

22

Karakter en betekenis van de Gedragsregels voor advocatenRobert Sanders¹*1. Inleiding*

In februari van dit jaar heeft de algemene raad van de Nederlandse orde van advocaten de nieuwe Gedragsregels voor advocaten gepubliceerd. Deze geactualiseerde Gedragsregels 2018 treden in de plaats van de vertrouwde gedragsregels die sinds 1992 het optreden van advocaten in goede banen hebben geleid. Deze herijkingoperatie geeft bij wijze van overdenking aanleiding tot de vraag welke betekenis en functie die gedragsregels hebben binnen het materiële advocatentuchtrecht en welk rechtskarakter aan deze regels kan worden toegekend. In dit artikel zal ik op die vragen ingaan, waarbij ik ook kort de ontstaansgeschiedenis van de gedragsregels zal behandelen en aan de orde zal komen in hoeverre de gedragsregels voor de advocatuur ook buiten het tuchtrecht betekenis hebben.

2. Ontwikkelingsgeschiedenis

De huidige gedragsregels staan in een lange traditie. Deze en eerdere verzamelingen gedragsregels zijn immers voorafgegaan door de zogeheten ereregelen voor advocaten; een geschiedenis die terugvoert tot 1921. De behoefte aan het stellen van dergelijke regels komt voort uit het open karakter van de destijds geldende tuchtnorm. Die algemene toetsnorm in de publiekrechtelijke regelgeving ten aanzien van het disciplinair toezicht op advocaten was sinds 1838 gebaseerd op het begrip 'eer van de stand der advocaten'. Dit standscriterium gold als centrale norm waaraan niet alleen de toegang tot het beroep van advocaat werd afgemeten, maar vormde ook de tucht-rechtelijke toets voor de raden van toezicht en discipline, die door de wetgever waren belast met de zorg voor de eer van de stand der advocaten.

De invulling van deze open norm was decennialang aan het beleid van de lokale raden van toezicht en discipline overgelaten. Per individueel geval werd door de raden beoordeeld of gedragingen van advocaten al dan niet in strijd met de standseer moesten worden beschouwd. Bij gebrek aan een instantie die door de overheid bevoegd was gemaakt om materiële beroepsregels vast te stellen nam de in 1915 opgerichte Nederlandsche Advocaten-Vereeniging kort na haar oprichting het initiatief om het publiekrechtelijke toetsingscriterium nader uit te werken. Het bestuur van de NAV gaf een commissie van zeven advocaten opdracht om het zogenoemde 'ererecht' op te tekenen. De door deze commissie vervaardigde ontwerp-verzameling ereregelen voor advocaten werd zonder nadere toelichting afgedrukt in het *Advocatenblad* van 15 maart 1921. Deze regels waren vooral bedoeld om advocaten enige houvast te bieden in de praktijk. P.J.W. de Brauw beschreef in retrospectief de eerste opzet van de ereregels als 'een compilatie (...) vanuit ervaring met bij "de bewaking van de eer van de stand" ontmoete gevallen, waarbij disciplinaire maatregelen waren toegepast of onnodig bevonden'.² Een systematische opzet van regels was daarmee volgens hem niet beoogd en de aangebrachte rubricering ging sterk uit van de gedachte dat men in de eerste plaats te maken had met een erecode.

In 1939 werden dit eerste ontwerp van de ereregelen herzien. Ook dit keer werd het redactionele werk door een door het NAV-bestuur ingestelde advocatencommissie uitgevoerd. Nu was het

1 Mr. dr. R. Sanders is advocaat bij De Clercq Advocaten Notariaat in Leiden waar hij zich heeft gespecialiseerd in het tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren. Hij was lid en secretaris van de commissie-Loorbach tot herijking van de gedragsregels. In september 2017 promoveerde hij aan de Universiteit van Amsterdam op het advocatentuchtrecht met het proefschrift 'Orde en discipline'. Dit artikel is deels een bewerking van hoofdstuk 3 van dat proefschrift.

2 P.J.W. de Brauw, 'Het ontwerp gedragsregels', *Advocatenblad* 1980, p. 33.

lidmaatschap van de NAV geheel vrijwillig en waren advocaten niet door hun inschrijving op het tableau aan de opgetekende ereregels gebonden. Dat uitgangspunt was overigens niet lang daarna een van de drijfveren achter het tot stand komen van de Advocatenwet en daarmee van een Nederlandse orde van advocaten mét verordenende bevoegdheid. Die verordeningen van de NOvA zijn tot op de dag van vandaag van rechtswege verbindend voor alle in Nederland ingeschreven advocaten.

Naast de verordeningen zijn binnen de schoot van de NOvA ook de ereregelen blijven voortbestaan. Sterker nog, in 1961 gaf de algemene raad een nieuwe commissie (onder leiding van voormalig algemeen deken Visser van IJzendoorn) opdracht na te gaan of de tekst uit 1939 herziening behoeft. De aldus herziene ereregelen, die in 1968 werden gepubliceerd, verkregen ondanks dat ze in opdracht van de algemene raad van de NOvA waren opgesteld geen verbindende kracht.

Na 1968 hebben nog drie actualisering van de regels plaatsgevonden, waarbij telkens hetzelfde stramien werd gevolgd. Achtereenvolgens hebben de commissie-Dirkzwager (1980), de commissie-Bitter (1992) en de commissie-Loorbach (2018) een ontwerp voorbereid voor een nieuwe verzameling praktijkregels. Telkens hebben deze regels hun formeel onverbindende karakter behouden. Duidelijk is echter wel dat de gedragsregels aan hun acceptatie in de praktijk – zowel door advocaten als door de tuchtrechter – hun gezag hebben weten te behouden.

3. Van ereregelen naar gedragsregels

Er is tussentijds wel een verandering opgetreden in de naamgeving van de regels. Waar tussen 1921 en 1968 gesproken werd van 'ereregelen' koos de commissie-Dirkzwager nadrukkelijk voor de benaming 'gedragsregels'. In 1968 had de commissie-Visser van IJzendoorn al openlijk getwijfeld aan het gebruik van de term 'ereregelen', en of daardoor niet het misverstand zou kunnen ontstaan dat de eer van de stand een bijzondere eer was waarop de advocaten zich zouden laten voorstaan. De commissie besloot de benaming ereregelen echter te handhaven 'omdat zij in ons land nu eenmaal burgerrecht heeft verkregen'.³ De commissie-Dirkzwager heeft in haar op 9 juni 1978 aangeboden ontwerp echter aangegeven te willen breken met die traditioneel gebruikelijke terminologie. Naar het oordeel van de commissie paste die naamgeving niet meer in het moderne spraakgebruik en ging deze betiteling uit van een wellicht verouderde visie op het advocatenberoep, terwijl het accent inmiddels was verschoven van de belangen van de advocatuur naar de belangen van de rechtzoekenden.⁴ Daarbij komt dat in 1978 reeds een wetsvoorstel in behandeling was bij de Tweede Kamer waarin het oude standscriterium in de Advocatenwet vervangen zou worden door de huidige tuchtnorm van artikel 46. Sinds 1980 kennen we dan ook de praktijkregels voor advocaten onder de term 'Gedragsregels'.

4. Rechtskarakter

Ook werden in 1968 reeds vragen gesteld over het rechtskarakter van de ereregelen. Voormalig Haags deken Wijckerheld Bisdom vroeg zich af 'wat nu eigenlijk het karakter van deze ereregelen was en welke rechtswaarde daaraan door de advocatensamenleving viel toe te kennen.' Hij zag de regels als 'in feite niets anders dan de meningsuitingen van een commissie, bestaande uit zes stuk voor stuk zeer ervaren en kundige confrères (...) omtrent hetgeen de advocaat heeft te doen en te laten. Als zodanig zal men aan deze regelen in de praktijk ongetwijfeld gezag toekennen'.⁵ Hij ontwikkelde ook de gedachte dat een inbreuk op de bepalingen in de ereregelen niet automatisch grond vormt voor een tuchtrechtelijke maatregel. Daartoe zou volgens hem eerst vereist zijn dat die inbreuk tevens naar het oordeel van de tuchtrechter een 'misslag in de uitoefening van de praktijk begaan' of een 'inbreuk op de stand der advocaten' opleverde.

3 Inleiding Ereregelen voor de advocaten 1968, p. IX

4 'Naar een herziening van ons gedragsrecht', *Advocatenblad* 1979, p. 46.

5 C.R.C. Wijckerheld Bisdom, 'De ereregelen 1968', *Advocatenblad* 1968, p. 515.

Ter duiding van de nieuwe regels had de commissie-Visser van IJzendoorn in 1968 haar ontwerp van een toelichting voorzien. Daarin werd opgemerkt dat men zich diende te realiseren bij het optekenen van bepaalde 'coutumes' dat het een weergave is van datgene dat in de balie in een bepaald tijdvak leefde als geldend ererecht, omdat het immers werd opgetekend door beroeps-genoten, die voor het vervullen van die taak over de nodige ervaring beschikten.⁶ Vergelijkbare woorden lezen we ook bij het Ten geleide van algemeen deken Van Hassel in 1992 waar hij opmerkt dat de gedragsregels weergeven 'hoe de balie de wettelijke norm van artikel 46 advocatenwet thans interpreteert'.⁷

De commissie-Bitter, die de Gedragsregels 1992 had voorbereid, beschreef het karakter van de verzameling gedragsregels als volgt:

'Deze regels brengen normen onder woorden, die naar de heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden inachtgenomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat. Zij vormen niet de vastlegging van het voor advocaten geldende tuchtrecht. De inhoud van dat tuchtrecht wordt vastgesteld door de tuchtrechter op basis van de advocateneed, verordeningen en de drie regels genoemd in artikel 46 van de Advocatenwet.'

Uit deze karakterisering volgt zowel de tijdgebondenheid van de regels als het respect voor het autonome oordeel van de tuchtrechter, dat echter altijd achteraf plaatsvindt. Opgemerkt kan ook nog worden dat die 'tuchtrechter' (zowel in eerste aanleg als in hoger beroep) staat voor gemengde colleges, waaraan ook weer beroepsgenoten deelnemen. Met betrekking tot de verbindendheid van de regels voegde de commissie-Bitter nog het volgende toe:

'Deze gedragsregels kunnen worden gezien als een uitwerking van de eerste en vooral ook de ruim geformuleerde derde regel, in dat artikel genoemd. Zij zijn niet bindend in de zin, waarin de regels van de door de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde verordeningen bindend zijn. Zij zijn bedoeld als richtlijn voor de advocaten voor zijn handelen in de praktijk. Zij kunnen tevens dienen als richtlijn voor de tuchtrechter, al binden zij deze niet zoals het hof van discipline meermalen heeft beslist.⁸

Met die laatste opmerking verwees de commissie-Bitter naar de weg die het Hof van Discipline reeds spoedig na de publicatie van de gedragsregels 1968 was ingeslagen. In 1970 oordeelde het hof dat op zichzelf het overtreden van de ereregels geen disciplinair vergrijp is:

'Bij de beoordeling (...) stelt het Hof voorop, dat de 'ereregelen', ook die welke in 1968 zijn opgesteld, geen rechtskracht hebben in die zin, dat een handelen anders dan in deze regelen is voorgeschreven, op die enkele grond beschouwd zou moeten worden als een misslag door de advocaat, in de uitoefening van de praktijk begaan, of een inbreuk op de eer van de stand der advocaten.⁹

Van deze lijn in de tuchtrechtspraak is sindsdien niet meer afgeweken. Ook met betrekking tot de Gedragsregels 1980 heeft het hof in gelijke zin geoordeeld.¹⁰ Uit deze tuchtrechtspraak komt tevens naar voren dat het optreden van een advocaat tuchtrechtelijk getoetst wordt aan het bepaalde in de wettelijke norm van artikel 46 Advocatenwet, en niet aan de vraag of voor dat op-

6 Inleiding Ereregelen voor de advocaten 1968, p. X.

7 W.G. van Hassel, *Vademecum Advocatuur* 2017, p. 300.

8 Inleiding Gedragsregels 1992, par. 1.1, *Vademecum Advocatuur* 2017, p. 301-302.

9 HvD 12 januari 1970, nr. 216, *Advocatenblad* 1972, p. 556.

10 HvD 29 november 1983, nr. 745, *Advocatenblad* 1984, p. 434. Zie ook HvD 24 januari 1984, nr. 764, *Advocatenblad* 1984, p. 434, waarin het hof overweegt dat het overtreden van gedragsregels, zijnde geen verordening van de Nederlandse orde van advocaten, als zodanig geen disciplinair vergrijp is.

treden al dan niet steun kan worden gevonden in de Gedragsregels 1980.

De Gedragsregels 1992 kregen evenmin de status van een de tuchtrechter bindend voorschrift, maar werden wel bij de toetsing aan artikel 46 als richtlijn gehanteerd.¹¹ De vaste tuchtspraak formuleert dit uitgangspunt thans als volgt:

‘Blijkens de inleiding op de Gedragsregels 1992 brengen deze regels de normen onder woorden, die naar de heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden in achtgenomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat en zijn zij bedoeld als richtlijn voor de advocaat. Bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht dient de tuchtrechter het aan de advocaat verweten handelen of nalaten te toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen, gezien ook het open karakter van de wettelijke norm, daarbij wel van belang zijn. Of het niet naleven van een bepaalde gedragsregel ook tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen oplevert, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld.’¹²

De voor advocaten toepasselijke gedragsregels zijn dus zonder meer gezaghebbende richtlijnen. Deze regels zijn echter naar hun aard te onderscheiden van algemeen verbindende voorschriften zoals we die terugvinden in de verordeningen van de Nederlandse orde van advocaten. Op dat onderscheid ga ik hieronder nader in.

5. Onderscheid met verordeningen

De Gedragsregels voor advocaten vormen zoals gezegd richtlijnen voor zowel de individuele advocaat als de tuchtrechter ter toetsing van de in artikel 46 Advocatenwet opgenomen criteria zorgplicht en betamelijkheid. Een derde criterium in dat wetsartikel is dat advocaten geen inbreuk mogen maken op de verordeningen van de Nederlandse orde van advocaten. Deze verordeningen – in de praktijk gaat het sinds 1 januari 2015 om één verzamelverordening, namelijk de Verordening op de advocatuur – scheppen dus een eigen maatstaf naast de gedragsregels waar die de andere twee criteria inkleuren. Er bestaat echter ook nog een onderscheid naar *grondslag* tussen verordeningen en gedragsregels. Verordeningen komen immers tot stand aan de hand van een in de Advocatenwet vastgelegde procedure. De algemene raad bereidt verordeningen (of wijzigingen van een bestaande verordening) inhoudelijk voor en doet vervolgens een voorstel aan het college van afgevaardigden dat de verordening vaststelt.¹³ De vastgestelde verordening wordt vervolgens aan de minister van Justitie en Veiligheid medegedeeld en gepubliceerd in de Staatscourant.¹⁴

De gedragsregels worden in de Advocatenwet niet expliciet genoemd. De algemene raad is echter op grond van het huidige artikel 10a lid 2 bevoegd om ter bevordering van een behoorlijke uitoefening van de praktijk in het belang van een goede rechtsbedeling *alle maatregelen* te nemen die daaraan kunnen bijdragen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met die maatregelen ook de gedragsregels heeft bedoeld. Volgens de regering ziet de NOvA het namelijk terecht als haar taak om in verordeningen, richtlijnen en (andere) gedragsregels zodanige regels te stellen dat het belang van een goede rechtsbedeling wordt gewaarborgd.¹⁵ Verder wordt over de in artikel 10a lid 2 verleende opdracht opgemerkt dat de advocatuur daaraan in de praktijk

11 HvD 23 augustus 1993, nr. 1787, *Advocatenblad* 1994, p. 165.

12 HvD 30 mei 2016, nr. 150165, ECLI:NL:TAHV:2016:96.

13 Zie art. 28 Advocatenwet, in het bijzonder de leden 1, 3 en 4. Een voorstel voor een verordening kan overigens ook worden gedaan door ten minste vijf afgevaardigden.

14 Op grond van art. 30 Advocatenwet jo. art. 10:35 Awb kan een vastgestelde verordening binnen zes maanden na de mededeling wegens strijd met het recht of het algemeen belang bij koninklijk besluit worden vernietigd.

15 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 382, nr. 3, p. 13.

onder meer uitvoering geeft via beroeps- en gedragsregels (onder andere de Gedragsregels 1992).¹⁶

In het oorspronkelijke wetsvoorstel 32 382 (Wet positie en toezicht advocatuur) was de opdracht tot het nemen van maatregelen zelfs geëxpliciteerd met de zinsnede 'waaronder het stellen van beroeps- en gedragsregels'. Deze passage is met de vijfde nota van wijziging vervallen om buiten twijfel te stellen dat de lokale advocatenorden, naast de door de NOvA vastgestelde verordeningen en (andere) beroeps- en gedragsregels, niet zelf ook nog regels kunnen stellen.¹⁷

De grondslag voor het vastleggen van de binnen de beroepsgroep levende gedragsregels kan dus worden gevonden in artikel 10a lid 2 van de Advocatenwet, met de algemene raad als enig bevoegd orgaan tot het initiëren van die optekening, al dan niet door middel van een daartoe samengestelde commissie.

6. Positieve inspanningsverplichting

Naast het procedurele onderscheid tussen gedragsregels en verordeningen en de mate van verbindendheid valt er ook een zeker inhoudelijk verschil tussen gedragsregels en verordeningebepalingen waar te nemen. Dat verschil houdt verband met wat de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller de 'morality of aspiration' heeft genoemd. Fuller muntte deze term in 1964 in zijn boek *The Morality of Law*.¹⁸ Fuller maakt hierin onderscheid tussen twee vormen van moraliteit. Enerzijds is er de 'morality of duty', dit is de moraal van de plicht die een ondergrens vormt waaronder eigenlijk geen sprake meer is van sociaal handelen. Hierin vinden we de basisregels zonder welke een geordende samenleving onmogelijk kan functioneren. Daartegenover staat de moraal van de aspiratie, als het intrinsieke streven naar uitmuntendheid. Die aspiratieve moraal kwam in het licht van de maatschappelijke positie van de Nederlandse balie impliciet aan de orde bij de behandeling van het wetsontwerp van de Advocatenwet. In een reactie uit 1950 zette de Nederlandsche Advocaten-Vereeniging de taakopdracht van de advocaat als volgt in de verf:

'De advocaten zijn geroepen, mede leiding te geven aan het rechtsleven en naast de rechterlijke macht aan de rechtsbedeling mede te werken door het verlenen van de voor goede rechtspraak onmisbare rechtsbijstand en voorlichting. Bij al hun gedragingen hebben zij hiervan uit te gaan. Dit leidt er toe, dat de plichtsgetrouwe advocaten, die de overgrote meerderheid van de balie uitmaken, eigen belang achterstellen bij dat van derden. Zij plegen bij de beoordeling van de hun voorgelegde vragen een zo objectief mogelijk standpunt in te nemen; men denke hierbij ook aan de adviserende praktijk, die bij vele advocaten een belangrijke plaats inneemt. Zij weerhouden hun cliënten van procedures die onnodig zijn, waarin hun cliënten geen kans van slagen of waarbij zij geen redelijk belang hebben, dat de kosten kan rechtvaardigen, en vermijden het maken van nodeloze kosten, die hetzij ten laste van hun cliënten, hetzij van wederpartijen zouden komen.'¹⁹

Volgens de NAV brengt deze in alle beschaaftde landen gebruikelijke wijze van praktijkuitoefening ook mee dat advocaten vanouds in sterke mate zich ervan bewust zijn dat zij het algemeen belang moeten dienen.

Vertaald naar de zelfregulering van de balie kan in algemene zin worden gezegd dat de verordeningen van de NOvA vooral verplichtingen bevatten die beschouwd mogen worden als 'morality of duty': basisverplichtingen in de zin van algemeen verbindende voorschriften, die op grond daarvan alleen reeds nageleefd moeten worden en die door de deken als toezichthouder worden

16 *Kamerstukken II 2009-2010, 32 382, nr. 3, p. 21.*

17 *Kamerstukken II 2013-2014, 32 382, nr. 30, p. 3.* De regering wees in dat verband op de vereiste uniformiteit van de regelgeving en de uniforme handhaving van die regelgeving door de dekens.

18 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1964.

19 *Advocatenblad 1950, p. 236.*

gehandhaafd door middel van bestuursrechtelijke sanctionering.²⁰ Als zodanig lijken de verplichtingen op grond van een verordening enigszins losgezongen van het voor advocaten geldende tuchtrecht.

De gedragsregels bieden vanwege hun eerder flexibele karakter (de tuchtrechter is niet gebonden aan de letterlijke tekst ervan) richtlijnen voor gedrag dat een zorgvuldig en behoorlijk advocaat betaamt. Als zodanig beantwoorden deze regels naar hun aard meer aan de 'morality of aspiration'. Uit de inleiding bij de Gedragsregels 2018 blijkt dat ook de commissie-Loorbach bij de herijkingsoperatie is uitgegaan van die aspiratieve moraal, waarbij een behoorlijk advocaat er bovenal eer in stelt om naar vermogen vakkundig en naar alle wettelijke en gedragsrechtelijke maatstaven te functioneren; het is hem er dus niet alleen om te doen om bij de tuchtrechter weg te blijven. De gedragsregels zijn in die positieve sleutel gezet, met een sterkere maatschappelijke oriëntatie dan voorheen het geval was: in de inleiding bij de Gedragsregels 2018 merkt de commissie nog op dat de individuele advocaat niet alleen ter wille van zichzelf – en zijn cliënt – maar ook ten behoeve van het aanzien en de kwaliteit van de beroepsgroep betamelijkheid nastreeft en dat de beroepsgroep als zodanig moet worden gedreven

'door het besef dat een betamelijke praktijkvoering en daarop gerichte disciplinerende gedragsregels instrumenteel en noodzakelijk zijn om de afnemers van advocatendiensten, cliënten, andere betrokken partijen en andere 'stakeholders' te kunnen laten vertrouwen op toereikende kwaliteiten en integriteit van de dienstverlening en de daarmee verband houdende overige gedragingen van een advocaat.'

Gedragsregels kleuren de open norm in van de zorgvuldigheid en de betamelijkheid die van een behoorlijk advocaat mag worden verwacht. In die betekenis vormen zij dan ook een weergave van wat in de literatuur wordt beschouwd als een exponent van de tuchtrechtelijke opdracht aan een advocaat om zich vooral in te spannen een goed groepslid te zijn. Volgens De Doelder beperken deze verplichtingen om zich als groepslid maximaal in te spannen derhalve niet tot het volbrengen van bepaalde gedragingen: het gaat ook om andere symptomen, die ervan getuigen, dat men een goed groepslid is.²¹ Reeds eerder beschreef Taat dat de tuchtrechtelijke plicht niet zozeer eist het zich onthouden van bepaalde handelingen maar veel meer positief 'het zich voortdurend inspinnen ten opzichte van de doelstelling van de groep'. Een uitputtende opsomming te geven van de talloze gedragingen, waardoor men met deze plicht in strijd zou kunnen komen, achtte hij dan ook onmogelijk.²²

Deze opvatting biedt een krachtig argument om de gedragsregels niet vast te leggen in algemeen verbindende voorschriften zoals een verordening of zelfs in de wet: de complexiteit van de dagelijkse advocatenpraktijk vergt een flexibele maatstaf die vooral de tuchtrechter in staat stelt om in individuele gevallen te kunnen beoordelen of het optreden van de advocaat aan de (basis)norm voldoet. Die contouren van die basisnorm kunnen dan worden gevonden in (hulp)bronnen zoals de wettelijke kernwaarden van artikel 10a Advocatenwet, de advocateneed en uiteraard de gedragsregels. In elk geval moet worden voorkomen dat door strikte codificatie de gedachte bij advocaten postvat dat wat niet uitdrukkelijk wordt verboden in de gedragsregels daarmee ook is toegestaan.

7. Toepassingsgebied van de gedragsregels

Langs de band van artikel 46 Advocatenwet zijn de gedragsregels van toepassing op alle in Ne-

20 De deken is immers bevoegd om krachtens art. 45g Advocatenwet voor de overtreding van het bepaalde in een verordening een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom op te leggen.

21 H. de Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht* (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1981, p. 19.

22 J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht* (diss. Leiden), Boskoop: Taat en Van der Neut 1948, p. 27.

derland ingeschreven advocaten. De vraag die kan worden gesteld is of advocaten uit andere Europese landen die in ons land mogen optreden de gedragsregels ook in acht moeten nemen. De gedragsregels worden immers niet genoemd in paragraaf 2a van de Advocatenwet, waarin de rechten en plichten van dergelijke 'bezoekende' advocaten zijn geregeld. De Raad van Discipline Den Haag heeft overwogen dat de wetgever heeft bedoeld ook de gedragsregels op hen van toepassing te verklaren. De raad oordeelde dat van bezoekende advocaten, indien zij optreden in Nederland, op grond van de Europese Gedragscode mag worden verwacht dat zij de beroeps- en gedragsregels van de lidstaat van ontvangst in acht nemen.²³

Omgekeerd dienen Nederlandse advocaten die buiten de landsgrenzen in het kader van hun beroepsuitoefening optreden rekening te houden met die Europese gedragscode.²⁴ Deze *Code of Conduct for European Lawyers* is in 1988 opgesteld door de CCBE, de in Brussel gevestigde Raad van Europese balies. Op grond van de huidige Nederlandse gedragsregel 11 dient de advocaat bij het verrichten van grensoverschrijdende werkzaamheden binnen de Europese Unie en het Europees economisch gebied de CCBE Gedragscode in acht te nemen. Aan de hand van deze regel 11 wordt de Europese gedragscode in de Nederlandse gedragsregels geïncorporeerd. In de Nederlandse tuchtrechtspraak is voor de volledigheid nog wel benadrukt dat deze Europese gedragscode alleen van toepassing is op grensoverschrijdende activiteiten.²⁵

8. Doorwerking buiten het tuchtrecht

Sprekend over het rechtskarakter van de gedragsregels is het interessant om ook de doorwerking van deze regels in andere rechtsgebieden in ogenschouw te nemen. Het gaat dan om de doorwerking van de gedragsregels in het burgerlijk recht, in het bijzonder binnen de rechtsverhouding tussen advocaat en cliënt, bijvoorbeeld op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid.

Het burgerlijk recht houdt in beginsel al rekening met een dergelijke doorwerking van specifiek voor een beroepsgroep opgestelde regels. Zo wijst Verkijk erop dat er mogelijk samenloop is tussen gedragsrecht en civiel recht en dat normen uit het gedragsrecht een rol kunnen spelen bij de invulling van de civielrechtelijke overeenkomst. De overeenkomst tussen advocaat en cliënt wordt immers zo nodig aangevuld door wat de redelijkheid en billijkheid eisen, een norm die – mede – wordt ingevuld door de in Nederland levende rechtsovertuigingen (art. 3:12 BW).²⁶ Daar komt bij dat artikel 6:248 BW bepaalt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Nog verder toegesneden op de overeenkomst van opdracht geeft het tweede lid van artikel 7:400 BW aan dat van de bepalingen in titel 7 van toepassing zijn, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte. Het gedragsrecht zou kunnen worden beschouwd als opgetekend gewoonterecht, echter met de kanttekening dat dit gewoonterecht van toepassing is op een specifieke groep waarvan bijvoorbeeld de cliënt geen deel uitmaakt.

Het meest verstrekkend en meest uitgesproken over de doorwerking van de gedragsregels is waarschijnlijk de opvatting van Sniijders over gedragsregel 9 lid 3 (1992). De regel schreef voor dat de advocaat die besluit zijn opdracht te beëindigen dit op zorgvuldige wijze dient te doen en zodanig dat zijn cliënt daarvan zo min mogelijk nadeel ondervindt. Sniijders meent dat deze

23 RvD Den Haag 1 december 2014, ECLI:NL:TADRSGR:2014:295. De raad voegt daar nog wel aan toe dat op een (buitenlandse) advocaat in een andere hoedanigheid de gedragsregels voor advocaten niet van toepassing zijn.

24 Hiermee ontstaat voor deze advocaten dan het zogenoemde systeem van 'double deontology'.

25 HvD 7 januari 2013, nr. 6303, ECLI:NL:TAHVD:2013:38), r.o. 5.2

26 R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 299.

gedragsregel tevens een *rechtsregel* vormt, die men kan beschouwen als een subregel van artikel 7:401 BW.²⁷

Enigszins voorzichtiger is advocaat-generaal Hartlief in zijn zeer recente conclusie waarin hij opmerkt dat aan de verplichtingen van een advocaat jegens zijn cliënt mede invulling wordt gegeven door de in de advocatuur aanvaarde of geldende regels en gebruiken en dat in dit verband de Gedragsregels in beeld *kunnen* komen:

‘Wat de cliënt mag verwachten van een advocaat, wordt immers mede bepaald door de Gedragsregels. Deze Gedragsregels bieden niet alleen de tuchtrechter, maar ook de civiele rechter die moet beoordelen waartoe de opdrachtnemer jegens zijn opdrachtgever gehouden was, een handvat bij het invullen van hetgeen van een behoorlijk handelend advocaat mag worden gevergd. Het gedragsrecht kan dus een rol spelen bij de invulling van de civielrechtelijke verhouding tussen de advocaat en de cliënt.’²⁸

Kritischer is Bannier in zijn annotatie onder een arrest van het Bossche gerechtshof uit 2014 waarin het hof in een overweging ten overvloede verwijst naar gedragsregel 35 (1992).²⁹ Dat het om een de uitspraak niet dragende overweging gaat is volgens Bannier niet zo vreemd, want hem zijn geen uitspraken bekend van welke gewone rechter ook waarin rechtsgevolg gegeven wordt aan enige gedragsregel.³⁰ Hij vraagt zich af wat het hof dan heeft bedoeld met de verwijzing naar gedragsregel 35, in het bijzonder of het de niet-ontvankelijkheid ook heeft willen doen steunen op het niet in acht nemen van die gedragsregel en die regel dus civielrechtelijk effect te geven. Dat laatste lijkt hem (zonder nadere toelichting van het hof) niet waarschijnlijk. Voor zover het hof meende de betrokken advocaat nog eens een gedragsrechtelijke aanwijzing te geven meent Bannier – mijns inziens terecht – dat het hof dat beter aan de advocatentuchtrechter kan overlaten.

Van belang is hier vooral de signalering van Bannier dat de gewone rechter geen rechtgevolg zou willen geven aan enige gedragsregel. In de rechtspraak is echter enkele malen door de burgerlijke rechter het begrip misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 1 BW) ingekleurd door een overtreding van gedragsregel 28 lid 1, dat de advocaat verbiedt voor de betaling van zijn declaratie andere zekerheid te aanvaarden dan een voorschot in geld, behoudens in bijzondere gevallen en dan slechts na overleg met de deken.³¹ De advocaat had in die zaak een bestuurder en aandeelhouder van een vennootschap vlak voor de zitting laten tekenen voor borgstelling en hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schuld van de vennootschap aan het advocatenkantoor. Volgens het hof moest deze borgtocht worden aangemerkt als een vorm van zekerheid anders dan in geld, zodat gedragsregel 28 lid 1 was overtreden en dat aldus naar het oordeel van het hof door de advocaat misbruik was gemaakt van de omstandigheden waarin de bestuurder zich bevond.³² Daarbij overwoog het hof dat de relatie tussen advocaat en cliënt naar haar aard veel-

27 Annotatie van H.J. Snijders onder HR 2 februari 2001, NJ 2002/372.

28 A-G Hartlief, conclusie 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:150, par. 3.26.

29 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3604, JBPR 2015/25, m.nt. F.A.W. Bannier. Gedragsregel 35 (1992) schrijft voor dat een advocaat een opdracht van een tussenpersoon die niet als advocaat is ingeschreven uitsluitend mag aanvaarden indien hij ervan overtuigd is dat de opdracht met instemming van de cliënt is gegeven en hij zich bovendien het recht heeft voorbehouden zich te allen tijde rechtstreeks met de cliënt te verstaan.

30 Dat zou volgens Bannier bij wijze van voorbeeld het geval kunnen zijn bij de gedragsregels 12 en 13 (1992). Deze verbieden het zich beroepen in rechte op communicatie van de tegenpartij (zonder diens toestemming). Wanneer een advocaat toch brieven van de tegenpartij overlegt, zal de rechter niet weigeren deze in het geding te betrekken ook al is er strijd met de gedragsregels.

31 Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7211 en Gerechtshof Amsterdam 3 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2410.

32 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4681, r.o. 4.6.

al, zoals hier, een afhankelijke relatie betreft, gelet op het belang van de cliënt bij juridische bijstand door de advocaat. Ook het eisen door een advocatenkantoor van medeaansprakelijkheid van een dga in ruil voor afgifte van een procesdossier leverde misbruik van omstandigheden op vanwege strijd met gedragsregel 28 lid 1.³³

De gewone rechter lijkt tevens rechtsgevolg te verbinden aan het niet-naleven van de verplichtingen van een advocaat ten aanzien van de gefinancierde rechtshulp. In een zaak over een declaratiegeschil waarbij de cliënt er zich in het bijzonder op beriep dat de advocaat toerekenbaar tekort was geschoten in zijn dienstverlening als advocaat door de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand niet met hem te bespreken en geen toevoeging aan te vragen, leverde volgens het gerechtshof het niet naleven van deze verplichtingen (uit gedragsregel 24 lid 1 en 3) een toerekenbare tekortkoming op van de advocaat in de nakoming van zijn uit een opdracht voortvloeiende verplichtingen.³⁴ Indien volgens het hof aangenomen kon worden dat bij een juiste naleving van de verplichtingen een toevoeging verkregen zou zijn, kon een dergelijke tekortkoming erin resulteren dat de advocaat voor zijn dienstverlening aan zijn cliënt geen hoger bedrag in rekening kon brengen dan de eigen bijdrage die verschuldigd zou zijn geweest indien de toevoeging wel zou zijn aangevraagd.

Normschending van een gedragsregel kan dus voor de opdrachtnemer negatief van invloed zijn op de beoordeling van de uitvoering van overeenkomst van opdracht. Ook het omgekeerde is voorgekomen. Zo oordeelde de civiele rechter dat een overeenkomst tussen een gelaedeerde en een letselschadestichting niet nietig was ondanks een tuchtrechtelijk laakbaar handelen van de behandelend advocaat.³⁵ Naar het oordeel van het hof was de door de letselschadestichting aangeboden constructie, die neerkwam op 'no cure no pay', op zichzelf niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden. Betrokkenheid van een advocaat bij de cessie van de vordering maakte dit niet anders. Het Hof van Discipline had de advocaat verweten dat hij bij het bepalen van de omvang van de vergoeding die de stichting bedong een tegenstrijdig belang heeft gehad. Schending van die gedragsregel brengt als zodanig volgens het gerechtshof nog niet mee dat de overeenkomst tussen zijn cliënte en de letselschadestichting die door het handelen van de advocaat tot stand was gekomen (maar waarbij hij geen partij was) voor wat betreft de inhoud of de wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde of goede zeden. Voor toerekening van het tuchtrechtelijk laakbare handelen van de advocaat aan de stichting (op wie het tuchtrecht van advocaten niet van toepassing is) bestond hier volgens het gerechtshof geen aanleiding.

Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak betreft de gevolgen van de bewijspositie van een advocaat in een civiele zaak tegen de achtergrond van het gedragsrecht: ingevolge de gedragsregels voor advocaten dient de advocaat zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken (gedragsregel 8, 1992). Een afspraak omtrent het tegen het reguliere uurtarief verder verlenen van diensten is nu net een punt waarop van een advocaat verwacht mag worden dat dit schriftelijk wordt bevestigd aan de cliënt. Nu dit niet was gebeurd kwam dit volgens de rechter voor rekening en risico van de advocaat.³⁶ Het gedragsrecht gaf in dit geval mede invulling aan het civielrechtelijke bewijsrecht.

Uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie komt naar voren dat de civiele rechter niet per definitie afwijzend staat tegen het betrekken van voor advocaten geldend gedragsrecht bij het substantiëren van een normschending *in civilibus*. Het enkele feit dat de advocaat heeft gehandeld in strijd met een gedragsregel leidt echter nog niet per se tot aansprakelijkheid van die ad-

33 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7211. Het verlangen van de verbintenis tot hoofdelijke aansprakelijkheid is volgens het hof een vorm van zekerheid voor het verkrijgen van een betaling. Het advocatenkantoor had de dga behoren te weerhouden van het aangaan van de hoofdelijke aansprakelijkheid, althans niet dan na overleg met de deken.

34 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10212.

35 Gerechtshof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763, JA 2012/51, NJF 2012/141.

36 Rechtbank Limburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8697.

vocaat.³⁷ In de vaste rechtspraak rondom beroepsaansprakelijkheid (in het bijzonder HR 13 oktober 2006, NJ 2008/529 *Vie d'Or*) hanteert de rechter de maatstaf van de 'redelijk bekwame en redelijk handelend beroepsgeenoot'. Het ligt wel voor de hand om bij de invulling van die maatstaf ook de tuchtrechtelijke normen te betrekken. Aan de verplichtingen van de beroepsbeoefenaar wordt immers mede vorm gegeven door *de in de betreffende branche aanvaarde en geldende regels en gebruiken*.³⁸

9. Derdenbescherming bij normschending

Doorwerking van gedragsregels doet zich met name voor in de relatie van de advocaat als opdrachtnemer jegens de cliënt als opdrachtgever. Kunnen derden zich echter ook beroepen op een gedragsrechtelijke normschending?

In zijn hier eerder aangehaalde conclusie heeft A-G Hartlief het volgende opgemerkt waar het gaat om de vraag of een advocaat zijn cliënt of zichzelf bindt bij een aan een extern adviesbureau verstrekte opdracht. Hij stelt vast dat de tekst en toelichting van gedragsregel 32 (1992) inderdaad uitgaan van een verplichting van de advocaat om in te staan voor de betaling van een ingeschakelde derde waarop de advocaat tuchtrechtelijk kan worden aangesproken; maar, zo vervolgt hij, zij kan niet worden beschouwd als een bron voor een civiele (garantie)verbintenis van de advocaat jegens deze derde. Gedragsregels kunnen volgens Hartlief ook invulling geven aan een civielrechtelijke norm, bijvoorbeeld wanneer de vraag speelt of een advocaat als goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW) of anderszins zorgvuldig heeft gehandeld. Directe bron voor een civielrechtelijke gehoudenheid van een advocaat jegens een derde om in te staan voor (de verplichtingen van) zijn cliënt kan gedragsregel 32 lid 1 echter niet zijn, aldus Hartlief.³⁹

Bannier wees in zijn annotatie uit 2014 nog op het voorbeeld van de mogelijke invloed van de gedragsregels op het in een procedure inbrengen van tussen advocaten uitgewisselde correspondentie in de zin van gedragsregel 12 (1992). De Hoge Raad heeft in het kader van een mogelijke bewijsopdracht overwogen dat de civiele rechter zich niet door die gedragsregel behoeft te laten weerhouden. Volgens de Hoge Raad mag van een partij die zich beroept op correspondentie waarover zij beschikt, verlangd worden dat zij die correspondentie uit zichzelf in het geding brengt, ook als het vertrouwelijke correspondentie tussen advocaten betreft, voor het overleggen waarvan de toestemming van de (toenmalige) advocaat van de wederpartij dan wel de deken nodig is. De rechter behoeft partijen daartoe niet in de gelegenheid te stellen.⁴⁰

Het bestaan van gedragsregel 12 (1992) stond evenmin in de weg aan het toewijzen van een vordering ex artikel 843a Rv tot afgifte van stukken.⁴¹ Waar aangevoerd werd dat gewichtige redenen zich tegen afgifte van de stukken verzetten, gelet op het vertrouwelijk karakter daarvan omdat het confraternele correspondentie betrof, overwoog de rechtbank Gelderland dat zonder nadere toelichting uit de enkele omstandigheid dat een stuk 'confraterneel' is, dat wil zeggen afkomstig van de ene advocaat gericht aan een andere, niet volgt dat dat stuk vertrouwelijk is en wel dusdanig dat dit een gewichtige reden oplevert die zich tegen afgifte verzet. Dit volgt volgens de rechter ook niet reeds uit gedragsregel 12, waarin slechts voorwaarden worden gesteld waaronder dergelijke correspondentie in rechte mag worden betrokken.

Brengt het passeren door de civiele rechter van een beroep op confraterniteit (en daarmee vertrouwelijkheid) van stukken mee dat een advocaat niet meer aan de naleving van die regel

37 Vgl. A-G L. Timmerman in zijn conclusie van 14 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:407, par. 4.2.

38 A-G F.F. Langemeijer in zijn conclusie van 29 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1088. In het *Vie d'Or*-arrest overwoog dat schending van de voor accountants geldende normen en *gedragsregels*, die in hoge mate overeenstemmen met de zorgvuldigheidsnormen, tevens betekent dat de accountants onrechtmatig hebben gehandeld jegens de polishouders (r.o. 5.4.4).

39 A-G Hartlief, Conclusie 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:150. Ten tijde van het schrijven van dit artikel was het arrest van de Hoge Raad nog niet bekend.

40 HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, r.o. 3.5.

41 Rechtbank Gelderland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3989.

gehouden is, omdat de wettelijke bepalingen van het burgerlijk procesrecht van hogere orde zijn dan de gedragsregels? Het Hof van Discipline heeft deze kwestie van normenhiërarchie aldus geadresseerd dat de stelling van een advocaat dat hij zich niet behoefde te houden aan gedragsregels 12 en 13 omdat deze van lagere orde zijn dan artikel 21 (waarheidsplicht) en artikel 111 Rv (substantiëringsplicht en bewijsaandraagplicht) geen standhield. In eerste aanleg overwoog de raad van discipline dat de betrokken gedragsregels binnen de advocatuur en in de rechtspraak van de tuchtrechter een breed aanvaarde uitwerking van artikel 46 Advocatenwet vormen. Deze gedragsnorm (betamelijkheid) is dus van gelijke orde als de ingeroepen bepalingen van burgerlijk procesrecht. Ook het Hof van Discipline oordeelde vervolgens dat een advocaat zich zowel naar de verplichtingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering⁴² als naar de norm van art. 46 Advocatenwet dient te gedragen. De tuchtrechter kan voor de beoordeling van de norm van artikel 46 in een gegeven geval de gedragsregels in zijn beoordeling betrekken. De tuchtrechter kan die gedragsregels zien als een weergave van de binnen de advocatuur geldende normen. Aldus doende geeft de tuchtrechter volgens het Hof van Discipline geen uitvoering aan de gedragsregels als zijnde van gelijke orde als de toepasselijke artikelen in Rv of andere wettelijke regelingen, maar aan artikel 46 Advocatenwet.⁴³

Voor de procederende advocaat leken gedragsregel 12 en de verplichtingen op grond van het burgerlijk procesrecht dus in zoverre een keuze tussen Scylla en Charibdis. Mogelijk kan de huidige opzet van de vertrouwelijkheid van tussen advocaten gewisselde mededelingen aan dat dilemma een einde maken. Het wachten is nu op nieuwe jurisprudentie waarin de tuchtrechter ongetwijfeld de Gedragsregels 2018 zal betrekken.

Mr. dr. R. Sanders
Advocaat bij De Clercq Advocaten Notariaat in Leiden.

42 Zie art. 10 Advocatenwet.

43 HvD 13 september 2004, nr. 4049, *Advocatenblad* 2006, p. 45.