

Hoe zit het ook alweer met confraternele mededelingen?

Volgens Gedragsregel 12 mag op brieven en andere mededelingen tussen advocaten in rechte geen beroep worden gedaan, tenzij het belang van de cliënt dit bepaaldelijk vordert.

Aldert van der Bent en Patrick Slob¹

Gedragsregel 12 – zoals alle Gedragsregels een uitwerking van de betamelijkheidsnorm van art. 46 Advocatenwet – werkt als een drietrapsraket. Uitgangspunt is het verbod om in een procedure een beroep te doen op confraternele mededelingen (trap 1); dat is echter niet absoluut. Indien het belang van de cliënt een beroep op confraternele mededelingen bepaaldelijk vordert, wordt de regel terzijde gesteld. De advocaat zal met zijn confrère of collega moeten overleggen alvorens een beroep op diens mededelingen te doen (trap 2). Wordt daarin geen oplossing bereikt, dan dient de ‘beroepende’ advocaat – nog steeds: op voorhand – zijn deken om advies te vragen (trap 3).

Het niet-volgen van deze procedure is op zichzelf al voldoende voor een tuchtrechtelijke veroordeling.² Niettemin zijn er gevallen waarin het voorbijgaan aan trap 1 en 2 toch geen tuchtrechtelijke gevolgen heeft, zoals de zaak waarin de raad van discipline 's-Hertogenbosch oordeelde dat de wederpartij in redelijkheid toestemming voor het overleggen van een brief niet had mogen weigeren.³

Het is een misverstand te denken dat de deken de advocaat ‘toestemming’ geeft zich op bepaalde mededelingen te beroepen; de advocaat is en blijft eindverantwoordelijke voor diens beroep op confraternele mededelingen.

Vaak wordt gedacht dat de werking van Gedragsregel 12 beperkt is tot con-

fraternele correspondentie. Ten onrechte, omdat de Gedragsregel uitdrukkelijk ook ‘andere mededelingen’ beslaat. En net zoals men zich kan beroepen op mondelinge en schriftelijke mededelingen van de wederpartij, kan het beroep op dergelijke confraternele mededelingen zowel mondeling als schriftelijk worden gedaan.

In beginsel is een beroep op feitelijkheden die voor beoordeling van het geschil van belang zijn en die afkomstig zijn uit contacten tussen advocaten niet strijdig met Gedragsregel 12.⁴ De advocaat die zich (door overlegging van een confraterneel stuk) beroept op een feit waarvan hij weet dat het onjuist is, zonder die onjuistheid te corrigeren, handelt evenwel niet zoals het een behoorlijk advocaat betaamt.⁵

In de toelichting bij Gedragsregel 12 staat dat het niet verboden is in rechte te stellen dat een overeenkomst is gesloten of een sommatie is gedaan, evenwel slechts zonder dat de brief of andersoortige mededeling waaruit dat blijkt, wordt genoemd of overgelegd. De moeilijkheid ontstaat wanneer de wederpartij de overeenkomst betwist. De advocaat zal alsdan moeten beoordelen of en in hoeverre het belang van zijn cliënt een beroep op de (veelal schriftelijke) mededeling bepaaldelijk vordert. Dit moet niet licht worden aangenomen.⁶ Er zal eerst sprake van zijn wanneer de bewuste confraternele mededeling 1) een rechtsfeit bevat, 2) dat door de wederpartij wordt betwist en 3) de cliënt voor het bewijs van het betwiste

rechtsfeit uitsluitend is aangewezen op de inhoud van de confraternele mededeling.⁷

Regelmatig is betoogd dat Gedragsregel 12 op gespannen voet staat met de artt. 21 (waarheidsplicht) en 111 lid 3 Rv (substantiërings- en bewijsaandraagplicht).^{8,9} Het Hof van Discipline heeft ook onderkend dat een advocaat mede vanwege art. 21 Rv kan concluderen dat het belang van de cliënt een beroep op confraternele stukken vordert, maar wijst erop dat Gedragsregel 12 voor die situatie de hierin beschreven procedurereguleer biedt.¹⁰

Niettemin wordt Gedragsregel 12 nogal eens als knellend ervaren. Soms wordt getracht deze buiten werking te stellen door het recht voor te behouden een beroep op bepaalde mededelingen te doen. Probleem is daarbij dat men zich geen recht kan voorbehouden dat men in het geheel niet heeft. De problematiek rondom tuchtrechtelijk zwijgen (Gedragsregel 12) waar civielrechtelijk spreken geboden is (artt. 21 en 111 lid 3 Rv), kent geen eenvoudige oplossing. Een goede eerste stap zou onzes inziens zijn in aansluiting te zoeken bij de CCBE-gedragscode voor Europese advocaten, die voorschrijft dat een advocaat, die per brief aan een andere advocaat vertrouwelijke mededelingen wil doen, dit voornemen kenbaar maakt vóór verzending. Zo kan veel moeizaam overleg worden voorkomen.

7 Zie voor twee (uitzonderlijke) voorbeelden: raad van discipline Arnhem 28 november 2011, ECLI:NL:TADRARN:2011:YA2276 en raad van discipline 's-Gravenhage 3 december 2012, ECLI:NL:TADRSGR:2012:YA3879.

8 M. ten Haaf, ‘Knelpunten nieuw procesrecht’, *TCR* 2002, 3, p. 64–66 en F.A.W. Bannier, ‘Het nieuwe procesrecht en Gedragsregels 12 en 13’, *Advocatenblad* 2002, p. 296–299.

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

10 Hof van Discipline 13 september 2004, *Advocatenblad* 2006 (4049).

1 Advocaten bij Wybenga Advocaten in Rotterdam.
2 M. ten Haaf, ‘Knelpunten nieuw procesrecht’, *TCR* 2002, 3, p. 65. Een voorbeeld uit tuchtrechtspraak is raad van discipline 's-Gravenhage 23 januari 2012, ECLI:NL:TADRSGR:2012:YA2860.
3 Raad van discipline 's-Hertogenbosch 30 augustus 1999, *Advocatenblad* 2000 (0012).

4 Raad van discipline 's-Hertogenbosch 19 april 2004, *Advocatenblad* 2005 (7).
5 Raad van discipline Den Bosch 21 februari 2000, *Advocatenblad* 2000 (0021) en raad van discipline Den Bosch 19 april 2004, *Advocatenblad* 2005 (7).
6 Zie ook F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt – Advocatengedragsrecht*, Apeldoorn–Antwerpen: 2010, p. 99.