

# Vraagstukken bij financieel deskundigenonderzoek

In dit essay wordt aan de hand van een casus ingegaan op de verschillende vraagstukken bij de uitvoering van financieel deskundigenonderzoek naar financieel-economische criminaliteit. Vaak is vastgesteld dat het recht niet effectief is in casus die betrekking hebben op financieel-economische criminaliteit. De benadeelde partij krijgt door de verkeerde aanpak van het feitenonderzoek vaak niet de beschikking over relevante feiten en omstandigheden. Wil de benadeelde partij ondersteund worden bij het verkleinen van de informatieasymmetrie en recht gedaan worden aan waarheidsvinding als fundamenteel beginsel van het recht, dan zal de benadeelde partij in de gelegenheid gesteld moeten worden om in de preprocesuele fase het feitencomplex zo volledig mogelijk inzichtelijk te maken.

## 1. Inleiding

'Evidence is the basis of justice'<sup>1</sup> en 'an efficient, effective and accurate process of fact-finding may deter citizens from breaching the law'.<sup>2</sup> Mede om deze twee redenen is het belang van professioneel financieel deskundigenonderzoek<sup>3</sup> voor een rechtvaardige, sociale samenleving en een professionele rechtsstaat groot. De problemen waar het bedrijfsleven regelmatig mee geconfronteerd wordt, variëren van zakelijke verschillen van inzicht tot complexe vormen van financieel-economische criminaliteit, zoals witwassen, omkoping, corruptie, verduistering en het niet naleven van handels- en financiële sancties. De jaarlijkse omvang van financieel-economische criminaliteit in Nederland wordt geschat op een bedrag van tientallen miljarden euro's, maar de kans op ontdekking van dit handelen en op de ontneming van het onrechtmatig verkregen voordeel is minimaal.<sup>4, 5</sup>

Complexe vormen van financieel-economische criminaliteit omvatten vrijwel altijd een scala aan betrokken individuen, rechtspersonen, contracten, bankrekeningen, bedrijfsmiddelen en transacties en zijn bijna per definitie internationaal van aard. Voor het inzichtelijk maken van de problemen, het bepalen van juridische strategieën en het inschatten van de proceskansen is het belangrijk om vroegtijdig toegang tot en inzicht te krijgen in relevante interne en externe gegevens.<sup>6</sup> Het verkrijgen van externe gegevens van banken, trustmaatschappijen, accountants en andere partijen om inzicht te krijgen in de aard en omvang van de mogelijke benadeling en te kunnen ageren tegen onrechtmatig handelen is echter voor menig benadeelde partij langs civiel- en strafrechtelijke wegen vaak lastig zo niet onmogelijk. In sommige gevallen zijn de feiten van een casus bij de betrokken partijen beschikbaar, maar in de meeste gevallen is het volstrekt onduidelijk wat er is gebeurd, waar relevante gegevens zich bevinden, wie intern en extern betrokken en verantwoordelijk zijn voor de mogelijke onregelmatigheden, waar de (verdwenen) financiële middelen zijn en of toekomstige samenwerking met zakenpartners of medewerkers nog wenselijk of mogelijk is.

In dit essay wordt aan de hand van een casus ingegaan op de verschillende vraagstukken bij de uitvoering van financieel deskundigenonderzoek naar financieel-economische criminaliteit. De vraagstukken betreffen onder meer de keuze voor het civiel- of strafrecht, de reikwijdte en de positionering van het onderzoek en de rol van de advocaat bij de uitvoering van financieel deskundigenonderzoek.

## 2. Casus

### 2.1. Algemeen

In 2003 heeft een beleggingsfonds een vergunning gekregen van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) voor het aantrekken van gelden van beleggers en het beleggen in termijntransacties in tulpenbollen. Een gespecialiseerde commissaris heeft een belangrijke rol gespeeld bij het bij elkaar brengen van het beleggingsfonds, andere beleggers en leveranciers en afnemers van de tulpenbollen, het zorg dragen voor de juridische totstandkoming en registratie van de transacties, alsmede het innen en uitbetalen van de daarmee gepaard gaande gelden. In totaal hebben het beleggingsfonds en enkele andere beleggers in 2003 een bedrag van ongeveer € 110 miljoen in termijntransacties in tulpenbollen geïnvesteerd. Na afloop van het handelsjaar blijkt bij de commissaris echter sprake te zijn van een aanzienlijk financieel tekort, waardoor niet voldaan kan worden aan de financiële verplichtingen uit hoofde van de overeengekomen handelstransacties in de richting van het beleggingsfonds, de beleggers en verschillende handelaren. De commissaris gaat failliet, waarna de rechtbank een curator benoemt die belast wordt met de afwikkeling van het faillissement. Het beleggingsfonds heeft opdracht gegeven aan een deskundige om het feitencomplex te onderzoeken en uit te vinden waar de verdwenen gelden zijn gebleven.

Het is in deze fase volstrekt onduidelijk wat feitelijk heeft plaatsgevonden, wie verantwoordelijk is en waar

\* Frank Erkens MEWI FFE RFA, Holland Integrity Group.

1. W. Twining, *Rethinking evidence*, 2006, die verwijst naar J. Bentham, *An Introductory View of the Rationale of Judicial Evidence*, 1843, p. 42.

2. R.R. Verkerk, *Fact-finding in Civil Litigation, A Comparative Perspective*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 338.

3. In dit kader ook wel genoemd feitenonderzoek of forensisch onderzoek.

4. B. Unger, G. Rawlings, M. Busuioac, J. Ferwerda, M. Siegel, W. de Kruijf & K. Wokke, *The amounts and the effects of money laundering*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2006. Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum, Criminaliteit en rechtshandhaving, 2015, p. 83.

5. Europol, *Rapport Criminal asset recovery in the EU, 'Does crime still pay?'*, 1 July 2016.

6. De interne gegevens zijn beschikbaar bij de cliënt/de onderzochte partij.

de belegde gelden zijn gebleven. Daarnaast zijn op het moment van het faillissement veel partijen betrokken die belang hebben bij het verkrijgen van inzicht in de gebeurtenissen. Zo kunnen als belanghebbenden het beleggingsfonds, de beleggers en handelaren worden genoemd, maar ook de AFM, de belastingdienst en het productschap Tuinbouw hebben er direct belang bij om inzicht te krijgen in wat er is gebeurd. Alle partijen hebben eigen belangen die soms gelijklopen met de belangen van anderen, maar ook tegenstrijdig aan de andere belangen kunnen zijn.

## 2.2. Het uitgevoerde financieel deskundigenonderzoek

Na het faillissement van de commissionair zijn door de deskundige werkafspraken met de curator gemaakt over het gezamenlijke onderzoek naar de toedracht van het faillissement. Onder meer is het interne feitencomplex rondom het beleggen en handelen in tulpenbollen aan de hand van de financiële administratie en de handelsdatabase van de commissionair inzichtelijk gemaakt, waarbij aandacht is besteed aan de individuen en rechtspersonen die direct en indirect betrokken zijn geweest bij het beleggen en handelen in tulpenbollen, de geregistreerde contracten en transacties, de aard, de herkomst en de kwaliteit van de verhandelde tulpenbollen, de inkomende en uitgaande betalingen en de communicatie tussen de commissionair en betrokkenen. Hierdoor is het mogelijk geweest een goed inzicht in het interne feitencomplex bij de commissionair te krijgen.

Echter belangrijke externe gegevens ontbreken, zoals onder meer de identiteit van de *'beneficial owners'* van een dertigtal buitenlandse rechtspersonen die een belangrijke rol hebben gespeeld bij de handel in tulpenbollen. Op naam van deze buitenlandse rechtspersonen zijn door de commissionair voor vele honderden miljoenen euro's termijntransacties geregistreerd, zonder dat deze vennootschappen de vereiste financiële zekerheden hebben gesteld voor de aankoopverplichtingen die zij zijn aangegaan.

Andere belangrijke externe gegevens die opgevraagd en verkregen zijn, betreffen de keuringsrapporten van de Bloembollenkeuringsdienst ten aanzien van de verhandelde tulpenbollen en gegevens bij overheidsinstanties, zoals de kadasters en andere registers in Nederland, Zwitserland en andere landen, met betrekking tot vermogensbestanddelen en bedrijven van betrokkenen. Tevens hebben gesprekken met deskundigen van de handelsbeurs Euronext plaatsgevonden over de opzet en inrichting van commoditymarkten, zoals ook de handel in tulpenbollen kan worden aangeduid.

Op basis van het in kaart gebrachte feitencomplex heeft de directie van het beleggingsfonds de AFM geïnformeerd en aangifte gedaan van verschillende mogelijk strafbare feiten bij de officier van justitie in Nederland. Aansluitend heeft ook in Zwitserland overleg met de officier van justitie plaatsgevonden, omdat een deel van de beleggers en handelaren in Zwitserland woonachtig is. Een bestuur-

der van het beleggingsfonds heeft op basis van het voorlopige feitencomplex in Zwitserland een getuigenverklaring afgelegd, waarna de verantwoordelijke officier van justitie op grond van het geldende Zwitserse strafprocesrecht heeft besloten om aan het verzoek van de benadeelde partij te voldoen om relevante gegevens ter beschikking te stellen.

Op basis van deze uitbreiding van het inzicht in het voorlopige feitencomplex heeft het beleggingsfonds vervolgens in Engeland een *'discovery'*-procedure geïnitieerd, waarbij de rechter is verzocht om onder meer een trustmaatschappij door middel van een zogeheten *'Norwich Pharmacal order'* te verplichten relevante gegevens ter beschikking te stellen.<sup>7</sup> De gevraagde gegevens zijn onder meer gericht op het identificeren van de eerdergenoemde *'beneficial owners'* van de buitenlandse rechtspersonen.

Tijdens de *'discovery'*-procedure blijkt het Engelse trustkantoor niet de beschikking te hebben over de gegevens van de *'beneficial owners'* van de buitenlandse rechtspersonen. De Zwitserse advocaat die de oprichting van deze buitenlandse vennootschappen voor zijn cliënten heeft begeleid, heeft de gegevens wel in zijn bezit, maar beroept zich in de procedure op zijn verschoningsrecht. Uiteindelijk heeft de Engelse rechter aangegeven dat de Zwitserse advocaat zich niet kan beroepen op zijn *'legal professional privilege'*, omdat hij de oprichting van de buitenlandse rechtspersonen niet in zijn hoedanigheid als advocaat, maar als bestuurder van een Zwitsers trustkantoor heeft gedaan. De rechter heeft aangegeven dat hij de weigering van de Zwitserse advocaat om de gegevens ter beschikking te stellen, zal beschouwen als een *'contempt of court'*. De Zwitserse advocaat heeft uiteindelijk gevolg gegeven aan de *'disclosure order'* en de documenten ter beschikking gesteld.

Aldus zijn de gegevens uit het financiële onderzoek en de verschillende juridische procedures in Nederland, Zwitserland, Engeland en andere jurisdicties bijeengevoegd tot een vollediger feitencomplex. Op basis van gemaakte afspraken en wettelijke verplichtingen zijn de gegevens ook gedeeld met de betrokken curator, de Nederlandse belastingdienst, de AFM, de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD) en het Openbaar Ministerie (OM).

## 2.3. Beschouwing

Zoals uit bovenstaande casus blijkt, is bij de aanvang van het onderzoek volstrekt onduidelijk hoe het feitencomplex en de context eruitzien, in welke landen gegevens verzameld moeten worden, hoe bepaalde feiten gekwalificeerd kunnen worden en langs welke juridische routes de benadeelde partijen inzicht in het feitencomplex kunnen krijgen en aansluitend eventueel de verantwoordelijke partijen aansprakelijk kunnen stellen voor geconstateerde onregelmatigheden en hun financiële schade kunnen verhalen. Pas in de loop van het onderzoek begint inzicht in de voorlopige bevindingen te ontstaan op basis waarvan zorgvuldige keuzes gemaakt

7. High Court of Justice, Chancery Division, Claim Number HC04C02217, 26 July 2004.

kunnen worden voor aanvullende onderzoekshandelingen, mogelijke juridische routes en geschonden rechtsnormen.

Tevens laat de casus zien dat verschillende juridische en andere onderzoeksmiddelen in de zogeheten preprocesuele fase ingezet moeten worden om relevante gegevens te kunnen verkrijgen die noodzakelijk zijn om inzicht in de gehele internationale context te kunnen krijgen. Het belang van het vroegtijdig verkrijgen en onderzoeken van gegevens van met name derden is groot. In de huidige tijd liggen veel gegevens, waaronder contracten, financiële gegevens en communicatie van partijen, bij derden, zoals banken, trustmaatschappijen, accountantskantoren, datacenters en andere serviceproviders. Daarnaast zijn de kennis, vaardigheden en technische hulpmiddelen om gegevens te lokaliseren, beschikbaar te krijgen en te analyseren sterk toegenomen.

Tot slot blijkt uit deze casus dat sprake is van één (gefaiseerd opgebouwd) feitencomplex op basis waarvan voor de diverse juridische procedures verschillende dwarsdoorsnedes gemaakt kunnen worden.

### 3. Vraagstukken

#### 3.1. Algemeen

Dat het terrein van de opzet en uitvoering van feitenonderzoeken nog verder ontgonnen en geprofessionaliseerd moet worden, kan afgeleid worden uit verschillende ontwikkelingen. Verwezen kan worden naar de ontnuchterende cijfers over de aard en omvang van criminaliteit in Europa en de minimale ontneming van dit wederrechtelijk verkregen vermogen. Uit verschillende onderzoeken naar de aard en omvang van financieel-economische criminaliteit in Europa blijkt dat maar 1,1% van het met deze vorm van criminaliteit verdiende bedrag van € 110 miljard strafrechtelijk ontnomen wordt. Uit de schandalen met onder meer beursgenoteerde ondernemingen en beleggingsfondsen in onder meer teakhout en onroerend goed, blijkt dat het aantal (in)direct benadeelde aandeelhouders en beleggers dermate groot is dat geconstateerd kan worden dat de problematiek van financieel-economische criminaliteit verschuift van een ad hoc privaatrechtelijk probleem van enkele individuen naar een structureel publiekrechtelijk probleem. In de komende paragrafen wordt nader ingegaan op verschillende vraagstukken die nauw samenhangen met financieel deskundigenonderzoek.

#### 3.2. De civiel- of strafrechtelijke route bij financieel deskundigenonderzoek

Zoals uit de beschreven casus blijkt is het voor het zo volledig mogelijk inzichtelijk maken van een veelal internationaal feitencomplex noodzakelijk om gebruik te kunnen maken van verschillende juridische en andere onderzoeksmiddelen voor het verkrijgen van relevante

gegevens.<sup>8</sup> Gelet op de verschillen in effectiviteit en efficiency bij de inzet van de diverse onderzoeksmiddelen is het belangrijk om binnen de juridische mogelijkheden nauw samen te werken met overheidsdiensten, zoals het OM en de politie, en andere professionals, zoals de curator, en voor het inzichtelijk maken van het gehele feitencomplex gebruik te maken van de juridische mogelijkheden in de verschillende rechtsgebieden. Helaas gebeurt dat in de praktijk nog te weinig, ad hoc, gefragmenteerd en ongecoördineerd. Gegeven de vele formele en praktische randvoorwaarden, die met juridische onderzoeksmiddelen in de verschillende rechtsgebieden in Nederland en andere landen samenhangen, is het verkrijgen van belangrijke onderzoeksgegevens, zoals de identiteit van de 'beneficial owners' van de buitenlandse rechtspersonen of gegevens over financiële transacties en vermogensbestanddelen van individuen of rechtspersonen, vaak een complexe zoektocht die de nodige kennis en ervaring op verschillende deelterreinen vraagt. Zo kunnen internationale rechtshulpverzoeken naar sommige landen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek voor de officier van justitie maanden zo niet jaren duren, terwijl in de hiervoor beschreven casus de relevante gegevens door de benadeelde partij binnen een paar dagen van de Zwitserse officier van justitie zijn verkregen. Zoals de 'discovery'-procedure in de casus laat zien, is het binnen een redelijke termijn verkrijgen van gegevens langs civielrechtelijke weg ook mogelijk in landen met een 'common law' rechtsstelsel, mits aan de vereiste voorwaarden wordt voldaan. De praktijk laat zien dat de civielrechtelijke en strafrechtelijke routes beide grote toegevoegde waarde hebben, maar dat de inzet en effectiviteit van beide routes afhankelijk is van verschillende omstandigheden.

In de praktijk blijkt dat in het civiel recht, in tegenstelling tot het straf- en bestuursrecht, feitenonderzoek meer gedurende dan voorafgaande aan de behandeling ter terechtzitting wordt uitgevoerd. Dit roept de vraag op of in het civiel recht minder of geen sprake is van adequate functiescheiding tussen waarheidsvinding en rechtsvinding. Het feitenonderzoek vormt door het gebruik in de procedure een onderdeel van de processtrategie van de advocaat. Een zelfstandige, interdisciplinaire aanpak van feitenonderzoek in de preprocesuele fase in het kader van civielrechtelijke procedures behoort omwille van materiële waarheidsvinding gericht te zijn op het verzamelen en analyseren van gegevens in de context van de casus. Helaas vindt dit nog te weinig plaats.<sup>9</sup> De schrijvers (de Expertgroep) van het rapport *Modernisering burgerlijk bewijsrecht* constateren dat ondanks de wettelijke plichten voor partijen en bevoegdheden voor de rechter de praktijk van het civiele proces nog steeds door een traditioneel bepaalde, terughoudende en afwachende opstelling van procespartijen wordt gekenmerkt.<sup>10</sup> De bestaande sanctie ('soft option') in het civiel recht, dat een passieve, weigerachtige houding van veelal de

8. Met juridische onderzoeksmiddelen wordt in dit kader bedoeld (voorlopige) bewijsverrichtingen en het doen van strafrechtelijke aangifte. Met andere onderzoeksmiddelen wordt bedoeld de onderzoeksmiddelen die in andere disciplines worden gebruikt om gegevens te verzamelen, te analyseren en inzichtelijk te maken.

9. C.J.M. Klaassen, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding', punt 7-10, p. 49-52, in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Nederlandse Vereniging van Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; A. Hammerstein, W.D.H. Asser & R.H. de Bock, *Advies van de Expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, april 2017, voetnoten 18 en 19, p. 17.

10. Expertgroep (2017), p. 10.

veroorzaker van problemen op het terrein van financieel-economische criminaliteit zal leiden tot een procedureel nadeel voor deze partij, maakt geen enkele indruk op deze partij.<sup>11</sup> Haar enige belang is het onthouden van haar wederpartij van enig inzicht in het feitencomplex, waardoor zij niet in staat is een juridische procedure te initiëren dan wel zorg te dragen voor het aanleveren van het benodigde bewijs. De Expertgroep constateert dat de samenleving behoefte heeft aan voortvarende en effectieve civiele procedures,<sup>12</sup> maar realiseert zich ook dat partijen welbewust informatie achterhouden.<sup>13</sup>

Daarom zal *'bekeken moet[en] worden hoe partijen voorafgaande aan de procedure op ruimere schaal dan thans het geval is, mogelijkheden krijgen of benutten om zelf informatie te verzamelen'*.<sup>14</sup>

Geconstateerd kan worden dat de noodzaak groot is dat benadeelde partijen de bestaande informatieasymmetrie door middel van onder andere verschillende juridische onderzoeksmiddelen op kunnen heffen of in ieder geval kunnen verminderen. Zowel het civiel- als het strafrecht kunnen een belangrijke rol spelen in het verminderen van de informatieasymmetrie, maar de bestaande middelen in beide rechtsgebieden worden nog onvoldoende gebruikt om een effectieve bijdrage te kunnen leveren aan financieel deskundigenonderzoek.

### 3.3. De reikwijdte van financieel deskundigenonderzoek

De casus laat zien dat het inzichtelijk maken van de interne problematiek bij de commissionair zal leiden tot het beantwoorden van vele vragen over wie gehandeld heeft, wat verhandeld is en voor welke bedragen. Echter indien het onderzoek alleen beperkt zou worden tot de interne gang van zaken bij de commissionair, dan zou uiteindelijk de kern van het mogelijk onrechtmatig handelen, namelijk de aandeelhoudersrelaties tussen de verschillende handelaren en de buitenlandse vennootschappen, niet zichtbaar zijn geworden. Dan zou ook niet zichtbaar zijn geworden dat sommige handelaren hun aangekochte tulpenbollen voor veel hogere bedragen aan hun eigen buitenlandse vennootschappen hadden verkocht zonder dat deze vennootschappen hun financiële verplichtingen zijn nagekomen. Deze relevante gegevens zijn in veel casus niet intern bij de onderzochte partij beschikbaar, maar zijn veelal extern bij andere betrokkenen, professionele dienstverleners of derden, vaak in andere landen, voorhanden.

Jennen en Biemond hebben ten aanzien van de reikwijdte van een forensisch onderzoek opgemerkt: *'(...) de onderneming is meestal gebaat bij een onderzoek met een duidelijke focus en een beperkte reikwijdte (...)'*.<sup>15</sup> Vanuit de optiek van de partijdige advocaat is deze stellingname van Jennen en Biemond heel begrijpelijk, maar vanuit het oogpunt van waarheidsvinding (in de specifieke casus), en probleemoplossing en procesverbetering voor

de onderneming (op de langere termijn) laat de praktijk zien dat met een beperkte reikwijdte van een onderzoek in veel gevallen geen inzicht wordt verkregen in het gehele feitencomplex, geen recht wordt gedaan aan de belangen van de andere betrokkenen, en veelal veel geld kost maar vaak weinig toegevoegde waarde heeft voor het oplossen van het werkelijke probleem.

Uit de beschreven casus en vele andere casus kan opgemaakt worden dat de reikwijdte van een financieel deskundigenonderzoek niet beperkt moet worden tot de interne gang van zaken. Helaas gebeurt dat in de praktijk om verschillende redenen veelvuldig. Het bepalen van de reikwijdte van een onderzoek hangt af van verschillende factoren, waaronder de aard en omvang van de mogelijke problemen, de diverse belangen van de diverse betrokkenen, de context van de casus en de deskundigheid en risicoperceptie van de onderzoeker. Het bewust en vroegtijdig aanbrengen van zogeheten subjectieve beperkingen in onder andere onderzoeksperiode, de mogelijke problemen, de kring van betrokkenen en de noodzakelijke interne en externe gegevens zal niet bijdragen aan materiële waarheidsvinding, maar eerder leiden tot *'availability bias'*, vooringenomenheid, tunnelvisie en het vermijden van potentiële risico's bij de uitvoering van onderzoeken. Bij het beoordelen van de kwaliteit van een deskundigenonderzoek is het belangrijker om vast te stellen wat er niet is onderzocht dan wat er wel is onderzocht. Verschuren merkt hierover op: *'Vaak wordt als bepalend voor de kwaliteit van onderzoek gezien de wijze waarop het wordt uitgevoerd. Maar het is een simpele constatering dat niet alleen goed onderzoeken bepalend is, maar ook het goede onderzoeken'*.<sup>16</sup> De aangebrachte subjectieve beperkingen en de redenen daarvoor zeggen iets over de reikwijdte van het onderzoek, maar ook over de deskundigheid en de mate van partijdigheid van de onderzoeker. Williams stelt vast dat de uiteindelijke kwaliteit van onderzoek bepaald wordt door zorgvuldigheid, grondigheid, volledigheid en kritisch vermogen, hetgeen hij omschrijft als *'the passion for getting it right'*.<sup>17</sup>

Het ontberen van deskundigheid bij de onderzoeker om extern de noodzakelijke gegevens met verschillende onderzoeksmiddelen te kunnen verzamelen, betreft een subjectieve, en geen objectieve beperking. Zoals uit het hierna te behandelen vonnis blijkt, heeft de deskundige een eigen verantwoordelijkheid voor het bepalen van de reikwijdte, het verzamelen van de noodzakelijke gegevens en het opstellen van een rapport dat recht doet aan de context en de problemen. De Accountantskamer heeft in een recente uitspraak aangegeven dat de accountant: *'dient te vermijden dat hij in verband wordt gebracht met rapportages en andere informatie die naar zijn oordeel een bewering bevatten die (...) niet volledig is (...) als gevolg waarvan de bewering als misleidend kan worden*

11. N. Trocker, 'From ALI-Unidroit Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions', *Univ. L. Rev.* 2014, afl. 2, p. 260.

12. Expertgroep (2017), p. 10.

13. Expertgroep (2017), p. 15.

14. Expertgroep (2017), p. 22.

15. B.C.G. Jennen & H.J.Th. Biemond, 'Het interne fraudeonderzoek, Enkele juridische overwegingen', *TOP* 2009, maart, p. 61.

16. P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, Houten: Het Spectrum 2011, p. 10.

17. B.A.O. Williams, *Truth and truthfulness*, New Jersey: Princeton University Press 2002, p. 11.

ervaren'.<sup>18</sup> Dit uitgangspunt geldt volgens mij niet alleen voor accountants, maar voor alle professionals die een deskundigenonderzoek uitvoeren.

### 3.4. De positionering van financieel deskundigenonderzoek

Zoals uit de beschreven casus blijkt, heeft het uitgevoerde onderzoek veel werkzaamheden omvat, veel tijd gekost, maar ook een belangrijk inzicht in het feitencomplex opgeleverd. Met het oog op de beoogde voortvarende en effectieve civiele procedures is het onmogelijk om de beschreven werkzaamheden binnen een redelijk tijdsbestek na aanvang van een civiele procedure uit te kunnen voeren.

Zoals in verschillende essays is aangegeven, draait het in de meerderheid van alle juridische geschillen om betwiste feiten en niet om betwist recht.<sup>19</sup> 'Zonder feiten is er geen recht en de rechter die geen recht doet aan de feiten van het geval doet dus geen recht'.<sup>20</sup> De begrippen waarheids- en rechtsvinding, maar ook de begrippen feitenaanvoering, bewijslevering en bewijswaardering, zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De een zou aan de ander vooraf moeten gaan, maar in de praktijk blijkt vaak dat ze verweven zijn. Giard brengt een strikte scheiding aan tussen de waarheidsvinding (het onderzoek naar feiten en omstandigheden) en de rechtsvinding (het juridisch normatief oordeel), omdat de open onderzoeksvraag naar de oorzaken een wezenlijk andere vraag is dan de gesloten schuldvraag.<sup>21</sup> Het onderzoek naar de feiten en omstandigheden zou ook eerst afgesloten moeten worden voordat een oordeel geveld gaat worden, omdat, om in accountancytermen te spreken, anders de deugdelijke grondslag ontbreekt.

In de informatica bestaat de uitdrukking 'garbage in, garbage out' om het belang van betrouwbare (volledige en juiste) input van een geautomatiseerd proces te benadrukken.<sup>22</sup> Dit belang van betrouwbare input geldt net zozeer voor juridische procedures. Voorkomen moet worden dat zonder gedegen inzicht in het feitencomplex al een mogelijke rechtsnorm wordt benoemd, waardoor onterecht voorgesorteerd wordt op een veronderstelde uitkomst. Hierdoor ontstaat een risico van tunnelvisie, wordt geen recht gedaan aan materiële waarheidsvinding en de belangen van de benadeelden, en kunnen problemen niet (goed) worden opgelost, waardoor het vertrouwen in het rechtssysteem kan afnemen, maar ook de kans op herhaling groter is. Om de betrouwbaarheid van de input te realiseren zal onder meer naar de scheiding van belangrijke functies in het proces van feitenaanvoering, bewijslevering en bewijswaardering moet worden gekeken.

Bij functiescheiding wordt een taak- of machtsverdeling gerealiseerd, maar ook een afhankelijkheid en onderlinge samenwerking tussen de verschillende functies bewerkstelligd. De ene functie of macht kan niet zonder de andere. Zij hebben elk hun eigen rol, hun eigen regels en hun eigen functie in een staatsrechtelijk bestel, in een onderneming, maar ook in een juridische procedure. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) rekent het voorkomen van een concentratie van macht met het oog op de corrumperende werking ervan, het scheiden van machten, het verdelen van macht, of het streven naar machtsevenwicht tot het grondidee van de rechtsstaat zelf.<sup>23</sup> Functiescheiding wordt in de accountancy aangeduid als een belangrijke, onvervangbare interne controlemaatregel die ervoor moet zorgen dat binnen organisaties taken met tegengestelde belangen door verschillende functionarissen of onderdelen worden uitgevoerd. Indien belangrijke functies door één en dezelfde persoon (of onderdeel) worden uitgevoerd dan wel worden behartigd wordt gesproken over functievermenging, hetgeen gezien wordt als een risico/bedreiging voor een betrouwbare informatiehuishouding en adequaat functioneren van de (integere en beheerste) organisatie.

Elk van de bij juridische procedures betrokken professionele partijen heeft een eigen functie, een eigen belang en vanuit zijn eigen vakgebied eigen spelregels. De functies verschillen van de onpartijdige, uitvoerende onderzoeksfunctie, de partijdige procesvertegenwoordiger en de onpartijdige, onafhankelijke, beslissende geschillenbeslechter. De belangen van de onpartijdige deskundige/onderzoeker en de partijdige procesvertegenwoordiger zijn naar hun aard tegenstrijdig. De deskundige moet omwille van zijn objectiviteit zijn onderzoek onpartijdig en onafhankelijk zonder inmenging van buitenaf kunnen uitvoeren en zich richten op waarheidsvinding, het beantwoorden van de onderzoeksvraag, waarbij de juistheid én volledigheid van de data belangrijk is. Het mag om deze redenen zelfs voor de deskundige niet uitmaken of hij optreedt namens een partij dan wel door de rechter wordt benoemd.

Redenerend vanuit de geldende rechtsbeginselen en het belang van onafhankelijke en onpartijdige geschillenbeslechting en effectieve rechtsbescherming, kan gesteld worden dat de scheiding en het evenwicht van functies in het kader van waarheids- en rechtsvinding cruciaal is omwille van het voorkomen van een ongelijke behandeling en een concentratie van (markt)macht bij één partij (of een beroepsgroep) met het oog op de negatieve werking ervan. Het positioneren van het door een onpartijdige deskundige uit te voeren financieel deskundigenonderzoek voorafgaand aan de juridische procedure maakt hier een belangrijk onderdeel van uit.

18. ECLI:NL:TACAKN:2016:102.

19. H.J.R. Kaptein, 'Hermetische of historische waarheid (en recht): remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie', in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Ponteur (red.), 'Alles afwegende...': Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie, 22 juni 2007, Rotterdam, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 375-383; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford: Clarendon Press 1768.

20. Kaptein (2007), p. 375.

21. R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de onjuiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 27, 44, 46 en 53.

22. *Het feitenonderzoek op hoofdlijnen*, Forum, Nederlands Financieel Forensisch Instituut (NFFI).

23. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, WRR-rapport 2002, nr. 63.

### 3.5. Het onderzoek door een advocaat

Na de terugtrekkende bewegingen in de afgelopen jaren van accountantskantoren op de markt voor forensisch onderzoek zijn sommige advocatenkantoren zich nadrukkelijker gaan profileren als professionele dienstverlener die de verantwoordelijkheid en coördinatie van forensisch onderzoek voor zijn rekening kan nemen.<sup>24</sup> Om verschillende redenen zijn er vragen te stellen of deze uitbreiding van de dienstverlening van advocaten naar dit speelveld een gelukkige keuze is en recht doet aan de noodzakelijke scheiding van functies.

De vijf kernwaarden die op advocaten van toepassing zijn, betreffen partijdig, onafhankelijk, deskundig, integer en betrouwbaar.<sup>25</sup> Leliveld en Van Kampen merken vanuit hun positie als advocaat het navolgende over partijdigheid en onafhankelijkheid op: *'Partijdigheid betekent dat de advocaat het partijbelang van zijn cliënt naar zijn beste vermogen tot uitdrukking brengt. (...) Om dit belang naar behoren te kunnen dienen, licht de advocaat zijn cliënt zo compleet mogelijk voor over diens zaak, over de kansen en de risico's, en geeft hij advies over de te volgen strategie en over de wijze van omgaan met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en van derden. (...) Onafhankelijkheid heeft in de relatie tot de cliënt tot doel dat hij het partijbelang zo goed mogelijk kan dienen. Het lijkt ons ook onmogelijk om als advocaat afstand te doen van de kernwaarde partijdigheid (...) Als in het kader van interne onderzoeken wordt gesproken over 'onafhankelijk onderzoek', betekent dit onzes inziens niets meer en niets minder dan dat de advocaat de mogelijkheid had om onbelemmerd onderzoek uit te voeren.'*<sup>26</sup>

De advocaat heeft een verschoningsrecht en een geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht is geregeld in de artikelen 10a en 11a Advocatenwet. Het verschoningsrecht geeft de advocaat het recht om wetenschap die hem *'in die hoedanigheid'* is toevertrouwd, niet te hoeven delen, aldus Sluysmans en anderen.<sup>27</sup> Sluysmans en De Graaff geven terecht aan dat het beginsel van *'legal professional privilege'* een fundamenteel beginsel is dat een groot maatschappelijk belang dient.<sup>28</sup> Officier van justitie Leenders heeft in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten echter de vraag hardop uitgesproken of het verschoningsrecht beperkt moet worden tot de wetenschap en werkzaamheden welke verbonden zijn aan de hulpverleningstaak van het beroep in het kader waarvan het verschoningsrecht is toegekend.<sup>29, 30</sup> Op 24 november 2016 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer een brief

gestuurd, waarin hij opmerkt: *'Dat betekent dat als er signalen zijn dat door maatschappelijke ontwikkelingen het bereik van het sectorale beroepsgeheim feitelijk wordt uitgebreid, bekeken moet worden tot welke terreinen het beroepsgeheim – en als gevolg daarvan het verschoningsrecht – zich zou moeten uitstrekken.'*<sup>31</sup> Zoals uit de casus blijkt, heeft de Engelse rechter het verschoningsrecht van de Zwitserse advocaat niet erkend, omdat hij, volgens de rechter, buiten zijn hulpverleningstaak opereerde.

In het boek *Feiten maken het recht* zijn de visies van advocaten, rechters, hoogleraren en forensisch onderzoekers ten aanzien van verschillende thema's rondom financieel forensisch onderzoek opgetekend, waaronder de aard, de reikwijdte en het gebruik van het verschoningsrecht van advocaten. Uit de opgetekende meningen kan onder meer opgemaakt worden dat onder de geïnterviewde advocaten geen consensus bestaat over het inzetten van het afgeleide verschoningsrecht voor de werkzaamheden van onderzoekers. Uit de verschillende quotes valt op te maken dat het gebruik van dit beginsel van *'legal professional privilege'* voor sommigen meer een praktisch doel dient, zoals *'onderzoekresultaten binnenskamers houden'*, *'vrijelijk overleggen met de cliënt en de onderzoeker(s)'*, het in kunnen roepen wanneer dat nodig is en *'niet tegen onvoorziene dingen aanlopen'*.<sup>32</sup> De Bock plaatst kanttekeningen bij het gebruik van het verschoningsrecht en merkt op dat het dringend toe is aan herziening, omdat in de huidige maatschappij het noodzakelijke draagvlak ontbreekt.<sup>33</sup> Zij vindt onder meer dat geheimhouders geen rechter in eigen zaak moeten zijn, maar dat de rechter van geval tot geval moet beoordelen of de geheimhouder terecht een beroep doet op vertrouwelijkheid. Werkhoven constateert dat de accountant die zich beroept op het afgeleid verschoningsrecht, het risico loopt op een veroordeling. De accountant wordt geacht de deugdelijke grondslag van zijn rapport aan te kunnen tonen, hetgeen niet kan lukken als hij zich ten overstaan van de tuchtrechter op zijn afgeleide verschoningsrecht zal moeten beroepen.<sup>34</sup> In lijn met de visie van Giard stelt Werkhoven dat de invloed die de advocaat (en de cliënt) op het onderzoek mogen hebben, niet verder zou mogen reiken dan het formuleren van de open onderzoeksvragen.<sup>35</sup>

Na het lezen van het boek *Feiten maken het recht* en de verschillende artikelen van Sluysmans e.a., die mede naar aanleiding van de Vestia-zaak zijn geschreven, rijst de vraag waar de begrenzing van de dienstverlening van

24. 'Advocaat als forensisch onderzoeker vergroot spanningsveld', *De Accountant* 28 april 2015.

25. Nederlandse Orde van Advocaten, Advocatenwet, de Verordening op de advocatuur en de Gedragsregels 1992.

26. J. Leliveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015, afl. 5, p. 390.

27. J. Sluysmans & R. de Graaff, 'Het advocatuurlijke verschoningsrecht', *NJB* 2016/1606; B. Steins Bisshop, 'Hoe betrouwbaar is een betrouwbaar onderzoeksrapport van de advocaat?', Nyenrode Corporate Governance Instituut, nieuwsbrief, augustus 2015; H.M.H. Speyart, 'De Vestia-zaak', *MP* 2015, afl. 6; R. Sanders & N. Hupkes, 'Heiligt het doel de middelen?', *NJB* 2014/359.

28. J. Sluysmans & R. de Graaff, 'Het advocatuurlijke verschoningsrecht', *NJB* 2016/1606, p. 2247.

29. 'OM: beperk verschoningsrecht advocaat en notaris', *Het Financieel Dagblad* 19 juni 2015, p. 13.

30. J. Sluysmans & R. de Graaff (2016), p. 2251.

31. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 24 november 2015 met het onderwerp 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht en kenmerk 703969' aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

32. Grant Thornton, *Feiten maken het recht*, 2013, p. 40-43.

33. Grant Thornton (2013), p. 61-62.

34. Grant Thornton (2013), p. 62.

35. Grant Thornton (2013), p. 64 en Giard (2016), p. 63.

advocaten ligt, wanneer hij 'in die hoedanigheid' ook andere diensten zou kunnen verrichten, zoals het coördineren en verrichten van forensische onderzoeken.<sup>36</sup>

In een artikel van Schmelzer en Rense worden ook de voors en tegens rondom de waarheidsvinding en het verschoningsrecht gewogen, waarbij zij een waarschuwing plaatsen: 'Als het verschoningsrecht buiten haar legitieme grenzen wordt ingeroepen en dat beroep wordt gehandhaafd, impliceert dat voor dát geval immers een onterechte onderschikking van de waarheidsvinding aan verschoning en dáárvoor moet worden gewaakt'. Verder stellen zij vast dat: 'de advocaat nooit als zodanig louter onafhankelijk en objectief intern (feiten)onderzoek zal kunnen of moeten (willen) doen'.<sup>37</sup> Uit hun betoog valt af te leiden dat een advocaat een keuze zal moeten maken voor een 'onafhankelijk en objectief intern (feiten)onderzoek' zonder zich te kunnen beroepen op een beroepsgeheim óf voor een onderzoek 'des advocaats', dat 'partijdig en partijgebonden is'.<sup>38</sup> Verschillende rechterlijke uitspraken wijzen ook in die richting.<sup>39</sup>

Een ander belangrijk argument dat pleit tegen de ingezette huidige lijn, waarbij advocaten de gehele verantwoordelijkheid en coördinatie van het onderzoek naar zich toe trekken, betreft het verbod om te liegen.<sup>40</sup> In regel 30 van de Gedragsregels 1992 voor advocaten is bepaald: 'De advocaat dient zich te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist zijn'. De vertrouwenspositie van advocaten in het maatschappelijke verkeer brengt met zich mee dat men moet kunnen afgaan op de verklaringen van advocaten. Uit de literatuur en jurisprudentie kan opgemaakt worden dat liegen kan worden omschreven als het weergeven van een onjuist en/of onvolledig beeld.<sup>41</sup> Zoals hiervoor omschreven, draagt het buiten beschouwing laten van de belangen van andere belanghebbenden, het beperken van de reikwijdte van een forensisch onderzoek, het ontbreken van de noodzakelijke kennis en ervaring en het niet uitvoeren van een gedegen onderzoek in een preprocesuele fase niet bij aan materiële waarheidsvinding en derhalve is er een gereden kans dat de rechter niet adequaat geïnformeerd wordt. De vraag rijst of de bestaande werkwijze, waarbij advocaten de verantwoordelijkheid en coördinatie van het forensisch onderzoek naar zich toe trekken, niet strijdig is met het eerdergenoemde vonnis van de Accountantskamer en het vonnis van het Hof van Discipline van 19 december 2005: 'Het openbaar belang dat betrokken is bij een goede, op bevordering van goede rechtspleging gericht zijnde, beroepsuitoefening van de advocaat niet toelaat dat de advocaat de rechter willens en wetens verstoken laat van informatie

waarvan hij – de advocaat – weet of moet weten dat deze cruciaal is voor de oordeelsvorming van de rechter'.<sup>42</sup>

Geconcludeerd kan worden dat met het oog op de vereiste functiescheiding en het belang van waarheidsvinding de toegevoegde waarde van de advocaat bij financieel deskundigenonderzoek ligt bij het formuleren van de onderzoeksvraag en het geven van ondersteuning tijdens de onderzoeksfase bij het initiëren van juridische procedures voor het verkrijgen van gegevens.

#### 4. Slot

Vaak is vastgesteld dat het recht niet effectief is in casus die betrekking hebben op financieel-economische criminaliteit. De benadeelde partij krijgt door de verkeerde (onvolledige en niet goed gepositioneerde) aanpak van het feitenonderzoek vaak niet de beschikking over relevante feiten en omstandigheden. Wil de benadeelde partij ondersteund worden bij het verkleinen van de informatieasymmetrie en recht gedaan worden aan waarheidsvinding als fundamenteel beginsel van het recht, dan zal de benadeelde partij in de gelegenheid gesteld moeten worden om in de preprocesuele fase het feitencomplex zo volledig mogelijk inzichtelijk te maken. Uit de jurisprudentie blijkt dat deskundigen weg moeten blijven van onvolledig en partijdig onderzoek, omdat een onvolledige rapportage door een rechter 'als misleidend kan worden ervaren'. De casus laat zien dat de financieel deskundige toegevoegde waarde kan hebben als het uit te voeren onderzoek voorafgaande aan de juridische procedures wordt gepositioneerd en de reikwijdte van het onderzoek niet ingeperkt wordt door subjectieve belemmeringen. De rol van de advocaat zal met name gericht moeten zijn op het formuleren van de onderzoeksvraag en het geven van ondersteuning tijdens de onderzoeksfase bij het initiëren van juridische procedures voor het verkrijgen van gegevens. Op basis van mijn ervaring kan geconcludeerd worden dat professioneel financieel deskundigenonderzoek binnen de huidige mogelijkheden mogelijk is, mits bestaande vraagstukken goed worden ingevuld.

36. J. Sluysmans & R. de Graaff (2016); B. Steins Bisschop, 'Hoe betrouwbaar is een betrouwbaar onderzoeksrapport van de advocaat?', Nyenrode Corporate Governance Instituut, nieuwsbrief, augustus 2015; H.M.H. Speyart, 'De Vestia-zaak', *MP* 2015, afl. 6; R. Sanders & N. Hupkes, 'Heiligt het doel de middelen?', *NJB* 2014/359; P.P. van den Broek & M. Ligthart, 'Wat is de invloed van het verschoningsrecht bij fraude onderzoeken?', Erasmus Universiteit, ESAA, Opleiding Forensisch Financieel Deskundige, 10 april 2015.

37. P. Schmelzer & J.F. Rense, 'In de bres voor het verschoningsrecht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 4, p. 157.

38. Schmelzer & Rense (2015), p. 156.

39. ECLI:NL:RBDHA:2015:248 en ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3111.

40. R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 572 e.v.

41. Rb. Breda (vzr.) 29 augustus 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB3121; Hof van Discipline 1960, nr. 21; Hof van Discipline 21 september 1992, *Advocatenblad* 1993, p. 238; Raad van Toezicht Amsterdam 19 mei 1967, *Advocatenblad* 1971, p. 295; Hof van Discipline 31 januari 1994, *Advocatenblad* 1995, p. 78; Hof van Discipline 8 december 1997, nr. 2443; Raad van Discipline Arnhem 1 maart 2004, *Advocatenblad* 2005, p. 271; Hof van Discipline, 12 maart 2003, *Advocatenblad* 2004, p. 562; Raad van Discipline Amsterdam 6 juni 2005, *Advocatenblad* 2006, p. 532.

42. Hof van Discipline 19 december 2005, *Advocatenblad* 2006, p. 837.