

Een kritische analyse van de juridische positionering van de (private) fraude auditor

Joris Lambrechts – Waeterinckx Advocaten

CPS-IFA Studiedag 24 oktober 2017

Private fraude-onderzoekers: meerwaarde of stoorzenders bij de rechtshandhaving?

De (toekomstige) juridische positionering van de fraude auditoren en de private ‘corporate investigators’

- Uitgangspunt: juridische positionering fraude auditor (FA) omvat diverse aspecten

 - Topics vandaag: kritische analyse van:
 - Statuut FA:
 - *“Bij de verslaggeving aan de opdrachtgever betracht de forensische auditor objectiviteit.”*
 - Een onafhankelijke en onpartijdige FA = utopie?
 - Bevoegdheden/opdrachten FA:
 - Objectiviteit = (bij voorkeur) recht op tegenspraak
 - Hoever reiken de ondervragingsmogelijkheden van de FA?

 - Vragen?
-

De onafhankelijk- en onpartijdigheid van de (private) fraude auditor

- FA in de juridische zin van het woord =
 - Deskundige
 - Technisch raadsman

 - Deskundige = een persoon *“die via ervaring, beroep of studie de rechter kan bijstaan om technische vraagstukken op te lossen.”*

 - Technisch raadsman = een persoon die wordt geconsulteerd door OM/verdachte/slachtoffer voor technische (niet-juridische) bijstand

 - Lopende opsporings- of gerechtelijk onderzoek (met het oog op analyse materieel bestanddeel) of na veroordeling (met het oog op schadebegroting)

 - Bewijs in strafproces = vrij, maar essentie van deskundige → grote impact op besluitvorming rechter
-

- Onafhankelijk- en onpartijdigheid van rechter (cf. art. 6 EVRM):
 - Onafhankelijkheid = (functionele) autonomie van (onderzoeks)rechter t.a.v. partijen (publiek en privaat)
 - Onpartijdigheid =
 - Subjectief: een (on)partijdige houding of mening
 - Objectief: het aanvoelen van de rechtzoekende

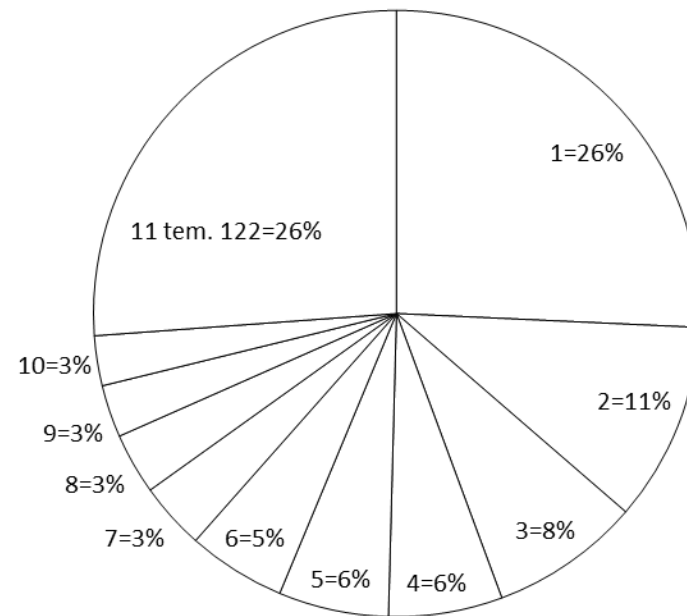
- Tendens tot gelijkschakeling van onafhankelijk- en onpartijdigheidscriteria naar diverse spelers – bv.:
 - Deskundigen (algemeen):
 - Art. 828 + 966 Ger. W.: *“tegenstrijdigheid van belangen”*
 - Art. 972 Ger. W.: mededelingsplicht gronden van twijfel aan onafhankelijk- en onpartijdigheid
 - Cijferberoepen:
 - Revisor: art. 12 Wet van 7 december 2016
 - Accountant: art. 9-15 KB van 1 maart 1998
 - IFA-Code of Conduct: verbod aanvaarding opdracht die onafhankelijkheid in gedrang brengt of *“indruk van partijdigheid zou kunnen wekken”*

- 1^{ste} vraagstelling: wordt deze schijn van onpartijdigheid gerespecteerd in Belgische strafprocesrecht?

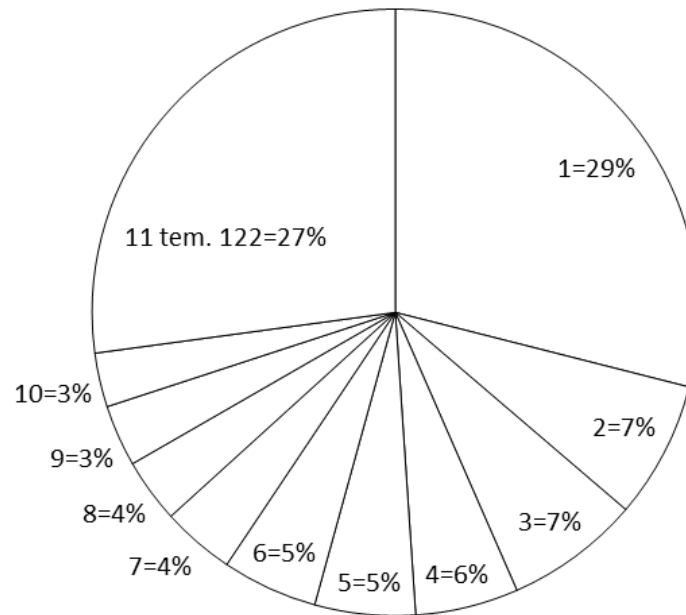
 - Toetsing aan de hand van cijfers over ‘financieel experts’ = in principe:
 - Revisoren of accountants (eigen deontologie)
 - Aangesteld lopende een onderzoek
 - Door:
 - Een onderzoeksrechter (deskundige)
 - Het openbaar ministerie (technisch raadsman)

 - Aanvoelen vanuit praktijk (advocaat verdachte):
 - “*Wiens brood men eet, diens woord men spreekt*”: vereist technische kennis + individuele beoordeling
 - Weinig rotatie: kan worden getoetst
-

- Analyse aan de hand van cijfers 2007-2012: verdeling omzet gerechtelijke (OR of OM) opdrachten:



- Analyse aan de hand van cijfers 2007-2012: verdeling aantal gerechtelijke (OM of OR) opdrachten:



- Conclusie op basis van cijfers: OR en OM richten zich tot dezelfde financieel experts

 - Gevolg conclusie:
 - Financieel expert werkt vandaag voor onderzoekende en morgen voor vervolgende instantie
 - Redelijke rechtzoekende stelt zich vragen bij die verwevenheid
 - I.h.b. deskundige is niet langer schijnbaar onpartijdig

 - Oplossingen:
 - Betere vergoeding deskundigen
 - Betere spreiding omzet/opdrachten door:
 - Vorm van openbare aanbestedingen
 - Verplichte rotatie

 - 2^{de} vraagstelling: is de ‘schijnbare onafhankelijkheid’ FA houdbaar of partijdigheid ‘wenselijk’?
-

Het verhoor van de verdachte door de (private) fraude auditor

- Confrontatie verdachte fraude audit met ontwerprapport = sluitstuk fraude audit

- Gefinaliseerde fraude audit =
 - Basis dading, of
 - Start (lange) gerechtelijke procedure

- Verloop in de praktijk:
 - Fraude team (slachtoffer (management) en/of legal counsel (advocaat/interne jurist) en/of FA) confronteren verdachte met bevindingen
 - Ondertekening schuldbekentenis
 - Onder dreiging gerechtelijke procedure:
 - Burgerrechtelijk: ontslag dringende redenen – juridische verplichting korte termijn te respecteren
 - Klacht (met burgerlijke-partijstelling): dreiging wegmaken bewijs – feitelijke verplichting snel te handelen

- Afwegingen bij confrontatie:
 - Uitnodiging of bij verrassing
 - Met of zonder voorafgaande consultatie advocaat
 - Met of zonder bijstand advocaat tijdens verhoor
 - Met of zonder ondertekening verslag door verdachte

 - In context strafrechtelijk onderzoek naar fraude:
 - Ten laste gelegde feiten = quasi zeker strafbaar met gevangenisstraf
 - Gevolg: art. 47*bis*, § 2, 1 Sv. = voor verhoor:
 - Beknopte mededeling feiten
 - Mededeling recht op voorafgaande consultatie + bijstand advocaat tijdens verhoor
 - Zo niet:
 - Nietigheid (art. 32 VT Sv.)
 - Niet mogelijk als grond van veroordeling (art. 47*bis*, § 6, 9 Sv.)
-

- 1^{ste} vraagstelling: wat is de meerwaarde van de confrontatie als sluitstuk van fraude audit?

 - Tenzij Salduz-verplichtingen worden gerespecteerd: ‘succesvolle’ confrontatie =
 - Juridisch irrelevant in strafrechtelijk onderzoek
 - Juridisch onzeker fundament in arbeidsrechtelijke procedure: risico op nietigheid wegens wilsgebrek (art. 1109 BW)
 - Risico op strafrechtelijke verantwoordelijkheid FA

 - 2^{de} vraagstelling: de FA die verklaring ‘afdwingt’, maakt die zich schuldig aan afpersing (art. 470 Sw.)?
-

– Constitutieve bestanddelen:

○ Materieel bestanddeel:

- Gebruik van geweld of bedreigingen:
 - Feitelijke beoordeling *in concreto* (bv. leeftijd of intellectuele capaciteit slachtoffer – dreigend (niet onmiddellijk) kwaad)
 - Cass. 16 juni 2015, P.14.0478.N: dreiging rechtszaak ≠ bedreiging “*behoudens in bijzondere gevallen die te maken hebben met de concrete omstandigheden waarin de feiten plaatsvinden of met de persoon van het slachtoffer*”
- Afgifte bepaalde goederen of ondertekening/afgifte stuk dat verbintenis, beschikking of schuldbevrijding impliceert
- Oorzakelijk verband tussen geweld/bedreiging en afgifte/ondertekening

○ Moreel bestanddeel: bedrieglijk opzet

- ≠ uitsluitend eigen belang
- = veronderstelling dat men in zijn recht is

– 3^{de} vraagstelling: is de confrontatie door de FA in die omstandigheden nog opportuun?

Waeterinckx Advocaten
Broederminstraat 9
2018 Antwerpen
T: +32 (0)3 331 03 20
E-mail: jl@waeterinckx.be
www.waeterinckx.be