

De advocaat als *investigator*

Grote kantoren hebben specialisten om feitenonderzoek te doen in affaires. Met deze interne onderzoeken nemen zij de autoriteiten werk uit handen, in de hoop op een mildere sanctie voor de cliënt. Moeten er speciale regels komen voor dit soort onderzoek?

Lex van Almelo

Illustratie: Matthijs Sluiter

Adventure World Warsaw in Polen had ‘een unieke gastervaring’ moeten worden. Een soort pretpark, winkelcentrum, horeca- en natuurpark ineen. Imtech Polen was de hoofdaannemer, maar toen het aankwam op de betaling van de voorschotten bleek de beloofde cheque waardeloos en bleken de cijfers van Imtech Polen opgeklopt.

Het bestuur en de commissarissen van het Goudse bedrijf wilden weten wat er gebeurd was, wie waarvoor verantwoordelijk waren en welke maatregelen zij moesten volgen. Zij vroegen De Brauw Blackstone Westbroek de werking van Imtechs *risk and controle framework* te onderzoeken. De Brauw deed daarbij een beroep op de Risk Management Adviseurs en forensisch accountants van Ernst & Young en twee advocatenkantoren in Duitsland en Polen. Dat resulteerde in het *Shareholder Report on investigations* dat Imtech in juni publiceerde. Daarin staat hoe het bedrijf heeft gereageerd op de onregelmatigheden en fraude: verantwoordelijke individuen hebben de onderneming verlaten, de interne controle is verscherpt, er komen verplichte trainingen in bedrijfsethiek, er worden aangiften voorbereid tegen hen die strafbare feiten hebben gepleegd en misschien volgen er pogingen om de schade te verhalen op de verantwoordelijken.

Imtech Polen is niet de enige bekende affaire waarnaar Marnix Somsen en zijn *Regulatory & Criminal Law Enforcement* team van De Brauw Blackstone Westbroek onderzoek doen. Uit gepubliceerde rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat het kantoor op verzoek van het Vestia-bestuur de derivatenaankopen van de corporatie

onderzocht. Ook de gouden handdruk van 3,5 miljoen euro voor de ontslagen Vestia-directeur Erik Staal blijkt voer voor advocaten. Zo deed Houthoff Buruma onderzoek voor Vestia om de schade van de corporatie te verhalen op onder meer Staal en de accountants van Vestia. En ook bij andere zaken die regelmatig in de krant staan, is Houthoffs *Corporate Investigations* team betrokken, maar meer dan dat kan teamleider Philippe Creijghton niet zeggen. Ook zijn evenknie bij Nauta Dutilhs *Internal Investigations team* Joost Italianer is terughoudend: ‘Wij doen veel zaken die zich buiten de publiciteit afspeelen.’

Bekend is dat ABN AMRO een cliënt is van Nauta; en de bank riskeert een aanvaring met het Amerikaanse ministerie van Justitie wegens overtredingen van het handelsembargo van de Verenigde Staten. NautaDutilh heeft onlangs een Investigation Pool opgericht met externe zwaargewichten voor het geval aanvullende expertise is vereist, onder hen oud-deken Jan Loorbach, oud-voorzitter van de Ondernemingskamer Huub Willems en oud-voorzitter van de Commissie Corporate Governance Jean Frijns.

Hendrik Jan Biemond van Allen & Overy's sectie *Regulatory Investigations and White Collar Defence* laat evenmin het achterste van zijn tong zien. ‘Wij doen intern onderzoek in opdracht van multinationals, maar lopen daar niet mee te koop.’

Verschuiving

Tot een jaar of tien geleden hadden forensisch accountants van vooral de *Big Four*-kantoren patent op ingewikkelde feitenonderzoeken. Nu beperken zij zich meer tot de financiële feiten. Vaak doen zij dat onder de regie van een advocaat

– soms in de rol van curator – die zelf de feiten onderzoekt.

‘De tak van sport verschuift van accountants naar advocaten,’ zegt Robert Hein Broekhuijsen van Ivy Corporate Defence & Investigations. Dit kleine advocatenkantoor begeleidt momenteel een groot onderzoek bij een woningbouwvereniging waar vermoedens van onregelmatigheden en fraude bestaan. ‘Dat onderzoek wordt uitgevoerd door forensisch accountants en wij lezen en denken vrijwel dagelijks mee. Wij moeten de rapporten van de onderzoekers valideren en dus beoordelen of het onderzoek goed is gedaan,’ zegt Broekhuijsen. ‘Vervolgens vertalen wij de door de accountants vastgestelde feiten in juridische realiteit.’

Er zijn vier oorzaken voor de genoemde verschuiving. De eerste is de uit de Angelsaksische wereld overgewaaide trend om als bedrijf zelf schoon schip te maken als je in zwaar weer terecht komt. Een klokkenluider meldt bijvoorbeeld dat er sprake is van fraude of corruptie en de raad van bestuur of raad van commissarissen wil dan weten wat daarvan waar is. Of een toezichthouder is iets op het spoor gekomen, zodat de onderneming er alles aan wil doen om de financiële en publicitaire schade beperkt te houden. Zo koos Ahold – als eerste Nederlandse onderneming – er destijds voor om de Amerikaanse beurstoezichthouder mild te stemmen door intern orde op zaken te stellen nadat de boekhoudfraude bij US Food Service aan het licht was gekomen. ‘De zogenoemde *Article 10A investigations* zijn in 2005 overgewaaid uit de Verenigde Staten. Dat heeft gezorgd voor nieuwe *business*,’ zegt Biemond, die destijds als officier van justitie de Ahold-top in Nederland vervolgdde.

Niet alleen de lange armen van de Amerikaanse toezichthouders stimuleren de praktijk van 'self reporting'. Onderzoek door onafhankelijke advocaten is ook ingegeven door de noodzaak maatschappelijk verantwoord te ondernemen onder invloed van codes, contractuele afspraken en publiciteit. Ook puur commerciële overwegingen spelen mee. 'Als ondernemingen geen openheid betrachten, lopen zij in de Verenigde Staten het risico geen opdrachten meer te krijgen van de Amerikaanse overheid,' zegt Marx Somsen, die binnenkort met een deel van zijn afdeling naar New York verhuist om Nederlandse bedrijven bij te staan in geschillen met Amerikaanse toezichthouders. Verder gaan beursvennootschappen soms met de billen bloot om een afstrafing op de beurs te voorkomen – denk aan Imtech.

De derde oorzaak voor de verschuiving is volgens advocaat Creijghton digitalisering. Om feiten te onderzoeken, moest je voorheen veel betrokkenen interviewen en papieren archieven doorspitten. Daar had je meer 'handjes' voor nodig dan advocatenkantoren konden leveren, terwijl de digitale zoektechnieken waren voorbehouden aan forensisch accountants. Tegenwoordig kunnen advocaten met zoekprogramma's als *Clearwell* relevante gegevens zoeken in enorme hoeveelheden digitale documenten. Voor zover advocaten niet zelf in staat zijn om digitale gegevens naar boven te halen, schakelen zij specialisten in. Dat kunnen forensisch accountants zijn, maar ook bedrijven als het digitaal forensisch onderzoeksbureau Fox-IT.

Deugdelijke grondslag

De vierde oorzaak van de verschuiving is de regelgeving voor accountants. 'Advocaten zijn de belangrijkste opdrachtgevers van forensisch accountants,' zegt forensisch accountant Peter Schimmel van Grant Thornton *Forensic & Investigation Services*. Hij maakt zich zorgen over



ongereguleerd onderzoek door advocaten en andere niet-accountants. Advocaten zouden een vergunning moeten hebben op grond van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, zodat zij aan vergelijkbare regels gebonden zijn als forensisch accountants.

De accountantsregels die de objectiviteit moeten waarborgen, maken het voor de cliënt die een bepaalde uitkomst nastreeft niet altijd aantrekkelijk om een accountant in te schakelen. Zo mag de accountant zijn bevindingen pas aan de opdrachtgever kenbaar maken als de persoon over wie hij rapporteert daarop commentaar heeft kunnen leveren. Alleen dan heeft het rapport de voorgeschreven 'deugdelijke grondslag'.

Een andere handicap is dat accountants zich alleen over de feiten mogen uitspreken en daaraan geen kwalificerende oordelen mogen verbinden. Een accountant mag wel schrijven dat een werknemer een regel heeft overtreden, maar niet of dit goed of fout is. Voor dergelijke kwalificaties is de opdracht-

gever aangewezen op de advocaat die de juridische conclusies moet trekken en vertalen in een advies.

Goed onderzoek

Volgens Schimmel overschatten veel advocaten hun onderzoeksvaardigheden. Forensisch accountants hebben vaak een achtergrond als (FIOD-)rechercheur en een opleiding als onderzoeker. Advocaten niet.

Schimmel, auteur van het onlangs gepubliceerde *Feiten maken het recht*, een boek over goed forensisch (accountants-)onderzoek: 'Goed onderzoek houdt onder meer in dat je ook kijkt of het wellicht anders is gegaan dan je denkt. Maar dat wordt vaak vergeten.' Schimmel wil met zijn boek een discussie uitlokken over minimumvereisten die zouden moeten gelden voor elk feitenonderzoek, ongeacht wie dat uitvoert.

Volgens advocaat Biemond is er echter onvoldoende aanleiding om dit soort onderzoeken te reguleren. Advocaten die geen goed onderzoek doen, prijzen zichzelf uit de markt. 'Ik geloof in de kracht



van de markt. Wij werken overigens goed samen met forensisch accountants.' Somsen valt hem bij. 'Als jouw rapport onderuit wordt gehaald en niet geloofwaardig is, ben je je reputatie kwijt. Dat is een waarborg voor goed onderzoek.' Ten behoeve van 'de kruisbestuiving met forensisch accountants' vindt hij een discussie over minimumvereisten overigens wel zinvol.

Mede onder invloed van de rechtspraak zijn er volgens Italianer al voldoende waarborgen voor goed, onafhankelijk onderzoek, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van met name werknemers. Dat er wettelijk niets is vastgelegd, vindt hij niet zo'n probleem. Advocaten treden bij feitenonderzoek op als 'bijzonder opsporingsambtenaar', aldus Italianer. En in die hoedanigheid leggen zij eventueel belastend materiaal voor hun cliënt op tafel bij justitie of de toezichthouder.

Voormalig fraudeofficieren zijn niet toevallig goed vertegenwoordigd in de onderzoeksadvocatuur. Oud-officier Aldo Verbruggen stond Ahold-CEO Cees van

der Hoeven bij als advocaat van Wladimiroff. Sinds mei versterkt Verbruggen Houthoffs *Corporate Investigations* team.

Robert Hein Broekhuijsen, die in zijn verleden als officier van justitie de verdachten in de Klimop-vastgoedfraude vervolgte, zou het wel toejuichen als advocaten een opleiding volgen. Bij de

Auteur Schimmel:
**'Goed onderzoek
 betekent ook
 kijken of het
 anders is gegaan
 dan je denkt'**

gespecialiseerde onderzoeksafdelingen van de grote kantoren zit het volgens hem wel goed met de onderzoeks- en interviewvaardigheden. Maar voor al die andere advocaten die zich op deze groei-markt gaan begeven, zou het aanbeveling verdienen om één van de twee universitaire opleidingen tot forensisch onderzoeker te volgen, zegt hij. 'Wellicht zou een specialistenvereniging van advocaat-onderzoekers dit kunnen bevorderen.'

Een oproep waar zijn voorganger op het Functioneel Pakket van het Openbaar Ministerie Biemond zich niet door aangesproken voelt. 'Wij hebben onze eigen, internationale, opleiding.' En ook in de rol van 'bijzonder opsporingsambtenaar' zegt hij zich niet te herkennen. 'Als officier van justitie ben je bezig met het conflict. Als advocaat ben ik nu in het belang van de onderneming bezig met de oplossing van een probleem. Dat is juist heel constructief.' <<

Zelden detectives ingeschakeld

Tot zo'n tien jaar geleden schakelden onder meer De Brauw Blackstone Westbroek en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn detective Michel Kraay in. Deze leverde – al dan niet via informatiebureaus als Mariëndijk en Goderie van Groen – vertrouwelijke persoonsgegevens, die hij op slinkse wijze had verkregen. Toen dit uitkwam, keerde de advocatuur zich van hem af. De Brauw Blackstone Westbroek en Houthoff Buruma werken niet met detectives. Marnix Somsen van De Brauw Blackstone Westbroek: 'Dat heeft alleen zin bij zaken rond personen en die doen wij niet.'

NautaDutilh gebruikt dit soort bureaus zelf niet, zegt Joost Italianer: 'En wij hechten eraan dat onze cliënten alleen bureaus inschakelen die over de noodzakelijke vergunningen beschikken. Dit is ook in hun belang, om publicitaire of andere afbreukrisico's te voorkomen.'

Allen & Overy bedient zich in het buitenland bij 'internationale opdrachten' soms van particuliere recherchebureaus als personen moeten worden gescreend of geobserveerd, aldus Hendrik Jan Biemond.

Volgens Robert Hein Broekhuijsen van advocatenkantoor Ivy huren advocaten van andere kantoren soms een particulier recherchebureau of een detective in voor 'eenvoudige werkzaamheden en eenvoudige, interne problemen'.