

## Reactie op Pieter Kuipers

Mr. R. Verkijk\*

Op 14 september 2010 deed het Hof van Justitie in de *Akzo*-zaak uitspraak over de vraag of een advocaat in dienst van een onderneming zich kon beroepen op het *legal professional privilege* (LLP). Het Hof van Justitie oordeelde dat hem dat beroep niet toekwam en greep daarbij terug op een uitspraak in een eerdere zaak (*AM&S*-zaak). In die zaak had het Hof van Justitie geoordeeld dat het een Europees rechtsbeginsel is dat onafhankelijke advocaten zich op het LLP kunnen beroepen, mits zij niet in dienstbetrekking zijn bij hun cliënt. In *NTER* 2010/10, p. 337 e.v. breekt Kuipers de staf over de recente uitspraak. Kuipers is een ervaren bedrijfsjurist bij een grote onderneming (en was ooit advocaat bij een groot advocatenkantoor). Hij stelt – kort weergegeven – dat advocaten die in dienst zijn van hun cliënt net zo onafhankelijk zijn als externe advocaten, dat zij ernaar streven hun cliënten tot *compliance* te bewegen en dat het Hof van Justitie de moderniseringsslag in de wereld van de mededinging heeft gemist. De voornaamste reden voor mij om hierop te reageren, is de argumentatie van Kuipers over de wijze waarop het Hof van Justitie de (externe) advocaat als ‘medewerker bij de rechtspleging’ neerzet. Hij acht het onjuist dat het Hof van Justitie de advocaat positioneert als ‘een verlengstuk van de overheid als rechtshandhaver – als iemand die een beetje tussen de partijen in moet staan’. Daarnaast heb ik een belangrijke reden om deze uitspraak van het Hof van Justitie toe te juichen.

De overwegingen van het Hof van Justitie over de advocaat ‘als iemand die een beetje tussen de partijen in moet staan’, zoals Kuipers dat parafraseert, passen perfect in de traditie die ertoe heeft bijgedragen dat de advocatuur haar bijzondere en noodzakelijke positie in de samenleving inneemt. Door daarop terug te grijpen, herinnert het Hof van Justitie daaraan en wijst het nog eens op het belang van de erkenning van die bijzondere positie van de advocatuur. Dat is van eminent belang, juist in de huidige tijd waarin de ministeries van Veiligheid en Justitie en vooral Financiën uiterst kritisch staan tegenover de advocatuur en het verschoningsrecht in toenemende mate ter discussie stellen.

Wat zijn dan die tradities waar het Hof van Justitie over spreekt? Ik doe enkele suggesties. Als eerste wijs ik op de doctrine van belangeloosheid, die reeds is terug te vinden in een befaamde redevoering uit 1693 van de Franse kanselier D’Aguesseau over het belang van de advocatuur. Vast staat, dat die tot op de dag van vandaag het beeld over de advocatuur in Europa mede bepaalt. D’Aguesseau legt uit dat de advocaat zijn vrijheid verwerft, doordat hij bereid is zijn eigen belangen te onderwerpen aan de gerechtigheid. De advocaat beweegt zich als een bemiddelaar in een complexe verhouding met het algemeen belang, de partijen en de rechterlijke macht. Om die bijzondere status te handhaven, is zijn onafhankelijkheid van al die partijen een noodzakelijke voorwaarde. Hij kenmerkt zich door belangeloosheid en onafhankelijkheid van materieel gewin en van zijn cliënt. Daardoor heeft hij zijn handen vrij om de gerechtigheid en de rede te dienen.

In de negentiende eeuw benadrukte de Nederlandse advocaat Meyer, die Europees aanzien genoot, eveneens de onafhankelijkheid van de advocatuur. Hij had daarbij vooral de onafhankelijkheid van de staat voor ogen. Meyer wijst erop dat de advocaat in zijn partijdige optreden voor zijn cliënt mede fungeert als steun en toeverlaat van de rechterlijke macht. Daartoe moet hij beschikken over de nodige kwaliteiten, zoals wetskennis en een hoge moraal, die hem leidt bij zijn eervol, vrij en onafhankelijk optreden. In een niet-despotische samenleving kan de advocaat dankzij zijn morele gezag de rol van intermediair vervullen tussen de wet en het volk, door een belangrijke rol te spelen bij de toepassing van de wet.

Beiden zien een rol als bemiddelaar tussen volk en recht voor de advocaat weggelegd. Beiden benadrukken onafhankelijkheid als cruciale voorwaarde; onafhankelijkheid van eigen gewin, van de cliënt en van de staat. Beiden zien ook dat de advocatuur net als de rechterlijke macht een cruciale rol speelt in een eerlijke rechtspleging. Een laatste overeenkomst is, dat zij beiden wijzen op de moraal van de advocaat die bereid is zijn eigen belangen achter te stellen bij die van zijn cliënt en die zich steeds voor ogen houdt dat hij een rol vervult ten behoeve van het algemeen welzijn. Zijn vrijheid is dan ook niet de vrijheid om te doen en laten wat hij wil, of wat hij voor

\* Mr. R. Verkijk is advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Venlo.

zijn cliënt van belang acht, maar het is de vrijheid waarover hij moet beschikken om aan die hoge morele eisen te kunnen voldoen. Dit gedachtegoed is niet achterhaald, blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg. In de zaken *Schöpfer* en *Casado Coca* merkte het EHRM op, dat

‘the special status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts’ en ‘Such a position explains the usual restrictions on the conduct of members of the Bar. Regard being had to the key role of lawyers in this field, it is legitimate to expect them to contribute to the proper administration of justice, and thus to maintain public confidence therein.’

De samenleving moet niet alleen kunnen vertrouwen in de rechtspleging, zoals het EHRM opmerkt. De samenleving kent de advocatuur – of eigenlijk haar cliënten! – privileges toe maar moet er dan wel op kunnen vertrouwen dat de advocatuur aan de goede rechtspleging bijdraagt. Ook in die zin is de advocatuur een vertrouwensberoep. Dat kan alleen als de beroepsbeoefenaars zich tegenover hun cliënt te allen tijde onafhankelijk kunnen opstellen. Pas dan kan de advocaat zijn rol als bemiddelaar tussen recht en rechtzoekende vervullen, waarbij hij natuurlijk zijn eigen beroepsethiek bewaakt maar bovendien voorkomt dat hij zich laat meeslepen in dubieuze strategieën van zijn cliënt. Dat de onafhankelijke opstelling van advocaten tegenover hun cliënt slechts inhoudt dat zij zich aan de gedragsregels houden, zoals Kuipers lijkt te menen, is een te beperkte opvatting van de verantwoordelijkheid van de advocaat.

De laatste decennia heeft er een ontmythologisering van de professie plaatsgevonden en tot op zekere hoogte is dat goed. Toch bepleit ik om de beroepsgroep wel te blijven benaderen als een bijzondere beroepsgroep. De tradities, waarvan ik enkele wortels heb blootgelegd, zijn nog altijd van grote waarde. Dat blijkt uit de uitspraken van Europese rechters maar ook uit hedendaagse advocatenbeelden in bijvoorbeeld Duitsland en Engeland. Het advocatenbeeld dat in Duitsland floreert is dat van de advocaat als *unabhängiges Organ der Rechtspflege*. De huidige betekenis daarvan is de erkenning van de waarde die advocaten hebben voor de rechtspleging. Het Engelse advocatenbeeld is dat van de *officer of the court*; anders dan Kuipers meent, heeft dat niet uitsluitend te maken met de wijze waarop het tuchtrecht is ingericht. Het centrale element ervan is dat de partijdige belangenbehartiging van cliënten aan morele grenzen is gebonden. Een eerste plicht van de advocaat als *officer of the court* is om de belangen van zijn cliënten zorgvuldig en op bekwame wijze te behartigen. Die eenzijdige en partijdige belangenbehartiging is echter niet onbegrensd maar wordt overheerst door een nog sterkere verplichting jegens het rechtssysteem en de rechtvaardigheid.

In Nederland is een dergelijk advocatenbeeld dat in één helder begrip kan worden gevangen, onbekend. Bij de

introdactie van de kernwaarden in de Advocatenwet zal wel worden benadrukt dat de advocaat handelt vanuit zijn verantwoordelijkheid voor een goede rechtspleging. Alhoewel het waarschijnlijk vooral de bedoeling is van de wetgever om de partijdige belangenbehartiging aan grenzen te binden, zou ik de positieve keerzijde willen benadrukken: deze nieuwe wetsbepaling moet worden opgevat als een erkenning van het belang dat de rechtspleging heeft bij een onafhankelijke, vrije advocatuur.

Wat heeft dit alles nu te maken met de advocaat die in dienst is van zijn cliënt? In de tradities waar het Hof van Justitie aan refereert, staat de belangenloosheid voorop. Het gaat er natuurlijk niet echt om dat de advocaat werkelijk geen eigen belang heeft bij zijn beroepsuitoefening. Hij verdient er zijn brood mee en geniet van de uitoefening van zijn professie. Het gaat om drie dingen: de advocaat moet bereid en in staat zijn om de belangen van zijn cliënt boven zijn eigen belangen te stellen. De advocaat moet bovendien de onafhankelijkheid genieten om tegen zijn cliënt te kunnen zeggen dat hij er niet aan wil meewerken wat de cliënt wil omdat dit in strijd is met zijn morele principes. Hij moet bovendien een objectief en afstandelijk advies kunnen geven. Kuipers vat de dienstbaarheid van de advocaat aan een eerlijke rechtspleging veel te eng op. Hij vult dat in met het optreden van de advocaat als tegenkracht van de overheid. Dat is slechts ten dele juist. De advocaat die zijn cliënt adviseert, moet zich niet in het bijzonder opstellen als tegenkracht tegen de overheid. Hij moet zich opstellen als tegenkracht van iedereen, dus ook van zijn cliënt. Ik herinner aan de uitspraak, dat ‘about half the practice of a decent lawyer consists in telling would-be clients that they are damned fools and should stop’. Pas als de overheid de grenzen van het toelaatbare dreigt te overschrijden, door onheuse uitoefening van haar gezag, moet de advocaat zich als tegenkracht van de overheid opstellen. Dat betekent wel dat de advocaat zich voortdurend waakzaam moet opstellen tegen de overheid, die – zoals Kuipers terecht opmerkt – een machtige en professionele rechtshandhaver is. Ik kan niet nalaten op te merken dat industriegiganten als Akzo of Unilever in veel opzichten net zo machtig, in sommige opzichten machtiger zijn dan veel overheden en alleen daarom al een kritische benadering verdienen.

Wie deze aspecten enigszins principieel benadert, zal zich er weinig bij kunnen voorstellen dat een advocaat bij zijn cliënt in dienst is. Hoe kun je tegenover je baas belangeloos staan? Hoe kun je de relatie met je cliënt verbreken omdat een goede vertrouwensbasis ontbreekt, als je een arbeidsovereenkomst hebt met je cliënt – waarbij jij de werknemer bent? Tegenover deze principiële benadering, die uitgaat van de absolute onafhankelijkheid van de advocaat tegenover zijn cliënt, en die de advocaat ziet als een *Organ der Rechtspflege* of een *officer of the court*, stelt Kuipers de hem bekende praktijk van interne advocaten die bij hun werkgever-client aandringen op *compliance*. Daarmee spreekt hij een andere taal dan het Hof van Justitie, die in deze advocaten misschien veredelde bedrijfsjuristen ziet, die vallen buiten de traditie van de onafhankelijke advocatuur waar de

samenleving, de rechtstaat behoefte aan heeft. Ik juich het in elk geval toe dat het Hof van Justitie de bijzondere positie van de advocaat in de rechtspleging benadrukt. Dat is een belangrijk tegenwicht tegen stemmen in de samenleving die de advocatuur wegzetten als ‘bedrijfsjuristen-plus’, als een commercieel handige beroepsgroep met wat extra voordeeltjes in ruil voor gedragsregels.