

ANNOTATIE

Angerjārv en Greinoman t. Estland (EHRM, nrs. 16358/18 en 34964/18) – Mag de rechter een kritische advocaat uit de procedure verwijderen?

J.E. Soeharno

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD001635818 (EHRC-2022-0246)*

1. Zelden heb ik een uitspraak van het EHRM met minder instemming gelezen. Het gaat om twee (afzonderlijke) zaken waarin een advocaat tijdens een procedure inhoudelijke kritiek uitte op de rechter. In beide procedures ging de advocaat over tot een formeel verzoek tot verwijdering van de rechter van de zaak. In beide gevallen slaagde dit verzoek niet, maar kon de advocaat wel rekenen op een tegenreactie. Dezelfde rechter (op wie de advocaat kritiek uitte) heeft in beide gevallen de advocaat van de zaak verwijderd tijdens de lopende procedure. Zonder hoor en wederhoor, terwijl er ook geen beroep mogelijk was. In beide zaken werd het handelen van de advocaat, dat de reden vormde voor de verwijdering, nadien ook tuchtrechtelijk getoetst (op grond van de Estse wet moet een rechter verwijdering van de advocaat aan de tuchtrechter doorgeven). In beide gevallen leidde dit niet tot een (gegronde) klacht.

2. De advocaten klagen dat deze (wijze van) verwijdering in strijd is met het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en het recht op een privéleven (artikel 8 EVRM). Een krappe meerderheid van 4 tegen 3, waaronder de Estse rechter, sauveert de gang van zaken en acht artikel 6 lid 1 EVRM niet van toepassing op de verwijderingsbeslissing. Drie rechters vonden daarentegen dat artikel 6 lid 1 EVRM wél van toepassing was en in dit geval ook was geschonden. In de kern waarschuwen zij dat advocaten, zeker nadat zij de onpartijdigheid van

de rechter aan de orde hebben willen stellen, niet lichtvaardig de mond mag worden gesnoerd; uiteraard zonder de noodzaak van de bewaking van een goede procesorde te willen miskennen. Overigens zijn alle rechters het eens dat artikel 8 EVRM niet van toepassing is omdat het verband met het privéleven onvoldoende duidelijk is, reden waarom ik de bespreking daarvan in deze noot achterwege laat.

3. Wat heeft nu de meerderheid bewogen? In de kern genomen beschouwt deze verwijdering als een weinig impactvolle *ordemaatregel* (nr. 99), te onderscheiden van een straf (par. 87) of een disciplinaire maatregel (nr. 99). Deze bij wet voorziene ordemaatregel dient bovendien een legitiem doel, overwogen zij, namelijk ‘*the precise aim of ensuring the proper and expeditious administration of justice*’ (par. 90).

4. Het Hof kijkt dus naar de “*impact of the measure*” op het burgerlijke recht om als advocaat te kunnen optreden (par. 100). Het Hof kent daarbij vooral waarde toe aan de volgende omstandigheden:

de advocaten werden verwijderd van één zaak in één aanleg (verwijdering gold dus niet voor behandeling in beroep of andere zaken voor datzelfde gerecht of diezelfde rechter); en de advocaat-cliëntrelatie kon gewoon in stand blijven (de advocaten konden weliswaar niet meer in de procedure verschijnen maar wel op de achtergrond betrokken blijven).

Gelet hierop acht het Hof de impact van deze ordemaatregel zo gering dat het oordeelt dat het recht om het beroep van advocaat uit te oefenen daardoor niet wezenlijk wordt geraakt: artikel 6 lid 1 EVRM is niet van toepassing. Deze omstandighedenweging gaat mijns inziens echter te kort door de bocht.

5. In de eerste plaats ontbreekt in het arrest (een bespreking van) het gegeven dat de verwijdering verband hield met een wrakingsverzoek door die advocaat van een verwijdering van diezelfde rechter. In zijn *dissenting opinion* gaat rechter Serghides zelfs zover om op basis hiervan te concluderen tot de schijn van partijdigheid van de verwijderende rechter. Al hierom acht hij verwijdering van de advocaat door deze rechter ontoelaatbaar in het licht van artikel 6 EVRM (par. 17 en 21).

6. In de tweede plaats mist een bespreking van toch niet onbelangrijke juridische punten zoals (a) de wel heel ruime wettelijke grondslag om tot verwijdering te mogen overgaan (par. 35, 36); en (b) het ontbreken van hoor en wederhoor. In zijn *dissenting opinion* merkt rechter Krenčinnig op dat zelfs de eigen protocollen van het EHRM wederhoor eisen alvorens een advocaat kan worden verwijderd (par. 15). Hoewel het Hof summier aandacht schenkt aan (c) de onmogelijkheid van beroep (hij merkt onder verwijzing naar eerdere rechtspraak terecht op

dat de mogelijkheid van beroep geen vereiste is van artikel 6 lid 1 EVRM), verdient dit mijns inziens meer aandacht in het licht van de eerdergenoemde omstandigheden: (a) de ruime wettelijke grondslag en, met name, (b) het uitblijven van hoor en wederhoor.

7. In de derde plaats trekt het Hof een merkwaardige conclusie uit het feit dat disciplinaire toetsing van de gewraakte gedragingen in het voordeel van de advocaten uitviel. Het Hof komt met een sofisme: verwijdering heeft kennelijk geen invloed op de uitkomst van disciplinaire procedures ten aanzien van dezelfde gedragingen, dus is de impact laag. Mij lijkt dat de wereld op zijn kop: de advocaat heeft volgens de instantie die daar specifiek over gaat niet onbehoorlijk gehandeld, toch mocht de rechter de advocaat verwijderen op basis van ditzelfde – niet-onbehoorlijke – handelen (par. 99).

8. Dit leidt tot de vraag of de conclusie van Hof, dat de impact gering is, gerechtvaardigd is. Naar mijn indruk miskent hij de impact op: de advocaat, de rechtszoekende en het bredere belang van de goede rechtsbedeling. Ik licht toe.

9. Voor wat betreft de impact op de *advocaat* gaat het Hof niet mee met het aangevoerde argument dat een dergelijke verwijderingsbeslissing de reputatie van de advocaat kan schaden, zo niet in de ogen van de cliënt dan wel breder. Dit kan ik niet goed rijmen met andere beslissingen van het Hof, bijvoorbeeld ten aanzien van rechters waar reeds 'stigma' een relevante overweging was voor bescherming van artikel 6 EVRM.[1] Ik verwijs ook naar de *dissenting opinion* van rechter Krenc: het is moeilijk te verkopen dat reeds enkele waarschuwingen aan rechters, advocaten of artsen konden rekenen op de waarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM, maar dat dit niet geldt voor verwijdering van een advocaat uit een procedure – nota bene een kerntaak van de advocaat (par. 7).

10. Meer fundamenteel mis ik aandacht voor de vraag wat dit betekent voor de bijzondere rol van de advocaat om toegang tot recht voor de *rechtszoekende* te waarborgen. Die toegang komt immers in het gedrang wanneer een cliënt zijn of haar advocaat van de procedure verwijderd ziet worden: vervanging van de advocaat tijdens een lopende procedure kost tijd en geld. Ook moet de cliënt een vertrouwensrelatie opbouwen met een nieuwe advocaat.

11. In het verlengde daarvan besteedt het Hof geen aandacht aan de impact op (de verantwoordelijkheid van de advocaat voor) de *goede rechtsbedeling*. Wat te denken van de, van de advocaat verwachte, kritische rol ten processe? Van deze verwijderingspraktijk kan een *chilling effect* uitgaan: welke advocaat durft nu nog in Estland een pittige discussie aan te gaan met, laat staan kritiek te uiten op een – in zijn of haar ogen niet goed functionerende – rechter? De door het EHRM gesauveerde lijn biedt weinig bescherming voor advocaten die rechterlijke misstanden – klein of groot – binnen de gangbare context van een procedure

willen aankaarten. Rechter Krenc wijst er in zijn *dissenting opinion* op dat aan advocaten in dit opzicht een ruime vrijheid van meningsuiting toekomt (par. 13). In plaats daarvan kan nu verwijdering volgen, zelfs als disciplinaire maatregelen de advocaat nadien vrijpleiten. Kortom: het Hof heeft weinig oog voor de meer fundamentele impact van deze verwijderingsmogelijkheid.

12. Ik wil het nog iets scherper stellen. Rebecca Roiphe (NYU) spreekt van de *mob-test*: wat nu als er geen goedwillende persoon, maar een *mob* aan macht is? In andere woorden: stel dat er sprake is van een *kwaadwillende* rechter, zouden we dan nog comfortabel zijn met dit systeem? De verwijderingen hielden direct verband met eerdere kritiek op de verwijderende rechter. Nu wil ik *for the sake of argument* best aannemen dat in deze twee zaken sprake was van een vervelende, incompetente advocaat en dat de rechter volkomen gelijk had om deze advocaat van de zaak te halen. Maar wat nu als er sprake is van een rechter die niet tegen terechte kritiek kan? Een rechter die de eigen partijdigheid wil verbloemen? Een rechter die bepaalde advocaten maar lastig vindt – neem *mensenrechtenadvocaten* die in sommige landen onder zware druk opereren? Of een rechter die het gemunt heeft op bepaalde procespartijen en hierin een kans ziet om hun procespositie te bemoeilijken? Er zijn in Europa – onder meer in Polen, Hongarije en Turkije – helaas genoeg voorbeelden te vinden waar advocaten onder zware druk, soms ook van rechters, moeten werken.

13. De relevantie van dit arrest voor Nederland is beperkt. Zo bestaat hier geen wettelijke grondslag voor de verwijdering van advocaten (hoewel ik mij niet aan de indruk kan onttrekken dat rechters die soms graag zouden willen hebben). Rechters hebben de mogelijkheid om een klacht in te dienen tegen een advocaat bij de deken, wat in de praktijk zelden tot nooit gebeurt. Wat wel eens gebeurt, is dat de rechter signalen over een advocaat doorgeeft aan de president van het gerecht die deze vervolgens doorgeeft aan de deken. Daaruit volgen soms ook dekenklachten, waarna de tuchtrechter het handelen van de advocaat toetst. Deze route via de tuchtrechter lijkt mij zuiverder dan *ad hoc* gedragstoetsing door de behandelend rechter.

14. Ten slotte kennen ook wij – net als in Estland – het probleem van misbruik van het wrakingsrecht. De Hoge Raad heeft bepaald dat een wrakingskamer in het geval van evident misbruik zoals bij een opeenstapeling van wrakingsverzoeken (van bijvoorbeeld eerst de zittingsrechter en vervolgens de leden van de wrakingskamer), het verzoek tot wraking buiten behandeling kan laten.[2] Dit sluit aan bij vaste rechtspraak van het EHRM dat de hoofdregel, dat de behandeling van een wrakingsverzoek niet achterwege mag worden gelaten, alleen geldt bij een verzoek '*that does not immediately appear to be manifestly devoid of merit.*'[3] Ook dit laat zien dat er minder drastische oplossingen voorhanden zijn dan verwijdering van de advocaat – met alle impact van dien.

Prof. mr. dr. J.E. Soeharno

Universiteit van Amsterdam

De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

[1] Cf. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá t. Portugal*. EHRM, 6 november 2018, nrs. 55391/13, 57728/13 en 74041/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, par. 116.

[2] HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1770.

[3] *Remli t. Frankrijk*, EHRM, 23 april 1996, nr. 16839/90, ECLI:CE:ECHR:1996:0423JUD001683990, par. 48.