft de advocaat – al dan niet in samenloop met de figuur van de procureur – zijn centrale plaats binnen de rechtspleging behouden. Hoewel de wetgever in 1952 het beroep van advocaat niet materieel heeft ingevuld, vervult de advocaat binnen de rechtsstaat, zoals die zich na de Tweede Wereldoorlog heeft ontwikkeld, onverkort de rol van deskundig en partijdig raadsman. Bovendien geldt de advocaat als vertrouwenspersoon in procedures en de fase die daaraan voorafgaat, omdat hij op grond van vast verankerde jurisprudentie wordt beschouwd als diegene die in het belang van de behartiging van het belang van zijn cliënt vertrouwelijkheid mag laten prevaleren boven waarheidsvinding.

Aan die bijzondere rol is echter ook de consequentie verbonden dat de advocaat met zijn positie en bevoegdheden integer omgaat. Als bijzondere waarborg van het vertrouwen dat de samenleving in die integriteit mag stellen is deze allereerst een kwestie van het moreel kompas van de advocaat. Hoewel het partijbelang voorop staat, meent de Commissie dat de advocaat in zijn beroepsuitoefening dan ook niet uit het oog mag verliezen dat hij een maatschappelijke rol vervult. Om die reden wordt in dit rapport de nadruk gelegd op verantwoordelijkheid die de advocaat mede draagt voor een goede rechtsbedeling. De integriteit van de advocatuurlijke praktijk wordt daarnaast gewaarborgd door de beroepsgroep zelf, die toeziet op de naleving van de verplichtingen die voor de advocaat gelden. Het sluitstuk van dat toezicht is de bij wet ingestelde tuchtrechter.

7.2. De advocaat als bemiddelaar in de rechtsstaat

De Advocatenwet bevat geen definitiebepaling waaruit de materiële betekenis van het beroep van advocaat kan worden afgelezen. Bij het beantwoorden van de vraag wat een advocaat is, kan veel worden opgehangen aan de voornaamste werkzaamheden van de advocaat, namelijk het verlenen van rechtsbijstand in procedures en het geven van juridisch advies.

Een andere benadering doet echter meer recht aan de bijzondere rol van de advocaat in de rechtsstaat en heeft daardoor als voordeel dat duidelijker wordt waarom de samenleving is gebaat bij een goed functionerende advocatuur. Deze benadering komt erop naar dat een rechtsstaat de advocaat nodig heeft als bemiddelaar tussen de burger en recht. De advocaat biedt de burger toegang tot het recht en draagt zo bij aan de rechtstatelijke verhoudingen tussen burgers en overheid en burgers onderling.

Deze benadering is recent terug te vinden in de eerder aangehaalde conclusie van A-G Léger waarin hij schreef dat ‘de advocaat een centrale positie in de rechtsbedeling in[neemt], als bemiddelaar tussen de rechtzoekende en de rechter. (...) Met andere woorden, de advocaat garandeert in een rechtsstaat de effectiviteit van het beginsel van toegang van de justitiabelen tot het recht en de rechter.’

Met dit uitgangspunt kan bijvoorbeeld ook de vraag worden beantwoord of iemand die niet procedeert advocaat mag heten. Het antwoord daarop luidt bevestigend, omdat procederen slechts één van de wijzen is waarop tussen burger en recht wordt ‘bemiddeld’. Wie zich er echter in zijn beroepspraktijk niet mee bezighoudt de burger toegang tot het recht te verschaffen, kan geen advocaat zijn.

Ook kan iemand die zelden een rechtszaal van binnen ziet, advocaat kan zijn mits hij die rol als bemiddelaar tussen recht en burger op advocatuurlijke wijze vervult. Dit laat onverlet dat men kan twijfelen aan de deskundigheid van een advocaat die geen enkele notie heeft van procederen.

Uiteraard is niet elke bemiddelaar tussen het recht en de justitiabele advocaat. Wie advocaat wordt, onderscheidt zich van anderen door zijn verbondenheid aan de kernwaarden, aan het gedragsrecht en aan toezicht. Juist die verbondenheid is de rechtvaardiging van het aan advocaten toegekende verschoningsrecht. De ratio achter dit privilege blijft uiteraard dat de advocaat geen bemiddelaar kan zijn wanneer de justitiabele niet op zijn discretie kan vertrouwen.

7.3. Bemiddelaarsrol impliceert onafhankelijkheid

De vrijheid van de advocaat - en dus zijn onafhankelijkheid van de overheid - is sinds eeuwen beschouwd als voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van de bemiddelaarsrol. Verkijk vat het als volgt samen: 'Daarnaast is de notie ontwikkeld van de advocaat als bemiddelaar tussen de rechtzoekende, zijn cliënt, en de wet, die op die manier een cruciale rol speelt in de rechtspleging. (...) Sluitstuk is andermaal zijn onafhankelijkheid van de staat: voor zover hij zich aan die professionele eisen niet houdt, dient hij uitsluitend aan de beroepsgroep verantwoording af te leggen - niet aan de staat, en idealiter niet aan de (gewone) rechter.'¹⁴²

De advocaat moet zijn grenzen kennen. Zijn beroep is niet alleen een vertrouwensberoep in de zin dat een cliënt hem informatie moet kunnen toevertrouwen maar ook dat de samenleving moet kunnen vertrouwen dat advocaten hun werk op moreel verantwoorde wijze uitoefenen. De advocaat moet steeds een balans zoeken tussen zijn eigen onafhankelijkheid en het op partijdige en betrokken wijze behartigen van cliëntbelangen en tussen de belangen van de rechtspleging tegenover die van zijn cliënt. Dat is de betekenis van de 'zesde kernwaarde', de verantwoordelijkheid van de advocaat voor maatschappelijke belangen, in het bijzonder de rechtspleging.

De binnen een rechtsstaat noodzakelijke onafhankelijkheid van de advocaat impliceert echter dat ook de overheid haar grenzen moet kennen. Zij dient een balans te vinden tussen een zekere mate van regulerende betrokkenheid bij de advocatuur - in het belang van de rechtspleging maar waarmee het belang van de beroepsgroep zeker gediend kan zijn - en het onttrekken van verantwoordelijkheid aan de advocatuur of zelfs het onderdrukken ervan.

Docters van Leeuwen heeft bepleit om de publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling alsnog te promoveren tot (zesde) kernwaarde. De algemene raad is echter van opvatting dat het de verantwoordelijkheid (al dan niet publiek) van de advocaat is om goede, dat wil zeggen adequate rechtshulp te verlenen aan zijn individuele cliënt. De publieke verantwoordelijkheid voor de bijdrage van de balie aan de rechtspleging als geheel is een abstractie van die individuele rechtshulp en behoort tot de taak van de Nederlandse Orde van Advocaten.

De verantwoordelijkheid van de individuele advocaat ziet dan ook op de kernwaarde partijdigheid: het belang van rechtshulpverlening aan de rechtzoekende is leidend. Van een advocaat mag niet verlangd worden dat hij andere belangen laat prevaleren; een vormfout is in dat opzicht een overwinning van het recht dat door die fout geschonden werd.

Met betrekking tot de lezing van Docters van Leeuwen over de zesde kernwaarde kan worden opgemerkt dat hij uitgaat van de advocaat als de onder toezicht gestelde. De gedachte moet ech-

¹⁴² Verkijk, a.w., p. 791.

ter een fundamenteel andere zijn: het is de overheid die onder toezicht behoort te staan van de advocatuur.

7.4. Verschoningsrecht

Uit de eerder beschreven rechtvaardiging voor het toekennen van het verschoningsrecht volgt niet vanzelf onder welke omstandigheden dit kan worden toegekend. Naar het idee van de Commissie is het verschoningsrecht gekoppeld aan de kerntaken van de advocaat, van zijn taken als adviseur en procesbijstandverlener, dus aan het bijstaan in een procedure en het adviseren over de rechtspositie. Het zijn van advocaat is voor een beroep op dit verschoningsrecht een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde. Juist omdat hij echter advocaat is (en om pragmatische redenen), bepaalt hij in beginsel zelf of er ook voldoende voorwaarde is voor toekenning van het verschoningsrecht.

Natuurlijk, privileges zoals het verschoningsrecht kunnen misbruikt worden. Zo zouden bijvoorbeeld advocaten voor activiteiten die niet als advocatenwerk te kwalificeren zijn zich op hun verschoningsrecht kunnen beroepen. Dit wordt echter niet opgelost door een inperking van het begrip advocaat. Het probleem is immers niet dat onduidelijk is voor welke werkzaamheden een advocaat een beroep kan doen op het verschoningsrecht. Zo staat buiten kijf dat aan een advocaat die geen advocatenwerk verricht geen verschoningsrecht toekomt.

Het probleem is dus niet zozeer onduidelijkheid over de definitie van advocaat, maar misbruik, gekoppeld aan de onmogelijkheid om achter alle waarheid te komen; een kentheoretisch- of handhavingsprobleem dus. Dit probleem valt theoretisch wellicht deels op te lossen door alleen advocaten advocaat te laten zijn als ze regelmatig procederen en cliënten aantoonbaar slechts over hun rechtspositie adviseren. De praktijk zal echter snel genoeg leren dat dat überhaupt niet vast te stellen is, waarmee het, naast het principiële aspect, als oneigenlijke oplossing afgedaan dient te worden.

7.5. Een definitie?

Dat achter de term ‘advocaat’ een complexe ideeënwereld schuilgaat, heeft de Commissie er niet van weerhouden een poging te wagen diens essentie in een definitie te verwoorden: ‘Als academisch geschoolde jurist is de advocaat een bijzondere bemiddelaar tussen de rechtzoekende en de rechter (procederen) en het recht (advies- en transactiepraktijk). Daargelaten dat ten aanzien van een (afnemend) aantal procedures de advocaat een procesmonopolie heeft, kan deze bemiddeling ook worden verricht door anderen, maar het bijzondere van de advocaat is dat hij deze diensten verricht vanuit de kernwaarden partijdigheid, onafhankelijkheid, deskundigheid, vertrouwelijkheid en integriteit.’

Het inachtnemen van die kernwaarden rechtvaardigt onder meer de privileges die een advocaat toekomen, zoals het procesmonopolie en het verschoningsrecht. Rechtzoekenden moeten zich in vertrouwen kunnen wenden tot een onafhankelijke en deskundige adviseur die voor hen partij kiest om geschillen te voorkomen en hen zo nodig daarin bijstaat (wat bij zowel bij de advies- als de transactiepraktijk¹⁴³ het geval is).

Op haar beurt moet de maatschappij erop kunnen vertrouwen dat de advocaat deze bijstand op integere wijze verleent. Daarom moet de advocaat aanvaarden dat hij publieke verantwoording schuldig is over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden verricht en van de privileges gebruik maakt, uiteraard zonder dat daarbij de vijf kernwaarden in het gedrang komen. De publieke ver-

¹⁴³ Aldus ook de EBEA International Principles on Conduct for the Legal Profession, commentary, p. 10: “To negotiate and draft agreements and other transactional necessities”

antwoording van de advocaat is belichaamd in zijn lidmaatschap van de Nederlandse orde van advocaten, die erop toeziet dat de beroepsuitoefening van de advocaat in overeenstemming is met de vijf kernwaarden en waarbij de advocaat zich onderwerpt aan het gezag van de tuchtrechter en waarbij die tuchtrechtelijke colleges deels zijn samengesteld uit niet-advocaten, namelijk leden van de rechterlijke macht.

Zolang de advocatuurlijke werkzaamheden niet in dienst staan van de nevenactiviteiten, kan de advocaat deze zonder bezwaar verrichten. Bij werkzaamheden die op enige wijze verband houden of geassocieerd kunnen worden met advocatuurlijke werkzaamheden (waar bijvoorbeeld wel onder valt het vertegenwoordigen van een cliënt bij een civielrechtelijke rechtshandeling, maar niet het geven van bijvoorbeeld tuinadviezen) moet de advocaat handelen vanuit het besef dat hij maatschappelijk als advocaat wordt gezien en dus ook bij het verrichten van die nevenactiviteiten de gedragsregels en kernwaarden van de advocatuur in acht heeft te nemen.

Met het zijn van advocaat is verenigbaar dat men als jurist in dienst is bij een onderneming of een overheidsorgaan van wie men als advocaat in dienstbetrekking de belangen behartigt; hetzelfde geldt voor de advocaat die derden bijstaat in dienstbetrekking bij een rechtsbijstandsverzekeraar. Voorwaarden zijn dat daarbij de kernwaarden in acht worden genomen, dat de betrokken organisatie het beginsel van onafhankelijkheid institutioneel verankert en de facto respecteert en dat de NOvA dat kan controleren. Het huidig professioneel statuut voorziet daarin.

Het bovenstaande impliceert dat het zijn van advocaat een 'existentieel' aspect heeft. Wie, voorbijgaand aan de vijf kernwaarden of de daarop gebaseerde gedragsregels, juridische advies- of transactiewerkzaamheden voor cliënten verricht en alleen dan zijn 'advocatenpet' opzet als dat voor de cliënt van belang is, voldoet niet aan de definitie van advocaat.

7.6. Aanbevelingen

De Commissie stelt voorop dat zij de vrijheid heeft genomen enigszins af te wijken van de aanbeveling van Docters van Leeuwen. In de inleiding werd reeds aangegeven dat een korte discussie over de vraag "wat is een advocaat" enkel mogelijk is, als perspectieven, zoals in het rapport worden beschreven, buiten beschouwing worden gelaten. Dit zou de discussie over dit belangrijke thema naar het oordeel van de Commissie onvoldoende recht doen. Vanuit dit vertrekpunt komt de Commissie tot de volgende aanbevelingen:

- De Commissie beveelt aan, dat de vraag "wat is een advocaat?" permanent op de agenda van de advocatuur blijft. Onder meer in de verdere beleidsvorming, normstelling en in de opleiding, maar ook bij de beoordeling van vragen omtrent de kernwaarden, de rol en positie van de advocaat in de rechtsstaat en discussies omtrent het verschoningsrecht.
- Ondanks die relativering naar tijd en plaats doet de Commissie toch in het hier en nu een voorstel voor een definitie:

'Als academisch geschoolde jurist is een advocaat een bijzondere bemiddelaar tussen de rechtzoekende en de rechter (procederen) en het recht (advies- en transactiepraktijk). Daargelaten dat ten aanzien van een (afnemend) aantal procedures de advocaat een procesmonopolie heeft, kan deze bemiddeling ook worden verricht door anderen, maar het bijzondere van de advocaat is dat hij deze diensten verricht vanuit vijf kernwaarden: partijdigheid, onafhankelijkheid, deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit.

- De Commissie beveelt aan om naast nadere invulling te geven aan het minimum aantal uren dat aan advocatuurlijk te beschouwen werkzaamheden dient te worden besteed.

Hiermee wordt niet alleen aan de kernwaarde deskundigheid, maar ook aan de kernwaarde onafhankelijkheid verder inhoud gegeven. Daarbij moet onder ogen worden gezien, dat tijdelijke intensieve, maar aan de advocatuur gerelateerde nevenwerkzaamheden mogelijk moeten blijven. Een centrale rol speelt daarbij de kerntaak van intermediair tussen recht en rechtssubject, bijvoorbeeld door het vervaardigen van juridische, wetenschappelijke publicaties. Bij de uitvoering van nevenwerkzaamheden, mag geen verwarring ontstaan over de hoedanigheid waarin die nevenwerkzaamheden worden uitgeoefend. De advocaat dient deze werkzaamheden indachtig zijn beroepsethiek uit te voeren en waar dat wordt gevegd de kernwaarden te respecteren. Daarbij moet dan niet uit het oog worden verloren dat soms een kernwaarde (bijvoorbeeld partijdigheid of onafhankelijkheid) niet van toepassing kunnen zijn.

Bijlage I. Europese beroepstitels

In richtlijn 98/5/EG wordt verstaan onder *advocaat* de onderdaan van een lidstaat die gerechtigd is zijn beroepswerkzaamheden onder een der volgende beroepstitels uit te oefenen:

België:	advocaat/avocat/Rechtsanwalt
Bulgarije:	адвокат
Tsjechië:	advokát
Denemarken:	advokat
Duitsland:	Rechtsanwalt
Estland:	vandeadvokaat
Finland:	asianajaja/Advokat
Frankrijk:	avocat
Griekenland:	δικηγόρος
Ierland:	barrister/Solicitor
Italië:	avvocato
Cyprus:	δικηγόρος
Letland:	zverinats advokāts
Litouwen:	advokatas
Luxemburg:	avocat
Hongarije:	ügyvéd
Malta:	avukat/Prokuratur Legali
Nederland:	advocaat
Oostenrijk:	Rechtsanwalt
Polen:	adwokat/radca prawny
Portugal:	advogado
Roemenië:	avocat
Slovenië:	odvetnik/odvetnica
Slowakije:	advokát/komerčný právnik
Spanje:	abogado/avocat/avogado/abokatu
Verenigd Koninkrijk:	advocate/barrister/solicitor
Zweden:	advokat