

Het nieuwe procesrecht en gedragsregels 12 en 13

Nieuw rechtsvordering vereist dat de dagvaarding de verweren van de gedaagde tegen de eis vermeldt. Dit kan in strijd komen met de gedragsregel die zegt dat er in rechte niet mag worden geciteerd uit confraternele correspondentie. Of lijkt dat maar zo? Wat zijn feiten en wat verweren? De interpretatie van de gedragsregels moet worden verduidelijkt.

mr. F.A.W. Bannier
advocaat te Amsterdam*

Gedragsregel 12 zegt, kort weergegeven, dat op confraternele brieven en mededelingen in rechte geen beroep mag worden gedaan. Gedragsregel 13 verbiedt aan de rechter ook maar iets te zeggen over de inhoud van schikkingsonderhandelingen. Het zijn regels die niet geheel onbetwist zijn, hetgeen alleen al blijkt uit de toelichting van de Commissie Bitter. Het zijn wel de gedragsregels waarmee dekenen in de dagelijkse praktijk royaal het meest te maken hebben, als ik de Amsterdamse dekenpraktijk maatgevend mag achten. Ik stel de regels hier niet principieel ter discussie, maar wil enige opmerkingen maken over de verhouding van het erin vervatte verbod tot het nieuwe procesrecht.

Met het nieuwe procesrecht doel ik dan vooral op de substantiëringseis, van art. 111 Rv. Ook art. 21 Rv kan een rol spelen. De eerste bepaling schrijft voor dat de dagvaarding de door de gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren moet vermelden en de gronden daarvan. Het tweede artikel zegt dat de partijen alle voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid moeten aanvoeren.

Botsing

Laten we als voorbeeld een zaak nemen, waarin Eiser een auto gekocht heeft met, volgens hem een extra aan te brengen open dak. De auto wordt zonder open dak geleverd en Eiser vordert via zijn advocaat als nog installatie van dat dak. Gedaagde laat via zijn advocaat weten dat er over een dak niets is afgesproken. Om een compromis met een goede klant niet uit te sluiten laat hij daaraan toevoegen dat er misschien wel

een toezegging is gedaan door een daartoe niet bevoegde leerling-verkoper. Ze komen er niet uit en Eiser laat dagvaarden. Wat mag, of moet, hij in de dagvaarding stellen?

Onder het oude recht, zou (de hier met Eiser te vereenzelvigen advocaat van) Eiser alleen de volgens hem gemaakte afspraak over het open dak hebben gesteld, en nakoming vorderen. Onder het nieuwe recht moeten echter ook de verweren direct al door Eiser aangevoerd worden en die kan hij alleen ontleen aan confraternele correspondentie. En hier botsen we op gedragsregel 12. Men kan de mening zijn toegedaan dat de gedragsregel zich niet tegen naleving van de regels van het procesrecht verzet,¹ maar ook dan is een analyse van de botsende regels nodig om tot een zuivere afbakening te komen.

Het eenvoudigste, maar op zich behoorlijk afdoende, antwoord is natuurlijk, dat de wet boven gedragsregels gaat. Deze laatste worden beschouwd als een weergave van wat in de advocatuur van tijd tot tijd als gedragsnormen wordt beschouwd, een invulling van de ruime en open norm van art. 46 Advocatenwet. Zijn we daarmee nu van gedragsregel 12 af?²

Men kan zich afvragen of de gedragsregels, die een uitwerking zijn van art. 46 Advocatenwet, daardoor niet zelf ook kracht van wet hebben. Ik meen dat dit niet het geval is. Zij zijn niet neergelegd in de wet noch in een verordening. Het was juist de bedoeling de gedragsregels vast te leggen in een minder dwingend kader zodat zij van tijd tot tijd herijkt konden worden. Naar mijn mening dienen zij dus te wijken voor een uitdrukkelijke wetsbepaling.

* De heer Bannier was deken in Amsterdam en is advocaat bij Nauta Dutilh.

"Arrrre, ik zou het zéér op prijs stellen indien we in onderhavige casus tot een informele schaduwcorrespondentie konden besluiten. Laat me weten of dat u schikt..."



Schikkingspogingen

Over de al dan niet strikte toepassing van regel 12 wordt door dekens verschillend gedacht, om van de advocatuur meer in het algemeen maar te zwijgen. Zelf geloof ik, dat de regel niet volledig naar de letter moet worden verstaan. Ik geef een voorbeeld. In correspondentie met mr. Y schrijft mr. X dat zijn cliënt de overeenkomst ontbindt. Mr. Y moet een dagvaarding opstellen. Hoewel in strijd met de letter van regel 12 zie ik geen bezwaar tegen het vermelden van die ontbinding in de dagvaarding. Het betreft hier een rechtsfeit dat voor de juridische verhouding tussen partijen van wezenlijk belang is en ook niet betwist kan of zal worden.

Een mededeling als een contractontbinding kan naar zijn aard niet vertrouwelijk bedoeld zijn en bevordert noch belemmert een open en vertrouwelijke gedachtewisseling tussen de advocaten. Anders ligt dit wanneer die ontbinding geclausuleerd gebeurt: 'Voor het geval uw cliënt zich op dit standpunt blijft stellen, wordt bij dezen de overeenkomst ontbonden'. Zo'n zin kan verschillende bedoelingen hebben en is

hoogstwaarschijnlijk bedoeld om een discussie over het geschil in te leiden. Deze mededeling valt onder het verbod van gedragsregel 12. Daarentegen is het niet bezwaarlijk om in een dagvaarding te vermelden: 'Het is juist dat uw cliënt een auto van de mijne gekocht heeft', maar weer wel: 'In het navolgende wil ik er voor het moment even van uitgaan, dat er een overeenkomst is'.

Een mededeling die wordt gedaan in het kader van een schikkingspoging, valt niet onder art. 111 Rv

Gedragsregel 12 geeft dus wel wat ruimte. In het voorbeeld zou ik niet veel moeite hebben met een passage uit de brief van de advocaat van gedaagde waarin het bestaan van een toezegging wordt ontkend, als dat het enige zou zijn, wat in die brief staat. Dit is een verweer en moet vermeld worden. Het tweede deel, de mogelijkheid van een pretens onbevoegde toezegging brengt het verhaal echter in een geheel ander kader,

wellicht zelfs dat van regel 13. Er zou ons een belangrijke regel worden ontnomen wanneer wij niet meer vertrouwelijk over de mogelijkheden van een schikking kunnen schrijven zonder het risico dat we zo'n opening als verweer terugvinden in de dagvaarding van de tegenpartij. Die angst is echter niet nodig. Gedragsregels 12 en 13 dienen toegepast te worden binnen de al genoemde prioriteit van de wet: de artikelen 111 en in

mindere mate 21 bepalen de uitleg en reikwijdte van de gedragsregels. Waar in advocatenbrieven stellingen betrokken worden die redelijkerwijs als verweren opgevat mogen worden en waarvan dus mag worden aangenomen dat zij in de verdere gang van de zaak nog een belangrijke rol kunnen gaan spelen, kunnen aan de rechter worden meegedeeld zonder daardoor tuchtrechtelijk over de schreef te gaan. Wanneer het niet

om een verweer gaat maar om een mededeling, die voor de discussie nodig is of in het kader van een schikkingspoging gedaan wordt, is er geen sprake van een verweer en komt art. 111 ook niet in beeld.

Omdat de inmiddels weer gewenste bezinning op de gedragsregels veel tijd vergt, is incidentele verduidelijking ervan geboden

Feiten en verweren

Maar komen we dan niet in aanvaring met art. 21? Geven we dan wel naar waarheid alle voor het geschil relevante feiten weer? De (ingeperkte) vrijheid van partijen brengt in elk geval mee dat zij zelf bepalen wat de omvang van het geschil is dat aan de rechter wordt voorgelegd. Ook als er dingen voorgevallen zijn die met het geschil verband houden, staat het partijen vrij samen daarover in de rechtszaal te zwijgen. Maar wat zij aan de rechter medelen moet naar waarheid meegegeeld worden, hetgeen overigens altijd al het geval was. Er is geen wetsbepaling nodig om de advocaat te verplichten zich te houden aan een basisregel van behoorlijk advocatenschap, te weten de waarheid te spreken.

Onder 'feiten' moet worden verstaan wat in het normale spraakgebruik eronder valt; het begrip moet niet worden uitgebreid tot alles wat zich voorafgaand aan de procedure heeft voorgedaan. Wel: 'er is een overeenkomst over de koop van een auto, geleverd

zonder het beloofde open dak en daarover kunnen we geen overeenstemming bereiken'. Niet: 'er is een poging tot schikken gedaan die dit en dat inhield'. Dit laatste is, als het al een 'feit' is, voor de beoordeling van het geschil niet relevant. Als de advocaat schrijft 'de auto is rood' en dat is niet in geschil mocht dat altijd al aan de rechter worden doorgegeven. Nu móét dat, als de kleur voor het geschil

van belang is. Als de advocaat in de correspondentie aankondigt een onbevoegdheidsincident te zullen opwerpen, of de exceptio non adimpleti contractus, zijn dat niet feiten in de zin van art. 21. Het zijn wel verweren in de zin van art. 111. Die moeten ook, maar dan alleen op grond van art. 111, volledig worden vermeld – naar waarheid.

Verduidelijking gevraagd

Al wat in confraternele correspondentie als verweer wordt genoemd of aangekondigd moet kortom in de dagvaarding worden vermeld, beknopt en feitelijk. Slechts de verweren die in de correspondentie te lezen zijn dienen te worden weergegeven, met eventueel een korte redengeving; overleggen van confraternele correspondentie is niet nodig en zou ook tekortdoen aan de strekking van gedragsregel 12, ook in mijn

Ich, gewoon een beetje
Creatief mee omspringen...



beperktere interpretatie van die regel. Als de mogelijke gedaagde niet bedoelt dat bepaalde stellingen, mededelingen, proefballonnetjes of wat dan ook als verweer gebruikt worden, doet zijn advocaat er goed aan direct duidelijk te maken dat het hier niet om een verweer gaat. Het opnemen van dit soort teksten in een (confraternele) brief kan niet als een 'feit' in de zin van art. 21 beschouwd worden. Dit ligt vooral voor de hand als het om een al dan niet openlijke voorzet tot schikken gaat.

Een advocaat kan pas na het opstellen van de dagvaarding door de tegenpartij beslissen om bepaalde verweren te gaan voeren. Dit is niet in strijd met het nieuwe procesrecht, want nergens wordt voorgeschreven dat de gedaagde voorafgaand aan de procedure al zijn verweren kenbaar moet maken. Dat zou ook een bijzonder moeilijk toe te passen regel zijn, bijvoorbeeld als de gedaagde pas na uitbrengen van de dagvaarding bij een advocaat komt. Het risico blijft bestaan dat een gedaagde in de correspondentie niet al zijn verweren openbaart; de gedaagde kan nog steeds een eigen proces-tactiek voeren. De praktijk zal moeten

leren, in hoeverre de uitgangspunten van de wetgever hierdoor gefrustreerd kunnen worden, en wat er dan aan gedaan gaat worden.

Gedragsregel 12 schrijft ook voor dat, in daar bedoelde gevallen, het advies van de Deken moet worden ingewonnen. Dat advies ziet naar zijn aard op de gedragsrechtelijke aspecten van het al dan niet overleggen van confraternele correspondentie. De toetssteen is het belang van overleggen voor de cliënt van degene die wil overleggen. Zolang deze gedragsregel qua tekst niet wordt aangepast aan het nieuwe procesrecht valt er niet aan te ontkomen dat de Deken bij het geven van zijn advies ook rekening houdt met de problematiek zoals ik die hier heb besproken. De tekst van de gedragsregel op dit moment lijkt mij zich daar in ieder geval niet tegen te verzetten.

De advocaat kan niet met een beroep op gedragsregels 12 en 13 aan het wettelijk voorschrift ontkomen. Want de wet gaat boven de gedragsregels en gedragsregels 12 en 13 laten in een wat ruimere interpretatie toe dat een verweer in de zin van art. 111 Rv naar buiten gebracht wordt. Nu deze

interpretatie niet door iedereen wordt gevolgd, is een verheldering van de interpretatie nodig. Dit is alleen al wenselijk omdat er ongetwijfeld een strijd ontbrandt over de vraag wat wel en wat niet onder gedragsregel 12 valt als het op verweren, en onder art. 21 Rv, als het op 'feiten' aankomt.

Het Hof van Discipline kan deze interpretatie geven, maar voordat daar een zaak ligt waarin een principiële uitspraak kan worden gedaan, zullen er heel wat dagvaardingen zijn opgesteld. Dan blijft eigenlijk alleen over een verduidelijking van de gedragsregels door het College van Afgevaardigden. Langzamerhand is er weer een bezinning nodig op de huidige tekst van de gedragsregels, die vindt immers van tijd tot tijd plaats. Omdat dit ook de nodige tijd zal vergen lijkt een incidentele verduidelijking de enige oplossing. ■

Noten

- 1 Zoals onlangs bleek bij een beëdigingsplechtigheid geldt dit voor de Amsterdamse deken, mr. H.F. Doeleman.
- 2 Ik laat regel 13 even onbesproken, daar een nader onderscheid hier niet van belang is.

Naschrift, redactielid Georg van Daal

Bannier stelt dat de wet – nieuw Rv – boven de advocatuurlijke tuchtregels gaat, nu deze regels, opdat ze 'van tijd tot tijd herijkt' kunnen worden, niet in een bindende verordening of wet zijn vastgesteld. Mijns inziens geeft dat blijk van twee misvattingen. In de eerste plaats zijn namelijk de gedragsregels zelf weliswaar geen wet of bindende verordening, maar wel van ten minste gelijke orde als Rv., omdat ze de sublimatie zijn van de inhoud van de in art. 46 Advocatenwet neergelegde norm voor wat een behoorlijk advocaat betaamt. Juist omdat de gedragsregels geen wet of bindende verordening zijn, kunnen de Raden en Hoven van Discipline niet anders dan in hun tuchtspraak ervan uitgaan dat de gedragsregels de materiële neerslag zijn van de in art. 46 Advocatenwet neergelegde formeel wettelijke normen, vooral de norm dat een advocaat zich heeft te gedragen zoals dat een behoorlijk advocaat betaamt.

In de tweede plaats staat het tuchtrecht niet onder, maar náást het civiele recht. Het is de gemiddelde rechter in een civiele zaak om het even of een advocaat zich tuchtrechtelijk betamelijk gedraagt, dat raakt de zaak namelijk niet. De andere kant van de medaille is dat het tuchtrecht met zich kan brengen dat wat civielrechtelijk mogelijk is, om allerlei tuchtrechtelijke

redenen – die een geheel andere toetsing meebrengen – toch laakbaar is.

Verder kent art. 12 gedragsregels, een aspect dat Bannier geheel onbesproken laat. Advocaten zijn kritische mensen, die vooral neigen tot het vallen over formaliteiten. Art. 12 gedragsregels kent als formaliteit dat de advocaat, als hij zich in rechte over confraternele contacten wil uitlaten, daarover van tevoren overleg met zijn tegenpleiter zal moeten voeren. Ik kan me moeilijk voorstellen dat alle advocaten daar zomaar afstand van zouden willen nemen. Immers, als de ene advocaat – altijd door de bril van de belangen van zijn cliënt – iets duidelijk een verweer of een feit vindt, dan vindt zijn tegenpleiter dat niet noodzakelijkerwijze ook. Voorafgaand overleg lijkt dan ten minste nuttig, alleen al om discussies achteraf hierover bij de deken te voorkomen.

Kortom, met Banners overwegingen ben ik het grotendeels oneens. Zijn voorzichtige suggestie om duidelijkheid te scheppen is in mijn optiek dringende noodzaak. Ofwel de wetgever, ofwel het Hof van Discipline zal klip en klaar moeten bepalen dat de gedragsregels plaats moeten maken voor Rv, anders ontstaat er een onwerkbaar situatie.