Advies inzake de toekomstige relatie tussen de Staat en (het kantoor van) de Landsadvocaat

Prof T.R.Ottervanger

31 augustus 2021

1. Inleiding

Het kantoor Pels Rijcken waaraan zowel advocaten als notarissen zijn verbonden heeft als kantoor van de advocaat aan wie bij Koninklijk besluit de titel 'landsadvocaat' is verleend, een bijzondere positie. Het kantoor is in opspraak geraakt door binnen het kantoor gepleegde fraude welke mede vanwege die bijzondere positie veel aandacht heeft gekregen in de politiek en de media. De fraudekwestie is de aanleiding geweest voor dit advies.

Naast de praktijk voor de Staat (inbegrepen bij voorbeeld de belastingdienst en het Openbaar Ministerie), de zogenoemde 'landspraktijk' of 'Staatspraktijk' waarop de titel landsadvocaat betrekking heeft, wordt Pels Rijcken veelvuldig ingeschakeld door provincies, gemeenten en bv publiekrechtelijke toezichthouders waarbij het 'gezag' van de landsadvocatuur een rol kan spelen.

Het merendeel van de juridische aangelegenheden wordt voor wat betreft de Staat binnen de Ministeries zelf afgehandeld. Wanneer zaken worden uitbesteed is de Staat vrij in de keuze van een advocaat, maar met name om de eenheid in vertegenwoordiging te bevorderen wordt het van belang geacht dat niet in elke procedure een ander kantoor de belangen van de Staat behartigt. Daarom wordt de Staat in beginsel zoveel mogelijk door hetzelfde advocatenkantoor bijgestaan [1]

Het grootste deel van de zaken waarin Pels Rijcken wordt ingeschakeld betreft civiele procedures waarin vertegenwoordiging door een advocaat wettelijk verplicht is. Naast deze civiele procedures, wordt het kantoor soms ook ingeschakeld in bestuursrechtelijke zaken met name daar waar de bijzondere expertise van de landspraktijk en uniformiteit in de behandeling gewenst is.

Opdracht

Aan ons is voor een deskundigenadvies de volgende vraag voorgelegd:

[1] Ca twee-derde van de kosten van externe juridische bijstand – niet uitsluitend advocatuurlijke of notariële bijstand - betreft het kantoor van de landsadvocaat. Vragen van het lid Groothuizen (D66) aan de Minister voor Rechtsbescherming over *procedeergedrag van de rijksoverheid* (ingezonden 20 augustus 2019).
Antwoord van Minister Dekker (Rechtsbescherming) (ontvangen 2 oktober 2019) Zie ook Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2018–2019, nr. 3930. In 2018 gaf de Staat 25 miljoen euro uit voor het inhuren van de landsadvocaat. In 2017 was dat 23 miljoen euro. Het ministerie van Justitie en Veiligheid geeft in 2018 5,5 miljoen en het ministerie van Defensie 4,7 miljoen euro. Andere overheden doen minder vaak een beroep op de landsadvocaat.

wat zijn passende eisen en verantwoordingsverplichtingen op het gebied van praktijkuitoefening en bedrijfsvoering die de Staat als client kan stellen aan (het kantoor van) de landsadvocaat in het licht van de publieke functie van de Staat?

Anders dan de (lopende) onderzoeken van Deloitte/Van Doorne, het kantoor Pels Rijcken zelf, de Deken in Den Haag, het BFT en het Openbaar Ministerie en, meer in het algemeen, de onderzoeken van onafhankelijke toezichthouders naar de kwaliteit en het functioneren van het toezicht en de WODC onderzoeken betreffende de advocatuur, is de opdracht niet een reconstructie van de fraude te maken of het toezicht op advocatuur en notariaat tegen het licht te houden.

Centraal staat de wijze waarop de relatie tussen de Staat en de landsadvocaat, en zijn kantoor, is vormgegeven. Formeel is dat op dit moment op basis van Koninklijke besluiten uit 1965 en 2018 en de overeenkomst tussen landsadvocaat Reimer Veldhuis en de Staat uit 2018. De Minister van Justitie en Veiligheid (hierna: 'de Minister van Justitie' of 'de Minister') is als *primus inter pares* van de overheidsinstellingen die gebruik maken van de diensten van de landsadvocaat direct verantwoordelijk en eerste aanspreekpunt voor de relatie.

Het kantoor van de landsadvocaat is daarnaast uiteraard onderworpen aan een generiek systeem van regelgeving en toezicht voor zowel advocatuur als notariaat waarvoor de Minister van Justitie politiek verantwoordelijk is. Feitelijk zijn evenwel de KNB en de NOvA verantwoordelijk voor beleid, beroepsregels en handhaving binnen een stelsel dat gekenmerkt wordt door zelfregulering. De KNB en de NOvA stellen de gedrags- en beroepsregels vast, het toezicht wordt uitgeoefend door de KNB, het Bureau Financieel Toezicht (BFT) dat als zelfstandig bestuursorgaan toezicht houdt op financiën, de kwaliteit en de integriteit van het notariaat, en de Dekens. Zowel het notariaat als de advocatuur kent tuchtrechtspraak. De Minister heeft een indirecte relatie tot dit generieke systeem van toezicht en handhaving.

Naast de formele grondslagen hebben wij aandacht besteed aan de manier waarop de communicatie, het overleg, tussen 'opdrachtgever' en 'opdrachtnemer' in de praktijk gestalte krijgt.

Werkwijze

Wij hebben op basis van anonimiteit vertrouwelijke gesprekken gevoerd met diverse (in)direct betrokkenen binnen de overheid, het notariaat/de advocatuur, de rechtspraak, Pels Rijcken en de academische wereld.

Wij hebben open bronnen over de fraudezaak en het generieke systeem van toezicht bestudeerd, evenals Kamervragen en -antwoorden, wetenschappelijke publicaties, onderzoeksjournalistiek en (recente) beleidsvoornemens van de NOvA, het College van Toezicht op de Advocatuur en de KNB naar aanleiding van de fraude bij Pels Rijcken.

Speciale aandacht hebben wij ook gegeven aan de Kamerbrief van 13 maart 2020 '*Aanbesteding betalingsverkeer – Ernstige beroepsfout en MVO'*. Hierin worden aanvullende eisen gesteld aan opdrachtnemers van de Staat op het terrein van de financiële dienstverlening. Doelstelling was te bezien of er overeenkomsten of verschillen zijn met de relatie tussen de Staat en de landsadvocaat.

Wij hebben kennis genomen van de discussie over hervormingen van de accountancy. Hier spelen discussies over de scheiding van advisering en de controlepraktijk en is gekozen om in raden van bestuur niet-accountants aan te stellen.[2]

Wij hebben geen inzage gekregen in de diverse lopende onderzoeken. Wel is in algemene zin over de inhoud gepraat met betrokken gesprekspartners. Centraal in die gesprekken stonden inzichten die mogelijk relevant zouden kunnen zijn voor onze opdracht.

In gesprekken (evenals in het maatschappelijk debat) lopen verschillende onderwerpen door elkaar: de (on)wenselijkheid van de gepercipieerde monopolie positie van de landsadvocaat, elementen van de concrete fraudezaak, de 'sterkte' van het BFT, het stelsel van generiek toezicht in het algemeen (en onderdelen daarvan zoals de kwaliteit van het toezicht door bijvoorbeeld de dekens).[3] Onze specifieke opdracht laat niet toe al deze kwesties te behandelen. Maar we kunnen er ook op onderdelen niet altijd aan voorbij gaan.

2. De positie en praktijk van de landsadvocaat

De formele positie

[2] https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/corporate-governance/toezicht-op-accountants. Zie ook: https://fd.nl/ondernemen/1394382/hoekstra-plaatst-veel-meer-accountants-onder-verscherpt-toezicht

[3] Vergelijk ook de diversiteit in de Kamervragen die over de fraudezaak gaan.

Bij Koninklijk besluit van 2 april 1965 is het Koninklijk besluit van 1 augustus 1879 ingetrokken en een nieuwe regeling inzake de landsadvocatuur vastgesteld. Artikel 2 bepaalt dat aan de advocaat die geregeld voor de Staat als zodanig optreedt, de titel van landsadvocaat kan worden verleend en dat die verlening te allen tijde kan worden ingetrokken. Ingevolge artikel 3 kan de Minister van Justitie, na overleg met de landsadvocaat, aan andere advocaten de titel van plaatsvervangend landsadvocaat verlenen.

Bij Koninklijk besluit van 27 juni 2018 is de titel per 1 september 2018 verleend aan mr R.W Veldhuis. De landsadvocaat is een 'gewone' zelfstandig gevestigde advocaat, geen ambtenaar of bestuurder, met (onder meer) de Staat als cliënt.

Op grond van artikel 10 van Richtlijn 2014/24/EU (geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012) geldt geen aanbestedingsplicht voor bepaalde specifieke overheidsdiensten inbegrepen juridische diensten. Het HvJ EU heeft, gelet op de bijzondere aard van juridische dienstverlening in het algemeen en met name ten behoeve van de overheid wanneer publieke belangen een rol spelen, de geldigheid van artikel 10 bevestigd (ECLI:EU:C:2019:472).

Tussen de Staat en de landsadvocaat is bij overeenkomst (per 1 september 2018) bepaald dat *'(de landsadvocaat) zich verbindt zijn kantoor zodanig in te richten dat de zaken van de Staat door hem of zijn kantoorgenoten naar behoren kunnen worden behandeld'* (artikel 1.2). Hij is '..*op grond van de belofte, door hem als advocaat afgelegd, verplicht tot geheimhouding met betrekking tot zaken die hij voor de Staat behandelt'* (artikel 1.3).

De overeenkomst geeft de landsadvocaat geen 'recht' op inschakeling door de Staat. Wel is vastgelegd dat de landsadvocaat geen zaken zal aannemen voor derden waarbij het risico bestaat dat de belangen van de Staat, van welke aard ook, geschaad zouden kunnen worden (artikel 2).

De overige bepalingen zijn betrekkelijk algemeen van aard en betreffen de inrichting van een zogeheten 'helpdesk', het delen van kennis, deurenadministratie, declaratiebeleid, beroepsaansprakelijkheid, toegang tot een portal. Waar relevant zal deze overeenkomst hieronder nader ter sprake komen.

De 'landspraktijk'.

De landspraktijk bestaat uit een (civiele en bestuursrechtelijke) procespraktijk en een adviespraktijk. Vaak in verwerende positie wordt voor de Staat geprocedeerd over een veelheid van onderwerpen, bij voorbeeld inzake

aansprakelijkheid (onrechtmatige overheidsdaad), contractenrecht, nadeelcompensatie, subsidieregelingen, onderwijsrecht, gereguleerde sectoren, mensenrechten, klimaat maatregelen, rechtspositie van ambtenaren, beslag en executie (waaronder in strafvorderlijk kader), geschillen in de justitiële keten (inzet dwangmiddelen, tenuitvoerlegging, penitentiair recht en internationale rechtshulp in strafzaken), vreemdelingenrecht, ruimtelijke ordening, aanbestedingen, privacy en gegevensuitwisseling (AVG, politiegegevens, justitiële en strafvorderlijke gegevens en gegevens van inlichtingendiensten), Europees recht (landbouw, staatssteun, mededinging), publiek/private samenwerking.

De adviespraktijk, advocatuur en notariaat, betreft eveneens een veelheid aan onderwerpen, waaronder de hiervoor genoemde en bijvoorbeeld staatsdeelnemingen, de informatieverplichtingen van de regering, de comptabiliteitsregelgeving. Het advieswerk bevat naast het opstellen van concrete juridische adviezen ook het meedenken met ambtenaren over de aanpak van een bepaalde problematiek. Zo is in het voorbije jaar geadviseerd over de verenigbaarheid van mogelijke coronamatregelen met het EVRM en de Grondwet en de aanpak van corona in penitentiaire inrichtingen. Waar nodig wordt samengewerkt met het notariaat of worden werkzaamheden zelfstandig door het notariaat verricht. Bij voorbeeld de begeleiding in het kader van rechtspersonen waarbij de Staat betrokken is als aandeelhouder of contractspartij, verdelingsvraagstukken bij radiofrequenties door middel van loting, door de Staat geïnitieerde aan- en verkoopprocedures van vastgoed.

3. Een bijzondere relatie

Als boven aangegeven is geen sprake van een wettelijk of contractueel verankerd monopolie, noch heeft de landsadvocaat een quasi-exclusieve status. Dat neemt niet weg dat zijn positie, en daarmee die van zijn kantoor, ten opzichte van de Staat, en indirect evenzeer ten opzichte van lagere overheden en publiekrechtelijke organisaties, een speciale is. In zekere zin is sprake van een bevoorrechte positie maar wel één die permanent ‘verdiend’ moet worden door de vertrouwensrelatie en de kwaliteit en prijs van de dienstverlening in zake zowel advisering als procesvoering.

De relatie tussen de Staat en de landsadvocaat wordt gelet op de publieke functie van de Staat en het karakter van de dossiers die door het kantoor worden behandeld, gekenmerkt door verschillende elementen die hierna kort de revue zullen passeren.

Wij hebben het gewicht van elk van die elementen niet afzonderlijk gewogen maar, tezamen, vormen zij ons inziens voldoende reden de relatie als een bijzondere te kwalificeren. In dat verband menen wij dat in aanvulling op de voor advocatuur en notariaat geldende en periodiek aangescherpte generieke eisen, de Staat, als client, bepaalde voorwaarden kan en behoort te stellen op het gebied van bedrijfsvoering en praktijkuitoefening die in redelijke verhouding staan tot het te dienen belang.

Algemene beginselen behoorlijk bestuur

In de eerste plaats is essentieel dat het handelen van de overheid c.q. de Staat wordt getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De draagwijdte zal van dossier tot dossier verschillen en de beginselen zullen niet altijd als zodanig worden benoemd maar de landspraktijk zal daar vrijwel altijd rekening mee moeten houden.

Kennis, over de hele breedte van de praktijk, van leerstukken over de beoordelingsruimte van de Staat, en van het staatsrecht, en ruime ervaring met deze problematiek is cruciaal voor de landspraktijk. Het kantoor is mede daardoor snel inzetbaar en door de intensiteit van de samenwerking zijn de lijnen met de Staat kort.

Algemeen belang

Bijzonder aan de landspraktijk, in het verlengde van het voorgaande, is verder dat de Staat als cliënt het ‘algemeen belang’ (of ‘publiek belang’) dient. Dat vertaalt zich in de advisering en in de standpunten die namens de Staat worden ingenomen in juridische procedures en in de wijze waarop die procedures worden gevoerd. Bij het zoeken naar een inhoudelijke oplossing speelt dikwijls de vraag wat die zou betekenen voor andere gevallen. Bij het voeren van verweren moet in acht worden genomen of die in lijn zijn met verweren van de Staat in andere gevallen en of ze passen in de politieke en beleidsmatige lijnen van het betrokken departement.

Het publieke belang speelt altijd mee, ook al is dat in het ene geval explicieter en met een zwaarder gewicht dan in het andere geval (bij voorbeeld kwesties inzake MH17, zorgplicht kroongetuigenbescherming, schadeloosstellingen

‘Sebrenica’, asielprocedures, klimaatjurisprudentie). De politieke gevoeligheid van dossiers waarin de landsadvocaat optreedt maakt dat de legitimiteit van de Staat in het geding kan komen.

Conflicterende belangen

Conflicterende belangen vormen voor iedere advocaat een belangrijk thema, voor de landsadvocaat ligt dit onderwerp extra gevoelig. Steeds zal bij het aannemen van zaken voor andere cliënten (inbegrepen lagere overheden en semipublieke instellingen) dan de Staat de vraag voorliggen of de cliënt in potentie tegenover de Staat komt te staan dan wel of in een procedure tegen een ander dan de Staat, of bij advisering, een standpunt moet worden ingenomen dat mogelijk de belangen van de Staat kan schaden (inbegrepen in lezingen en publicaties).

Openbaarheid, transparantie

De landspraktijk onderscheidt zich ook op een ander punt, verwant aan de voorgaande punten, van de ‘gewone’ advocatuur. In de kabinetsreactie op het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag is aangekondigd dat het kabinet met ingang van 1 juli 2021 adviezen van de landsadvocaat aan de Kamer zal verstrekken voor zover die niet zien op procedures, maar het karakter hebben van ‘algemene juridische beleidsadviezen’ (dit geldt ook voor adviezen aan de Staat van advocaten van andere kantoren).

Overigens ziet het grootste deel van adviesaanvragen op procesadviezen. Ook dergelijke adviezen worden – vertrouwelijke verstrekking daargelaten - aan de Kamer verstrekt indien na afloop van een procedure het procesbelang of een ander belang van de Staat daar niet meer aan in de weg staat.

Vertrouwelijkheid, veiligheid

Vertrouwelijkheid, en daarmee beveiliging van gegevens, speelt voor elk advocaten- en notariskantoor. Vanwege de staatveiligheid en de politieke gevoeligheid van dossiers heeft dit voor de landspraktijk een extra dimensie. Voorbeelden zijn dossiers gerelateerd aan de positie van informanten en kroongetuigen, gegevens van inlichtingendiensten. Een aantal opdrachten raakt aan het begrip nationale veiligheid zoals deze is gedefinieerd in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV).

Betrouwbaarheid

Vanwege de veelal publieke belangen in dossiers en het feit dat de kosten van de landsadvocaat uit de publieke middelen worden betaald, mag de burger verwachten dat de Staat zijn adviseurs met zorg kiest. Geloofwaardigheid, betrouwbaarheid en reputatie zijn cruciaal.

Professionele betrouwbaarheid wordt in de eerste plaats geschraagd door de normen en waarden neergelegd in de sectorspecifieke wet- en regelgeving voor het notariaat en de advocatuur en meer specifiek in de gedrags- en beroepsregels van de KNB en de NOvA. Zo zijn advocaten aan tuchtrechtspraak onderworpen en gebonden aan hetgeen bepaald is bij of krachtens de Advocatenwet, de verordeningen van de NOvA, en de Wetgeving ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Het normatieve kader bestaat uit de advocateneed, de in de Advocatenwet opgenomen 'kernwaarden van de advocatuur', waaronder 'integriteit' en 'vertrouwelijkheid', wettelijke tuchtnormen en gedragsregels.

Professionele betrouwbaarheid heeft niet alleen betrekking op algemene normatieve en juridische vorming en kwaliteitseisen welke samenhangen met het beroep. Individuele beroepsbeoefenaars dienen van onbesproken gedrag te zijn[4]. Persoonlijke betrouwbaarheid en integriteit zijn noodzakelijk maar niet voldoende. Ook de organisatie waarbinnen professionals werken dient zodanig te zijn ingericht dat macht en tegenmacht zijn geborgd, ook wel gevat onder de noemer 'governance'.

Governance heeft betrekking op de wijze van besturen, gedragscodes en het toezicht op organisaties**.** De kwaliteit van administratieve processen en de interne controle daarop is wezenlijk (compliance, vier-ogenprincipe etc.). Governance omvat ook cultuuraspecten zoals bij voorbeeld een 'open cultuur' waarin tegenspraak mogelijk is. Onafhankelijkheid (van raden van commissarissen/toezicht, interne controle, compliance, vertrouwensfunctionarissen) vormt de hoeksteen van governance.

4. Risico's voor de Staat

[4] Zo is er gedragstoezicht door de Nederlandsche Bank in de financiële wereld en zijn er veiligheidsonderzoeken door de AIVD van personen die een vertrouwensfunctie vervullen (op grond van de Wet veiligheidsonderzoeken). De Staat stelt aan organisaties en individuele functionarissen eisen op het vlak van eerlijkheid, onafhankelijkheid, loyaliteit, integriteit en veiligheidsbewustzijn.

De Staat loopt bij de inschakeling van advocaten en notarissen een aantal risico's die elk voor zich – en in combinatie – de publieke zaak schade kunnen toebrengen. Voor een belangrijk deel vloeien die risico's voort uit de hierboven kort aangeduide bijzondere aspecten van de relatie tussen de Staat en de landsadvocaat.

Reputatierisico's

Reputatierisico's kunnen ontstaan door beroepsfouten, ondeugdelijke adviezen, onzorgvuldigheden in de procesgang en fraude en witwassen niet alleen door de landsadvocaat zelf maar ook door een partner of werknemer van het kantoor Pels Rijcken. Zo stelde de Haagse deken vast dat er weliswaar sprake is van 'exclusief notariële fraude' maar dat het vertrouwen in en het aanzien van de advocatentak in het geding is. De beeldvorming is bepalend.

Het notariaat en de advocatuur zijn formeel verschillende entiteiten maar de fraudeur was bovendien bestuursvoorzitter en het notariaat en de advocatuur van Pels Rijcken vormen naar buiten toe één organisatie. Zo is weliswaar het notariaat verantwoordelijk voor het onderbrengen van de belangen van bewindslieden bij hun aantreden en speelt de landsadvocaat geen rol, het is 'het kantoor van de landsadvocaat' dat zich hier mee bezighoudt.

Het publieke vertrouwen in Pels Rijcken is geschaad. Daardoor heeft niet alleen het kantoor maar in deze bijzondere constellatie van de landsadvocatuur ook de Staat reputatieschade opgelopen.

De kwaliteit van client-acceptatie procedures is relevant voor de Staat gelet op potentiële belangenconflicten, in ruime zin, als hierboven aangeduid. Bovendien kan de Staat reputatieschade oplopen als andere cliënten in opspraak komen in relatie tot de dienstverlening van het kantoor. Hier past dus grote zorgvuldigheid.

Reputatierisico's kunnen verder ontstaan door datalekken of vormen van economische of politieke spionage door onder andere statelijke actoren. De landsadvocaat levert diensten aan de Staat in politiek gevoelige dossiers. De databeveiliging is van belang voor Pels Rijcken maar in het verlengde daarvan evengoed voor de Staat.

De afgelopen jaren hebben zich binnen het notariaat en de advocatuur cyber incidenten voorgedaan.[5]

De reputatie van de Staat kan eveneens worden geschaad door (een schijn van) belangenverstrengeling. In de fraudezak is gewezen op het benoemen door de fraudeur van oud-vennoten in het bestuur van (fictieve) stichtingen. Breder wordt door de KNB opnieuw aandacht gegeven aan de actualisering van de verplichting om als (kandidaat)notaris nevenfuncties op te geven.

Een schijn van belangenverstrengeling kan zich ook voordoen door de combinatie van verschillende rollen van de Landsadvocaat: advisering en procesvoering. De landsadvocaat zal gelet op zijn bijzondere positie hoe dan ook waakzaam moeten zijn voor belangentegenstellingen bijvoorbeeld in een niet ondenkbeeldige situatie dat de landsadvocaat wordt ingeschakeld in een kwestie waar politieke belangen haaks kunnen staan op het algemeen belang.

Financiële risico's

Vanwege beroepsfouten, ondeugdelijke adviezen, onzorgvuldigheden in de procesgang en fraude en witwassen kan de Staat een financieel risico lopen.

De Staat kan direct benadeelde zijn in een fraudezaak zoals nu, in relatief beperkte mate, het geval lijkt te zijn. De Staat kan bovendien financiële schade lijden als de financiële stabiliteit van Pels Rijcken onder druk zou komen te staan. De stabiliteit en soliditeit van Pels Rijcken is van belang voor de continuïteit van de dienstverlening aan de Staat nu de Staat immers op een groot aantal beleidsterreinen voor advisering en procederen nauw vervlochten is met het kantoor.

De Staat kan ook schade ondervinden met betrekking tot de urenverantwoording en de declaraties.

5. De contractuele en communicatieve relatie Staat/Landsadvocaat

De bepaling in de overeenkomst die de landsadvocaat verplicht zijn kantoor '*zodanig in te richten dat de zaken van de Staat naar behoren kunnen worden*

[5] https://www.cybercrimeinfo.nl/cybercrime/653680_cyberaanval-raakt-96-notariskantoren-in-nederland en Hackers kraken mailbox van twee Nederlandse advocatenkantoren (quotenet.nl) Een goed voorbeeld van samenwerking en preventie https://www.advocatie.nl/nieuws/veertien-kantoren-werken-samen-in-strijd-tegen-cybercrime-via-legal-isac/ zien we in dit initiatief waarin 14 kantoren met de overheid samen optrekken.

behandeld' (artikel 1.2) is zeer algemeen van aard. Hieronder gaan wij in op onderwerpen die in de toekomst ons inziens aandacht verdienen in de overeenkomst zelf dan wel als afgeleide daarvan in het overleg tussen de Staat en Pels Rijcken.

Bedrijfsvoering, beheersmaatregelen

Pels Rijcken heeft geconstateerd dat de bedrijfsvoering en governance verbeteringen behoeven. Hiertoe is op 28 juni 2021 een raamwerk vastgesteld gericht op de "*verdere professionalisering van het risico en compliance management".* Dit stuk dient als kader om op korte termijn projectmatig verbeteringen door te voeren onder meer ter zake van risicomanagement en compliance.[6]

De deken van Den Haag wijst op 'tekortkomingen in de kantoororganisatie'.[7] Het College van Toezicht Advocatuur benoemt het belang van de bedrijfsvoering: *'De casus roept vragen op over de governance en controlemechanismen binnen het kantoor en het toezicht uit hoofde van onder meer de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) dat in belangrijke mate op die interne mechanismen behoort te kunnen steunen.'*[8]

Eerder dit jaar zijn binnen Pels Rijcken procedures rondom derdengeldrekeningen aangescherpt. De controle op de toepassing van de beheersmaatregelen is verscherpt. Ook de maatregelen zelf zijn uitgebreid, zoals op de volgende punten:

- Bij de uitbetaling van grote bedragen (of meerdere kleinere bedragen aan één partij) wordt bij de cliënt/begunstigde een telefonische bevestiging van de juistheid van de voorziene overboeking gevraagd. Dat voorkomt dat een vervalsing tot uitbetaling kan leiden;
- De (kandidaat-)notarissen krijgen dagelijks een overzicht van alle mutaties op de derdengeldenrekeningen zodat zij elkaar controleren en fraude verder wordt bemoeilijkt;
- Escrow-dossiers mogen alleen nog in behandeling worden genomen met toestemming van het bestuur. In dat geval kunnen additionele risico-mitigerende

[6] Doelstellingen zijn het versterken van een 'modern' risicomanagement-en compliance-systeem en -werkwijze, dat past bij Pels Rijcken, gedragen wordt en effectief is; verhogen van het risico-en controle bewustzijn van alle medewerkers, waarbij gedrag en sociale veiligheid op organisatorisch en individueel niveau als uitgangspunt worden genomen; het sluiten van de "Plan-Do-Check-Act" (PDCA) managementcyclus door het versterken van een review functie en continue gestructureerd verbeteren van de interne werkwijze en waarborgen dat er vertrouwen is in het risico-, en compliance management bij interne en externe stakeholders.

[7] Haagse deken: geen betrokkenheid Pels Rijcken-advocaten bij fraude notaris Oranje - Advocatie

[8] https://www.collegevantoezichtnova.nl/publicaties/persbericht-en-nieuws/

maatregelen worden getroffen zoals de inhoudelijke betrokkenheid van een tweede notaris;
- Er wordt regelmatig mede met behulp van openbare bronnen gecontroleerd of (kandidaat-)notarissen bestuursfuncties vervullen bij voor kantoor niet bekende stichtingen (of andere rechtspersonen) om misbruik daarvan te voorkomen.

Het kantoor heeft een *compliance officer* aangesteld die onder meer op regelmatige basis controleert of de regels voor het beheer van derdengelden worden toegepast en de derdengeldenposities juist zijn. De compliance officer rapporteert aan het bestuur.

De derdengeldrekeningen zijn 'slechts' een onderdeel van de governance. Het beleid en de organisatorische inrichting ten aanzien van fraude, witwassen, integriteit en databeveiliging (zie verder) zullen conform het ontwikkelde raamwerk worden aangescherpt.

Het raamwerk ter verdere professionalisering besteedt eveneens aandacht aan de 'cultuur' van het kantoor door middel van de introductie van een gedragscode, dialoogsessies en de verbetering van de functies van de vertrouwenspersoon, van de samenwerking advocatuur/notariaat en van de structuur van de cliëntenrelatie. [9]

Dit is in lijn met aandacht voor 'cultuur' door de Nederlandsche Bank, de AFM, de NBA en brancheverenigingen als de KNB en de NOVA. Er is de afgelopen jaren breed inzicht ontstaan dat meer wet- en regelgeving en gedragscodes belangrijk maar niet genoeg zijn.[10]

In paragraaf 7 gaan wij nader in op de vraag of en in hoeverre het aanbeveling verdient in de overeenkomst, bij wijze van uitwerking van artikel 1.2, expliciet te voorzien in nadere eisen en verantwoordingsverplichtingen op het gebied van risico en compliance management en verwante thema's.

---

[9] Pels Rijcken wordt in het onderzoek van de deken van Den Haag geschetst als 'een gesloten organisatie met weinig ruimte voor tegenspraak' en waar weinig wordt gesproken over integriteit.

[10] 'De Nederlandsche Bank (DNB) houdt toezicht op het gedrag van bestuurders en commissarissen van financiële instellingen, op de cultuur, en op de manier waarop instellingen zijn georganiseerd en worden aangestuurd. Dit laatste noemen we governance. Dit doen we omdat één van de lessen uit crises en grote incidenten in de financiële sector is dat governance, gedrag en cultuur van grote invloed kunnen zijn op de soliditeit, het risicoprofiel en de integriteit van de instelling', zie www.dnb.nl/betrouwbare-financiele-sector/toezicht-op-financiele-instellingen/toezicht-op-governance-gedrag-en-cultuur/ Aandacht voor cultuur wordt van belang geacht in organisaties waarin sprake is van een sterke hiërarchie, carrièrepatronen die daarop zijn geënt in combinatie met commerciële belangen van maatschappen (accountancy, notariaat en advocatuur).

Belangenconflicten

Artikel 2 van de overeenkomst bepaalt onder meer dat geen zaken zullen worden aangenomen waarbij '*..in het kader van de behartiging van de belangen van deze derden de belangen van de Staat, van welke aard ook, geschaad zouden kunnen worden'.* Het raamwerk stelt vast dat dit beleid wordt aangescherpt. De keuzes worden op verschillende afdelingen voor verschillende cliënten gemaakt. Centralisering van het acceptatiebeleid wordt nagestreefd.

Declaratiebeleid

Ingevolge artikel 4 worden declaraties ingediend bij de minister door of namens wie de opdracht is verstrekt, waarbij een specificatie wordt gegeven van de bestede uren, de vermelding van de aard van de werkzaamheden en de personen die de werkzaamheden hebben verricht. De Staat heeft geen centraal overzicht van werkzaamheden en de daaraan verbonden kosten.

De accountant van het kantoor verklaart in het kader van de controle over een boekjaar dat over dat boekjaar de urenadministratie deugdelijk was ingericht. Door middel van een goedgekeurde jaarrekening dient Pels Rijcken jaarlijks publiekelijk financiële verantwoording af te leggen. Er is ons niet gebleken dat de Staat beschikt over een 'plan B' mocht de continuïteit van het kantoor in het geding zijn.

Informatiebeveiliging

De landsadvocaat heeft met een onderdeel van de Staat – de sector Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie - in 2017 bij wijze van proef de toegang van ambtenaren tot een digitaal platform (*portal*) aangeboden dat in stand wordt gehouden door een Engels bedrijf 'HighQ'. Deze proef is gestopt.

De landsadvocaat was met HighQ overeengekomen dat zij passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen treft om de data te beschermen tegen verlies of enige vorm van onrechtmatige verwerking. De landsadvocaat had toegezegd de Staat zo spoedig mogelijk te informeren over een geconstateerd datalek, of een ernstig vermoeden daarvan, en te voldoen aan de meldplicht van artikel 33 Algemene Verordening gegevensbescherming aan de Autoriteit Persoonsgegevens en de betrokkenen.

Het valt op dat in de overeenkomst de databeveiliging is geregeld uitsluitend voor de portal en niet voor het kantoor Pels Rijcken als zodanig, in het algemeen.

Pels Rijcken heeft in april 2021 een de hele organisatie en alle processen omvattend nieuw *"Strategisch Informatiebeveiligingsbeleid*" vastgesteld gericht op het waarborgen van de vertrouwelijkheid van (persoons)gegevens, de bescherming van bedrijfsinformatie en de beheersbaarheid en controleerbaarheid van processen van informatieverwerking.

Het kantoor wil hiermee voldoen aan wettelijke eisen, contractuele afspraken en verwachtingen van cliënten teneinde het risico op schade en incidenten te minimaliseren. Een coördinerende rol is weggelegd voor een *Security Officer* die rapporteert aan de portefeuillehouder 'informatiebeveiliging' in het bestuur.

De landsadvocaat wordt overigens niet beschouwd als een 'vitale infrastructuur', evenmin worden veiligheidsonderzoeken uitgevoerd in het kader van de Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV).

Pels Rijcken laat zogeheten ´pentesten' uitvoeren waarbij computersystemen worden getest op kwetsbaarheden en rapporteert daarover aan de Nederlandsche Bank (niet aan het Ministerie van Justitie);

Communicatie Staat/Pels Rijcken

Pels Rijcken heeft de contacten met de Staat vormgegeven door een systeem van accountmanagement, waarbij een partner dan wel senior advocaat het aanspreekpunt is voor de portefeuille van een ministerie. Elk van de 12 ministeries heeft een eigen proces van inschakelijking en één à twee keer per jaar overlegt de accountmanager met het betrokken departement over onder meer de kwaliteit van de dienstverlening.

De landsadvocaat zelf overlegt ca één keer per vier a zes weken met het Ministerie van Justitie, de 'contracthouder', over het reilen en zeilen van de relatie en maakt jaarlijks een ronde langs een aantal andere opdrachtgevers (andere ministeries, ZBO's, toezichthouders, provinciale en gemeentelijke overheden).

Onder voorzitterschap van het Ministerie BZK vindt maandelijks overleg plaats van de hoofden Juridische Zaken van de 12 ministeries. Dit '*Interdepartementaal overleg hoofden Juridische Zaken'* (IHJZ) bevat standaard

het agendapunt ‘Landsadvocaat’ waar casuïstisch, afhankelijk van wat er speelt, allerlei onderwerpen de revue kunnen passeren (tarieven, conflict issues, kwaliteit, belangrijke zaken enz.).

De *departementale* pendant binnen het Ministerie van Justitie is het HJZ (hoofden juridische zaken) en bestaat uit de hoofden JZ van de vijf beleids directoraten-generaal van het ministerie. Vergaderd wordt met de hoofden JZ van de ‘taakorganisaties’ (zoals het OM, de politie, het CJIB, de IND, Justis, Justitiële Informatiedienst, Dienst Justitiële Inrichtingen, Raad voor de Kinderbescherming, Raad voor de rechtsbijstand, NFI, COA, Dienst Terugkeer en Vertrek, Schadefonds Geweldsmisdrijven, Raad voor de rechtspraak).

Ook op de agenda van dit overleg staat geregeld de landsadvocatuur, soms met presentaties, kennismakingen, en met enige regelmaat hernieuwde uitleg over de samenwerkingsafspraken en de wijze van inzet en uitputting van het budget.

De voorzitter van deze bijeenkomsten van het Ministerie van Justitie overlegt elke zes weken a twee maanden met de plaatsvervangend landsadvocaat over de samenwerking in de breedte. Onderwerpen zijn: kosten, kwaliteit, en heikele procedures**.** Voor andere ministeries gelden vergelijkbare interne overlegstructuren.

Wij hebben de indruk dat zowel het interne overleg tussen als binnen Ministeries als ook de gespreken met het kantoor van de landsadvocaat overwegend gaan over (lopende) zaken en vrijwel uitsluitend betrekking hebben op juridische aspecten van adviezen en procedures en de kosten. Er wordt zelden of nooit gesproken over de bedrijfsvoering noch over onderwerpen als governance, risico management en compliance. Databeveiliging is evenmin een onderwerp. Hetzelfde geldt voor client-acceptatie en mogelijke belangenconflicten.

6. De opportuniteit van nadere eisen.

Aanbesteding betalingsverkeer Rijksoverheid

Een voorbeeld van ‘nadere eisen’ in de relatie tussen de Staat en een zakelijk dienstverlener vormen de verschillende aanbestedingen voor het

betalingsverkeer. In zijn brief van 28 maart 2019 over de aanbestedingen betalingsverkeer van de Rijksoverheid kondigt de minister van Financiën aan het betalingsverkeer van het Rijk opnieuw aan te besteden. De directe aanleiding is de ING-witwas casus. De ING verzorgt het betalingsverkeer voor de Staat.

De minister vindt dat aan de banken en overige partijen die belast zijn met het betalingsverkeer van de Rijksoverheid hoge eisen mogen worden gesteld op het gebied van integriteit, betrouwbaarheid en transparantie. De minister wil hier extra aandacht aan besteden, zowel bij de gunning van de aanbesteding als ook daarna gedurende de looptijd van de overeenkomst. Tevens wordt maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO), waaronder duurzaamheid, zwaarder meegewogen.

De uit de aanbesteding resulterende overeenkomst 'Giraal Betalingsverkeer' besteedt aandacht aan preventie en detectie van fraude en doorlopende afstemming tussen de Staat en de bank, aan corruptiebestrijding, geheimhouding, en bescherming van persoonsgegevens. De Staat heeft een beperkt auditrecht.

Generiek toezicht

De relatie Staat-landsadvocaat kan niet worden versimpeld tot het besluit 1965 en het contract Staat-Landsadvocaat. Deze relatie is onderdeel van een groter geheel.

Hierboven kwam de sectorspecifieke regulering al aan de orde alsmede de verplichtingen die voor advocaten en notarissen voortvloeien uit Wwft. Zowel met betrekking tot het notariaat als met betrekking tot de advocatuur speelt in de politiek en de pers al enige tijd een discussie over de wenselijkheid van aanscherping van het toezicht, opnieuw aangewakkerd door de fraudezaak.

Het toezicht op het notariaat en de advocatuur behoort als zodanig niet tot onze opdracht. Tegelijkertijd kan het hier ook niet los van worden gezien omdat eventuele suggesties onzerzijds voor de bilaterale relatie Staat/landsadvocaat niet in plaats van maar 'boven op' het generieke toezicht komen waar de Staat indirect invloed op heeft.

De Minister van Justitie is politiek verantwoordelijk voor de wet- en regelgeving en heeft slechts marginale invloed op het toezicht onder andere via vernietiging 'achteraf' van verordeningen, financieringsbijdragen van toezicht en tuchtrechtspraak. Gedrags- en beroepsregels worden opgesteld door de

KNB en de NOvA. Het toezicht wordt uitgeoefend door de KNB middels een systeem van collegiale toetsing. Het BFT wordt voor de helft gefinancierd door de Minister. De markt financiert de andere helft. Het BFT is autonoom in zijn toezichtbeleid. Het toezicht op de advocatuur wordt uitgeoefend door een dekenstelsel. Zowel het notariaat als de advocatuur hebben een tuchtrechtsysteem.

Er zijn twee stromingen in de publieke discussie over de toekomst van dit generieke systeem van zelfregulering (en de beperkte rol van de Staat). De voorstanders vinden dat het systeem functioneert. De critici zetten vraagtekens bij de onafhankelijkheid van het systeem. De voorstanders wijzen op de in hun ogen adequate reacties van de KNB, de NOvA en de Deken van Den Haag als 'bewijs' dat het huidige stelsel van zelfregulering werkt. De critici – waaronder het College van Toezicht op de Advocatuur – wijzen op het huidige deken-toezicht en de beperkingen daarvan, blijkend uit de tucht- en strafrechtelijke veroordelingen van notarissen en advocaten in fraude en witwaszaken en belangenverstrengeling in het toezicht.

Voorstanders geven aan dat het generieke systeem van toezicht mede steunt op het verschoningsrecht en de geheimhouding van notarissen. Critici willen deze deels opheffen. Voorstanders gaan uit van de integriteit die de vorming van notarissen en advocaten 'automatisch' met zich brengt en die in de praktijk wordt gebracht. Critici wijzen op een geringe meldingsbereidheid in het kader van de Wwft en gebrek aan onafhankelijkheid in fraudeonderzoeken die door advocaten worden gedaan.

Wij hoeven geen standpunt in te nemen in dit debat. Mogelijk wordt voor alle notarissen en/of advocaten het toezichtregime aangescherpt, met gevolgen voor alle cliëntrelaties, inbegrepen die tussen de Staat en het kantoor van de landsadvocaat. Hoe zich dit de komende tijd precies zal ontwikkelen, is nu niet te voorzien. Voor ons speelt uitsluitend de bijzondere relatie op dit moment tussen de Staat en de landsadvocaat.

Afwegingen

Zoals eerder aangegeven zien wij vanwege de publieke functie van de Staat voldoende reden de relatie met het kantoor van de landsadvocaat als een bijzondere te kwalificeren die rechtvaardigt dat de Staat, als client, nadere eisen en verantwoordingsverplichtingen kan en behoort te stellen die in redelijke verhouding staan tot het te dienen belang.

7. Aanbevelingen

Uitgangspunt van de aanbevelingen is dat het lopende contract ons inziens te algemeen en te beperkt is om een aantal risico's van de Staat (preventief) te mitigeren.

Wij constateren dat eisen in het contract gering zijn en de communicatie voornamelijk beperkt is tot juridische handwerk. Onze 'modernisering' heeft betrekking op het doorbreken daarvan. Modern bestuur (governance) gaat ook – en juist meer – over zaken als goed bestuur waarin waarden (onafhankelijkheid, duurzaamheid, privacy, langdurige waardecreatie etc. centraal staan. In het opdrachtgeverschap van de Staat kan hier niet meer aan voorbij worden gegaan.

Dat kan door in de overeenkomst bepalingen op te nemen die voorzien in bepaalde eisen en verantwoordingsverplichtingen maar die tevens voorzien in het stroomlijnen van de overlegstructuur qua vorm en inhoud. Onderwerp van de verschillende overleggen dient mede te zijn thema's als compliance, risico management, governance en cultuur.

Agendering van deze thema's beoogt niét dat de Staat de rol van toezichthouder aanneemt maar om te benadrukken dat de 'bijzondere relatie' een breder scala aan onderwerpen rechtvaardigt dan gebruikelijk. Met andere woorden, een andere op- en instelling van de Staat is wenselijk in de verschillende overleggen met de landsadvocaat.[11] Richtsnoeren daartoe kunnen worden opgenomen in de overeenkomst.

De aanbevelingen hebben gemeen dat zij aansluiten bij ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur in de richting van 'Rijker verantwoorden.'[12] Dat wil zeggen dat de overheid noch in dit geval een 'opdrachtnemer' van de Staat kan volstaan met een louter cijfermatige en juridische verantwoording in formele zin. Modern bestuur kan zich hier niet meer toe beperken. Juist vanwege de hierboven geschetste 'bijzondere relatie' dient de opdrachtnemer te laten zien

[11] In de governance-literatuur wordt gesproken over begrippen als een 'speak-up cultuur' (Strikwerda/Ten Wolde, 2017), 'vrijmoedig spreken' (Foucault, 1985), 'lastige gesprekken' (Commissie Halsema,) en 'cruciale gesprekken' (Patterson, 2010)

[12] 'Waarom Rijker Verantwoorden? Cijfermatige verantwoording wordt steeds meer ervaren als onvoldoende en onvolledig. Cijfers vormen een armoedige weergave van een rijke praktijk. Het kan ook anders! Rijke verantwoording wekt vertrouwen, het mobiliseert mensen om mee te doen en het stimuleert tot leren.
Mensen en organisaties die rijker verantwoorden laten zien of het werk deugt, of het goed is uitgevoerd en of het van waarde is. Koplopers doen dat niet uit frustratie met bestaande verantwoordingssystemen. Maar vanuit passie en gedrevenheid: ze willen hun werk graag laten zien en erover in gesprek gaan'. Zie: Rijker Verantwoorden | Waarom?

dat zij niet alleen kwalitatief hoogwaardig werk levert maar bovendien betrouwbaar is in de wijze waarop dat plaatsvindt.

Vanzelfsprekend is terughoudendheid in de bemoeienis gepast waar het onderwerpen betreft die raken aan de voor advocatuur en notariaat kenmerkende onafhankelijkheid. De verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering ligt bij het kantoor.

1) Stel nadere eisen in de huidige overeenkomst

- Neem een bepaling op waarin het kantoor aangeeft hoe de risico's voor de Staat worden geadresseerd;
- Gebruik bij de formulering van die eisen als richtsnoer het inmiddels ontwikkelde en hierboven besproken 'raamwerk ter verdere professionalisering' om de maatregelen te concretiseren, operationaliseren en meetbaar te maken;
- Bepaal specifiek voor taken die de nationale veiligheid raken of betrokken advocaten een veiligheidsonderzoek moeten ondergaan en of het 'raamwerk' voldoende garanties biedt voor de (tijdelijk) opslag van informatie;
- Neem een bepaling op dat namens de Staat onafhankelijke audits kunnen worden uitgevoerd ter zake van de naleving van wet- en regelgeving en met name het risico van fraude en witwassen, integriteitbeleid en databeveiliging.
- Voorzie in de overeenkomst dat binnen het kantoor een ervaren 'Risk & Compliance Officer', 'Security Officer' en 'Financial Officer' deel uitmaken van het Management Team en rechtstreeks rapporteren aan portefeuillehouders in het bestuur die zelf voldoende gekwalificeerd zijn om samen met de andere leden van het bestuur verantwoordelijkheid te dragen en die desgevraagd rapporteren aan de Staat. Stel als eis dat onafhankelijkheid van deze functionarissen is geregeld;
- Maak de facturatie-systematiek rijks breed meer transparant en voer als Staat zelf ook controles uit (Rijksaccountantsdienst);

2) Communiceer niet louter juridisch en zaakgericht

- Onderzoek of binnen de rijksoverheid omwille van de effectiviteit en efficiency verbetering mogelijk is qua structuur en organisatie van de diverse contacten met het kantoor van de landsadvocaat;

- Agendeer regelmatig in regulier overleg niet alleen lopende adviezen en procedures maar maak het gesprek ‘rijker’ door ook te inventariseren hoe het facturatieproces loopt, welke dilemma’s zich hebben voorgedaan in de opdrachten van de landsadvocaat, of sprake is geweest van potentiële risico’s voor de Staat, welke issues mogelijk spelen bij client- en zaakacceptatie, en of er een cultuur is waar gedrag vanzelfsprekend in overeenstemming is met regels en waarde.

TRO / 31.8.2021