

‘Deze waardevolle Gedragsregels raken de essentie van ons beroep’

Herbert Cotterell

advocaat te Breda

Binnenkort spreekt het College van Afgevaardigden over een voorstel van de Algemene Raad om de Gedragsregels te moderniseren die de vertrouwelijkheid van confraternele correspondentie en schikkingsonderhandelingen betreffen. In de rubriek Actualiteiten voor in dit nummer vragen we verschillende dekens naar hun mening over mogelijke veranderingen. In deze opiniebijdrage verdiept Herbert Cotterell zich in de historie van de bepalingen van de afgelopen eeuw. Hij ziet daarin dat deze Gedragsregels een gevolg zijn van de eigen positie van de advocaat, in het belang van de cliënt.

Over de Gedragsregels 12 en 13, die zien op vertrouwelijkheid van confraternele correspondentie en schikkingsonderhandelingen, bestaat bepaald geen communis opinio. Ze vragen in de dekenale praktijk veel aandacht. Sommigen zijn de opvatting toegedaan dat ze niet meer van deze tijd zijn, en in strijd met allerlei regels van het burgerlijk procesrecht en het EVRM; anderen menen dat ze moeten worden gehandhaafd omdat ze essentieel zijn voor de uitoefening van het beroep van advocaat.

ALLE VERKEER

Waar komen deze regels eigenlijk vandaan? De oudste nederlegging vindt men in het *Advocatenblad* van 1921: de ‘ontwerpverzameling eereregelen van de advocaten’. In 1915 was de Nederlandse Advocatenvereniging opgericht. Het bestuur ervan voelde kennelijk al snel de behoefte om Gedragsregels (‘ereregelen’) te formuleren. Bij de regels waar het hier over gaat werd vooropgesteld dat de advocatuur ‘slechts aan haar bestemming kan beantwoorden’ indien tussen advocaten een verhouding bestaat die berust op onderlinge welwillendheid en onderling vertrouwen. Alle verkeer en alle gedachtewisseling tussen advocaten onderling diende een confraterneel karakter te dragen en dus vertrouwelijk te zijn. Brieven van de ene advocaat aan de andere mochten niet aan de rechter worden overgelegd, tenzij zij blijkens hun strekking niet een confraterneel karakter droegen. Aan de andere kant, zo vervolgde de regel, is de advocaat volstrekt aan zijn woord gebonden.

Wordt dat woord gebroken, dan kunnen er omstandigheden zijn waarin een beroep voor de rechter op de confraternele correspondentie niet zou kunnen worden gemaakt.

De vertrouwelijkheid van het berichtenverkeer tussen advocaten werd geformuleerd direct in aansluiting op de regel dat onderlinge welwillendheid en onderling vertrouwen de basis zijn van de verhouding tussen advocaten.

WELWILLENDHEID EN VERTROUWEN

In 1939 werd in het *Advocatenblad* een nieuw ontwerp afgedrukt. Ook toen werd gezegd dat er tussen advocaten een verhouding dient te bestaan die berust op onderlinge welwillendheid en onderling vertrouwen. Alle verkeer en gedachtewisseling droegen een vertrouwelijk karakter. Wel mochten brieven worden overgelegd als die namens de cliënt gedane erkenningen of ontkenningen of verichte rechtshandelingen bewezen, maar niet dan na overleg met de advocaat van de wederpartij. Over schikkingsonderhandelingen mocht door advocaten aan de rechter niets worden medegedeeld.

De Gedragsregels zijn kennelijk geen rustig bezit, want na 1939 zijn er nog drie codificaties gevolgd (1968, 1980 en 1992). De Gedragsregels inzake confraternele correspondentie bleven steeds gehandhaafd. De commissie van 1968 overwoog dat schrapping van Gedragsregel 12 niet strookte met het in de balie levende beginsel dat advocaten openhartig en objectief over de zaken met hun cliënten moeten kunnen corresponderen

en in deze correspondentie ook afstand moeten kunnen nemen van het subjectieve partijstandpunt van hun cliënten.

De commissie verwees nog een dekreet van Napoleon (1810) waarin werden verwoord ‘de grote beginselen, waardoor de advocaat zich moet laten leiden’, waaronder ‘le désir de la conciliation’. Volgens de commissie moest de advocaat ook in 1968 streven naar een minnelijke oplossing omdat de belangen van de cliënt daarmee gebaat zijn. Ook in 1968 werd de onafhankelijkheid, ook van de eigen cliënt, als wezenlijk voor de advocaat gezien.

BESTENDIG

De bescherming van confraternele correspondentie in de Gedragsregels is gedurende de afgelopen eeuw opmerkelijk bestendig. Daarbij gaat het niet alleen om brieven maar om het hele berichtenverkeer tussen advocaten: ook (telefoon)gesprekken, mails, faxen, gesprekken op de gang van het gerechtsgebouw et cetera vallen onder het bereik van de regel. De regels hebben verder niet de status van wet, maar die van opgetekend gewoonterecht. Steeds heeft men kennelijk de behoefte gevoeld om confraternele correspondentie en, meer in het algemeen, vrije gedachtewisseling tussen advocaten over hun zaak te beschermen. In alle vijf edities van de Gedragsregels staan de onderlinge welwillendheid en het onderlinge vertrouwen tussen advocaten centraal en wordt die attitude dus klaarblijkelijk gezien als essentieel voor ons beroep.



BESCHERMD SCHEMERGEBIED

Wij moeten niet het kind met het badwater weggooien. Het bestaansrecht en de formulering van de Gedragsregels 12 en 13 moeten worden gezien in het licht van de opdracht aan de advocatuur. De advocaat is ‘erbij geroepen’. Waarbij? Bij de cliënten en bij het conflict. In die rol is hij weliswaar geen mediator, maar hij heeft bij zijn principiële partijdigheid wel een zekere afstandelijkheid in acht te nemen.

Ik heb in dit verband de zogenaamde piramide van mr. Eykman altijd erg verhelderend gevonden. De rechter zit hierin aan de top en de beide partijen beneden, aan de beide hoeken van de basis. De beide advocaten zitten niet boven in of onder aan de piramide maar in het midden van de opgaande zijden. Zij behartigen de belangen van hun respectievelijke partijen maar zij vereenzelvigen zich niet met die partijen. Als zij dat zouden doen, zouden zij niet meer dan luidsprekers van hun cliënten zijn. Dat is niet onze rol, zoals mr. Eykman generaties van beginnende stagiaires heeft voorgelaten. Onze rol is wél om de belangen van onze cliënten te behartigen maar wij moeten ook met de wederpartij en met de rechter blijven communiceren. Daarom is de advocaat niet zonder meer de onmiddellijke vertegenwoordiger van zijn cliënt. De afstandelijkheid brengt mee dat de advocaat af en toe ook een eigen positie inneemt, weliswaar in het belang van de cliënt maar niet in het verlengde van het belang zoals de cliënt dat zelf ziet.

Juist in die positie moet het de advocaat zijn toegestaan om vrijelijk met zijn of haar wederpartij te communiceren, ideeën te lanceren, voorstellen te doen, beschouwingen te geven, zich reflecties te permitteren, zich te vergissen, op standpunten terug te komen of

die toch weer even iets anders te formuleren, zonder dat het gevaar bestaat dat de cliënt aan eerdere uitlatingen meteen en onverbidde-lijk wordt opgehangen. Vooral in de procespraktijk, waar het er toch ook om gaat om te kijken of een proces kan worden vermeden, is het van essentieel belang dat zich de hier bedoelde communicatie afspeelt in een beschermde *twilight zone* waarin niet elke opmerking en elke uitlating, elke brief en elk telefoongesprek, ja, elk gesprek op de gang van het gerechtsgebouw, op een goudschaaltje wordt gewogen en aan de cliënt wordt tegengeworpen.

UITZONDERINGEN

De gedragscode voor advocaten van de EU (6 december 2002) schrijft voor dat een advocaat die aan een advocaat van een andere lidstaat een mededeling doet toekomen die hij als vertrouwelijk beschouwd wil zien, zijn wil daartoe duidelijk te kennen dient te geven bij de verzending ervan. Voor de nationale praktijk is deze regeling naar mijn mening niet bruikbaar. Het is onwerkbaar om bij elke mededeling, mail, telefoongesprek, fax, gesprek et cetera dit voorbehoud te maken. Bovendien gelden niet in alle EU-landen regels onze Gedragsregels 12 en 13. Bij grensoverschrijdend verkeer is het dus zinvol om telkens de vertrouwelijkheid uitdrukkelijk voor te behouden.

Overigens moet met een zekere ruimhartigheid worden omgegaan met de uitzondering op Gedragsregel 12 die in die regel zelf is geformuleerd, namelijk dat de regel niet geldt als het belang van de cliënt dit ‘bepaaldelijk vordert’. Hiervan is sprake bij het tot stand brengen, bevestigen of erkennen van rechtsfeiten. Als in brieven feiten worden

erkend of sommaties worden gedaan of zelfs overeenkomsten worden gesloten, dan mag dat natuurlijk wel aan de rechter worden geopenbaard. Het advies van de deken kan hier vermijden dat in de hitte van de strijd toch vertrouwelijkheden worden geopenbaard.

Ook in de precontractuele fase kan de uitzondering op regel 12 een belangrijke rol spelen. In sommige gevallen mag ook het (tussen)resultaat van onderhandelingen worden geopenbaard, ook als er nog geen sluitende overeenkomst is bereikt. Dit gaat op als onderhandelingen zo ver zijn gevorderd dat men mocht verwachten enigerlei vorm van overeenstemming te bereiken of dat het een van de partijen niet meer vrij stond om zonder schadeplichtig te worden er zich uit terug te trekken. Met andere woorden: als het moment van het Plas/Valburg-arrest (HR 18-06-1982, NJ 83-723) is bereikt. De deken zal dit enigszins marginaal moeten toetsen want het uiteindelijke oordeel hierover is voorbehouden aan de rechter die over de zaak moet oordelen en niet aan de deken. Indien een van de beide partijen redelijkerwijs mag menen dat het hier bedoelde geval zich voordoet, mag in mijn optiek de correspondentie aan de rechter worden geopenbaard. De tussenkomst van de deken kan nuttig zijn en werkt in de praktijk goed. Dekens weten doorgaans maar al te goed welke belangen er aan de orde zijn en adviseren ook snel.

THE HEART

Afsluitend kom ik tot het oordeel dat wij hier met waardevolle Gedragsregels te maken hebben die het verdienen om in ere te worden gehouden. Ze raken de essentie van ons beroep en verlenen dit meerwaarde. De bepalingen zijn niet obsoleet – naar mijn mening gaat het hier om *the heart of the matter*. ●