

## Waarheidsvinding bij financieel-economische criminaliteit is een fictie

*De civielrechtelijke aanpak van financieel-economische criminaliteit door private forensisch onderzoekers staat nog steeds in de kinderschoenen. Veel forensisch onderzoekers zijn zich niet bewust van het rechtsbeginsel waarheidsvinding, de daaruit voortvloeiende voorwaarden van volledigheid en waarheidsgetrouwheid en het belang en de onderlinge afhankelijkheid van rechtsfeiten en rechtsregels. Forensische onderzoeken vinden te vaak gefragmenteerd plaats met alleen interne gegevens en juridische onderzoeksstrategieën worden bij de start van een onderzoek en eenzijdig vanuit één rechtsgebied uitgedacht. Dit leidt niet alleen tot een teleurstelling bij de benadeelden, maar het ondergraaft tevens het maatschappelijk vertrouwen in de betrokken ondernemingen én in het rechtssysteem. In dit artikel wordt nader ingegaan op deze verschillende onderwerpen.*

### Inleiding

De gefragmenteerde civielrechtelijke aanpak en afwikkeling van fraude- en boekhoudschandalen bij beursgenoteerde en andere ondernemingen<sup>1</sup> toont in mijn ogen aan dat de civielrechtelijke aanpak van financieel-economische criminaliteit door private forensisch onderzoekers nog steeds in de kinderschoenen staat.<sup>2</sup> De praktijk laat zien dat veel forensisch onderzoekers zich niet bewust zijn van het rechtsbeginsel waarheidsvinding en de daaruit voortvloeiende voorwaarden van volledigheid en waarheidsgetrouwheid. Veel niet-openbare en openbare rapporten, waaronder die van Imtech<sup>3</sup> en Ordina,<sup>4</sup> die ik de afgelopen jaren onder ogen heb gekregen, laten zien dat de civielrechtelijke aanpak van forensische onderzoeken naar onregelmatigheden gefragmenteerd is, de gegevens waarop de onderzoekers zich baseren beperkt zijn en de resultaten van de onderzoeken gering zijn. De verwachtingen van stakeholders dat inzicht wordt geboden in de aard en omvang van de onregelmatigheden, de betrokkenen ter verantwoording worden geroepen en verdwenen financiële middelen terug worden gehaald, worden vaak niet waargemaakt. De gefragmenteerde aanpak van onderzoeken naar de aard en omvang van onregelmatigheden leidt in te weinig gevallen tot gerechtigheid voor de benadeelde ondernemingen, aandeelhouders en andere stakeholders. In die gevallen dat de casus wel aan de civiele rechter wordt voorgelegd, komt de rechter op grond van het beperkte feitencomplex in de optiek van de benadeelden vaak niet tot een goede feitenvaststelling en rechtvaardige uitspraak. Dit leidt niet alleen tot een teleurstelling bij de direct betrokke-

nen, maar het ondergraaft tevens het maatschappelijk vertrouwen in de betrokken ondernemingen én in het rechtssysteem. Dit is onwenselijk, want de financiële en reputationele belangen voor alle betrokken partijen zijn groot.<sup>5</sup>

Waarheidsvinding is naast onder meer hoor en wederhoor een belangrijk beginsel van het civiele procesrecht. Procespartijen dienen zich vanuit de fundamentele procesbeginselen en een oprechte en correcte grondhouding in te spannen om de rechter een volledig en waarheidsgetrouw beeld te schetsen. Deze kan vervolgens de feiten in de noodzakelijke context plaatsen en relaties leggen tussen de feiten en de geldende rechtsregels. Gelet op het feit dat bij financieel-economische criminaliteit geen sprake is van oprechtheid en correctheid, zal de benadeelde partij moeite hebben aan waarheidsvinding te doen. De forensisch onderzoeker zal zich er daarom van bewust moeten zijn dat waarheidsvinding verder gaat dan het bekijken van e-mails en interne documenten. Helaas is deze gefragmenteerde aanpak wel de dagelijkse praktijk bij menig onderzoek. De uitspraak van de voorzitter van de Accountantskamer Michiel van Werkhoven spreekt wat mij betreft in dit kader boekdelen:

‘Daarbij krijg ik het gevoel dat het belang van de broodheer zwaarder weegt dan dat van de onderzochte persoon en dat de forensisch accountant niet zelden conclusies trekt die de cliënt welgevallig zijn. (...) Forensisch accountants vergeten nog wel eens dat zij, wanneer hun rapporten worden gebruikt voor of in een gerechtelijke proce-

\* F. Erkens is partner bij het forensische onderzoeks- en adviesbureau Holland Integrity Group (HIG). Vanaf 1984 is hij zestien jaar werkzaam geweest als rijksaccountant bij de Rijksaccountantsdienst en als forensisch accountant bij de Centrale Recherche Informatiedienst/Korps Landelijke Politiediensten. In 1995 heeft hij de postdoctorale studie Accountancy aan de Universiteit van Amsterdam afgerond. Na vijf jaar bij EY en KPMG als forensisch accountant werkzaam te zijn geweest, heeft hij in 2004 HIG opgericht. HIG ondersteunt financiële instellingen, multinationals, overheidsinstanties en andere marktpartijen in Nederland en het buitenland. Hij treedt regelmatig als (gerechtelijk) deskundige op in Nederlandse en buitenlandse juridische procedures.

1. Ordina, Imtech, Ahold, AKZO Nobel, ABN Amro, BNP Paribas, Philips, Siemens, SBM Offshore, ING, Rabobank, SNS Reaal, Vestia, SCBB, Rochdale en verschillende Amerikaanse banken.  
2. De strafrechtelijke aanpak van financieel-economische criminaliteit door politie en justitie blijft in dit artikel buiten beschouwing.  
3. Imtech N.V., 'Report to shareholders', 18 June 2013.  
4. Ordina N.V., 'Aandeelhouderscirculaire', 27 januari 2015.  
5. De in noot 1 genoemde ondernemingen zijn als veroorzaker en/of benadeelde betrokken geweest bij onregelmatigheden variërend in grootte van tientallen miljoenen euro's (Rochdale, Vestia, Imtech e.a.) tot vele miljarden euro's (BNP Paribas, Rabobank, SNS Reaal e.a.). In sommige gevallen zijn aanzienlijke boetes door toezichthouders of vervolgende instanties opgelegd, waaronder aan het Franse BNP Paribas dat een boete van \$ 8,9 miljard kreeg; een groep van Amerikaanse banken is gedwongen ook de schade van \$ 107 miljard te vergoeden.

dure, in het algemeen belang moeten bijdragen aan de objectieve waarheidsvinding.<sup>6</sup>

Voor een nadere uiteenzetting over door wie en op welke wijze private forensische onderzoeken opgezet en uitgevoerd moeten worden, verwijs ik naar het artikel 'Forensisch onderzoek. Geïntegreerde multidisciplinaire aanpak cruciaal'.<sup>7</sup> Hierin wordt ook beschreven op welke wijze de verschillende doelstellingen op een geïntegreerde, multidisciplinaire wijze gerealiseerd kunnen worden. De praktijk leert dat het goed mogelijk is als forensisch onderzoeker tegemoet te komen aan de verwachtingen van stakeholders en de geconstateerde problemen op te lossen.

In dit kritische artikel toets ik het civielrechtelijke kader rondom het begrip 'waarheidsvinding', waaronder de eisen van zorgvuldig én volledig onderzoek, aan de bestaande praktijk van forensisch onderzoekers, zoals advocaten, accountants en andere onderzoekers, teneinde vast te stellen of wij erin slagen een effectieve bijdrage te leveren aan waarheidsvinding. Ik sta allereerst stil bij de dagelijkse praktijk van forensisch onderzoekers, waarna ik inga op de civielrechtelijke achtergrond van het begrip 'waarheidsvinding'. Aansluitend vertaal ik dit juridische kader naar de opzet, randvoorwaarden en uitvoering van forensische onderzoeken, waarna ik nog inga op de jurisprudentie met betrekking tot de werkzaamheden van forensische accountants. Tot slot zal ik antwoord geven op de vraag of de bestaande praktijk van forensisch onderzoekers voldoende rekening houdt met het rechtsbeginsel waarheidsvinding.

### Bestaande situatie

Uit de vele fraude- en boekhoudschandalen van de afgelopen jaren blijkt dat de bestaande civielrechtelijke aanpak van forensische onderzoeken naar de aard en omvang van financiële onregelmatigheden niet vaak leidt tot gerechtigheid voor de benadeelde ondernemingen, aandeelhouders en andere stakeholders. Van de publiekelijk bekende casussen lijken Rochdale en het Philips Pensioenfonds alleen met strafrechtelijke ondersteuning van het Openbaar Ministerie erin te slagen om een deel van de verdwenen gelden te verhalen op de verantwoordelijke personen. Op 15 april 2015 heeft de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) aangekondigd, dat zij overweegt (voormalige) bestuurders van SBM Offshore aansprakelijk te stellen voor de schade die beleggers hebben geleden door de affaires bij het bedrijf.<sup>8</sup> Deze actie en andere acties<sup>9</sup> laten zien dat aandeelhouders en beleggers mondiger worden en adequaat geïnformeerd willen worden. Zij accepteren niet langer dat schandalen niet

grondig worden afgewikkeld. In het licht van de wettelijke aandacht voor integriteit, zoals vastgelegd in de corporate-governance-regelgeving, de Wet op het financieel toezicht en andere wetten, is dat ook meer dan begrijpelijk. Ook toezichhouders,<sup>10,11</sup> het Openbaar Ministerie<sup>12</sup> en de Belastingdienst<sup>13</sup> nemen in het kader van deze wetten hun verantwoordelijkheid en spelen een actieve rol in het creëren van bewustwording en het aanpakken van onregelmatigheden vanuit andere juridische kaders.

Voor een onderbouwing van mijn visie op de gefragmenteerde opzet en uitvoering van private forensische onderzoeken verwijs ik naar het eerder aangehaalde rapport van Imtech. Er zijn de afgelopen jaren in andere zaken ook rapporten door forensisch onderzoekers opgesteld die niet publiekelijk beschikbaar zijn, maar waarvan de onderzoeken op vergelijkbare wijze zijn uitgevoerd. In dit Imtech-rapport wordt aangegeven dat de onderzoekswerkzaamheden bestaan uit digitaal onderzoek naar intern beschikbare digitale bestanden, uit de review van deze gegevens en uit interviews met betrokkenen.<sup>14</sup> Tot slot wordt opgemerkt:

'Hoewel alles is gedaan dat redelijkerwijs mogelijk is om alle relevante informatie in de onderzoeken te betrekken, zijn de onderzoeken aan verschillende beperkingen onderhevig geweest en valt niet uit te sluiten dat niet alle relevante informatie naar boven is gekomen.'

De genoemde beperkingen betreffen in mijn optiek echter subjectieve en geen objectieve beperkingen. Het is aan de onderzoeker om te kiezen voor een brede of beperkte onderzoeks aanpak en voor de inzet van bepaalde onderzoeksmiddelen. Wat dit laatste betreft kan ik nog opmerken dat rechtspsychologische onderzoek en evaluaties van politieonderzoeken door de jaren heen steeds weer bevestigen dat interviews om verschillende redenen matig betrouwbaar zijn.<sup>15</sup> Menig geïnterviewde geeft om hem moverende redenen en uit eigen belang een persoonlijke kleuring aan het door hem waargenomen deel van het feitencomplex. Daarom is het cruciaal dat externe verificatie door uiteenlopende experts aan de hand van verschillende onafhankelijke en betrouwbare bronnen plaatsvindt. Het trekken van conclusie zoals: 'er geen aanwijzingen zijn gevonden voor structurele onregelmatigheden'<sup>16</sup> op basis van de genoemde beperkte onderzoekswerkzaamheden heeft volgens mij met het verkrijgen van 'een objectief en onafhankelijk beeld' weinig te maken.

6. Voorzitter Michiel Werkhoven van de Accountantskamer tijdens het Grant Thornton seminar 'Forensic Accounting Revisited' op 13 juni 2013.

7. F.J. Erkens & C. de Jong, 'Forensisch onderzoek. Geïntegreerde multidisciplinaire aanpak cruciaal', *Finance & Control* 2013 (december), p. 42-47.

8. 'VEB overweegt schade SBM te verhalen op bestuur', *Het Financieele Dagblad* 15 april 2015.

9. 'PCCGM: meer claims tegen beursfondsen door nieuwe wetgeving', *Het Financieele Dagblad* 4 februari 2015; 'Aangifte tegen curatoren Partrust', *Het Financieele Dagblad* 4 maart 2015.

10. 'AFM verwijt financiële sector niet te willen veranderen', *Het Financieele Dagblad* 10 april 2015.

11. DNB vaardigt op 16 februari 2011 Beleidsregel met betrekking tot integriteitbeleid ten aanzien van zakelijke vastgoedactiviteiten uit.

12. 'Verdachten vastgoedfraude krijgen zwaardere straffen in hoger beroep', *Het Financieele Dagblad* 27 februari 2015.

13. Beantwoording op 21 juni 2011 door de Staatssecretaris van Financiën van vragen over de vastgoedfraude, kenmerk DGB/2011/3118U en DGB/2011/3336U.

14. Ordina N.V., 'Aandeelhouderscirculaire', 27 januari 2015, p. 3.

15. Karl Ask, Anna Rebellius & Par Anders Granhag, 'The "Elasticity" of Criminal Evidence: A Moderator of Investigator Bias', *Applied Cognitive Psychology*, 22: 1245-1259 (2008); A.B. Frielink, J.C.E. van Kollenburg & J.F. van Dijk, *Leerboek Accountantscontrole, Deel 3 – Controlebegrippen, -middelen en -methoden*, 2005; Gisli H. Gudjonson, *The Psychology of Interrogations and Confessions, A Handbook*, 2003; C. Kortlever, 'Verhoormethoden en hun risico's', *EeR* 2011, afl. 1, p. 5.

16. Ordina N.V., 'Aandeelhouderscirculaire', 27 januari 2015, p. 24.

Uit het artikel 'Advocaat verdringt accountant'<sup>17</sup> blijkt dat accountants en advocaten tegengestelde visies hebben ten aanzien van private forensische onderzoeken. Beide beroepsgroepen claimen een leidende rol bij het doen van dergelijke onderzoeken naar financieel-economische criminaliteit en waarheidsvinding. Deze gewenste rol is vanuit commercieel oogpunt begrijpelijk: advocaten en accountants worden geconfronteerd met veranderende verdienmodellen en zien de markt van private forensische onderzoeken als een lucratief verlengstuk van hun huidige dienstverlening. Uit het artikel én de dagelijkse praktijk blijkt echter dat beide visies niet altijd het belang van de opdrachtgever dienen. Het is bijzonder om te lezen dat onafhankelijk forensisch onderzoek door advocaten de waarheidsvinding ten goede komt. Bijzonder, omdat advocaten vanuit hun partijdige rol en met hun sterke focus op rechtsregels en dikwijls eenzijdige aanpak vanuit één specifiek rechtsgebied niet zelden al bij de start van een onderzoek over een juridische strategie praten zonder inzicht te hebben in het feitencomplex (de rechtsfeiten). In de praktijk blijkt dat deze aanpak door advocaten leidt tot het willen onderbouwen van de ingenomen veronderstellingen, hetgeen in veel gevallen tunnelvisie tot gevolg heeft. Daarnaast blijkt uit het antwoord van de Minister van Justitie en Veiligheid op Kamervragen dat door de opmars van advocaten in het onderzoek naar fraude en andere integriteitsproblemen bij bedrijven '(...) het spanningsveld tussen het verschoningsrecht enerzijds en het belang van voortvarende opsporing en vervolging anderzijds vergroot'. Dit spanningsveld zal eerder leiden tot een belangentegenstelling dan tot de noodzakelijke samenwerking.

De aanspraak van accountants wordt gelogenstraft, doordat hun veelal passieve aanpak om redenen van intern risicomanagement vaak niet verder reikt dan de beoordeling van interne gegevens van de cliënt. De praktijk laat zien dat menig accountant met enkel ervaring in de jaarrekeningcontrolepraktijk moeite heeft een actieve aanpak, waarbij de forensische onderzoeker gebruik moet maken van een breed scala aan onderzoeksmiddelen om actief en inventief op zoek te gaan naar gegevens die vooralsnog buiten het bereik van zijn cliënt liggen. Helaas beperkt de inbreng van menig (forensisch) accountant zich in menig zaak<sup>18</sup> tot het op basis van door cliënten en hun advocaten aangereikte documenten uitbrengen van eenzijdige rapporten. Zij komen dan vaak niet verder dan te rapporteren dat zij geen of beperkte aanwijzingen van onregelmatigheden hebben kunnen vinden. Logisch, want de cliënt zal zichzelf niet willen incrimineren en/of vaak ligt een belangrijk deel van het feitencomplex niet intern bij de cliënt.

### Waarheidsvinding als een van de rechtsbeginselen

Internationaal is waarheidsvinding als een fundamenteel beginsel van civiel procesrecht terug te vinden in het Verdrag voor de universele rechten van de mens van de Verenigde Naties (VN) en het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Nationaal heeft waarheidsvinding een belangrijke plaats in de algemene voorschriften voor procedures van Boek I van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). De Hoge Raad heeft in een arrest van 2009 geoordeeld: 'het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling (...)'.<sup>19</sup> Niemand zal betwisten dat goede rechtspraak niet alleen in het belang van de betrokken partijen is, maar tevens een maatschappelijk belang dient. Het vertrouwen van de maatschappij in het rechtssysteem zou ook fors geschaad worden als de feiten waarop de rechter zich baseert niet overeenkomen met de werkelijke gang van zaken. Dan zou recht fictie worden en het belang van jurisprudentie als permanente herwaardering van de rechtsorde komen te vervallen. Niet voor niets stelt de Commissie fundamentele herbezinning Nederlandse Burgerlijke Procesrecht:

'Het is van maatschappelijk belang dat de rechterlijke beslissingen berusten op de realiteit en niet op wat door strategie en tactiek van de procespartijen tot "formele waarheid" in het geding is geworden.'<sup>20</sup>

De Bock stelt in haar proefschrift *Tussen waarheid en onzekerheid* dat waarheidsvinding naast hoor en wederhoor, een behandeling binnen een redelijke termijn en openbaarheid van het proces, moet worden gezien als een rechtsbeginsel van het civiele procesrecht. Hiermee wordt recht gedaan aan het zwaarwegende belang van waarheidsvinding in de civiele procedure.<sup>21</sup>

Artikel 1 van de Nederlandse grondwet bepaalt: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.' Dit (rechts)gelijkheidsbeginsel ligt in lijn met artikel 7 en 10 UVRM en met artikel 6 EVRM. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ten aanzien van artikel 6 EVRM – 'Recht op een eerlijk proces' – blijkt dat veel belang wordt gehecht aan onder meer de principes van 'adversarial proceedings' en 'equality of arms'. Het principe van 'adversarial proceedings' houdt in dat elke procespartij het recht heeft om alle relevante stellingen en bewijsmiddelen in een procedure aan de rechter voor te leggen, én om te reageren op alle relevante stellingen en bewijsmiddelen van de tegenpartij. In civiele procedures moet voorkomen worden dat de rechter eenzijdig en ongelijk geïnformeerd wordt, hetgeen als oneerlijk wordt ervaren en waardoor twijfels over de onafhanke-

17. 'Advocaat verdringt accountant', *Het Financieele Dagblad* 16 maart 2015.

18. 13/1008 Wtra/AK, ECLI:NL:TACAKN:2013:62; AWB 12/1109 en 12/1110, ECLI:NL:CBB:2015:42; ECLI:NL:RBALK:2009:BK2970; ECLI:NL:RBAMS:2008:BG2826; ECLI:NL:RVS:2009:BJ1892.

19. HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, NJ 2010/471.

20. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 80-81.

21. R.H. De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid, Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), 2011 (hierna: De Bock 2011), p. 69.

lijkheid van de rechter kan ontstaan.<sup>22</sup> In Nederland is dit principe van 'adversarial proceedings' terug te vinden in het principe van hoor en wederhoor. Het principe van 'equality of arms' beoogt dat de procespartijen in een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar moeten verkeren. De Bock stelt in haar proefschrift:

'De conclusie tot zover is dat ook de onder invloed van het EVRM in de rechtspraak ontwikkelde beginselen van hoor en wederhoor ("adversarial proceedings") en "equality of arms" het belang van waarheidsvinding onderstrepen. De sterk toegenomen betekenis van deze beginselen benadrukt het belang van waarheidsvinding.'<sup>23</sup>

In haar proefschrift schrijft De Bock ook dat de Engelse filosoof Bernard Williams een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de discussie over het begrip 'waarheidsvinding'. Williams vertaalt dit begrip naar twee fundamentele beginselen, te weten oprechtheid ('sincerity') en correctheid ('accuracy'). In het kader van dit artikel zijn de twee begrippen 'oprechtheid' en 'correctheid' belangrijk, omdat bij alle vormen van financieel-economische criminaliteit juist geen sprake is van oprechtheid en correctheid, maar van bedrog, misleiding, een onjuiste voorstelling van zaken, valsheid in geschrifte en het zich verrijken ten koste van anderen. Deze situatie, waarbij de fundamentele beginselen geweld wordt aangedaan, wringt met het in de vorige alinea behandelde beginsel van 'equality of arms' oftewel het rechtsgelijkheidsbeginsel. Procespartijen staan in deze situatie juist niet in een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar. Op grond van bepaalde feiten en omstandigheden bestaat juist het vermoeden bij een van de partijen dat de andere partij in strijd met bijvoorbeeld contractuele afspraken zichzelf of anderen heeft bevoorrecht door een onjuiste voorstelling van zaken te geven of anderen te misleiden al dan niet door documenten te vervalsen. In deze situatie is het voor de benadeelde partij ook lastig zo niet onmogelijk om in een Nederlandse civiele procedure bij gebrek aan inzicht in het werkelijke feitencomplex alle relevante stellingen en bewijsmiddelen te onderkennen en te verzamelen.

Het begrip 'waarheidsvinding' vindt in artikel 21 Rv zijn weerslag. Artikel 21 Rv bepaalt:

'Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.'

Dit artikel omvat twee belangrijke aspecten, namelijk het aspect van volledigheid en het aspect van waarheidsgetrouwheid. Het aspect van volledigheid betekent dat

partijen alle relevante feiten aan de rechter moeten mededelen en niet alleen de gegevens die de eigen stellingen onderbouwen. Het aspect van waarheidsgetrouwheid hangt samen met eerlijkheid, oprechtheid en betrouwbaarheid, maar kan tevens bezien worden in het licht van de criteria relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie.<sup>24</sup> De twee aspecten van volledigheid en waarheidsgetrouwheid betekenen dat partijen nooit feiten mogen stellen waarvan zij weten dat zij niet juist (kunnen) zijn en dat geen feiten mogen worden ontkend waarvan men de juistheid kent.<sup>25</sup>

Waarheidsvinding en het verzamelen van feiten zijn sterk met elkaar verbonden. Zoals eerder in dit artikel opgemerkt, mogen feiten geen fictie zijn en moeten zij zo veel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken worden vastgesteld. De rechter moet daarom van de procespartijen een zo getrouw mogelijk beeld van de feiten krijgen.<sup>26</sup> De Hoge Raad heeft rechtsfeiten gekwalificeerd als: 'Feiten en omstandigheden waaruit de eiser het door hem beweerde recht afleidt.'<sup>27</sup> Voor een rechter hangen rechtsfeiten en rechtsregels nauw samen. Om een beeld te krijgen van de relevante rechtsregels moet de rechter inzicht krijgen in het feitencomplex, maar een volledige en juiste feitenvaststelling kan alleen plaatsvinden vanuit een bepaalde rechtsregel. De Bock schrijft in haar proefschrift dat feiten om drie redenen belangrijk kunnen zijn, namelijk:

1. Voor de kwalificatie van het feit, omdat ze een relatie leggen tussen het feit en het in de rechtsregel gehanteerde rechtsbegrip.
2. Door een causale relatie van een feit tot een ander feit of een bepaalde gevolgtrekking.
3. Omdat ze een bepaalde context geven, waarin het geschil beoordeeld moet worden.<sup>28</sup>

Deze drie redenen zijn belangrijk voor de forensisch onderzoeker bij het bepalen van de aard en reikwijdte van zijn onderzoek en zijn bijdrage aan de waarheidsvinding.

### **De opzet en randvoorwaarden van een forensisch onderzoek**

Forensisch onderzoek kan aangeduid worden als onderzoek ten behoeve van juridische procedures. Zoals omschreven in het artikel 'Forensisch onderzoek. Geïntegreerde multidisciplinaire aanpak cruciaal'<sup>29</sup> zijn aan de aanpak en uitvoering van onderzoeken van complexe casussen diverse dimensies verbonden, te weten onderzoeksfasen, deskundigheden die noodzakelijk zijn om deelproblemen te onderzoeken en tijd. In de praktijk blijkt dat menig forensisch onderzoeker niet in staat is te 'spelen' met de hem ten dienste staande onderzoeksmiddelen en civielrechtelijke en zo mogelijk strafvorderlijke mogelijkheden om het gehele feitencomplex volledig

22. HR 13 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5256, NJ 2009/106; HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0462, NJ 2008/137; HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9945, NJ 2008/336; HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9861, NJ 2008/243; HR 2 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3668, NJ 2007/587.

23. De Bock 2011, p. 67.

24. De Bock 2011, p. 322.

25. De Bock 2011, p. 53 en 102.

26. De Bock 2011, p. 41.

27. HR 21 mei 1943, NJ 1943/484.

28. De Bock 2011, p. 15.

29. Erkens & De Jong 2013, p. 42-47.

en waarheidsgetrouw in beeld te brengen. De bestaande gefragmenteerde 'one-size-fits-all'-aanpak leidt er dan ook toe dat de uitkomsten van forensische onderzoeken beperkt zijn en niet voldoen aan de verwachtingen van de cliënt, aandeelhouders, beleggers en andere belanghebbenden.

Forensisch onderzoekers zijn voor hun ondersteuning in juridische procedures gebonden aan processuele en vakinhoudelijke voorschriften. De processuele regels omvatten enerzijds de verhoudingen tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen en anderzijds de epistemologische kant. Voor de processuele regels in het civiele recht wordt verwezen naar artikel 198 lid 1 Rv, de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' en de 'Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken'. De leidraad stelt dat de forensisch onderzoeker c.q. gerechtelijk deskundige de opdracht onpartijdig en naar beste weten moet volbrengen. De epistemologische kant betreft de inhoudelijke kant van het onderzoek en hangt daardoor nauw samen met de vakinhoudelijke voorschriften, kwaliteitskaders en de eigen beroepsregels waarbinnen een forensisch onderzoeker moet opereren. Van een forensisch onderzoeker mag verwacht worden dat hij beschikt over een goede theoretische kennis, praktische ervaring met het betreffende onderwerp, regelmatig over vaktechnische onderwerpen publiceert en ook in de praktijk actief is.<sup>30, 31</sup>

De forensisch onderzoeker zal als adviseur van zijn cliënt en/of de rechter boven het feitencomplex moeten staan, blinde vlekken moeten kunnen onderkennen en moeten beoordelen of het mogelijk is om met de beschikbare gegevens de rechter adequaat te informeren. Giard merkt over het deskundigenonderzoek op:

'Juist binnen een juridische context, waar het begrip "waarheidsvinding" – veelal impliciet – zo'n belangrijke rol speelt, is het onmisbaar om bij de opdracht aan de deskundige planmatig te werk te gaan en deze de kwestie tegelijk zorgvuldig én volledig te laten onderzoeken.'<sup>32</sup>

Over het onderzoek merkt hij verder op dat het onderzoek van voldoende breedte en diepgang moet zijn en zich moet richten op het handelen van gedaagde(n) en de handelingscontext. Deze context bestaat uit 'tal van persoonlijke maar ook externe factoren' en 'vindt plaats binnen bepaalde maatschappelijke of organisatiestructuren' en 'binnen een bepaald kennisdomein. Juist die omstandigheden blijken van grote betekenis en zijn van doorslaggevend belang voor de gevolgde handelwijze'.<sup>33</sup> Aan het einde van het artikel concludeert Giard dat:

'Een belangrijk beginsel bij iedere juridische interventie (...) is dat de gebeurtenis in kwestie zo waarheidsgetrouw mogelijk wordt beoordeeld en dat alle betrokkenen aan

dat waarheidsstreven gebonden zijn. (...) Niet alleen het handelen maar bovenal de context waarbinnen dit plaatsvond is essentieel.'<sup>34</sup>

De visie van Giard ten aanzien van het deskundigenonderzoek sluit aan op hetgeen eerder in dit artikel is verwoord, namelijk dat de beide procespartijen (en hun adviseurs) zich moeten inspannen om de civiele rechter een volledig en waarheidsgetrouw beeld te schetsen, zodat de rechter de feiten in de noodzakelijke context kan plaatsen en relaties kan leggen tussen de feiten en de geldende rechtsregels.

#### De uitvoering van het forensische onderzoek

Forensisch onderzoekers, maar ook opdrachtgevers, hun juridische adviseurs en rechters hebben vaak verschillende visies op de reikwijdte van het onderzoek en de noodzaak van het inzichtelijk maken van de context. Menig onderzoeker, opdrachtgever en juridisch adviseur laat zich weerhouden van het zetten van noodzakelijke, aanvullende onderzoekstappen om de context van de casus inzichtelijk te maken vanwege de volgende omstandigheden:

- Beperkte hypothesen over de oorzaak van de problemen.
- De complexiteit en de internationale dimensie van een casus.
- De juridische onbekendheid, de benodigde tijd en kosten en praktische problemen bij het verzamelen van externe gegevens.
- De visie op de eigen gedrags- en beroepsregels.

De wetgeving in Nederland en andere landen met een continentaal rechtstelsel biedt relatief weinig mogelijkheden om voorafgaande of gedurende een civiel- of bestuursrechtelijke procedure gegevens te verzamelen om inzicht te krijgen in de aard en omvang van mogelijke onregelmatigheden. Alleen in het strafrecht en in landen met Angelsaksische rechtstelsels bestaan ruimere juridische onderzoeksmogelijkheden. De waarheidsplicht van artikel 21 Rv lijkt een mooie kapstok te bieden door partijen de verplichting op te leggen om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, maar dit artikel legt niet de verplichting aan een van de partijen op om alle gegevens die de andere partij belangrijk vindt ook te overleggen.<sup>35</sup> Ook andere wettelijke bepalingen, zoals artikel 162 Rv, artikel 3:15j BW, artikel 843a Rv, het enquêterecht en inzage op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens, geven slechts beperkte mogelijkheden om voorafgaande of gedurende een procedure inzage te krijgen in bepaalde documenten, en bieden geen mogelijkheid om het feitencomplex volledig in kaart te brengen. Wijers en Haasjes stellen vast dat de wetgever geen algemene exhibitieplicht in het leven heeft willen roepen en 'fishing expeditions' tegen wil gaan. Willen de forensisch onderzoeker, opdrachtgever en juridisch adviseur inzage krijgen in het gehele feitencomplex, dan zal de oplossing buiten

30. R.W.M. Giard, 'Dwalende deskundigen: over de persoon achter het deskundigenonderzoek', *EeR* 2014, afl. 3.

31. HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/481 ECLI:NL:HR:2009:BG4822.

32. R.W.M. Giard, 'De opdracht aan de deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *EeR* 2013, afl. 2, p. 43.

33. Giard, *EeR* 2013, afl. 2, p. 44.

34. Giard, *EeR* 2013, afl. 2, p. 46.

35. W.P. Wijers & A.J. Haasjes, 'Exhibitie in het (ondernemings)recht', *O&F* 2006/71, p. 49-62.

de bovenstaande beperkte civielrechtelijke mogelijkheden gezocht moeten worden.

De gefragmenteerde uitvoering van private forensische onderzoeken vindt op twee dimensies plaats, namelijk op de aard en omvang van het feitencomplex (hierna: kwantitatieve uitvoering) en op de noodzakelijke deskundigheid voor de beoordeling en interpretatie van dit feitencomplex (hierna: kwalitatieve uitvoering).<sup>36</sup> In veel gevallen beperkt de gegevensverzameling zich in de aanloopfase naar een juridische procedure tot de gegevens die bij de cliënt en in open bronnen beschikbaar zijn. Deze beperkte kwantitatieve uitvoering in deze cruciale fase leidt altijd tot een onvolledige gegevensverzameling en analyse van gegevens, waardoor relevante externe feiten, zoals de eigendomsverhoudingen achter buitenlandse rechtspersonen, de herkomst van inkomen en vermogen of de bestemming van verdwenen financiële middelen, in de verdere juridische procedure buiten beschouwing worden gelaten. De kwalitatieve uitvoering op het terrein van de inzet van bepaalde theoretische kennis en praktische ervaring met het betreffende onderwerp zal bij het niet of een beperkte inzet van de noodzakelijke deskundigheden ook altijd leiden tot een onjuiste en/of onvolledige beoordeling en interpretatie van het beperkte feitencomplex. Van een advocaat of accountant mag niet verwacht worden dat hij ook deskundig is op psychologisch, IT en/of operationeel terrein.

Deze praktijk van gefragmenteerde kwantitatieve en kwalitatieve uitvoering van private forensische onderzoeken heeft tot gevolg dat rapporten van forensisch onderzoekers op het terrein van financieel-economische criminaliteit door onvolledigheid van het feitencomplex, en beperkte en daardoor onjuiste beoordeling en interpretatie ervan als een onbetrouwbare weergave van het feitencomplex moeten worden beschouwd. Giard betoogt in mijn ogen terecht:

‘Het verzamelen van betrouwbare kennis en een zorgvuldige beoordeling en interpretatie daarvan vormen een even logische als essentiële voorwaarde voor een billijk oordeel.’<sup>37</sup>

### Jurisprudentie

In Nederland zijn verschillende uitspraken van rechtelijke instanties bekend over forensisch onderzoekers die op het terrein van financieel-economische criminaliteit hebben opgetreden. De onderstaande uitspraken hebben betrekking op (forensische) accountants die op verzoek van cliënten private onderzoeken hebben gedaan in het kader van civielrechtelijke geschillen tussen partijen en/of naar mogelijke onregelmatigheden.<sup>38,39</sup> De uitspraken geven een richting aan hoe rechters in de toekomst

zouden kunnen oordelen over het werk van forensisch onderzoekers in relatie tot waarheidsvinding. De uitspraken zijn onder te verdelen in de volgende drie categorieën:

1. Het niet dienen van het algemene belang.
2. Het ontbreken van een deugdelijke grondslag.
3. Het ontbreken van een hoge mate van zorgvuldigheid.

#### **Het niet dienen van het algemene belang**

De Accountantskamer verwijst in een uitspraak op 14 juni 2010 nadrukkelijk naar het algemene belang dat rechtspraak op materiële waarheidsvinding berust:

‘Betrokkene heeft niet alleen het belang van zijn opdrachtgever/cliënt maar ook het algemeen belang te dienen (art.A-100.1). Dat brengt met zich dat, gelet op de toegevoegde waarde die in het maatschappelijke verkeer aan een accountantsrapport in een gerechtelijke procedure wordt toegekend, en het algemene belang dat rechtspraak op objectieve waarheidsvinding berust, de betrokken accountant ervoor dient zorg te dragen dat zijn rapportage deze waarheidsvinding niet belemmert, doordat deze te eenzijdig is toegespitst op het standpunt/belang van de opdrachtgever/cliënt.’<sup>40</sup>

Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) onderschrijft deze lijn in een uitspraak op 26 juli 2012.<sup>41</sup>

#### **Het ontbreken van een deugdelijke grondslag**

Op 17 februari 2010 heeft het Cbb uitspraak gedaan in een procedure, waarbij de accountant zich alleen heeft beperkt tot de gegevens die zijn cliënt hem heeft aangeleverd.<sup>42</sup> Het Cbb stelt vast dat het rapport van de deskundige een deugdelijke grondslag ontbeert. De Accountantskamer constateert op 19 maart 2013 dat een deugdelijke grondslag ontbreekt voor de gegevens die de accountant gebruikt om zijn conclusies te onderbouwen.<sup>43</sup> De accountant had volgens de Accountantskamer onvoldoende werkzaamheden verricht om zijn conclusies te rechtvaardigen en zich moeten realiseren dat zijn rapport in een juridische procedure kan worden gebruikt. Ook in eerdere uitspraken heeft de Raad van Tucht bepaald dat een accountant moet zorgen voor een deugdelijke grondslag voordat hij rapporteert.<sup>44</sup> Zo mag hij zich niet eenzijdig laten informeren door zijn cliënt.

De Hek merkt op dat het geregeld voorkomt dat:

‘(...) accountantsrapporten vooral informatie bevatten die afkomstig zijn van een van de beide partijen, zonder dat de accountant deze informatie zelfstandig heeft getoetst. (...) Voor het bewijs van de door de partij die het rapport inbrengt ingenomen feiten heeft het rapport dan geen meerwaarde.’<sup>45</sup>

36. R.W.M. Giard, ‘Waarheidsvinding: worstelen met wijsheid achteraf’, *EeR* 2009, afl. 2.

37. R.W.M. Giard, ‘Heraclites en Parmenides voor de rechter’, *EeR* 2010, afl. 5/6.

38. H. de Hek, ‘Een beperkte mate van zekerheid, Over de betekenis van accountantsrapporten in de civiele procedure’, *TCR* 2013 (hierna: De Hek, *TCR* 2013), p. 109-166.

39. H. Blokdijk & J. Achten, *Tuchtrechtspraak voor accountants*, IFO, mei 2011.

40. Accountantskamer NIVRA 14 juni 2010, ECLI:NL:TACAKN:2010:YH0043.

41. Cbb 26 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX5082.

42. Cbb 17 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO8034.

43. Accountantskamer NIVRA 19 maart 2013, 12/915, ECLI:NL:TACAKN:2013:YH0359.

44. Raad van Tucht: JT 2002-19, JT 2003-21, JT 2007-27 en JT 2006-48.

45. De Hek, *TCR* 2013, p. 115.

Uit de uitspraak van 26 juni 2012 van het Hof Arnhem-Leeuwarden blijkt dat de accountant zich voor zijn rapport geheel gebaseerd had op de gegevens van zijn cliënt en geen zelfstandig onderzoek had uitgevoerd.<sup>46</sup> De Hof merkt terecht op: 'Het rapport bevat niet meer dan een weergave van de visie van (...) over de door hem geleden schade.'

#### **Het ontbreken van een hoge mate van zorgvuldigheid**

In een uitspraak van 10 februari 2011 van het CbB is opgemerkt dat van een deskundige verwacht mag worden dat hij met een hoge mate van zorgvuldig optreedt bij het uitvoeren van een onderzoek naar vermoedens van onregelmatigheden, omdat hij weet dat zijn handelen in dit onderzoek vérstrekkende gevolgen zou kunnen hebben voor degenen die bij de te onderzoeken (financiële) transacties betrokken waren.<sup>47</sup> De accountant dient uiterste zorgvuldigheid te betrachten en zich niet te laten leiden door de belangen van zijn opdrachtgever. Op 3 maart 2015 heeft het CbB deze lijn nog bevestigd.<sup>48</sup>

#### **Tot slot**

Dit artikel ben ik begonnen met de constatering dat de civielrechtelijke aanpak van financieel-economische criminaliteit door de gefragmenteerde aanpak en afwikkeling van fraude en boekhoudschandalen bij beursgenoteerde en andere ondernemingen nog steeds in de kinderschoenen staat. De gefragmenteerde aanpak en afwikkeling door advocaten en accountants leidt niet vaak tot gerechtigheid voor de benadeelde ondernemingen, aandeelhouders en andere stakeholders, maar ondergraaft eerder het maatschappelijk vertrouwen in de betrokken (beursgenoteerde) ondernemingen én in het rechtssysteem. Uit de jurisprudentie blijkt dat forensisch onderzoekers een belangrijke verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van hun cliënt en het maatschappelijk verkeer. Het uitvoeren van gefragmenteerde forensische onderzoeken op basis van voornamelijk interne gegevens van de cliënt wordt door de civiele rechter gezien als onzorgvuldig en onprofessioneel en een schending van het fundamentele rechtsbeginsel van waarheidsvinding. De rechter verlangt van de procespartijen om drie redenen een zo getrouw en volledig mogelijk beeld van de feiten te krijgen:

1. Voor de kwalificatie van het feit, omdat ze een relatie leggen tussen het feit en het in de rechtsregel gehanteerde rechtsbegrip.
2. Door een causale relatie van een feit tot een ander feit of een bepaalde gevolgtrekking.
3. Omdat ze een bepaalde context geven, waarin het geschil beoordeeld moet worden.

Van een forensisch onderzoeker mag verwacht worden dat hij zijn cliënt en de civiele rechter kan adviseren over de wijze waarop het doel, een zo getrouw en volledig mogelijk beeld van de feiten, bereikt kan worden. Van Werkhoven constateert dat forensische accountants hier nog grote moeite mee hebben. Forensische onder-

zoeken zullen zowel op kwantitatief als op kwalitatief terrein uitgebreid moeten worden om recht te doen aan het fundamentele rechtsbeginsel van waarheidsvinding en de maatschappelijke roep om rechtvaardigheid bij financieel-economische criminaliteit. Het is ons gezamenlijke belang om recht geen fictie te laten zijn.

46. Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9793.

47. CbB 10 februari 2011, AWB 08/900, ECLI:NL:CBB:2011:BP8461.

48. CbB 24 februari 2015, AWB 12/1109 en 12/1110, ECLI:NL:CBB:2015:42.