

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-1013

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 20 augustus 2018
in de zaak 17-1013
naar aanleiding van de klacht van:

klager
tegen
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 27 januari 2017, aangevuld bij brieven van 30 mei 2017, 19 juni 2017 en 17 augustus 2017, heeft klager bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Gelderland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 5 december 2017 met kenmerk K 17/15, door de raad ontvangen op diezelfde datum (digitaal), heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 16 april 2018 in aanwezigheid van klager en zijn gemachtigde (hierna verder: de moeder), en verweerder, die ter zitting is bijgestaan door kantoorgenoot mr. [naam]. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van het van de deken ontvangen dossier.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.

2.2 Op 7 oktober 2011 is klager door de politierechter te Utrecht onder meer veroordeeld tot een werkstraf van 80 uren, subsidiair 40 dagen hechtenis. In eerste aanleg werd klager bijgestaan door een andere advocaat. Verweerder heeft klager bijgestaan in het hoger beroep. Bij arrest van 3 september 2012 heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de politierechter vernietigd en is aan klager een werkstraf van 30 uren, subsidiair 15 dagen hechtenis opgelegd. Hiertegen is geen cassatie ingesteld.

2.3 Bij vonnis van 29 januari 2015 is klager veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes jaar in verband met het plegen van zes strafbare feiten. Ook in deze strafzaak heeft een andere advocaat klager in eerste aanleg bijgestaan.

2.4 Per e-mail van 8 februari 2015 heeft de moeder van klager aan verweerder verzocht om klager bij te staan in het hoger beroep en daarbij onder meer aandacht gevraagd voor het volgende:

“Intussen in het eerste procedure had de advocaat mijn verhaal niet in achtneming genomen. Dit kon misschien een reddende engel voor [klager] kunnen zijn. De reden:

mijn verhaal bevat zielig en psychische omstandigheden. Deze kunnen zijn toekomst aantasten.”

2.5 *Per e-mail van 9 februari 2015 heeft verweerder aan de moeder van klager bericht dat vanwege de meerderjarigheid van klager hij alleen voor hem kan optreden als klager daarom vraagt. Tevens heeft hij hierin zijn werkwijze toegelicht en aangegeven na een verstrekte opdracht na bestudering van het dossier de verdedigingsstrategie met kansen en risico's met klager te zullen bespreken en voorts: “In overleg met [klager] kan en zal dan ook moeten worden beoordeeld of, en zo ja, in hoeverre het in zijn belang zou kunnen zijn om uw verhaal op te nemen in het pleidooi.”*

2.6 Op 22 februari 2015 heeft klager verweerder telefonisch verzocht om hem bij te staan in het hoger beroep, hetgeen verweerder op 23 februari 2015 schriftelijk aan klager heeft bevestigd.

2.7 Op 19 maart 2015 heeft de voormalige advocaat van klager het dossier aan verweerder ter beschikking gesteld, waarna verweerder klager op 1 april 2015 in de penitentiaire inrichting (PI) heeft bezocht.

2.8 Op 1 april 2015 heeft verweerder met klager gesproken in de PI, onder meer over de geringe kans op succes van een hoger beroep en klager daarbij gewezen op de mogelijkheid van een koerswijziging door zich niet langer op zijn zwijgrecht te beroepen waardoor ook zijn persoonlijke omstandigheden meegenomen konden worden.

2.9 Bij brief van 23 juni 2015, bezorgd bij de PI, heeft verweerder onder meer het volgende aan klager gemeld:

“Op vrijdag 19 juni 2015 heeft jouw moeder bij mij geïnformeerd naar de stand van zaken met betrekking tot het hoger beroep. Door middel van deze brief bericht ik je hierbij over de mij bekende stand van zaken.

Op 29 januari 2015 heeft de rechtbank jou veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 6 jaren. (...) Mocht er tot 29 juli 2015 niets in jouw zaak veranderen, dan kan op 30 juli 2015 aan de officier van justitie het verzoek worden gedaan om jou onmiddellijk in vrijheid te stellen. Echter, als er in de tussentijd toch nog een (pro forma) zitting zou worden gepland, dan zal voor de behandeling van jouw strafzaak in hoger beroep moeten worden besloten of jij het hoger beroep wil doorzetten. In dat geval zal ik uiteraard nog een keer bij jou langs komen om de kansen in hoger beroep en de risico's van het hoger beroep met jou te bespreken. (...).”

2.10 Begin juli 2015 is verweerder door het OM geïnformeerd over de planning van de pro-forma zitting van klager op 23 juli 2015 en van de inhoudelijke zitting op 12 november 2015.

2.11 Op 21 juli 2015 heeft klager telefonisch aan verweerder laten weten het hoger beroep in te willen trekken, hetgeen op 22 juli 2015 door verweerder is uitgevoerd. Dit telefoongesprek heeft verweerder bij brief van 22 juli 2015 aan klager, bezorgd in de PI, bevestigd en daarin onder meer gemeld:

“Op vrijdag 17 juli jl. heb ik uitgebreid met jou gesproken over de kansen en risico's in hoger beroep. Ik heb jou laten weten dat het mijns inziens niet reëel is om te verwachten dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het vonnis d.d. 29 januari 2015 van de rechtbank Midden-Nederland, afdeling strafrecht, zittingslocatie Utrecht vernietigd en opnieuw recht doet in die zin dat jij alsnog zou worden vrijgesproken van de bij dagvaarding in eerste aanleg aan jou ten laste gelegde overval op [naam café], poging tot overval op snackbar [naam], overval op tankstation [naam] en het bezit van een hoeveelheid amfetamine. De bewezenverklaring van die feiten is mijns inziens naar behoren gemotiveerd. Dat ligt iets anders voor (...)

Aangezien de straf die de rechtbank Midden-Nederland aan jou heeft opgelegd niet bijzonder hoog is, moest mijns inziens ernstig rekening worden gehouden met het risico dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een hogere straf aan jou zou opleggen. Aangezien een eventueel beroep tegen de bewezen verklaarde (poging tot) overvallen schier kansloos was, heb ik nog met jou gesproken over de mogelijkheid om het hoger beroep gedeeltelijk in te trekken. Het hoger beroep zou dan alleen nog gaan over de cocaïnehandel en de woninginbraak. (...) Als ik ga kijken naar de motivering van de straf (...) dan lijkt het erop dat er nauwelijks straf is opgelegd voor deze twee feiten (...). Daar zit tegelijkertijd ook het risico op een slechtere afloop in. (...)

Na afloop van ons gesprek op vrijdag 17 juli 2015 spraken wij af dat jij mij uiterlijk op dinsdag 21 juli 2015 zou laten weten of je het hoger beroep al dan niet gedeeltelijk zou willen intrekken. Op dinsdag 21 juli 2015 heb je mij verzocht én bepaaldelijk gevolmachtigd om het op 11 februari 2015 namens jou ingestelde hoger beroep (...) volledig in te trekken. (...)

Door het intrekken van het hoger beroep wordt het op 29 januari 2015 door de rechtbank Midden-Nederland (...) gewezen vonnis alsnog onherroepelijk. (...)

Aangezien thans een einde lijkt te zijn gekomen aan mijn werkzaamheden in deze zaak, kan en zal ik overgaan tot het sluiten en archiveren van jouw dossier. (...).”

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

- a) de twee strafzaken van klager in hoger beroep in 2011/2012 en in 2015 onjuist aan te pakken waardoor hij klager in zijn belangen heeft geschaad;
- b) klager onvoldoende in te lichten over de kans van slagen in hoger beroep in de tweede strafzaak, hem te adviseren om zijn hoger beroep in te trekken zonder daarbij rekening te houden met de grote verblijfsrechtelijke gevolgen daarvan voor klager;
- c) klager onvoldoende in de gelegenheid te stellen om een weloverwogen beslissing nemen over intrekking van zijn hoger beroep in de tweede strafzaak door kort voor de zitting een gesprek met klager te voeren. Daardoor heeft klager niet kunnen overleggen met zijn moeder of een second opinion advocaat kunnen raadplegen;
- d) na te laten zijn advies om in de tweede strafzaak het hoger beroep in te trekken met de moeder van klager te bespreken, waardoor hij in strijd heeft gehandeld met de aan haar door klager verstrekte machtiging van 14 april 2015 dat zij eerst alles met betrekking tot de strafzaak in hoger beroep met zijn advocaat kan bespreken.

4 VERWEER

4.1 Verweerder betwist dat hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt en voert daartoe onder meer het volgende verweer.

Ad klachtonderdeel a)

4.2 Verweerder betwist dat hij de zaak van klager in 2011/2012 in hoger beroep verkeerd heeft aangepakt. De verweren die destijds werden gevoerd strekten tot vrijspraak, dan wel ontslag van alle rechtsvervolging. Verweerder heeft geen klassiek strafmaatverweer gevoerd daar hem niet was verteld dat klager op korte termijn een naturalisatieverzoek wilde gaan indienen. Evenmin heeft klager hem destijds verzocht om als meest subsidiair verweer oplegging van een geldboete in plaats van een taakstraf te bepleiten. De bijstand van verweerder heeft in die zaak in hoger beroep geleid tot een lagere straf dan in eerste aanleg. Op goede gronden heeft hij klager geadviseerd om niet in cassatie te gaan, terwijl hij daarbij geen rekening hoefde te houden met eventuele (verblijfsrechtelijke) gevolgen als klager opnieuw in aanraking zou komen met justitie.

4.3 Voorts betwist verweerder dat hij de tweede strafzaak van klager in hoger beroep in 2015 onjuist heeft aangepakt. Na bestudering van het van de voorgaande advocaat ontvangen dossier heeft hij klager direct in het gesprek op 1 april 2015 laten weten dat zijn kansen in hoger beroep zeer beperkt waren. Wat verweerder betrof was op de be-
wezenverklaring van de aan klager verweten feiten weinig aan te merken. Verweerder heeft klager alle mogelijke verdedigingsstrategieën voorgehouden en de daaraan ver-
bonden kansen en risico's uitvoerig met hem besproken en toegelicht wat de conse-
quenties zouden zijn van het blijven beroepen op zijn zwijgrecht. Ook heeft hij toegelicht dat een strafmaatverweer waarschijnlijk geen effect zou sorteren als klager niet bereid was om verklaringen af te leggen en mee te werken aan een (multidisciplinair) onder-
zoek. Klager was daartoe uitdrukkelijk niet bereid. Klager wilde, zo liet hij weten, geen risico lopen dat hij een hogere straf zou krijgen en/of dat hem TBS zou worden opgelegd.
Ad klachtonderdeel b)

4.4 Volgens verweerder bleef klager bij zijn beslissing om geen verklaring af te leggen en om niet mee te werken aan enig onderzoek. Zowel mondeling als schriftelijk, waar-
onder bij brief van 21 juli 2015, heeft verweerder aan klager uitgelegd waarom in dat
geval een behoorlijk risico bestond op een slechtere afloop in hoger beroep. Die inschat-
ting heeft verweerder ook, zoals te doen gebruikelijk, intern op kantoor besproken.
Verweerder meent dat hij klager heeft gewezen op de mogelijke verblijfsrechtelijke ge-
volgen nadat hij bekend was geworden met zijn naturalisatieverzoek, maar kan dit niet
aantonen. Los daarvan had het hoger beroep de verblijfsrechtelijke gevolgen daarvan
voor klager niet kunnen vermijden. Een gevangenisstraf van 14 maanden zou al vol-
doende zijn om een verblijfsvergunning van klager in te trekken, terwijl de kans dat de
gevangenisstraf van zes jaar in beroep of cassatie lager zou uitvallen niet realistisch
was, aldus verweerder.

Ad klachtonderdeel c)

4.5 Klager heeft voldoende tijd gehad - van vrijdag 17 juli 2015 tot en met dinsdag
21 juli 2015- om tot zijn besluit te komen om het hoger beroep in te trekken. Op geen
enkele wijze heeft hij verweerder laten blijken dat hij toen over zijn beslissing twijfelde.
Bij enige twijfel had verweerder het hoger beroep immers niet ingetrokken, maar had
hij klager naar een andere advocaat verwezen. Dit laatste was immers nog mogelijk
aangezien op 23 juli 2015 eerst een pro-forma zitting zou zijn. Verweerder heeft op
uitdrukkelijk verzoek van klager het hoger beroep ingetrokken en een en ander ook nog
bevestigd in zijn brief van 22 juli 2015 aan klager.

Ad klachtonderdeel d)

4.6 Van meet af aan heeft verweerder aan de moeder van klager laten weten dat
klager, haar meerderjarige zoon, zijn cliënt was en dat klager zelf de strategie en het
plan van aanpak met hem moest bespreken. Zo is het ook gegaan. Omdat klager
daartegen geen bezwaar had, heeft verweerder op 30 april 2015 zijn visie aan de
moeder van klager toegelicht. Dat zijn moeder gemachtigd zou zijn, zoals uit de over-
gelegde machtiging zou blijken, daarmee is verweerder niet bekend geweest. Dat laat
volgens verweerder ook onverlet dat hij verplicht zou zijn geweest om de strategie ook
met de moeder af te stemmen, zo stelt verweerder.

5 BEOORDELING

5.1 In deze klacht staat centraal of verweerder de twee strafzaken van klager heeft
behandeld met voldoende zorg ten opzichte van de belangen van klager, als bedoeld
in artikel 46 Advocatenwet. De raad neemt bij de beoordeling het volgende in aanmer-
king.

5.2 De tuchtrechter toetst de kwaliteit van de dienstverlening in volle omvang, rekening houdende met de vrijheid die de advocaat dient te hebben met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waarvoor een advocaat bij de behandeling kan komen te staan. De vrijheid die de advocaat daarbij heeft is niet onbeperkt, maar wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. Tot die professionele standaard behoort bij strafzaken het inschatten van de kansen en risico's van een te voeren verdedigingsstrategie en het informeren en overleggen met de cliënt daarover en, waar nodig, de gemaakte afspraken schriftelijk vast te leggen.

Ad klachtonderdelen a) en b)

5.3 Klager verwijt verweerder dat hij in twee strafzaken is tekortgeschoten bij behartiging van zijn belangen, te weten in de strafzaak in 2011/2012 als ook in de strafzaak in 2015. De raad zal over deze strafzaken apart oordelen.

5.4 Ten aanzien van het verwijt over de strafzaak in 2011/2012 is de raad ambtshalve van oordeel dat klager daarin niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Op grond van artikel 46g lid 1 sub a Advocatenwet wordt een klacht niet-ontvankelijk verklaard indien (sub a) de klacht wordt ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft. In lid 2 is bepaald dat niet-ontvankelijk verklaring op grond van het bepaalde in lid 1 achterwege blijft indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas na het verstrijken van de driejaarstermijn bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van de klacht een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken. Uit het dossier is de raad gebleken dat de klacht betrekking heeft op de strafzaak die speelde tot circa september 2012. De in artikel 46 g lid 1 sub a Advocatenwet genoemde termijn is dan ook in ieder geval eind 2012 aangevangen. De klacht is echter pas op 27 januari 2017 bij de deken ingediend en daarmee ruim buiten de genoemde termijn van drie jaar. Nu van bijzondere omstandigheden op grond waarvan verschoonbaar zou kunnen zijn dat de klacht buiten de driejaarstermijn is ingediend, niet is gebleken, is klachtonderdeel a) voor zover het de strafzaak van klager uit 2011/2012 betreft op grond van artikel 46g lid 1 sub a Advocatenwet niet-ontvankelijk.

5.5 De klacht over de strafzaak van klager in 2015 is tijdig, binnen genoemde driejaarstermijn, ingediend, zodat de raad over de daarin gemaakte verwijten in klachtonderdelen a) en b) inhoudelijk zal oordelen als volgt.

5.6 Naar het oordeel van de raad kan, gelet op het klachtdossier en de gemotiveerde betwisting van verweerder van de hem gemaakte verwijten, niet worden vastgesteld dat verweerder de strafzaak in 2015 onjuist heeft aangepakt. Verweerder heeft ter zitting toegelicht dat klager zich, net als in eerste aanleg, in hoger beroep wilde blijven beroepen op zijn zwijgrecht en alleen spijt wilde betuigen. Dit in weerwil van het gemotiveerde advies van verweerder aan klager om diens betrokkenheid bij de strafbare feiten toe te geven en zich tevens bereid te verklaren om aan noodzakelijke onderzoeken mee te werken. Klager wilde dat pertinent niet. Alleen een bewijsverweer met spijtbetuiging van klager zonder onderbouwende stukken was onvoldoende, hetgeen hij klager ook heeft uitgelegd, aldus verweerder. Volgens klager ter zitting heeft verweerder bij aanvang van de opdracht de verschillende kansen in hoger beroep en keuzes en risico's aan hem uitgelegd. Hij wilde in hoger beroep alleen spijt betuigen en heeft dat ook zo verteld

aan verweerder. Volgens klager was hij daarna geschrokken toen hij begreep dat een spijtbetuiging alleen onvoldoende was maar dat hij ook TBS zou kunnen krijgen als hij aan onderzoeken zou meewerken. Dat wilde hij niet, zodat hij om die reden met het advies van verweerder heeft ingestemd om het hoger beroep in te trekken.

5.7 Dat aan klager ten aanzien van het risico op TBS een juiste afweging is onthouden, kan de raad niet vaststellen; concrete feiten die dat standpunt onderbouwen, ontbreken. Naar het oordeel van de raad was op voorhand niet uit te sluiten dat bij een ongewijzigde proceshouding en een enkele spijtbetuiging sprake was van een risico op een hogere straf voor klager terwijl bij een gewijzigde proceshouding weliswaar de persoonlijke omstandigheden meegenomen zouden kunnen worden maar dat het ook zou inhouden meewerken aan een eventueel multidisciplinair onderzoek. Dat klager, zoals hij aangaf aan verweerder, het risico op een hogere straf en/of op TBS niet wilde lopen kan aan verweerder kan worden aangerekend.

5.8 Klager verwijt verweerder voorts (klachtonderdeel b)) dat hij hem niet heeft gewezen op de verblijfsrechtelijke gevolgen van de intrekking van het hoger beroep in zijn strafzaak. Verweerder heeft ter zitting verklaard dat als de in eerste aanleg opgelegde straf lager was geweest dan veertien maanden hij klager in dat geval op de verblijfsrechtelijke gevolgen had dienen te wijzen bij intrekking van het hoger beroep, waarna hij hem dan had doorverwezen naar een vreemdelingenadvocaat. Nu sprake was van een gevangenisstraf van zes jaar, die zelfs nog hoger zou kunnen uitpakken, behoefde hij klager daar niet op te attenderen, aldus verweerder. Naar het oordeel van de raad kan in het midden blijven of verweerder in de gegeven omstandigheden verplicht was om pro-actief met klager de verblijfsrechtelijke gevolgen te bespreken. Gelet op de ondergrens van een strafmaat van veertien maanden met verblijfsrechtelijke gevolgen en de reeds aan klager opgelegde straf van zes jaar was sprake van een zover verwijderd verband daartussen dat verweerder dit niet met klager behoefde te bespreken en vast te leggen.

5.9 Op grond van het vorenstaande, in onderling verband gezien, is de raad van oordeel dat verweerder niet is tekortgeschoten bij de behartiging van de belangen van klager en hem op zorgvuldige wijze, zowel mondeling als schriftelijk, heeft geadviseerd zoals hij heeft gedaan. Dit leidt ertoe dat de raad klager in klachtonderdeel a) voor wat betreft de klacht over strafzaak 2011/2012 niet-ontvankelijk zal verklaren en dit klachtonderdeel over de strafzaak 2015 ongegrond zal verklaren, evenals klachtonderdeel b).

Ad klachtonderdeel c)

5.10 Ter zitting heeft verweerder verklaard dat hij op vrijdagochtend 17 juli 2015 in de PI met klager heeft gesproken over de voor- en nadelen van intrekking van het hoger beroep en klager tot dinsdagochtend 21 juli 2015 de gelegenheid gegeven om zich daarover te beraden en verweerder telefonisch uitsluitsel te geven. Naar het oordeel van de raad heeft verweerder door aldus te handelen, tegen de achtergrond dat hij ook al op 1 april 2015 klager had verteld dat een koerswijziging raadzaam was door zich niet langer op zijn zwijgrecht te blijven beroepen en met een op 23 juli 2015 geplande pro forma zitting in aantocht, klager een redelijke termijn voor beraad gegeven, terwijl klager bovendien in dat tijdsbestek voldoende gelegenheid had gehad om zijn keuze met derden te overleggen. Dat klager dat niet heeft gedaan, blijft voor zijn risico en kan niet achteraf verweerder tuchtrechtelijk worden verweten. Op grond hiervan zal de raad klachtonderdeel c) ook ongegrond verklaren.

Ad klachtonderdeel d)

5.11 Niet valt in te zien in welke zin verweerder in dezen een tuchtrechtelijk verwijt treft. Een advocaat is immers niet verplicht om, behoudens bij minderjarigen, een

strafzaak met een ouder te bespreken. Wat er ook zij van de door de meerderjarige klager aan zijn moeder gegeven volmacht, waarvan verweerder stelt daar niet bekend mee te zijn geweest, verplichtte ook de inhoud van die volmacht verweerder niet ertoe om de strafzaak van zijn cliënt met diens moeder te bespreken.

5.12 Aldus ontbreekt een feitelijke grondslag voor een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van verweerder. De raad zal dan ook klachtonderdeel d) ongegrond verklaren.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klager, met toepassing van artikel 46 g lid 1 sub a Advocatenwet, niet ontvankelijk in klachtonderdeel a) voor zover het de strafzaak van klager uit 2011/2012 betreft, en verklaart klachtonderdeel a) voor het overige ongegrond;
- verklaart de klachtonderdelen b), c) en d) ongegrond.

Aldus gewezen door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. P.P. Verdoorn, B.E.J.M. Tomlow, M.W. Veldhuijsen, A.M.T. Weersink, leden, bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken in het openbaar op 20 augustus 2018.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 20 augustus 2018.