



**Annotatie bij EHRM 28 oktober 2003 (Steur / Nederland) en EHRM 21 maart 2002 (Nikula / Finland)**

Verschenen in *NJ* 2004, nr. 554 en 555.

**E.J. Dommering**

1. Het gaat hier om twee zaken waarbij een advocaat bij de uitoefening van zijn taak in zijn uitingsvrijheid werd beperkt. De Nikulazaak betreft een Finse strafrechtadvocate die de Officier van Justitie bij de verdediging van haar cliënte ambtsverzuim en manipulatie van bewijsmateriaal had verweten. De Steurzaak gaat over een Nederlandse zaak waarin een advocaat in een procedure tot bijstandsverhaal de rechercheur die het bewijs had verzameld verwijt dat hij ongeoorloofde druk op zijn cliënt had uitgeoefend. In het eerste geval was een strafsanctie opgelegd, in het tweede was een disciplinaire overtreding vastgesteld zonder oplegging van een maatregel.

2. Een door het Nederlandse Hof van Discipline geconstateerde overtreding van de gedragsregels zonder oplegging van straf wordt in Straatsburg een schending van artikel 10 EVRM geacht. Het gaat om de uitingsvrijheid van een advocaat bij de presentatie van een zaak. Men zou verwachten dat het daarbij zou gaan om artikel 31 van de gedragsregels van de Orde van Advocaten dat luidt: “De advocaat dient zich in woord en geschrift niet onnodig grievend uit te laten.” Een andere regel waar men aan zou kunnen denken, is regel 30 die het de advocaat verbiedt om onjuiste informatie te verstrekken. In Straatsburg gaat het echter om regel 1 van de Gedragsregels, omdat de overtreding van die regel de inzet was geweest van de nationale disciplinaire procedures. Die regel luidt dat een advocaat zich zodanig heeft te gedragen dat het vertrouwen in het beroep van de advocaat of zijn beroepsuitoefening niet wordt geschaad. Het is de algemene kapstokbepaling waaraan onbehoorlijk optreden als advocaat wordt getoetst. Uitingen van advocaten in hun beroepsuitoefening kunnen ook aan deze regel worden getoetst, met name wanneer zij niet 'onnodig grievend' zijn, zoals in deze zaak het geval was.

3. De zaak draait om de verdediging van een Surinamer, aangeduid als Mr B, die van steunfraude werd verdacht. Tegelijk met de strafzaak werd een civiele procedure tot terugbetaling van ten onrechte genoten sociale uitkeringen tegen de betrokkene gestart. In de civiele procedure stelde de advocaat van B, dat de 'sociaal rechercheur' (Mr. W) bewijs tegen B had verzameld dat “niet anders kan zijn verkregen dan door onaanvaardbare druk op B uit te oefenen om incriminerende verklaringen af te leggen, de portee waarvan B (die geen goed Nederlands sprak) zonder de aanwezigheid van een tolk niet goed had begrepen”(zie overweging 12). Deze bewering stond in de processtukken in juni 1994. De Nederlandse tuchtrechters hadden de advocaat het verwijt gemaakt dat hij Mr W. ten onrechte had beschuldigd van het uitoefenen van druk, zonder voldoende onderzoek op het moment dat de mededeling werd gedaan. De advocaat had voor zijn verweer aangevoerd dat hij deze conclusie uit de mededelingen van zijn cliënt had mogen trekken en tot verdediging van zijn cliënt naar voren had mogen brengen. Het was aan de rechter die over het bewijs in de civiele zaak moest oordelen om vast te stellen of de beschuldiging gegrond was. Bovendien had hij er bij het Hof van Discipline op gewezen dat zijn cliënt in december 1994 een gedetailleerde verklaring bij de politie had afgelegd, die de beschuldiging bevestigde (zie overweging 17). Het Hof achtte beslissend dat *op het moment* dat de advocaat de beschuldiging van ongeoorloofde uitoefening van druk deed, hij onvoldoende feitelijke grondslag voor die bewering

had noch door mededelingen van zijn cliënt noch op andere wijze.

4. De beslissende overweging van het EHRM is te vinden in overwegingen 41 en 42. De beschuldiging van de verrichtingen van een rechercheur (het uitoefenen van druk bij een verhoor) was gedaan in de rechtszaal, en resulteerde niet in een persoonlijke belediging. De grondslag voor de beschuldiging was het feit dat er geen tolk bij het verhoor aanwezig was geweest. De bewering was consistent met de latere verklaring in het politieverbaal van december. Bovendien, en daar tilt het Hof blijkens overweging 42 zwaar aan, was de feitelijke juistheid van de beschuldiging in de tuchtprocedures niet betwijfeld en was de vraag of de advocaat te goeder trouw had gehandeld niet eens aan de orde geweest. De beslissing van het Hof moet afgezet worden tegen een aantal andere beslissingen van het Hof over de uitingsvrijheid van een advocaat. Die zet ik hierna op een rij. Daarbij komt ook de zaak Nikula in beeld.

5. De eerste vraag die in het beslisschema van het EHRM moet worden beantwoord, is of er sprake is van een inmenging in de vrijheid van de klager. Het Hof beantwoordt die vraag in de overwegingen 27-29 bevestigend. Daarbij is irrelevant dat er alleen een schending van de gedragsregel is geconstateerd zonder oplegging van een disciplinaire maatregel. De dreiging van een (lichte) sanctie is voldoende, omdat daarvan een 'chilling effect' kan uitgaan zoals het Hof in de enige malen geciteerde Nikulazaak in overweging 54 expliciet overweegt.

6. De tweede vraag is of de inmenging is gebaseerd op een wettelijke grondslag. Die is er in artikel 46 Advocatenwet en de daarop gebaseerde gedragsregels en tuchtrechtelijke jurisprudentie. Gedragsregels voor advocaten, ook als het gaat om de uitingsvrijheid, kunnen nauwere grenzen trekken die met de aard van het beroep te maken hebben. De nationale instanties (publiekrechtelijke beroepsorganisaties) hebben op dit punt een ruime beleidsvrijheid (*margin of appreciation*) waar het Hof niet in treedt. De leidende beslissing (ook geciteerd in overweging 38 van de onderhavige zaak) is hier nog steeds de zaak Casado Coca (EHRM 24 februari 1994, NJ 1994, 519, m. nt. EJD). In die beslissing sauveerde het Hof een reclameverbod in de beroepsregels van Spaanse advocaten; ik verwijs verder naar mijn noot bij die beslissing. Gedragsregels zoals die zijn neergelegd in artikel 1, 30 en 31 zijn op zich zelf niet onaanvaardbaar, al zullen zij in de toepassing altijd aan de eisen die zijn neergelegd in artikel 10 EVRM moeten voldoen.

7. Bij de beoordeling van de ruimte van de uitingsvrijheid van een advocaat, maakt het verschil of hij de uitingsvrijheid in de procedure aanwendt of daar buiten. Zo heeft het Hof enige malen algemene kritiek in het openbaar op rechters die was gebaseerd op ongefundeerde generaliseringsveroordeeld. Deze lijn heeft het Hof al uitgezet in de zaak *Schöpfer*, waarin een Zwitserse advocaat op een persconferentie nogal heftig tekeer ging tegen de rechterlijke macht en het openbaar ministerie in zijn kanton (EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 711, m.nt EJD). In de onderhavige zaak wordt ook verwezen naar een beslissing waarin de klacht van de Duitse advocaat Wingerter niet ontvankelijk werd verklaard (EHRM 21 maart 2002, Application 43718/98). W. had een cliënt buiten zijn arrondissement bijgestaan in Mannheim, maar toen hij daarvoor extra reiskostenvergoeding claimde werd dat afgewezen, omdat de keuze van een advocaat buiten Mannheim volgens de rechters niet noodzakelijk was geweest. Toen W. daartegen bezwaar maakte, had hij aangevoerd dat de zaak te ingewikkeld was voor de rechters in Mannheim, en dat de kwaliteit van de advocaten aldaar niet beter was. Alleen de interventie van een advocaat buiten Mannheim had erger kunnen voorkomen. Onder verwijzing naar *Schöpfer* weigerde het Hof de klacht tegen zijn tuchtrechterlijke veroordeling wegens die uitlating in behandeling te nemen. Kritiek op de rechterlijke macht mag natuurlijk, maar zij moet niet het gezag van de rechterlijke macht of de advocatuur ondermijnen.

8. In Schöpfer was niet aan de orde geweest hoe het gesteld is met de functionele uitingenvrijheid in een procedure. In de Nikulazaak had de advocaat in een strafproces de Officier van Justitie beschuldigd van manipulatie van bewijsmateriaal en verzaking van zijn ambtsplicht. Zich baserend op de praktijk in verschillende landen, waaronder Nederland, formuleert het Hof als uitgangspunt dat een strafadvocaat grote vrijheid moet hebben om zich ter verdediging van de belangen van zijn cliënt te uiten. In overweging 50 formuleert het deze vrijheid als volgt: “The Court reiterates the distinction in various Contracting States between the role of the prosecutor as the opponent of the accused, and the judge. Generally speaking, this difference should provide increased protection for statements whereby an accused criticizes a prosecutor, as opposed to verbally attacking the judge or the court as a whole.” Elders in het arrest is het Hof nog explicieter (overweging 54 en 55): “Even so, the threat of an *ex post facto* review of counsel's criticism of another party to criminal proceedings – which the public prosecutor doubtless must be considered to be – is difficult to reconcile with defence counsel's duty to defend their clients' interests zealously. It follows that it should primarily be for counsel themselves, subject to supervision by the bench, to assess the relevance and usefulness of a defence argument (...). It is therefore only in exceptional cases that restriction of defence counsel's freedom of expression can be accepted as necessary in a democratic society.” De grens van de geoorloofde kritiek ligt in persoonlijke beledigingen.

9. Geldt diezelfde vrijheid ook in civiele zaken? Het Hof onthoudt zich in de Steurzaak van een algemene overweging vergelijkbaar met die in de zaak Nikula, maar verwijst in overweging 44 van de onderhavige zaak wel naar de geciteerde overweging 54 in die zaak. Ik zie daarom geen essentieel verschil: in beide zaken ging het immers om kritiek op een ambtenaar die bij de bewijsvoering in het proces een rol speelde. Als het gaat om de communicaties tussen de advocaten onderling, ligt de grens in het gebruik van termen die het zakelijke processuele debat overstijgen. Men mag dus niet 'op de man' spelen (zoals in processtukken in civiele procedures helaas nog al eens gebeurt). Mogelijk dat in de horizontale verhouding de beperkingen voortvloeiend uit de confraternele omgang zwaarder wegen dan in asymmetrische verhouding tussen verdachte en het Openbaar Ministerie. De ratio dat de advocaat zelf vorm en inhoud van de argumenten op basis van hetgeen zijn cliënt hem meedeelt, moet kunnen bepalen, geldt ook daar.

10. Een onderzoek naar de disciplinaire rechtspraak over de laatste vijf jaar (te vinden in <http://www.advocatenorde.nl>, rubriek 'klachten en geschillen' en 'disciplinaire uitspraken' onder de verschillende gedragsregels) leert dat de Nederlandse tuchtrechtspraak zich in het algemeen binnen deze marges beweegt. De onderhavige uitspraak van het Hof van Discipline past daar niet goed in.