



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Schoon schip?

Intern feitenonderzoek door advocaten

de Wolff, D.

DOI

[10.5553/AB/0165-13312021101005021](https://doi.org/10.5553/AB/0165-13312021101005021)

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Advocatenblad

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Wolff, D. (2021). Schoon schip? Intern feitenonderzoek door advocaten. *Advocatenblad*, 101(5), 57-60. <https://doi.org/10.5553/AB/0165-13312021101005021>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

SCHOOON SCHIP?

De nieuwe toelichting op gedragsregel 2 schetst de risico's die advocaten lopen bij intern feitenonderzoek. Bijzonder hoogleraar advocatuur Diana de Wolff juicht de verduidelijking toe. Het verrichten van feitenonderzoek in overleg met de autoriteiten is in haar ogen een *no-go*.

INTERN FEITENONDERZOEK DOOR ADVOCATEN

DOOR / DIANA DE WOLFF

Intern feitenonderzoek door advocaten, dat wil zeggen onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden en strafbare feiten zoals fraude of corruptie bij bedrijven of organisaties, is een *hot topic*. In deze bijdrage beschrijf ik dit thema in het licht van de beroepsregels en van de vraag naar de wenselijkheid van samenwerking van advocaten met opsporingsautoriteiten. Ik zal daarbij aandacht besteden aan de toelichting op gedragsregel 2 die de algemene raad van de NOvA onlangs met het oog op deze thematiek heeft uitgebreid.

PARTIJDIG

Ook als feitenonderzoeker zijn advocaten in beginsel partijdige belangenbehartigers.¹ Doorgaans zijn het verzamelen, selecteren en beoordelen van feiten immers noodzakelijk voor het geven van juridisch advies en rechtsbijstand. Het vaste uitgangspunt dat de advocaat een ruime vrijheid heeft om de belangen van de cliënt te behartigen op de wijze die de advocaat in overleg met de cliënt

goeddukt, geldt daarom als regel ook bij intern feitenonderzoek.² Weliswaar is het denkbaar dat een advocaat louter feitelijke bevindingen verzamelt, zonder daar juridische kwalificaties, adviezen of conclusies aan te verbinden³, maar voor zover intern feitenonderzoek samenhangt met of uitmondt in een advies met een juridisch aspect, bijvoorbeeld om aangifte te doen, een vordering af te weren, een schikking aan te gaan of een manager te ontslaan, valt het evident onder de partijdige belangenbehartiging door de advocaat.⁴ Dat een advocaat bij uitsteking de cliëntenbelangen behartigt, is uiteraard gunstig voor de opdrachtgever. Daarnaast geldt ook bij intern feitenonderzoek de geheimhoudingsplicht en komt een advocaat het verschonningsrecht toe. Besprekingen over reikwijdte en doel van het onderzoek blijven dus vertrouwelijk. Dat geldt ook voor interviewverslagen, data, conceptversies van het onderzoeksrapport, commentaren en de eindversie van het rapport, ook als dat

rapport geen juridische kwalificaties of conclusies zou bevatten.⁵ De partijdige rol en de vertrouwelijkheid vormen echter ook nadelen. Derden kunnen zich al gedupeerd voelen omdat de advocaat een partijdige rol vervult. Ook kunnen derden de onderzoeksresultaten minder geloofwaardig vinden dan wanneer het feitenonderzoek is verricht door bijvoorbeeld een accountant, voor wie objectiviteit een belangrijk principe is.⁶ Een advocaat hoort weliswaar onafhankelijk te zijn van de cliënt en de zaak, maar dat betekent nog niet dat het onderzoek ook onafhankelijk is in de zin van neutraal of objectief. Door de geheimhoudingsplicht kan bovendien twijfel ontstaan of wel echt de onderste steen boven is gekomen.⁷

RELEVANTE BEROEPSREGELS

Een advocaat heeft zich, ook als feitenonderzoeker, zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur en in de eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad. Dat betekent ►

onder meer dat de advocaat-onderzoeker zich niet bedient van listen om informatie te verkrijgen en zich onthoudt van het verstrekken van feitelijke informatie waarvan duidelijk is of moet zijn dat deze onjuist is (gedragsregel 8). Het doen van onjuiste, onware of misleidende mededelingen, bijvoorbeeld in het rapport van bevindingen, kan niet gesauveerd worden met een beroep op de partijdige rol van de advocaat.⁸ Advocaten horen verder misverstanden te vermijden over de hoedanigheid waarin zij in een gegeven situatie optreden en zij moeten dus, waar nodig, mededelen dat een intern feitenonderzoek onder hun verantwoordelijkheid van advocaat van de betreffende onderneming of organisatie tot stand komt. Dat betekent dat het af te raden is om zich als onafhankelijk feitenonderzoeker te afficheren, omdat het begrip 'onafhankelijk', zoals zonet al besproken, *ambigu* is en dus misleidend kan zijn. Het gerechtshof Amsterdam legde daar onlangs de vinger op in de geruchtmakende SBM-zaak.⁹

Uiteraard mogen advocaten niet nodeloos of op ontoelaatbare wijze de belangen van anderen dan de opdrachtgever schenden (toelichting gedragsregel 6). Het verdient daarom aanbeveling een gesprekspartner mee te delen of zij of hij verdachte of getuige is en welke waarborgen en rechten in dat verband gelden.¹⁰ Een advocaat zal zich bewust moeten zijn van het belang van de bescherming van de verdedigingsrechten van derden.¹¹ Het beïnvloeden van getuigen is natuurlijk taboe (gedragsregel 22).¹² Het is zaak om vooraf openheid te geven over het opnemen van gesprekken of het mee laten luisteren

door de cliënt of derden (gedragsregel 4 lid 1). De gesprekspartner kan dan eventueel afzien van het gesprek. Zegt een advocaat aan iemand anders dan de cliënt vertrouwelijkheid toe, dan zal die vertrouwelijkheid ook in contacten met de cliënt in acht moeten worden genomen (gedragsregel 3 lid 5).

Een advocaat vermijdt dat zijn of haar onafhankelijkheid in gevaar zou kunnen komen (gedragsregel 2). Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de advocaat ooit adviezen aan de cliënt heeft gegeven die kunnen hebben geleid tot de te onderzoeken misstand of in eerdere zaken nauwe banden heeft gekregen met iemand die onderwerp van onderzoek is. Meer in het algemeen wordt wel gesteld dat de 'huisadvocaat' zich maar beter helemaal onthoudt van onderzoek naar (vermoedens van) misstanden.¹³ Een advocaat moet hoe dan ook alert zijn op belangenconflicten (gedragsregel 15). Heeft bijvoorbeeld de raad van commissarissen de onderzoeksopdracht verstrekt, dan zal de advocaat zich moeten onthouden van het adviseren van een bestuurder of manager die een ander belang heeft.¹⁴

Over wat onder de vertrouwelijkheid valt en wat naar buiten gebracht kan worden, zal een advocaat-onderzoeker duidelijke afspraken moeten maken. Daarbij is een aandachtspunt dat het toezeggen van vertrouwelijkheid problematisch kan zijn, omdat een als intern bedoeld rapport, zeker in geruchtmakende kwesties, op enig moment onbedoeld in de openbaarheid kan komen.¹⁵ Een advocaat houdt overigens goed voor ogen dat de geheimhouding niet geldt voor brieven en geschriften die voorwerp van een strafbaar feit zijn of tot het

begaan daarvan hebben gediend (toelichting op gedragsregel 3). Het spreekt ten slotte voor zich dat advocaten de noodzakelijke vaardigheden moeten hebben om onderzoek te doen.¹⁶

De tuchtrechter heeft enkele keren geoordeeld dat een advocaat bij het verrichten van intern onderzoek laakbaar, onzorgvuldig of in strijd met de gedragsregels handelde.¹⁷ Waar bijvoorbeeld niet op zorgvuldige wijze hoor en wederhoor heeft plaatsgehad of een onderzochte persoon niet de gelegenheid heeft gekregen andere informanten te laten horen, kan een klacht doel treffen.¹⁸ Het verdient aanbeveling dat een advocaat een onderzoek uitvoert aan de hand van een protocol.¹⁹ Dat is dan uiteraard niet vrijblijvend, zeker niet als in het onderzoeksrapport naar de toepasselijkheid van dat protocol wordt verwezen.²⁰

OPSPORINGSINSTANTIES

In 2019 meldde het OM in de toekomst vaker gebruik te willen maken van onderzoeken van advocaten die door verdachte bedrijven zelf zijn ingehuurd.²¹ Uiteraard levert afstemming of samenwerking tussen opsporingsinstanties of publieke toezichthouders en bedrijven, ondersteund door een advocaat, de overheid budgettaire voordelen op. Minister Grapperhaus stelde over het voornemen van het OM dat zelfonderzoek door bedrijven een middel is om op een zo effectief en efficiënt mogelijke wijze een complex strafrechtelijk onderzoek aan te pakken.²² Recent betoogde ook Hammerstein dat deze samenwerking een win-winsituatie op kan leveren. 'OM en advocatuur staan niet tegenover elkaar maar

bestrijden samen de misdaad, zij het ieder in zijn eigen rol en met behoud van een eigen verantwoordelijkheid ook om elkaar te blijven controleren. Mooier kunnen we het toch niet maken?²³

Eventuele twijfel over de betrouwbaarheid en transparantie van interne onderzoeken door advocaten wordt echter pregnant als opsporingsinstanties of publieke toezichthouders de uitkomsten ervan tot uitgangspunt nemen, zeker als dat resulteert in een verlaagde strafeis of transactie. De Tweede Kamer heeft in dat verband kritische belangstelling voor het onderwerp getoond. Minister Grapperhaus heeft de Kamer verzekerd dat het OM feitenonderzoeken door advocaten altijd door de FIOD zal laten controleren op diepgang en volledigheid en dat het OM dat FIOD-onderzoek zal verifiëren. Indien gepresenteerde feiten door een beroep op het verschoningsrecht niet te controleren of te verifiëren zijn, dan zal dat worden 'meegewogen in de waarde van het onderzoek'.²⁴ Blijkbaar niet echt gerustgesteld, heeft de Kamer verzocht om de praktijk te laten onderzoeken.²⁵ Dat onderzoek is opgedragen aan het WODC, dat in de loop van dit jaar de voor- en nadelen inventariseert en in zal gaan op de vraag hoe om te gaan met zelfmeldingen van bedrijven bij financieel-economische criminaliteit.²⁶ Wordt vervolgd dus.

BEZWAREN

Een zwaarwegend beroepsethisch argument tegen het verrichten van intern onderzoek in afstemming of samenwerking met opsporingsinstanties is dat een advocaat in strafzaken geen rol in de opsporing moet

willen innemen. Verdediging en opsporing zijn in een rechtsstaat gescheiden taken.²⁷ Denken advocaten zowel de belangen van de opdrachtgever als die van de staat te kunnen dienen en onderzoek te kunnen doen dat zowel partijdig als neutraal is, dan horen wij, zoals Brouwer het onlangs verwoordde, 'de kernwaarde integriteit al zachtjes kreunen'.²⁸ Je kunt nu eenmaal niet twee heren dienen. De onafhankelijkheid van de advocaat kan in de knel komen wanneer de opsporing enige zeggenschap heeft bij de wijze waarop de advocaat het interne onderzoek uitvoert. Dat zal het geval kunnen zijn als (de advocaat van) een verdachte onderneming afspraken maakt met de autoriteiten over omvang en diepgang van het onderzoek. Zo schrijft Van der Wal dat het bijna niet anders kan 'dan dat het openbaar ministerie en de FIOD instructies (of suggesties of aanwijzingen of welke bewoordingen daarvoor zullen worden gekozen) zullen geven, bijvoorbeeld over welke personen nog dienen te worden gehoord en/of welke vragen specifiek moeten worden gesteld'.²⁹ Bij afstemming met de opsporing kan bovendien het verschoningsrecht bekneld raken. Verschoningsgerechtigden zal gevraagd kunnen worden uitdrukkelijk en ondubbelzinnig afstand van het verschoningsrecht te doen³⁰, althans duidelijke afspraken vooraf te maken over (de reikwijdte van) het verschoningsrecht.³¹ Uitgangspunt is echter dat een advocaat, ook als de cliënt haar of hem uit de geheimhoudingsplicht ontslaat, steeds een eigen afweging moet maken. Een afspraak vooraf om het verschoningsrecht prijs te geven, staat haaks op dit uitgangspunt, al

helemaal omdat van tevoren ook niet duidelijk is wat het onderzoek zal kunnen opleveren.

UITBREIDING TOELICHTING GEDRAGSREGEL

De algemene raad heeft in mei van dit jaar in de toelichting op gedragsregel 2, die de onafhankelijke en partijdige rol van de advocaat betreft, verduidelijkt dat de rol van advocaten bij interne feitenonderzoeken die van partijdige belangenbehartiger is en daarbij zes specifieke aandachtspunten opgenomen, waarin hiervoor genoemde rechtspraak en bezwaren zijn te herkennen. Een advocaat mag ten eerste als interne feitenonderzoeker geen misverstand laten bestaan over de hoedanigheid en rol van partijdige belangenbehartiger, over de opdrachtgever en het doel en de reikwijdte van het onderzoek. Ten tweede moet de advocaat eventueel toepasselijke protocollen naleven en voldoende hoor en wederhoor toepassen, mede om te voorkomen dat de belangen van de wederpartij of derden nodeloos of op ontoelaatbare wijze worden geschaad. Een advocaat moet ten derde voorkomen dat een (schijn van) belangenverstremgeling optreedt, bijvoorbeeld als de advocaat of kantoorgenoten eerder zijn opgetreden in de betreffende kwestie of als zij na het onderzoek naar aanleiding daarvan voor de cliënt gaan optreden. Het vierde aandachtspunt betreft het (onbedoeld) in de openbaarheid komen van het rapport en ook de situatie dat resultaten van het feitenonderzoek direct aan een derde worden uitgebracht in plaats van (uitsluitend) aan de cliënt. Ten vijfde moet de advocaat alert zijn op het bezwaar dat een algemene afspraak ►

vooraf om het beroepsgeheim prijs te geven lastig te verenigen is met het maatschappelijke vertrouwen dat advocaten hun beroepsgeheim serieus nemen. Ten slotte waarschuwt de toelichting advocaten ervoor dat hun onafhankelijkheid in de knel kan komen doordat een derde, met name de opsporing of een toezichthouder, zeggenschap heeft of invloed uitoefent op de wijze waarop de advocaat het onderzoek uitvoert.

AFRONDING

Het doen van feitenonderzoek bij een cliënt is in veel gevallen onlosmakelijk verbonden met de klassieke advocatuurlijke werkzaamheden, advisering en bijstand in rechte. Uit de (tucht)rechtspraak zijn de nodige aandachtspunten naar voren gekomen. Het is toe te juichen dat de toelichting op de gedragsregels nu uitdrukkelijk aandacht besteedt aan de beroeps-ethische voetangels en klemmen bij

intern feitenonderzoek. Met name het verrichten van feitenonderzoek in afstemming of samenwerking met opsporingsautoriteiten is riskant, zo niet een *no-go*. Prima als een van strafbare feiten verdachte onderneming schoon schip wil maken, maar laten advocaten koersvast blijven. ■

Diana de Wolff is bijzonder hoogleraar advocatuur aan de Universiteit van Amsterdam en specialist arbeidsrecht bij Stadhouders Advocaten in Utrecht.

NOTEN

- 1 RvD 's-Hertogenbosch 13 februari 2012, ECLI:NL:TADRSH:2012:YA2502. Een klacht van een werknemer over een dubbelrol – advocaat van de onderneming en onderzoeker – werd ongegrond verklaard. RvD Amsterdam 25 januari 2021, ECLI:NL:TADRAMS:2021:26, lijkt overigens te getuigen van de opvatting dat de advocaat een integriteitsonderzoek had verricht in een andere hoedanigheid dan die van advocaat.
- 2 HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181, r.o. 5.2-5.4.
- 3 Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248 (*Vestia*). Zie overigens voor kritiek op deze uitspraak J.T.C. Leliveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55; N. Fanoy, 'Verschoningsrecht van de advocaat: veilige haven, geen vrijplaats', *Ars Aequi* 2016, p. 89-91; A. Kristic, 'Het verschoningsrecht in de context van interne onderzoeken', *TBS&H* 2017, nr. 2, p. 76-83.
- 4 Lex van Almelo, "'Partijdig' fraudeonderzoeker doet wenkbrauwen fronsen', *Adv.bl.* 2019, nr. 3, p. 53.
- 5 Gerechtshof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1091, r.o. 2.3.10.2 (*feitenonderzoek SBM*).
- 6 Zie bijvoorbeeld <https://fd.nl/achtergrond/1336391/ho-een-mkb-er-het-gevecht-aangaat-met-de-zuidas>.
- 7 Lex van Almelo, "'Partijdig' fraudeonderzoeker doet wenkbrauwen fronsen', *Adv.bl.* 2019, nr. 3, p. 51-54.
- 8 Aldus H. Sytema, 'Fraudeonderzoek door de eigen advocaat. Tuchtrect als bescherming of beperking?', *TvSO* 2020, 3/4, p. 157-162.
- 9 Gerechtshof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1091.
- 10 Zie A.E. van der Wal, 'Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon', *TvSO* 2020, 3/4, p. 183-187.
- 11 Zie F.H.A. ter Huurne & M.J. Keuss, 'Fraude en de grenzen van zorgvuldig onderzoek', *TAP* 2012/1. Zie ook H.J.Th. Biemond, F.C.A. Bult & A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *TAO* 2013, p. 10-19.
- 12 Dit speelde in HvD 7 december 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:252 en leidde tot oplegging van een berisping.
- 13 Huis voor Klokkenluiders, *Integriteit in de praktijk – intern onderzoek*, Utrecht april 2020, p. 18. In M. Velthuis, 'Medewerking door ondernemingen aan een strafrechtelijk onderzoek', *TBS&H* 2020, nr. 3, p. 94-101, komt een Duits wetsvoorstel ter sprake op basis waarvan een advocaat niet én het onderzoek kan uitvoeren én de verdediging kan voeren.
- 14 Vgl. D. Emmelkamp, 'Interviews in interne onderzoeken vanuit advocatuurlijk perspectief', *TBS&H* 2020, p. 114-119.
- 15 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276. Zie hierover ook J.T.C. Leliveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55.
- 16 Zie daarover in kritische zin C. Raat bij HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181, *Jurisprudentie voor gemeenten* 2020, 1.
- 17 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276 (*NS*); HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181 (*gemeente R.*); HvD 7 december 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:252.
- 18 HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181.
- 19 Zie voor inspiratie Institute for Financial crime, *Aandachtspunten intern onderzoek*, Den Haag 2019; https://www.nba.nl/globalassets/wet-en-regelgeving/nba-handreikingen/nba-handreiking_1112_persoonsgerichte_onderzoeken.pdf. Zie ook M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corruptie compliance; wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4.
- 20 Dit speelde in HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181.
- 21 J. Polman, 'Justitie laat fraudeonderzoek vaker over aan advocaten van bedrijven zelf', *FD* 4 juni 2019. Uitvoeriger hierover M. Velthuis, 'Medewerking door ondernemingen aan een strafrechtelijk onderzoek', *TBS&H* 2020, nr. 3, p. 94-101.
- 22 Zie Antwoorden op Kamervragen van Van Nispen (SP) en Groothuizen (D66), ingezonden 6 juni 2019, nr. 2019Z11430.
- 23 A. Hammerstein, 'Onafhankelijk onderzoek door advocaten naar fraude in bedrijven(?)', *Ondernemingsrecht* 2020/125.
- 24 Zie Antwoorden op Kamervragen van Van Nispen (SP) en Groothuizen (D66), ingezonden 6 juni 2019, nr. 2019Z11430.
- 25 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 753, nr. 207.
- 26 WODC, *Onderzoeksprogrammering 2021, eerste tranche*, <https://www.wodc.nl/onderzoek-in-uitvoering/documenten/jaarplannen/2021/02/23/onderzoeksprogrammering-2021-1e-tranche>.
- 27 Zie onder meer de opvatting van Petra van Kampen daarover, <https://www.advocatenblad.nl/2019/11/07/partijdige-advocaat-ter-discussie-in-gerbrandydebat/>.
- 28 D.V.A. Brouwer, 'Enkele gedachten over de raadsman die ten behoeve van de opsporing onderzoek verricht', *TvSO* 2020, 3/4, p. 178-182.
- 29 A.E. van der Wal, 'Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon', *TvSO* 2020, 3/4, p. 183-187.
- 30 M. Altena & R.P.A. Kraaijeveld, 'Zelfonderzoek vanuit toezichhoudersperspectief', *TvSO* 2020, 3/4, p. 124-130.
- 31 P. van Leusden, 'Zelfonderzoek: enige nuancering', *TvSO* 2020, 3/4, p. 120-123.