

Recht Implementatie vestigingsrichtlijn advocaten

Het Luxemburgs beroep op gelijke behandeling en consumentenbescherming tegen de vestigingsrichtlijn advocaten werd door het Hof van Justitie in november afgewezen.¹ Er ontstaat een nieuwe categorie beroepsbeoefenaar, omdat de ontvangstaat slechts voorwaarden op maat mag stellen. Bij dit laatste speelt de nationale beroepsorganisatie een belangrijke rol, ook in de uitvoeringswetgeving waarvoor minister Korthals onlangs een voorstel indiende.

Auke Baas

Juridische Dienst van het Europees Parlement²

Richtlijn 98/5 werd op 16 februari 1998 door het Europees Parlement en de Raad vastgesteld.³ De richtlijn bevestigt dat elke advocaat het recht heeft om zich in een andere lidstaat onder zijn oorspronkelijke beroepstitel (*home title*) te vestigen en daar te praktiseren. Hij mag daar nagenoeg dezelfde werkzaamheden uitoefenen als de advocaten van de ontvangstaat. Zo mag hij mede adviezen geven in het recht van de ontvangstaat.

Belangrijk zijn echter de uitzonderingen en aanvullende verplichtingen die rekening houden met de specifieke situatie van deze advocaat. De advocaat moet duidelijk bekendmaken dat hij onder zijn *home title* optreedt en er zijn verder specifieke verplichtingen op het gebied van beroepsregels en tuchtrecht. Voorts mogen bepaalde bevoegdheden voorbehouden blijven aan advocaten van de ontvangstaat. Bij optreden in rechte kan de verplichting worden opgelegd om met een plaatselijke confrère samen te werken en bepaalde procedures (bijvoorbeeld cassatie) mogen voorbehouden blijven aan specialisten. Wel bestaat een vereenvoudigde procedure voor het verkrijgen van de titel van de ontvangstaat – zonder stages en examens – bij minimaal drie jaar praktijkvoering aldaar.⁴

Gelijke behandeling

Het belangrijkste middel van de Luxemburgse regering tegen de richtlijn was het argument dat ze in strijd zou zijn met art. 52 EG (thans art. 43 EG), de bepaling die de vrijheid van vestiging van EU-onderdanen op het grondgebied van andere lidstaten garandeert en wel 'overeenkomstig de bepalingen

welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld'.⁵

Het middel viel in twee onderdelen uiteen. Het eerste was dat deze bepaling gelijke behandeling voorschrijft en de migrerende advocaat gelijkstelt met zijn nationale evenknie. Met andere woorden: voor een status aparte van de *home title*-advocaat zou geen plaats zijn. Hij dient zich, net als de advocaat van het land van vestiging, via de geëigende procedures (meestal een stage en/of examen) te kwalificeren via het systeem van de zogenaamde Diplomarijchtlijn 89/48/EEG.⁶

Het hof benadrukte het belang van het beginsel van gelijke behandeling, maar overwoog dat de situatie van de onder zijn oorspronkelijke beroepstitel werkzame migrerende advocaat nu juist niet vergelijkbaar is met die van de advocaat uit land van ontvangst. Het hof legde hier de nadruk op de diverse specifieke bepalingen, die de praktijkuitoefening door de *home title*-advocaat regelen (overwegingen 24 e.v). En omdat er geen sprake is van gelijke gevallen, is gelijke behandeling niet voorgeschreven.

Bescherming van consument

In een tweede onderdeel stelde Luxemburg dat de faciliteit om adviezen te geven in het recht van de ontvangstaat – zonder dat de kennis van het recht en de taal van de ontvangstaat van tevoren worden getoetst – op gespannen voet stond met vereisten van consumentenbescherming. De consument in de ontvangstaat zou kunnen worden gecon-

1 Arrest van 7 november 2000, Luxemburg/Parlement en Raad, C-168/98, nog niet gepubliceerd. Te vinden op de website van het hof: <http://curia.eu.int/jurisp/>; *Advocatenblad* 2000-21.

2 Het artikel is op persoonlijke titel geschreven en bindt slechts de auteur.

3 Richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven, *PBEG* 1998, no. L 77/36.

4 In het kader van deze bijdrage kan niet te diep op de inhoud en wordingsgeschiedenis van de richtlijn worden ingegaan. Zie hiervoor uitgebreid twee artikelen van Mr. P.A. Wackie Eysten in *SEW* (1995, p. 743 en 1998, p. 322) en mijn artikel in het *Advocatenblad* 2000-13, p. 495.

5 De overige middelen betroffen: onjuiste rechtsgrondslag (schending van art. 57 lid 2 oud EG), en schending van het motiveringsbeginsel (art. 190 oud EG).

6 *PbEG* 1989, no. L 19/16

**Volgens Luxemburg
zouden gelijke
behandeling en
consumenten-
bescherming zich
tegen de richtlijn
verzetten**

Illustratie: Andre Kljisen



fronteerd met een advocaat die plaatselijk recht noch taal beheerst.

Het hof merkte hierover in de eerste plaats op dat de richtlijn nu juist een aantal voorwaarden stelt die de consument beogen te beschermen. Belangrijker is dat het hof overweegt dat de richtlijn inderdaad niet is uitgegaan van een systeem van voorafgaand toezicht. De richtlijn heeft, zoals het hof opmerkt, 'de verplichting om het recht van de ontvangstaar te kennen niet (...) geschrapt, maar de advocaat (...) vrijgesteld van de verplichting het bezit van deze kennis vooraf te bewijzen' (punt 43). Het hof gaat uitvoerig in op de waarborgen ten behoeve van cliënt en rechtspleging die in de richtlijn zijn genoemd en die goeddeels hun oorsprong vinden in gedragsregels, tuchtrecht en aansprakelijkheidsregime voor advocaten⁷ (punt

42). Het hof concludeert dan ook dat 'door zijn keuze voor deze soort en dit niveau van consumentenbescherming en waarborging van een goede rechtsbedeling heeft (de gemeenschapswetgever) de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid niet miskend'. Hier is sprake van een situatie van wederzijdse erkenning (van de regelgeving door balies ter zake).

Slechts voorwaarden op maat

De Commissie en maar liefst drie andere lidstaten (Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Nederland) intervierden in deze zaak ter ondersteuning van de gemeenschapswetgever. Toch laat de wetgevingsgeschiedenis zien dat het Luxemburgse standpunt geenszins geïsoleerd was. Ook de Commissie ging in het begin van het wetgevingsproces (in 1994) uit

⁷ Het hof parafraseert met zoveel woorden de gedragscode van de CCBE.

De ontvangende staat mag slechts voorwaarden stellen die rekening houden met de activiteiten die de beroepsbeoefenaar wil uitoefenen en uitoefent

van een uiteindelijke assimilatieplicht. Met name van parlementaire zijde werd aangedrongen op een permanent vestigingsrecht.

In het debat speelde met name het op 30 november 1995 gewezen arrest-Gebhard⁸ een rol. Strikt genomen had dit arrest geen betrekking op de figuur van de *home title*-advocaat: het ging over de vraag of de activiteiten van de Duitse advocaat Gebhard onder de bepalingen voor dienstverrichting of vestiging vielen. Gebhard had een advocatenkantoor in Milaan en voerde, zonder ingeschreven te zijn bij de Italiaanse balie, de Italiaanse beroepstitel 'avvocato'. De partijen in het hoofdgeding – Gebhard en de Milanese balie – meenden beiden om hen moverende redenen dat er sprake was van dienstverrichting. Het argument van de balie was dat Gebhard niet aldaar ingeschreven was en dus ook niet geacht kon worden zich gevestigd te hebben. Die redenering faalde voor het hof. Inschrijving bij een beroepsorganisatie is geen wezenlijk element voor vestiging, maar een voorwaarde tot uitoefening van werkzaamheden. Het hof oordeelde dat 'de mogelijkheid voor een onderdaan van een Lid-Staat om zijn recht van vestiging uit te oefenen, en de voorwaarden voor de uitoefening van dat recht, moeten worden beoordeeld in het licht van de werkzaamheden die de betrokkene in de Lid-Staat van ontvangst wenst uit te oefenen'.⁹

Deze overwegingen van het hof komen neer op het veranderen van de invalshoek. Gechargeerd gezegd hoeft de beroepsbeoefenaar zich niet a priori aan het keurslijf van de ontvangstaat aan te passen, maar mag de ontvangstaat slechts voorwaarden 'op maat' stellen, rekening houdend met de activiteiten die de beroepsbeoefenaar wil uitoefenen en uitoefent. Het arrest-Gebhard gaf de gemeenschapswetgever derhalve de laatste aanzet tot een stelsel van een permanent vestigingsrecht onder *home title* met uitzonderingen en beperkingen waar nodig. De consequentie van een dergelijke constructie is natuurlijk dat in feite een – ten opzichte van de advocaat van het vestigingsland – nieuwe categorie beroepsbeoefenaar ontstaat. Dat was het hof zich in de onderhavige zaak terdege bewust en dat is het centrale punt van het arrest: geen gelijke gevallen, dan ook geen (omgekeerde) discriminatie.

Geen toetsing

Interessant is de redenering van het hof met betrekking tot het tweede onderdeel van het eerste middel, dat zich zoals gezegd richt op de afwezigheid van enige toetsing van de kennis van recht en taal van de ontvangstaat. Inderdaad blijft een dergelijke toetsing achterwege als de advocaat zich onder *home title* vestigt. recht en taal van de ontvangstaat. Inderdaad blijft een dergelijke toetsing achterwege als de advocaat zich onder *home title* vestigt. Kiest deze advocaat vervolgens voor de titel van de ontvangstaat na minstens drie jaar praktijk dan blijft ook in dat geval toetsing achterwege als er sprake is van regelmatig en daadwerkelijk werkzaam zijn in deze ontvangstaat en als gedurende deze tijd in het recht van deze staat is gepraktiseerd (art. 10-1 Richtlijn).¹⁰

Dat laatste vloeit overigens hoofdzakelijk voort uit de rechtspraak op grond van art. 43, die de lidstaten verplicht om met opgedane kennis, ervaring en diploma's rekening te houden en overbodige toetsing en leertrajecten verbiedt.¹¹ Deze rechtspraak ging hoe dan ook nog altijd uit van het bestaan van een toetsingsbevoegdheid behoudens in geval van volledige harmonisatie. Als gezegd kiest de (harmonisatie-)richtlijn voor een systeem waarbij kennis van essentiële gebieden (het recht van de lidstaat van vestiging) niet vooraf hoeft te worden getoetst maar in feite onderwerp kan zijn van een correctie achteraf via regels die veelal door beroepsorganisaties (nationale balies en de CCBE¹²) zijn vastgesteld.

Dat de regelgevende bevoegdheid van beroepsorganisaties ook weer eigen problemen meebrengt, blijkt uit een thans bij het hof aanhangige prejudiciële vraag van de Nederlandse Raad van State. De hoofdzaak betreft de samenwerkingsverordening, op grond waarvan het advocaten verboden is in maatschapsverband met accountants samen te werken. De vraag is of de Nederlandse Orde van Advocaten, door als PBO haar leden te binden, niet in feite mededingingsbeperkende besluiten neemt (in strijd met art. 81 EG) en het vrije personenverkeer obstrueert (art. 43 EG).¹³ In de onderhavige zaak blijft dit aspect buiten beschouwing maar wordt het feit dat in alle lidstaten de balies een belangrijke regulerende taak hebben als een gegeven in aanmerking genomen.

8 Arrest van 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, *Jur.* 1995 p. I-4165.

9 Arrest-Gebhard, punten 29 en volgende.

10 Uiteraard moet wel het daadwerkelijke en regelmatige karakter van de praktijk in de ontvangstaat worden aangetoond, en kunnen daartoe de nodige verificaties worden verricht; zie hierna. Toetsing blijft mogelijk als de lidstaat de mogelijkheid van art. 10-3 Richtlijn benut (indien minder dan drie jaar in het recht van de ontvangstaat is gepraktiseerd) en in overige gevallen, zie art. 10-2 Richtlijn.

11 Zie (recentelijk) arrest van het hof van 8 juli 1999, Teresa Fernandez de Bobadilla, C-234/97, *Jur.* p. I-4773. Dit arrest bevestigt het specifiek op het beroep van advocaat betrekking hebbende arrest-Vlassoupoulou, 7 mei 1991, C-340/89, *Jur.* p. I-2357.

12 CCBE : Council of the Bars and Law Societies of the European Union.

13 Zaak C-309/99, Wouters e.a./Algemene Raad NOvA.

Volgens de Minister van Justitie dienen de Raden van Toezicht beleid te ontwikkelen waardoor een belangrijk deel van de implementatie wordt doorgegeven aan de balie

Het arrest moet gezien worden in zijn specifieke context: harmonisatie van voorwaarden voor de uitoefening van een gereguleerd beroep. Tevens moet worden aangetekend dat de advocaat die de Gemeenschapswetgever voor ogen stond, zijn diensten voornamelijk aanbiedt aan het internationale bedrijfsleven. In gevallen waar geen harmonisatie bestaat en waar de situatie anders ligt, is ook de uitkomst verschillend. Zo mogen bij ziekenfondstandartsen wel voorafgaand taalvereisten worden gesteld.¹⁴ Toch heeft het arrest ook buiten deze specifieke context een eigen betekenis. Het hof bevestigt dat de Gemeenschapswetgever een systeem van onderlinge erkenning van diploma's mag vaststellen waarin bepaalde kennis niet meer van tevoren behoeft te worden aangetoond en waarin problemen met beroepsbeoefenaren achteraf kunnen worden gesanctioneerd.

Nederlands wetsvoorstel

Richtlijn 98/5 diende vóór 14 maart 2000 in nationale wetgeving te zijn omgezet: de Luxemburgse zaak heeft deze verplichting niet opgeschort. Nederland is in ieder geval te laat met de implementatie,¹⁵ maar de Minister van Justitie heeft op 15 januari 2001 een wetsontwerp naar de Tweede Kamer gestuurd.¹⁶ Dit ontwerp betreft met name wijzigingen van de Advocatenwet.

De nieuwe artikelen 16g e.v. Advocatenwet werken het recht op vestiging onder *home title* nader uit. Ook het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de rechtsbijstand en de Vreemdelingenwet worden aangepast om de integratie van de *home title*-advocaat in het Nederlandse rechtssysteem te waarborgen. Het blijkt dat van de bevoegdheid een samenwerkingsovereenkomst op te leggen (art. 5-3 Richtlijn) spaarzaam gebruik wordt gemaakt (art. 37 Sv). Voor bezwaar- en beroepsprocedures wordt verwezen naar de regeling van de AWB, die niet gewijzigd wordt.

De werkelijke kernbepalingen van het wetsontwerp hebben echter betrekking op de omzetting van art. 10 Richtlijn, te weten de modaliteiten voor de toelating als Nederlands

advocaat indien de advocaat minimaal drie jaar daadwerkelijk en regelmatig in Nederland heeft gepraktiseerd. Zoals hierboven gezegd onderscheiden de richtlijn en het wetsontwerp twee situaties. In het eerste geval werd gedurende deze gehele periode het Nederlands recht gepraktiseerd. In dat geval beperkt de verificatiebevoegdheid door de Raad van Toezicht zich tot het 'daadwerkelijk en regelmatig' karakter van de uitoefening en mag ook niet verder gaan. (Zie art. 2.a nieuw Advocatenwet.)

In het tweede geval is wel drie jaar in Nederland, maar minder dan drie jaar in het Nederlandse recht gepraktiseerd. In dat geval is de toetsingsbevoegdheid ruimer. Het art. 2b nieuw Advocatenwet volgt hier, grosso modo, de toetsingsgronden van art. 10.3 Richtlijn. In tegenstelling tot art. 2.a. nieuw Advocatenwet noemt art. 2.b de verplichting tot het fourneren van informatie (art. 10.3 a en b Richtlijn) niet expliciet, al was het alleen maar, zoals in art. 2.a, voor alle duidelijkheid. Het ministerie licht toe dat art. 2.a, leden 2 tot en met 5, van overeenkomstige toepassing zijn. Dit zou geëxpliciteerd kunnen worden.

De nationale wetgever kan hier – indachtig de 'Vlassoupoulou'-jurisprudentie – slechts kaderbepalingen geven die een toetsing van geval tot geval mogelijk maken. Een dergelijke beoordeling, vaak aan de hand van gevoelige informatie (dossiers), is en blijft een heikel punt en het risico van te veel vragen ligt op de loer. Uit de MvT blijkt dat de Minister van Justitie zich daarvan ook bewust is. Hij meent dat de Raden van Toezicht hier beleid dienen te ontwikkelen. Dit is niet de enige keer dat een belangrijk gedeelte van de implementatie wordt doorgegeven aan de balie. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat regelgeving ter implementatie van de artikelen 11, 12 en 13 – praktijk in groepsverband en samenwerking tussen autoriteiten – door de Nederlandse Orde van Advocaten zelf moet worden vastgesteld. Hier komt weer, evenals in de richtlijn en in de zaak van Luxemburg, de sterke rol van de nationale beroepsorganisaties naar voren.

¹⁴ Arrest van het hof van 4 juli 2000, Haim, C-424/97, nog niet gepubliceerd.

¹⁵ Reden waarom eind januari van dit jaar Europees commissaris Bolkestein (interne markt) Nederland berispte.

¹⁶ Kamerstukken II 2000/01, 27587, nrs. 1-2.