



‘PARTIJDIG’ DOOR / LEX VAN ALMELO

FRAUDEONDERZOEKER DOET WENKBRAUWEN FRONSEN

Kunnen advocaten wel objectief
feitenonderzoek doen als zij de belangen
van hun cliënt moeten behartigen?
Of doen advocaten als corporate
investigators aan ‘vaagheidsvinding’?

De markt van *corporate investigations* is een groeimarkt. Na enkele grote boekhoudschandalen en de financiële crisis leggen toezichthouders en justitie bedrijven in toenemende mate onder het vergrootglas. De grote accountantskantoren begonnen vijftwintig jaar geleden met forensisch onderzoek. Sinds een jaar of tien begeven ook advocatenkantoren

zich op deze betrekkelijk nieuwe en lucratieve markt. Een klein ‘intern onderzoek’ kost al gauw een ton, de kosten van een groot onderzoek kunnen enkele miljoenen belopen. Accountants en advocaten werken vaak samen bij onderzoeken, maar de beroepsgroepen proberen beide deze markt te ‘koloniseren’, constateren sociologen van de Vrije Universiteit in het *Journal of Professions and*

Organization. Elke partij hanteert haar eigen verkoopargumenten. Zo werpen advocaten volgens accountants te pas en te onpas hun verschoningsrecht in de strijd, aldus de sociologen. Met name na de NS-affaire leeft bij buitenstaanders nogal eens het idee dat de advocaat als feitenonderzoeker de neiging heeft om het bestuur van de opdrachtgever buiten beeld te houden. In het ►

Van NS tot Strukton

NS

In 2015 onderzoekt De Brauw Blackstone Westbroek als huisadvocaat van NS de mogelijke overtreding van de regels door dochterbedrijf Abellio bij de aanbesteding van een exploitatievergunning voor een spoorlijn in Zuid-Limburg. De advocaten zien aanvankelijk geen aanwijzingen dat de NS-directie wist van het doorspelen van informatie, maar komen daar later op terug. In de Tweede Kamer leiden de driedubbele petten van het kantoor tot gefronste wenkbrauwen. Externe commissies zijn kritisch over de dubbelrol. De raad van discipline berispt onderzoeksleider Jaap de Keijzer. Niet vanwege de dubbelrol, maar wegens gebrek aan hoor en wederhoor. De zes verdachten van aanbestedingsfraude worden allen vrijgesproken.

Belastingdienst

In 2017 onderzoekt NautaDutilh vermeende corruptie bij de Belastingdienst. Zembla berichtte dat een ambtenaar bij de aanbesteding van een ondersteuningsklus voor de 'Broedkamer' gegevens heeft doorgespeeld aan Accenture. Volgens de staatssecretaris van Financiën blijkt uit het 'onafhankelijk onderzoek' dat er aanbestedingsregels zijn overtreden en dat aanwijzingen voor persoonlijk gewin van de ambtenaren ontbreken.

Buma/Stemra

In opdracht van de nieuwe CEO van Buma/Stemra onderzoekt Accountantskantoor BDO de mogelijke boekhoudfraude door drie leden van het managementteam. Op basis van de feitelijke bevindingen brengt NautaDutilh advies uit. Advocaat Paul Olden schrijft onder meer dat mogelijk sprake is van strafbaar handelen. Een onafhankelijke commissie (met oud-advocaat Jaap Winter) pleit de drie geheel vrij. De commissie plaatst kanttekeningen bij de beperkte scope van het feitenonderzoek en bij de suggestie van Olden.

ING

In de onderhandelingen over de megaschikking van 775 miljoen euro wegens het niet-naleven van de antiwitwaswetgeving werkt ING mee met het OM door Allen & Overy intern onderzoek te laten doen naar de feiten. Het onderzoek levert geen aanwijzingen op dat de raad van bestuur wist dat de screening van cliënten en het monitoren van transacties faalden. Diverse partijen klagen erover dat het OM de ING-top niet vervolgt.

Imtech

Een dochterbedrijf van Royal Imtech NV in Polen fraudeert op grote schaal bij de bouw van een pretpark. De Brauw Blackstone Westbroek doet onderzoek voor het *Report to the Shareholders* dat de raad van bestuur hierover in 2013 uitbrengt. Volgens het rapport wist de raad van bestuur in Gouda niets van de fraude in Polen. De curatoren hebben daar hun twijfels over. Zij hebben een tuchtklacht ingediend tegen de controlerend accountant. Zie ook kader op pagina 54.

Strukton

De Brauw Blackstone Westbroek onderzoekt in 2017 in opdracht van bouwbedrijf Strukton een agentuurovereenkomst van dochterbedrijf Oranjewoud. Dit in verband met mogelijke smeergeldbetalingen bij de gunning van een metrobouwproject in de Arabische hoofdstad Riyad. Volgens *Het Financieele Dagblad* blijkt uit het (niet gepubliceerde) onderzoek dat er geen aanwijzingen zijn voor het niet naleven van de wet- en regelgeving. In februari 2019 doet de FIOD een inval bij Strukton, dat 230 miljoen aan steekpenningen zou hebben betaald aan een Saudische prins.

onderzoek naar vermeende aanbestedingsfraude door NS-dochter Abellio rapporteerde De Brauw Blackstone Westbroek aanvankelijk dat er geen aanwijzingen waren dat de NS-directie betrokken was bij het vergaren van voorkennis. In het definitieve rapport stond die conclusie niet meer, schreef de minister van Financiën later aan de Tweede Kamer (zie kader 'Van NS tot Strukton').

VAAGHEIDSVINDING

Arthur de Groot, tot enkele jaren geleden forensisch accountant bij Deloitte, vindt de onderzoeken van advocaten en andere nieuwe spelers op deze markt niet altijd even betrouwbaar. 'Iemand heeft deze selectieve waarheidsvinding ooit vaagheidsvinding genoemd,' zegt hij op de website *Institute for Financial Crime*, waarvan hij oprichter en bestuurslid is. Het instituut organiseert op 18 april de *Dag van de Fraudeonderzoeker*, waarbij waarheidsvinding het centrale thema is. Advocaat Robert Hein Broekhuijsen (Ivy) gaat op die dag uitleggen dat de advocaat 'vaak een partijdig onderzoeker' is. Broekhuijsen bespreekt dan het onderzoek dat NautaDutilh deed in de Buma/Stemra-zaak. In het rapport schreef advocaat Paul Olden dat Broekhuijsens cliënten mogelijk strafbaar hadden gehandeld (zie kader 'Van NS tot Strukton'). Hoogleraar forensische accountancy Marcel Pheijffer, die soms ook fraudeonderzoek doet, schreef begin maart in *Het Financieele Dagblad* dat ondernemingen vaak advocaten en adviseurs inschakelen om de problemen klein te houden in plaats van op te lossen. Echte leiders doen niet aan *containment*, maar ruimen zelf *the shit of yesterday* op, vindt hij. Niet onvermeld mag blijven dat de accountantstuchtrechter in tientallen zaken sancties heeft opgelegd aan

accountants die als feitenonderzoeker hun oren te veel te lieten hangen naar de opdrachtgever. De vraag is dus: hoe gaan advocaten om met de

doet dat en schakelt bovendien de Big Four of nichekantoren in voor data-analyse. Marnix Somsen: 'Wij zijn geen concurrenten van accountants maar complementen, wij vullen elkaar aan. Advocaten hebben een andere rol.

'Advocaten werpen volgens accountants te pas en te onpas hun verschoningsrecht in de strijd'

spanning tussen partijdigheid en objectiviteit? Marike Bakker en Vincent de Bruijn, partner respectievelijk advocaat bij Nauta Dutilh, en Marnix Somsen, Roan Lamp en Patrick Ploeger, partners bij De Brauw Blackstone Westbroek, leggen het uit, maar kunnen niet praten over concrete zaken.

COMPLEMENTEN

De onderzoeksafdeling van De Brauw Blackstone Westbroek heeft vijftwintig medewerkers in Amsterdam en het buitenland, onder wie vijf partners. Die van NautaDutilh heeft er zeventien, onder wie twee partners. Nauta noch De Brauw zegt forensisch accountants als concurrenten te zien. Marike Bakker werkt 'regelmatig en goed' samen met accountants, met name als er financiële administraties forensisch moeten worden onderzocht. Ook De Brauw

We helpen de opdrachtgever bij het oplossen van een juridisch probleem; forensisch accountants doen dat niet noodzakelijkerwijs.'

Advocaten zetten het verschoningsrecht volgens Somsen niet in als 'marketingtool'. Ondernemingen moeten gewoon vertrouwelijk de feiten kunnen bespreken met hun advocaat, zeggen Somsen en zijn collega's. Onder accountants bestaat niettemin de indruk dat het *legal privilege* als instrument wordt gebruikt om feiten achter te houden, zo blijkt bijvoorbeeld uit twee onderzoeken die Grant Thornton deed. Maar zelf beroepen accountants zich zo nodig ook op het – afgeleid – verschoningsrecht.

Marcel Pheijffer wijst op het onderzoek naar de boekhoudfraude bij het Zuid-Afrikaans/Nederlandse meubelconcern Steinhoff. In opdracht van Werksmans Advocaten in Kaapstad deden accountants van PwC feitenonderzoek. PwC wil het rapport van drieduizend pagina's en vierduizend bijlagen niet openbaar maken en beroept zich op het afgeleide verschoningsrecht. De buitenwereld moet het doen met de samenvatting van iets meer dan negen pagina's die Steinhoff op haar website heeft gezet.

ONWAARHEDEN

De Brauw en Nauta wijzen erop dat derden, onder wie de autoriteiten, wel de relevante feiten en de onderliggende documenten te zien krijgen, ►

Marike Bakker



De niche

Volgens een onderzoek van de Vrije Universiteit zijn er vijftwintig advocatenkantoren die doen aan corporate investigations. De voornaamste spelers zijn volgens de Chambers Guide respectievelijk Legal 500:

Chambers

Categorie 1

Allen & Overy
De Brauw Blackstone Westbroek

Categorie 2

Houthoff
Jones Day
NautaDutilh
Stibbe

Recognised Practitioner

Ivy Advocaten

Legal 500

Categorie 1

Allen & Overy LLP
De Brauw Blackstone Westbroek
De Roos & Pen
NautaDutilh
Stibbe
Wladimiroff Advocaten

Categorie 2

Clifford Chance
Florent
Hertoghs advocaten
Houthoff
JahaeRaymakers
Jones Day
Loyens & Loeff
Prakken d'Oliveira
Simmons & Simmons
Van Doorne



Vincent de Bruijn

zodat zij de aangereikte informatie kunnen controleren. Ook daarom kunnen advocaten geen feiten achterhouden. Vincent de Bruijn: 'Het be- taamt een advocaat niet om onwaar- heden te debiteren. Ook in civiele zaken mag je geen wezenlijke feiten weglaten. Wij lenen ons niet om bepaalde feiten buiten het rapport te houden als de cliënt dat vraagt.' Aan Nauta is nooit gevraagd om belasten- de informatie uit het rapport te laten, zegt Marike Bakker. 'Als ze dat wel zouden doen, dan zouden wij geen rapport uitbrengen.'

'Wij lenen ons niet om bepaalde feiten buiten het rapport te houden als de cliënt dat vraagt'

Roan Lamp: 'Onze opdrachtgever heeft een probleem en dat kun je niet aanpakken als je de feiten verdoezelt.'

Tussen partijdigheid en objectief on- derzoek doen bestaat volgens de advo- caten geen spanning. Marnix Somsen: 'Je kunt je taak als partijadviseur niet naar behoren vervullen als je niet objectief kijkt naar de feiten.'

Dat betekent niet dat advocaten altijd alle feiten onderzoeken. Het is een kosten-batenanalyse, zegt Marike Bakker. 'Onzer opdrachtgever is een onderneming en die wil voldoende feiten hebben om de juiste maat- regelen te kunnen nemen.' Onder tijdsdruk moet je wel prioriteiten stellen en doelgericht, grondig en

proportioneel te werk gaan. Soms hoeft je dus niet alles te onderzoeken. Marnix Somsen en Patrick Ploeger: 'In de woorden van de Ame- rikaanse toezichhouders: "You dont have to aimlessly boil the ocean."'

Maar er is geen sprake van de directie buiten beeld houden, bezweren de advocaten. Patrick Ploe- ger: 'Aan oogkleppen heeft de cliënt niets.' Voor bestuursleden is er niets

vervelender dan het verwijt dat de onderzoeker hen buiten schot heeft willen houden, zegt Bakker.

Zodra er aanwijzingen opdoemen dat het bestuur betrokken is bij de onderzochte incidenten wordt de raad van commissarissen of de auditcommissie de opdrachtgever van het onderzoek. De advocaten bouwen ook andere waarborgen in voor onafhankelijk onderzoek. Zo moeten zij bijvoorbeeld voldoende budget krijgen en toegang tot alle benodigde data.

Het Institute for Financial Crime is onlangs gekomen met een multidisciplinaire handreiking voor goed feitenonderzoek. De advocaten van Nauta vinden de vrijblijvende handreiking goed; aan regulering heeft Nauta noch De Brauw echter behoefte.

GEDRAGSREGELS

Marike Bakker: 'Wij hebben ook een eigen protocol en zijn geen voorstan- der van nadere normering vanuit de orde. De tucht van de markt zorgt ervoor dat je onderzoek overeind moet blijven.' Volgens Patrick Ploeger bieden de gedrags- en beroepsregels voor advocaten voldoende houvast. De tuchtrechtspraak kan in princi- pe ook meer richting geven, maar tot nu toe oordeelde de raad van discipline slechts één keer over een intern onderzoek, in de NS-kwestie. De komende jaren kunnen nieuwe uitspraken wellicht nieuwe inzichten opleveren.

Uiteindelijk gaat het niet om regels, maar om kwaliteit, zegt Vincent de Bruijn. 'Je moet zo nodig kunnen uit- leggen hoe je tot keuzes en bevindingen bent gekomen. Het proces moet verifieerbaar en reproduceerbaar zijn. Je moet kunnen bouwen op de kwaliteit van het onderzoek en niet op de naam van het kantoor.' ■

Tuchtklachten De Brauw

Kort na het interview met advocaten van De Brauw Blackstone Westbroek hebben de curatoren van Royal Imtech NV het dertiende faillissementsverslag uitgebracht. Daaruit blijkt dat de curatoren medio 2018 vier klachten hebben ingediend tegen De Brauw Blackstone Westbroek. Namen van advocaten worden niet genoemd in het verslag. De Brauw deed onderzoek ten behoeve van het *Report to the shareholders* dat de raad van bestuur in 2013 publiceerde over de fraude in Polen, zie 'Van NS tot Strukton'. De Brauw Blackstone Westbroek laat in een reactie het volgende weten: 'Wij hebben kennis genomen van het feit dat de curatoren nu ook klachten tegen ons hebben ingediend. Wij vinden dit bijzonder teleurstellend. We hebben destijds en tot het einde toe met man en macht gewerkt voor Imtech om te proberen een faillissement af te wenden. Het is te betreuren dat die inspanning het faillissement niet heeft kunnen helpen voorkomen.' Het kantoor werkt aan de voorbereiding van de dupliek en zegt de procedure 'met vertrouwen' tegemoet te zien.