

Reguleren en procederen

Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van
de pensionering van Tetty Havinga

Anita Böcker en Paul Minderhoud (red.)



Reguleren en procederen.

Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van de pensionering van Tetty Havinga.

Anita Böcker en Paul Minderhoud (red.)

ISBN: 978-94-6240-549-3

Layout: Hannie van de Put en Jeske Jansen

Published by

Wolf Legal Publishers (WLP)

Talent Square 13

5038 LX Tilburg

info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen 2020

Het auteursrecht van de afzonderlijke bijdragen berust bij de auteur(s).

Procederen voor de hoogste rechter: empowerment of vervreemding?

Jos Hoevenaars

1. Inleiding

In de periode tussen 2012 en 2017 verrichtte ik, onder begeleiding van Tetty Havinga, promotieonderzoek naar rechtszaken die middels een prejudiciële verwijzing van een Nederlandse rechter bij het Hof van Justitie van de Europese Unie in Luxemburg belandden. Tetty en ik delen een interesse in de persoonlijke verhalen van mensen die het rechtssysteem hebben doorlopen, de soms weerbarstige realiteit van rechtspraak vanuit het perspectief van justitiabelen en de relatie tussen het kleine en het grote; de ‘actor als factor’, en hoe de keuzes en het handelen van individuen binnen de rechtspraak kan resulteren in veranderingen op grote schaal.¹

Als postdoconderzoeker binnen het ERC Consolidator project *Building EU civil Justice*² richt mijn onderzoek zich momenteel op de rol van de advocaat in de rechtszaal, en in het bijzonder wat er gebeurt wanneer hij of zij afwezig is en justitiabelen zichzelf vertegenwoordigen. In het burgerlijk recht van landen met een *common law* systeem (met name de VS) is *zelfvertegenwoordiging, pro se* procesvoering of zogenaamde *Do-It-Yourself-Justice* een wijdverspreid fenomeen, daar het recht op zelfvertegenwoordiging in deze landen wordt beschouwd als fundamenteel onderdeel van het beginsel van toegang tot het recht. Maar ook in Nederland, met de uitbreiding van de competentie van de kantonrechter, de enige burgerlijke rechter zonder verplichte vertegenwoordiging, wordt (zelf)vertegenwoordiging een steeds belangrijker onderwerp.

In deze bijdrage wil ik deze twee onderzoeksonderwerpen samenbrengen door het vraagstuk van vertegenwoordiging te nemen en toe te passen op de bevindingen in mijn onderzoek naar prejudiciële zaken voor het Hof van Justitie in Luxemburg. Deze bijdrage is als volgt opgebouwd: allereerst bespreek ik kort de theoretische achtergrond van de rol van advocaten in de rechtszaal, en waarom hun aanwezigheid wel of niet van belang is. Vervolgens pas ik dit theoretisch kader toe op de resultaten uit mijn promotieonderzoek naar rechtszaken voor het Hof van Justitie en illustreer ik deze inzichten met enkele citaten uit de interviews die ik deed met advocaten. Tot slot trek ik een aantal conclusies over wat deze resultaten ons vertellen over juridische vertegenwoordiging voor het Europees Hof van Justitie.

1 Eerder schreef ik met Tetty twee korte bijdragen over respectievelijk de ervaringen van justitiabelen met de prejudiciële procedure (Havinga & Hoevenaars 2013) en de ‘actor als factor’ binnen het recht (Havinga & Hoevenaars 2015).

2 Dit onderzoek heeft financiering ontvangen van de European Research Council (ERC) in het kader van het Horizon 2020 Research and Innovation programme (grant agreement No. 726032) en heeft de volledige titel *Building EU Civil Justice: Challenges of Procedural Innovations Bridging Access to Justice*. Meer informatie is te vinden op <http://www.euciviljustice.eu/>.

2. Over het belang van juridische vertegenwoordiging

Er is veel onderzoek gedaan naar de rol en de noodzaak van advocaten in het bijstaan van partijen binnen de rechtspraak. Sinds het befaamde *Florence Project*,³ waarin de mondiale ontwikkelingen op het gebied van toegang tot het recht werden gebundeld en geanalyseerd, is er binnen de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht volop aandacht geweest voor de effecten van representatie, en in het bijzonder het ontbreken ervan.⁴

De toegang tot juridische professionals staat centraal in het wetenschappelijk denken over toegang tot het recht. Met name de ‘eerste golf’ van het onderzoek en hervormingen die door Cappelletti en Garth werden geïdentificeerd waren gericht op het vergroten van de toegang tot rechtsbijstand van de armere delen van de samenleving door de uitbreiding van *pro bono* werk van advocaten en publiek gefinancierde rechtsbijstand.

Het koppelen van de toegang tot advocaten aan toegang tot de rechter is gebaseerd op een centrale premisse: *de complexiteit van het recht creëert obstakels voor diegenen die er niet in zijn geschoold*. Een uitgebreide collectie sociologische literatuur over juridische beroepen identificeert advocaten dan ook als de zogenaamde ‘poortwachters van het recht’, in het bijzonder via formele juridische procedures.⁵

De aanname hierbij is dat wanneer advocaten relevante feiten presenteren en gebruik maken van de juiste juridische middelen – zoals de juiste doctrines, moties en juridische argumenten – dit leidt tot resultaten die rechtvaardiger zijn dan wanneer leken onvertegenwoordigd voor de rechter verschijnen. Zonder de vertegenwoordiging van advocaten kunnen partijen waarvan de zaak een gunstige uitspraak verdient alsnog verliezen omdat ze niet weten hoe ze de merites van hun zaak effectief kunnen communiceren binnen de juridische context van het rechtssysteem.

Het bijbehorende ideaalbeeld van advocaten is dat ze worden getraind in de juridische praktijk van hun vakgebied, ze hebben kennis van de wet en zijn in staat om relevante jurisprudentie te gebruiken om de belangen van hun cliënt te vertegenwoordigen. Op die manier zorgen zij voor de zogenaamde *equality of arms* van partijen in de rechtszaal. Vanuit dit idee volgt de logische conclusie dat de juridische opleiding en kennis die de advocatuur meebrengt van essentieel belang is voor effectieve belangenbehartiging.

Naast het theoretische werk is veel empirisch onderzoek is gedaan, opnieuw vooral in de VS, naar de rol en noodzaak van advocaten in het bijstaan van partijen in de rechtszaal.⁶ Verschillende studies naar de invloed van vertegenwoordiging laten zien dat de aanwezigheid van advocaten of andere juridische professionals van cruciaal belang is voor het verbeteren van de kansen van iedereen die de rechtszaal binnenstapt.

3 Cappelletti & Garth 1978.

4 Zie bijvoorbeeld Abel 2006; Engler 2006; Hagen 1983; Hammer and Hartley 1978; Udell and Diller 2007.

5 Sandefur 2008.

6 Zie bijvoorbeeld Chadha 1996; Doran et al. 2003; Hammer and Hartley 1978; Kritzer 1998; Seron et al. 2001 en Steinberg 2010.

Het heersende inzicht is dan ook dat advocaten, met hun professionele kennis en expertise, een functie vervullen die de leek, die niet is opgeleid in het recht, onmogelijk zelf voor zijn rekening kan nemen.

De sociale wetenschap heeft onze aandacht echter ook gevestigd op de realiteit dat de uiteindelijke uitkomst van juridische procedures niet alleen afhankelijk is van de relatieve juridische merites van tegengestelde standpunten in de rechtszaal. In het kader van de ongelijkheid binnen de juridische praktijk, beschreef Marc Galanter de verschillen tussen de typen partijen in de rechtszaal, waarbij de zogenaamde *repeat players* binnen het rechtssysteem voordelen genieten die maken dat zij er per saldo beter uit komen.⁷ Gemakkelijker toegang tot juridisch specialisten is daarbij een van de voordelen die hen onderscheidt van de zogenaamde *one shotter*.

Volgens de typologie van Galanter zijn advocaten en andere juridische professionals in zekere zin ook *repeat players* die, door middel van routinematig optreden in de rechtszaal, in staat zijn om praktijkkennis en informele relaties te ontwikkelen binnen de gerechtelijke instellingen. En omdat rechtbanken, althans formeel, onervaren partijen en partijen die worden vertegenwoordigd door advocaten als gelijken behandelen, zijn ervaren partijen in het voordeel, ongeacht de merites van een zaak, door hun grotere kennis van de *rules of the game* – de wijze waarop het rechtssysteem in de praktijk werkt.⁸

Uit recent onderzoek van Rebecca Sandefur, die een meta-analyse deed van onderzoek in het civiel recht in de VS van de afgelopen decennia, blijkt dat er grote verschillen bestaan in het effect van de aan- of afwezigheid van juridische vertegenwoordiging wanneer er een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten zaken, verschillende procedures en verschillende rechtsgebieden.⁹

Op zoek naar een antwoord op de vraag waar die verschillen vandaan komen, onderzocht Sandefur welke factoren in de praktijk de grootste impact hebben op de uitkomsten van procedures wanneer vertegenwoordigde partijen worden vergeleken met zogenaamde *pro se* justitiabelen. In navolging van Galanters denken, maakte zij hierbij een onderscheid tussen inhoudelijke *professionele* factoren – de expertise en juridische kennis van advocaten – en de meer *relationele* factoren – de kennis van de beroepspraktijk die advocaten hebben.

Sandefurs meta-analyse toont aan dat wat statistisch gezien de grootste impact heeft op het verloop van een rechtszaak, en dus de gemiddelde kans op succes van de partijen, niet zozeer de inhoudelijke en juridische kennis van de advocaten is, maar hun kennis van de procedure en hoe een rechtbank in de praktijk werkt. Dus niet de professionele expertise van advocaten, maar meer relationele factoren hebben de grootste impact wanneer de kans op succes van partijen met en zonder advocaat worden vergeleken.

Sandefur concludeert dan ook:

“[L]awyers’ impact comes more from managing relatively simple legal procedures than from deploying the complex legal theories or doctrines that are the stuff of formal legal

7 Galanter 1974.

8 McGuire 1995.

9 Sandefur 2015.

education. Lawyers' impact also reflects their relationship to the court as professionals who understand how to navigate a rarefied interpersonal world.”¹⁰

Een belangwekkende conclusie die het heersende idee over het belang van bijstand door geschoolde juristen in twijfel trekt en de monopoliepositie van advocaten aantast. Logischerwijs volgt uit deze bevinding dat ook niet-geschoolde (maar wel ervaren) bijstand een vergelijkbare positieve invloed kan hebben op de kansen van de minder bedeelden in de samenleving. Groepen waarvan we weten dat ze vaak effectieve toegang tot het recht ontberen, deels door de belemmering van de hoge kosten die het inhuren van een advocaat met zich meebrengt.

3. Procederen in Europa

Het werk van Sandefur geeft ons belangrijke uitgangspunten voor het kijken naar de specifieke context waarin gerechtelijke procedures in de praktijk plaatsvinden. In deze bijdrage wil ik deze inzichten over het belang van de verschillende aspecten van expertise van advocaten toepassen op het onderwerp van mijn promotieonderzoek. Dit onderzoek richtte zich specifiek op de prejudiciële procedure binnen het Europese rechtstelsysteem. Deze procedure stelt nationale rechters in staat om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU in Luxemburg te stellen.

De overkoepelende en meer abstracte vraag die mijn promotieonderzoek behandelt is welke rol individuele partijen en hun rechtszaken spelen in de integratie van Europa en in hoeverre de prejudiciële procedure kan worden gebruikt als een strategisch wapen in de strijd tegen lidstaten die EU-regels overtreden. Voor een volledige behandeling van deze vraag verwijs ik graag naar mijn proefschrift getiteld: *A People's Court? A Bottom-Up Approach to Litigation Before the European Court of Justice*.¹¹ Belangrijker voor het onderwerp van deze bijdrage is echter de eenvoudiger vraag die ik stelde tijdens mijn onderzoek: *Wie eindigt bij het Hof in Luxemburg, hoe komen zij daar terecht en hoe gaan zij hiermee om?*

Om deze vragen te beantwoorden interviewde ik advocaten betrokken bij een rechtszaak die aan het Hof van Justitie is voorgelegd over hun ervaringen. In deze interviews trachtte ik te reconstrueren hoe specifiek hun zaken voor het Hof werden gebracht, welke juridische maar ook extralegale factoren hebben bijgedragen aan de verwijzing, wie verder betrokken waren bij de zaak, maar ook hoe deze advocaten het gehele verloop van de procedure ervaren hebben en hoe zij zijn omgegaan met de uitdagingen die een verwijzing naar het Hof van Justitie in de praktijk met zich meebrengt. De in deze bijdrage gepresenteerde inzichten zijn gebaseerd op achtentwintig semigestructureerde interviews met advocaten die de procespartijen hebben bijgestaan in zaken die via de prejudiciële procedure voor het Hof terecht zijn gekomen in de periode tussen 2008 en 2012.

De prejudiciële procedure is bedoeld om de nationale rechter de mogelijkheid te geven, in geval van twijfel over de interpretatie van EU-regels, met name met betrekking tot de nationale regels of beleid, om vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen over de manier waarop EU-wetgeving moet worden geïnterpreteerd en toegepast in

¹⁰ Sandefur 2015, p. 911.

¹¹ Hovenaars 2018.

een specifieke en concrete casus. Een voorwaarde voor een verwijzing naar het Hof in Luxemburg is dat de antwoorden van het Hof van Justitie van vitaal belang zijn voor de nationale rechters om een oordeel te vellen. Dit betekent dat de wijze waarop het Hof van Justitie vragen beantwoordt belangrijke gevolgen kan hebben voor de uitkomst in de nationale procedure, en dus voor iemands kansen op succes. Zo kan het bepleiten van een zaak voor het Hof van Justitie en het zoeken naar een positieve interpretatie van de EU-wetgeving van cruciaal belang zijn voor een zaak.

Vanuit het perspectief van een advocaat betekent dit echter dat de juridische context van de zaak verandert van een min of meer zuiver nationale aangelegenheid in een situatie waarin de zaak wordt geplaatst in de veelal bredere context van het EU-recht. Na de verwijzing van een zaak naar het Hof van Justitie zijn deze advocaten dus belast met het maken van de overstap van pleiten van een zaak binnen de grenzen van het nationale rechtssysteem, naar bepleiten van diezelfde zaak, maar nu in het kader van het supranationale wettelijk kader. Aldus rijst de vraag hoe advocaten hiermee omgaan.

4. Ervaringen van Nederlandse Advocaten voor het Hof van Justitie

Een allereerste belangrijke constatering die uit mijn onderzoek naar voren kwam is dat deze zaken lang niet altijd in Luxemburg terechtkomen omdat de partijen in de nationale procedure op een verwijzing hebben aangestuurd. Zo bleek een meerderheid van de advocaten die ik sprak in het geheel niet voorbereid op een verwijzing. Belangrijk in deze is dus dat advocaten in de zaken die worden voorgelegd aan het Hof over het algemeen niet zijn gespecialiseerd in EU-recht. Zij zijn asieladvocaten, sociale-zekerheidsadvocaten, maar ook accountants en belastingadviseurs, die zonder hierop te zijn voorbereid hun zaak verwezen zien worden naar het Hof van Justitie. Deze professionals hebben dus maar beperkte expertise als het aankomt op EU-recht en het is zeldzaam advocaten te treffen met eerdere ervaringen met het Hof van Justitie, met haar jurisprudentie, laat staan met ervaring met pleiten voor het Hof.

Ik vroeg de advocaten dan ook naar hun ervaring met het maken van deze omschakeling. Op de vraag hoe zich te concentreren op het EU-recht in plaats van het nationale recht of de procedure, antwoordde een van de advocaten:

“Het is een vrij ingewikkelde vertaalslag. Het wordt een abstractieniveau hoger getild met de rechtsvraag over EU-recht en komt daarmee veel verder van het nationale af te staan. Die stap is niet eenvoudig te maken, het vraagt echt wel even wat tijd om je die stof eigen te maken, voor zover je dat überhaupt lukt.”

Het nationale recht is uiteraard waar deze advocaten mee vertrouwd zijn en waar zij op een dagelijkse basis mee werken. Het merendeel van de geïnterviewde advocaten bevestigde deze gevoelens en was over het algemeen heel duidelijk over de mate waarin hun expertise te kort schoot in het maken van deze overgang. Dit is hoe een asieladvocaat concludeert:

“Ik heb wel eens vaker geroepen dat er een cursus ‘beginselen EU-recht’ gegeven moet worden [...] over hoe je het effectiviteitsbeginsel in, bijvoorbeeld de definitierichtlijn toepast, hoe je daar mee kan werken in je praktijk. Volgens mij weet iedereen wel een beetje wat het effectiviteitsbeginsel inhoudt, maar niemand heeft het in zijn vingers om er echt

mee te kunnen werken. Zodat je daar dan bij wijze van spreken een college over kunt geven bij de [Nederlandse] rechter. Dat is eigenlijk wat er moet gebeuren, want die rechters snappen het ook niet.” [lacht]

Deze citaten geven een indicatie van het probleem dat deze advocaten hebben in het maken van de overstap van de nationale juridische context naar die van het Europees recht. Met deze overgang wordt aldus hun inhoudelijke expertise in zekere mate ondermijnd. Echter, zoals ik in het begin introduceerde, bestaan er meer relevante aspecten aan het werk van advocaten dan alleen hun inhoudelijke vakkennis. In deze specifieke context, en in aanvulling op een gebrek aan inhoudelijke kennis en ervaring om op te vertrouwen, worden deze advocaten geconfronteerd met een onbekend Hof met zijn eigen specifieke manier van werken en zijn eigen procedures.

Naast dat advocaten hun zaak moeten voorbereiden in een juridische taal en context waarmee ze minder bekend zijn, zullen ze allereerst moeten uitzoeken hoe de procedure in de praktijk precies werkt. Advocaten gaven dan ook aan veel tijd kwijt te zijn geweest met het achterhalen van antwoorden op de vragen wat de deadlines zijn, hoe en wat op te sturen, gaat dit per fax, post of e-mail en in welke taal documenten eigenlijk moeten worden opgesteld. Dergelijke vragen illustreren hun onbekendheid met het managen van relatief eenvoudige juridische procedures, zoals door Sandefur besproken.

Taal speelt ook in ander opzicht een zeer belangrijke rol tijdens deze procedures. Aangezien veel verschillende nationaliteiten voor het Hof verschijnen wordt de mondelinge behandeling tijdens hoorzittingen simultaan vertaald, met het daaruit voortvloeiende risico van miscommunicatie, vertaalfouten en minder mogelijkheid van directe interactie tussen rechters en advocaten.¹² Dit heeft zijn weerslag op en komt tot uiting in de interactie tussen rechters en partijen en het vermogen van advocaten om hun punt te maken. Zo bevestigt een asieladvocaat:

“Ik had een zitting voor de grote kamer. En ja, de gang van zaken daar blijft een beetje gek. Vooral ook omdat je communiceert via tolken. Dus al die rechters zitten niet naar jou te luisteren maar naar een oortje. En je hebt daar toch een afstand daardoor. En of mijn punten nu echt goed werden vertaald en overkwamen, geen idee.”

Voor de onervaren advocaat kunnen zowel geschreven als ongeschreven regels en voorkeuren van bepaalde rechters leiden tot een frustrerende ervaring. Zo reflecteert een migratierechtadvocaat:

“In het algemeen heb ik die hoorzitting als iets heel vreemds ervaren. Je krijgt vijftien minuten de tijd om je pleidooi snel af te ronden en dan moet je in de tweede termijn reageren op die lidstaten. En dan word je door de voorzitter beledigd met de opmerking dat ik mij op de vragen moet concentreren en tot een conclusie moet komen. Maar ja, die lidstaat heeft allerlei onzin gezegd – ik wil dat gewoon rechtzetten. Ik was echt verbijsterd. Dus je pakt jezelf zo goed mogelijk op en reageert een beetje, en dan ga je weer zitten. En als niemand wil reageren, dan is de zitting gesloten en dan loop je weer naar buiten. En ik had zoiets van, hè? Was dit het? Wacht.... wat?”

12 Edward 1995, p. 554.

Het feit dat het er in Luxemburg anders aan toe gaat dan wat advocaten gewend zijn is ook te wijten aan de strikte regie van de procedure, met name de hoorzitting waarbij in aanvulling op de beperkte tijd voor de pleidooien er weinig tijd is voor reflectie of ruggenspraak. In het bijzonder wanneer we dit vergelijken met nationale procedures waarbij er over het algemeen veel meer tijd is voor interactie tussen de partijen, en meer ruimte om een bepaald argument in detail over het voetlicht te brengen. Zoals een advocaat in sociale zekerheid verklaart:

“Nou, je probeert het, maar dat is erg moeilijk. Je hebt vijftien minuten tijd voor je standpunt tijdens de hoorzitting, of voor wat je nodig acht om aan te zetten. Wat dertig bladzijden kostte om te schrijven. Maar je kunt niet reageren op al die zeven lidstaten, die deels hetzelfde zeggen, maar die in nuances zeer verschillende standpunten hebben. Dus je kunt daar naar mijn mening niet goed op reageren.”

Wat deze advocaat hier beschrijft is dat deze advocaten vaak te maken krijgen met agenten van verschillende lidstaten, die vaak hun pleidooien achter de schermen coördineren en in staat zijn om juridische argumenten te verdelen en daarmee de tijd die ze hebben tijdens de hoorzitting optimaal te benutten. De mondelinge fase van de procedure biedt de partijen de enige mogelijkheid om te reageren op de opmerkingen van zowel de Europese Commissie als de interveniërende lidstaten. Er is geen antwoord of dupliek in de prejudiciële procedure, waardoor alle argumenten van de andere partijen tijdens de hoorzitting zullen moeten worden geadresseerd.

Een deel van wat Sandefur, evenals auteurs als McGuire¹³ en Galanter¹⁴, noemt als de relationele factoren die maken dat advocaten een positieve rol spelen in gerechtelijke procedures, is het feit dat ze vertrouwd zijn met de werkwijze van de rechtbanken waar ze vaak werken, maar ook met specifieke rechters en hun opvattingen, voorkeuren en manier van werken tijdens de hoorzittingen. Ik sprak hierover ook met een advocaat met veel meer ervaring in procederen voor het Hof van Justitie, en die bevestigde dit beeld, hij zei hierover:

“Je moet je rechter kennen en proberen de jurisprudentie van die rechter te gebruiken. Het kan helpen om te voorkomen dat je grote blunders maakt door bijvoorbeeld kritiek te geven op de jurisprudentie van een bepaalde rechter. Dus je moet je goed voorbereiden. De hoorzitting kan een groot verschil maken. De uitkomst van een zaak is niet het lastige deel, het is de redenering, en de hoorzitting kan hier veel invloed op hebben.”

Het spreekt voor zich dat voor een specialist in EU-recht, en zeker iemand die regelmatig pleit voor het Hof, dit een vele mate realistischer opdracht is dan voor de gemiddelde belastingadviseur die onverwacht en slechts één keer in zijn carrière met een zaak in Luxemburg terecht komt.

Deze greep uit de interviews met advocaten geeft aan hoe advocaten in Luxemburg geconfronteerd worden met een grote uitdaging om hun werk effectief te kunnen doen. De verzameling citaten is echter vele malen omvangrijker dan waaraan ik in deze korte bijdrage recht kan doen. Samenvattend daarom, komt het meest sprekende citaat dat de teneur van ervaringen advocaten samenvat, van een strafrechtadvocaat. Hij legt uit:

13 McGuire 1995.

14 Galanter 1976.

R: Op een gegeven moment zeiden ze dat deze zaak naar Luxemburg gaat. Toen dacht ik, ik heb daar echt niets te zoeken. Ik bedoel wat moet ik daar doen? Maar toen de zaak werd doorverwezen naar de Grote Kamer, toen dacht ik, ja, weet je, ik kan nog zestig jaar werken als advocaat, maar de kans dat ik ooit nog voor de Grote Kamer kom te staan is zo verwaarloosbaar, dat ik moet gaan.

I: En u heeft ook gepleit?

R: Ja, natuurlijk. Als je gaat, dan moet je pleiten.... Totaal zinloos! [Lacht].

I: Hoe ging dat?

R: Ja, nou ja, 'leuk om hier te zijn, ik wil mijn moeder gedag zeggen', zoiets. [lachend]

5. Lessen over Vertegenwoordiging op het Hoogste Niveau

Wat kunnen deze inzichten ons vertellen over de rol van de advocatuur in deze specifieke context? De onervarenheid van de advocaten die doorgaans procederen bij het Hof van Justitie ondermijnt hun vermogen om effectief de belangen van hun cliënten te behartigen, met name wanneer hun onervarenheid wordt vergeleken met de agenten van de lidstaten waarmee zij worden geconfronteerd in zaken voor het Hof van Justitie.

De meeste lidstaten maken gebruik van gespecialiseerde EU-recht juristen die regelmatig procederen voor het Hof en zeer vertrouwd zijn met de relevante EU-wetgeving en met de manier waarop het Hof opereert. Als we de gemiddelde advocaat die eindigt in Luxemburg met deze specialisten vergelijken, wordt duidelijk in welke mate zij zich daar in een *underdog* positie bevinden.

In mijn proefschrift kom ik dan ook tot de conclusie dat de wijze waarop verschillende belangen voor het Hof vertegenwoordigd worden een zekere structurele ongelijkheid in representatie met zich meebrengt. Dit wil echter niet zeggen dat zaken die bij het Hof terecht komen geen kans van slagen hebben. Zo werd een grote meerderheid van de zaken die ik bestudeerde uiteindelijk gedeeltelijk of in het geheel in het voordeel van deze partijen en tegen de Nederlandse overheid besloten.

En er zijn uiteraard ook een aantal nuancerende inzichten. Zo betekent het feit dat agenten van de lidstaten op regelmatige basis voor het Hof verschijnen niet automatisch dat zij in alle gevallen de meest effectieve pleitbezorgers zijn. Hoewel deze vertegenwoordigers doorgaans EU-recht specialisten zijn, blijken zij vaak generalisten wanneer het gaat om nationale wetgeving. En omdat ze worden ingezet in zaken in alle mogelijke gebieden van het nationale recht die onder de EU-wetgeving vallen, ontberen zij vaak de nodige inhoudelijke kennis van de nationale context.

Echter, gezien het feit dat een meerderheid van de advocaten die ik interviewde onverwachts werd verwezen naar het Hof en dus in het geheel niet was voorbereid op het bepleiten van de zaak op het supranationale niveau, staan deze advocaten doorgaans voor een lastige opgave. In dat opzicht is het illustratief dat veel advocaten de hulp inroepen van specialisten in het EU-recht om hun kansen te vergroten. Doorgaans vinden zij deze in de academische wereld, waar deze expertise wel aanwezig is.

Het staat vast dat de mogelijkheid van het inhuren van specialisten voor verschillende soorten partijen niet gelijk is verdeeld.¹⁵ Als we bijvoorbeeld partijen die zijn vertegenwoordigd door grote belastingadvieskantoren, die gebruik kunnen maken van

15 Galanter 1974, p. 114-119.

in-house fiscaal EU-recht specialisten, vergelijken met migranten en asielzoekers die afhankelijk zijn van zelfstandige advocaten, zien we een groot contrast.

Zo zullen fiscale EU-recht specialisten die al in de nationale procedure aansturen op verwijzing van een zaak naar het Hof van Justitie, en vaak kant en klare prejudiciële vragen aan de nationale rechter voorleggen, veel beter uitgerust en voorbereid zijn om te procederen in Luxemburg, en kunnen zij zelfs in het voordeel zijn ten opzichte van de generalisten die de lidstaat in kwestie voor het Hof vertegenwoordigen.

In de meeste zaken die ik bestudeerde ontbrak echter een dergelijk strategisch en weloverwogen element. In zulke gevallen, als het al mogelijk is om specialisten bij een zaak te betrekken, in termen van tijd en kosten, gebeurt dit in de regel alleen nadat de prejudiciële vragen reeds zijn geformuleerd en het inhoudelijk kader van de procedure voor het Hof al grotendeels vast staat.

In welke mate de ongelijkheid van dit alles zorgt voor een structureel nadelige positie voor minder bedeelde partijen binnen de Europese rechtsorde is moeilijk te kwantificeren. Uiteraard zijn advocaten ook slechts één van vele factoren die bijdragen aan iemands kansen op succes, is de prejudiciële verwijzing slechts een deel van de procedure en speelt het grootste deel van deze zaken zich nog altijd af binnen de grenzen van de nationale rechtsorde.

Echter, de impact van deze zaken, met name als gevolg van hun verwijzing naar het Hof van Justitie, gaat vaak verder dan de belangen van de individuele partij. Als gevolg van de EU-brede impact van de uitspraken van het Hof, staan er vaak collectieve belangen op het spel. Dit kan het effect van eventuele verschillen in juridische uitkomsten vermenigvuldigen en structurele effecten hebben op macroschaal.

6. Conclusie

Wanneer we terug gaan naar de bevindingen van Sandefur over het belang van de relationele aspecten van representatie wordt het duidelijk dat een verwijzing naar het Hof van Justitie problematisch blijkt te zijn voor advocaten die met een zaak in Luxemburg terecht komen. Het is juist dit aspect van hun werk en professionele expertise – hun kennis van de procedurele aspecten en informele relaties binnen het juridisch systeem – dat wordt ondermijnd door de verwijzing van hun zaak van een nationale naar een supranationale context. Ze moeten pleiten voor een Hof met een procedure die hen letterlijk vreemd is, met rechters die ze niet kennen en binnen een procedure waarin ze al doende moeten leren. Niet alle advocaten zijn even goed in staat om dit deel van de procedure ten volle te benutten.

In die zin is het ook een interessante vraag of het voor een goed voorbereide zogenaamde *Do-It-Yourself* rechtzoekende, die de tijd heeft genomen om zich te verdiepen in de procedures van het Hof, veel moeilijker is dan voor de gemiddelde advocaat, die gewoonlijk moeite zal hebben om de nodige tijd te vinden, en de daarbij komende kosten te rechtvaardigen, om dit deel van de zaak tot een succesvol einde te brengen.

Concluderend is het duidelijk dat de verandering van de context na een eerste verwijzing niet alleen de inhoudelijk-professionele maar ook de relationele expertise die advocaten tot een belangrijke partner in de rechtszaal maakt, ondermijnt. Zij worden hiermee in een *underdog* positie geplaatst tegenover de doorgaans goed vertegenwoordigde lidstaten. De veronderstelling dat de aanwezigheid van een advocaat zorgt voor

een betere benadering van de *equality of arms* verdient in deze context dan ook enige heroverweging.

Literatuur

- Abel, L.K. (2006) 'A Right to Counsel in Civil Cases: Lessons from Gideon v. Wainwright', *Clearinghouse Review* 40(2), p. 271-280.
- Cappelletti, M. & G. Bryant (1978) *Access to Justice Vol. I: A world survey*, Milaan/Alphen aan den Rijn: Giuffrè Editore/Sijthoff/Noordhoff.
- Chadha, L.P. (1996) *Time to Move: The Denial of Tenants' Rights in Chicago's Eviction Court*, Chicago: Lawyers' Committee for Better Housing.
- Doran, K., J. Guzzardo, K. Hill, N. Kitterlin, W Li, & R. Liebl (2003) *No Time for Justice: A Study of Chicago's Eviction Court*, Chicago: Lawyers' Committee for Better Housing, Chicago-Kent School of Law, Illinois Institute of Technology.
- Edward, D. (1995) 'How the Court of Justice Works', *European Law Review* 20(1), p. 539-558.
- Engler, R. (2006) 'Toward a Context-Based Civil Right to Counsel through Access to Justice Initiatives', *Clearinghouse Rev.* 40(2), p. 196-209.
- Galanter, M. (1974) 'Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change', *Law & Society Review* 9(1), p. 95-160.
- Galanter, M. (1976) 'The Duty not to Deliver Legal Service', *University of Miami Law Review* 30(4), p. 929-951.
- Hagen, J.L. (1983) 'Justice for the Welfare Recipient: Another Look at Welfare Fair Hearings', *Social Service Review* 57(2), p. 177-195.
- Hammer, R.P. & J.M. Hartley (1978) 'Procedural Due Process and the Welfare Recipient: A Statistical Study of AFDC Fair Hearings in Wisconsin', *Wisconsin Law Review*, p. 145-251.
- Havinga, T. & J. Hoevenaars (2013) 'Het Hof van justitie van de Europese Unie en de rechtsbescherming van burgers. Over actieve, afwachtende en afwezige particuliere procespartijen', in: C.A. Groenendijk, E. Guild, S. Mantu, A. Terlouw, P. Minderhoud & K. Zwaan (Eds.), *Issues that matter. Mensenrechten, minderbeden en migranten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 201-210.
- Havinga, T. & J. Hoevenaars (2015) 'Éliane Vogel-Polsky en de realisatie van vrouwenrechten: een actor als factor', in: R. Baas, T. Havinga, M. Laemers, H. den Tonckelaar (Eds.), *Rechtspleging en Rechtsbescherming Amicorum voor Leny de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Hoevenaars, J. (2018) *A People's Court? A Bottom-Up Approach to Litigation Before the European Court of Justice*, The Hague: Eleven International Publishing.
- Kritzer, H.M. (1998) *Lawyers and Nonlawyers at Work*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- McGuire, K.T. (1995) 'Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success', *The Journal of Politics* 57(1), p. 187-196.
- Sandefur, R.L. (2008) 'Access to civil justice and race, class, and gender inequality', *Annual Review of Sociology* 34, p. 339-358.

- Sandefur, R.L. (2015) 'Elements of professional expertise: Understanding relational and substantive expertise through lawyers' impact', *American Sociological Review* 80(5), p. 909-933.
- Seron, C., G. Van Ryzin, M. Frankel & J. Kovath (2001) 'The Impact of Legal Counsel on Outcomes for Poor Tenants in New York City's Housing Court: Results of a Randomized Experiment', *Law and Society Review* 35(2), p. 419-34.
- Steinberg, J.K. (2010) 'In Pursuit of Justice: Case Outcomes and the Delivery of Unbundled Legal Services', *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy* 18(3), p. 453-505.
- Udell, D. & R. Diller (2007) *Access to Justice: Opening the Courthouse Door*, New York: Brennan Center for Justice at New York University School of Law.