

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180340

BESLISSING

van 11 oktober 2019

in de zaak 180340

naar aanleiding van het beroep van:

klager

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 26 november 2018 van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad), gewezen onder nummer 18-111/A/NH en aan partijen toegezonden op 26 november 2018. Hierin heeft de raad de klacht van klager ongegrond verklaard.

Deze beslissing is op tuchtrecht.nl gepubliceerd als ECLI:NL:TADRAMS:2018:236.

1.2 Voorafgaand aan deze beslissing heeft de voorzitter van de raad op 26 maart 2018 een beslissing gewezen over de klacht van klager, eveneens onder nummer 18-111/A/NH. De voorzitter van de raad heeft de klacht met toepassing van artikel 46j Advocatenwet in alle onderdelen kennelijk ongegrond verklaard. Hiertegen heeft klager verzet ingesteld, dat door de raad gegrond is verklaard bij beslissing van 7 augustus 2018, gewezen onder hetzelfde nummer. De raad heeft bepaald dat een nieuwe mondelinge behandeling zal plaatsvinden en iedere verdere beslissing aangehouden. Dit heeft geleid tot de onder 1.1 beschreven beslissing van de raad.

De voorzittersbeslissing is op tuchtrecht.nl gepubliceerd als ECLI:NL:TADRAMS:2018:71.

De verzetsbeslissing is op tuchtrecht.nl gepubliceerd als ECLI:NL:TADRAMS:2018:169.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 Het beroepschrift waarmee klager in beroep is gekomen tegen de beslissing van 26 november 2018 van de raad is door de griffie van het hof ontvangen op 19 december 2018.

2.2 Voorts heeft het hof kennis genomen van:

- het dossier van de raad;
- de brief van 21 januari 2019 van klager;
- het e-mailbericht d.d. 18 februari 2019 van verweerder waarin hij aangeeft geen schriftelijke reactie te zullen geven op het beroepschrift;
- de brief (aanvullend beroepschrift) met bijlagen d.d. 11 maart 2019 van klager;
- de brief (correctie op aanvullend beroepschrift) d.d. 18 maart 2019 van klager;
- de brief met bijlagen d.d. 12 april 2019 van verweerder.

2.3 Naast de onder 2.2. genoemde inhoudelijke stukken is er nog gecorrespondeerd over de datum waarop deze zaak mondeling zal worden behandeld. Deze correspon-

dentie heeft ertoe geleid dat de datum van de mondelinge behandeling op 19 augustus 2019 is bepaald en dat klager heeft laten weten dan niet te verschijnen.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld in de openbare zitting van 19 augustus 2019 waar verweerder is verschenen.

3 KLACHT

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

- a) geen verweer heeft gevoerd tegen het door de benadeelde partijen gevorderde bedrag aan schadevergoeding, terwijl dit bedrag niet juist was omdat het inclusief btw was;
- b) ten onrechte een beroep heeft gedaan op psychische overmacht;
- c) een beroep heeft gedaan op de LOVS oriëntatiepunten voor fraude in algemene zin terwijl er sprake is van een bijzondere categorie.

4 FEITEN

4.1 De raad heeft in de bestreden beslissing feiten vastgesteld waartegen in hoger beroep geen grieven zijn ingesteld zodat het hof deze feiten bij de beoordeling ook tot uitgangspunt neemt. Deze feiten zijn:

2.1 Klager heeft verweerder op 13 oktober 2014 gevraagd om hem bij te staan in een strafzaak. Klager werd ervan verdacht telkens verschillende personen ertoe te hebben bewogen goederen af te geven door zich voor te doen als een bonafide klant, koper, huurder en/of opdrachtgever, personen veelvuldig te hebben bewogen goederen af te geven door zich voor te doen als een betalende klant en zodoende zich schuldig te hebben gemaakt aan flessentrekkerij en zonder daartoe gerechtigd te zijn de titel meester te hebben gevoerd.

2.2 Op 17 oktober 2014 heeft verweerder de opdracht aan klager bevestigd.

2.3 Op 30 juni 2015 heeft er een zitting bij de rechtbank plaatsgevonden. Verweerder heeft tijdens de zitting aangevoerd dat er bij klager sprake was van psychische overmacht. Ten aanzien van de bepaling van de strafmaat heeft verweerder een beroep gedaan op de LOVS oriëntatiepunten voor fraude in algemene zin.

2.4 Bij vonnis van 14 juli 2015 heeft de rechtbank klager veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van 30 maanden en betaling aan de benadeelde partijen van een bedrag van in totaal € 18.185,75. Het vonnis luidt, voor zover relevant:

“7. De strafbaarheid van verdachte
(...)”

De rechtbank is van oordeel dat het beroep op psychische overmacht dient te worden verworpen. Bij psychische overmacht in de zin van artikel 40 Sr dient er sprake te zijn van een “van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijze geen weerstand kon en ook niet hoefde te bieden”.

Bij verdachte is er geen sprake van een van buiten komende drang, maar juist van een interne drang. (...)

8. Motivering van de straffen en maatregelen
(...)”

8.2. Het standpunt van de verdediging
(...)”

De eis van de officier van justitie, te weten een gevangenisstraf van 36 maanden met aftrek van het voorarrest, druist in tegen de LOVS oriëntatiepunten die zijn opgesteld voor fraude in algemene zin. (...)

8.3. Het oordeel van de rechtbank

(...)

De door de raadsman aangehaalde LOVS oriëntatiepunten hebben betrekking op fraude. In casu is er sprake van een bijzondere categorie van delicten: verdachte heeft zich namelijk schuldig gemaakt aan diverse, omvangrijke oplichtingen en flessentrekkerij waarbij de kans op recidive zeer hoog is.”

2.5 Verweerder heeft namens klager hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 14 juli 2015. Verweerder heeft de zaak vervolgens overgedragen aan mr. Van K. Het hoger beroep is uiteindelijk ingetrokken.

2.6 Bij brief van 23 mei 2017 heeft klager bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

5 BEOORDELING

5.1 Klager beoogt met zijn grieven in volle omvang een herbeoordeling te vragen van het oordeel van de raad. Daartoe zal het hof overgaan.

5.2 De raad heeft bij de beoordeling van de verschillende klachtonderdelen terecht als maatstaf genomen dat, gezien het bepaalde in artikel 46 Advocatenwet, de tuchtrechter mede tot taak heeft de kwaliteit van de dienstverlening te beoordelen indien daarover wordt geklaagd. Bij die beoordeling geldt dat de tuchtrechter rekening houdt met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. De vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en de keuzes waar hij voor kan komen te staan zijn niet onbepaald, maar worden 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 (verg. Hof van Discipline 5 februari 2018, ECLI:NL:TAHV:2018:32).

5.3 Aan de hand van deze maatstaf zal het hof de klacht beoordelen. Daarbij wordt opgemerkt dat binnen de beroepsgroep wat betreft de vaktechnische kwaliteit geen sprake is van breed gedragen, schriftelijk vastgelegde professionele standaarden. Het hof toetst daarom of verweerder heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijke handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

Klachtonderdeel a

5.4 De raad heeft in de bestreden beslissing overwogen dat het beter was geweest als verweerder had onderzocht of er gronden waren voor een verweer tegen de hoogte van het door de benadeelde partijen gevorderde bedrag aan schadevergoeding in verband met daar al dan niet in opgenomen btw. In de gegeven omstandigheden acht de raad het niet tuchtrechtelijk verwijtbaar dat verweerder dat niet heeft gedaan. De omstandigheden die de raad noemt zijn: door de raad is niet vast te stellen of de toegevoegde vorderingen een bedrag inclusief btw zouden betreffen, het verweer van verweerder was er primair op gericht de vorderingen geheel van tafel te krijgen, niet is gebleken dat het dossier van klager zoveel aanknopingspunten bevatte dat dit voor verweerder aanleiding had moeten zijn om nader onderzoek te doen naar de vraag of de door benadeelde partijen afgedragen btw wel schade is, het bovendien ingewikkelde materie is en het niet op voorhand evident is dat de btw geen schade is, en klager dit verweer in hoger beroep had kunnen voeren maar dat dit hoger beroep echter heeft ingetrokken ondanks dat de advocaat die verweerder is opgevolgd (mr. Van K.), klager had meege-

deeld dat er “alleen mogelijk voor hem nog voordeel valt te halen uit de door de rechtbank in eerste aanleg toegekende bedragen aan schadevergoeding aan de benadeelde partijen”. Klager heeft volgens de raad het hoger beroep aldus willens en wetens ingetrokken.

5.5 Klager voert daartegen aan dat uit het procesdossier wel blijkt dat de toegewezen vorderingen inclusief btw waren en het onbegrijpelijk is dat verweerder hiertegen geen verweer heeft gevoerd omdat het hier niet om contractueel vastgelegde schadevergoedingen gaat, maar om veroordelingen tot schadevergoeding door de rechter. Van een benadeelde (ondernemer) mag redelijkerwijze verwacht worden dat deze tijdig de afgedragen btw in mindering brengt op de aangifte voor het desbetreffende tijdvak. De opvolgend advocaat heeft over het al dan niet voortzetten van het ingestelde hoger beroep negatief geadviseerd zonder specifiek in te gaan op de btw problematiek zodat ter zake van deze problematiek van willens en wetens intrekken geen sprake is.

5.6 In hoger beroep heeft verweerder gewezen op een uitspraak van de Hoge Raad van 9 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:512) in een vergelijkbare zaak waarbij, volgens verweerder, klager (ook) partij (verdachte) was. De Hoge Raad heeft in die zaak onder meer het volgende overwogen:

“Het Hof heeft in zijn overwegingen als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat aanneemelijk is geworden dat de benadeelde partijen door het bewezenverklaarde handelen van de verdachte schade hebben geleden bestaande uit de voor de leveringen van goederen en diensten gefactureerde bedragen inclusief btw. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste opvatting, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd, in aanmerking genomen dat de toewijzing van de vordering tot vergoeding van de door de benadeelde partijen geleden schade meebrengt dat de verdachte alsnog is veroordeeld tot nakoming van zijn verplichting tot betaling van de aan hem gefactureerde bedragen.” Hieraan ontleent verweerder de bevestiging dat zijn keuze om de btw-problematiek bij wijze van verweer niet aan de orde te stellen op goede gronden is gebeurd.

5.7 Het hof oordeelt als volgt. De zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat mag worden verwacht, brengt mee dat de advocaat in het belang van zijn cliënt een zorgvuldige afweging maakt welke verweren hij wel en niet wenst te voeren. Het verdient daarbij aanbeveling de voors en tegens met de cliënt te bespreken en, afhankelijk van de omstandigheden en mogelijkheden en voor zover in het belang van de cliënt, schriftelijk te bevestigen, zodat de cliënt geïnformeerd is en in staat wordt gesteld de gedachtegang van zijn advocaat en daarbij gekozen strategie te volgen. Wanneer dit niet is gebeurd, zal een advocaat, als hij daarop wordt aangesproken in ieder geval achteraf een toereikende motivering aan zijn cliënt moeten kunnen geven waarom hij destijds heeft afgezien van het voeren van dat verweer dan wel een bepaald verweer wel heeft gevoerd.

5.8 In dit geval heeft verweerder, onder verwijzing naar jurisprudentie in een vergelijkbare zaak waarbij klager kennelijk partij was, een toereikende motivering gegeven waarom hij de btw-problematiek bij vergoeding van schade niet aan de orde heeft gesteld (zie 5.6), welke motivering door klager in hoger beroep niet is weersproken.

5.9 Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat verweerder hieromtrent geen tuchtrechtelijk verwijt valt te maken.

Klachtonderdelen b en c

5.10 De raad heeft in de bestreden beslissing overwogen dat de door verweerder aangevoerde verweren niet kennelijk onjuist zijn. Het enkele feit dat de rechtbank een verweer verwerpt, betekent niet dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door de verweren te voeren. Uit het klachtdossier blijkt bovendien dat klager zelf heeft voorgesteld een beroep te doen op overmacht, aldus de raad.

5.11 Klager voert aan dat uit het klachtdossier niet blijkt dat hij zelf heeft voorgesteld om een beroep te doen op overmacht. Er bestaat geen jurisprudentie waarbij interne drang, waar zoals bij klager sprake van was, is aangemerkt als psychische overmacht in de zin van art. 40 Sr. Ook bestaat er geen jurisprudentie waar bij het delict oplichting ex art. 326 Sr door een rechtscollege bij de bepaling van de strafmaat rekening is gehouden met het LOVS-oriëntatiepunt fraude in algemene zin. Dergelijke verweren voldoen niet aan datgene wat binnen de beroepsgroep van advocaten als professionele standaard geldt.

5.12 Het hof overweegt het volgende. Wanneer een verweer door de advocaat wordt gevoerd op verzoek van de cliënt kunnen daar, gelet op de verhouding van opdrachtgever – opdrachtnemer, niet al te hoge eisen aan worden gesteld. Wel moet een advocaat steeds het belang van zijn cliënt voor ogen houden en zal hij zijn cliënt vooraf moeten informeren en waarschuwen als dit voorgenomen verweer het belang van zijn cliënt zou kunnen schaden. Wanneer het verweer niet op verzoek van de cliënt is opgeworpen, zal een advocaat wanneer hij daarop (door zijn cliënt) wordt aangesproken toereikend moeten motiveren waarom hij het verweer naar voren heeft gebracht en welk belang van zijn cliënt daarbij werd gediend.

5.13 Verweerder stelt dat het beroep op overmacht in overleg met klager is gevoerd. In dit verband wijst hij op schriftelijke opmerkingen van klager die klager tijdens de voorspreking met verweerder aan hem gaf. In deze opmerkingen heeft klager naar voren gebracht dat hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen niet strafbaar is. In dit verband heeft klager erop gewezen dat drang kan ontstaan door omstandigheden die reeds vroeger bestonden en dat deze drang bij klager door omstandigheden reeds vroeger bestond en dat dit onder meer blijkt uit het verlengingsadvies van een Tbs-kliniek waarbij klager citaten uit dit advies heeft aangehaald.

5.14 Klager betwist weliswaar dat het door verweerder gevoerde verweer in overleg met klager is gevoerd, maar deze betwisting mist overtuigingskracht. Hij heeft wel erkend “ik heb schriftelijke suggesties” gedaan t.a.v. een mogelijk verweer in het pleidooi van deze advocaat” en niet betwist dat deze schriftelijke suggesties door klager aan verweerder zijn overhandigd tijdens de voorbespreking. Het hof leidt hieruit af dat verweerder dit verweer op uitdrukkelijk verzoek van klager naar voren heeft gebracht en hierover tijdens de voorbespreking met klager overleg heeft gevoerd. Onder die omstandigheden en nu niet is gesteld of gebleken dat de belangen van klager hierdoor zijn geschaad, is, met inachtneming van wat onder 5.12 is overwogen, verweerder geen tuchtrechtelijk verwijt te maken.

5.15 Wat betreft het verweer met betrekking tot de LOVS oriëntatiepunten heeft verweerder aangevoerd dat aansluiting is gezocht bij die richtlijn. De oriëntatiepunten voor fraude gelden weliswaar niet voor oplichting en flessentrekkerij (daarvoor bestaat geen richtlijn) maar bedragen zijn bedragen en door een beroep te doen op de “geest” van die richtlijn beoogde verweerder een discussie uit te lokken over de straftoemeting.

5.16 Het hof begrijpt het standpunt van verweerder aldus dat hij heeft beoogd een vergelijking te maken tussen het bedrag dat gemoeid is geweest bij de klager verweten oplichtingshandelingen en hij in het kader van de straftoemeting heeft gewezen op de staffel met bedragen die zijn genoemd in geval sprake is van fraude om vervolgens een analoge toepassing te bepleiten waar het gaat om de hoogte van de straftoemeting, waar het gaat om het delict waarvan klager verdacht werd. Deze redenering acht het hof met inachtneming van wat onder 5.12 is overwogen een toereikende motivering zodat verweerder geen tuchtrechtelijk verwijt valt te maken.

5.17 De conclusie is dat de grieven falen zodat de beslissing van de raad zal worden bekrachtigd. Nu de klacht ook in hoger beroep ongegrond zal worden verklaard en

verweerder dus geen tuchtrechtelijk verwijt is te maken, behoeft de vraag of de raad al of niet terecht de door klager gevraagde schadevergoeding buiten behandeling heeft gelaten, bij gebrek aan belang geen nadere bespreking.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- bekrachtigt de beslissing van 26 november 2018 van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam, gewezen onder nummer 18-111/A/NH.

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. J.A. Schaap en W.F. Boele, leden, in tegenwoordigheid van mr. L.E. Verwey, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 11 oktober 2019.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 11 oktober 2019.