

# Bedrijfsschandalen zetten verschoningsrecht op scherp

Onder druk van grote bedrijfsschandalen staat in de Verenigde Staten het verschoningsrecht opnieuw ter discussie. Een advocaat die weet dat managers willen sjoemelen of frauderen, is binnenkort waarschijnlijk verplicht aan de bel te trekken. Als de Amerikaanse Orde het niet zelf regelt, nemen anderen het roer over.

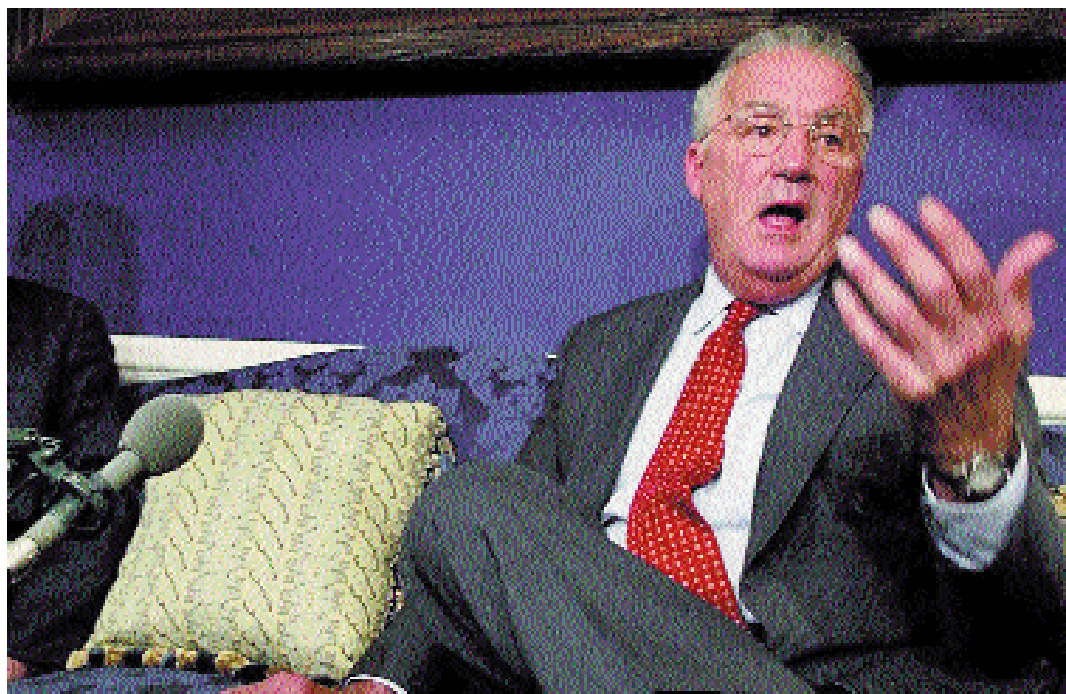
**Peter Vermij**  
journalist

Graaierige directeuren, slapende accountants, dubieuze bankiers en beursanalysten – in de zoektocht naar schuldigen voor de recente mega-bedrijfsschandalen – passeerden vele beroepsgroepen inmiddels de revue. Er was eigenlijk maar één beroepsgroep die de dans nog wat leek te ontspringen: advocaten die, bewust of onbewust, in bijna alle gevallen het juridische handwerk verrichtten.

Maar schijn bedriegt. De ongekende serie schandalen, die aandeelhouders vele miljarden dollars kostten en het vertrouwen in de financiële markten over de hele wereld ineen deden storten, laten in de Verenigde Staten ook de advocatuur niet ongemoeid.

**‘Nu we accountants een pak slaag geven, komt het mij voor dat bij vrijwel elke gewraakte transactie de cruciale documenten door advocaten werden opgesteld’**

Foto: EPA photo AFP/Tim Sloan



Democratisch senator Paul Sarbanes lichtte op 16 juli jl. voor de pers zijn wet toe

Een werkgroep van de *American Bar Association* (ABA), de landelijke koepel van lokale advocatenorden, pleitte deze zomer openlijk voor het opheffen van het verschoningsrecht voor advocaten die kennisnemen van ernstige financiële malversaties door managers van beursgenoteerde bedrijven. Sterker nog: advocaten die kennisnemen van fraude, misleiding of plannen in die richting, zouden dit voortaan móeten melden aan toezichthouders op het bedrijf, tenminste wanneer derden ‘substantiële financiële schade’ dreigen te lijden. Het zijn vérgaande voorstellen – zeker gezien het feit dat nog maar enkele maanden geleden minder ingrijpende ideeën, na jaren-

lange discussie, door de algemene vergadering van de ABA terzijde werden gelegd.

Maar de tijden zijn veranderd. Een fonkelnieuwe Amerikaanse wet (zie kader) machtigt de *Securities and Exchange Commission* (SEC), de waakhond van de Amerikaanse beurzen, om ook voor advocaten nieuwe spelregels op te stellen. De nieuwe gedragsregels gaan gelden voor elke advocaat die werkt voor een bedrijf met een publieke notering in de Verenigde Staten.

De Amerikaanse advocatuur is gewaarschuwd: wanneer zij niet snel zelf de teugels aantrekt, dreigen buitenstaanders binnenkort hun een gedragscode voor te schrijven.

## **Sarbanes-Oxley Act**

Na het uitbreken van de Enron-affaire stelde de beurswaakhond SEC voor om de beproefde zelfregulering van de accountants te vervangen door toezicht van buiten

– een voorstel dat uiteindelijk door de Amerikaanse overheid werd omarmd. Maar niet alleen accountants werden ter verantwoording geroepen. Topmanagers, die via optie-beloningen hadden geprofiteerd van stijgende aandelenkoersen, veranderden in de beeldvorming van helden in geldbeluste graaiers, en sommigen van hen werden voor het oog van camera's gearresteerd.

Investeringsbanken werden aangeklaagd omdat ze relaties geheime voordeeltjes gunden bij beursintroducties. Beursanalisten bleken soms aandelen te hebben aangeprezen waarin ze zelf geen greintje vertrouwen

accountants een pak slaag te geven, komt het mij voor dat bij vrijwel elke [gewraakte] transactie de cruciale documenten door advocaten werden opgesteld. Het lijkt me daarom niet meer dan terecht dat ook in de advocatuur [nieuwe] ethische normen worden ingevoerd.'

De Sarbanes-Oxley Act geeft de Securities and Exchange Commission een halfjaar de tijd om een nieuwe gedragscode op te stellen voor elke advocaat die werk verricht in opdracht van bedrijven die op Amerikaanse aandelenbeurzen zijn genoteerd – als employee of als van buiten inge-

wen in onze financiële markten kan niet in stand blijven wanneer het publiek gelooft dat bedrijven én hun adviseurs spelletjes spelen binnen het systeem, en voornamelijk zo niet uitsluitend hun eigen belangen voor ogen hebben,' aldus Pitt voor een gehoor van oud-collega's.

Het bestaande systeem van zelfregulering door advocatenorden, per staat georganiseerd, is in het verleden tekortgeschoten, stelde de baas van de grootste beurswaakhond ter wereld. 'Ik ben niet onder de indruk van, noch tevreden met, de afwikkeling van zaken die wij in het verleden bij de orden onder de aandacht hebben gebracht,' aldus Pitt.

De spreker riep de ABA op mee te werken aan de opstelling van nieuwe gedragsregels. Maar tussen de regels door maakte hij duidelijk dat die medewerking niet noodzakelijk is: wanneer de advocatuur niet bereid of in staat is zichzelf strengere gedragsregels op te leggen, dan zal de SEC haar nieuwe wettelijke mandaat gebruiken om dat eenzijdig te doen.

#### Stilzwijgend toegezien

Binnen de Amerikaanse advocatuur zijn de reacties zacht gezegd gemengd. Achter de schermen, zo bevestigde de aftredende ABA-voorzitter Robert Hirshon tegenover de *New York Times*, zal de vereniging proberen haar invloed aan te wenden om de wet op zijn minst af te zwakken, en te voorkomen dat de SEC de spelregels gaat bepalen voor advocaten die in veel gevallen haar eigen tegenstanders zijn. Maar officieel verklaarde aantredend ABA-voorzitter Alfred Carlton 'uit te zien naar samenwerking met de SEC bij het implementeren van de

## Een advocaat moet zich bij het vermoeden van fraude wenden tot de hoogste bedrijfsjurist, de hoofddirectie of tot onafhankelijke toezichthoudende organen

hadden.

In recordtijd nam het Amerikaanse Congres daarom een wet aan die het uitgeholde vertrouwen van investeerders in de financiële markten moet herstellen. De *Sarbanes-Oxley Act* (zie kader), zoals de wet naar zijn indiensers wordt genoemd, verhoogt de maximale gevangenisstraffen voor fraude in publiek verhandelde bedrijven van vijf tot tien of zelfs twintig jaar. Bovendien maakt de wet een einde aan een lange traditie van zelfregulering in de accountancy – de sector krijgt nieuwe regels, op te stellen door een toezichthoudend orgaan waarin niet-accountants de meerderheid krijgen.

#### Pak slaag

Wat veel minder aandacht trok, is dat het Congres op het laatste moment ook een amendement accepteerde waarin de advocatuur de wacht werd aangezegd. In wat sommige Amerikaanse advocaten als een 'overval' karakteriseren, zetten het Congres en de handtekening van president Bush ook in deze beroepsgroep het stelsel van zelfregulering op de tocht.

Eén van de auteurs van het amendement, senator Michael Enzi uit de staat Wyoming, gaf tijdens de vergadering van de Senaat zijn motief: 'Nu we bezig zijn

hurde adviseur. Om niets aan het toeval over te laten, schrijft de wet op één punt alvast voor wat er in die code moet staan. Als advocaten tijdens hun werk aanlopen tegen 'aanwijzingen voor belangrijke overtredingen van de wet op de aandelenbeurzen of andere wetten dan wel voor misbruik van vertrouwen', dan zijn zij verplicht die te melden aan hogere echelons in het bedrijf, zonedig tot en met de Raad van Commissarissen aan toe.

De SEC zal zich van haar opdracht niet met een jantje-van-leiden afmaken, zo maakte haar voorzitter, de oud-advocaat Harvey Pitt, duidelijk in een toespraak op de jaarlijkse bijeenkomst van de ABA, vorige maand in Washington. 'Het vertrou-

#### Wetten en aanbevelingen

Op 30 juli jl. ondertekende de Amerikaanse president Bush de *Sarbanes-Oxley Act*, die fraude en misleiding rond beursgenoteerde bedrijven moet terugdringen. De wet geeft opdracht voor nieuwe regels in de accountancy – regels die ook zullen gelden voor door accountants ingehuurde advocaten. Bovendien schrijft de wet voor dat er nieuwe gedragsregels voor advocaten moeten komen, zie hierna Section 307.

De wet en een samenvatting ervan zijn te vinden op: [www.advocatenorde.nl/act.html](http://www.advocatenorde.nl/act.html) Daar zijn ook de aanbevelingen te vinden van de ABA-Task Force on Corporate Responsibility.

nieuwe wet'.

De 'overval' van de nieuwe wet kwam op een moment dat een werkgroep van de ABA, opgericht in reactie op de reeks bedrijfsschandalen, juist tot de conclusie was gekomen dat een nog maar net afgesloten discussie over de reikwijdte van het ver-

vijftig staten worden vastgelegd.

Maar toen de stroom onthullingen over Enron en andere bedrijven op gang kwam, concludeerde ook de ABA dat advocaten met de ongekende zwendelpraktijken in aanraking moesten zijn gekomen. In het beste geval hadden zij stilzwijgend toegezien

hoe miljarden aan valse transacties waren gebruikt om de bedrijfsresultaten op te poetsen. In het slechtste geval waren zij zelf verantwoordelijk geweest voor de juridische rookgordijnen die de malversaties aan het oog hadden moeten onttrekken.

Advocaten, meende het ABA-bestuur, hebben nieuwe richtlijnen nodig die aangeven hoe zij in vergelijkbare situaties behoren te handelen. Een nieuwe werkgroep, de *Task Force on Corporate Responsibility*, kreeg opdracht na te gaan of de gedragscode in het post-Enron-tijdperk aanpassing behoeft.

Vorige maand kwam de werkgroep met haar voorlopige conclusies – 'voorlopig' omdat ze de komende maanden in het land worden bediscussieerd alvorens ter goedkeuring aan de leden te worden voorgelegd.

### Section 307

#### Rules of professional responsibility for attorneys

Not later than 180 days after the date of enactment of this Act, the Commission shall issue rules, in the public interest and for the protection of investors, setting forth minimum standards of professional conduct for attorneys appearing and practicing before the Commission in any way in the representation of issuers, including a rule—

- (1) requiring an attorney to report evidence of a material violation of securities law or breach of fiduciary duty or similar violation by the company or any agent thereof, to the chief legal counsel or the chief executive officer of the company (or the equivalent thereof); and
- (2) if the counsel or officer does not appropriately respond to the evidence (adopting, as necessary, appropriate remedial measures or sanctions with respect to the violation), requiring the attorney to report the evidence to the audit committee of the board of directors of the issuer or to another committee of the board of directors comprised solely of directors not employed directly or indirectly by the issuer, or to the board of directors.

schoningsrecht weer moet worden opengemaakt.

Twee jaar geleden, ter gelegenheid van het nieuwe millennium, had een speciale commissie de 'code of conduct' voor Amerikaanse advocaten onder de loep genomen. Deze commissie stelde drie uitzonderingen voor op de regel die de communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt vertrouwelijk verklaart. Een van die uitzonderingen zou gevallen betreffen waarin de advocaat weet krijgt van ernstige fraude. Maar na felle discussies verwierp de algemene vergadering van de ABA in februari van dit jaar twee van de drie voorgestelde uitzonderingsgronden. Alleen wanneer uit de school klappen een mensenleven of zware gezondheidsschade voorkomt, meenden ABA-leden in meerderheid, is geheimhouding niet langer heilig.

De uitspraak leek voor lange tijd een einde te maken aan pogingen het verschoningsrecht verder in te perken. De gedragsregels van de ABA hebben weliswaar geen directe zeggingskracht, maar gelden wel als model voor de regels die in de afzonderlijke

### Ware cliënt

In de voorstellen wordt de gedragscode ingrijpend aangepast om, zo schrijft de werkgroep in haar rapport, 'advocaten te helpen hun plicht te vervullen (...) in geval-



Republikeins senator Mike Oxley praat met Alan Greenspan van de federale bank

## 'Omdat milde hervormingen door de balie zijn tegengehouden, zijn veel draconischer ingrepen het eindresultaat'

len waarin functionarissen (...) zich bezighouden of lijken te houden met misdaden, fraude of misleiding ten opzichte van [hun eigen] organisatie of haar aandeelhouders.'

Volgens de bestaande gedragscode mag een advocaat zich alleen bemoeien met intern gesjoemel in een organisatie wanneer het direct verband houdt met de eigen werkzaamheden. Maar zelfs dan manen de regels hem tot uiterste voorzichtigheid. De kans op openbaarmaking moet worden geminimaliseerd, en de organisatie dient 'zo min mogelijk te worden ontregeld'. Geen wonder dat weinig advocaten zich geroepen voelden alarmbellen te luiden.

De nieuwe regels zouden advocaten veel meer dan nu inwrijven waar hun ultieme verantwoordelijkheid ligt wanneer zij optreden voor bedrijven of andere organisaties: niét de manager die de opdrachten verstrekt is de cliënt, maar de organisatie waarvan die manager een werknemer is. Wanneer een advocaat in redelijkheid kan weten dat zo'n werknemer betrokken is bij (of weigert op te treden tegen) handelingen die de organisatie 'aanzienlijk' kunnen schaden, zou hij volgens de nieuwe regels gehouden zijn te handelen in het belang van zijn ware cliënt, en dus hogere echelons in de organisatie moeten inlichten.

In de praktijk zou het betekenen dat een advocaat zich, bij het vermoeden van fraude, moet wenden tot de hoogste bedrijfsjurist, de hoofddirectie of tot onafhankelijke toezichthoudende organen, zoals de Raad van Commissarissen. Wanneer geen van die hogere echelons een eind aan de fraude maakt, zou de advocaat zich dienen terug te trekken. In het uiterste geval zou hij ook de vrijheid moeten hebben tegenover anderen – zoals de overheid – een verklaring af te leggen.

Om het laatste mogelijk te maken, meent de werkgroep, zouden de eerder verworpen voorstellen voor inperking van het verschoningsrecht alsnog moeten worden ingevoerd. Een advocaat zou niet alleen de

*vrijheid* moeten hebben uit de school te klappen over frauduleuze handelingen of plannen van een cliënt, hij zou zelfs de *plicht* krijgen daarover aan de bel te trekken wanneer hij verwacht dat derden aanzienlijke schade zouden kunnen lijden.

Om het advocaten gemakkelijker te maken binnen een organisatie alarm te slaan, bepleit de werkgroep ook dat de hoogste bedrijfsjurist geregeld contact heeft met onafhankelijke toezichthouders, zoals externe commissarissen. Op die manier is, in geval van onraad, de weg naar boven gemakkelijker te vinden. Een bedrijf dat externe juristen inhuurt zou, aldus de werkgroep, tevoren afspraken moeten maken over een aanspreekpunt voor het geval onregelmatigheden worden geconstateerd.

### Van buitenaf

Of de ideeën van de werkgroep op brede instemming kunnen rekenen, is nog onduidelijk – de eerste discussiebijeenkomst over

de aanbevelingen moet nog plaatsvinden. Maar duidelijk is wel dat aan bezwaren tegen de revolutionaire voorstellen geen gebrek zal zijn.

Om te beginnen bevindt een advocaat wiens opdrachtgever lijkt te sjoemelen zich natuurlijk in een weinig benijdenswaardige positie. In de praktijk loopt hij grote kans zijn baan of opdracht kwijt te raken. Bovendien zal het vaak niet eenvoudig zijn met zekerheid te bepalen of de overtreding ernstig genoeg is om de nieuwe regels ook echt toe te passen.

Heikel punt is zeker de introductie van een *verplichting* de klok te luiden. Wat als slachtoffers van fraude menen dat de klok te laat is geluid, of helemaal niet? Komen advocaten van frauderende bedrijven straks bloot te staan aan schadeclaims?

Hoe het debat de komende maanden ook verloopt, zeker is dat de discussie niet vrijblijvend zal kunnen verlopen. De uitspraken van de SEC-voorzitter maken duidelijk dat, mocht de uitkomst niet aan de wensen van de overheid voldoen, de kans groot is dat ingrijpendere regels van buitenaf zullen worden opgelegd. Het zou het einde betekenen van de bestaande zelfregulering in de advocatuur, en de aanloop kunnen

### De Brauw gedagvaard wegens Enron

De rechtbank in New York die het faillissement van Enron behandelt, heeft het Nederlandse kantoor De Brauw Blackstone Westbroek gedagvaard om documenten te produceren die licht kunnen werpen op de gang van zaken in het controversiële faillissement. Dit kan leiden tot claims tegen het kantoor, als blijkt dat het Enron heeft geadviseerd illegale transacties aan te gaan. In totaal zijn 45 kantoren uit de VS en Europa met een dagvaarding geconfronteerd; De Brauw is hiervan het enige Nederlandse. Andere niet-Amerikaanse kantoren die met de billen bloot moeten, zijn Mourant de Feu & Jeune (Jersey) en Beghin & Feider (Luxemburg).

Woordvoerder Bert van Drie wilde verleden week niet zeggen of De Brauw optrad voor Enron zelf of voor een van diens talrijke contractpartners. 'We zijn dominant aanwezig in de energiemarkt en zagen dit dus aankomen. Ons is gevraagd informatie te leveren en dat zullen we doen. Overigens is ons geen deadline gesteld.' Veel van de desbetreffende kantoren hebben zelf rechtsbijstand gezocht bij andere kantoren, die hen moeten adviseren welke documenten ze moeten overleggen. Zo adviseert Covington & Burling uit de VS Slaughter & May en Freshfields en maakt Linklaters gebruik van de diensten van Sullivan & Cromwell. De advisering richt zich met name op het dilemma tussen enerzijds de druk mee te werken aan het Amerikaanse onderzoek en anderzijds de plicht tot geheimhouding jegens de eigen cliënten.

(Micha Kat)

vormen voor een nieuw toezichthoudend orgaan waarin niet-advocaten, misschien zelfs vertegenwoordigers van de uitvoerende macht, de dienst zullen uitmaken.

Als het zover komt, dan heeft de advocatuur het volgens sommigen aan zichzelf te danken. 'Met de advocatuur zou precies hetzelfde gebeuren als wat we inmiddels in de accountancy hebben gezien,' legde John Coffee jr., rechtsgeleerde aan de Columbia University Law School, vorige maand uit aan de *New York Times*: 'Omdat milde hervormingen [door de sector zelf] zijn tegengehouden, zijn veel draconischer ingrepen het eindresultaat.'



Voorzitter van SEC, Harvey Pitt, sprak op 12 juli jl. met een politicus

## 'Sarbanes-Oxley Soup wordt hier niet zo heet gegeten'

Vandaag op 20 september houdt de American Bar Association de eerste hoorzitting over de voorstellen van de *Task Force on Corporate Responsibility*, die vindt dat de gedragscode van advocaten in het post-Enron-tijdperk aanpassing behoeft. Als de leden van de ABA het niet eens worden over aangescherpte zelfregulering zou de SEC (de Amerikaanse toezichthouder op de finm ark) wel eens kunnen komen met veel strengere regels, aldus Peter Vermij hiervoor.

Moet de Nederlandse Orde van Advocaten zich nu ook bezinnen op scherpere beroepsregels? Wat is het effect van de Sarbanes-Oxley Act voor Nederlandse advocaten? En waarom worden advocaten überhaupt aangesproken op Enron-achtige praktijken?

Steven Schuit (Allen & Overy): 'In Nederland zijn advocaten in het algemeen passiever en minder betrokken bij de beleidsbepaling. Je hebt hier slechts een handvol advocaten die hun cliënt actief coachen en een bepaalde aanpak bepleiten. Daar reken ik mijzelf ook toe, ja. Ik vind dat je die advocaten best mag aanspreken op hun zorgvuldigheid bij het voorkomen van *misbaps* van de vennootschap. Enron had een advocatenkantoor in Houston, waarmee het heel intensief samenwerkte. De advocaten van het kantoor kenden de details van de financieringen; het is praktisch uitgesloten dat zij die niet kenden. Volgens enkele leden van het Amerikaanse

Congress hadden de advocaten daarom hun vinger moeten opsteken.'

Volgens art.307 van de Sarbanes-Oxley Act moet de SEC uiterlijk begin volgend jaar komen met minimum-gedragsnormen voor 'attorneys appearing and practicing before the Commission in any way in the representation of issuers...' Volgens Schuit slaat de bepaling op Amerikaanse advocaten die geregistreerd en erkend zijn door de SEC. Dus op advocaten die adviezen uitbrengen over het Amerikaanse effectenrecht en opinions afgeven over het prospectus of een ander bedrijfsbericht. Zelf is Schuit niet geregistreerd bij de SEC, maar hij heeft honderd collega's in New York die dat wel zijn, zodat de verplichtingen indirect ook voor hem van belang zijn.

Jan Willem Hoever is advocaat in Amsterdam en *attorney at law* in New York bij het enige Nederlandse kantoor dat is gedwongen informatie te leveren aan de rechtbank die het faillissement van Enron afwikkelt. (De Brauw Blackstone Westbroek, zie ook het kadertje van Micha Kat op de vorige pagina). Hij is net zo min als Schuit toegelaten tot de SEC, maar correspondeert wel regelmatig met deze toezichthouder. Valt hij nu ook onder de regels? Het is hem nog onduidelijk. Ook de andere bepalingen van art. 307 roepen bij hem grote vraagtekens op. Want als hij wel onder de regeling zou vallen, is hij verplicht het hoofd van juridische afdeling of de CEO van de onderneming te wij-

zen op de 'material breaches of securities law or breach of fiduciary duty or similar violation by the company or any agent thereof...' waarop hij als advocaat stuit. Die substantiële inbreuken op het effectenrecht kunnen volgens Hoever van alles zijn. Als de SEC te zijner tijd met uitgewerkte regels komt, zal een en ander wel duidelijker worden.

Aan de andere kant maakt het volgens Hoever eigenlijk ook niet zoveel uit wat de strekking van de regels wordt, omdat advocaten die werkzaam zijn in het effectenrecht toch al erg veel voorzichtig moeten zijn en zaken 'sowieso al bespreken met het ondernemingsbestuur'.

De soep zal hier niet zo heet worden gegeten als die aan de overkant van de Atlantische Oceaan wordt opgediend, zo vindt behalve Hoever ook Liesbeth Nijkamp (Norton Rose), die al eerder met kantoorgenoot Ep Hannema in *Het Financieel Dagblad* schreef hier geen Amerikaanse toestanden te verwachten. Eerst de regels van de ABA en SEC afwachten, dan verder kijken, raadt zij de Nederlandse Orde van Advocaten aan. Ook Steven Schuit opteert voor deze afwachtende opstelling.

Volgens Algemeen Deken Marek Guensberg piekert de Orde voorlopig niet over 'de aanscherping van de gedrags- en beroepsregels in de richting van meldplichten'.

(Lex van Almelo)