

Was hier sprake van dubbele petten?

Toetsing van de rapporten van De
Brauw over de onregelmatigheden bij
de NS inzake de aanbesteding in
Limburg

Prof. Dr. A.F.M. Brenninkmeijer

Utrecht, 28 oktober 2015

Samenvatting

Op 28 april 2015 werd het voorlopige onderzoeksrapport van advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek (De Brauw) naar de onregelmatigheden van de NS bij de aanbesteding van openbaar vervoer in Limburg openbaar gemaakt. Het voorlopige rapport werd gevolgd door een 'Definitief rapport van bevindingen' van 18 augustus 2015.

Het voorlopige rapport is publiekelijk en in het politieke debat tussen de minister van Financiën en de Tweede Kamer ter discussie komen te staan en vraagtekens zijn geplaatst bij de onpartijdigheid van De Brauw bij het opstellen van het rapport, omdat De Brauw de NS bijstond als advocaat. Bovendien werd in het rapport geen betrokkenheid van de Raad van Bestuur aangenomen, terwijl er voor verschijning ervan redenen voor twijfel bestonden.

De minister van Financiën heeft aan de Tweede Kamer een onafhankelijke toets van het onderzoek van De Brauw toegezegd. Deze toets betreft de vraag of de vraagstelling van het onderzoek en de uitvoering lacunes bevat, waardoor twijfel kan bestaan aan de bevindingen. Vervolgens de vraag of de bevindingen logisch uit de via het onderzoek verzamelde feiten voortvloeien.

De Brauw heeft een eigen verificatie van zijn onderzoek laten uitvoeren door Mw. Tonkens-Gerkema. Mede op basis van de uitkomsten van die verificatie concludeer ik dat er een aantal onzuiverheden kleven aan het onderzoek van De Brauw.

Deze onzuiverheden betreffen onder meer de samenloop van meerdere rollen van De Brauw, zoals belangenbehartiging van de NS in de procedure voor de Autoriteit Consument en Markt, onderzoek naar de onregelmatigheden bij de NS ten behoeve van de Raad van Commissarissen en het voorbereiden van arbeidsrechtelijke maatregelen door de NS als werkgever tegen betrokken werknemers. Aanvankelijk was de Raad van Bestuur – met daarin de CEO – opdrachtgever, terwijl vanwege diens betrokkenheid daarna het opdrachtgeverschap overgenomen werd door de Raad van Commissarissen. Deze overgang leidde tot een verandering van de positie van De Brauw, die ertoe had moeten leiden dat de CEO geen invloed meer kon hebben op het onderzoek en de rapportage.

Door een zwakke regie bij het onderzoek heeft de CEO echter ruimschoots de gelegenheid gehad om voor en na de interviews andere NS-bestuurders te spreken, waardoor ongewenste beïnvloeding kon plaatsvinden. De CEO heeft zich nog intensief met de wijze van verslaglegging bemoeid. Ten slotte hebben de arbeidsrechtelijke geschillen met de NS-bestuurders – die in behandeling waren bij een andere advocaat van De Brauw – in de weg gezeten bij het onderzoek naar de onregelmatigheden.

Mijn antwoord op de toetsingsvragen luidt dat de vraagstelling van het onderzoek geen lacunes bevat, doch dat de onzuiverheden bij de uitvoering van het onderzoek ertoe leiden dat de schijn van partijdigheid die bij de totstandkoming van het eerste rapport ontstaan is, niet is opgeheven. In het definitieve rapport is het onderzoek naar onregelmatigheden en de weging van ieders aandeel door elkaar gaan lopen.

De bevindingen uit het rapport vloeien op zich logisch voort uit de feiten. Wel betreffen deze bevindingen voor een belangrijk deel slechts de weergave van op belangrijke punten elkaar tegensprekende verklaringen, die waarschijnlijk bij de rechter nader aan de orde komen in de te verwachten arbeidszaken.

Was hier sprake van dubbele petten?

Voor de politieke en publieke verantwoording in het NS-dossier is noodzakelijk dat alle personen en alle gedragingen die van belang zijn in verband met de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg voldoende in beeld zijn gekomen. Naast de rapporten van De Brauw heeft Alvarez & Marsal in het kader van advisering over compliance bij de NS een enquête onder ruim 3.500 NS-medewerkers gehouden en de NS heeft een meldpunt ingericht. Uit beide bronnen is niet gebleken van andere onregelmatigheden. Bovendien heeft Jones Day een integrale rapportage uitgebracht over binnen- en buitenlandse onregelmatigheid bij de NS en dochters, die geen bijzonderheden vermeldt. Het is daarom aannemelijk dat alle relevante betrokkenen en de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg bekend zijn geworden.

Mijn eindconclusie op grond van het voorgaande luidt dat als het gaat om het vaststellen van de feiten die ten grondslag moeten liggen aan de politieke en publieke verantwoording in verband met de onregelmatigheden bij aanbesteding Limburg, het verantwoord is om het NS-dossier met deze toets en de rapporten van De Brauw en de verificatie van Mw. Tonkens-Gerkema te sluiten. In de verschillende juridische procedures die een uitvloeisel zijn van deze onregelmatigheden (arbeids-, mededingings- en eventueel strafzaken), zullen voorzien van nader onderzoek en voorzien van procedurele waarborgen de feiten die in die zaken van belang zijn verder in al hun bijzonderheden aan de orde kunnen komen.

Een belangrijke les die uit het NS-dossier te trekken valt, is dat er meer duidelijkheid moet ontstaan over de grenzen van het handelen van advocaten bij onafhankelijk en onpartijdig onderzoek. Wat is de grens tussen enerzijds de rol van de advocaat die een partij ondersteunt in juridische procedures en anderzijds de advocaat die onderzoek doet naar onregelmatigheden in ondernemingen? Deze duidelijkheid is vooral belangrijk wanneer dat onderzoek publieke verantwoording dient.



A.F.M. Brenninkmeijer

Utrecht, 28 oktober 2015

Inhoudsopgave

	Samenvatting	2
1	Aanleiding voor deze toets	5
2	Toetsing	7
2.0	Uitgangspunten	7
2.1	De aanleiding: Onderzoek Autoriteit Consument en Markt	8
2.2	De opdrachtgever opdrachtnemer verhouding van de NS en De Brauw	8
2.3	De inhoud van de onderzoeksopdracht en de regie over het onderzoek	9
2.4	Betrokkenheid Raad van Bestuur NS	9
2.5	De onderzoeksmethode van De Brauw	10
2.6	De omvang van het onderzoek	10
2.7	De uitkomsten van het onderzoek van De Brauw	11
3	Beantwoording toetsingsvragen en conclusie	12
3.1	Bevat de vraagstelling van de opdracht lacunes?	12
3.2	Bevat de uitvoering van de opdracht lacunes?	12
3.3	Volgen de bevindingen logisch en objectief uit het onderzoek?	13
3.4	Conclusie op basis van onderzoeksvragen	13
4	Hoe nu verder?	14
5	Welke lessen zijn er te trekken?	16

Hoofdstuk 1

Aanleiding voor deze toets

Op 28 april 2015 werd het voorlopige onderzoeksrapport van advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek (De Brauw) naar de onregelmatigheden bij de aanbesteding van openbaar vervoer in Limburg openbaar gemaakt. Dit rapport is publiekelijk en in het politieke debat tussen de minister van Financiën en de Tweede Kamer ter discussie komen te staan. Concrete aanleiding voor de kritiek vormt de uitspraak in het rapport dat in de onderzoeksdocumentatie geen aanwijzingen waren aangetroffen die duiden op betrokkenheid van de Raad van Bestuur van de NS bij de onregelmatigheden. Dit terwijl verschillende NS-bestuurders verklaarden dat de voorzitter van de RvB NS 'de CEO' wel betrokken zou zijn geweest.

Voorzitter Fonteijn van Autoriteit Consument en Markt (ACM) zegt over de opdracht van de NV Nederlandse Spoorwegen (NS) aan De Brauw in het Financieel Dagblad¹:

"Het interne onderzoek dat advocatenkantoor De Brauw verricht bij de Nederlandse Spoorwegen moet niet beschouwd worden als onafhankelijk en objectief." (...)

FD: Volgens Fonteijn is er op zichzelf niets mis met een intern onderzoek dat door de huisadvocaat bij NS wordt uitgevoerd, maar moet dat gezien worden als een 'partijdige activiteit' van de advocaat die zijn rol als belangenbehartiger vervult.

Leden van de Tweede Kamer reageren in juni 2015 op de discussies in de media over de schijn van partijdigheid van advocatenkantoor De Brauw. Zo stellen Mw. De Boer en Mw. De Vries de minister van Financiën de vraag hoe hij het onderzoek apprecieert van advocatenkantoor De Brauw en of hij de mening deelt dat hier sprake is van dubbele petten, en van een ongewenste situatie². Kamerlid Mw. Van Veldhoven wil dat "dit onderzoek tegen het licht wordt gehouden door een onafhankelijke derde partij". Haar collega dhr. Recourt, vindt dat De Brauw niet onpartijdig kan zijn omdat een advocaat "principieel" het belang van haar cliënt zo goed mogelijk dient. Tot slot vindt Kamerlid Van Helvert dat er behoefte is aan een onderzoek waar "geen vraagtekens omheen zweven"³.

De minister heeft in zijn antwoord aan de Tweede Kamer verklaard geen aanleiding te hebben om de integriteit en kritische houding van De Brauw in twijfel te trekken⁴. Hij heeft in antwoord op de vragen van de Tweede Kamer toegezegd een toets ('second opinion') over de grondigheid van het definitieve onderzoek van De Brauw uit te laten voeren.

Dit heeft geleid tot de opdracht van de Staat der Nederlanden als aandeelhouder van de NS en de Raad van Commissarissen van de NS aan mij om het onderzoek van De Brauw te toetsen. Deze toets van het onderzoek van De Brauw naar onregelmatigheden bij de NS rondom de aanbesteding van de concessie Limburg zal volgens de opdracht de volgende vragen beantwoorden⁵:

- Bevat de vraagstelling van de opdracht lacunes waardoor twijfel kan bestaan aan de bevindingen?
- Bevat de uitvoering van de opdracht lacunes waardoor twijfel kan bestaan aan de bevindingen?
- Volgen de bevindingen logisch en objectief uit de via het onderzoek verzamelde feiten?

¹ <http://fd.nl/economie-politiek/1108967/acm-voorzitter-de-brauw-onderzoek-bij-ns-niet-onafhankelijk-of-objectief>.

² Kamervragen De Boer en De Vries d.d. 25 juni 2015 (bijlage 1 Antwoorden op Kamervragen onderzoeken bij NS, brief MvF aan Tweede Kamer inzake verzoeken voor onderzoeken bij NS, 30 juni 2015).

³ <http://fd.nl/economie-politiek/1108944/tweede-kamer-de-brauw-moet-van-onderzoek-bij-ns-worden-gehaald>. Kamerleden: "De Brauw moet van onderzoek NS worden gehaald".

⁴ Brief Minister van Financiën d.d. 30 juni 2015.

⁵ Brief Minister van Financiën d.d. 10 augustus 2015. Stand van zaken onderzoek Alvarez & Marsal en toets op onderzoek De Brauw.

Was hier sprake van dubbele petten?

In de opdrachtbrief is toegevoegd dat er uitdrukkelijk geen volledig heronderzoek van mij wordt gevraagd.

Het 'Voorlopige rapport' van De Brauw van 28 april 2015 (Rapport 1; R1) werd gevolgd door een 'Definitief rapport van bevindingen' van 18 augustus 2015 (Rapport 2; R2). De Brauw heeft een onafhankelijke externe deskundige gevraagd een verificatie uit te voeren. Dit heeft geleid tot het rapport van verificatie door Mr. Wil Tonkens-Gerkema, 9 september 2015 (Verificatie; V)⁶. Dit betekent dat mijn toets de inhoud van deze drie stukken afzonderlijk en in hun onderling verband omvat.

⁶ In de tekst van dit rapport zal steeds verwezen worden naar de relevante paragrafen uit de beide rapporten De Brauw (R1 x.x) en (R2 y.y) en naar de Verificatie van Mw. Tonkens-Gerkema (V z.z).

Hoofdstuk 2

Toetsing

2.0 Uitgangspunten

Bij het uitvoeren van mijn toets heb ik op grond van mijn onafhankelijkheid, ervaring en deskundigheid gehandeld. Dit brengt mee dat ik in het bijzonder gestreefd heb naar zorgvuldigheid en transparantie bij het uitvoeren van het onderzoek en in mijn rapportage naar aanleiding daarvan. Ik verklaar dat ik mij op geen enkele wijze heb laten sturen of leiden bij het uitvoeren van mijn toetsingstaak en naar eigen inzicht heb gehandeld bij het vormen van mijn oordeel. Voor dit onderzoek heb ik geen bezoldiging gevraagd en ontvangen. Mijn kosten worden naar redelijkheid vergoed.

Mijn onderzoek is gebaseerd op een analyse van de situatie rondom de aanbesteding voor openbaar vervoer in Limburg en de context waarin de NS – in al zijn betrokken onderdelen – gehandeld heeft; op bestudering van de beide De Brauw-rapporten; op de verificatie van Mw. Tonkens en de onderliggende stukken; op interviews met sleutelfiguren (Mw. Lodder (RvC), dhr. Kremers (RvC), dhr. De Keijzer (De Brauw), dhr. Haks (NS Legal) en dhr. Robbe (RvB NS)); op consultatie van dhr. Grummel van Alvarez & Marsal en dhr. A. de Jong, op onderzoek naar de inhoud van de contacten tussen de NS in al haar onderdelen enerzijds en De Brauw anderzijds in het kader van het onderzoek van de Autoriteit Consument en Markt en in het kader van het onderzoek naar de onregelmatigheden bij de Limburgse aanbesteding, aanvankelijk in opdracht van de Raad van Bestuur en in een later stadium in opdracht van de Raad van Commissarissen. Het onderzoek is afgerond met een hoor- en wederhoorprocedure in de richting van De Brauw en Mw. Tonkens. Bovendien is het conceptrapport aan beide opdrachtgevers (de RvC NS en het Ministerie van Financiën namens de aandeelhouder) voorgelegd met het verzoek om aan te geven of met dit rapport aan de gegeven toetsingstaak is voldaan en of er nader door mij te beantwoorden vragen zijn.

Voorafgaand aan het expliciteren van de vragen over de zuiverheid van het onderzoek van De Brauw stel ik voorop dat het 'NS-dossier' – afgezien van de grote belangen die op het spel staan – naar mijn waardering op een tweetal punten een risicovol karakter draagt.

In de eerste plaats het feit dat binnen de NS-organisatie integriteit en compliance onvoldoende aandacht heeft gekregen en dat zich daardoor in het verkeer met de NS feiten hebben kunnen voordoen die een zekere besmetting kunnen veroorzaken van normaal professioneel handelen van partijen die met de NS te maken krijgen. Als meest markante punt noem ik het feit dat er in de Raad van Bestuur van de NS geen portefeuillehouder voor integriteit was en de compliance onvoldoende gewaarborgd was. Dit vormt onderwerp van nader onderzoek van Alvarez & Marsal met dhr. A. de Jong als externe verificateur⁷. Tevens springt in het oog dat de CEO op cruciale punten die zijn integriteit raken, kort gezegd, niet heeft opgelet of een slecht geheugen blijkt te hebben gehad. Zo is telefonisch contact hem ontschoten en is hij zich onvoldoende bewust geweest van het belang van een bepaald sms-contact (R2, 7.3.6.). Een van de betrokkenen verklaarde dat de CEO hem heeft verzocht medewerking te verlenen aan het De Brauw-onderzoek, maar daarbij zou hebben gezegd dat: "tachtig procent van de waarheid ook de waarheid is." Een uitspraak waarvan de CEO ontkent dat hij die gedaan heeft; hij zou betrokkene slechts verwelkomd hebben bij het interview (R2, 7.3.2).

⁷ Brief Minister van Financiën d.d. 10 augustus 2015. Stand van zaken onderzoek Alvarez & Marsal en toets op onderzoek De Brauw.

Was hier sprake van dubbele petten?

In de tweede plaats – en in verband hiermee – het feit dat De Brauw tijdens het onderzoek geconfronteerd werd met een directe opdrachtgever, zijnde de Raad van Bestuur van de NS, die in de persoon van de CEO in de loop van het onderzoek zelf onder de verdenking van integriteitsschendingen kwam te staan. Een dergelijke – opmerkelijke – wijziging van de positie van de sleutelfiguur in het bestuur (als de handelingsbevoegde opdrachtgever) schept echter risico's voor rolzuiverheid.

Bij de volgende onderwerpen identificeer ik vragen over de zuiverheid van het onderzoek van De Brauw:

2.1 De aanleiding: Onderzoek Autoriteit Consument en Markt

De aanbesteding Limburg heeft via een klacht van de concurrent Veolia geleid tot een procedure bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) die resulteerde in een besluit van 6 maart 2015. De Brauw verleende op basis van een 'raamcontract' bijstand in de klachtprocedure. Het ACM-besluit geeft als oordeel dat de NS op twee manieren de Spoorwegwet overtreden heeft. In de eerste plaats door intern concurrentiegevoelige informatie door te spelen waardoor de NS dochter Abellio als concurrent-bieder bevoordeeld kon worden ten opzichte van Veolia, in de tweede plaats door het nalaten van een redelijk aanbod aan concurrenten ten aanzien van bijkomende diensten en voorzieningen zodat die benadeeld konden worden bij het opstellen van de offerte⁸. Ten aanzien van beide gedragingen stelde ACM vast dat de top van de NS op de hoogte was⁹. Alvarez & Marsal werd in eerste instantie door de NS gevraagd om onderzoek te doen naar deze integriteitsschendingen, 'compliance-onderzoek' genoemd (R2, 1.1.3.). Vervolgens kreeg De Brauw van de NS opdracht tot onderzoek op 19 maart 2015, toen bleek dat er nog andere integriteitsproblemen waren dan bij de ACM aan de orde gesteld, die uiteindelijk tot Rapport 1 & 2 geleid hebben. Deze onderzoeksopdracht werd door De Brauw aanvaard in de situatie waarin De Brauw de partijbelangen van de NS in de ACM-klachtprocedure verdedigde en in die rol tot taak had om de bevindingen en het oordeel van ACM te ontcrachten. Dit totdat begin juni 2015 de NS het beroep introk op aandringen van De Staat als aandeelhouder, waardoor de ACM-oordelen definitief werden.

2.2 De opdrachtgever opdrachtnemer verhouding van de NS en De Brauw

Voor de rolzuiverheid bij het uitvoeren van het onderzoek door De Brauw dat leidde tot de Rapporten 1 en 2 was essentieel dat duidelijk is wie de opdracht geeft en wat de inhoud van de opdracht is. De Brauw stelt in zijn rapport dat 'NS' de opdrachtgever was (R2 1.2.1). Formeel is het juist dat de rechtspersoon NS opdrachtgever was. Maar de rechtspersoon handelt door zijn organen en die organen zijn bemenst door personen die een bepaalde functie vervullen en als zodanig bevoegdheden namens de rechtspersoon kunnen uitoefenen. Tijdens de ACM-procedure over de aanbesteding Limburg was de Raad van Bestuur opdrachtgever. Binnen de RvB vervulde de bestuursvoorzitter, 'de CEO', vanwege zijn functie een sleutelrol. De vervolgoopdracht van 19 maart 2015 gericht op onderzoek naar de onregelmatigheden viel eveneens onder het opdrachtgeverschap van de RvB-NS¹⁰. Toen echter bleek dat ook gedragingen van de CEO in de RvB van belang werden in verband met de onregelmatigheden, ontstond een vacuüm wat betreft opdrachtgeverschap. De betrokken advocaat van De Brauw heeft dit vacuüm ingevuld door zich niet meer met de RvB en haar CEO te verstaan, maar heeft zich tot de RvC gewend. Uiteindelijk heeft de Raad van Commissarissen de rol van opdrachtgever van De Brauw op zich genomen¹¹. De Brauw heeft echter gedurende een belangrijke periode van het onderzoek gehandeld in opdracht van de RvB met daarin de CEO als sleutelfiguur. Zijn handelen bleek echter tegelijkertijd van

⁸ Besluit ACM van 6 maart 2015, par. 169.

⁹ Idem, par. 164 en 242.

¹⁰ E-mail De Brauw, 20 maart 2015, met concept opdrachtbevestiging aan raad van bestuur NS (Ref G5393587/3/N).

¹¹ "Nadere opdracht bij NS" 6 mei 2015, met definitieve opdrachtbevestiging De Brauw aan voorzitter Raad van Commissarissen (Ref M23142860/2/94000301).

belang in verband met geconstateerde onregelmatigheden. Een advocaat dient de partijbelangen van zijn opdrachtgever. De Brauw heeft noodgedwongen met zijn directe opdrachtgever – RvB – moeten breken en op eigen initiatief een nieuwe opdrachtgever moeten zoeken – RvC. Illustratief is dat hoewel de RvC op 1 mei 2015 opdrachtgever was, de CEO in direct contact met de advocaat van De Brauw zich tot begin juni intensief bezig heeft gehouden met de wijze van rapporteren.

2.3 De inhoud van de onderzoeksopdracht en de regie over het onderzoek

Aan de ondersteuning door De Brauw van de NS in het ACM onderzoek lag géén specifieke opdracht van de RvB ten grondslag. De Brauw had een zogenoemde raamwerkovereenkomst die gold voor situaties waarin de NS een beroep op diensten van De Brauw deed. De NS heeft met meerdere advocatenkantoren dergelijke raamwerkovereenkomsten, die de basis vormen voor incidentele opdrachten. Voor het onderzoek naar de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg is op 19 maart 2015 – onder penvoerderschap van De Brauw – een expliciete opdracht gegeven voor *onderzoek en juridische bijstand, waaraan toegevoegd is onderzoek dat mede zal dienen als basis voor nadere juridische analyse, advisering en vertegenwoordiging*¹². De opdrachtbevestiging staat omschreven in een brief van De Brauw aan de NS. De definitieve opdrachtbevestiging heeft tot 7 mei op zich laten wachten en omvatte meerdere juridische kwesties, waaronder mededingings-, straf- en arbeidsrechtelijke kwesties¹³.

Met de opdrachten tot 'onderzoek en juridische bijstand' en 'onderzoek dat mede zal dienen als basis voor nadere juridische analyse, advisering en vertegenwoordiging' (19 maart en 7 mei 2015) heeft De Brauw verschillende rollen op zich genomen.

Daar komt bij dat het onderzoek is begonnen met de RvB als besluitvormend orgaan namens de NV¹⁴, maar dat de RvC het opdrachtgeverschap op 1 mei heeft overgenomen vanwege de betrokkenheid van de CEO in de RvB. Deze opdracht tot *specifiek aanvullend onderzoek* is vastgelegd in een formele opdracht d.d. 6 mei 2015¹⁵, die op 8 mei door de voorzitter van de RvC is bevestigd.

2.4 Betrokkenheid Raad van Bestuur NS

De Raad van Commissarissen van de NS heeft besloten om Rapport 1 van de Brauw op 28 april 2015 openbaar te maken¹⁶. Daarbij speelde enerzijds de afweging dat het niet openbaar maken gelet op de ernst van de inhoud door de RvC als niet mogelijk werd ingeschat. Anderzijds is van de kant van De Brauw aangegeven dat gelet op het voorlopige karakter van het rapport openbaarmaking ongewenst was. Niet-openbaarmaking zou in de ogen van de RvC de NS kwetsbaar maken als de onregelmatigheden langs andere weg naar buiten zouden komen. De Brauw heeft zich uiteindelijk niet tegen openbaarmaking verzet. Op het voorblad van dit voorlopige rapport heeft De Brauw als voorbehoud gemaakt dat het "de huidige status" van het onderzoek weergeeft¹⁷.

¹² E-mail De Brauw, 20 maart 2015, met concept opdrachtbevestiging aan raad van bestuur NS (Ref G5393587/3/N).

¹³ Opdrachtbevestiging aan NS, 7 mei 2015 (Ref M23152540/1/94000301). NS Legal heeft op 16 april 2015 per e-mail verzocht de opdracht te formaliseren, verwijzend naar een presentatie van De Brauw met inventarisatie van de te verwachten juridische procedures.

¹⁴ E-mail De Brauw, 20 maart 2015, met concept opdrachtbevestiging aan raad van bestuur NS (Ref G5393587/3/N).

¹⁵ "Nadere opdracht bij NS", 6 mei 2015, met definitieve opdrachtbevestiging De Brauw aan voorzitter Raad van Commissarissen (Ref M23142860/2/94000301).

¹⁶ Verslag Raad van Commissarissen 28 april 2015 (vergadering 9.00 uur).

¹⁷ "Dit Rapport geeft de huidige status van het onderzoek weer. Nader onderzoek vindt nog plaats. Nadere onderzoekshandelingen kunnen aanleiding geven tot het bekend worden van andere feiten of omstandigheden dan die waarop het Rapport is gebaseerd. Deze kunnen er vervolgens toe leiden dat een of meer bevindingen niet langer juist zijn, dan wel aanpassing of aanvulling behoeven."

In Rapport 1 komt de zin voor: "In de Onderzoeksdocumentatie zijn geen aanwijzingen aangetroffen die duiden op betrokkenheid van de Raad van Bestuur van de NS bij de onregelmatigheden" (R1, 6.4.1). Deze zin is op grond van verklaringen van andere betrokkenen binnen de NS-organisatie omstreden en vormde in hoofdzaak de aanleiding voor de discussie of het De Brauw-onderzoek onpartijdig is geweest. Volgens verificator Tonkens had De Brauw deze zin, gelet op de toen bekende feiten, niet mogen handhaven in het te publiceren rapport (V, 8.4). De zin over de al dan niet betrokkenheid van de RvB is in het bijzonder relevant in verband met de rol van de CEO van de NS. Het handhaven van deze constatering krijgt bijzondere betekenis omdat de schijn ontstaat dat De Brauw zijn loyaliteit jegens de RvB met de CEO in een sleutelpositie nog heeft laten gelden, terwijl er relevante signalen waren die op zijn minst tot ernstige twijfel hadden moeten leiden, en meer expliciet in het rapport vermeld had moeten worden. Deze twijfel was bekend bij de RvC¹⁸. Daarom raakt dit punt echter ook de verantwoordelijkheid van de RvC om het rapport in deze vorm openbaar te maken, terwijl er op een cruciaal punt – de al dan niet betrokkenheid van de CEO – nader onderzoek noodzakelijk was.

2.5 De onderzoeksmethode van De Brauw

Rapport 1 is als voorlopig rapport op 28 april 2015 openbaar gemaakt terwijl het onderzoek naar de bijdrage van verschillende personen aan de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg nog onvolledig in beeld was gebracht en er ontoereikend hoor en wederhoor had plaatsgevonden (V, 8.2). Rapport 2 was er mede op gericht om aan deze tekortkomingen van Rapport 1 tegemoet te komen. Verificator Tonkens constateert dat De Brauw geen protocol had voor het onderzoek (V, 6.2) en geen goede regie heeft gevoerd bij de feitelijke organisatie van de interviews. Hierdoor is niet voorkomen dat ongewenste beïnvloeding van de gehoorde personen is opgetreden (V, 7.3). Anders gezegd, de CEO heeft ruimschoots de kans gehad om voor en na de interviews onderonsjes te houden met andere betrokkenen en langs die weg had hij ruimte voor beïnvloeding, "de-escalatie" in zijn woorden. Bovendien zijn inconsistenties in de opeenvolgende verklaringen van personen die gedurende het onderzoek meerdere keren zijn gehoord, in Rapport 2 niet geïdentificeerd (V, 7.2). De commentaren bij de vastlegging van de interviews van betrokkenen zijn verwerkt, maar er blijkt in een aantal gevallen onduidelijkheid te zijn ontstaan over bepaalde vraagstellingen bij de interviews, waardoor twijfel kan bestaan over de betekenis van de verklaringen die in de verslagen zijn vastgelegd en uiteindelijk in Rapport 2 zijn opgenomen (V, 7.2). Verificator Tonkens stelt vast dat in Rapport 2 telkens de laatst gegeven – soms uiteenlopende - verklaringen van na hoor en wederhoor zijn verwerkt (V, 7.2). Daarmee is echter geen nadruk komen te liggen op waarheidsvinding in de zin van het vaststellen welke verklaring juist was. Het rapport bevat een overzicht van deels tegenstrijdige feiten en de lezer moet zelf conclusies trekken.

2.6 De omvang van het onderzoek

De Brauw vervulde in de ACM-zaak de rol van advocaat van de NS en verrichtte vervolgens onderzoek naar de onregelmatigheden bij de aanbesteding. De Brauw vervulde nog een derde rol, namelijk die van advocaat van de NS in de verschillende arbeidsrechtelijke dossiers die uit de onregelmatigheden voortvloeiden (V, 6.4). Deze dossiers waren in behandeling bij een andere advocaat van De Brauw. Pas begin juli 2015 heeft door overdracht van deze dossiers aan een ander advocatenkantoor een scheiding van zaken plaatsgevonden. Verificator Tonkens constateert dat deze scheiding van zaken de juiste is, maar dat die eerder had moeten gebeuren (V, 6.4). Voor de zuiverheid had het onderzoek naar de onregelmatigheden waarvan in Rapport 1 en 2 verslag werd gedaan, gescheiden moeten worden van behandeling van de arbeidszaken tegen betrokkenen.

Deze scheiding tussen het onderzoek naar de onregelmatigheden en naar het onderzoek ter voorbereiding van de arbeidszaken is van belang, omdat deze onderzoeken een verschillende

¹⁸ Verslag Raad van Commissarissen 26 april 2015, Wassenaar en 27 april 2015, 20:30 uur.

Was hier sprake van dubbele petten?

insteek hebben. Bij de onregelmatigheden gaat het om het aandeel van iedere betrokkene in het ontstaan van de ongewenste situatie bij de NS, waaronder de rol van de CEO. Bij de arbeidszaak gaat het om de vraag op grond van welke feiten de NS als werkgever gerechtigd is om bepaalde rechtspositionele maatregelen te nemen (bij voorbeeld non-actiefstelling, schorsing en ontslag). De rol van de CEO kan daarbij van invloed zijn op de duiding van die feiten, in het bijzonder omdat wetenschap bij de CEO van de onregelmatigheden de positie van andere betrokkenen een zekere kleuring geeft die relevant is voor de weging van de rechtmatigheid van de arbeidsrechtelijke maatregelen. Zoals verificator Tonkens stelt ontstaat "het risico dat binnen de onderzochte vennootschap belanghebbenden hun eigen rol of die van de vennootschap proberen te mitigeren ten koste van andere betrokkenen." (V, 6.3).

De opstelling van betrokkenen die na verschijning van Rapport 1 op 28 april 2015 stelden dat de CEO op de hoogte was geweest van de onregelmatigheden, werd mede ingegeven door de wens hun arbeidsrechtelijke belangen veilig te stellen. Zij hadden het gevoel geslachtofferd te worden¹⁹. Anders gezegd, het onderzoek naar de onregelmatigheden werd gehinderd door de arbeidsrechtelijke belangen van betrokkenen. Beide onderwerpen waren echter in handen van De Brauw.

2.7 De uitkomsten van het onderzoek De Brauw

Rapport 1 - dat zonder hoor en wederhoor tot stand gekomen is laat kort samengevat zien dat bij de aanbesteding Limburg de NS oneerlijk spel gespeeld heeft doordat informatie van de concurrent die relevant was voor de bieding doorgespeeld is naar de NS-dochter die de bieding voorbereidde. Verder bleek dat medewerker X, werkzaam voor een concurrent, ondanks het non-concurrentiebeding via een U-bocht door een NS-dochter is aangetrokken om ondersteuning bij de voorbereiding van de aanbesteding te verlenen. X heeft concurrentiegevoelige informatie aan de NS toegespeeld. Rapport 2 betreft de aanstelling van X, doch eveneens de vraag of de RvB, in casu 'de CEO', het onderzoek beïnvloed heeft. Rapport 1 heeft als belangrijk gebrek dat er geen hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden. Bij Rapport 2 zijn vragen te stellen over de zuiverheid van de door De Brauw gehanteerde onderzoeksmethode (zie 2.5).

Bij beide rapporten blijkt onvoldoende scheiding te zijn aangebracht tussen het vastleggen van de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg als zodanig enerzijds, en de in arbeidsgeschillen uitmondende onderzoeken naar de precieze rol van de verschillende betrokken personen anderzijds. De Brauw geeft in Rapport 2 ten aanzien van belangrijke gedragingen uitvoerig de uiteenlopende en deels tegensprekende verklaringen van de betrokken personen weer (zie ter illustratie R2 7.3). Dit heeft onder meer tot gevolg dat de waarde van de verschillende op belangrijke punten uiteenlopende verklaringen voor een definitief oordeel over welke onregelmatigheden door wie zijn gepleegd bij de aanbesteding Limburg beperkt is.

De hiervoor besproken vragen die bij de zuiverheid van het onderzoek van De Brauw gesteld kunnen worden, leg ik in hun onderling verband beoordeeld ten grondslag aan de beantwoording van de mij voorgelegde toetsingsvragen.

¹⁹ Verslag Raad van Commissarissen 28 april 2015, 00:15 uur.

Hoofdstuk 3

Beantwoording toetsingsvragen en conclusie

De door mij te beantwoorden toetsingsvragen van het onderzoek van De Brauw naar onregelmatigheden bij de NS rondom de aanbesteding van de concessie Limburg luiden:

- Bevat de vraagstelling van de opdracht lacunes waardoor twijfel kan bestaan aan de bevindingen?
- Bevat de uitvoering van de opdracht lacunes waardoor twijfel kan bestaan aan de bevindingen?
- Volgen de bevindingen logisch en objectief uit de via het onderzoek verzamelde feiten?

3.1 Bevat de vraagstelling van de opdracht lacunes?

Rapport 1 betref de onregelmatigheden bij de indiensttreding van voormalig medewerker X van Veolia bij de NS-dochter Qbuzz en het door X delen van gevoelige informatie van Veolia (R1, 1.1.3.) Rapport 2 betreft voorts de betrokkenheid van de RvB bij en wetenschap van de RvB van deze onregelmatigheden en eventuele (pogingen tot) beïnvloeding door de RvB van het onderzoek (R2, 1.2.3.).

Deze vraagstellingen van Rapport 1 en Rapport 2 van De Brauw bevatten geen lacunes waardoor twijfel kan ontstaan aan de bevindingen.

Voor de duidelijkheid voeg ik het volgende toe. De rapporten 1 en 2 betreffen niet een onderzoek naar alle onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg. Voor het scheppen van een volledig beeld is het van belang te melden dat de ACM heeft vastgesteld dat er een andere vorm van informatiedeling heeft plaatsgevonden. In meerdere e-mails is informatie over de concurrent door de CEO richting NS-dochter Qbuzz gestuurd door bestuursleden in kopie in die mails op te nemen. Een andere onregelmatigheid betreft het door de NS nalaten van een redelijk aanbod aan concurrenten ten aanzien van bijkomende diensten en voorzieningen.

3.2 Bevat de uitvoering van de opdracht lacunes?

Uit de bespreking van de vragen die bij de zuiverheid van het onderzoek van De Brauw gesteld kunnen worden (zie hoofdstuk 2), in hun onderling verband bekeken, vloeit voort dat de uitvoering van de opdracht lacunes bevat waardoor de schijn van partijdigheid niet is opgeheven. Deze twijfel uit zich op een tweetal punten. In de eerste plaats ontbreekt voor de lezer van beide NS-rapporten van De Brauw voldoende zekerheid dat een volledig en juist beeld is ontstaan van hetgeen zich tussen de sleutelfiguren bij de NS heeft afgespeeld. Het eerste Rapport vormde slechts een tussenstand van voortgaand onderzoek en is niet onderworpen aan hoor en wederhoor. Het tweede Rapport berust op een onderzoeksmethode die tekortkomingen vertoont (geen onderzoeksprotocol, geen sluitende regie en daardoor ruimte voor beïnvloeding van de interviews door de CEO, inconsistenties in verklaringen niet geëxpliciteerd, en onduidelijkheid over de gestelde vragen zodat de antwoorden die ten grondslag liggen aan de rapportage moeilijk te duiden zijn). In de tweede plaats laat Rapport 2 de lezer met een onbevredigd gevoel achter, omdat niet duidelijk is wat de uitkomst van het onderzoek is, nu het rapport op belangrijke punten slechts elkaar tegensprekende verklaringen over de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg weergeeft.

Een belangrijke rol speelt hierbij het feit dat in beide onderzoeksrapporten twee onderwerpen spelen. De relevante onderzoeksvraag voor het onderzoek naar onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg betreft kort gezegd het blootleggen van het oneerlijke spel van de NS (en dochters) bij de voorbereiding van hun bieding en de mogelijke rol van de directie(s) en andere personen. Naast deze onderzoeksvraag is het echter de vraag wat het individuele aandeel van de betrokken functionarissen bij de NS was in het ontstaan van de ongewenste situatie, mede gelet op

Was hier sprake van dubbele petten?

de eventueel tegen hen te nemen arbeidsrechtelijke maatregelen. Verificator Tonkens constateert dat De Brauw ertoe heeft bijgedragen dat het onderzoek naar beide vragen (onderzoek naar onregelmatigheden en de weging van ieders aandeel) door elkaar is gaan lopen.

3.3 Volgen de bevindingen logisch en objectief uit het onderzoek?

Vanwege het ontbreken van hoor en wederhoor en daarmee een mogelijkheid van verificatie bij Rapport 1 spits ik de beantwoording van deze vraag toe op Rapport 2. De verklaringen van de betrokken personen die opgenomen zijn in het rapport berusten op documenten en interviewverslagen die onderworpen werden aan hoor- en wederhoor en die nadien door verificator Tonkens nagetrokken zijn. Zij heeft haar rapport ondertekend waardoor een extra zekerheid is ontstaan over de correctheid van haar verificatie. Dit biedt op zich een toereikende waarborg dat de in het Rapport 2 opgenomen verklaringen van betrokkenen berusten op een correcte weergave van de inhoud van de onderliggende bewijsmiddelen en interviewverslagen. In die zin kan worden gezegd dat de bevindingen logisch uit de via het onderzoek verzamelde feiten volgen.

Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat 'de bevindingen' op belangrijke punten niet meer inhouden dan de verschillende en op belangrijke punten elkaar tegensprekende verklaringen van de betrokken personen. En dat er om die reden op belangrijke punten geen sprake is van conclusies over de werkelijke toedracht die door de bevindingen worden gedragen.

3.4 Conclusie op basis van onderzoeksvragen

Vooropgesteld moet worden dat er geen objectieve bewijzen zijn van partijdigheid van De Brauw in de zin van toegeven aan druk vanuit de NS of betrokkenen.

Wel is door de verschillende rollen die De Brauw heeft vervuld na verschijning van het eerste rapport de schijn van partijdigheid ontstaan.

Op basis van mijn onderzoek concludeer ik dat de inhoud van de rapporten van De Brauw een aantal vragen oproept over de zuiverheid van dat onderzoek. De schijn van partijdigheid die kleefde aan het rapport van 28 april 2015 naar de onregelmatigheden bij de NS is door het tweede rapport van 18 augustus 2015 niet weggenomen. De eenmaal ontstane schijn van partijdigheid is moeilijk weg te nemen.

Dit brengt mij tot een tweetal vervolgvragen:

- Hoe nu verder na het onderzoek naar de onregelmatigheden rond de aanbesteding Limburg?
- Welke lessen zijn te trekken uit de gang van zaken rond deze rapportages?

Hoofdstuk 4

Hoe nu verder?

De onzuiverheden in de rapporten van De Brauw hebben, zoals bleek, onder meer betrekking op twee punten. In de eerste plaats de methode en uitvoering van het onderzoek. In de tweede plaats het feit dat in deze rapporten, omdat er onvoldoende scherp een grens is getrokken tussen de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg als zodanig en de voor de arbeidsrechtelijke bejegening van verschillende personen relevante feiten, te veel feiten staan die in hun gedetailleerdheid omstrede kunnen zijn.

De onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg hebben verschillende consequenties, die vertaling vonden of vinden in onder andere het ACM-onderzoek en de inmiddels in rechte onaantastbare veroordeling van de NS die daaruit voortvloeide en vervolgonderzoek van ACM naar eventueel misbruik van zijn marktpositie door de NS; een strafrechtelijk onderzoek door het OM met ondersteuning van de FIOD naar zowel rechtspersonen als natuurlijke personen; onderzoek en advisering door Alvarez & Marsal naar de compliance bij de NS en ten slotte de onderzoeken naar binnen- en buitenlandse onregelmatigheid van Jones Day c.s.²⁰.

De CEO is uit zijn functie en er worden met inzet van andere advocatenkantoren arbeidsrechtelijke maatregelen tegen sleutelfiguren in de NS organisatie voorbereid, dan wel lopen er arbeidsrechtelijke procedures op initiatief van betrokkenen. Ten slotte heeft de Deken van de Amsterdamse Orde van Advocaten een onderzoek ingesteld naar de rol van De Brauw bij het tot stand brengen van de Rapporten 1 en 2, die eventueel voor de Deken aanleiding kan zijn om een tuchtzaak tegen een of meer advocaten van De Brauw in te stellen. Deze verschillende onderzoeken en procedures kennen ieder hun eigen vraagstelling, onderzoeksmethode en procedurele waarborgen. Voor al deze procedures geldt: "Het recht moet zijn beloop hebben".

De Rapporten 1 en 2 en de daarin blootgelegde onregelmatigheden en de onderliggende bewijsstukken kunnen wellicht een rol spelen in al die verschillende onderzoeken en procedures, maar in het kader van mijn toetsing is slechts aan de orde of de RvB en de RvC van de NS goed geïnformeerd zijn, zodat zij – deels in nieuwe samenstelling – hun statutaire taken kunnen vervullen. Bovendien is de vraag aan de orde of de geboden informatie toereikend is voor de publieke verantwoording die past bij de rol van de NS als staatsbedrijf. Deze publieke verantwoording bestaat uit informatie die de minister van Financiën aan de Tweede Kamer kan aanbieden en die langs die weg openbaar wordt. De vraag is of de Rapporten 1 en 2, de verificatie van Mw. Tonkens, de enquête van Alvarez & Marsal, de meldingen bij het meldpunt, de rapportage van Jones Day en deze rapportage voldoende informatie bevatten voor deze politieke en publieke verantwoording.

Om deze vraag te beantwoorden, stel ik twee nadere vragen aan de orde. In de eerste plaats de vraag of alle personen voldoende in beeld zijn gekomen wier gedrag van belang is in verband met de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg. In de tweede plaats de vraag of alle gedragingen in verband met die onregelmatigheden voldoende in beeld zijn gekomen. Beide vragen beantwoord ik bevestigend.

²⁰ Jones Day c.s.: Het betreft verslagen van binnen- en buitenlandse onregelmatigheidsonderzoeken (exclusief Limburg). Het betreft Nederland (JonesDay), Zweden (Houthoff), Duitsland (Bird&Bird), het VK (OsborneClarke) met een eindrapport van bevindingen met onderzoeksconclusies van 16 september 2015 (JonesDay).

Was hier sprake van dubbele petten?

De beschrijving van de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg die van belang zijn voor de publieke en politieke verantwoording kan kort zijn: het gaat om het delen van (mogelijk) concurrentiegevoelige informatie in de NS-organisatie, om het aantrekken van medewerker X en de daaruit voortvloeiende informatiedeling en om de mogelijke beïnvloeding van het onderzoek van De Brauw door de CEO. Omdat de CEO inmiddels uit zijn functie is, is deze kwestie in dat opzicht afgedaan. De onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg bestaande uit het delen van informatie binnen de NS organisatie, het aantrekken van medewerker X en de wijze waarop informatiedeling heeft plaatsgevonden kan in hoofdlijnen teruggevonden worden in de Rapporten 1 en 2. Ook de kring van personen die in verband met de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg van belang is, is in geanonimiseerde vorm op basis van deze rapporten bekend.

De kans blijft echter bestaan dat er nog andere gedragingen en andere personen in beeld zouden moeten komen in verband met de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg. Om deze kans zo klein mogelijk te maken heb ik aan Alvarez & Marsal, die belast is met het compliance-onderzoek (met dhr. A. de Jong als onafhankelijke toetsers), de vraag gesteld naar het al dan niet ontbreken van meldingen of signalen via antwoorden op open vragen bij hun enquête onder 3.500 werknemers van de NS. Alvarez & Marsal heeft mij op 8 oktober geantwoord:

"Zoals wij deze week bespraken heb ik de responses van de questionnaire in detail doorgenomen. Hierbij heb ik ten behoeve van uw werkzaamheden specifiek gelet op de risico's die u noemde. In het bijzonder "het risico dat er 'overigens' nog sprake kan zijn van integriteitsincidenten rond de aanbesteding OV in Limburg. Met het oog op het afdekken van die risico's wenst u te verwijzen naar mogelijke uitkomsten van het systeem gerichte onderzoek van A&M en in het bijzonder het al dan niet ontbreken van meldingen of signalen via antwoorden op open vragen bij de enquête." Ik informeer u hierbij dat de questionnaire geen meldingen zijn van incidenten rondom aanbestedingen."

De NS heeft als beheerder van het meldpunt verklaard dat er op basis van een algemene oproep, gedaan in september 2015, tot en met die datum geen meldingen zijn die relevant zijn voor de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg. Ik heb geen redenen om aan te nemen dat de juistheid van deze opgave aan twijfel onderhevig is.

Bovendien heb ik kennis genomen van de onderzoeken van Jones Day c.s. Bij die onderzoeken zijn geen personen of gedragingen in beeld gekomen die van belang zijn voor het verkrijgen van een volledig beeld van de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg.

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat er aan de hand van de informatie uit Rapport 1 en 2, de verificatie van Mw. Tonkens, de enquête van Alvarez & Marsal, de meldingen bij het meldpunt en de rapportage van Jones Day, voldoende relevante informatie over de onregelmatigheden bij de aanbesteding Limburg beschikbaar is voor de politieke en publieke verantwoording.

Mijn eindconclusie luidt dat als het gaat om het vaststellen van de feiten die ten grondslag moeten liggen aan de politieke en publieke verantwoording in verband met de onregelmatigheden bij aanbesteding Limburg, het verantwoord is om het NS-dossier met deze toets en de Rapporten 1 en 2 van De Brauw en de verificatie van Mw. Tonkens te sluiten. In de verschillende procedures die voortvloeien uit de onregelmatigheden zal het recht zijn loop moeten hebben en zal de rol van individuele betrokkenen – voorzien van daartoe geëigende procedurele waarborgen - preciezer in beeld kunnen komen.

Hoofdstuk 5

Welke lessen zijn er te trekken?

Bij het beantwoorden van de vraag welke lessen te trekken zijn uit het 'NS-dossier' moet onderscheid gemaakt worden tussen kwesties die incidenteel van aard zijn en meer structurele vraagstukken.

Het verslag van de onregelmatigheden bij de NS bij de aanbesteding Limburg draagt een deels incidenteel karakter. Het gegeven dat uiteindelijk de CEO van een publieke onderneming als de NS in beeld komt als het gaat om al dan niet actief betrokken zijn bij onregelmatigheden draagt een zeldzaam karakter. Dit brengt mee dat zijn betrokkenheid omstanders in meerdere of mindere mate zal hebben overvallen. Dit geldt in de eerste plaats voor De Brauw, die onderzoek deed in opdracht van de RvB met daarin de CEO als leidend functionaris, maar in de tweede plaats ook voor de RvC, die stukje bij beetje meer helderheid kreeg over de opstelling van de CEO en uiteindelijk begin juni 2015 zijn vertrouwen in de CEO verloren heeft. Kern daarbij vormde de ernstige twijfel of de CEO de RvC volledig en juist had geïnformeerd over zijn wetenschap van en bijdrage aan de geconstateerde onregelmatigheden.

Hierbij speelt tevens een rol dat de NS zelf ten minste twee rollen te vervullen heeft en twee petten draagt. Enerzijds moet de NS een competitief bedrijf zijn op de vervoersmarkt en aanbestedingen winnen. Anderzijds moet de NS in dezelfde aanbestedingsprocedures informatie verstrekken aan concurrenten en voorzieningen beschikbaar stellen. De CEO hechtte aan het winnen van de aanbesteding Limburg grote waarde en daarom werd alles op alles gezet om als NS de concurrenten te verslaan. Aan goed georganiseerde institutionele tegenkrachten binnen de NS heeft het ontbroken. Dit vormt mede onderwerp van het onderzoek en de advisering door Alvarez & Marsal met dhr. A. de Jong als onafhankelijk toetsers.

De schandalen en misstanden die de afgelopen tijd rond bedrijven opduiken, laten zien dat bij in de markt opererende ondernemingen gebrek aan integriteit en het zich niet houden aan de regels een belangrijk onderwerp is. Daarbij gaat het niet alleen om de belangen van de betrokken onderneming, maar steeds vaker ook om publieke belangen. Als het misgaat, bestaat er behoefte aan onafhankelijk en onpartijdig onderzoek, zeker als het om objectieve informatie voor aandeelhouders of om politieke en publieke verantwoording gaat. Verschillende soorten professionals zoals accountants, forensisch experts en advocaten kunnen dergelijk onderzoek verrichten en binnen de verschillende beroepsgroepen kunnen professionele standaarden en tuchtrecht bijdragen aan de zuiverheid van hun handelen en het vertrouwen dat in de beroepsgroep gesteld wordt. Daarbij is van belang hoe de verschillende rollen die in dit soort zaken vervuld moeten worden helder van elkaar gescheiden worden. In dit NS-dossier blijkt dat De Brauw de naar zijn aard 'partijdige' rol vervulde van pleitbezorger van de NS in de ACM-klachtprocedure, maar vervolgens ook een onderzoekstaak kreeg om 'onpartijdig' de onderste steen boven te krijgen. Bovendien behandelde De Brauw gelijktijdig een belangrijk aantal arbeidsrechtelijke NS zaken en ondersteunde het daarbij het werkgeversbelang tegenover de betrokken werknemers.

Uit dit NS-dossier blijkt het grote belang van het trekken van heldere grenzen tussen deze rollen. Immers twijfel over de rolzuiverheid kan afbreuk doen aan het vertrouwen dat in de uitkomst van onderzoek gesteld kan worden. Er is zowel binnen de beroepsgroep van advocaten als daarbuiten discussie gaande over deze grensbepaling.

De gedragsnormen voor advocaten zijn wat dit onderwerp betreft globaal en niet specifiek. Artikel 46 Advocatenwet noemt enerzijds "enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degene wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen" en anderzijds "enig handelen af nalaten dat een behoorlijk advocaat niet

Was hier sprake van dubbele petten?

betaamt." De Gedragsregels voor advocaten geven hieraan geen bijzondere uitwerking (V, 4.1). De uitspraken in tuchtzaken geven uiteindelijk inhoud aan deze globale normen, maar de norm is dan alleen te kennen door meerdere tuchtrechtelijke uitspraken op een rij te zetten. Gelet op het grote belang van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van onderzoek door advocaten in deze tijd is meer duidelijkheid wenselijk. In het bijzonder over de grenzen van het handelen van advocaten enerzijds in de rol van advocaat die een partij ondersteunt in juridische procedures, en anderzijds de advocaat die onderzoek doet naar onregelmatigheden in ondernemingen, zeker wanneer dat onderzoek relevant is voor publieke verantwoording.
