

De civiele rechter is te bevoogdend. Zwakke advocaten hebben er baat bij wanneer de rechter hen te hulp schiet. Dat stelde prof. mr. Bert van Schaick onlangs in zijn oratie. Een wetenschapper, een advocaat en een rechter reageren.

Over Van Schaicks verzet tegen overactieve rechter

‘Rechter kan hooguit een pijnpunt herstellen’

.....
Michel Knapen
.....

De burgerlijke rechter is te actief waar hij lijdelijk moet zijn en te lijdelijk waar hij actiever zou kunnen zijn. Hij behoort de partijautonomie te respecteren en daarbij hoort niet dat hij partijen helpt een beter verweer te voeren, als de rechter denkt dat de advocaat steken laat vallen. En dat laatste gebeurt volgens hoogleraar Bert van Schaick: de overactieve rechter stimuleert gepruts onder advocaten. Daarnaast zou de rechter meer dan nu expliciet in zijn vonnis moeten opschrijven dat de advocaat bepaalde stappen niet goed heeft gezet of dat hij de jurisprudentie niet heeft bijgehouden.

Dat beweerde prof. mr. Bert van Schaick, sinds kort hoogleraar Privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Tilburg. Zijn rede *Het burgerlijk recht de baas?* lichtte hij toe in een interview met het *Advocatenblad* (nr. 2, 6 februari).

Maar niet iedereen is het met hem

eens. Neem mr. dr. René Flach, docent burgerlijk procesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Leidt het feit dat rechters actiever zijn geworden tot prutsende advocaten? Daar gelooft Flach niets van. ‘De vraag is steeds: wie neemt in een civiele procedure het voortouw? Leg je dat bij de advocaat, dan stel je hoge eisen aan hem. Dat is echter wel de consequentie van de substantiëringsplicht, die sinds 2002 geldt. De advocaat moet het initiatief nemen om de rechter in staat te stellen zich een oordeel te vormen over de kern van het geschil, maar dat gebeurt niet altijd. Hoe dwing je dat dan af? Wat moet je doen als de wederpartij niet reageert?’

Dat alles komt aan de orde tijdens de comparitie, en dan wordt de vraag: hoe actief moet de rechter dan zijn? Tijdens de comparitie ontdekt de rechter gaandeweg waar het in een zaak precies om gaat. ‘De rechter heeft dan ruimte nodig om bij te sturen.

Maar een rechter moet niet meeprocederen en dat gevaar zit er wel in. Daar heeft Van Schaick een punt. Het gaat er om dat alle feiten op tafel komen. Dat gebeurt nu meestal goed, hoewel er wel sprake is van een fragiel evenwicht. Maar

die balans is niet doorgeslagen, op dat punt overdrijft Van Schaick.’

Imperfecties

Zo kijkt ook Willem Heemskerk, advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn er tegen aan. ‘Ik denk dat Van Schaick het beginsel van partijautonomie overschat. Het komt voor dat een cliënt vergeet om iets belangrijks aan zijn advocaat te vertellen, of een advocaat heeft niet al te slim een selectie van de feiten gemaakt, of getuigen zijn niet opgeroepen. Dit alles behoort tot de imperfecties van het systeem. Er liggen nu eenmaal niet altijd fantastische overwegingen aan de strategie van de advocaat ten grondslag. En een rechter mag zich daar gerust een beetje mee bemoeien. Maar een rechter mag er niet een ander geschil van maken dan wat partijen voor ogen hadden. Dát is de kern van de partijautonomie.’

Van Schaicks stelling dat door deze helpende hand van de rechter luie advocaten worden beloond, deelt Heemskerk niet: de rechter beloont hooguit de cliënt. ‘Daarmee brengt de rechter enig evenwicht terug in het imperfecte systeem. De rechter neemt de cliënt in

bescherming tegen zijn eigen advocaat. Dat is niet bezwaarlijk.’

De echt prutsende advocaat heeft volgens Heemskerk geen baat bij een actieve rechter. ‘Zijn slechte opzet van de zaak komt heus niet opeens helemaal in orde als de rechter tijdens de comparitie een beetje meehelpt. Daarbij komt dat advocaten ook weer niet de neiging hebben om alles uit handen te geven – dus niets doen en vertrouwen op de helpende hand van de rechter. En verder zijn rechters niet altijd wandelende genieën die een zaak kunnen redden, ze kunnen hier en daar een pijnpunt herstellen. Je moet niet overschatten wat ze voor advocaten kunnen betekenen die er weinig van bakken.’

Niks in de mond gelegd

Het beeld dat Van Schaick oproept – bevoegde civiele rechters die prutsende advocaten de helpende hand bieden – ‘doet geen recht aan de werkelijkheid’, zegt mr. Berry Geurtsen, afdelingsvoorzitter in de sector civiel recht van de Rechtbank ’s-Hertogenbosch. ‘Ik herken me totaal niet in dat beeld. Ik mag verwachten dat rechters te maken hebben met professionele advocaten en in het merendeel van de gevallen is dat ook zo. Het gebeurt niet dat rechters oplossingen aandragen die advocaten laten liggen.’

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering schrijft voor dat partijen direct al hun kaarten op tafel moeten leggen. Op de comparitie let de rechter erop of deze regel is nageleefd, zegt Geurtsen. ‘Onze taak is immers om partijen een oordeel over een geschil te geven. Daar-

bij past het niet dat de rechter lijdelijk en afwachtend is. Tijdens de comparitie zal de rechter partijen vragen het geschil toe te lichten. We zoeken dus uit wat er feitelijk is gebeurd. Is dat onduidelijk, dan vragen wij flink door. Maar we leggen niemand iets in de mond, zoals Van Schaick stelt.’

Illusie

Ook Van Schaicks voorstel om in het vonnis op te nemen dat de advocaat een slechte strategie heeft gevoerd, kan op weinig bijval rekenen. ‘Dat betekent dus dat de rechter alsnog de cliënt moet helpen’, redeneert advocaat Heemskerk. ‘Dat was hangende de zaak volgens Van Schaick niet toegestaan – daar spreekt hij zichzelf dus tegen. Daar komt bij dat de prutsende advocaten die hier worden bedoeld een fout tegenover hun cliënten niet gauw zullen erkennen. Die geven anderen de schuld, zo behendig zijn ze wel. Het is een illusie dat de rechter de cliënt over de advocaat heen kan bereiken. En het is ook geen taak van de rechter: die moet het geschil beslechten en niet de niet-functionerende advocaat corrigeren.’

Rechter Geurtsen: ‘Mijn taak als rechter is om in een vonnis aan partijen duidelijk te maken waarom ik een bepaalde beslissing heb genomen. Uit de motivering blijkt impliciet de kwaliteit van procederen. Denk aan een afwijzing wanneer een vordering slecht is onderbouwd of een toewijzing wanneer een zwak verweer is gevoerd. Maar ik ga niet het werk van de advocaat van een rapportcijfer voorzien.’

Naschrift

Bert van Schaick

Dat het *niet* gebeurt dat rechters oplossingen aandragen die advocaten laten liggen, zoals Berry Geurtsen stelt, moet op een vergissing berusten. In NJ 2004, 460 had de rechtbank een partij gevraagd of zij zich niet wilde beroepen op eigen schuld. In NJ 2008, 466 had het hof een partij gevraagd of zij de grondslag van haar vordering niet wilde aanpassen. De Hoge Raad vond het in beide gevallen, gezien de omstandigheden, toelaatbaar. Gezaghebbende schrijvers steunen deze rechtspraak of vinden het zelfs wenselijk dat de rechter meer in algemene zin de ruimte krijgt om op deze manier met een partij mee te denken. Anders dan René Flach meen ik dat de balans dan wel degelijk doorslaat.

Ik herken en heb begrip voor de rechterlijke neiging om openlijk uit te spreken welke kant het in juridische zin op zou moeten. Maar in mijn oratie leg ik uit waarom een rechter die een partij in bescherming neemt tegen haar advocaat, een verkeerde boodschap uitdraagt. En ik leg uit waarom het effect op lange termijn zal zijn dat uitspraken steeds verder af komen te staan van de werkelijkheid. Terwijl die werkelijkheid juist het excuus is om rechters de bevoegdheid te verlenen om partijen ook juridisch bij te sturen. De rechter die constateert dat een zaak heel anders zou aflopen als een vordering of verweer beter wordt opgezet, moet dit probleem niet oplossen. Hij moet het in zijn uitspraak wél signaleren maar het verder laten waar het wordt veroorzaakt. In mijn oratie leg ik ook uit waarom dat wenselijk is.

Willem Heemskerk veronderstelt terecht dat advocaten het probleem voor hun cliënt kunnen verbloemen. Juist daar ligt een taak voor de rechter. Ik betwist met nadruk dat dit een illusie is of neerkomt op het geven van een rapportcijfer; er is gewoon nog veel te verbeteren aan het rechterlijke taalgebruik en de inhoud en motivering van uitspraken.

Prof. mr. Bert van Schaick