

# KLACHTENREGEN OVER 'ZELFONDERZOEK'

DOOR / LEX VAN ALMELO  
ILLUSTRATIE / FLORIS TILANUS

Kamervragen en tuchtklachten tegen tien advocaten zetten 'onafhankelijk feitenonderzoek' door advocaten opnieuw op de agenda. Net als de minister van Justitie en Veiligheid vinden advocaten regulering van onderzoek onnodig. Vastleggen wat meewerken met het OM oplevert, is daarentegen wel wenselijk.



## NS

Tot nu toe heeft de tuchtrechter zich één keer uitgesproken over een feitenonderzoek door advocaten. Het gaat om het onderzoek dat De Brauw Blackstone Westbroek deed naar onrechtmatig handelen van NS bij een aanbesteding in Limburg. De Raad van Discipline berispte Jaap de Keijzer onder meer omdat hij een rapport naar buiten heeft gebracht waarin uitspraken staan over (herkenbare) personen die niet zijn gehoord en geen commentaar hebben kunnen geven (ECLI:NL:TADRAMS:2017:274 t/m ECLI:NL:TADRAMS:2017:276).

Voor de derde keer binnen een jaar hebben de Kamerleden Groothuizen (D66) en Van Nispen (SP) aan de minister van Justitie en Veiligheid vragen gesteld over bedrijven die de verdenking van fraude en corruptie laten onderzoeken door advocaten. Op 14 mei jongstleden diende het duo dertien vragen in over 'de wenselijkheid van zelfonderzoek'. In maart was een artikel over ondernemer Coen Klaver in *Het Financieele Dagblad* ook aanleiding voor een reeks vragen. In de antwoorden daarop schrijft Grapperhaus dat het OM bedrijven geen specifiek kader voorschrijft en dat de waarde van dit soort onderzoeken afhangt van de diepgang, volledigheid en juistheid. Advocaten moeten zich houden aan hun beroeps- en gedragsregels en moeten bij het uitvoeren van het onderzoek voldoende onafhankelijkheid betrachten tegenover hun opdrachtgever. De naleving van deze regels wordt geborgd door het tuchtrecht. In de toekomst wil het OM vaker gebruikmaken van onafhankelijk onderzoek door professionals, 'waaronder advocaten of (forensisch)

accountants (...) waarbij voornoemde randvoorwaarden te allen tijde in acht dienen te worden genomen'. Na dit antwoord willen Groothuizen en Van Nispen nu weten hoe de verplichte partijdigheid zich laat rijmen met objectiviteit en of voor advocaten net als voor (forensisch) accountants specifieke regelgeving nodig is.

## MEEWERKEN

Advocaten treden bij feitenonderzoek op als 'bijzonder opsporingsambtenaar' en leggen in die hoedanigheid belastend materiaal voor hun cliënt op tafel bij justitie of de toezichthouder, zei Joost Italianer zeven jaar geleden al in het *Advocatenblad* (25 september 2013). Vorig jaar werden advocaten die 'onafhankelijk feitenonderzoek' doen in dit blad echter beticht van 'vaagheidsvinding' (18 april 2019). Sindsdien bepleit het OM meer feitenonderzoeken en samenwerking met advocaten, maar ligt 'zelfonderzoek' door advocaten – getuige het aantal tuchtklachten – tegelijkertijd heviger onder vuur dan ooit (zie kadertjes). In het vorig jaar gehouden Gerbrandydebat wees

95% van de advocatuur samenwerking met het OM af. Voor Zuidaskantoren is het echter profijtelijke business.

De kritiek op zelfonderzoek is vooral ingegeven door het idee dat ondernemingen er te goed mee weggomen. In de feitenonderzoeken zou de top van de onderneming buiten beeld blijven, zou het altijd gaan om 'incidenten', zouden nare bevindingen voor de klant niet worden gerapporteerd, zouden sleutelfiguren niet worden gehoord en zou er geen of onvoldoende wederhoor worden toegepast. Ook zouden advocaten zich presenteren als onafhankelijk onderzoeker in plaats van als raadsman van de opdrachtgever en dus niet duidelijk zijn over hun hoedanigheid. Het onderzoek van De Brauw naar de aanbestedingsfraude bij NS leert dat deze kritiek niet uit de lucht is gegrepen. Maar geldt dat ook voor de zaak die tot de tweede reeks Kamervragen leidde en tot een tuchtklacht tegen Leon Wijsman en Joost Italianer van NautaDutilh?

Die zaak draait om de truststructuur die directeur-eigenaar Klaver van Spits Wall Coverings, een groothandel in wandbekleding, zich in 2006 liet aanmeten door accountantskantoor Baker Tilly Berk (BTB). Het was een structuur met Cypriotische Ltd's, een Cypriotische trust en een Britse-Maagdeneilanden-bv. Klaver was zowel de insteller als de 'ubo' van de trust. De constructie leverde Spits een flinke aftrekpost op voor de vennootschapsbelasting in Nederland, ►

## BAKER TILLY BERK

Oud-client Coen Klaver van accountantskantoor Baker Tilly Berk heeft klachten ingediend tegen Leon Wijsman en Joost Italianer van NautaDutilh naar aanleiding van hun het feitenonderzoek naar de advisering en uitvoering van zijn truststructuur.

## ITALIANER VS. STIKKELBROECK

Feitenonderzoeker Joost Italianer (NautaDutilh) heeft op zijn beurt een klacht ingediend tegen Jaap Stikkelbroeck, de advocaat van Coen Klaver. Stikkelbroeck heeft in een civiele procedure gesuggereerd dat NautaDutilh stukken heeft achtergehouden voor het OM. Italianer vindt dat de advocaat niet-inteiger gehandeld heeft door de onderzoekers valselijk te beschuldigen.

terwijl er op Cyprus 10% winstbelasting werd betaald en over de uitgekeerde dividenden geen belasting werd geheven. BTB verdiende goed aan het opzetten en onderhouden van dit soort structuren. Volgens een gespreksverslag dat in het straf-dossier zit, zou het kantoor alleen al in 2013 voor 60 mille hebben gefactureerd.

De dga ontkent de feiten niet, maar zegt dat hij slechts de adviezen en instructies opvolgde van BTB. Volgens zijn advocaat Jaap Stikkelbroeck ontspringt het accountantskantoor de dans, omdat het heeft meegewerkt met het OM door het 'partijdige rapport' van NautaDutilh te overhandigen. De onderzoekers zeggen dat dit gebeurde op vordering van officier van justitie Peter van de Kerkhof.

### TOEGESPITST ONDERZOEK

BTB gaf NautaDutilh in september 2014 de opdracht de advisering over het opzetten en het uitvoeren van de truststructuur van Spits Wall Coverings binnen het accountantskantoor te onderzoeken. Een accountantsorganisatie is verplicht zo'n onderzoek uit te voeren na een incidentmelding bij de AFM. Volgens Italianer wil de AFM dan standaard het rapport zien om te controleren of het onderzoek grondig genoeg is geweest. Omdat het in beginsel een 'intern' onderzoek was, hadden de onderzoekers er geen behoefte aan Klaver te horen. Als de dga iets wilde inbrengen, moest hij dat maar zeggen, zo lieten zij zijn toenmalig

advocaat (Daan Doorenbos, Stibbe) weten. Klaver zag af van het horen, omdat het een intern onderzoek zou betreffen.

De onderzoekers hebben ook de bedenker en een uitvoerder van de truststructuren niet gehoord. Deze twee fiscalisten waren inmiddels vertrokken bij BTB en wilden niet meewerken. In het rapport staat dat de bedenker onder meer weigerde, omdat hij de reputatie wilde beschermen van zijn vrouw, die raadsheer is in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. De mailboxen van de vertrokken medewerkers konden niet meer worden geopend, maar een deel van hun mails is teruggevonden tussen de e-mails van anderen.

In het 106 bladzijden tellende feitenrapport van NautaDutilh staat niet waarvoor het bedoeld is en ontbreken duidelijke conclusies. Daardoor kun je er verschillende kanten mee op. Volgens sommige geïnterviewden kwam Klaver zelf met de ingewikkelde structuur aanzetten. En in het rapport staat dat de dga er in de opdrachtbevestiging nadrukkelijk op

is gewezen dat de fiscus de structuur wellicht zou afkeuren en dat hij niet over het geld in de trust kon beschikken. In een vaktechnische vergadering over truststructuren wijst een Rotterdamse fiscalist zijn collega's erop dat het in de praktijk anders kan gaan dan op papier. Omdat het volgens de onderzoekers in deze vergadering niet ging over de structuur van Spits Wall Coverings vonden zij de notulen niet relevant.

Uit een memo van de belastinginspecteur (dat vier maanden na het rapport van NautaDutilh verscheen) blijkt dat BTB zich bemoeide met de ongeoorloofde uitkeringen uit de trust. Zo haalt de inspecteur een e-mail aan, waarin een accountant aan Klaver schrijft dat het geld bij de trust op Cyprus staat en kan worden overgeboekt naar een privérekening van de dga. In een andere mail geeft een fiscalist (die zich niet door NautaDutilh wilde laten interviewen) aan de trustee de aanwijzing om het geld over te maken aan de dga in privé. In het feitenrapport van NautaDutilh ontbreken deze mails.

### NBA

Advocaat Petra Charbon heeft naar eigen zeggen een klacht ingediend tegen Maartje Govaert en freelancer Suzanne Kampioen van Norton Rose Fullbright (NRF). NRF onderzocht de geruchten over al dan niet verzwegen belangenconflicten van NBA-directeur Harm Mannak. De kwestie leidde tot het vertrek van Mannak. Volgens Charbon waren de feitenonderzoekers partijdig en niet duidelijk over hun hoedanigheid.

## ADVOCATENKANTOOR ZUIDAS

Een vertrokken partner bij 'een groot Zuidas-kantoor' heeft een tuchtklacht ingediend tegen Leon Wijsman en vier andere advocaten van NautaDutilh, onder meer vanwege hun 'driedubbele petten', het veinzen van objectief onderzoek en gebrek aan hoor en wederhoor. Zo lang de kwestie juridisch niet is afgerond, wil de partner geen toelichting geven.

### GEBRUIK RAPPORT

Dat de blik van de feitenonderzoekers van NautaDutilh beperkt was, blijkt ook uit het besluit waarmee de Autoriteit Financiële Markten BTB in 2018 een boete oplegde van negen ton wegens een gebrek aan een beheerste en integere bedrijfsvoering. Het kantoor had in 2014 buiten de Spits Wall Coverings-zaak drie mogelijke fraudegevallen bij klanten gemeld, maar 'nagelaten achteraf de nodige oorzakenanalyses en zogeheten olievlekonderzoeken te verrichten'.

Hoe erg is de beperkte scope? De onderzoekers vinden dat hun rapport slechts een beperkte betekenis heeft gehad. Is dat zo?

Dankzij het overhandigen van het rapport blies het OM de strafzaak af tegen de inmiddels opgestapte bestuursvoorzitter Romke van der Veen. De man was de registeraccountant die de jaarrekening van Spits goedgekeurde en kritiekloos akkoordging met de aftrek van de royaltykosten. Het transactiebedrag voor het kantoor bleef uiteindelijk beperkt tot

20.000 euro. De strafzaken tegen Klaver en diens financieel directeur zijn ook geseponneerd, net als die tegen de verdachten die werkten bij BTB. De accountant, die het aanspreekpunt was van Spits Wall Coverings, kwam eerder met het OM een schikkingsbedrag van 7.500 euro en een werkstraf van veertig uur overeen.

Voor de tuchtklacht tegen de twee betrokken accountants heeft de officier van justitie zeven pagina's uit het rapport gebruikt. Naar eigen zeggen baseerde hij zich ook op het memo van de belastinginspecteur en het 'feitenonderzoek' van Jaap Stikkelbroeck. De tuchtrechter heeft beide accountants, die inmiddels zijn vertrokken bij het kantoor, berispt. Naar aanleiding van de schadeclaim van Spits Wall Coverings tegen BTB zei de Rechtbank Rotterdam in 2017 dat het advies en het opzetten van de structuur onrechtmatig waren. Volgens de rechtbank moet het accountantskantoor de helft van de schade van Spits Wall Coverings vergoeden. De civiele rechter hecht veel waarde aan de opdrachtbevestiging, noemt

het memo van de belastinginspecteur wel als bron en het feitenrapport van NautaDutilh niet. De schadezaak hangt nog in hoger beroep.

### REGULEREN?

FIOD-onderzoeker Peter van Leusden vindt dat feitenonderzoek door de advocaat van de onderzochte organisatie niet 'onafhankelijk' zou mogen heten. Hij is er niet voor dat toezichthouders zulke rapporten gebruiken. Moet het onderzoek of het gebruik daarvan worden gereguleerd? (Forensisch) accountants zijn al gebonden aan zachte regels en er wordt gewerkt aan een harde standaard voor forensische onderzoeken. Voor advocaten vindt de minister regulering van 'zelfonderzoek' zoals gezegd niet nodig. Onderzoekers Leon Wijsman en Joost Italianer ook niet. Zij vinden hun BTB-onderzoek al helemaal geen reden om voor regulering te pleiten. Voorzitter Frans Sijbers van de Nederlandse Vereniging van Advocaten-Belastingkundigen – toevallig de advocaat van de onder druk opgestapte BTB-voorzitter – sluit zich daarbij aan. Wel vindt hij het wenselijk dat de voordelen van meewerken met het OM duidelijk worden geregeld, bijvoorbeeld in de oriëntatiepunten voor straftoemeting. Het Openbaar Ministerie laat weten dat het transactiebeleid 'in ontwikkeling' is en er niet op tegen te zijn dat de rechter hoge transacties, die vaak volgen op zelfonderzoeken, marginaal toetst. Eind dit jaar wordt hiervoor een wetsvoorstel ter consultatie aangeboden. ■

### IMTECH

De curatoren van Royal Imtech NV hebben in 2019 tuchtklachten ingediend tegen vier (oud-)advocaten van De Brauw Blackstone Westbroek, die het installatiebedrijf adviseerden toen het geconfronteerd werd met een fraude in Polen. De advocaten zouden Imtech onjuist hebben geadviseerd, te veel hebben gedeclareerd en bij het feitenonderzoek de rol van het bestuur buiten beschouwing hebben gelaten. De Raad van Discipline behandelt de klachten in de tweede helft van 2020.