

DE ROOS & PEN

Deze rubriek bestrijkt de periode april 2011 tot november 2011. Taru Spronken bespreekt de meest recente ontwikkelingen met betrekking tot de voorgenomen wijziging van de Advocatenwet en het toezicht op de advocatuur, de stand van zaken met betrekking tot de nummerherkenning en nieuwe af luisterperikelen in advocatensprekkamers in huizen van bewaring en gevangenen en het concept wetsvoorstel bijstand bij politieverhoren en de ontwerp-richtlijn bijstand in strafzaken van de EU. Niels van der Laan besteedt aandacht aan recente ontwikkelingen in de praktijk en jurisprudentie met betrekking tot vrije advocatenkeuze, een aantal nieuwe uitspraken ex art. 591a Sv over de vergoeding van kosten van een raadsman na vrijspraak of schuldigverklaring zonder oplegging van straf en de oratie van Petra van Kampen die op 1 april 2011 is aangetreden als hoogleraar strafrechtspraktijk aan de Universiteit van Utrecht. Zij richt zich in haar oratie op het proces-verbaal van de terechtzitting. Gerard Spong sluit af met een anekdotische waarschuwing aan de advocaat, die goed in de gaten moet houden wat de rechter op de zitting kan waarnemen en gebruiken voor het bewijs.

Advocaten onder toezicht?

In de vorige rubriek (maart 2011) is melding gemaakt van het voornemen van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie het toezicht op de advocatuur ingrijpend te wijzigen.¹ Uit het conceptvoorstel van de Tweede nota van Wijziging² dat in juli 2011 in consultatie is gegaan, blijkt dat de aangekondigde aanpassingen ondanks protest van de NOvA en tegen de externe adviezen die hiertoe zijn ingewonnen³ in (zie eveneens de vorige kroniek) onverminderd worden doorgezet als het aan het kabinet ligt. Volgens de regering schiet het bestaande en door de NOvA voorgestane

¹ Kamerstukken II 2010/11, 32500 VI, nr. 81.

² Tweede Nota van Wijziging, consultatiedocument juli 2011, te raadplegen via <http://www.internetconsultatie.nl/herzieningtoezichtadvocatuur/document/379>. Zie voor de wijziging van de Advocatenwet: Aanpassing van de Advocatenwet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet tarieven in burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde, TK 32 382.

³ Commissie Advocatuur, P.C.E. van Wijmen (vz.), Een maatschappelijke Orde 24 april 2006; A.W.H. Docters van Leeuwen, Het bestaande is geen alternatief. Een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur, Maart 2010.

DE ROOS & PEN

toezichtsmodel waarin de eindverantwoordelijkheid berust bij de lokale dekens, tekort: "De *onafhankelijkheid* is in dit model onvoldoende gewaarborgd omdat de dekens zelf advocaat zijn." De regering wil een einde maken aan de ruime mate van discretionaire bevoegdheid van de dekens bij het toezichtsbeleid. Dat leidt tot een wat merkwaardige invulling van de onafhankelijkheid van de advocatuur, die nog steeds als kernwaarde in art. 10a van het wetsvoorstel tot wijziging van de Advocatenwet staat vermeld, namelijk: onafhankelijkheid van het *toezicht* op de advocatuur. Het is de bedoeling dat de NOvA onder toezicht komt van een in haarzelf getransplanteerd orgaan, het College van Toezicht dat bestaat uit drie leden die niet afkomstig mogen zijn uit de advocatuur en die op voordracht van de minister van Veiligheid en Justitie op aanbeveling van de Algemene Raad van de NOvA worden benoemd. Dit CvT krijgt de eindverantwoordelijkheid over het toezicht op de advocatuur, kan zelfstandig onderzoek (laten) verrichten ook als er geen concrete aanwijzing is dat er iets mis zou zijn, aanwijzingen geven aan dekens, die met de uitvoering van het toezicht blijven belast en onwillige dekens voordragen voor schorsing door het Hof van Discipline. Weliswaar wordt de onafhankelijkheid van het CvT ten opzichte van de overheid in zekere mate gewaarborgd doordat de leden gedurende de benoemingstermijn van maximaal 8 jaar niet kunnen worden ontslagen, maar het is de minister van Veiligheid en Justitie die moet instemmen met de te benoemen personen. In dezelfde nota van wijziging wordt geregeld dat advocaten geen beroep kunnen doen op hun geheimhoudingsplicht ten opzichte van het CvT en de door dit college aangewezen personen die werkzaam zijn bij het toezicht, zoals bijvoorbeeld naar de naleving van de meldingsplicht in het kader van de Wwft, waarbij tot op heden tot ergernis van de bewindslieden de tuchtrechter het verschoningsrecht heeft beschermd.⁴ Tijdens de jaarvergadering van de NOvA op 23 september 2011 heeft de landelijk deken Loorbach gewezen op de verstrekende consequenties van de wijziging in het

⁴ HvD 11 september 2009, LJN: YA0027; YA0028; YA0029

DE ROOS & PEN

toezicht voor zowel het verschoningsrecht, de autonomie als de onafhankelijkheid van de advocatuur. Zonder dat er enig bewijs voor is dat advocaten op grote schaal hun beroepsnormen zouden overtreden, wordt het toezicht door de deken, die zelf ook een verschoningsrecht heeft, vervangen door- en ondergeschikt gemaakt aan een CvT dat bestaat uit niet-advocaten. De beslissing over wat wel en niet tot het verschoningsrecht behoort ligt dan niet meer bij de beroepsgroep zelf, maar bij het orgaan dat verantwoordelijk is voor het externe toezicht en ten opzichte waarvan de geheimhoudingsplicht van advocaten is opgeheven. Dat dit CvT ondergebracht wordt bij de Orde van Advocaten doet er niet aan af dat het de functie van politieagent krijgt. De MvT is duidelijk over de missie van het CvT: "Het toezicht moet zodanig zijn dat overtredingen tijdig worden gesignaleerd en dat er voldoende afschrikwekkend effect van uitgaat om advocaten waakzaam te houden op normschendingen". Het is afwachten of het parlement zal accepteren dat privileges die bedoeld zijn om de burger te beschermen en die in de internationale en nationale rechtspraak worden erkend als zijnde fundamenteel voor een rechtsorde, opzij worden gezet.

Nummerherkenning ingevoerd

Na jarenlang procederen en nadat het college PG's erkende dat het een adequate naleving van de vernietigingsplicht ex art. 126aa Sv van geheimhoudersgesprekken in telefoontaps niet kan garanderen, is dan eindelijk half mei 2011 het systeem van nummerherkenning van start gegaan. Dit houdt in dat alle advocaten verplicht hun zakelijke telefoonnummers moeten doorgeven aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De Orde geeft deze nummers door aan het Korps Landelijke Politiediensten (KLPD), dat ervoor zorgt dat gesprekken vanuit en naar getapte lijnen direct worden geblokkeerd zodra met een advocaat wordt gebeld en het telefoonnummer van deze advocaat wordt herkend. Het lijkt de enig mogelijke waarborg dat vertrouwelijke gesprekken tussen de advocaat en zijn cliënt ook echt vertrouwelijk blijven. In de week na 15 mei 2011 hebben alle advocatenkantoren een uitnodiging van de Orde ontvangen om de zakelijke nummers door te geven. Dat het systeem op de beoogde datum, 1 september 2011, nog niet volledig was ingevoerd kwam omdat de perikelen rond de beveiligingsproblemen bij Diginotar, dat ook voor de Ordesite beveiligingscertificaten uitgif, roet in het eten gooiden. Telefoonnummers moeten namelijk via een speciale inlogcode gecombineerd met een certificaat via een beveiligde website worden opgegeven. Sinds 27 oktober 2011

**CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS**

Keizersgracht 332
1016 EZ Amsterdam

T +31 (0)20 627 5411
F +31 (0)20 622 6577

E info@deroosenpen.nl
I www.deroosenpen.nl

DE ROOS & PEN

zijn de beveiligingsproblemen opgelost en mogen advocaten alleen nog zakelijk bellen met één van de opgegeven telefoonnummers, tenzij er zwaarwegende omstandigheden zijn die dit beletten. Ook dient de advocaat ervoor te zorgen dat de opgegeven nummers niet door derden worden gebruikt die geen (afgeleid) verschoningsrecht hebben. Overtreding van deze regels vormen een tuchtrechtelijk vergrijp. Een en ander is geregeld in de Verordening op de nummerherkenning van 1 april 2011, Stcrt. 2011, 6228 en nadere informatie is te vinden op de site van de Orde www.advocatenorde.nl. Per dezelfde datum is de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Stcrt. 2011, 4981, aangepast en per 20 augustus 2011 art. 4a van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (Stb. 2011, 380). Die laatste wijziging houdt in dat ook als er gesprekken worden opgenomen die niet via een geheimhoudersnummer zijn gevoerd, bijvoorbeeld omdat de advocaat genoodzaakt is door omstandigheden van een ander nummer gebruik te maken, zonder nadere kennisneming moeten worden vernietigd. Daarmee is ook een einde gekomen aan de oude en zeer omstreden regeling die een inhoudelijke beoordeling van de opgenomen communicatie door de officier van justitie mogelijk maakte, alvorens deze een bevel vernietiging gaf.

Afluisteren in spreekkamers PI's

Inmiddels zijn er nieuwe problemen gerezen met betrekking tot het vrij verkeer tussen advocaten en cliënten die in een penitentiaire inrichting zijn gedetineerd. Er is ernstige ongerustheid ontstaan omdat gebleken is dat de spreekkamers in penitentiaire inrichtingen voorzien zijn van afluisterapparatuur. In de zomer van 2010 moest minister Hirsch Ballin naar aanleiding van kamervragen en een brandbrief van de Rotterdamse advocaat Frank van Ardenne over afluisterpraktijken in PI de Schie in Rotterdam, toegeven dat het incidenteel voorkomt dat gesprekken tussen advocaten en hun cliënten in de gevangenis worden afgeluisterd. Dit zou het geval zijn als het niet direct duidelijk was dat het om een gesprek ging met een advocaat die op bezoek kwam (Aanhangsel handelingen 2009-2010, nr. 2991). Momenteel wordt in een daartoe in het leven geroepen Werkgroep Voicelogging door DJI, de NOvA, NVSA en de KLPD overleg gevoerd om afdoende waarborgen te scheppen voor de vertrouwelijkheid van advocaat-cliënt gesprekken. Het voorstel is om in iedere spreekkamer waarin zich afluisterapparatuur bevindt een kaart op te hangen waarin dit vermeld wordt en waarin toegezegd wordt dat als de afluisterapparatuur ingeschakeld wordt (bijvoorbeeld om veiligheidsredenen) de advocaat en zijn cliënt hiervan tevoren in kennis wordt gesteld. De advocatuur gaat hier vooralsnog niet mee akkoord en is van oordeel dat spreekkamers waarin advocaat-cliënt gesprekken worden gevoerd niet dienen te zijn voorzien van (onzichtbare) afluistermogelijkheden, omdat er altijd twijfel en ongerustheid zal blijven bestaan over de vraag of de apparatuur al dan niet is ingeschakeld.

**CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS**

Keizersgracht 332
1016 EZ Amsterdam

T +31 (0)20 627 5411
F +31 (0)20 622 6577

E info@deroosenpen.nl
I www.deroosenpen.nl

Het wetsvoorstel rechtsbijstand en politieverhoor en de EU concept-richtlijn inzake het recht op toegang tot een advocaat

Momenteel zijn er spannende onderhandelingen gaande binnen de JBZ-raad waarin op 27 en 28 oktober 2011 voor het eerst gedebatteerd is over de concept-richtlijn inzake het recht op een advocaat en recht op communicatie bij aanhouding (COM 2011 326). Deze richtlijn beoogt de introductie van gemeenschappelijke minimumnormen in strafprocedures betreffende de rechten van verdachten in de gehele Europese Unie op toegang tot een advocaat en op communicatie na arrestatie met bijvoorbeeld een familielid, werkgever of consulaire autoriteit. Het voorstel maakt deel uit van een routekaart voor de versterking van de rechten van verdachten in strafprocedures die door de EU is aanvaard in het zogeheten Stockholm programma. De gemeenschappelijke minimumnormen moeten bijdragen aan het vergroten van wederzijds vertrouwen tussen lidstaten en daarmee aan het vergemakkelijken van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning. De concept-richtlijn die er nu ligt bevat verdergaande rechten voor verdachten, dan het ontwerp van de wet rechtsbijstand en politieverhoor, dat op 15 april 2011 in consultatie is gegaan.

Naar aanleiding van de Salduzjurisprudentie is de praktijk van rechtsbijstand in de fase van het politieverhoor in Nederland aanzienlijk aangepast en geformaliseerd in de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor die vanaf 1 april 2010 van kracht is. Kort samengevat heeft een aangehouden verdachte volgens de huidige regeling in principe het recht op consultatie van een advocaat gedurende 30 minuten voorafgaand aan het eerste politieverhoor. Hiervan kan afstand worden gedaan. De advocaat heeft alleen bij minderjarigen ook het recht aanwezig te zijn bij de politieverhoren. Daarbij mag de advocaat geen actieve rol vervullen maar moet hij vooral toezien op het pressieverbod en de juiste weergave van de verklaring van zijn cliënt in het proces-verbaal. Of de overheid de kosten van deze consultatierechtsbijstand en eventuele verhoorsbijstand vergoedt, is afhankelijk van de aard van het feit waarvoor de verdachte is aangehouden. Daarvoor is een indeling gemaakt in categorie A, B en C zaken. Bij categorie C- zaken – de lichtste vergrijpen - moet de verdachte de rechtsbijstand zelf betalen. In de categorie A zaken – de zwaarste misdrijven – zijn er extra waarborgen ingebouwd voor het doen van afstand.

Het concept-wetsvoorstel rechtsbijstand bij politieverhoor legaliseert grotendeels de huidige praktijk, met dien verstande dat ook volwassen verdachten het recht krijgen op verhoorsbijstand, echter alleen als het gaat om een feit waar zes jaar of meer op staat en het belang van het onderzoek dit niet verbiedt. Met name van deze laatste twee voorwaarden is het de vraag of deze de Salduz toets kunnen doorstaan.

De EU concept-richtlijn toegang tot een advocaat in strafprocedures bevat veel specifiekere waarborgen. Deze gelden niet alleen voor aangehouden verdachten maar voor iedere verdachte die in kennis wordt gesteld van een verdenking van een strafbaar

DE ROOS & PEN

feit en voor zaken die betrekking hebben op een Europees arrestatiebevel. Volgens de concept-richtlijn heeft de verdachte het recht op toegang tot een advocaat voor de aanvang van het verhoor, tijdens onderzoekshandelingen waarbij zijn betrokkenheid is vereist of waarbij hij volgens het nationale recht bij aanwezig mag zijn (denk aan doorzoeking) en vanaf de aanvang van een vrijheidsbeneming. Er staan geen tijdslimieten in, alleen dat de bijstand op een dusdanig moment en dusdanige wijze moet kunnen worden verleend dat de verdediging doeltreffend kan worden uitgeoefend. De duur en frequentie van de contacten tussen de verdachte en de advocaat mogen niet worden beperkt op een wijze die afbreuk doet aan de uitoefening van de rechten van de verdediging. Verder wordt er uitdrukkelijk vermeld dat de advocaat het recht heeft bij alle verhoren aanwezig te zijn, het recht heeft om vragen te stellen, toelichting te vragen of verklaringen af te leggen.

Afwijking van deze rechten mag alleen in uitzonderlijke omstandigheden (bijvoorbeeld als er gevaar dreigt voor de fysieke integriteit van personen), mag niet uitsluitend worden gebaseerd op de ernst van het feit, mag niet verder gaan dan noodzakelijk en behoeft een gemotiveerde beslissing van een rechterlijke autoriteit. Verder wordt er een bewijsuitsluitingsregel geformuleerd die inhoudt dat bewijsmateriaal niet mag worden gebruikt als er sprake is van een inbreuk op het recht op toegang tot een raadsman.

Er zijn twee in het oog springende verschillen met het Nederlandse wetsvoorstel: bijstand tijdens de verhoren kan volgens de concept-richtlijn niet beperkt worden tot bepaalde strafbare feiten en ook niet in het belang van het onderzoek.

Nederland, België, Ierland, Verenigd Koninkrijk en Frankrijk hebben op 22 september 2011 een notitie gestuurd naar de lidstaten waarin zij stellen dat de in de concept-richtlijn verwoorde rechten niet alle uit de Straatsburgse jurisprudentie zouden kunnen worden afgeleid en dat de Europese Commissie de proportionaliteit uit het oog heeft verloren. Zo zijn de vijf landen van mening dat de rechtspraak van het EHRM geen algemeen recht op toegang tot de raadsman impliceert vanaf het moment waarop de verdachte kennis neemt van een tegen hem bestaande verdenking, dat het te ver voert om een algemeen recht op bijstand tijdens het verhoor in te voeren en dat een recht op aanwezigheid van de raadsman bij onderzoekshandelingen niet in de rechtspraak van het EHRM is erkend. Dezelfde bezwaren gelden voor overleveringszaken. Ook de rigoureuze bewijsuitsluitingsregel gaat deze lidstaten te ver.

De vaste commissies voor Immigratie & Asiel/ JBZ-raad en voor Veiligheid en Justitie hebben op 27 september 2011 minister Opstelten vragen gesteld, met name over de gevolgen van de EU- richtlijn voor de Nederlandse wetgeving en of de rechtspositie van gearresteerde verdachten niet méér in overeenstemming zou moeten worden gebracht met de ontwerprichtlijn. Met name willen de commissies geïnformeerd worden over wat de regering verstaat onder staandehouding en wat onder vrijheidsbeneming en waar de grens hiertussen ligt. Ook wil men weten wat voor kosten de implementatie van de EU

DE ROOS & PEN

richtlijn met zich mee zal brengen en hoe de regering hierin wil gaan voorzien. Ook de Commissie Meijers heeft op 9 september 2011 advies uitgebracht en opgemerkt dat een vroegtijdige en actieve ondersteuning van de verdachte door een advocaat de voortgang van het opsporingsonderzoek en het belang van de waarheidsvinding juist kan dienen in plaats van belemmeren; de commissies vragen de regering hierop te reageren. En als de regering dan al vindt dat de concept-richtlijn te ver gaat, tot welke consequenties moet de Salduz-rechtspraak van EHRM dan wel leiden?

Een antwoord van de regering op deze vragen is er ten tijde van het schrijven van dit redactioneel nog niet. Wel heeft de staatssecretaris van buitenlandse zaken de Tweede Kamer op 3 oktober 2011 op de hoogte gesteld van het standpunt van de Nederlandse regering ten aanzien van de concept-richtlijn (TK 2011-2012, 22 112, nr. 1234) en dit nog eens uitvoerig toegelicht. De conclusie is dat de regering vindt dat het voorstel voor de richtlijn op onderdelen aanzienlijk verder gaat dan waartoe het EVRM de lidstaten verplicht, hetgeen tot risico's voor de uitvoerbaarheid en tot substantiële kosten leidt. De inzet van Nederland in de onderhandelingen zal zijn de reikwijdte van het voorstel terug te brengen tot datgene wat volgt uit de rechtspraak van het EHRM.

Het voorgaande maakt duidelijk dat na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de machtsbalans met betrekking tot het scheppen van procedurele waarborgen voor verdachten is verschoven van de lidstaten naar de EU. Er is geen unanimiteit meer vereist voor EU regelgeving zoals dat onder de pijlerstructuur voor het strafrechtelijk domein nog het geval was. Dat betekent ook dat individuele lidstaten dit soort regelgeving niet meer in hun eentje kunnen tegenhouden en dat er een belangrijk instrument bij is gekomen om lidstaten te bewegen Straatsburgse rechtspraak op het terrein van bescherming en normering van mensenrechten te implementeren. De Straatsburgse jurisprudentie en het Handvest van de Grondrechten maken immers sinds Lissabon integraal deel uit van het Unierecht en dat betekent dat de EU ook zijn wetgevingsinstrumentarium hiervoor kan inzetten. Toezicht op naleving van EU regelgeving kan al in een vroegtijdig stadium plaatsvinden door het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ in Luxemburg. Ook kan de Commissie in geval een lidstaat niet aan zijn implementatieverplichting voldoet direct een inbreukprocedure starten. Vandaar dat het des te spannender wordt wat er uiteindelijk uit de onderhandelingen in Brussel komt. Duidelijk is in ieder geval dat Nederland zich in de minderheid bevindt wat betreft de interpretatie van de Salduz-jurisprudentie.

Taru Spronken

Vrije advocaatkeuze

**CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS**

Keizersgracht 332
1016 EZ Amsterdam

T +31 (0)20 627 5411
F +31 (0)20 622 6577

E info@deroosenpen.nl
I www.deroosenpen.nl

DE ROOS & PEN

Hoewel het van alle jaren is en het gevoel niet direct wetenschappelijk kan worden onderbouwd, bestaat binnen de advocatuur de indruk dat politie en justitie de laatste tijd meer en meer proberen te interfereren in het recht op vrije advocaatkeuze. Dit (mogelijk) in een poging een wig te drijven tussen de advocaat en zijn cliënt.

Niet zelden is een politieverhoor het broeinest van dergelijke inspanningen. Van: *“U heeft mr. X? Weet u wel dat hij vooral gespecialiseerd is in liquidatiezaken en weinig verstand heeft van fraude?”*, *“U weet dat uw advocaat pas een paar jaar bezig is?”* tot: *“Volgens mij handelt uw advocaat niet in uw belang, maar in het belang van de medeverdachte.”* Allemaal speldenprikken waarmee, hoe ongewenst ook, een gedegen advocaat met een gezonde advocaat-cliënt-relatie meestal wel weet om te gaan.⁵

Anders wordt dit daar waar de politie onjuiste informatie verschaft, hetgeen niet zelden voorkomt in het kader van de Salduz-regeling. Zo wordt nog wel eens tegen ouders van minderjarigen gezegd dat als zij een advocaat bij het verhoor wensen, ze dit zelf moeten bekostigen. Op het proces-verbaal van voorgeleiding i.v.m. aanhouding van de politie Amsterdam stond tot voor kort zelfs standaard de tekst:

Ik deelde de verdachte mee, dat hij:

- *kosteloos een raadsman krijgt toegewezen voor consultatiebijstand voor de aanvang van het verhoor*
- *in plaats van een toegewezen raadsman, voor eigen rekening, een zelf gekozen raadsman mag consulteren.*

Het laatste gedachtestreepje is pertinent onjuist; Indien de gekozen raadsman ook bij de Raad voor Rechtsbijstand staat ingeschreven hoeft een verdachte deze niet zelf te bekostigen. Het resulteerde er in dat sommige cliënten onnodig afzagen van de advocaat van hun voorkeur.

Dat niet alleen de politie maar ook officieren van justitie zich soms bedienen van kwestieuze inmengingen bleek recent op een zitting bij de rechtbank Lelystad alwaar de officier aan het einde van de zaak aan de verdachte voorhield: *“Ik heb nog een laatste punt dat ik bespreekbaar wil maken. U hebt geen strafblad, u zegt dat u niets te maken heeft met het criminele circuit, maar toch beroept u zich na uw aanhouding direct op uw zwijgrecht en -nog opmerkelijker- u noemt direct de naam van uw voorkeursadvocaat. Ik vind dat raar, kunt u daar op reageren?”*

⁵ Niet onvermeld kan blijven de opmerking van mr. E.A.M. Mannheims, ‘Artikel 50 lid 2 Sv moet (in zijn huidige vorm) worden geschrapt’, SDU lezingenreeks NVSA deel 3, waarin zij haar ervaring deelt over een officier van justitie die buiten medeweten van de raadsman op bezoek ging bij een gedetineerde cliënt om hem ervan te overtuigen een andere raadsman te nemen nu zijn eigen raadsman ook een medeverdachte bijstond.

DE ROOS & PEN

Dat deze officier dit opmerkelijk vond, is nog tot daaraantoe, maar dat hij ook nog meende dit ter zitting te kunnen bespreken is zorgelijk. De opmerking getuigt niet alleen van weinig respect voor het zwijgrecht, het wekt bovenal de indruk dat het hebben van een voorkeursadvocaat iets (relevants) zegt over de eventuele criminele activiteiten van de verdachte. De kans is groot dat deze verdachte zich de volgende keer wel drie keer bedenkt alvorens hij de politie vraagt om zijn eigen advocaat te bellen.

Nog verontrustender is het groeiende gebruik van bevelen ex artikel 50 lid 2 Sv door het OM, althans het dreigen daarmee. Want veelal hoeft het OM niet eens een dergelijk bevel af te geven om het gewenste effect te sorteren. Immers, een advocaat die geconfronteerd wordt met een dreigende toegangszegging zal er veelal in het belang van zijn cliënt voor opteren een andere (bevriende) advocaat (tijdelijk) 'aan te stellen', om te voorkomen dat zijn cliënt de dupe wordt van de inmenging door het OM.

Hoe vilein dit 'spel' soms door het OM wordt gespeeld bleek in een geval waarin de officier de advocaat berichtte dat hij bezwaren had tegen het verlenen van rechtsbijstand, waarna de raadsman om een formeel bevel ex artikel 50 lid 2 Sv vroeg. Dat werd echter geweigerd. Pas toen de advocaat fysiek arriveerde op het politiebureau (100 kilometer verderop), ontving hij een dergelijk bevel. De rechtbank vernietigde dit bevel overigens twee dagen later.⁶

Hoe ingrijpend een ontzeggingsbevel kan zijn en waar dit toe kan leiden, bleek recent in een zaak van advocaat Moskowitz die ook in de pers de nodige aandacht kreeg. Het volgende was er aan de hand.

Moszkowicz stond reeds verdachte G. bij toen in dezelfde zaak zijn cliënt S. werd aangehouden. Hij bezocht S. op een dinsdag (kennelijk was dat toen nog geen probleem, of wellicht was de officier hiervan te laat op de hoogte), waarna de officier liet weten bezwaar te hebben tegen de rechtsbijstand. Moszkowicz diende uiterlijk woensdag om 12.00 uur te kiezen tussen S. of G., bij gebreke waarvan een bevel ex artikel 50 lid 2 Sv zou worden gegeven. Moszkowicz was niet bereid een keuze te maken en uiteindelijk werd op donderdag het bevel gegeven.

S. werd vervolgens bezocht door een piketadvocaat, die echter liet weten S. niet te kunnen en willen bijstaan nu S. Moskowitz als advocaat wenste. Het leidde tot de onwerkelijke situatie dat de raadkamer eerst op vrijdag om 14.00 uur bijeen kwam om te oordelen over de rechtmatigheid van het bevel, daar waar S. diezelfde ochtend om 10.00 uur reeds werd voorgeleid aan de rechter-commissaris. Het verzoek van Moszkowicz om de voorgeleiding uit te stellen tot na de uitspraak van de rechtbank, dan wel om de raadkamer te vervroegen, bleek vruchteloos en S. werd uiteindelijk zonder enige

⁶ Rechtbank Arnhem, 21 januari 2010, LJN BL0244.

DE ROOS & PEN

rechtsbijstand in bewaring gesteld. De rechtbank oordeelde eerst na de voorgeleiding dat het bevel op onjuiste gronden was gegeven. *“Het enkele feit dat de raadsman in dit onderzoek zowel de verdachten verdachte 1 als verdachte 2 bijstaat is (...) onvoldoende grond voor het verlenen van het bevel tot het beletten van elk verkeer tussen de raadsman en de verdachte 1.”*⁷

Samenvattend kan worden vastgesteld dat politie en justitie meer en meer lijken te zagen aan de stoelpoten van het recht op een advocaat naar keuze. Dat is onrustbarend. Zeker ook nu het belang hierbij voor de opsporing niet glashelder is. Denkt de politie nu werkelijk dat ze verdachten in de richting van (of beter gezegd uit de richting van) een bepaalde advocaatkeuze kunnen duwen? En al zou dat zo zijn, wat is het belang daar dan bij? En denkt een officier nu werkelijk dat het ontzeggen van de toegang het opsporingsbelang dient, daar waar een opvolgende advocaat, afhankelijk van eventuele beperkingen, toch contact zal onderhouden met de vorige raadsman? Nog daargelaten het feit dat de verklaaringsbereidheid van verdachten hoogstwaarschijnlijk hoe dan ook niet zal toenemen indien dit soort kunstgrepen wordt toegepast. Daar waar verdachten verstoken blijven van rechtsbijstand, zelfs tot aan de voorgeleiding bij de RC aan toe, kan derhalve worden geconcludeerd dat het doel geenszins de middelen heiligt.

591a Sv revisited

In de vorige rubriek Advocatuur is reeds het nodige opgemerkt over de nieuwe ‘bezuinigingscashcow’ van de rechtbank en het OM: de procedure ex artikel 591a Sv. Gezien het belang hiervan voor de praktijkuitoefening, verdient een aantal uitspraken ook ditmaal nadere bespreking.

Opmerkelijk is allereerst de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 14 september 2011, LJN BS8948 (unus). Voor zover relevant was de casus als volgt.

Verdachte A. wordt bijgestaan door een toegevoegd raadsman, mr. B. Het strafdossier bevat een last tot toevoeging t.n.v. mr. B. Uiteindelijk besluit A. de rechtsbijstand in te roepen van mr. C, voor welke rechtsbijstand betalingsafspraken worden gemaakt. Mr. C. verzoekt bij de overname van de zaak van mr. B. slechts het dossier en laat hem weten dat hij de rechtsbijstand op betalende basis heeft overgenomen. Na de vrijspraak van A. wordt ex artikel 591a Sv een verzoek tot schadevergoeding ingediend. In die procedure komt vervolgens aan de orde de (praktische) uitleg van artikel 591a lid 2 Sv, te weten dat:

⁷ Rechtbank Rotterdam, 7 oktober 2011, LJN BT7251.

DE ROOS & PEN

“behoudens voorzover artikel 44a Wet op de rechtsbijstand van toepassing is, een vergoeding kan worden toegekend voor de kosten van de raadsman”.

De rechtbank wijst uiteindelijk het verzoek af, nu het van oordeel is dat na overname van de zaak *“volstrekke helderheid moet worden betracht over de vraag of van de op basis van deze last verstrekte toevoeging gebruik wordt gemaakt dan wel dat verdachte door een gekozen raadsman (betalend) wordt bijgestaan. Dat betekent onder meer dat wanneer de raadsman die op basis van een last aan de verdachte is toegevoegd, wordt opgevolgd door een gekozen raadsman die verdachte betalend zal bijstaan, onmiddellijk van deze wijziging van de basis waarop rechtsbijstand wordt verleend, kennis moet worden gegeven aan de voorzitter van het college dat de last heeft afgegeven, en aan de Raad voor Rechtsbijstand.”*

Dat gaat ver. Sterker nog, de eisen die de rechtbank aan de advocatuur stelt zijn niet alleen onpraktisch, maar bovenal juridisch onzinnig. Immers, een juiste werkwijze in een zaak als deze is dat mr. B. het dossier overdraagt aan mr. C. en mr. B. vervolgens zijn toevoeging declareert als ware de procedure geëindigd voor het onderzoek ter terechtzitting. Daarmee wordt de facto de toevoeging beëindigd. Mr. C. heeft daar verder geen rol bij. Hij is niet de toegevoegd raadsman en kan (en mag) zich daar verder niet in mengen. Dat mr. B. i.c. hiermee kennelijk heeft gewacht (of dat het anderszins niet tot een beëindiging is gekomen) kan mr. C. bezwaarlijk worden tegengeworpen.

De door de rechtbank gewenste mededeling aan de Raad voor Rechtsbijstand van mr. C. is zelfs onzinnig en de eis getuigt van onbegrip met de werkwijze van de Raad. Immers, mr. C. is geen partij bij de toevoeging van mr. B. en kan daar niets over zeggen. Dat bleek ook toen mr. C. na deze uitspraak in een vergelijkbare zaak (het zekere voor het onzekere nemend) de Raad informeerde dat hij geen prijs stelde op een toevoeging, die hij zoals gezegd ook helemaal niet had. De Raad liet hierop telefonisch weten dat het “niets van de brief begreep en ook geen idee had wat het er mee moest doen”.

Hoe onjuist deze uitspraak van de rechtbank Amsterdam ook moge zijn, het maakt wel duidelijk dat een advocaat die een zaak op betalende basis overneemt er goed aan doet in ieder geval in zijn stelbrief op te merken dat hij (vooralsnog) geen gebruik zal maken van de (eventueel afgegeven) toevoeging van de opgevolgde raadsman. Dit, om aan iedere discussie in dit verband een einde te maken.

Ook de uitspraak van het hof Arnhem van 26 mei 2011, LJN BR5332, verdient korte bespreking nu hierin andermaal is bepaald dat niet voor vergoeding in aanmerking komt, kosten die niet ten laste van de gewezen verdachte zijn gekomen. In deze zaak waren de nota's op naam gesteld van de werkgever van verdachte en waren er schriftelijk afspraken gemaakt over de verplichting tot terugbetaling indien er een recht bestond op

DE ROOS & PEN

schadevergoeding ex artikel 591a Sv.⁸ Echter, mede omdat de nota's door de werkgever wel in vooraftrek waren genomen (volgens de raadvrouw per abuis), wees het hof het verzoek af. *"Naar het oordeel van het hof is in casu feitelijk geen sprake van betaling bij wijze van voorschot door de werkgever maar van een situatie waarin de kosten van rechtsbijstand door de werkgever worden gedragen en de werkgever door een afspraak met verzoeker heeft veilig willen stellen dat (...)wordt gepoogd (een deel van) die kosten te verhalen op de Staat der Nederlanden."*⁹

De uitspraak toont opnieuw aan dat een advocaat er goed aan doet zijn cliënt uitvoerig te informeren over de potentiële gevolgen van de debiteurkeuze.

De uitspraak van het hof Den Bosch van 15 maart 2011, LJN BQ0069 tot slot, brengt op meerdere vlakken positiever nieuws voor de advocatuur. In die zaak trok het OM namelijk alle registers open om het aanzienlijke schadevergoedingsverzoek (ruim 2 ton) te marginaliseren, maar op vrijwel alle fronten haalde het OM bakzeil.

Zo was allereerst de vraag aan de orde vanaf welk moment sprake was van 'een zaak' in de zin van artikel 591a Sv. Het OM meende dat pas vanaf het moment dat de gewezen verdachte (i.c. een onderneming) formeel als verdachte was aangemerkt, recht op schadevergoeding ontstond. De rechtbank volgde het standpunt van de verdediging, dat uitging van het moment dat met het OM contact was geweest over de geplande verhoren van leidinggevenden en werknemers van de gewezen verdachte, die allen (uit zorgvuldigheid) met de cautie zouden worden gehoord. *"Hoewel op dat moment het strafrechtelijk onderzoek zich nog slechts in de opsporingsfase bevond, is de rechtbank van oordeel dat er vanaf [dat moment, NL] gesproken kan worden van een zaak in de zin van artikel 591a Sv."*¹⁰

Ook de door het OM voorgestelde matiging van het uurtarief (*"Naar het oordeel van de rechtbank dwingt de wetsgeschiedenis, noch de rechtspraak tot toepassing van het zogenaamde curatorentarief"*), de halvering van de reiskosten en de wachttijd (*"Het LOVS hanteert als uitgangspunt dat de declaraties van raadslieden ten aanzien van reiskosten en reistijd als bedoeld in artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering volledig worden vergoed"*), alsmede de poging om de vergoeding voor het onderzoek van jurisprudentie en

⁸ Dergelijke afspraken leverden voorheen nimmer enige complicatie op bij het recht op schadevergoeding.

⁹ Zie ook Hof Arnhem 26 mei 2011, LJN BR5306.

¹⁰ In dat kader verdient ook de uitspraak van de rechtbank Middelburg van 1 maart 2011 LJN BP6610 aandacht nu in die procedure de rechtbank oordeelde dat pas van een 'zaak' kon worden gesproken als minstgenomen een parketsecretaris hiervan kennis had genomen.

DE ROOS & PEN

literatuur (gelet op de bij het bewuste advocatenkantoor bestaande expertise) te laten matigen werden door de rechtbank verworpen.¹¹ *“Het onderzoek van jurisprudentie en literatuur behoort tot de kerntaken van de verdediging.”*

Het feit tot slot dat er in totaal zeven advocaten aan de zaak hadden gewerkt was voor de rechtbank eveneens geen reden tot matiging. De rechtbank motiveerde dit met een (voor de praktijkuitoefening van de advocaat ook binnen andere kaders bruikbaar) adagium: *“Uitgangspunt voor de rechtbank is dat het verzoekster en haar raadsman vrij staat te bepalen hoe zij de verdediging inrichten.”*

Papieren werkelijkheid – Oratie Petra van Kampen

Op 1 april 2010 werd Petra van Kampen bij de Universiteit Utrecht benoemd als hoogleraar strafrechtspraktijk. Een belangrijke doelstelling van haar onderzoek is de rol en verantwoordelijkheid van de (strafrecht) advocatuur binnen de strafrechtpleging. Bespreking in deze rubriek van haar oratie 'De papieren werkelijkheid'¹² ligt alleen al om die reden voor de hand. Ook op inhoudelijke gronden verdient haar oratie aandacht, nu haar rede niet alleen wetenschappelijk doorwrocht, maar bovenal in praktische zin belangwekkend is voor de zittingspraktijk.

Van Kampen vuurt haar pijlen af op artikel 326 Sv en de gevolgen voor de huidige strafrechtpleging van de 'zakelijke weergave' van verklaringen afgelegd ter zitting in het proces-verbaal. Haar conclusie: *“het kader, waarbinnen wij nu recht doen, is een ander dan het kader, waarbinnen art. 326 ooit werd ontworpen”*.¹³

Van Kampen wijst er op dat de reikwijdte van het proces-verbaal oorspronkelijk veel beperkter was dan nu. Daar waar in 1926 op een eerdere zitting afgelegde verklaringen in beginsel op een later moment niet langer bruikbaar waren voor het bewijs tenzij het OM en de verdediging hiermee instemden,¹⁴ kunnen thans ter zitting afgelegde verklaringen in het vervolg van de procedure ongelimiteerd worden gebruikt. Recent nog oordeelde de Hoge Raad (overigens contrair aan de conclusie van de AG) dat ook na verwijzing door de Hoge Raad, verklaringen afgelegd op de (de facto vernietigde) zitting voor het bewijs

¹¹ Hoe dan ook komt het verzet tegen zowel het (hogere) uurtarief alsmede de bestede tijd voor het lezen van jurisprudentie en literatuur mij wat dubbelop voor.

¹² Petra van Kampen, De Papieren werkelijkheid, Pompe Reeks 2011 (vanaf nu: Oratie).

¹³ Oratie p.35

¹⁴ Dit was slechts dan anders indien de getuige of deskundige sedertdien was overleden, niet kon verschijnen, of weigerde opnieuw te verklaren, Oratie p.23.

DE ROOS & PEN

kunnen worden gebezigd, voor zover deze verklaringen op de nieuwe zitting zijn voorgehouden.¹⁵

Het bereik van het zittingsp-v wordt daardoor alsmaar groter, zeker nu de rechten van de verdediging op het hernieuwd oproepen van reeds gehoorde getuigen verder zijn ingeperkt.¹⁶

Waar dat in de praktijk toe kan leiden blijkt uit een uitspraak van het hof Amsterdam (na cassatie) van 1 september 2010.¹⁷ In die zaak was door het hof op 5 april 2007 getuige A. gehoord. Bij uitspraak van 19 april 2007 concludeerde het hof dat de tijdens de zitting afgelegde verklaring onvoldoende betrouwbaar was om voor het bewijs te bezigen. Na terugwijzing door de Hoge Raad werd andermaal bepleit dat de verklaring van A. van het bewijs moest worden uitgesloten, subsidiair dat A. opnieuw als getuige bij het hof moest worden gehoord. Het (nieuwe) hof gebruikte echter A.'s verklaringen zoals afgelegd bij het initiële hof op 5 april 2007 wel voor het bewijs en wees tevens het subsidiaire verzoek tot het horen van A af nu dit niet noodzakelijk was.¹⁸

Gezien het gegroeide belang van (de juistheid van) het proces-verbaal, zou mogen worden verwacht dat de wijze waarop het proces-verbaal wordt vastgesteld met steeds meer waarborgen wordt omkleed. Volgens Van Kampen is daarvan echter geenszins sprake. Weliswaar worden zittingen steeds vaker auditief opgenomen, maar dit gebeurt in de regel slechts ter ondersteuning van de griffier en de opnamen worden nimmer aan de verdediging verstrekt. Ook wordt zelden een woordelijke weergave van een verklaring opgenomen in een proces-verbaal, zelfs niet indien daar door de verdediging (met reden) om wordt verzocht. Schrijnend is in dat kader het voorbeeld dat Van Kampen noemt uit de Puttense moordzaak waarin de verdediging om woordelijke weergave verzocht van de verklaring van een deskundige over de veelbesproken 'sleeptheorie'. Het hof weigerde dit, hetgeen volgens Van Kampen bij de huidige stand van zaken geen recht spreken is, 'maar macht verwoorden'.¹⁹

¹⁵ HR 20 september 2011, LJN BR0403.

¹⁶ Op grond van de regels van het voortbouwend appel geldt immers voor getuigen en deskundigen die al eerder zijn gehoord het zogenoemde "noodzakelijkheids criterium" (art. 418 lid 2 Sv). Oratie p.28-29.

¹⁷ 23/000319-09, niet gepubliceerd.

¹⁸ Deze zaak loopt thans voor de tweede maal in cassatie.

¹⁹ Oratie p. 32.

DE ROOS & PEN

Opmerking verdient dat het optreden van de raadsman in de Puttense moordzaak uitzonderlijk is. Van Kampen stelt namelijk dat in de Nederlandse rechtszalen zelden door procespartijen om woordelijke verslaglegging wordt gevraagd. Zij wijt dit aan de Nederlandse procescultuur waarin wordt verondersteld dat de voorzitter en de griffier wel zullen oppikken wat voor de zaak van belang is, hetgeen volgens haar getuigt van een groot vertrouwen in de rechterlijke macht.²⁰

Ik vraag mij dat af. In mijn beleving is niet zozeer sprake van vertrouwen in de rechterlijke macht als wel van een ietwat zwakke ruggengraat bij de advocatuur. Niet zelden bewaakt een voorzitter namelijk het proces-verbaal als een ooievaar zijn ei. Een verzoek om akte wordt doorgaans gepareerd met een snedig: “u mag er van uitgaan dat de griffier goed meeschrijft.” In het belang van de lieve zittingsvrede dringt menig advocaat vervolgens niet meer aan.

Hoe moeilijk het kan zijn om een dergelijke blokkade bij de rechtbank te overwinnen bleek enige tijd geleden in een grote fraudezaak. Toen akte werd gevraagd van een potentieel wrakingswaardige opmerking, reageerde de voorzitter “dat de griffier heus wel zat op te letten”. Toen voet bij stuk werd gehouden en ook nog om voorlezing van de aantekeningen van de griffier werd verzocht, merkte de voorzitter op: “Voorlezing? U weet toch wel dat het proces-verbaal eerst tot stand komt nadat het door de griffier en de voorzitter wordt gepolijst?” Het behoeft geen betoog dat de sfeer vervolgens duurzaam ontwricht raakte toen de verdediging repliceerde met de opmerking dat nu juist om akte werd gevraagd om te voorkomen dat de opmerking achteraf zou worden ‘weggepolijst’.

Van Kampen schetst in haar oratie een aantal mogelijke oplossingen voor het ontbreken van voldoende waarborgen bij de totstandkoming van het zittingsp-v. Zo kan worden teruggegrepen op het ‘oude systeem’ waarin een ter zitting afgelegde verklaring slechts voor het bewijs mag worden gebezigd door de rechter die de getuige zelf heeft gehoord.²¹

Een weliswaar eenvoudige, maar niet erg vooruitstrevende optie, die overigens nog geen soelaas biedt in cassatie.²² Het voorstel om het schriftelijke zittingsp-v geheel te vervangen door een digitaal auditief proces-verbaal sluit wat dat betreft (hoewel rigoureuus) meer aan bij de huidige stand van de techniek en de procespraktijk.

De meest logische tussenstap lijkt echter structurele auditieve registratie naast het bestaande schriftelijke proces-verbaal, waarbij zowel in de beroepsfase als in de

²⁰ Oratie p. 33.

²¹ Tenzij de verklaring niet wordt betwist.

²² Indien een bij het hof afgelegde verklaring van een getuige onjuist in het proces-verbaal en de bewijsmiddelen wordt opgetekend, biedt cassatie weinig mogelijkheden voor reparatie.

DE ROOS & PEN

cassatiefase het zittingsp-v kan worden aangepast indien de auditieve registratie daartoe noopt. Hiervoor is echter wel een wetswijziging noodzakelijk om achteraf een herstelproces-verbaal mogelijk te maken. Tot die tijd lijkt er voor de advocatuur weinig anders op te zitten dan het 'rechten van de rug'.

Niels van der Laan

Eigen waarneming van de rechter

Behalve het rechten van de rug, moet de raadsman ook zijn ogen permanent op peil houden. Dit om te voorkomen dat hij niet wordt verrast door de eigen waarneming van de rechter ter terechtzitting. In HR 15 december 2009, NJ 2011,78 m.nt. Reijntjes is beslist dat het in zijn algemeenheid niet is vereist dat de rechter zijn eigen, bij gelegenheid van het onderzoek ter terechtzitting gedane waarneming aldaar ter sprake brengt. De rechter is echter gehouden dat wel te doen, indien procespartijen door het gebruik van die waarneming voor het bewijs zouden worden verrast, omdat zij daarmee geen rekening behoeven te houden. Het was wat dit verrassingselement betreft weer raak in HR 26 april 2011, LJN:BP9902. In die zaak speelde voor het bewijs een rol dat het hof voor het bewijs gebruik had gemaakt van zijn eigen waarneming dat de in Suriname geboren vrouwelijke verdachte een Surinaams uiterlijk heeft, een steviger postuur had dan de vrouwelijke mededader, jeugdiger oogt dan haar leeftijd doet vermoeden en steil haar met blonde plukken erdoor heeft. Bij de rechtbank waren de zaken tegen beide vrouwelijke verdachten gelijktijdig, maar niet gevoegd behandeld. Ter zitting in hoger beroep verklaarde de verdachte met het stevige postuur en blonde plukken ook nog dat zij 1.65 meter is en iets gezetter dan haar medeverdachte. Van al deze gegevens heeft de verdediging volgens A.G. Machielse en de Hoge Raad kennis kunnen nemen. De Hoge Raad deed een daarop gericht middel af met art. 81 R.O. De moraal van dit verhaal is dat de raadsman, in geval sprake is van medeverdachten wier zaken gelijktijdig worden behandeld, zijn ogen omtrent het figuur en voorkomen van alle verdachten goed de kost moet geven. Want het zou zo maar kunnen dat de verdediging anders voor verrassingen komt te staan, omdat de grote borsten van zijn cliënte hem even zijn ontgaan.

Gerard Spong

**CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS**

Keizersgracht 332
1016 EZ Amsterdam

T +31 (0)20 627 5411
F +31 (0)20 622 6577

E info@deroosenpen.nl
I www.deroosenpen.nl