

De advocaat in dienstbetrekking

mr. D.J.B. de Wolff¹

Een advocaat mag een arbeidsovereenkomst met een cliënt aangaan, bijvoorbeeld met een bedrijf. Maar hoe kunnen advocaten in dienstbetrekking voldoende onafhankelijk van hun werkgever zijn om zich op het verschoningsrecht te mogen beroepen?

Advocaten mogen de praktijk uitoefenen op basis van een arbeidsovereenkomst met een organisatie die als cliënt optreedt of cliënten aan zich heeft verbonden, bijvoorbeeld als rechtsbijstandsverzekeraar. In de praktijk spreken we dan van advocaten in dienstbetrekking.² In deze bijdrage bespreek ik deze bijzondere arbeidsrelatie en de specifieke dilemma's die het loondienstverband met de cliënt kan opleveren. Daarbij komt ook de vraag aan de orde of de advocaat in dienst van een dergelijke organisatie eigenlijk wel voldoende onafhankelijk van de werkgever kan opereren om zich op het verschoningsrecht te mogen beroepen. Concrete aanleiding voor dit artikel vormt een strafrechtelijk onderzoek bij Shell, dat zowel Nederlandse als buitenlandse advocaten in Nederland tewerkstelt. De rechter-commissaris achtte de buitenlandse Shell-advocaten onvoldoende onafhankelijk om zich in het kader van dat onderzoek op het verschoningsrecht te beroepen.³ De zaak wacht, nadat de rechtbank tot een iets genuanceerder oordeel kwam,⁴ op beoordeling door de Hoge Raad en zal verderop in dit artikel uitvoeriger aan de orde komen.

Na een korte uiteenzetting over de regelgeving (hoofdstuk 1) ga ik eerst in op de onafhankelijke beroepsuitoefening (hoofdstuk 2) en vervolgens op de reikwijdte van het verschoningsrecht in deze specifieke context (hoofdstuk 3). De samenhang tussen de onafhankelijke beroepsuitoefening en het verschoningsrecht komt aan de orde in hoofdstuk 4 en ik rond af met een korte slotbeschouwing (hoofdstuk 5).

1. De toepasselijke regels

1.1. De Verordening op de advocatuur (Voda)

Op grond van art. 5.9 Voda kan een advocaat een arbeidsovereenkomst aangaan met drie categorieën werkgevers: een rechtsbijstandsverzekeraar (of schaderegelingskantoor), een organisatie met een ideële doelstelling of een 'andere werkgever'. Een advocaat in dienst van een rechtsbijstandsverzekeraar mag voor zowel de werkgever als de bij de werkgever aangesloten rechtsbijstandsverzekerden optreden, ook al zal het belang van de verzekerden niet zonder meer parallel lopen met het belang van de werkgever.⁵ Bij het dienstverband met een ideële organisatie, zoals een vakbond of consumentenorganisatie, moet het doel van die organisatie steeds parallel lopen met het gezamenlijke belang van de leden⁶ van de organisatie. De advocaat mag zowel voor de organisatie zelf als voor die leden optreden, tenzij het optreden voor een lid strijdig kan zijn met de belangen van andere leden (art. 5.10 Voda). Binnen de dienstbetrekking met een andere werkgever dan een rechtsbijstandsverzekeraar (dan wel schaderegelingskantoor) of een ideële organisatie mag de advocaat uitsluitend optreden voor die werkgever of in een groep met de werkgever verbonden rechtspersonen. De werkzaamheden van de advocaat in dienst van zo'n 'andere werkgever' - dit kunnen zowel marktpartijen als non-profitorganisaties als bestuursorganen zijn - moeten in hoofdzaak gericht zijn op de uitoefening van de rechtspraktijk, waaronder eventueel begrepen de organisatie of het management van de rechtspraktijk. Een werkgever mag de geprivilegieerde positie van de advocaat namelijk niet gebruiken als dekmantel voor niet-juridische werkzaamheden.⁷

1. Diana de Wolff is bijzonder hoogleraar Advocatuur aan de UvA en verbonden aan Stadhouders Advocaten in Utrecht.

2. Dit is een wat een verwarrend begrip, omdat we daarmee niet doelen op de arbeidsovereenkomst tussen een advocaat en een advocatenkantoor of praktijkrechtspersoon.

3. Rb. Rotterdam 7 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7856.

4. Rb. Rotterdam 28 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:527.

5. Sinds 1 januari 2021 is het de advocaat in dienst van een rechtsbijstandsverzekeraar - bij wijze van experiment en onder bepaalde voorwaarden - ook toegestaan om op te treden voor niet-verzekerden (art. 5.16 Voda). In dat geval moet het gezag over de advocaat worden uitgeoefend door een entiteit waarvan de voorzitter en de meerderheid van het bestuur advocaat zijn en die voorwaarde geldt ook voor de eventuele rechtspersoon-aandeelhouder van die werkgever.

6. Of op met een lidmaatschap vergelijkbare wijze bij de organisatie aangeslotenen.

7. Zie de toelichting op art. 5.9 Voda.

1.2. Tucht- en gedragsrecht

Net als iedere andere advocaat moet de advocaat in dienstbetrekking alle beroeps- en gedragsregels naleven en zich gedragen met inachtneming van de kernwaarden van de advocatuur (art. 10a Advocatenwet (Advw)) en de tuchtnorm (art. 46 Advw). Schending daarvan kan leiden tot ingrijpen door de deken of klachten van derden-belanghebbenden en vervolgens tot tuchtrechtelijke maatregelen. De werkgever valt in beginsel niet onder het toezicht van de deken en kan ook niet voor de advocaten-tuchtrechter ter verantwoording worden geroepen.⁸

2. Onafhankelijke beroepsuitoefening

2.1. Wat maakt een advocaat onafhankelijk?

Advocaten behoren onafhankelijk te zijn ten opzichte van hun cliënten en de zaken die zij behandelen (art. 10a Advw). Een advocaat moet onbevangen en kritisch tot een eigen professioneel oordeel kunnen komen en geen druk ervaren om de belangen van een cliënt te behartigen anders dan op goede gronden en te goeder trouw te rechtvaardigen is.⁹ Voor een onafhankelijke positie is het zaak om in een bepaald geval autonoom tot afwegingen te komen. Daarvoor is deskundigheid nodig en voldoende tijd en faciliteiten, bijvoorbeeld ondersteuning. Onafhankelijkheid kan ook niet zonder een zeker gezag, gezag dat de advocaat mede ontleent aan de positie ten opzichte van de cliënt en aan een professionele reputatie en integer handelen. Een advocaat moet dan ook bestand zijn tegen druk die aan onafhankelijke en professionele oordeelsvorming afbreuk kan doen. Die druk kan zowel door een werkgever als door (de relatie met) een andere opdrachtgever (cliënt) uitgeoefend worden, maar ook door teamleden, de sectie of het kantoor of door eigen, al dan niet financiële belangen bij een bepaalde wijze van handelen.¹⁰

Een dienstbetrekking met de cliënt maakt niet perse dat een advocaat onvoldoende onafhankelijk is en het omgekeerde geldt ook: het ontbreken van een dienstbetrekking betekent niet vanzelfsprekend dat de advocaat werkelijk onafhankelijk zal optreden. Verschillende empirische onderzoeken in de VS naar de mate waarin in-house advocaten zich onafhankelijk van het management opstellen en hun autoriteit aanwenden om onrechtmatig gedrag te voorkomen

of te stoppen geven een gemengd en zelfs tegenstrijdig beeld.¹¹ In-house advocaten lijken beter dan externe advocaten in de positie om risico's of wangedrag te voorkomen. Ze zijn vaker belast met taken op het gebied van compliance en horen meer informatieve signalen. Bovendien kunnen ze informatie beter interpreteren en kennen zij de managers en het 'politieke landschap', de waarden en de cultuur van de organisatie beter. Die positie kan in-house advocaten motiveren om organisaties het moreel juist te adviseren. Maar zij kunnen zich ook sterk met de organisatie gaan vereenzelvigen en vooral gedreven worden door de bedrijfseconomische kortetermijnbelangen ervan.¹² In Brits onderzoek naar opvattingen van externe en in-house advocaten over verschillende beroepsethische dilemma's bleek weliswaar dat externe advocaten onafhankelijker zouden kunnen zijn, omdat zij gemakkelijker een opdracht kunnen weigeren of de relatie met de cliënt kunnen beëindigen, maar ook werd gevonden dat zij zich moreel minder verantwoordelijk voelden voor keuzes van de cliënt. In-house advocaten leken bij de voorgelegde beroepsethische dilemma's eerder scrupules te hebben, juist omdat zij nauwer betrokken zijn bij het ontstaan en beheersen van juridische problemen en een grotere eigen verantwoordelijkheid voelen voor de oplossing ervan.¹³

2.2. Onafhankelijkheid ten opzichte van de werkgever

2.2.1. Het professioneel statuut

De advocaat in dienstbetrekking en de werkgever moeten het in art. 5.12 Voda voorgeschreven professioneel statuut ondertekenen en daarvan voorafgaand aan de praktijkuitoefening een kopie aan de deken verstrekken.¹⁴ Door ondertekening van het statuut verbindt de werkgever zich om de onafhankelijke praktijkuitoefening door de advocaat te eerbiedigen en zich te onthouden van alles wat invloed kan uitoefenen op het beroepsmatige handelen. In zoverre geldt ook dat de advocaat geen nadeel mag ondervinden in haar of zijn positie als werknemer (art. 2 statuut). Verder stelt de werkgever de werknemer in staat om te voldoen aan de beroepsverplichtingen en om de beroeps- en gedragsregels na te leven (art. 3 en 4 statuut), in het bijzonder waar het

8. Van het bestuur van de werkgever zou een advocaat deel kunnen uitmaken, zie ook noot 5. Die valt uiteraard wel onder het toezicht van de deken.

9. Vgl. de toelichting bij gedragsregel 2.

10. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting over de verschillende dimensies van onafhankelijkheid in relatie tot de advocaat in dienstbetrekking Suzanne Le Mire, 'Testing Times: In-House Counsel and Independence', *Legal Ethics* juni 2011, p. 21-48.

11. Zie voor een overzicht Sung Hui Kim, 'The Ethics of In House Practice', in: L.C. Levin & L. Mather, *Lawyers in Practice, Ethical Decision Making in Context*, UCP 2012, p. 197-220.

12. R. Nelson & L.B. Nielsen, 'Cops, Counsel, and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations', *Law & Society Review* 2000, p. 457-494.

13. R. Moorhead & V. Hinchley, 'Professional Minimalism? The Ethical Consciousness of Commercial Lawyers', *Journal of Law and Society* 2015, p. 387-412, i.h.b p. 411.

14. Bijlage 4 bij de Regeling op de advocatuur bevat de voorgeschreven tekst van het professioneel statuut te vinden op www.advocatenorde.nl/praktijkuitoefening/samenwerking-en-praktijkstructuren/advocaat-in-dienstbetrekking.

gaat om het voorkomen van belangentegenstellingen en het naleven van de geheimhoudingsplicht. De werknemer is weliswaar verplicht de aanwijzingen op te volgen die de werkgever stelt ter bevordering van de orde en de goede gang van zaken binnen de organisatie en de kwaliteit van de dienstverlening, maar niet als die aanwijzingen strijdig zijn met de eerdergenoemde bepalingen in het statuut (art. 5 statuut). Werkgever en advocaat mogen bepalen dat de advocaat over de praktijkuitoefening verantwoordelijk is aan andere advocaten in dienstbetrekking bij de werkgever (art. 7 statuut).

2.2.2. Ontslagbescherming

Er geldt een zekere ontslagbescherming van de advocaat in dienstbetrekking: verschil van inzicht over het beroepsmatige beleid van de advocaat bij de behandeling van zaken zal geen reden mogen vormen voor eenzijdige beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever of voor maatregelen die daartoe kunnen leiden (art. 8 statuut). Of en hoe de kantonrechter bij een werkgeversverzoek om ontbinding met deze ontslagbescherming rekening moet houden, is niet met zekerheid te zeggen. Op grond van art. 7:671b BW kan de kantonrechter een werkgeversverzoek om ontbinding niet inwilligen indien er opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW gelden of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift. Het professioneel statuut zelf is geen wettelijk voorschrift, maar het overeenkomen van de ontslagbescherming conform de voorgeschreven tekst ervan is verplicht gesteld in een verordening die op de grondslag van art. 28 Advw is vastgesteld. In voorkomende gevallen zou het frustreren van de met het statuut geborgde onafhankelijke beroepsuitoefening als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever kunnen worden aangemerkt.

2.3. Onafhankelijkheid ten opzichte van de cliënt

2.3.1. Wie is de cliënt?

De cliënt van de advocaat in dienstbetrekking is in sommige gevallen wel, maar zeker niet altijd de werkgever. In het kader van de dienstbetrekking met een rechtsbijstandsverzekeraar kan de advocaat optreden voor rechtzoekende derden. Hun belangen hoeven niet parallel te lopen met die van de rechtsbijstandsverzekeraar. In de dienstbetrekking met een ideële organisatie kan de werknemer-advocaat niet alleen voor de organisatie, maar ook voor de leden ervan optreden, mits er sprake is van structurele paralleliteit tussen het belang dat de organisatie dient en dat van de leden.¹⁵ De advocaat in dienst van een 'andere werkgever' mag optreden voor die

werkgever, maar ook voor in de groep met de werkgever verbonden rechtspersonen. In de (toelichting op) de Voda is het begrip 'groep' niet toegelicht, maar aan te nemen valt dat het gaat om een groep als bedoeld in art. 2:24b BW. Om als een groep aangemerkt te worden moet er feitelijk sprake zijn van (1) een economische eenheid, waarin rechtspersonen en vennootschappen (2) onder een centrale leiding (3) organisatorisch zijn verbonden. In de praktijk kan onduidelijk zijn of een bepaalde rechtspersoon tot de groep moet worden gerekend en dus of de advocaat wel werkzaam mag zijn voor bepaalde entiteiten. Binnen een franchiseorganisatie zal er bijvoorbeeld doorgaans geen sprake zijn van een economische eenheid. Bij een strategische alliantie of joint venture waarin de werkgever participeert¹⁶ zal er doorgaans geen organisatorische verbondenheid bestaan, althans geen centrale leiding. Het is denkbaar dat door (entiteiten binnen) de groep juridische dienstverlening aangeboden wordt aan niet tot die groep behorende rechtspersonen of samenwerkingsverbanden, bijvoorbeeld op basis van een service-overeenkomst, maar de advocaat in dienstbetrekking mag die diensten dan, lijkt mij, niet verlenen.

2.3.2. Dubbele loyaliteit

Evenals externe advocaten moeten advocaten in dienstbetrekking goed voor ogen houden dat een rechtspersoon die als cliënt optreedt weliswaar vertegenwoordigd wordt door bestuurders of bevoegde (titulair) directeuren en managers, maar dat die personen zelf niet de cliënt zijn. Voor hen optreden tegen de cliënt of in een kwestie waardoor de belangen van de cliënt negatief kunnen worden geraakt, is dan ook in strijd met de kernwaarde partijdigheid en met het uitgangspunt dat een advocaat geen tegenstrijdige belangen mag behartigen (gedragsregel 15).¹⁷ De advocaat die een rechtspersoon bijstaat is slechts aan die rechtspersoon loyaliteit en vertrouwelijkheid verschuldigd. Dat kan de advocaat in een loyaliteitsconflict brengen, bijvoorbeeld als een juridische actie nodig is tegen de functionaris die langdurig als contactpersoon en feitelijk opdrachtgever van de advocaat heeft gefunctioneerd. Dit zal, gezien de collegiale verhoudingen, voor een advocaat in dienstbetrekking wellicht lastiger zijn dan voor een externe advocaat. Ook moeten advocaten alert

15. Zie de toelichting op art. 5.9 Voda.

16. Zie L.F. Kruidenier & R.A. Orsel, 'Joint venture: groepsmaatschappij en consolidatie', *Vennootschap & Onderneming* 2006, nr. 10, p. 178 e.v. voor een uiteenzetting over de vraag of en wanneer een joint venture tot een groep zou kunnen worden gerekend.

17. Zie bijvoorbeeld RvD Arnhem-Leeuwarden 23 augustus 2021, ECLI:NL:TADRARL:2021:185: berisping wegens optreden voor een bestuurder in een conflict met de vennootschap aan wie de (externe) advocaat jarenlang bijstand had verleend.

zijn op de situatie dat verschillende vennoten binnen een vennootschap tegenstrijdige belangen (zouden kunnen) hebben. De advocaat van de vennootschap kan dan niet slechts afgaan op de opdracht zoals een deel van de vennoten die feitelijk heeft verstrekt, maar zal de vennootschap als geheel moeten adviseren hoe om te gaan met het geschil binnen de vennootschap.¹⁸

2.3.3. Belangentegenstellingen voorkomen

Gedragsregel 15 verbiedt het de advocaat om tegelijkertijd voor meer dan één partij op te treden in een zaak waarin deze partijen een tegengesteld belang hebben, dan wel tegen een cliënt of een voormalige cliënt op te treden (gedragsregel 15 lid 1). De regel geldt voor alle advocaten van het kantoor, dus een advocaat mag ook niet optreden tegen een cliënt van een kantoorgenoot. Het is dan ook niet toegestaan dat twee advocaten die in dienst zijn van hetzelfde concern ieder een entiteit bijstaan in een (dreigend) conflict tussen die entiteiten. Afwijking van het verbod van belangenverstremming is mogelijk als de partijen instemmen met het behandelen van een zaak door één advocaat, mits die instemming op behoorlijke wijze tussen voldoende gelijkwaardige partijen tot stand is gekomen op grond van vooraf verstrekte informatie (gedragsregel 15 lid 4).¹⁹

Art. 5:13 Voda bepaalt verder specifiek voor advocaten in dienstbetrekking dat zij niet mogen optreden voor een cliënt wanneer zij daarbij uit hoofde van het dienstverband belangen in acht zouden moeten nemen die (redelijkerwijs kunnen) strijden met het belang van die cliënt. Volgens de toelichting betekent dat dat de advocaat geen cliënten bijstaat 'waarbij er een risico is dat de advocaat niet kan voldoen aan de kernwaarden partijdigheid en onafhankelijkheid.'

Advocaten in dienst van rechtsbijstandsverzekeraars en ideële organisaties behandelen veelal zaken van andere rechtzoekenden dan de werkgever, met name van individuele verzekerden en leden. Hun moet de ruimte worden gegeven om in die zaken partijdig voor de rechtzoekende en onafhankelijk van de werkgever op te treden en die ruimte lijkt de regeling in de Voda te waarborgen. Maar wat als de advocaat binnen een groot concern werkzaam is voor de holding, maar ook voor allerlei heterogene (wellicht ook buitenlandse) entiteiten in de groep, wier bestuurders binnen de toepasselijke juridische kaders belangen nastreven die niet (geheel) in overeenstemming zijn met de strategie, het beleid of de cultuur van de

holding? Die entiteiten zijn dan, evenals de holding, als cliënt te beschouwen. Op basis van gedragsregel 15 lid 1 mag de advocaat niet namens een entiteit tegen de holding 'optreden', maar niet zo duidelijk is hoe te handelen voor een entiteit die iets wil dat schuurt met het belang of de reputatie van het concern of de holding. Of andersom: hoe te handelen namens de holding of een andere entiteit binnen de groep in een aangelegenheid die nadelig kan uitpakken voor een entiteit waaraan de advocaat ook diensten verleent of heeft verleend? In voorkomende gevallen zal, lijkt mij, de advocaat de ene cliënt moeten voorhouden dat de andere ermee moet instemmen dat de advocaat de aangelegenheid ter hand neemt (gedragsregel 15 lid 4).

2.3.4. Combinatie met eigen praktijk

Het is advocaten toegestaan om op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn en ook buiten dat dienstverband de rechtspraktijk uit te oefenen (art. 5:13 lid 2 Voda). Ook dan moet de advocaat er uiteraard voor zorgen dat geen belangentegenstelling op kan treden. Je kunt dus niet in dienst van een onderneming werkzaam zijn voor die onderneming en als vrijgevestigde advocaat bijvoorbeeld een ontevreden klant van de onderneming bijstaan of een werknemer die door de onderneming is ontslagen. De advocaat moet overigens aan de deken melding maken van de combinatie van het dienstverband met de andere rechtspraktijk.

2.4. Onafhankelijkheid ten opzichte van de beloning

Ook enkele voorschriften over het honorarium van de advocaat hebben het bevorderen van de onafhankelijke beroepsuitoefening op het oog. Zo mag een advocaat zich niet anders dan in geld laten betalen. Dat roept de vraag op of een advocaat in dienstbetrekking (opties op) aandelen of bepaalde verstrekkingen als beloning mag aanvaarden. Volgens gedragsregel 19 lid 1 en 2 is het advocaten niet toegestaan 'voldoening van een declaratie anders dan in geld te aanvaarden', behoudens in bijzondere gevallen en dan slechts na overleg met de deken. Evident lijkt mij dat bij het opstellen van deze regel niet is gedacht aan de advocaat die in een loondienstverhouding tot de cliënt staat en helemaal geen declaraties verzendt, maar misschien een auto van de zaak heeft of in een optieplan van de werkgever participeert. Niettemin zal men bij beloningen anders dan in geld het belang van de onafhankelijkheid van de advocaat jegens de werkgever-client goed voor ogen moeten houden. Aandelenbezit kan bijvoorbeeld aan die onafhankelijkheid afbreuk doen wanneer de advocaat een zaak behandelt die van invloed kan zijn op de waarde van de onderneming.²⁰ Art. 7:7 Voda be-

18. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444 (*Stichting Participanten Warmond/Lexence*).

19. Afwijking is ook mogelijk op grond van gedragsregel 15 lid 3 (verschillende zaken, geen redelijke bezwaren bij de beide cliënten, advocaat beschikt niet over vertrouwelijke informatie uit de ene zaak die in de andere zaak van belang zou kunnen zijn), welke uitzondering voor het onderwerp van dit artikel minder relevant lijkt.

20. Nancy J. Moore, 'Conflicts of Interest for In-House Counsel: Issues Emerging from the Expanding Role of the Attorney-Employee', *Texas Law Review* 1998, p. 540-541.

paalt verder nog dat de advocaat geen resultaatgerelateerd honorarium mag overeenkomen. Doorgaans zal de advocaat in dienstbetrekking tegen een vast salaris werkzaam zijn, maar het is ook denkbaar dat voor het bereiken van een bepaald doel een bonus wordt afgesproken. Is dat toelaatbaar? Wellicht. Een succes fee is toegestaan, maar niet als een advocaat daardoor een significant eigen belang heeft bij de wijze waarop de zaak wordt opgelost.²¹ In dubio abstinence.

3. Het verschoningsrecht

3.1. De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht

Advocaten hebben een beroepsgeheimhoudingsplicht (art. 11a Advocatenwet, gedragsregel 3) en een verschoningsrecht ten aanzien van al hetgeen hun 'in de hoedanigheid van advocaat' is toevertrouwd.²² Het oordeel over de vraag of gegevens, communicatie en informatie onder het verschoningsrecht vallen, komt toe aan de advocaat zelf. Stelt deze dat kennisneming van informatie zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dan hoort de rechter dat standpunt te eerbiedigen, behalve als er redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat het onjuist is.²³ Wat aan iemand in de hoedanigheid van advocaat wordt toevertrouwd bepaalt dus de reikwijdte van het verschoningsrecht. De rechter zal zelfstandig nagaan of de werkzaamheden die de advocaat heeft verricht en waarbinnen de gegevens, communicatie en informatie zijn uitgewisseld tot de taak van de beroepsgroep horen en zich daarbij laten leiden door de maatschappelijke opvattingen over de beroepsuitoefening.²⁴ Kort gezegd komt de beroepsuitoefening neer op het bemiddelen tussen de rechtzoekende en het recht: het verlenen van juridisch advies, inclusief het voeren van onderhandelingen en het treffen van schikkingen, en het geven van bijstand in rechte, een en ander met inachtneming van de kernwaarden (onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en vertrouwelijkheid).²⁵

Ook de tuchtrechter maakt onderscheid tussen het optreden 'in hoedanigheid' van advocaat en optreden in een andere hoedanigheid. In de eerste situatie vindt een volle toets aan art. 46 Advw plaats. Voor optreden dat niet in die hoedanigheid plaatsvindt, geldt als norm dat advocaten zich zodanig

moeten gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad (gedragsregel 9 lid 2). De tuchtrechter beoordeelt dan of een gedraging in het licht van de beroepsuitoefening als absoluut ongeoorloofd moet worden beschouwd.²⁶ Hoewel bijvoorbeeld optreden als bestuurder of commissaris van een rechtspersoon doorgaans geen (neven)activiteit vormt die een advocaat in de hoedanigheid van advocaat uitvoert, zijn er grensgevallen. In een zaak waarin een advocaat optrad als bestuurder van een Stichting Administratiekantoor overwoog het hof van discipline dat dat optreden voortvloeide uit het eerdere optreden van de advocaat als rechtsbijstandverlener voor de betrokken ondernemingen, waardoor er voldoende aanknopingspunten waren voor een volle tuchtrechtelijke toetsing.²⁷ In die zaak speelde overigens niet de vraag of de advocaat als bestuurder van de Stichting Administratiekantoor een geheimhoudingsplicht had.

3.2. Vertrouwelijkheid in dienstbetrekking

De advocaat in dienstbetrekking is op gelijke wijze als een externe advocaat tot geheimhouding verplicht. De werkgever moet ervoor zorgen dat gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen niet terecht kunnen komen bij anderen dan de werknemer-advocaat, de cliënt, door de cliënt aangewezen personen of het in de advocatenpraktijk werkzame personeel. De werkgever past zo nodig de organisatie en de inrichting van het bedrijf daarop aan (art. 4 lid 2 professioneel statuut). Toen een bestuurder van een rechtsbijstandsverzekeraar als beleid invoerde om assurantietussenpersonen als stakeholders te beschouwen en hun actief dossiergegevens ter beschikking liet stellen over de aan verzekeren verleende rechtshulp, kwam een van de advocaten in dienstbetrekking van de rechtsbijstandsverzekeraar daartegen in het geweer. Hij verzocht de rechtbank om de bestuurder op grond van art. 2:298 BW te ontslaan. Dit verzoek werd voorwaardelijk gehonoreerd, waarbij de rechtbank de bestuurder als laatste kans drie maanden de tijd gaf om de werkprocessen zodanig in te richten dat als hoofdregel geen gegevensoverdracht aan derden plaats zou vinden over verzekeren of de verleende rechtsbijstand.²⁸ De zaak laat zien hoe hoog de rechter de inbreuk op de vertrouwelijke beroepsuitoefening door de advocaat in dienstbetrekking opnam.

21. HvD 28 maart 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:93; HvD 7 september 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:178.

22. Zie uitgebreid over de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Apeldoorn: Maklu 2018.

23. Onder meer HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532.

24. N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Apeldoorn: Maklu 2018, p. 205.

25. Aldus ook Commissie Wat is een advocaat?, *Dit is een advocaat*, Den Haag oktober 2013, p. 60.

26. Zie ook de toelichting op gedragsregel 9.

27. HvD 7 april 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:166 (waarschuwing wegens tegenstrijdige belangen).

28. Rb. Den Haag 4 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG9270.

3.3. Atypische werkzaamheden

Advocaten in dienstbetrekking zullen - eerder wellicht dan een externe advocaat - ingeschakeld kunnen worden voor werkzaamheden die niet typisch zijn voor de beroepsuitoefening. Zij behouden evenwel, althans volgens art. 5:14 Voda, bij alle binnen de dienstbetrekking voorkomende werkzaamheden de hoedanigheid van advocaat. Bij gebreke van een duidelijke toelichting roept deze bepaling vragen op. Betekent art. 5:14 Voda dat de advocaat in dienstbetrekking eventuele (neven-)werkzaamheden als bijvoorbeeld bestuurder van een werkmaatschappij, secretaris van het bestuur, compliance officer of lobbyist ook in de hoedanigheid van advocaat uitvoert en de door die werkzaamheden verkregen informatie per definitie onder het verschoningsrecht valt? Of betekent de bepaling dat de advocaat in dienstbetrekking dergelijke (neven-)werkzaamheden überhaupt niet mag verrichten? Voor de advocaat in dienst van een 'andere werkgever' is expliciet vastgelegd dat de werkzaamheden 'in hoofdzaak' moeten zijn gericht op de uitoefening van de rechtspraktijk. Dat sluit het verrichten van andere werkzaamheden dus niet volledig uit. Voor de advocaat in dienst van een rechtsbijstandsverzekeraar of ideële organisatie is dat niet met zoveel woorden vastgelegd.

Mij lijkt dat art. 5:14 Voda niet de betekenis kan hebben dat alle informatie die de advocaat in de dienstbetrekking verkrijgt, ongeacht de aard van de werkzaamheden, onder het verschoningsrecht valt. Het verschoningsrecht is als gezegd van toepassing als een cliënt een advocaat met het oog op diens beroepsspecifieke kennis en ervaring heeft benaderd en geldt voor stukken en gegevens die de advocaat heeft verkregen, opgesteld of uitgewisseld in het kader van de gebruikelijke beroepsuitoefening: juridisch advies en bijstand in rechte.²⁹ Evenmin lijkt het plausibel dat art. 5:14 Voda inhoudt dat een advocaat in dienstbetrekking helemaal geen (neven-)werkzaamheden mag verrichten die niet tot de gebruikelijke beroepsuitoefening horen, bijvoorbeeld als lid van een raad van de orde van advocaten of als mediator. Gedragsregel 9 verplicht advocaten ervoor te zorgen dat er bij cliënten en derden geen misverstand kan bestaan over de hoedanigheid waarin de advocaat in een gegeven situatie optreedt.³⁰ Nevenwerkzaamheden die 'niet volledig in de kernwaarden zijn in te passen' zijn werkzaamheden die in een andere hoedanigheid zijn verricht, aldus de toelichting op gedragsregel 9, maar kunnen dus wel toelaatbaar zijn. Deze regel geldt ook voor advocaten in dienstbetrekking.

Zeker voor advocaten in dienstbetrekking is het belangrijk te bedenken wat hun in de hoedanigheid van advocaat wordt toevertrouwd. Het louter inkoopieren van een advocaat in het e-mailverkeer tussen derden is niet het toevertrouwen van die mails in de hoedanigheid van advocaat als de advocaat niet als juridisch adviseur of rechtsbijstandverlener bij de kwestie is betrokken.³¹ En neem de advocaat die als onderdeel van het takenpakket bijvoorbeeld als secretaris van de raad van bestuur optreedt en in die rol de beschikking krijgt over een veelheid aan documenten en correspondentie. Geldt deze informatie als toevertrouwd in de hoedanigheid van advocaat? Dat zal wel het geval zijn als de advocaat wegens beroepsspecifieke kennis gevraagd is een agendapunt voor een bestuursvergadering voor te bereiden of te notuleren. Maar overigens lijkt mij dat niet zonder meer vanzelfsprekend. Een ander voorbeeld: de advocaat combineert taken als juridisch adviseur met die van compliance officer van de onderneming. Het lijkt lastig die tweede rol in de hoedanigheid van advocaat te vervullen. Bij een combinatie van taken als advocaat en als compliance officer kan immers een ambigue fiduciaire plicht ontstaan: jegens de cliënt en jegens het algemeen belang of het belang van andere stakeholders.³²

4. Zonder onafhankelijkheid geen verschoningsrecht

Los van de vraag of bepaalde communicatie is gewisseld met een advocaat in diens hoedanigheid van advocaat en daarmee onder het verschoningsrecht valt, laat zich de meer principiële vraag stellen of de advocaat in dienstbetrekking überhaupt onafhankelijk genoeg kan opereren om het verschoningsrecht in te kunnen roepen. Op het beroep dat Nederlandse advocaten in dienstbetrekking op het verschoningsrecht deden in een mededingingszaak tegen de Europese Commissie oordeelde het Hof van Justitie in 2010 dat de vertrouwelijkheid van de correspondentie tussen advocaat en cliënt slechts geldt als die afkomstig is van onafhankelijke advocaten. Dat waren de advocaten volgens het Hof niet, om de enkele reden dat zij in dienstbetrekking waren bij de cliënt.³³ De Hoge Raad huldigde kort nadien een andere opvatting.³⁴ De Raad overwoog dat werkgevers van advocaten in dienstbetrekking het professioneel statuut dienen te ondertekenen en dat zij zich

29. N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Apeldoorn: Maklu 2018, p. 204.

30. Ook de werkgever zelf moet vermijden dat bij derden de indruk wordt gewekt dat de werknemer ter zake van zijn werkzaamheden in een andere hoedanigheid optreedt dan die van advocaat (art. 1 professioneel statuut).

31. HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

32. John B. IV McNeece, 'The Ethical Conflicts of the Hybrid General Counsel and Chief Compliance Officer,' *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2012, nr. 3, p. 677-694, i.h.b. p. 687-688.

33. HvJ EU 14 september 2010, C-550/07, ECLI:EU:C:2010:512 (*Akzo Nobel Chemicals Ltd en Akros Chemicals Ltd/EC*).

34. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101 (*X en Y/H9 Invest c.s.*), r.o. 5.5, *JBPR* 2013/19 m.nt. N.A.M.E.C. Fanoy, *NJ* 2013/670 m.nt. H.B. Krans.

daarmee verbinden om een onafhankelijke praktijkuitoefening te eerbiedigen en de ongestoorde naleving te bevorderen van de beroeps- en gedragsregels door de advocaat, inclusief de geheimhoudingsplicht. Volgens de Raad was er daarom geen grond om aan advocaten het verschoningsrecht te ontzeggen op grond van het enkele feit dat zij in dienstbetrekking werkzaam zijn.

Het belang van ondertekening van het professioneel statuut is recent opnieuw onderstreept door de rechtbank Rotterdam, die in het kader van het zogenoemde Etosha-onderzoek oordeelde over het verschoningsrecht van advocaten in dienstbetrekking van de verdachte, Shell.³⁵ Zoals in de inleiding al naar voren kwam, oordeelde de rechter-commissaris dat advocaten van Shell een onvoldoende onafhankelijke positie hadden om zich op het verschoningsrecht te beroepen. Het waren buitenlandse advocaten, die niet het professioneel statuut hadden getekend. Shell had hun onafhankelijke beroepsuitoefening ook niet op andere wijze geborgd. Het feit dat het hoofd van het Legal Department deel uitmaakt van het Executive Committee van de werkgever duidde eerder op het tegendeel, zo vond de r-c. In beroep tegen de uitspraak van de r-c bevoegden de advocaten dat onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid als twee van elkaar los staande kernwaarden moeten worden beschouwd en dat er tussen de twee geen direct verband bestaat. Dat bevoegde verwierp de rechtbank. De eis van onafhankelijkheid is volgens de rechtbank een bepalend element bij beantwoording van de vraag of een advocaat in dienstbetrekking kan worden aangemerkt als een verschoningsgerechtigde in de zin van art. 218 Sv. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord indien het professioneel statuut is ondertekend.³⁶ De eis van ondertekening van het professioneel statuut geldt ook voor buitenlandse in-house advocaten die in een andere jurisdictie als advocaat zijn ingeschreven, maar feitelijk in Nederland hun werkzaamheden voor Shell verrichtten. Van in het buitenland ingeschreven in-house advocaten die buiten Nederland hun werkzaamheden voor een dochtermaatschappij van Shell uitvoerden, kon ondertekening van het professioneel statuut niet worden verwacht. Indien en voor zover die advocaten het verschoningsrecht toekomt op grond van de voor hen geldende, plaatselijke regelgeving én zij voldoen aan de daarvoor in dat land gestelde criteria kunnen zij zich ook jegens Nederlandse opsporingsautoriteiten verschonen. De rechtbank overwoog uitdrukkelijk dat ondertekening van het statuut, anders dan door de advocaten was aangevoerd, niet enkel een papieren formaliteit was, maar juist op één van de belangrijkste kernwaarden van advocaten zag: onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep. Over de bestuurlijke rol van het hoofd van het Legal Department liet de rechtbank zich niet uit.

35. Rb. Rotterdam 28 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:527.

36. R.o. 5.5.

5. Een aparte gezagsrelatie

Een nauwe band met de cliënt hoeft op zichzelf aan een onafhankelijke opstelling van de advocaat geen afbreuk te doen, maar bij de positie van advocaten in dienstbetrekking zijn wel vraagtekens te plaatsen.³⁷ Met name de advocaten in dienst van een 'andere werkgever' hebben als werknemer een duurrelatie met een cliënt en zijn voor hun inkomen, status en werkplezier meestal volledig van die cliënt afhankelijk. Als vertrouwenspersoon zijn zij nauw bij de cliënt betrokken en is hun rol soms ambigu. Meer dan een externe advocaat maken zij deel uit van teams met min of meer vaste collega's en leidinggevend die geen advocaat zijn, waardoor zij druk kunnen ervaren om een loyale teamplayer en vooral geen tegenstander te zijn. De beroepsethische 'ecologie' van de advocaat in dienstbetrekking is dus essentieel anders dan die van de externe advocaat.³⁸

Met deze bijdrage heb ik enkele specifieke aandachtspunten gegeven voor advocaten in dienstbetrekking en hun werkgever. De advocaat in dienstbetrekking zal alert moeten zijn op het risico van dubbele loyaliteit - aan de werkgever en aan de feitelijke opdrachtgever - en van belangentegenstellingen. Waakzaamheid is geboden bij de vraag of bepaalde werkzaamheden eigenlijk wel tot de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat horen en dus of bepaalde communicatie onder het verschoningsrecht valt. Misverstanden over de hoedanigheid waarin een advocaat optreedt zullen zich kunnen voordoen bij een takenpakket dat meer omvat dan typische advocatendiensten.

Maar bovenal moeten advocaten in dienstbetrekking hun vermogen tot zelfstandige oordeelsvorming koesteren. Advocaten hebben hun prerogatieven niet louter en alleen om besluitvorming door hun cliënt te stroomlijnen. Ook in een dienstbetrekking met de cliënt horen zij onbevangen, integer en deskundig te adviseren over wat op goede gronden en te goeder trouw verdedigbaar is. Soms betekent dat 'nee verkopen'. Of juist initiatief nemen bij een potentieel risico dat de cliënt onderschat of niet wil aanpakken.³⁹ Waar een arbeidsovereenkomst in het algemeen impliceert dat de werknemer onder gezag van de werkgever staat, is dat voor deze werknemers essentieel anders. De werknemer hoort autonoom het eigen professionele handelen te kunnen bepalen.

37. Dat blijkt wel uit het eerder genoemde arrest HvJ EU 14 september 2010, C-550/07, ECLI:EU:C:2010:512.

38. Het begrip ethische ecologie ontleen ik aan Sung Hui Kim, 'The Banality of Fraud: Re-Situating the Inside Counsel as Gatekeeper', *Fordham Law Review* 2005, p. 983-1077, die de specifieke hiërarchische, economische, organisatorische en psychologische afhankelijkheden van de in house advocaat onderzocht.

39. Vgl. Sung Hui Kim, 'Inside Lawyers: Friends or Gatekeepers?', *Fordham Law Review* 2016, p. 1867-1897, over een casus waarin in house advocaten van General Motors Company te weinig alert waren op de risico's van het gebruik van ondeugdelijke contactsloten, dat leidde tot de dood van 124 mensen en tot 275 gewonden.

Als dat niet is gewaarborgd, kan het verschoningsrecht van de advocaat in dienstbetrekking (verder) ter discussie komen te staan.