

72. Van intern onderzoek tot strafprocedure – een praktische beschouwing

MR. M.A.M. VERVELD-SUIJKERBUJK EN MR. A.J.P. TILLEMA

Inleiding

Strafzaken beginnen soms zo. Op een (niet zelden) ongelegen tijdstip informeert een werknemer de vertrouwenspersoon van een onderneming dat hij uit onbekende bron heeft vernomen dat een collega contant geld heeft aangenomen in verband met een grote aanbesteding door de onderneming. Een grote hoeveelheid vragen speelt vanaf dat moment binnen de onderneming: wat te doen, wie te informeren en in welke volgorde? Dit artikel biedt een beknopte handleiding voor dergelijke situaties en beschrijft tevens een aantal zaken die vóórdat sprake is van een gemelde misstand moeten worden geregeld binnen de onderneming. Actuele ontwikkelingen, zoals het Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, het als consultatiedocument gepresenteerde adviesrecht van benadeelde partijen, het Project 'Niet-Melders' en actuele jurisprudentie worden besproken. Het artikel eindigt met de aangifte, alhoewel die er lang niet altijd komt, en de rechten die een benadeelde onderneming heeft indien het tot een strafprocedure komt.

Klokkenluidervoorziening

Een misstand kan binnen een onderneming op uiteenlopende wijzen aan het licht komen. Eén daarvan is een melding vanuit de onderneming zelf, een klokkenluidersmelding. De klokkenluider wordt door ondernemingen in Nederland, anders dan in sommige andere Europese landen,¹ niet zelden als een bedreiging gezien. Het woord 'klokkenluider' heeft een negatieve connotatie. Zolang klokkenluiders echter weten hoe en waar zij een misstand binnen een onderneming kunnen melden en daarin ook worden gehoord, kunnen zij echter veel betekenen voor een onderneming. Voordelen zijn bijvoorbeeld een vroegtijdige signalering van misstanden,

toegang tot essentiële informatie, het voorkomen van lekken en het voorkomen van civiele, strafrechtelijke en/of bestuursrechtelijke procedures met bijbehorende kosten.² Indien klokkenluiders binnen de onderneming geen ruimte krijgen, bestaat het risico dat informatie via bijvoorbeeld de pers naar buiten worden gebracht. Sinds 1 oktober 2012 kan een klokkenluider terecht bij het Adviespunt Klokkenluiders voor ondersteuning en advisering.

Om een voorziening te bieden voor het intern melden van misstanden beschikken diverse ondernemingen over een klokkenluidersregeling. De Stichting van de Arbeid heeft een model klokkenluidersregeling gepubliceerd dat als uitgangspunt voor zo'n regeling kan worden gebruikt.³ In algemene zin bestaat geen wettelijke plicht een klokkenluidersregeling te implementeren. Op dit moment zijn slechts beursgenoteerde ondernemingen verplicht een klokkenluidersregeling op te stellen en op de website van de onderneming te plaatsen.⁴ Voor financiële ondernemingen is verder relevant dat de voorgestelde herziene bankenrichtlijn⁵ banken en beleggingsondernemingen zal verplichten een meldpunt in te stellen dat bescherming moet bieden aan werknemers die overtredingen melden.⁶

Naar verwachting wordt het regulerende kader in de nabije toekomst verruimd. Het initiatiefwetsvoorstel Huis voor klokkenluiders verplicht alle ondernemingen met ten minste vijftig werknemers een procedure vast te stellen voor het omgaan met het melden van een vermoeden van een misstand

1 In het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld kent de klokkenluider een sterke positie, onder meer door de inzet van Public Concern at Work (<http://www.pcaw.org.uk/>) sinds 1993.

2 Zie voor dergelijke observaties Public Concern at Work and British Standards Institution, *Whistleblowing arrangements, Code of Practice*, opvraagbaar via [www.http://www.pcaw.org.uk/](http://www.pcaw.org.uk/), p. 1.

3 Stichting van de Arbeid, Verklaring inzake het omgaan met vermoedens van misstanden in ondernemingen, 3 maart 2010, publicatienummer 1/10.

4 Art. II.1.7. Corporate Governance Code.

5 Richtlijn 2013/36/EU.

6 Art. 71 Richtlijn 2013/36/EU.

binnen de organisatie.⁷ Het wetsvoorstel voorziet in de oprichting van een zogenaamd Huis voor klokkenluiders – een wat wonderlijke benaming⁸ – een onderdeel van de Nationale Ombudsman waar klokkenluiders, na eerst een interne melding te hebben gedaan,⁹ een melding van een vermoeden van een misstand¹⁰ kunnen doen.¹¹ Ook kan een klokkenluider verzoeken een onderzoek in te stellen naar een misstand.¹² Uit het wetsvoorstel blijkt niet precies wat de rechten en plichten zijn van personen (zoals werkgevers en werknemers) betrokken bij het onderzoekswerk van het Huis voor klokkenluiders.¹³ Het Huis voor klokkenluiders kan naar aanleiding van verricht onderzoek aanbevelingen doen aan de werkgever.¹⁴

Het wetsvoorstel bevat voor het Huis voor klokkenluiders en het Openbaar Ministerie een verplichting in een

Op dit moment zijn slechts beursgenoteerde ondernemingen verplicht een klokkenluidersregeling op te stellen en op de website van de onderneming te plaatsen

protocol afspraken te maken over samenwerking en informatie-uitwisseling. Het samenwerkingsprotocol dient onder meer te regelen hoe te handelen als beide onderzoek doen naar hetzelfde voorval.¹⁵ Door die samenwerking kan de situatie ontstaan dat informatie die door een werknemer of werkgever op vrijwillige basis aan het Huis voor klokkenluiders wordt gegeven, wordt gedeeld met het Openbaar Ministerie. Hoewel de rapporten van het Huis niet als bewijs in rechtsgedingen mogen worden gebruikt,¹⁶ heeft het Openbaar Ministerie dan de beschikking over

vertrouwelijk gegeven informatie. Indien het Openbaar Ministerie een opsporingsonderzoek uitvoert naar de betrokken werknemer of werkgever kan hierdoor enige spanning ontstaan met het zwijgrecht. Als het wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders de zegen in het parlement verkrijgt, bestaat derhalve voor ondernemingen des te meer reden klokkenluiders intern hun verhaal te laten doen en meldingen naar tevredenheid af te handelen, zodat waar mogelijk een gang naar justitie wordt voorkomen.

Feitenonderzoek

Wettelijke plicht?

Een – al dan niet via een klokkenluidersmelding – aan het licht gekomen vermoeden van een misstand kan voor een onderneming reden zijn een onderzoek te doen naar de precieze feiten. Een algemene plicht nader onderzoek te verrichten, bestaat in de regel niet. Overigens kan deze plicht onder omstandigheden wel bestaan voor de externe accountant van de onderneming, indien deze van een vermoeden van fraude op de hoogte raakt.¹⁷ De noodzaak tot het doen van een intern onderzoek zal in diverse situaties voortvloeien uit op de onderneming toepasselijke wet- en regelgeving. Zo vloeit soms uit integriteitsregels en meldplichten die gelden binnen de financiële sector¹⁸ en de accountantssector¹⁹ voort dat onderzoek wordt gedaan naar een binnen de onderneming gesignaleerde of gemelde misstand. Hetzelfde geldt voor naamloze en besloten vennootschappen, waarvoor de verplichting geldt dat het bestuur de raad van commissarissen minstens jaarlijks op de hoogte stelt van algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap; om dat te kunnen doen, moet een vermoeden van fraude soms ook eerst onderzocht zijn.²⁰ Ook kan het teneinde strafrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming en feitelijk leidinggevers te voorkomen nodig zijn een onderzoek te verrichten. In de praktijk komt ook voor dat een toezichthouder een onderneming verzoekt onderzoek uit te voeren naar een bepaald feitencomplex en daarover aan de toezichthouder te rapporteren.²¹ Naast genoemde redenen kunnen ook andere redenen bestaan over te gaan tot een feitenonderzoek. Zo kan een onderzoek nodig zijn om te beoordelen of disciplinaire maatregelen moeten worden getroffen richting bepaalde werknemers, of om een standpunt te bepalen in een juridische procedure. Het is in elk geval altijd van groot belang in het begin van het onderzoek goed vast te stellen met welk *doel* precies het onderzoek wordt ingesteld en waarvoor de resultaten zullen worden gebruikt.

7 TK 2012-2013, 33 258, nr. 6, p. 2.

8 De benaming is ook in die zin bijzonder omdat een van de beroemdste klokkenluiders van Nederland, Ad Bos, die de fraude in de bouwsector onthulde een decennium geleden, zoals bekend en niet ongebruikelijk in Nederland het niet goed verging na zijn melding. Hij eindigde naar verluid op enig moment in een stacaravan omdat hij zijn huis moest verkopen.

9 TK 2012-2013, 33 258, nr. 12, p. 1.

10 Een vermoeden van een misstand is gedefinieerd in art. 1 van het wetsvoorstel als het vermoeden van een werknemer dat binnen de organisatie waar hij werkzaam is of is geweest sprake is van een misstand voor zover (a) het vermoeden gebaseerd is op redelijke gronden, die voortvloeien uit de kennis die de werknemer bij zijn werkgever heeft opgedaan, (b) het maatschappelijk belang ernstig in het geding is bij de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu, een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten. Zie TK 2012-2013, 33 258, nr. 6, p. 2.

11 TK 2012-2013, 33 258, nr. 6, p. 2.

12 TK 2012-2013, 33 258, nr. 6, p. 3.

13 Zie ook reactie markttoezichthouders ACM, AFM, CBP, DNB, Kansspelautoriteit en NZA op Wetsvoorstel Huis voor klokkenluiders, 9 september 2013, waaruit serieuze kritiek blijkt op het voorstel, dat volgens de toezichthouders hun werk zal kunnen bemoeilijken.

14 TK 2012-2013, 33 258, nr. 6, p. 4.

15 TK 2012-2013, 33 258, nr. 15, p. 2.

16 TK 2012-2013, 33 258, nr. 15, p. 4.

17 Art. 26 lid 2 Wet toezicht accountantsorganisaties juncto art. 37 lid 1 sub a Besluit toezicht accountantsorganisaties.

18 Zie bijvoorbeeld art. 12 lid 3 Besluit prudentiële regels Wft.

19 Art. 32 lid 4 Besluit toezicht accountantsorganisaties.

20 Art. 2:141 lid 2 BW en art. 2:251 lid 2 BW.

21 Zo heeft (mede) De Nederlandsche Bank ('DNB') naar blijkt uit gepubliceerde informatie aangedrongen op onderzoek binnen Rabobank over de LIBOR-zaak. Er zijn ook diverse niet-openbare voorbeelden.

Een onderzoek ter vaststelling van de feiten rondom een misstand kan op uiteenlopende wijzen worden uitgevoerd en de meest geschikte uitvoeringswijze zal altijd afhangen van de precieze omstandigheden. Een aantal hierna te bespreken onderwerpen staat vaak centraal.

Wie voert het onderzoek uit?

Nadat het doel en de reikwijdte van een onderzoek zijn bepaald, is de eerste vraag dikwijls wie het onderzoek uitvoert. Het antwoord daarop hangt af van het soort onderzoek. Bepaalde onderzoeken kunnen uitstekend door een interne afdeling worden uitgevoerd. In de praktijk zullen afdelingen als Compliance, Risk of een aanwezige interne accountantsdienst dan de leiding dragen. Een voordeel hiervan is uiteraard de relatief beperkte kosten. Bij 'kleine' incidenten echter kan een puur intern uitgevoerd onderzoek bijvoorbeeld goed passend zijn. Soms komt echter de vraag op of bij een onderzoek dat in het geheel intern wordt uitgevoerd de vertrouwelijkheid en onafhankelijkheid voldoende kunnen worden gewaarborgd. Er is in een dergelijke situatie immers vaak sprake van een onderzoek door een werknemer naar één of meerdere collega's. Ook de mate waarin de compliance- en onderzoeksfunctie binnen een onderneming is geprofessionaliseerd, kan uiteraard een rol spelen bij de vraag wie een onderzoek het best uitvoert. Indien de afdeling die het meest geschikt is een onderzoek te doen zelf op enigerlei wijze betrokken kan zijn (geweest) bij de feiten, zal daarin normaliter een reden liggen naar 'buiten' te gaan. De slager kan niet het eigen vlees onderzoeken.

Veelal wordt bij feitenonderzoeken een advocaat ingeschakeld om het onderzoek te leiden. Een relevant voordeel daarvan kan zijn dat het onderzoek onder het verschoningsrecht van de advocaat kan worden uitgevoerd. Dat verschoningsrecht komt eveneens toe aan de advocaat in loondienst.²² Dit betekent dat correspondentie en communicatie over het onderzoek en de resultaten daarvan in beginsel niet hoeven te worden uitgeleverd aan justitie, of ter beschikking gesteld in het kader van een civiele procedure, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten waar zogenaamde 'discovery' verzoeken verstrekkend kunnen zijn. De belangrijkste reden een advocaat in te schakelen bij het uitvoeren van een feitenonderzoek zal in de regel zijn dat bij vermoedens van misstanden al snel diverse juridische dimensies opdoemen. Door het inschakelen van een advocaat kan daarmee bij het vaststellen van het doel van het onderzoek en de uitvoering daarvan rekening worden gehouden. Gespecialiseerde advocaten hebben inmiddels ook aanzienlijke ervaring met het doen van interne onderzoeken.

Als sprake is van een grote hoeveelheid documenten, cijfermatig materiaal of complexe IT-aspecten, kan vaak niet worden ontkomen aan het inschakelen van forensisch onderzoekers. Vaak zal dit een forensische accountant zijn.²³

Daarbij wordt niet zelden gebruikgemaakt van technische oplossingen die bijdragen aan een efficiënte uitvoering van het feitenonderzoek. Voor zover de forensisch accountant op uitdrukkelijke instructie van de advocaat werkt en de advocaat het noodzakelijk acht de forensisch accountant als deskundige in te schakelen om zo over de vereiste speciale deskundigheid te kunnen beschikken die hij zelf niet heeft,²⁴ vallen de werkzaamheden van de accountant onder het afgeleid verschoningsrecht van de advocaat. Een forensisch accountant heeft geen zelfstandig verschoningsrecht.

In de praktijk wordt ook vaak gekozen voor een samenwerking tussen een interne afdeling van de onderneming, een advocaat en een forensisch onderzoeker. Niet zelden is daarbij de General Counsel, of iemand in een soortgelijke positie, van de onderneming betrokken. Een goede samenwerking tussen advocaat en die persoon is in de praktijk van groot belang, mede nu de diverse krachten binnen de onderneming zich niet zelden laten gelden bij een fraude- of integriteitsonderzoek. Het is verder van belang dat rapportage plaatsvindt aan een orgaan binnen de onderneming dat niet bij de feiten is betrokken. Dat is niet zelden de raad van commissarissen, indien aanwezig.

In het bijzonder bij grootschalig feitenonderzoek is van belang bij aanvang van het onderzoek een gedegen plan van aanpak vast te stellen. Als een onderzoek op verzoek of in overleg met een toezichthouder plaatsvindt, kan nodig zijn dit plan met de toezichthouder af te stemmen. Indien

De belangrijkste reden een advocaat in te schakelen bij het uitvoeren van een feitenonderzoek zal in de regel zijn dat bij vermoedens van misstanden al snel diverse juridische dimensies opdoemen

het vermoeden bestaat dat ook andere ondernemingen bij een misstand zijn betrokken, kan worden overwogen een dergelijk plan van aanpak met hen te bespreken.

Dataonderzoek en interviews

Het eerste onderdeel van een intern onderzoek bestaat meestal uit een onderzoek naar data van werknemers beschikbaar op de werkplek, zoals documenten uit e-mailboxen en data uit andere IT-systemen. Eerste taak is

toepassing zijnde accountantsregels, zoals de Controle en Overige Standaarden, waaruit bijvoorbeeld volgt dat het beginsel van hoor en wederhoor moet worden toegepast bij het uitvoeren van persoonsgerichte onderzoeken. Voor advocaten bestaan dergelijke standaarden niet.

²⁴ HR 29 maart 1994, LJN ZC9693. Als sprake is van een afgeleid verschoningsrecht voor de accountant heeft de accountant ook geen meldplicht ingevolge de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ten aanzien van ongebruikelijke transacties die hij aantreft. Zie daarover nader B.J.V. Keupink en A.J.P. Tillema, 'Ontwikkelingen in het verschoningsrecht', in: *Ondernemingsrecht* 2013-8, p. 307-310. Deze meldplicht bestaat wel als de forensisch accountant zelfstandig te werk gaat.

²² HR 15 maart 2013, LJN BY6101.

²³ Een forensisch accountant is overigens gebonden aan op hem van

vaak vast te stellen welke data relevant kunnen zijn en zeker te stellen dat die data gedurende het onderzoek bewaard blijven. Onderzoek in de aangetroffen data is toegestaan binnen de grenzen van het arbeidsrecht en het privacyrecht.

Uit het arbeidsrecht en het beginsel van goed werkgeverschap vloeit als meest relevant aspect voort dat het onderzoek slechts mag worden verricht voor zover dit proportioneel is. Dit betekent bijvoorbeeld dat een werkgever als sprake is van een concrete verdenking richting één werknemer, niet de e-mailboxen van alle werknemers mag onderzoeken. Ook zal de werkgever zich bij het onderzoek in de e-mailbox van de betreffende werknemer moeten beperken tot een onderzoek naar de e-mails waarvan hij verwacht dat ze relevant zijn voor de vaststelling van de feiten. Het gebruik van zoektermen of het gericht zoeken via eerdergenoemde IT-oplossingen kan bijdragen aan de proportionaliteit van een onderzoek. Het arbeidsrecht bevat geen expliciete verplichting voor een werkgever een werknemer te informeren bij aanvang van een onderzoek in databestanden van de werknemer. Wel impliceert het goed werkgeverschap in de meeste situaties dat de werknemer op enig moment de gelegenheid wordt geboden het recht van wederhoor uit te oefenen.²⁵

Op basis van de Wet bescherming persoonsgegevens ('Wbp') mogen persoonsgegevens niet worden verwerkt zonder rechtmatige grondslag.²⁶ Een persoonsgegeven is elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. Een gegeven is al snel een persoonsgegeven. Het veiligstellen, onderzoeken en binnen een onderzoeksteam delen van persoonsgegevens wordt beschouwd als het verwerken van persoons-

Op basis van de Wet bescherming persoonsgegevens mogen persoonsgegevens niet worden verwerkt zonder rechtmatige grondslag

gegevens. Als grondslag voor het onderzoeken van een e-mailbox van werknemers met persoonsgegevens kan in het geval onderzoek wordt gedaan naar een misstand doorgaans worden gewezen op het gerechtvaardigd belang van de zogenaamde verantwoordelijke (in dit geval de onderneming), dat zwaarder weegt dan de eerbiediging op het recht van privacy van de betrokkene (de werknemer).²⁷ De onderneming moet een aantoonbare belangenafweging maken tussen zijn belang op het uitvoeren van het onderzoek en de privacybelangen van de betrokken werknemers. Het feit dat een onderneming in een interne gedragscode nadere voorschriften heeft opgenomen over doen van onderzoek in (e-mail)bestanden van werknemers, kan een rol spelen in het kader van deze belangenafweging.

Op basis van de Wbp gelden verder ook eisen van proportionaliteit en subsidiariteit; een onderneming mag niet meer persoonsgegevens verwerken dan noodzakelijk. Als de onderneming persoonsgegevens doorgeeft naar landen buiten de Europese Unie gelden nadere regels.²⁸

Een onderneming is voorts verplicht een verwerking van persoonsgegevens te melden bij het College bescherming persoonsgegevens ('CBP') en te allen tijde een goed beeld te hebben van de verwerkingen van persoonsgegevens die binnen de onderneming plaatsvinden.²⁹ Elke verwerking moet afzonderlijk worden gemeld; het combineren van een personeelsadministratie met een klantenbestand in één melding is bijvoorbeeld niet toegestaan.³⁰ Een van die meldingen zou betrekking moeten hebben op het onderzoeken van e-mail en overige relevante IT-systemen met het doel naleving van wet- en regelgeving door werknemers te controleren. Meldingen worden opgenomen in het openbare meldingenregister van het CBP. Door ook deze melding op orde te hebben, kan op het moment dat een misstand aan de dag komt direct worden aangevangen met het onderzoek. Hiermee wordt tevens voorkomen dat op basis van een separate melding met betrekking tot het onderzoeken van e-mail en overige relevante IT-systemen door een buitenstaander zou kunnen worden geconcludeerd dat een intern onderzoek is aangevangen.

Afhankelijk van de situatie kunnen voorafgaand, gelijktijdig of nadat een dataonderzoek is verricht interviews met werknemers worden uitgevoerd. Interviews vinden in de praktijk plaats aan de hand van opgestelde vragenlijsten, maar kunnen ook een meer open karakter aannemen. Uit het goed werknemerschap volgt dat een werknemer in beginsel verplicht is mee te werken aan een interview.³¹ In overleg met de werknemer kunnen interviews worden opgenomen of neergelegd in een verslag. Een werknemer moet, zeker bij serieuze beschuldigingen jegens hem, in de regel niet worden geweigerd een advocaat mee te nemen, indien gewenst.

Een enkele keer zal in het kader van een feitenonderzoek worden overwogen gebruik te maken van heimelijk cameratoezicht. Dat is slechts toegestaan in uitzonderlijke gevallen en niet zonder dat de ondernemingsraad of een werknemer in een individueel arbeidscontract heeft ingestemd met de mogelijkheid daartoe. Heimelijk cameratoezicht is niet toegestaan zonder dat hiervan vooraf een melding is gedaan bij het CBP.

In de regel zullen de resultaten van een intern onderzoek goed bruikbaar zijn in daarop volgende procedures (arbeidsrechtelijk, civielrechtelijk, strafrechtelijk), indien met

25 H.J.Th. Biemond, F.C.A. van de Bult en A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', in: *Tijdschrift voor arbeid & onderneming*, 1 maart 2013, p. 12.

26 Art. 8 Wbp.

27 Art. 8 sub f Wbp.

28 Art. 76 en 77 Wbp.

29 Uitzonderd zijn standaardverwerkingen genoemd in het Vrijstellingsbesluit Wbp.

30 De melding moet inzicht geven in de doeleinden van de verwerking, de personen van wie de gegevens worden verwerkt, de soort gegevens, de ontvangers en de beveiliging van de gegevens.

31 Zie hierover nader H.J.Th. Biemond, F.C.A. van de Bult en A.P.P. Witteveen, 'De positie van de werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, maart 2013, pag. 10-19.

uitgangspunten zoals hiervoor besproken rekening wordt gehouden. Zo werd in jurisprudentie naar aanleiding van intern onderzoek gedaan door ABN AMRO in de zogenaamde Sarphatistraat-zaak geoordeeld dat bewijs voortvloeiend uit vrijwillige verklaringen van werknemers in het kader van een intern onderzoek van de bank niet onrechtmatig was verkregen en derhalve niet behoefde te worden uitgesloten van bewijsoverlevering.³²

Rapportage

De wijze waarop en aan wie wordt gerapporteerd, zal van situatie tot situatie variëren. Als het wenselijk is dat de uitkomsten van het onderzoek worden gebruikt als bewijs in een procedure of ter onderbouwing van een interne maatregel, zal gekozen worden voor een schriftelijke rapportage. Indien de angst bestaat dat de uitkomsten van een onderzoek worden betrokken bij een strafrechtelijke of civiele procedure, zal soms een mondelinge of heel bondige rapportage de voorkeur hebben. In een puur Nederlandse situatie zal dit laatste niet snel het geval zijn als de rapportage onder het (afgeleid) verschoningsrecht valt en derhalve intern kan worden gehouden. In de praktijk zien wij echter dat in het bijzonder buitenlandse toezichthouders soms verwachten dat ook stukken die onder het verschoningsrecht vallen met de toezichthouder worden gedeeld. Het zal duidelijk zijn dat een verplichting daartoe niet bestaat. Ook komt voor dat reeds aan het begin van het onderzoek uitgebreid overleg plaatsvindt met een betrokken toezichthouder, zoals DNB of de AFM, en dat vooraf duidelijk is dat het op te leveren rapport ook naar hen toe gaat.

Aangifte en meldplicht

Als het onderzoek is afgerond, rijst de vraag wat te doen met de resultaten, in het bijzonder indien daaruit strafbare feiten blijken. Een aangifteplicht bestaat in Nederland slechts voor een beperkt aantal ernstige misdrijven, zoals een misdrijf tegen de veiligheid van de Staat of een misdrijf tegen het leven gericht.³³ Ook geldt een aangifteplicht voor ambtenaren en openbare colleges.³⁴ Van een aangifteplicht zal naar verwachting bij misstanden die binnen een onderneming plaatsvinden niet snel sprake zijn. Een onderneming is uiteraard, tenzij sprake is van een valse of onrechtmatige aangifte, wel bevoegd aangifte te doen van een vermoeden van een strafbaar feit. De onderneming doet er echter verstandig aan alvorens over te gaan tot een aangifte, een gedegen analyse te maken van mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming zelf, via het leerstuk van de toerekening, dan wel van strafrechtelijke aansprakelijkheid van mogelijke feitelijk leiding- of opdrachtgevers. Een aangifte kan soms een goed idee zijn als de onderneming met voor haar beschikbare onderzoeksmiddelen niet verder komt; justitie heeft verregaande

opsporingsbevoegdheden. Ook is mogelijk dat een onderneming gezien haar positie in een gereguleerde markt en de bevindingen van een onderzoek een aangifte moeilijk achterwege kan laten. Een nadeel van het doen van een aangifte is dat een onderneming als gevolg daarvan de controle over een onderzoek verliest. Ook (negatieve) media-aandacht kan een bijkomend nadeel zijn van het doen van aangifte.

Binnen een divers aantal gereguleerde sectoren geldt wel een meldplicht voor situaties die een bedreiging vormen voor de integriteit of continuïteit van de onderneming. Zo geldt voor financiële ondernemingen, zoals banken, dat zij over procedures en maatregelen dienen te beschikken om de integriteit te waarborgen en bestaat een verplichting incidenten die een ernstig gevaar vormen voor de integere bedrijfsvoering te melden aan de toezichthouder. Ook de

Een aangifteplicht bestaat in Nederland slechts voor een beperkt aantal ernstige misdrijven, zoals een misdrijf tegen de veiligheid van de Staat of een misdrijf tegen het leven gericht

Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ('Wwft') kent een meldplicht, voor uiteenlopende instellingen, indien sprake is van een transactie die aanleiding geeft te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of het financieren van terrorisme.³⁵ Van een vermoeden van witwassen kan al snel sprake zijn. Omdat sprake is van een onverwijld meldplicht,³⁶ zal een Wwft-melding niet altijd kunnen wachten totdat een intern onderzoek volledig is afgerond.

Niet-naleving van meldplichten in sectorale wet- en regelgeving is strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten, of beboetbaar op grond van de betreffende regelgeving. Toezichthouders zien in toenemende mate toe op de naleving van meldplichten. Een voorbeeld hiervan is het project 'Niet-Melders',³⁷ een project van FIOD, de Nationale Recherche, de Financial Intelligence Unit Nederland, het Bureau Financieel Toezicht, de Belastingdienst Holland Midden/Unit MOT en het Openbaar Ministerie dat ziet op een betere naleving van de Wwft-meldplicht. In het kader van dit project werd op 21 oktober 2013 door de Rechtbank Den Haag in een viertal zaken boetes opgelegd wegens de niet-naleving van de Wwft-meldplicht, aan onder meer een autohandelaar en een handelaar in boten en trailers.³⁸ Ook andere toe-

35 Art. 16 Wwft.

36 Art. 16 Wwft.

37 Zie recente activiteiten in dit verband <http://www.om.nl/@161598/fiod-politie-pakken/>.

38 Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13981, Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13982, Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13983 en Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13969. In deze vier uitspraken werd overwogen dat de verdachten door het niet naleven van de meldplicht de over-

32 Rb. Amsterdam 21 december 2001, LJN AD8007.

33 Art. 160 Sv.

34 Art. 162 Sv.

zichthouders zien nauwlettend toe op naleving van de meldplicht.³⁹

Ook als geen sprake is van een meldplicht kan uiteraard worden overwogen overleg met de toezichthouder aan te gaan over een vermoeden van een misstand. In bepaalde situaties kan dit leiden tot een zekere *credit*, die zich later kan vertalen in een lagere sanctie of mildere maatregel. Hetzelfde geldt voor overleg met het Openbaar Ministerie. In Nederland is men wat dat betreft nog niet zo ver als in de Verenigde Staten, waar justitie in de *Federal Sentencing Guidelines*⁴⁰ gedetailleerde richting heeft gegeven aan hoe samenwerking met justitie iets kan opleveren, zoals strafvermindering.⁴¹

Rechten van een benadeelde onderneming in een strafprocedure

Als een onderneming schade heeft geleden als gevolg van een in een intern onderzoek geconstateerd strafbaar feit dat onder de aandacht van het Openbaar Ministerie is gebracht, komen haar in het strafrecht diverse bevoegdheden toe.

Vordering benadeelde partij/schadevergoedingsmaatregel

Als een onderneming rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, kan deze zich ter zake van haar vordering tot schadevergoeding voegen als benadeelde partij in het strafproces.⁴² De onderneming zendt hiertoe voor de aanvang van de terechtzitting aan de officier van justitie een opgave van de inhoud van de vordering en de gronden waarop deze berust. Ook voeging ter terechtzitting is mogelijk, maar als sprake is van een gecompliceerde vordering verdient het de voorkeur een vordering voor aanvang van de terechtzitting aan de officier van justitie toe te zenden.

Een vordering benadeelde partij wordt slechts behandeld als de behandeling daarvan naar het oordeel van de

Een vordering benadeelde partij wordt slechts behandeld als de behandeling daarvan naar het oordeel van de rechtbank geen onevenredige belasting van het strafgeding oplevert

rechtbank geen onevenredige belasting van het strafgeding oplevert.⁴³ Als civielrechtelijke vragen ten aanzien van aan-

sprakelijkheid voor schade te gecompliceerd zijn, zal een strafrechter de vordering niet-ontvankelijk verklaren. In dat geval is de onderneming aangewezen op de civiele rechter. Een vordering benadeelde partij kan verder alleen worden toegewezen als sprake is van een veroordeling.⁴⁴ Als een vordering benadeelde partij wordt toegewezen, kan een schadevergoedingsmaatregel worden opgelegd, voor zover de verdachte jegens het slachtoffer naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade die door het strafbare feit is toegebracht.⁴⁵

Strafdossier

Naast voornoemde rechten heeft een onderneming als slachtoffer het recht aan de officier van justitie te verzoeken stukken toe te voegen aan het strafdossier⁴⁶ en kennis te nemen van het strafdossier.⁴⁷ Een onderneming kwalificeert als slachtoffer voor zover zij als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden. Ook bestaat dan een recht desgevraagd geïnformeerd te worden over aanvang en voortgang in de zaak, de vervolgingsbeslissing en voortgang van vervolging, datum en het tijdstip van de terechtzitting en van de eindspraak in de strafzaak.⁴⁸ Een onderneming kan de inhoud van het strafdossier gebruiken bij het eventueel treffen van disciplinaire of civiele maatregelen. Tot slot kan een (vertegenwoordiger van een) onderneming als getuige worden gehoord en op die manier informatie toevoegen aan het strafdossier.

Verbetering positie benadeelde partij

Op dit moment wordt nagedacht over het verbeteren van het schadeverhaal door benadeelde partijen, via zowel het strafrecht als het civiele recht.⁴⁹ Het spreekrecht geldt vooralsnog slechts voor de in art. 51e Wetboek van Strafvordering ('Sv') genoemde misdrijven, waaronder misdrijven met een wettelijke strafbedreiging van minimaal acht jaar en misdrijven als mensenhandel, bezit kinderpornografie, afdreiging en dood door schuld. Gelet op de doelstellingen van het spreekrecht (herstel van emotionele schade en erkenning van het slachtoffer, maar ook informatieverschaffing en speciale en generale preventie) is opvallend dat het spreekrecht niet bestaat als sprake is van misdrijven als oplichting en computercriminaliteit; misdrijven die tot schade aan een onderneming kunnen leiden. Het slachtoffer wordt, zo is de bedoeling, een belangrijkere deelnemer in het strafproces, een adviseur over het bewijs, de kwalificatie

heid de mogelijkheid hebben ontnomen zicht te krijgen op geldstromen die kunnen duiden op criminaliteit en om achterliggende strafbare feiten op te sporen.

39 Zie ter illustratie Rb. Rotterdam 18 november 2010, LJN BO4708 en Rb. Rotterdam 28 april 2008, LJN BD1896 en bijvoorbeeld *Nieuwsbrief AFM beleggingsinstellingen 2012* via www.afm.nl.

40 Zie voor de guidelines zoals geldig vanaf 1 november 2013 www.ussc.gov/index.cfm.

41 Par. 8C2.5(f)(2) *Federal Sentencing Guidelines* 2013.

42 Art. 51f lid 1 Sv.

43 Art. 361 lid 3 Sv.

44 Of als door de rechter bij de strafoplegging rekening is gehouden met een strafbaar feit dat niet is ten laste gelegd, waarvan in de dagvaarding is meegedeeld dat het door de verdachte is erkend en ter kennis van de rechtbank wordt gebracht dan wel jegens wie een strafbeschikking is uitgevaardigd. Art. 361 lid 2 Sv. Zie WODC, *Naar een tweefasenproces?*, 2013, p. 48.

45 Art. 36f lid 2 Wetboek van Strafrecht.

46 Art. 51b lid 2 Sv.

47 Art. 51b lid 1 Sv.

48 Art. 51a lid 3 Sv.

49 TK 2012-2013, 33 552, nr. 2 en WODC, *Naar een tweefasenproces?*, 2013, p. 49.

van het feit en de gewenste straf of maatregel.⁵⁰ Nu aan het spreekrecht een adviesrecht wordt gekoppeld, is wenselijk dat het spreekrecht een ruimere toepassing krijgt.

Beklag tegen niet (verdere) vervolging

Het Openbaar Ministerie kan niet altijd prioriteit geven aan vervolging van strafbare feiten waarvan aangifte is gedaan. Indien wordt besloten een strafbaar feit niet te vervolgen, of de vervolging daarvan niet voort te zetten, kan de onderneming daarover schriftelijk beklag doen bij het gerechtshof, voor zover zij rechtstreeks belanghebbende is bij de vervolging van de verdachte.⁵¹ Een onderneming kwalificeert bijvoorbeeld als rechtstreeks belanghebbende als zij materiële schade heeft geleden als gevolg van het strafbare feit gepleegd binnen of in verband met haar onderneming. Het hof beoordeelt vervolgens of (verdere) vervolging had moeten plaatsvinden en kan die bevelen.⁵² Het hof mag een vervolgingsbevel weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend.⁵³ Een geringe researchcapaciteit is echter in beginsel geen grond om niet tot vervolging over te gaan.⁵⁴

Slotopmerking

Ondernemingen worden vaker geconfronteerd met strafbare feiten waarbij werknemers zijn betrokken en onderzoeken dat ook steeds vaker zelf. Het is zaak om zowel bij de beslissing omtrent het doen van een intern onderzoek als het doen van aangifte zich goed rekenschap te geven van

Het Openbaar Ministerie kan niet altijd prioriteit geven aan vervolging van strafbare feiten waarvan aangifte is gedaan

het doel van het onderzoek en een eventuele aangifte. Een eenmaal uitgebracht onderzoeksrapport gaat niet meer weg en is opvraagbaar; een eenmaal gedane aangifte betekent dat de onderneming de controle verliest. Een fraudemelding of een constatering van interne fraude dient om die reden steeds te leiden tot een opschaling binnen de onderneming naar het juridische niveau en vervolgstappen moeten steeds weloverwogen worden genomen.

50 Consultatiedocument Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces en wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter uitbreiding van de mogelijkheid van uitkeuring aan nabestaanden, 3 oktober 2013, p. 17.

51 Art. 12 lid 2 Sv.

52 Art. 12i lid 1 Sv.

53 Art. 12i lid 2 Sv.

54 Hof's-Hertogenbosch 25 september 2002, NJ 2002, 605.

Over de auteur

Marrit Verveld-Suijkerbuijk en Arjen Tillema zijn als advocaat werkzaam bij NautaDutilh N.V. Arjen Tillema is redactielid van dit tijdschrift.