

DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE (BEGINNENDE) ADVOCAAAT

Diana de Wolff*

Van advocaten wordt verwacht dat zij zich onafhankelijk opstellen: onafhankelijk van de klant, maar ook van hun werkgever. Onafhankelijkheid is een kernwaarde van de advocatuur. Beginnende advocaten kunnen zich niet verschuilen achter een instructie van het kantoor, maar moeten zelf beroepsethische afwegingen maken.

1 Het belang van onafhankelijkheid

Onafhankelijkheid is een van de vijf kernwaarden van de advocatuur, naast vertrouwelijkheid, partijdigheid, deskundigheid en integriteit (art. 10a Advocatenwet). Hoewel er geen rangorde bestaat tussen de kernwaarden, zou je kunnen verdedigen dat de onafhankelijkheid bovenaan zou moeten staan in het handelen van advocaten en in wezen de belangrijkste voorwaarde is voor een goede rechtsbedeling. Wie zich verdiept in de benarde situatie van kritische advocaten in landen als Iran, Turkije en China, weet dat de vrijheid voor advocaten om onbevreesd op te komen voor cliënten, bijvoorbeeld mensenrechtenorganisaties of politieke activisten, niet vanzelfsprekend is.¹ Formele of informele beperkingen in de vrijheid van advocaten om op te komen voor de belangen van een cliënt komen voor in landen waarin de waarden van de rechtsstaat onder druk staan. Ook waar advocaten niet beducht hoeven te zijn voor repercussies van de overheid als zij hun werk zo goed mogelijk doen, moeten zij zich bewust zijn van het belang van hun onafhankelijke rol. Advocaten dragen niet alleen bij aan het verwezenlijken van de rechten van hun cliënt, maar ook aan het verwezenlijken van het recht in de maatschappij. Dat betekent dat advocaten bijvoorbeeld geen uitspraken mogen doen die in strijd zijn met de waarheid en de rechter en de wederpartij niet mogen misleiden. Een onafhankelijke advocaat weigert zaken te doen waar hij of zij zich niet voor toegerust acht en weigert op te komen voor belangen die hij of zij niet gerechtvaardigd acht.² Een onafhankelijke advocaat durft nee te zeggen, durft een cliënt te zeggen dat die fout zit en loopt niet aan diens leiband. Een onafhankelijke advocaat steekt zijn vinger op als er op kantoor dingen gebeuren die haaks staan

op beroepsethische normen. De CCBE, de koepel van Europese advocatenorganisaties, zegt het volgende over de kernwaarde onafhankelijkheid:

'Het veelvoud van verplichtingen, dat op de advocaat rust, vereist absolute onafhankelijkheid van de advocaat, vrij van alle druk, in het bijzonder van de druk van eigen belangen of van beïnvloedingen van buitenaf. Deze onafhankelijkheid is even noodzakelijk voor het vertrouwen in de rechtsbedeling als de onpartijdigheid van de rechter. De advocaat moet derhalve elke aantasting van zijn onafhankelijkheid vermijden en er voor waken de beroepsethiek niet te veronachtzamen om de cliënt, de rechter of derden welgevallig te zijn. Deze onafhankelijkheid is zowel bij adviserende als bij gerechtelijke werkzaamheden noodzakelijk, omdat het door de advocaat gegeven advies geen waarde heeft als de advocaat het geeft om zich bemind te maken, uit eigen belang of onder druk van buitenaf.'³

Zo is het. Maar dat is natuurlijk gemakkelijk gezegd. In de praktijk staan advocaten bloot aan druk. Om omzet te draaien, om een mooie klant voor kantoor te behouden, om een opdracht van een partner van kantoor tot een goed einde te brengen. Om snel te adviseren, waar meer tijd nodig is. In deze korte bijdrage bespreek ik de positie van de (beginnende) advocaat-werknemer in het licht van de kernwaarde onafhankelijkheid.

Advocaten dragen niet alleen bij aan het verwezenlijken van de rechten van hun cliënt, maar ook aan het verwezenlijken van het recht in de maatschappij

* Prof. mr. D.J.B. de Wolff is bijzonder hoogleraar advocatuur aan de Universiteit van Amsterdam en (arbeidsrecht)advocaat in Utrecht.

- 1 Voor ijzingwekkende voorbeelden zie de websites van Lawyers for lawyers, <https://lawyersforlawyers.org/>, en van Amnesty International, www.amnesty.nl.
- 2 Dat laatste correspondeert ook met een element uit de advocateneed, dat een advocaat geen zaken zal aanraden of verdedigen die hij of zij 'in gemoede niet rechtvaardig' acht.
- 3 Art. 2.1. gedragscode CCBE, <http://regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragscode-voor-europese-advocaten>.
- 4 <http://regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragsregels-advocatuur>.
- 5 HvD 21 maart 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:96.
- 6 Zie naast de in de vorige noot genoemde zaak, waarin geen maatregel werd opgelegd, ook HvD 1 februari 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:24, waarin de status van stagiaire als een 'verlichtende omstandigheid' werd aangemerkt. De advocaat-stagiaire in kwestie had zogenoemde toelkenbriefjes in strijd met de waarheid ondertekend om een bevriende tolk te bevoorraden en kreeg een schorsing opgelegd van

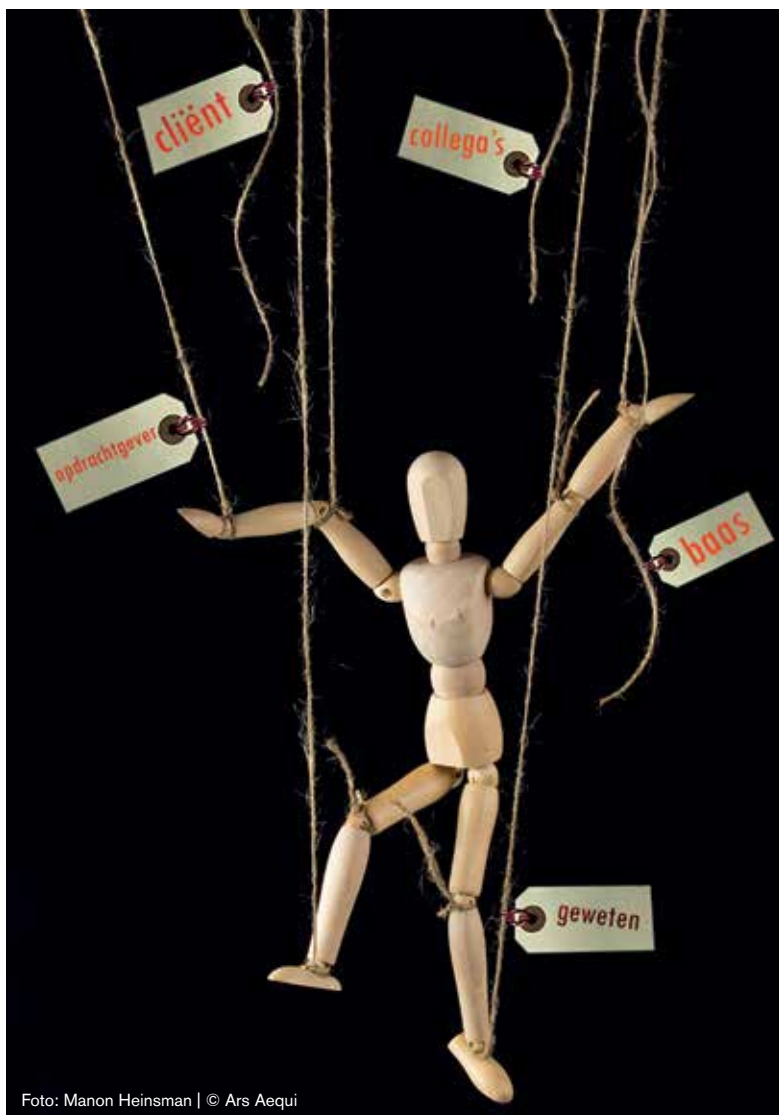


Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

vier maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk.

7 In gelijke zin E.C. Borgardijn, 'Gezagsrecht en beroepsethiek, samen door één deur?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, p. 27 e.v.

8 Tot 2017 bestond er een landelijke modelarbeidsovereenkomst met een dergelijke bepaling. Deze is ingetrokken. De elf orden van advocaten hanteren momenteel eigen modellen, waarvan de genoemde bepaling voor zover mij bekend deel uitmaakt.

9 Zie bijlage 4 bij de Regeling op de advocatuur, <http://regelgeving.advocatenorde.nl/content/besluit-van-de-algemene-raad-van-1-december-2014-tot-vaststelling-van-de-regeling-op-de-advocatuur>.

2 Advocaat en gezagsverhouding

Beroepsethische plichten

Advocaten hebben beroepsethische plichten en zijn allemaal onderworpen aan wettelijk tuchtrecht. Advocaten moeten het bepaalde bij of krachtens de Advocatenwet en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme naleven en afzien van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt (art. 46 Advocatenwet). Wat (niet) betaamt is vastgelegd in de gedragsregels van de orde van advocaten.⁴ De gedragsregels zijn te zien als richtsnoeren voor de praktijk en voor de tuchtrechter. Bovendien zweren of beloven alle advocaten bij de toelating tot de beroepsgroep dat zij geen zaak zullen aanraden of verdedigen die zij 'in gemoede' niet rechtvaardig achten.

De beroepsethische verplichtingen gelden voor een advocaat onverkort, ook al is de advocaat slechts voorwaardelijk ingeschreven omdat de stage nog niet is volbracht. In een zaak waarin een stagiaire de advocaat van een wederpartij, in strijd met het beginsel van *fair play*, met een kluitje in het riet had gestuurd, oordeelde het Hof van Discipline (HvD) dat aan geïnterdicteerde verklaring van de klacht daarover niet in de weg stond dat het ging om een stagiaire met pas anderhalf

jaar ervaring en evenmin dat zij handelde in opdracht en met instemming van de oudere kantoorgenoot voor wie zij werkte: 'Zij was advocaat, en als zodanig gehouden na te laten wat een advocaat niet betaamt.'⁵ Wel zal de tuchtrechter bij het opleggen van een maatregel aan een stagiaire wellicht wat milder zijn dan bij een gevorderde advocaat.⁶ Advocaten moeten zich dus realiseren dat zij – ook als werknemer en ook als advocaat-stagiair – professionals zijn die zelfstandig beroepsethische afwegingen maken en dat zij zich niet kunnen verschuilen achter een opdracht, achter onwetendheid met betrekking tot het doel van de opdracht of achter een bepaalde praktijk op kantoor.

De instructiebevoegdheid van de werkgever kan niet zover strekken dat een advocaat iets moet doen of nalaten waardoor hij in strijd handelt met de beroepsethiek

Arbeidsrechtelijk kader

Deze professionele verantwoordelijkheid is van belang voor de arbeidsrelatie tussen een advocaat als werknemer en een werkgever. Een dienstverband tussen werknemer en werkgever berust op een gezagsverhouding (art. 7:610 BW). De werknemer is in het algemeen verplicht te doen wat de werkgever opdraagt binnen de kaders van de arbeidsovereenkomst en de wet. De werkgever mag voorschriften stellen 'omtrent het verrichten van de arbeid' en de werknemer heeft deze in beginsel op te volgen (art. 7:660 BW). Deze instructiebevoegdheid kan echter niet zover strekken dat een advocaat iets moet doen of nalaten waardoor hij in strijd handelt met de beroepsethiek. Een advocaat mag dus weigeren een zaak op zo'n manier aan te pakken dat hij daarmee de tuchtnorm of de gedragsregels overtreedt.⁷ In de modelarbeidsovereenkomsten die de verschillende raden van de orde van advocaten hanteren voor de afspraken tussen een kantoor en een advocaat-stagiaire, wordt dan ook verwoord dat een advocaat-stagiair slechts gehouden is de aanwijzingen van de werkgever op te volgen voor zover die verenigbaar zijn met de onafhankelijkheid van de advocaat-stagiair, een bepaling om te waarborgen dat een advocaat de beroepsethische plichten kan nakomen.⁸ Voor advocaten in loondienst van een organisatie of bedrijf, niet zijnde een advocatenkantoor (de 'advocaat in dienstbetrekking') geldt een professioneel statuut, dat door de advocaat en de werkgever moet worden ondertekend.⁹ Hierin verklaart de werkgever de vrije en onafhankelijke beroepsuitoefening van de advocaat-werknemer te zullen eerbiedigen en zich te onthouden van al datgene dat invloed kan uitoefenen op het beroepsmatige handelen van de werknemer en de beroepsmatige vaststelling van een in een zaak te volgen beleidslijn (art. 2 professioneel statuut). De werkgever kan wel bepalen dat de werknemer ter zake van zijn praktijkuitoefening verantwoording verschuldigd is aan een of meer andere advocaten die de praktijk in dienstbetrekking bij de werkgever uitoefenen (art. 7 professioneel statuut). Verschil in inzicht over het beroepsmatige beleid van de werknemer bij de behandeling van hem toevertrouwde zaken mag

geen reden vormen voor eenzijdige beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever, of maatregelen die daartoe kunnen leiden (art. 8 professioneel statuut). Ook binnen de arbeidsrelatie tussen een advocatenkantoor en een advocaat-medewerker zal de onafhankelijke beroepsuitoefening moeten worden gewaarborgd, maar daarvoor zijn geen standaarden ontwikkeld.

Praktijksituaties

Wordt een advocaat-werknemer geconfronteerd met een opdracht waardoor hij de beroepsethische verplichtingen zou moeten schenden, dan heeft hij dus arbeidsrechtelijk de ruimte om de opdracht te weigeren. Maar het is niet altijd meteen duidelijk of van zo'n opdracht sprake is. Bovendien maakt niet iedereen in een gegeven geval dezelfde afwegingen. Ik geef een voorbeeld: voor een doorwrocht memo, dat eerder al voor een andere cliënt was opgesteld, wil het kantoor een cliënt een honorarium over zes uur in rekening brengen, terwijl het memo maar een half uur tijd gekost heeft, namelijk de tijd om het stuk aan te passen aan enkele kenmerken van de nieuwe cliënt. Zes uur rekenen voor een half uur werk kan indruisen tegen de opvatting van de advocaat over wat eerlijk is, maar tegelijkertijd staande praktijk zijn op het kantoor. De gedragsregels geven weinig houvast, nu daarin slechts is neergelegd dat het honorarium, alle omstandigheden in aanmerking nemend, redelijk moet zijn.¹⁰ Nu is dit voorbeeld nog een overzichtelijk dilemma: ga ik in tegen de wens van kantoor of niet? Er zijn ook andere situaties te noemen, waarin een (jonge) advocaat misschien minder snel ziet dat er sprake is van een beroepsethisch dilemma en de eventuele integriteitsschending ernstiger kan zijn. Stel bijvoorbeeld dat een advocaat-stagiaire van haar leidinggevende de opdracht krijgt een bespreking tussen een aantal personen bij te wonen en te notuleren. Er zijn verder geen advocaten van het kantoor bij betrokken. Gevraagd naar de bedoeling zegt de leidinggevende: 'Dat doet er niet toe, je hoeft alleen maar aantekeningen te maken.' De opdracht zou erop kunnen duiden dat de gesprekspartners het besprokene onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat-stagiaire en daarmee onder het verschoningsrecht van de advocaat willen brengen. Mogelijk wordt op die manier misbruik gemaakt van het verschoningsrecht, al lijkt de opdracht van de leidinggevende op het eerste gezicht misschien onschuldig. Een ander voorbeeld: een advocaat wordt gevraagd even een aantal documenten uit een dossier te vernietigen. Is er niets aan de hand, omdat dossiers nu eenmaal op enig moment opgeschoond worden of is er sprake van het meewerken aan het laten verdwijnen van bewijs van een strafbaar of bestuursrechtelijk beboetbaar feit?

Ten slotte noem ik hier nog gewetensbezwaren. Een advocaat wil bijvoorbeeld om religieuze redenen geen echtscheidingszaken begeleiden of kan het als overtuigd vegetariër niet over zijn hart verkrijgen de belangen van een abattoir te dienen. In dat geval kan de advocaat niet stellen dat de wet of de gedragsregels hem verbieden die zaken te doen. Hoogstens kan de advocaat aanvoeren dat hij gezworen of beloofd heeft geen zaken aan te raden of te verdedigen die hij in gemoede niet rechtvaardig acht. 'Ernstige' gewetensbezwaren van een werknemer worden arbeidsrechtelijk in zoverre beschermd dat een werknemer die om die reden werkzaamheden weigert niet mag worden

ontslagen, zolang hij ook andere werkzaamheden kan verrichten (art. 7:669 lid 3 onder f BW). Verder geldt op grond van de Algemene wet gelijke behandeling dat een werknemer niet benadeeld mag worden op grond van een godsdienstige, politieke of levensovertuiging, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging wordt aangevoerd.

Om onafhankelijk te kunnen zijn, is een antenne nodig voor wat deugt en wat niet deugt. En voor wat misschien niet deugt. Daar krijg je niet zo gemakkelijk vat op. Er is kritische nieuwsgierigheid voor nodig

3 Hoe waarborg je onafhankelijkheid?

Als beginnend advocaat wil je je graag bewijzen. Je komt terecht op een kantoor waar zaken draaien, geld verdienen en jezelf ontwikkelen belangrijke doelen zijn. Niks mis mee. Het motto is 'work hard, play hard'. Je wordt betrokken bij grote zaken. Al snel wordt jou gevraagd het jaarlijkse wintersportweekend van kantoor te organiseren. Leuk, je wordt serieus genomen. Je moet de beroepsopleiding voor advocaten doen, maar eigenlijk zit je met je hoofd bij die bedrijfsovernames, waar je een memo voor mag schrijven. Voor die partij uit Rusland die hier, via een ander bedrijf, een petrochemische installatie wil kopen.

Om onafhankelijk te kunnen zijn, is een antenne nodig voor wat deugt en wat niet deugt. En voor wat misschien niet deugt. Daar krijg je niet zo gemakkelijk vat op. Er is kritische nieuwsgierigheid voor nodig. Wie is die opdrachtgever eigenlijk? Hoe verricht het kantoor klantonderzoek? Wie zitten er achter dat Russische bedrijf? Waarom loopt de transactie via een tussenpersoon uit een ander land en wie zit daar weer achter? Wat is het eigenlijk voor een installatie? Waarom loopt de betaling via de derdenrekening van kantoor? Maar het stellen van vragen om erachter te komen of iets deugt, kan moed vergen, zeker als je geen genoeg neemt met halve antwoorden. En overzicht, want als je alleen maar dat ene memo moet opstellen en daarmee maar een klein stukje van de transactie ziet, komen die kritische vragen misschien wel helemaal niet in je op. En je collega's, ja, die zijn ook allemaal druk.

4 Reflectie

Een advocaat heeft een vertrouwensberoep. Er geldt een wettelijke geheimhoudingsplicht ten aanzien van alles wat een advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd (art. 11a Advocatenwet) en overtreding van de geheimhoudingsplicht vormt een strafbaar feit. De klok luiden over een dossier is daarom in beginsel taboe, ook al speelt er in de zaak iets wat het daglicht eigenlijk niet kan velen. Het is denkbaar dat het belang van de vertrouwelijkheid moet wijken voor een groter maatschappelijk belang. Te denken valt aan het voorkomen van een levensbedreigende situatie. Volgens Fanoy kan het doorbreken van de geheimhoudingsplicht worden gerechtvaardigd in omstandigheden die bij de betrokken advocaat tot een noodtoestand leiden (zoals

gedefinieerd in art. 40 Sr), dus bij een ernstig, toekomstig gevaar dat zonder het doorbreken van het beroepsgeheim niet kan worden afgewend.¹¹ Meestal zal daarvan, als een advocaat een beroepsethisch dilemma ervaart, (gelukkig) geen sprake zijn, al kunnen ook minder heftige dilemma's de nachtrust flink verstoren.

Ondanks de geheimhoudingsplicht kunnen advocaten hun dilemma's over de aanpak van een zaak of het beleid van het kantoor wel met derden bespreken. Binnen het kantoor kan iemand zijn aangewezen tot wie advocaten zich met hun beroepsethische dilemma's kunnen wenden. Een advocaat mag verwachten dat het kantoor als goed werkgever gelegenheid geeft om beroepsethische kwesties open en in een veilige sfeer te bespreken en aandacht schenkt aan twijfels die een advocaat bij een zaak of aanpak heeft. Juist omdat wat beroepsethisch wel of niet te rechtvaardigen is, enigszins subjectief kan zijn en juist omdat de integriteit en onafhankelijkheid van advocaten boven twijfel verheven moeten zijn.

Contact met mensen buiten het kantoor is, niettegenstaande de geheimhoudingsplicht, ook mogelijk. Bij beroepsethische vragen of twijfels kan een advocaat contact opnemen met de (deken van de) plaatselijke orde van advocaten. De deken is weliswaar de toezichthouder op de advocatuur, maar kan ook een sparringpartner voor individuele advocaten zijn. Natuurlijk kan het spannend zijn om naar de orde te stappen met een vraag of melding over een kantoorgenoot of een dossier. Hoe spannend bewijst een voorbeeld uit de praktijk: een advocaat-stagiaire stapte naar de deken toen zij grote twijfels kreeg over haar meerdere. De meerdere, de op grote voet levende eigenares van het kantoor, had onder meer stukken van rechterlijke instanties vervalst of door haar medewerkers laten vervalsen. Daarmee deed zij het de cliënten voorkomen dat gigantische bedragen voor deskundigenonderzoeken, advieswerkzaamheden of waarborgsommen moesten worden betaald. Aan haar natuurlijk. Ook had zij cliënten rekeningen gestuurd voor gefingeerde kosten van derden. De melding van de stagiaire leidde tot strafrechtelijke veroordeling van de eigenares van het kantoor en tot schrapping van het advocaten-tableau.¹² Je kunt deze stagiaire alleen maar prijzen voor haar moed, zeker omdat ze haar eigen baan in de waagschaal stelde. Een extreme zaak, maar ook bij minder ernstige twijfels kan een advocaat zich, al dan niet vertrouwelijk, tot de deken wenden. Daarnaast bestaat er sinds kort binnen de Nederlandse orde van advocaten een team vertrouwenspersonen.¹³ Dat

bestaat uit (oud-)advocaten die een luisterend oor kunnen bieden als advocaten – vertrouwelijk en eventueel anoniem – problemen in de persoonlijke sfeer of problemen met hun kantoor willen bespreken. Ten slotte is het instrument intervisie binnen de advocatuur in opkomst. Intervisie vindt plaats in een kleine groep (zes tot tien deelnemers) advocaten van verschillende kantoren die met een gespreksbegeleider vertrouwelijk dilemma's of vragen over het eigen functioneren, de praktijkvoering of praktijkuitoefening bespreken. Niet om daar een oordeel over te geven, maar om de deelnemers verder te brengen in hun afwegingen en beroepsmatige handelen.

Om onafhankelijk te zijn moeten advocaten onbevangen kunnen tegendenken en niet bang zijn om zich kritisch uit te laten of alweer diegene te zijn die de lastige vragen stelt. Zij houden hun eigen morele waarden hoog

5 Slot

Een kritische, onafhankelijke geest ontwikkel je door een zekere afstand te houden tot je werk, hoe leuk de collega's ook zijn en hoe spannend de zaken. Door tijd te nemen, om tijdens een lange wandeling¹⁴ na te denken over waar je eigenlijk mee bezig bent. Door met heel andere mensen dan je naaste collega's om te gaan en met hen te praten over wat er in het leven toe doet. Door films te kijken en boeken te lezen in plaats van dat wintersportuitje van kantoor te organiseren.

De Amsterdamse hoogleraar sociale rechtshulp Westerveld stelde ooit dat advocaten als (zesde) kernwaarde 'een zekere dwarsigheid' zouden moeten hebben.¹⁵ Ik denk dat je die eigenschap in de kernwaarde onafhankelijkheid zou kunnen lezen. Samen met een aantal andere eigenschappen. Om onafhankelijk te zijn moeten advocaten onbevangen kunnen tegendenken en niet bang zijn om zich kritisch uit te laten of alweer diegene te zijn die de lastige vragen stelt. Zij houden hun eigen morele waarden hoog. Zij conformeren zich niet zomaar aan de cultuur op kantoor en zijn niet aangenomen om bij de klant of de collega's in de smaak te vallen, maar om een uitstekende professional te zijn.

¹¹ N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Apeldoorn: Maklu 2017, p. 250.

¹² HvD 19 april 2018, ECLI: NL:TAHVD:2018:64.

¹³ www.advocatenorde.nl/het-team-vertrouwenspersonen.

¹⁴ Wandelen wordt wel gezien als bevorderlijk voor het ontwikkelen van gedachten en oplossingen.

¹⁵ Mies Westerveld, *Is sociale rechtshulp van gisteren?* (oratie Amsterdam (UvA)), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2008, p. 24.