

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 220240D

Beslissing van 2 juni 2023 in de zaak 220240D

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

gemachtigden: mr. E. van Liere en mr. W.F. Hendriksen,
beiden advocaat te Amsterdam

tegen:

deken Amsterdam

De zaak in het kort

In 2014 heeft accountants- en belastingadvieskantoor B. aan een kantoorgenoot van verweerder opdracht gegeven tot het doen van onafhankelijk onderzoek naar de truststructuur die door dat kantoor aan de heer K. was geadviseerd en voor hem was uitgevoerd. Verweerder heeft meegewerkt aan dat onderzoek en aan het rapport waartoe het onderzoek heeft geleid. In dat rapport staat dat het de resultaten bevat van onafhankelijk onderzoek. In 2021 heeft de deken aan verweerder en zijn kantoorgenoot het verwijt gemaakt dat zij geen deugdelijk rapport hebben opgesteld en dat zij kantoor B. hebben geadviseerd in kwesties die verband houden met dat rapport. Het hof beslist dat de deken zijn bezwaar mocht indienen ondanks het tijdsverloop. Het hof gaat in op de vraag of een advocaat in opdracht van zijn cliënt onafhankelijk onderzoek kan doen en, zo ja, welke gevolgen een opdracht daartoe heeft voor de advocaat-cliëntrelatie en de werking van de kernwaarden. Ook gaat het hof in de op de vraag aan welke vereisten een onafhankelijk onderzoek dient te voldoen. Het hof beslist dat een advocaat geen onafhankelijk onderzoek kan doen voor een cliënt wiens belangen hij eerder heeft behartigd en dat een advocaat die een onafhankelijk onderzoek heeft gedaan daarna niet als advocaat kan optreden onder andere in kwesties die verband houden met dat onderzoek. In deze zaak komt het hof tot de conclusie dat verweerder heeft meegewerkt aan een rapport dat is gepresenteerd als het resultaat van onafhankelijk onderzoek, maar niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen van objectiviteit, zorgvuldigheid en volledigheid. Daardoor is het vertrouwen in de advocatuur geschaad. Het dekenbezwaar wordt in zoverre gegrond bevonden. Aangezien het in 2014/15 nog onvoldoende duidelijk was of een advocaat-onderzoeker ook kan adviseren of procederen in kwesties die verband houden met het onderzoek, wordt het bezwaar voor het overige niet gegrond bevonden.

1 DE PROCEDURE BIJ DE RAAD

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 25 juli 2022 van de Raad van Discipline (hierna: de raad) in het ressort Amsterdam (zaaknummer: 21-1014/A/A/D en 21-1015/A/A/D). In deze beslissing is het dekenbezwaar tegen verweerder en zijn hiervoor genoemde kantoorgenoot gegrond verklaard. De raad heeft aan hen beiden de maatregel van waarschuwing opgelegd en hen veroordeeld in de proceskosten.

1.2 Deze beslissing is onder ECLI:NL:TADRAMS:2022:140 op tuchtrecht.nl gepubliceerd.

2 DE PROCEDURE BIJ HET HOF

2.1 Van de twee verweerders in eerste aanleg is alleen verweerder in hoger beroep gekomen. Zijn beroepschrift tegen de beslissing is op 18 augustus 2022 ontvangen door de griffie van het hof.

2.2 Verder bevat het dossier van het hof:

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld achter gesloten deuren op 20 februari 2023. Daar zijn verweerder met zijn gemachtigde mr. E. van Liere en de deken met stafjurist mr. S. verschenen. Verder waren er nog twee toehoorders aanwezig met instemming van partijen.

Mr. Van Liere en de deken hebben de wederzijdse standpunten toegelicht aan de hand van spreek aantekeningen, die ook onderdeel uitmaken van het dossier van het hof.

3 FEITEN

3.1 Het hof stelt de volgende feiten vast.

3.2 In 2006 heeft accountants- en belastingadvieskantoor B. (hierna: kantoor B.) de heer K. en de vennootschappen waar de heer K. (middellijk) (mede-)aandeelhouder van is, geadviseerd over (de oprichting van) een Cypriotische truststructuur (hierna: de truststructuur).

3.3 In januari 2014 heeft kantoor B. bij de AFM twee incidentmeldingen gedaan op grond van artikel 32 lid 4 van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta). Deze incidenten waren niet gerelateerd aan de heer K. en zijn vennootschappen.

3.4 Op 19 augustus 2014 heeft de Belastingdienst kantoor B. op grond van artikel 53 Algemene Wet inzake rijksbelastingen (AWR) verzocht om informatie over de truststructuur van de vennootschappen van de heer K.

3.5 In september 2014 heeft kantoor B. de andere verweerder in eerste aanleg, een kantoorgenoot van verweerder (hierna: de kantoorgenoot) om advies gevraagd in verband met de vraag of bij de AFM een melding moest worden gedaan in het dossier van de heer K. Op advies van de kantoorgenoot heeft kantoor B. op 12 september 2014 een incidentmelding bij de AFM gedaan in de zin van artikel 32 lid 2 Bta, waarna op 16 september 2014 overleg met de AFM heeft plaatsgevonden. Ook heeft kantoor B. op 18 september 2014 een persbericht doen uitgaan over de door kantoor B. getroffen maatregelen naar aanleiding van het incident in verband met het dossier van de heer K.

3.6 Op 22 september 2014 heeft de raad van commissarissen (hierna: de RvC) van kantoor B. naar aanleiding van het verzoek van de Belastingdienst van 19 augustus 2014 aan de kantoorgenoot opdracht gegeven tot het verrichten van een onafhankelijk feitenonderzoek naar de exacte gang van zaken rond de opzet en uitvoering van de fiscale structuur voor de heer K. en de wijze waarop deze structuur bij de controle door kantoor B. van de jaarrekeningen van de vennootschappen van de heer K. onderwerp van controle is geweest.

- 3.7 Op 24 september 2014 heeft kantoor B. de gevraagde informatie over de truststructuur aan de Belastingdienst verstrekt.
- 3.8 Op 30 september 2014 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de toenmalige strafadvocaat van de heer K., mr. D., verweerder en een collega van verweerder.
- 3.9 Verweerder en zijn kantoorgenoot hebben het gevraagde feitenonderzoek verricht en hun bevindingen vastgelegd in een rapport van 23 november 2014 (hierna: het rapport). In de inleiding van het rapport staat onder 1.1 het volgende:
- “1.1. Opdracht voor onafhankelijk onderzoek**
- De Raad van Commissarissen (“RvC”) van [kantoor B., hof] heeft [kantoor waar verweerder aan verbonden is, hof] op 22 september 2014 opdracht gegeven een onafhankelijk onderzoek uit te voeren naar de advisering over het opzetten en het uitvoeren van een (trust)structuur door personen verbonden aan [kantoor B., hof] (het “onderzoek”). Dit rapport bevat de resultaten van het onderzoek”.*
- 3.10 Op 9 december 2014 heeft bij de AFM een overleg plaatsgevonden tussen de AFM en het bestuur van kantoor B. over de risicobeheersing in vervolg op de incidenten waarover eerder melding was gedaan. Tijdens dit overleg is de uitkomst van het rapport met de AFM gedeeld.
- 3.11 Op 15 december 2014 heeft bij kantoor B. een bespreking plaatsgevonden. Daarbij waren onder anderen de heer K., mr. D., de kantoorgenoot en verweerder aanwezig. Tijdens deze bespreking hebben verweerder en zijn kantoorgenoot de eerste bevindingen naar aanleiding van hun feitenonderzoek naar de truststructuur gepresenteerd.
- 3.12 In 2015 is het OM een strafrechtelijk onderzoek gestart naar kantoor B. en de heer K.
- 3.13 Op 7 januari 2015 heeft het bestuur van kantoor B. een gesprek gevoerd met de Belastingdienst en het OM. Tijdens dit gesprek is het bestuur van kantoor B. bijgestaan door verweerder. Het dossier van de heer K. is onderwerp van dit gesprek geweest. Naar aanleiding van dit gesprek heeft kantoor B. op 14 januari 2015 een notitie naar het Ministerie van Financiën gestuurd waarin de genomen en nog te nemen maatregelen naar aanleiding van het dossier van de heer K. zijn vermeld en de uitkomst van het feitenonderzoek wordt gedeeld.
- 3.14 Op 26 maart 2015 heeft de Belastingdienst een vordering ingesteld bij kantoor B. tot uitlevering van het rapport. Op 31 maart 2015 heeft de kantoorgenoot het rapport namens kantoor B. afgegeven aan de Belastingdienst.
- 3.15 Eind oktober 2015 heeft de heer K. in het kader van het tegen hem lopende strafrechtelijk onderzoek kennisgenomen van het rapport.
- 3.16 Eind 2015 heeft verweerder een fiscaal partner van kantoor B. bijgestaan tijdens een verhoor door de FIOD.
- 3.17 Bij arrest van 25 januari 2022 (ECLI:NL:GHSHE:2022:157) heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch in een procedure tussen (onder anderen) de heer K. en kantoor B. geoordeeld dat kantoor B. een constructie heeft geadviseerd die een onzakelijk karakter had en waarvan het enige doel was om belastingheffing in Nederland te ontgaan en dat kantoor B. jegens (onder anderen) de heer K. niet als een redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur heeft gehandeld. Ten aanzien van de schade heeft het gerechtshof geoordeeld dat partijen in gelijke mate hebben bijgedragen tot de schade. De vergoedingsplicht van kantoor B. jegens (onder anderen) de heer K. is daarom met 50% verminderd.
- 3.18 De AFM heeft kantoor B. bij besluit van 6 juli 2018 een bestuurlijke boete opgelegd wegens onvoldoende beheersing van integriteitsrisico's.
- 3.18 De kantoorgenoot heeft zich per 1 januari 2021 laten uitschrijven als advocaat.

4 Het dekenbezwaar

Het dekenbezwaar houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. De deken verwijt verweerder het volgende:

a) Hij heeft niet voldaan aan de (zware) eisen die worden gesteld aan de totstandkoming en inhoud van een rapport zoals opgesteld in opdracht van kantoor B. door:

(i) zich onvoldoende te gedragen naar het uitgangspunt dat bij het doen van onderzoek waarbij personen betrokken zijn hoor- en wederhoor moet worden toegepast, daaronder mede begrepen dat daartoe een reële gelegenheid moet worden geboden;

(ii) niet alle relevante feiten op te nemen in het rapport;

(iii) niet alles te doen om te voorkomen dat het rapport aanleiding geeft tot misverstanden;

(iv) geen onderzoeksprotocol te gebruiken.

b) Hij heeft niet voldaan aan hetgeen van 'onafhankelijk' onderzoekers mag worden verwacht door naast het opstellen van het rapport kantoor B. te adviseren in kwesties die verband houden met het rapport.

5 BEOORDELING

Overwegingen raad

5.1 De raad heeft het dekenbezwaar achter gesloten deuren behandeld. Bovendien heeft de raad wegens de vertrouwelijkheid van de stukken en de geheimhoudingsplicht van partijen deze niet concreet benoemd in zijn beslissing. Ook heeft de raad uit die stukken niet geciteerd.

5.2 De raad heeft de deken ontvankelijk geacht in zijn bezwaar en daartoe het volgende overwogen. Het staat de deken in zijn rol als toezichthouder vrij om bezwaren tegen een advocaat waarvan hij op de hoogte is geraakt in het kader van zelfstandig onderzoek naar een klacht ter kennis van de raad te brengen. Anders dan verweerder heeft betoogd, is het bezwaar niet alleen ingediend ter reparatie van een vervaltermijn van de klacht van de heer K. Volgens de deken betreft de klacht een kwestie waarmee het algemeen belang is gemoeid. Van klachtwaardige intenties van de deken tegen verweerder of van oneigenlijk gebruik van het middel van dekenbezwaar is de raad niet gebleken. Ook is het dekenbezwaar niet disproportioneel ten opzichte van verweerder.

5.3 Ten aanzien van onderdeel a) heeft de raad overwogen dat verweerder ook in 2014 diende te handelen zoals een behoorlijk advocaat betaamt en dat voor hem toentertijd ook de kernwaarden golden die in 2015 in de Advocatenwet zijn gecodificeerd. Verder heeft de raad tot uitgangspunt genomen dat het advocaten niet verboden is om in opdracht van een cliënt een feitenonderzoek te verrichten en daarover aan de cliënt te rapporteren. Indien een dergelijk onderzoek is bedoeld voor intern gebruik dan is het in beginsel ter vrije bepaling aan de advocaat en de cliënt hoe het onderzoek moet worden verricht en waaruit het moet bestaan. Dat is anders als het is bedoeld voor extern gebruik.

5.4 De raad heeft geoordeeld dat het opgestelde rapport niet uitsluitend was bedoeld voor intern gebruik. Uit de stukken kan worden afgeleid dat het van meet af aan de bedoeling was om het rapport met een "onafhankelijkheidsclaim" buiten (de RvC van) kantoor B. met derden (de AFM) te delen om verantwoording af te leggen over, dan wel inzicht te geven in de gang van zaken rondom de aan de heer K.

geadviseerde truststructuur. Ook verweerder had moeten weten dat het rapport bedoeld was om, in ieder geval, met de AFM te delen.

5.5 De raad heeft verder overwogen dat, indien een rapport van een onafhankelijk advocaat-onderzoeker bestemd is voor extern gebruik, het beginsel van hoor en wederhoor dient te worden toegepast met betrekking tot de personen die onderwerp van onderzoek zijn. Verder moet de onderzoeker in dat geval al het redelijke doen om te voorkomen dat het rapport aanleiding kan geven tot misverstanden. Een derde eis is dat het rapport alle relevante feiten vermeldt, ook als dat feiten zijn die de cliënt wel kent maar derden niet. De raad heeft geoordeeld dat het rapport niet aan deze drie zware eisen voldoet. Zo zijn de heer K. en andere direct betrokkenen bij de advisering van de heer K. niet gehoord. Verder zijn er vijf door de deken genoemde relevante feiten niet in het rapport opgenomen. Verweerder is daarvoor ook verantwoordelijk nu deze feiten ook relevant zijn voor het fiscale deel van het rapport waarbij hij was betrokken. Tot slot geeft het rapport aanleiding tot misverstanden over de gang van zaken rondom de opzet en de uitvoering van de truststructuur en over de verhouding tussen de heer K. en de verschillende locaties van het kantoor B. De raad is van oordeel dat de opstellers van het rapport dan ook niet met de vereiste zorgvuldigheid te werk zijn gegaan. Dat geldt ook voor het niet vooraf maken van transparante afspraken over de wijze waarop het onderzoek zou plaatsvinden, bijvoorbeeld in de vorm van een protocol.

5.6 Ten aanzien van onderdeel b) heeft de raad overwogen dat verweerder werkzaamheden voor kantoor B. heeft verricht die niet verenigbaar zijn met het verrichten van een extern onafhankelijk onderzoek. Onafhankelijk onderzoek is volgens de raad immers niet gewaarborgd als een advocaat voorafgaand aan, tijdens of na het onderzoek in de rol van - per definitie - partijdig advocaat betrokken is geweest bij aan dat onderzoek gerelateerde kwesties zoals - in dit geval - het adviseren van kantoor B. over de incidentmelding en de informatieverstrekking aan de Belastingdienst en bijstandsverlening bij een FIOD-verhoor en in strafrechtelijke en civielrechtelijke procedures.

5.7 Al met al heeft de raad geoordeeld dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld doordat hij niet heeft voldaan aan de zware eisen die gesteld worden aan extern onafhankelijk onderzoek.

Beroepsgronden

5.8 Verweerder heeft de volgende beroepsgronden aangevoerd.

1. De deken is niet ontvankelijk in het bezwaar.
2. Het onderzoek was gericht op advocatuurlijke rechtsbijstand en advisering. Ten onrechte is de raad ervan uitgegaan dat het onderzoek was gericht op de heer K.; de raad heeft bij het beoordelen van het bezwaar een onjuist toetsingskader gehanteerd.
3. De raad heeft een onjuiste uitleg en toepassing gegeven aan de kernwaarde onafhankelijkheid.
4. Er was geen sprake van een van meet af aan uitgevoerd onderzoek met het oog op het extern publiek presenteren van de uiteindelijke rapportage middels een onafhankelijkheidsclaim ter publieke verantwoording.
5. De raad heeft het beginsel van rechtszekerheid en het "nulla poena"-beginsel geschonden.
6. De raad heeft ten onrechte overwogen dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden.
7. De beslissing van de raad is ondeugdelijk gemotiveerd.
8. De door de raad opgelegde maatregel van waarschuwing is passend noch geboden.

Voor zover voor de behandeling van de gronden van belang zal hierna op de toelichting van de gronden worden ingegaan.

Verweer in beroep

5.9 De deken heeft alle beroepsgronden weersproken en, samengevat, het volgende naar voren gebracht. Verweerder heeft door zijn handelwijze het vertrouwen in de advocatuur ernstig geschaad. Een in feite partijdig rapport is aangeduid als onafhankelijk en is extern gebruikt. Daardoor konden er misverstanden over de aard en status van het rapport bij derden ontstaan. Het opgeleverde rapport voldoet niet aan de zware eisen die gelden voor een onafhankelijk rapport dat mede aan derden wordt verstrekt. Dit alles kan verweerder worden aangerekend. De deken heeft haar bezwaar ook ingediend om de bestaande jurisprudentie over onafhankelijk onderzoek door advocaten te verfijnen, te verduidelijken dan wel nader toe te lichten.

Ontvankelijkheid deken

5.10 Het hof stelt het volgende voorop. Als er naar het oordeel van de deken sprake is van een optreden van een advocaat in strijd met de normen van art. 46 Advocatenwet en de deken daarover een dekenbezwaar indient, is de deken daarin in beginsel ontvankelijk (HvD 17 maart 2017, ECLI:NL:TAHVD 2017:50). Wel dient het bezwaar te worden ingediend binnen drie jaar nadat hij als deken heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen waarop het bezwaar betrekking heeft. Dat betekent dat bekendheid van een informant of eventuele klager met de feiten waarop het dekenbezwaar is gebaseerd, niet wordt toegerekend aan de deken, en niet leidt tot verkorting van de termijn van drie jaren (HvD 17 mei 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:94).

5.11 Verweerder heeft aangevoerd dat de deken in dit geval in redelijkheid niet een dekenbezwaar tegen verweerder had mogen indienen. Het hof volgt verweerder daarin niet.

5.12 Het door verweerder gestelde belang van rechtszekerheid en zijn belang dat hij in 2021 niet meer kan worden aangesproken op gedrag uit 2014 en 2015 staan in beginsel aan de ontvankelijkheid van het dekenbezwaar niet in de weg. Verweerder heeft onvoldoende toegelicht dat hij door het tijdsverloop onredelijk in zijn verdedigingsbelangen is geschaad. Verweerder heeft aangevoerd dat hij de steun mist van zijn kantoorgenoot die destijds verantwoordelijk partner was van het advocatenkantoor dat kantoor B. adviseerde en bijstond, maar hij heeft onvoldoende toegelicht dat hij daardoor in zijn verdedigingsbelang is geschaad. Uit hetgeen verweerder verder heeft aangevoerd, is het hof ook niet gebleken van enig belang dat door het tijdsverloop zou zijn geschaad.

5.13 Ook is er geen schending van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM. De termijn tussen indiening van de klacht door de heer K. en het indienen van het dekenbezwaar is twee jaar. Dat is niet onredelijk lang gezien het zelfstandig door de deken uitgevoerde onderzoek en de niet altijd even bereidwillige opstelling van (het kantoor van) verweerder bij het verstrekken van de door de deken verlangde informatie. Van omzeiling of reparatie van een vervaltermijn van de klacht van de heer K. is onvoldoende gebleken, integendeel. De deken had gelet op de aard van de problematiek en het algemeen belang voldoende gronden om zelfstandig een bezwaar te formuleren. Er is dan ook geen misbruik gemaakt van de bevoegdheid om een dekenbezwaar in te dienen. Het is tijdig ingediend. De deken is dan ook ontvankelijk in het bezwaar. De beroepsgrond faalt.

Toetsingskader voor het handelen van een advocaat als onafhankelijk feitenonderzoeker.

5.14 Een van de belangrijkste gronden van het beroep is dat de raad een onjuist toetsingskader heeft gehanteerd bij de beoordeling van het dekenbezwaar. Volgens verweerder betrof het mede door hem uitgevoerde onderzoek een intern onderzoek naar de advisering over het opzetten en begeleiden van een truststructuur door kantoor B. en de wijze waarop de structuur is beoordeeld in het kader van de controle van de jaarrekeningen. De heer K. stond daarbuiten. Het betrof een intern onderzoek ter bepaling van de rechtspositie van kantoor B. Dat onderzoek is onafhankelijk van de cliënt uitgevoerd. Ten onrechte heeft de raad het onderzoek als een extern onderzoek met een “onafhankelijkheidsclaim” gezien en daaraan zwaardere eisen gesteld, aldus verweerder.

5.15 Gelet op de discussie in de rechtspraak over de vragen of een advocaat wel onderzoek kan en mag doen (gelet op de kernwaarden partijdigheid en onafhankelijkheid) en zo ja, aan welke eisen een dergelijk onderzoek moet voldoen en of (en in hoeverre) een advocaat-onderzoeker naast de werkzaamheden in zijn rol als onderzoeker nog andere werkzaamheden voor dezelfde opdrachtgever kan verrichten, ziet het hof aanleiding om het toetsingskader voor het handelen van de advocaat als onderzoeker nader te omschrijven.

De advocaat als feitenonderzoeker: andere hoedanigheid

5.16 In de praktijk blijkt er bij cliënten behoefte te bestaan aan de vaststelling van feiten door een advocaat, om te weten te komen wat er in een bepaalde situatie exact is gebeurd. Een dergelijk feitenonderzoek kan voor de cliënt nodig of behulpzaam zijn bij de beslissing over (eventueel) te nemen besluiten of maatregelen. Dergelijke onderzoeken kennen verschillende namen (corporate investigation, compliance onderzoek, forensisch onderzoek et cetera) en bestaan in verschillende vormen.

5.17 Als uitgangspunt heeft te gelden dat een advocaat feitenonderzoek kan verrichten. Voor de vraag welke eisen aan een dergelijk feitenonderzoek mogen worden gesteld is in de tuchtrechtelijke jurisprudentie tot nu belang gehecht aan het onderscheid tussen onderzoek dat bedoeld is voor intern gebruik en onderzoek dat bedoeld is voor extern gebruik. In de praktijk is echter gebleken dat het met enige regelmaat voorkomt dat een onderzoek dat aanvankelijk bedoeld was voor intern gebruik tóch naar buiten komt en de belangen van derden in het maatschappelijk verkeer raakt. Dat maakt het tot nu toe gehanteerde onderscheid niet goed bruikbaar voor het ontwikkelen van gedragsrechtelijke normen voor een advocaat die feitenonderzoek doet.

5.18 Als een advocaat onderzoek doet en zijn bevindingen in een verslag vastlegt, dient hij er rekening mee te houden dat het verslag ook aan anderen dan zijn opdrachtgever ter beschikking zal kunnen komen. Voor de norm waarnaar de advocaat als onderzoeker zich jegens anderen dan de cliënt dient te gedragen, is niet bepalend of het onderzoeksverslag voor extern of intern gebruik is bestemd, maar of de advocaat zich jegens die anderen als onafhankelijk onderzoeker presenteert. Aan een dergelijke presentatie als onafhankelijk onderzoeker zal in het maatschappelijk verkeer en door derden immers het vertrouwen worden ontleend dat er objectief en onpartijdig onderzoek wordt/is verricht en niet een partijdig onderzoek waarbij de onderzoeker zich laat leiden of heeft laten leiden door de belangen van zijn cliënt.

5.19 Van een advocaat mag worden verwacht dat hij duidelijk is over de hoedanigheid waarin hij optreedt en daarover geen enkel misverstand laat bestaan. Die duidelijkheid heeft de advocaat jegens de cliënt en jegens derden te betrachten en dient ook - en juist - te worden gegeven als de advocaat feitenonderzoek verricht. Deze duidelijkheid houdt in dat er óf sprake is van feitenonderzoek dat uitgevoerd wordt ten einde de eigen cliënt te kunnen adviseren over diens rechtspositie, óf sprake is van een

onafhankelijk onderzoek dat als zodanig naar derden wordt gepresenteerd. In het laatste geval is er geen sprake meer van handelen als partijdig advocaat (als raadsman), maar van handelen in een andere hoedanigheid, te weten de hoedanigheid van advocaat-onderzoeker, en zijn andere normen van toepassing.

Aan welke normen is de advocaat-onderzoeker gehouden?

5.20 Een advocaat die met zijn opdrachtgever afspreekt dat hij voor die opdrachtgever onafhankelijk onderzoek zal verrichten, komt in een andere relatie tot zijn opdrachtgever te staan dan de klassieke advocaat-cliëntrelatie. Er ontstaat dan een relatie met een op zichzelf staand karakter (sui generis), waarin de kernwaarde partijdigheid in beginsel niet meer geldt.[1] Ook de kernwaarde van de vertrouwelijkheid kan niet onverkort op de advocaat-onderzoeker van toepassing zijn, omdat die op gespannen voet staat met de plicht van een advocaat-onderzoeker om objectief en onafhankelijk onderzoek te doen.

5.21 Het hof wijst in dit verband ook op de redactie van artikel 10a van de Advocatenwet, waarin de zogenoemde kernwaarden worden opgesomd. Die kernwaarden zien blijkens de tekst van de eerste zin van deze bepaling op de situatie dat de advocaat in het belang van een goede rechtsbedeling zorgdraagt voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Artikel 10a betreft dus de rol van de advocaat als raadsman en - zie artikel 10a sub e - vertrouwenspersoon (de klassieke advocaat-cliëntrelatie, die hierna ook wel kortweg als adviesrelatie zal worden aangeduid). Als de advocaat als onderzoeker optreedt, is van die klassieke situatie geen sprake. Dit betekent dan dat de kernwaarde van jegens de cliënt te betrachten vertrouwelijkheid geen doorslaggevende waarde meer zal hebben. Dit in tegenstelling tot de onafhankelijkheid, die juist voorop zal staan. De hoedanigheid van onderzoeker brengt ook mee dat de advocaat zich transparant, integer (objectief), onafhankelijk (zelfstandig), deskundig en zorgvuldig dient te gedragen. Die verplichting heeft hij niet alleen naar de opdrachtgever maar (juist) ook naar alle andere betrokkenen bij het onderzoek en derden.

5.22 Indien de advocaat in zijn hoedanigheid als onderzoeker naar buiten toe optreedt en feiten gaat onderzoeken en daarover gaat rapporteren, zijn er voldoende aanknopingspunten tussen dat optreden en zijn beroepsuitoefening om het tuchtrecht op hem toe te passen. Dat brengt mee dat als de advocaat-onderzoeker onderzoek heeft gedaan dat niet voldoet aan de hierna genoemde eisen, het vertrouwen in de advocatuur is geschaad en sprake is van een handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt (zie HvD 2 december 2022, ECLI:NL:TAHVD:2022:166).

Eisen aan wijze van rapporteren en aan onderzoek

5.23 Onder verwijzing naar 5.19 heeft te gelden dat de advocaat in het rapport zijn hoedanigheid van onafhankelijk onderzoeker moet vastleggen. Hij dient daarover ook duidelijk te zijn in zijn presentatie naar betrokkenen bij het onderzoek (zoals de onderzoekssubjecten). Daarbij dient de advocaat toe te lichten wat deze hoedanigheid feitelijk betekent voor die betrokkenen en wat zij van hem wel en niet mogen verwachten in het kader van transparantie en integriteit.

5.24 Aan onderzoeken van de advocaat in zijn hoedanigheid als onafhankelijk onderzoeker wordt in het maatschappelijk verkeer veel vertrouwen ontleend. Daarom dienen die onderzoeken onafhankelijk, onpartijdig en objectief te worden verricht. Dat betekent dat de opdrachtgever geen zeggenschap heeft over de inhoud van het rapport, dat het rapport transparant moet zijn over wat niet is onderzocht en welke informatie niet is gebruikt en dat het rapport een zo volledig mogelijk beeld moet geven van het onderwerp van onderzoek (het rapport moet alle relevante feiten en omstandigheden bevatten). Verder moet er hoor en wederhoor hebben

plaatsgevonden met degenen die onderwerp zijn van onderzoek. Evenmin mag de rapportage aanleiding geven tot misverstanden.

5.25 In de literatuur wordt er verder nog op gewezen dat voor het verrichten van onafhankelijk onderzoek een onderzoeksplan/plan van aanpak/protocol van belang is waarin onder meer wordt beschreven: doel/reikwijdte van het onderzoek, de methode van onderzoek (een uitwerking van het doel/reikwijdte en aard van het onderzoek/concretisering van het plan van aanpak), wijze van rapporteren (bijvoorbeeld wel of niet een conceptversie) en afspraken over gebruik van het rapport, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht.

5.26 Het hof is van oordeel dat het niet op zijn weg ligt om te komen tot het formuleren van een professionele standaard of best practices voor het doen van feitenonderzoek door een advocaat (vergelijkbaar met bijvoorbeeld de handreikingen van de Nederlandse Beroepsorganisaties van Accountants (NBA)). Het is aan de beroepsgroep (de NOvA) om die standaard te ontwikkelen, dan wel aan de wetgever om nadere regels te stellen. In dat verband dient ook het debat te worden gevoerd over de vraag of het verschoningsrecht toekomt aan een advocaat in zijn hoedanigheid van onderzoeker. Daarover is debat mogelijk en nodig omdat de plicht voor de advocaat-onderzoeker tot het doen van objectief onderzoek en daar zo volledig mogelijk over te rapporteren op gespannen voet staat met een verschoningsrecht van de advocaat-onderzoeker. In het recent verschenen WODC-rapport "*Zelfonderzoek en zelfmelden van fraude en corruptie door bedrijven*" is daar ook op gewezen: door middel van regulering dient er duidelijkheid te komen over het bereik en het gebruik van het verschoningsrecht door de advocaat-onderzoeker.

Kan de advocaat-onderzoeker tevens als raadsman optreden voor de opdrachtgever?

5.27 Voorop wordt gesteld dat het optreden als onafhankelijk advocaat-onderzoeker voor een opdrachtgever niet mogelijk is als sprake is van een bestaande adviesrelatie tussen de advocaat of een kantoorgenoot van de advocaat met die opdrachtgever. De kernwaarde onafhankelijkheid die bij een advocaat-onderzoeker voorop staat verhindert dit. Daarnaast kan de advocaat-onderzoeker of een kantoorgenoot niet na verricht onderzoek als (partijdig) raadsman optreden voor dezelfde opdrachtgever in aangelegenheden die verband houden met het door de advocaat uitgevoerde onderzoek, tenzij de situatie zich voordoet als beschreven in 5.28. De zojuist genoemde onafhankelijkheid van de onderzoeker ten opzichte van zijn opdrachtgever, de subjecten van onderzoek en belanghebbende derden komt immers ook in het gedrang als de onderzoeker of een kantoorgenoot van hem gaat optreden als partijdig advocaat voor die opdrachtgever in een kwestie die met het onderzoek verband houdt. Een verstrengeling van het partijbelang van de cliënt met de door de advocaat als onafhankelijk onderzoeker in acht te nemen belangen dient te worden voorkomen.

5.28 In het kader van het voorkomen van vorenbedoelde belangenverstrengeling geldt, meer in het

bijzonder en naar analogie van gedragsregel 15, dat een advocaat na het doen van onafhankelijk onderzoek voor een cliënt door hemzelf of een kantoorgenoot alleen voor die cliënt kan optreden als

- i) het om een andere zaak gaat dan waarin onderzoek is gedaan;
- ii) de zaak geen verband houdt met het verrichte onderzoek en een toekomstig verband daarmee evenmin aannemelijk is; en
- iii) niet is gebleken van redelijke bezwaren van derden die direct betrokken zijn bij of onderwerp zijn geweest van het verrichte onderzoek.

De advocaat als raadsman

5.29 Als de advocaat in het kader van advies aan zijn cliënt onderzoek naar bepaalde feiten en omstandigheden doet, dan is sprake van partijdig optreden. Deze rol moet duidelijk worden onderscheiden van een rol als advocaat-onderzoeker. In het eerste geval zal een advies veelal een duiding van de onderzochte feiten bevatten op grond waarvan de cliënt zijn rechtspositie kan bepalen. Er is in die situatie geen sprake van een onafhankelijk onderzoek. De advocaat mag daar op geen enkele wijze misverstand over laten bestaan (gedragsregel 9) en mag zich in deze situatie ook niet als onderzoeker presenteren. De advocaat is hier de klassieke belangenhartiger van zijn cliënt, waarbij de kernwaarden partijdigheid en vertrouwelijkheid vooropstaan. In deze situatie mag de advocaat, conform vaste rechtspraak van het hof, in bijzonder niet onnodig of op onevenredige wijze de belangen van derden schaden (zie bijvoorbeeld *HvD 6 november 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:223* en *HvD 3 april 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:79*).

De beoordeling van de beroepsgronden

5.30 Met beroepsgrond 5 heeft verweerder gesteld dat het toepassen van tuchtrechtelijke normen uit 2017 op zijn handelen uit 2014/2015 in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het “nulla poena”-beginsel (een sanctie mag slechts gebaseerd zijn op een norm die ten tijde van de handeling reeds bestaat en kenbaar is).

Welke normen golden er in 2014/15 toen verweerder onderzoek deed?

5.31 Ten tijde van het handelen van verweerder diende hij zich als advocaat te gedragen naar de norm van artikel 46 Advocatenwet. Die norm gold destijds ook voor een advocaat in een andere hoedanigheid of functie dan diens gebruikelijke: indien de advocaat zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. (zie *HvD 7 april 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:166*).

5.32 Het hof is van oordeel dat ook in 2014 een als onafhankelijk gepresenteerd onderzoek waarbij belangen van derden zijn betrokken objectief (zo volledig mogelijk), zorgvuldig (toepassen van hoor en wederhoor) en deskundig diende te geschieden.

5.33 De in 5.27 en 5.28 bedoelde normen voor de onverenigbaarheid van de rol van onderzoeker met die van advocaat als raadsman waren ten tijde van het aan verweerder verweten handelen, in 2014/2015, echter nog niet voldoende uitgekristalliseerd, zodat het handelen van verweerder niet aan die normen kan worden getoetst.

5.34 Dat betekent dat verweerder in 2014/2015 niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door niet alleen onderzoek te doen voor kantoor B. maar dat kantoor ook te adviseren en bij te staan in kwesties die verband hielden met dat onderzoek. Onderdeel b van het dekenbezwaar is dan ook ongegrond. De beslissing van de raad kan op dat onderdeel niet in stand blijven. In zoverre slaagt deze beroepsgrond.

Het voor kantoor B. verrichte onderzoek

5.35 Met de beroepsgronden 2, 3, 4 en 6 voert verweerder aan dat de raad er ten onrechte van is uitgegaan dat het onderzoek door verweerder (mede) was gericht op de heer K. en dat het van meet af aan de bedoeling was om het rapport met een onafhankelijkheidsclaim met derden te delen. Volgens verweerder betrof het onderzoek uitsluitend interne aangelegenheden. Daar stond de heer K. buiten. Het rapport is ook niet gepubliceerd. Het onderzoek zag op werkzaamheden van kantoor B. ter bepaling van de rechtspositie van kantoor B. teneinde kantoor B. te kunnen adviseren en bijstaan. Dat onderzoek is onafhankelijk ten opzichte van het kantoor B.

gedaan. Ten onrechte heeft de raad aan de inrichting en uitvoering van het onderzoek (zware) eisen van zorgvuldigheid gesteld. De raad heeft het begrip onafhankelijk ten onrechte als objectief en onpartijdig uitgelegd.

5.36 Dit betoog slaagt niet. Uit de stukken in het dossier blijkt dat de truststructuur waarover kantoor B. aan de heer K. advies had uitgebracht het onderwerp van onderzoek was. Zo is onderzoek gedaan naar de beginfase c.q. de opzet van die truststructuur, de instandhouding daarvan en de rol en verantwoordelijkheden van kantoor B. daarbij. Het onderzoek was dus (mede) gericht op de heer K. Uit de stukken in dit dossier heeft het hof ook kunnen afleiden dat het vanaf het begin voor verweerder duidelijk was dat het onderzoeksrapport waarschijnlijk zou worden gedeeld met de AFM en/of de Belastingdienst. Het moest juist mede met het oog op deze partijen als (mogelijke) lezers worden opgesteld. Ter zitting bij het hof heeft verweerder dat ook erkend met de kanttekening dat hij de AFM als een interne partij zag. Het rapport is niet extern gepubliceerd, aldus verweerder.

5.37 In de inleiding van het rapport (geciteerd in 3.9) staat dat verweerder en zijn kantoorgenoot onafhankelijk onderzoek hebben gedaan. Deze onafhankelijkheidsclaim bracht mee dat er zo volledig mogelijk (objectief) onderzoek moest worden gedaan en dat daarover dienovereenkomstig gerapporteerd werd. Het hof volgt verweerder dan ook niet in zijn stelling dat de mededeling over de onafhankelijkheid van het onderzoek aldus moest worden begrepen dat de onderzoekers zelfstandig van de opdrachtgever opereerden (de “deontologische” onafhankelijkheid van een advocaat ten opzichte van zijn opdrachtgever) en dat de opdrachtgever geen invloed mocht uitoefenen op (de resultaten van) het onderzoek. Die uitleg lag geenszins voor de hand.

5.38 Uit de opzet van het onderzoek blijkt dat de onderzoekers interviews hebben gevoerd met het merendeel van de direct betrokkenen. Uit de stukken blijkt echter ook dat een aantal belangrijke direct betrokkenen niet is gehoord. Dat betreft niet alleen de heer K. zelf, voor wie de truststructuur is opgezet, maar ook een medewerkster van kantoor B. die blijkens de stukken direct betrokken was bij de advisering rond de truststructuur. Het gevoerde verweer dat aan de heer K. wel is aangeboden om hem te horen en dat er contact is geweest met zijn toenmalige (strafrechtelijke) raadsman is niet toereikend. De taak om onafhankelijk onderzoek te doen brengt immers mee dat de onderzoekers gehouden waren om actief de visie en handelwijze van de heer K. bij hun onderzoek te betrekken. Door dit na te laten is bijvoorbeeld in het rapport onduidelijkheid blijven bestaan wie het initiatief heeft genomen voor de opzet en uitvoering van de truststructuur. Evenmin kan het hof billijken dat de hiervoor bedoelde medewerkster van kantoor B. niet is gehoord. Verweerder heeft als verklaring daarvoor gegeven dat haar rol beperkt zou zijn geweest en dat zij ten tijde van het onderzoek was vertrokken bij kantoor B. Dat is een ontoereikende rechtvaardiging om haar niet te horen. Uit de stukken blijkt dat deze medewerkster meer dan incidenteel betrokken is geweest bij de advisering van de heer K. Ook ten aanzien van deze medewerkster hadden onderzoekers zich actief moeten opstellen om in het kader van een objectief onderzoek zorgvuldig en zo volledig mogelijk te kunnen rapporteren. Door dat na te laten is niet met de vereiste zorgvuldigheid gehandeld.

5.39 In dit hoger beroep heeft verweerder verder niet met zoveel woorden weersproken dat in het rapport relevante feiten ontbreken en dat het rapport aanleiding kan geven tot misverstanden. In het beroepschrift verwijst verweerder weliswaar naar zijn reactie van 8 september 2021 op het concept-dekenbezwaar en stelt hij dat de raad diverse door verweerder genoemde feiten en omstandigheden niet

heeft behandeld, maar hij laat na om dat nader te onderbouwen. Op voornoemde onderdelen van het dekenbezwaar is het oordeel van de raad dan ook niet gemotiveerd bestreden. Daarbij onderschrijft het hof het oordeel van de raad op die onderdelen, gelet op hetgeen uit de stukken is gebleken. De beroepsgronden 2, 3, 4 en 6 zijn tevergeefs opgeworpen.

5.40 Verweerder heeft in dit hoger beroep verder betoogd dat de raad ten onrechte geen rekening heeft gehouden met zijn stelling dat hij zich in het onderzoek voor kantoor B. enkel heeft bezig gehouden met het fiscale deel daarvan. Verweerder heeft gewerkt onder regie van zijn kantoorgenoot (zijn mede-verweerder in eerste aanleg). Verweerder vindt het onbegrijpelijk dat de raad de verantwoordelijkheidsverdeling tussen hem en zijn kantoorgenoot buiten beschouwing heeft gelaten. Daarbij heeft verweerder ook gesteld dat hij niet betrokken is geweest bij de totstandkoming van de opdracht tot het uitvoeren van het onderzoek. De beslissing van de raad is ondeugdelijk gemotiveerd door met deze omstandigheden geen rekening te houden, zo stelt hij (beroepsgrond 7).

5.41 Ook dit betoog slaagt niet. In overweging 5.14 van zijn beslissing heeft de raad het verweer van verweerder verworpen dat hij alleen voor het fiscale deel van het rapport betrokken was en daarom geen verantwoordelijkheid zou dragen voor de lacunes in het rapport. Die lacunes acht de raad namelijk ook relevant voor het fiscale deel. Wat hier overigens van zij, uit het rapport blijkt niet wie de opstellers van het rapport zijn en uit het rapport valt evenmin op te maken wie voor welk deel de verantwoordelijkheid draagt. Een afzonderlijk fiscaal deel van het rapport valt niet te ontwaren, integendeel. Nagenoeg het hele rapport betreft het onderzoek naar de fiscale structuur. Uit de urenbegroting die bij de engagement letter zit, blijkt dat verweerder het grootste deel van het onderzoek zou doen en kennelijk ook heeft gedaan. Naar het oordeel van het hof is verweerder dan ook geheel verantwoordelijk voor de inhoud van het rapport. De onduidelijkheid over de precieze omvang van zijn rol komt voor zijn rekening. Als verweerder daar belang aan hechtte, had het op zijn weg gelegen daarover helderheid te verschaffen in het rapport zelf. Ook overigens blijkt uit de stukken dat verweerder wel betrokken moet zijn geweest bij de totstandkoming van de engagement letter. Hij werd betrokken in het e-mailverkeer daarover (hij stond in cc) en er moet met hem overleg zijn gevoerd door zijn kantoorgenoot over de begroting van het aantal uren dat was gevoegd bij de engagement letter. Beroepsgrond 7 is tevergeefs opgeworpen.

Tussenconclusie: het voor kantoor B. verrichte onderzoek voldeed niet aan de daaraan te stellen eisen

5.42 Het hof is van oordeel dat het onderzoek naar de truststructuur van de heer K. dat verweerder voor kantoor B. heeft verricht niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Het rapport is gepresenteerd als het resultaat van onafhankelijk onderzoek. Een dergelijk onderzoek dient objectief, zorgvuldig en volledig te zijn. Aan die eisen voldeed het onderzoeksrapport niet. Verweerder heeft de schijn gewekt dat het een objectief en onpartijdig rapport was terwijl het dat niet was. Dat valt verweerder tuchtrechtelijk aan te rekenen. Hij heeft door zijn handelwijze het vertrouwen in de advocatuur geschaad en daarmee niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt.

Conclusie

5.43 Alle beroepsgronden falen, behoudens beroepsgrond 5 die gedeeltelijk slaagt. Zoals in 5.34 reeds is overwogen kan de beslissing van de raad ten aanzien van onderdeel b van het dekenbezwaar niet in stand blijven. Op dat punt zal de beslissing van de raad dan ook worden vernietigd.

Maatregel

5.44 Met beroepsgrond 8 is verweerder opgekomen tegen de door de raad opgelegde maatregel. Hij heeft aangevoerd dat het dekenbezwaar is ingegeven door de behoefte aan rechtsvorming in de onderzoekspraktijk voor advocaten. Het opleggen van een maatregel is daarvoor niet nodig. Daarbij steunt het oordeel van de raad op voor verweerder in 2014 niet kenbare, toekomstige normeringen, die weer steunen op een daartoe deels door de raad aangenomen werkelijkheid die niet wordt gedragen door de feiten en de motivering van de bestreden uitspraak. Ook heeft verweerder opnieuw gewezen op de rolverdeling tussen hem en zijn kantoorgenoot.

5.45 Ook op dit punt volgt het hof verweerder niet. Dat het dekenbezwaar mede is ingegeven met het oog op rechtsvorming kan niet aan afdoen aan het feit dat het onderzoek ook destijds niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Gebleken is dat het onderzoek was bedoeld om kantoor B. uit de wind te houden naar aanleiding van onderzoek van de AFM en de Belastingdienst/FIOD naar de door kantoor B. opgezette truststructuur om belasting te ontwijken. Daardoor is het vertrouwen in de advocatuur in belangrijke mate geschaad. Het hof acht de eigen handelwijze van verweerder laakbaar en ziet aanleiding om de opgelegde maatregel te verzwaren naar een berisping. Hieraan kan niet afdoen dat onderdeel b van het dekenbezwaar ongegrond wordt bevonden. Beroepsgrond 8 is tevergeefs ingesteld. Ook ten aanzien van de opgelegde maatregel zal de beslissing van de raad worden vernietigd.

Proceskosten hof van discipline

5.46 Omdat het hof een beslissing bekrachtigt waarin een maatregel is opgelegd zal het hof verweerder op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de kosten van de procedure bij het hof conform de Richtlijn kostenveroordeling Hof van Discipline:

- a) € 1.000,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten;
- b) € 1.000,- kosten van de Staat.

5.47 Verweerder moet op grond van artikel 48ac lid 4 Advocatenwet het bedrag van € 2.000,- binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 079000, BIC: INGBNL2A, Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling hof van discipline" en het zaaknummer.

6 BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- **vernietigt de beslissing van 25 juli 2022 van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam, voor zover gewezen onder nummer 21-1014/A/A, en voor zover deze betrekking heeft op onderdeel b van dekenbezwaar en de opgelegde maatregel;**
- **en doet opnieuw recht:**
 - **verklaart onderdeel b van het dekenbezwaar ongegrond;**
 - **legt aan verweerder de maatregel van berisping op;**
 - **bekrachtigt de beslissing van 25 juli 2022 van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam, voor zover gewezen onder nummer 21-1014/A/A voor het overige;**
 - **veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in de procedure bij het hof van € 2.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.**

Deze beslissing is gewezen door mr. J. Blokland, voorzitter, mrs. G.C. Endedijk, E.L. Pasma, A.P. Wessels en V. Wolting, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 2 juni 2023.

griffier
voorzitter

De beslissing is verzonden op 2 juni 2023.

[1] Dat is op zichzelf niet ongebruikelijk. Immers advocaten zijn in de praktijk ook in andere hoedanigheden werkzaam (denk aan mediator, curator of bestuurder van een stichting) waarbij de kernwaarden ook een andere inhoud krijgen.