

Intern onderzoek door advocaten

Ergo, gericht onderzoek door deskundigen in vertrouwen

mr. J.F. Rense en mr. E.R. van Rhijn¹

Intern onderzoek door advocaten is geen novum meer. Sinds meer dan een decennium wordt deze van origine Amerikaanse onderzoekspraktijk ook in Nederland gevoerd, en met succes: steeds meer ondernemingen zien er het nut van in om zelf schoon schip te maken in geval van non-compliance of op zo'n manier compliance na te streven. Ook het Openbaar Ministerie ziet hier de voordelen van en wil in de toekomst vaker gebruikmaken van fraude- en corruptieonderzoek door advocaten die door verdachte bedrijven zelf zijn ingehuurd, zo kopte Het Financieel Dagblad (FD) in juni 2019.² Logisch, zo zouden wij zeggen; natuurlijk maakt het Openbaar Ministerie gebruik van de haar aangereikte onderzoeksresultaten, als dat haar verder helpt en zij (voldoende geverifieerd en gecontroleerd) tevreden is met die resultaten.

Onder andere naar aanleiding van dit bericht laaide toch wederom de discussie op of deze praktijk wel wenselijk zou zijn. Goed beschouwd, uiteindelijk toegespitst op uiteenlopende aspecten die raken aan de kern van de advocatuur en kritische kanttekeningen daarbij: kan een advocaat die de belangen van zijn of haar cliënt in acht dient te nemen wel onafhankelijk onderzoek doen? Staat de partijdigheid van een advocaat waarheidsvinding in de weg? Is een advocaat deskundig genoeg om een dergelijk onderzoek uit te voeren? En zo zijn er ook nog andere punten van discussie die de revue passeren. In dit artikel bespreken wij deze (recente) commotie en kritiekpunten in het licht van de kernwaarden en kwaliteiten van advocaten, en de waarborgen die zij bieden. Wij werpen tevens een blik op de toekomst: is nadere regulering nodig en wenselijk, of staan er al voldoende piketpalen? Om, tot slot, te pleiten voor een meer genuanceerde discussie op dit vlak, gericht op constructieve oplossing van reële problemen en complexiteiten op het gebied van (internationale) financieel-economische compliance.

1. Politieke commotie rondom intern onderzoek door advocaten

Politiek Den Haag maakt zich zorgen over zogenoemd 'zelfonderzoek'. In juni 2020 dienden twee Tweede Kamerleden een motie in om de voor- en nadelen daarvan te onderzoeken, meer specifiek of de autoriteiten dergelijke onderzoeken kunnen gebruiken en of regulering nodig is:

*'De Kamer,
Gehoord de beraadslaging,
Constaterende dat de Minister bij onderzoek naar (financieel-economische) criminaliteit van bedrijven vaker gebruik wil maken van onderzoek dat wordt uitgevoerd door advocaten*

*die zijn ingehuurd door de betrokken bedrijven zelf,
Overwegende dat dit zogenaamde 'zelfonderzoek' risico's met zich mee brengt,
Roept de regering op de voor- en nadelen van zelfonderzoek onafhankelijk te laten onderzoeken en daarbij, onder andere, mee te nemen de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van de resultaten van dergelijk 'zelfonderzoek' voor opsporingsinstanties en het Openbaar Ministerie en de vraag op welke wijze dit 'zelfonderzoek' zou kunnen worden gereguleerd,
En gaat over tot de orde van de dag.
Groothuizen Van Nispen³*

De motie werd aangenomen.⁴

1. Mr. J.F. Rense en mr. E.R. van Rhijn zijn advocaten bij NautaDutilh in Rotterdam. Mr. T. Caylak heeft hen enorm geholpen en ondersteund bij *research* voor deze publicatie; dank daarvoor!
2. J. Polman, 'Justitie laat fraudeonderzoek vaker over aan bedrijven zelf', *FD* 4 juni 2019.

3. Motie Groothuizen en Van Nispen d.d. 30 juni 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 31753, nr. 207.
4. Tweedekamer.nl/kamerstukken/moties. Zie verder hierover: J. Polman, 'Kamer eist onderzoek naar aanpak wittenboordencriminaliteit', *FD* 5 juli 2020.

Waar komen de zorgen van de Tweede Kamer op neer? Aan de zorgen van de Tweede Kamerleden is op verschillende momenten gedurende het afgelopen jaar uiting gegeven.

Ongeveer een jaar geleden werd om te beginnen als kernvraag aan de orde gesteld, waarom de autoriteiten gebruik zouden maken van eigen onderzoek van 'frauderende bedrijven', nota bene 'onderzoek door advocaten die door [hen] zelf worden ingehuurd'. Dient dat de waarheidsvinding, rechtvaardigheid en rechtsstaat? Leidt dat niet tot klasjustitie en het aanbevelen van WC-Eend door WC-Eend?

*'Wat de SP betreft, moeten we witteboordencriminelen juist harder aanpakken en bestraffen in plaats van fraude en corruptie met de mantel der liefde bedekken.'*⁵

Er volgde een lijst met vragen waarin naar de wenselijkheid van het gebruik van dergelijke onderzoeken wordt gevraagd en of het eigenlijk wel om bekwame onderzoekers gaat. Hoe worden de onderzoeksbevindingen gecontroleerd en geverifieerd? Zouden 'frauduleuze en corrupte bedrijven' al doende worden beloond en zouden er richtlijnen en eisen voor dergelijke onderzoeken moeten gelden? Wat is de rol van verschoningsrecht en onafhankelijkheid?⁶

Meer recent volgden opnieuw Kamervragen, nu met een duidelijk voorschot op risico's van dergelijk 'zelfonderzoek':

'Erkent u dat er grote risico's zitten aan dit soort zelfonderzoek, tenminste het risico dat de beschuldigde rechtspersoon zichzelf probeert vrij te pleiten middels onderzoek door eigen advocaten, waarbij mogelijk niet de volledige waarheid op tafel komt, doordat bijvoorbeeld geen adequate hoor en wederhoor plaatsvindt, en mogelijk zelfs de schuld in de schoenen van anderen geschoven kan worden?'

*Ziet u ook dat, gelet op de omstandigheid dat advocaten een vertrouwensrelatie met hun cliënten hebben en dan ook per definitie partijdig zijn, dit op gespannen voet kan staan met waarheidsvinding, omdat bedrijven en hun bestuurders juist schadelijke publiciteit willen vermijden, en dat het dan ook onwenselijk is dat het OM fraudeonderzoek overlaat aan de te onderzoeken partij zelf?'*⁷

5. Vragenuur Tweede Kamer: Vragen Van Nispen d.d. 4 juni 2019 over het bericht dat Justitie vaker het fraudeonderzoek overlaat aan advocaten van bedrijven zelf (*Handelingen II* 2019/20, nr. 88, item 4).

6. Kamervragen Van Nispen en Groothuizen (2019Z11430) d.d. 6 juni 2019 over het bericht dat bedrijven feitenonderzoek kunnen doen naar fraude en corruptie.

7. Kamervragen Van Nispen en Groothuizen (2020Z04460) d.d. 6 maart 2020 over de betrouwbaarheid en volledigheid van zelfonderzoek door eigen

In de krant gingen de vooronderstellingen van de Kamerleden nog iets verder:

*'Hierbij laat het verdachte bedrijf de veronderstelde fraude of corruptie onderzoeken door advocaten die door het bedrijf zelf zijn ingehuurd. Hun onderzoeksrapport wordt overhandigd aan het Openbaar Ministerie (OM), dat daarop eventuele vervolging en afdoening baseert. Zo ligt het risico op de loer dat het OM zich baseert op partijdig en zelfs misleidend onderzoek. (...) Advocaten zijn immers bij wet verplicht om te handelen in het belang van hun cliënt en dienen daarin partijdig te zijn. Dit maakt hun rol moeilijk verenigbaar met die van onafhankelijk, objectief onderzoeker. Als de bedrijfstop wetenschap had van fraude, kan van een advocaat niet worden verwacht dat hij hierop de nadruk legt in het zelfonderzoeksrapport. Bovendien leidt een al te kritische blik op de opdrachtgever misschien niet tot een vervolgoopdracht.'*⁸

Opnieuw werden Kamervragen gesteld, steeds meer gericht op de rol van (juist) advocaten in zelfonderzoeken, (mede) in vergelijking tot accountants. Kunnen advocaten objectief onderzoek doen of zou er sprake zijn van 'perverse financiële prikkels' en afhankelijkheid van advocatenkantoren van een onderzoekspraktijk?⁹

Ondanks herhaalde genuanceerde en gerichte beantwoording van de vragen door de Minister van Justitie en Veiligheid, die, kort gezegd, uitlegt dat medewerking aan strafrechtelijke onderzoeken onder andere kan gebeuren door eigen bevindingen en onderzoeksresultaten (nota bene, niet alleen van advocaten, maar ook van andere onderzoekers, zoals forensisch accountants) te delen, waarmee efficiencyvoordelen voor de autoriteiten en overheid zijn te behalen, maar die altijd worden getoetst en geverifieerd door die autoriteiten (ook wat betreft scope, diepgang en onafhankelijkheid), terwijl advocaten als onderzoekers zich dienen te houden aan de voor hen geldende beroeps- en gedragsregels¹⁰,

advocaten en bedrijven.

8. M. Groothuizen en M. Van Nispen, 'Fraudeonderzoek door eigen advocaat vergoot risico op misleiding OM', *FD* 9 juni 2020.

9. Kamervragen Groothuizen en Van Nispen d.d. 14 mei 2020 over de wenselijkheid van zelfonderzoek in fraudeonderzoeken (kenmerk: 2020Z08675).

10. Vragenuur Tweede Kamer: Vragen Van Nispen d.d. 4 juni 2019 over het bericht dat Justitie vaker het fraudeonderzoek overlaat aan advocaten van bedrijven zelf (*Handelingen II* 2019/20, nr. 88, item 4); Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid: Antwoorden op Kamervragen over het bericht dat bedrijven feitenonderzoek kunnen doen naar fraude en corruptie d.d. 6 september 2019 (kenmerk: 2662527); Antwoord van de Minister van Justitie en Veiligheid op vragen Van Nispen en Groothuizen over de betrouwbaarheid en volledigheid van zelfonderzoek door eigen advocaten en bedrijven d.d. 8 april 2020 (*Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 2403); Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid met antwoord op vragen Groothuizen

werd de eerdergenoemde motie ter stemming ingebracht en door de Tweede Kamer aangenomen.¹¹ De Tweede Kamer verlangt een onafhankelijk onderzoek naar onderzoek door advocaten en het gebruik daarvan in onderzoek naar en vervolging van financieel-economische criminaliteit. Wat zijn de voor- en nadelen van zelfonderzoek, is dat onderzoek bruikbaar en betrouwbaar en hoe zou dat kunnen worden gereguleerd, zo vraagt de Tweede Kamer.¹²

2. Accountants preken voor eigen parochie

Forensisch accountants reageerden maar wat graag op de 'goede vragen' van de Tweede Kamer. Advocaten zijn 'inderdaad niet onafhankelijk' en leveren naar verluidt 'te gekleurde' onderzoeken af.¹³ Dat neemt overigens niet weg dat het fenomeen 'zelfonderzoek' wel door accountants wordt gesteund. Het is een realistisch alternatief in de noodzaak tot controle en onderzoek, en ondertussen nota bene een specialisatie van accountants:

*'Forensisch accountants kunnen én willen fraude ontdekken. Hiervoor hanteren zij toetsbare regels die bijdragen aan betrouwbaarheid. (...) Daarmee is een specialisatie ontwikkeld, waarbij kennis en vaardigheden zijn ingebed in de belangrijke rol die de accountant in de samenleving speelt: vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer.'*¹⁴

Niet alleen de rechter wordt gediend, maar ook de aandeelhouders, verzekeraars en de controlerend accountant. Zo'n zelfonderzoek hoeft uiteindelijk niet te worden gedeeld met het OM of anderen. Dat staat op gespannen voet met het nemo-tenetur beginsel.¹⁵

'Maar als het onderzoek van de forensisch accountant door de advocaat wordt gedeeld dan kan het OM er op vertrouwen dat zij de schikingsonderhandeling ingaat op basis van be-

en Van Nispen over de wenselijkheid van zelfonderzoek in fraudeonderzoeken d.d. 19 juni 2020 (kenmerk: 2912123).

11. Motie Groothuizen en Van Nispen d.d. 30 juni 2020, Kamerstukken II 2019/20, 31753, nr. 207.
12. Motie Groothuizen en Van Nispen d.d. 30 juni 2020, Kamerstukken II 2019/20, 31753, nr. 207; Tweedekamer.nl/kamerstukken/moties en J. Polman, 'Kamer eist onderzoek naar aanpak wittenboordencriminaliteit', FD 5 juli 2020.
13. M. Rijssenbeek en G. Lenting, 'Van geriefelijk naar betrouwbaar feitenonderzoek, Een reactie op recente kamervragen', blog te raadplegen via deloitte.com.
14. M. Rijssenbeek en G. Lenting, 'Van geriefelijk naar betrouwbaar feitenonderzoek, Een reactie op recente kamervragen', blog te raadplegen via deloitte.com.
15. M. Rijssenbeek en G. Lenting, 'Van geriefelijk naar betrouwbaar feitenonderzoek, Een reactie op recente kamervragen', blog te raadplegen via deloitte.com.

*trouwbare feiten en niet op basis van geriefelijke feiten.'*¹⁶

3. Wat is de kern van de kritiek?

De kern van de kritiek op 'zelfonderzoek door advocaten' ligt aldus bij ernstige aarzeling aangaande hun onafhankelijkheid en daarmee de objectiviteit van hun onderzoeksbevindingen en rapportages. Omdat advocaten partijdig zijn en moeten zijn, zouden zij niet of onvoldoende onafhankelijk opereren. Dat betekent, zo wordt verondersteld, dat zij niet zullen aarzelen te misleiden. Sterker, dat is misschien wel hun taak en opdracht. Zij schetsen mogelijk een onvolledig beeld of een vertekend beeld, houden hun cliënten en contactpersonen uit de wind, gooien anderen onder de bus, en pleiten hun cliënten vrij.

Advocaten kunnen zich niet meten met accountants, de 'vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer'.

4. Wat doet een advocaat?

Klopt dat, of is de advocaat bij uitstek de 'vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer'? Juist door het belang van de cliënt, in alle vertrouwen, te dienen?

De beroepsgroep buigt zich diepgaand en uitgebreid over de vraag wat een advocaat is, wat een advocaat doet en welke aspecten daarbij een rol spelen.

Kernachtig geeft art. 10a Advocatenwet een definitie van de advocaat en daarbij horende kernwaarden:

'In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep:

- a) onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt, derden en de zaken waarin hij als zodanig optreedt;*
- b) partijdig bij de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt;*
- c) deskundig en kan hij beschikken over voldoende kennis en vaardigheden;*
- d) integer en onthoudt hij zich van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt; en*
- e) vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen.'*

Om te beginnen is onafhankelijkheid van de advocaat dus cruciaal, zowel ten opzichte van de Staat als zijn of haar cliënt, derden en de zaken waarin hij of zij optreedt. De advocaat laat zich zo bezien

-
16. M. Rijssenbeek en G. Lenting, 'Van geriefelijk naar betrouwbaar feitenonderzoek, Een reactie op recente kamervragen', blog te raadplegen via deloitte.com.

niet louter en alleen leiden door cliëntbelang, maar ook door rechtsstatelijke principes en uitgangspunten; de grenzen die de rechtsstaat stelt worden gerespecteerd.

‘Vanuit de rechtsstaat beschouwd zijn de onafhankelijke positie van de advocaat zowel ten opzichte van zijn cliënt als ten opzichte van de overheid cruciaal. (...)

Het belang van onafhankelijkheid brengt ook mee dat de overheid op andere manieren terughoudend moet zijn in de regulering van de beroepsgroep of inmenging in de uitoefening van de rol van de advocaat. De advocaat draagt immers ook bij aan een rechtsstatelijke cultuur en zijn symbolische waarde is van belang voor het vertrouwen in de rechtsstaat. (...)

Kortom, wanneer een advocaat wordt ingehuurd, betekent dit dat ook de rechtsstatelijke principes ‘meekomen’. De advocaat maakt weliswaar eigen en onafhankelijke afwegingen ten aanzien van zijn adviezen en juridische bijstand maar betreft daarbij nadrukkelijk de grenzen die de rechtsstaat stelt.¹⁷

Dit laatste aspect komt ook tot uitdrukking in het vereiste dat de advocaat partijdig is bij ‘de behartiging van gerechtvaardigde belangen’ ofwel ‘in het belang van een goede rechtsbedeling zorgt voor rechtsbescherming van zijn of haar cliënt’.

‘Artikel 10a van de Advocatenwet stelt vast dat de advocaat tot taak heeft zorg te dragen voor de rechtsbescherming van zijn cliënt, en dat die – specifieke, cliëntgerichte – rol hem (ook in het wettelijk systeem) is toebedeeld ‘in het belang van een goede rechtsbedeling’. De bijdrage van de advocaat aan die goede rechtsbedeling is dus om die in een ‘rolvaste’ beroepsuitoefening te helpen bevorderen; hij dient het algemeen belang van de goede rechtsbedeling dus uitsluitend door het vervullen van die partijdige rol, met de beperkingen die daar vanuit het algemeen belang aan gesteld worden. Die beperkingen zijn onder meer geïntegreerd in de kernwaarden en de betamelijkheidsnorm. Kort gezegd mag van de partijdige, integere en onafhankelijke advocaat worden verwacht dat hij alles voor de cliënt doet wat in diens belang is, binnen de grenzen van wat is toegestaan en nimmer zijn professionele verantwoordelijkheid uit het oog verliezend.¹⁸

Kort gezegd, een advocaat doet niet aan ‘u vraagt wij draaien’. Een advocaat vervult door middel van behartiging van (gerechtvaardigde) partijbelangen, een van groot belang zijnde maatschappelijke, rechtsstatelijke rol en houdt ook daarmee altijd rekening.

Hoewel partijdigheid en onafhankelijkheid op het eerste gezicht wellicht tegenstrijdig lijken, zijn zij dat niet en zijn zij voor de advocaat complementair¹⁹; de advocaat dient primair het belang van zijn cliënt, maar is daarbij kritisch (en dus niet kritiekloos volgzaam) en heeft ook oog voor de context, en voor de belangen van anderen (zoals de wederpartij of derden), zo zet de Memorie van Toelichting bij de aanpassing van de Advocatenwet helder uiteen.²⁰ Leliveld en Van Kampen zien de onafhankelijkheid tevens als een voorwaarde om het partijbelang zo goed mogelijk te dienen. De advocaat moet inderdaad de mogelijkheid hebben om voldoende kritisch onderzoek te doen en zich (dus) zonder sturing van informatie kunnen voorzien.²¹ Daar scharen wij ons graag achter.

De rol die de advocaat vervult vraagt verder niet alleen om geheimhouding van hetgeen hem of haar in die rol en hoedanigheid ter ore komt; die geheimhouding is zelfs gewaarborgd door een verschoningsrecht. De Hoge Raad heeft zich in 1985 al uitgelaten over het belang van dat verschoningsrecht in de zogenaamde Notaris Maas-uitspraak:

‘De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.²²

Het verschoningsrecht van de advocaat dient dus net zomin (slechts) een individueel belang, maar is een belangrijke waarborg voor het goed functioneren van de rechtsstaat.²³

Zo beschouwd is de advocaat inderdaad bij uitstek ‘de vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer’, namelijk de professional die rechtsbescherming biedt in lijn met en binnen de grenzen van het maatschappelijke, rechtsstatelijke belang van rechtsbedeling, en wel in alle vertrouwen, gewaarborgd door het verschoningsrecht. In de behartiging van partijbelangen is de advocaat gebonden aan rechtsstatelijke waarborgen.

17. Rapport van de Commissie ‘Wat is een advocaat?’, Dit is een advocaat, oktober 2013.

18. Gedragsregels advocatuur 2018, inleiding.

19. Kamerstukken II 2009/10, 32382 nr. 3 (MvT), p. 9.

20. Kamerstukken II 2009/10, 32382 nr. 3 (MvT), p. 8.

21. J.T.C. Leliveld en P. van Kampen, ‘Trust me, I’m a lawyer’, *Strafblad* 2015/55, p. 389-390.

22. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066. Zie voor een recente bevestiging (en overige belangrijke uitgangspunten): HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS-enquête-uitspraak).

23. Zie hierover bijvoorbeeld: J. Sluysmans en R. de Graaff, ‘De reikwijdte van het verschoningsrecht’, *Advocatenblad* 2015/11 en F.A.W. Bannier & N.A.M.E.C. Fanoy (m.m.v. M. Zwennes), *Beroep: advocaat. In de ban van de balie*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 198.

5. Wat is de rol van de accountant?

Er is een verschil met de accountant, die wij niettemin helemaal niet willen ontzeggen even goed een maatschappelijk belang te dienen. Een heel ander maatschappelijk belang, dat wel. De accountant in zijn of haar maatschappelijke rol per se, controleert de externe financiële verslaggeving van de onderneming en oordeelt of de maatschappij daarop mag vertrouwen.

*'Een accountant is een vertrouwenspersoon voor het maatschappelijk verkeer. Hij geeft aan hoe betrouwbaar de jaarrekening van een bedrijf is. En of overheidsuitgaven goed verantwoord worden. (...)'*²⁴

Ook van de accountant wordt verwacht kernwaarden te respecteren en na te leven:

*'Accountants hebben een belangrijke maatschappelijke rol. Daarom zijn zij gebonden aan strenge regels. Ze moeten zich houden aan vijf fundamentele beginselen: professionaliteit, integriteit, objectiviteit, vakbekwaamheid en betrouwbaarheid.'*²⁵

Maar, een controlerend accountant verricht géén 'zelfonderzoek'. Een accountant die dergelijke onderzoeken verricht is de zogenoemde forensische accountant.

*'Ook de politie heeft accountants in dienst, de zogenaamde forensisch accountants. Deze onderzoekers met accountantstitel becijferen bijvoorbeeld hoeveel winst een drugsbende heeft gemaakt of ze ontrafelen fraudezaken. De grotere accountantskantoren hebben ook forensisch accountants in dienst. Zij onderzoeken bijvoorbeeld fraude in bedrijven.'*²⁶

De forensisch accountant zal de kernwaarden voor accountants moeten respecteren,²⁷ maar vervult níet de rol van de 'vertrouwenspersoon voor het maatschappelijk verkeer'. De forensisch accountant onderzoekt, in opdracht. In opdracht van zijn of haar werkgever (bijv. de politie), in opdracht van cliënten (via grote accountantskantoren) of in opdracht van de controlerend account (via de controleteams van de grote accountantskantoren²⁸). De

forensisch accountant die 'zelfonderzoek' uitvoert, doet dat in opdracht van cliënten. Aldus als partijadviseur.

Daarin verschilt de rol van de forensisch accountant, net zomin als die van elke andere onderzoeker die in opdracht 'zelfonderzoek' uitvoert, helemaal niet van die van de advocaat. Elke onderzoeker die in opdracht 'zelfonderzoek' uitvoert behartigt dan ook een partijbelang. Voor zover van toepassing waarborgen wettelijke eisen²⁹ en/of gedrags- en beroepsregels³⁰ de onafhankelijkheid, objectiviteit, kwaliteit en integriteit daarvan. Advocaten benadrukken het belang van onafhankelijkheid; accountants het belang van objectiviteit en via dat begrip ook onafhankelijkheid.³¹ Ten onrechte beweren zij wel en te gemakkelijk dat advocaten per definitie niet onafhankelijk, ergo niet objectief zouden zijn;³² het dienen van een partijbelang staat daar helemaal niet aan in de weg, zo onderkennen de accountants ook zelf.³³ Advocaten zijn gehouden beide kernwaarden (partijdigheid en onafhankelijkheid) te respecteren, en dat kán dus ook.³⁴ Sterker, door

ling-brug-slaan-naar-jaarrekeningcontrole/.

29. Zoals art. 10a Advocatenwet.

30. Zoals de Gedragsregels advocatuur 2018 en de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants.

31. Vgl. art. 10a Advocatenwet en art. 2 en 11 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants, alsook de toelichting op dat laatste artikel: 'Onafhankelijkheid is, net als in de tot de inwerkingtreding van deze verordening geldende VGC, een aspect van objectiviteit en is vereist bij de uitvoering van assurance-opdrachten', te raadplegen via nba.nl/tools/hra-2019/.

32. Zie bijv. M. Rijssenbeek en G. Lenting, 'Van geriefelijk naar betrouwbaar feitenonderzoek, Een reactie op recente kamervragen', blog te raadplegen via: deloitte.com; J. Polman, 'Met Peter Schimmel op zoek naar de kern van fraude', FD 29 mei 2020 en 'P. Schimmel: 'Alleen accountants kunnen onafhankelijk fraudeonderzoek doen'', te raadplegen via accountant.nl.

33. Zie toelichting op art. 11 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants: 'Toch geldt niet dat onpartijdigheid en onafhankelijkheid in alle situaties randvoorwaarden zijn bij het invullen van de objectiviteit. Het is echter niet zo dat dit per definitie het geval is. Een accountant in business mag best de gerechtvaardigde belangen van de entiteit waarvoor hij werkzaam is vertegenwoordigen, daarmee hoeft hij dus niet per definitie onpartijdig te zijn. Ook hoeft een accountant die een samenstelopdracht uitvoert niet onafhankelijk te zijn', te raadplegen via nba.nl/tools/hra-2019/.

34. Er zijn natuurlijk gevallen waarin partijdigheid aan uitvoering van een onderzoeksopdracht in de weg kan staan, bijvoorbeeld in gevallen waarin volstrekt ongebonden en onafhankelijk onderzoek wordt verlangd met het oog op publieke informatieverstrekking, voorlichting en verantwoording. Vergelijk bij wijze van voorbeeld onderzoeken naar veiligheidsincidenten door de Onderzoeksraad voor de Veiligheid. Mocht een advocaat een verzoek tot zo'n onderzoek krijgen dan zou hij of zij moeten overwegen zo'n opdracht uit te voeren als deskundige jurist niet-advocaat. Zijn of haar partijdigheid kan hij of zij als advocaat niet 'aan de kant zetten' (art. 10a Advocatenwet). Zo ook: J.T.C. Leliveld en P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55, p. 390-391. Zie tevens Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:

24. 'Wat doet een accountant?', accountantworden.nl/beroep.

25. 'Wat doet een accountant?', accountantworden.nl/beroep en artikel 2 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants.

26. 'Specialisatie accountant', accountantworden.nl/beroep/wat-is-een-accountant/specialisatie-accountant.

27. Art. 3 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants.

28. Zie bijv. V. Kerklaan, 'Laat forensische afdeling brug slaan naar jaarrekeningcontrole', accountant.nl/opinie/2019/2/laat-forensische-afde-

onafhankelijk te opereren dienen zij mede dat partijbelang.³⁵

Kort gezegd, de accountants scheren advocaten ten onrechte niet over dezelfde kam als zichzelf. Wat de forensisch accountant wezenlijk onderscheidt van de advocaat is de aard van zijn of haar deskundigheid en aldus de aard van zijn of haar onderzoeksvaardigheid, -blik en -focus. Dat onderscheid ligt helemaal niet in de wezenlijke aspecten als onafhankelijkheid, objectiviteit, kwaliteit en integriteit. Sterker, voor beide professies zijn die aspecten op vergelijkbare wijze gewaarborgd en verzekerd.

6. Kritiek in concrete gevallen

Is het dan misschien zo dat de praktijk laat zien dat advocaten met enige regelmaat 'de fout' in gaan? Is er op grond van concrete gevallen en voorvallen reden voor commotie en kritiek?

Laten wij vooropstellen dat de advocatuur haar ogen niet moet sluiten voor punten van kritiek die worden aangedragen en behoorlijk worden onderbouwd en beargumenteerd. Het is altijd goed en leerzaam om kritiek zorgvuldig te analyseren en leerpunten op te pakken en na te volgen. Omdat het uitvoeren van 'zelfonderzoek' door advocaten pas de laatste tien jaar echt een vlucht heeft genomen in Nederland, is het deels nog een dusdanig nieuw fenomeen dat zich nog moet uitkristalliseren 'hoe dat werkt'. Analyse en opvolging van kritiek kan bijdragen aan verbetering en versteviging van dergelijke onderzoeken. Fouten zullen zeker wel eens worden gemaakt, en leerpunten naar aanleiding daarvan kunnen uiteindelijk ook tot verbetering en versteviging van de onderzoekspraktijk leiden. In een recent overzichtsartikel in het Advocatenblad beschrijft Van Almelo een aantal casus waarin onderzoek door advocaten leidde tot tuchtklachten tegen die advocaten.³⁶ Het is volgens ons een belangrijke waarborg dat toetsing van klachten over die onderzoeken en het acteren van de advocaten daarin, in gedegen gereguleerde tuchtzaken kán plaatsvinden. De voorbeelden laten, echter, géén rode draad van disfunctionerende advocaten en 'zelfonderzoeken' zien. De tuchtklachten zijn zeer casus-specifiek. Er spelen steeds weer andere aspecten en onderwerpen. Zij laten zien dat het uitvoeren van 'zelfonderzoeken' zich moeilijk in algemeen voorkomende situaties en bijbehorende (harde) regels laat vertalen. Ieder onderzoek kent zijn eigen achtergrond, doel en dynamiek en vergt een specifiek daarbij behorende aanpak die later kan worden getoetst aan gedragsrechtelijke normen. Vergeet bovendien niet dat het gros van de tuchtklachten nog niet onherroepelijk is beoordeeld; zij kunnen ook nog niet-ontvankelijk, ongegrond en/of onterecht blijken te zijn.

NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.3.

35. Zie hiervoor en noot 21.

36. L. Van Almelo, 'Klachtenregen over 'zelfonderzoek'', *Advocatenblad* 2020/6, p. 38-41.

Naar onze verwachting zullen deze (en andere toekomstige) tuchtzaken voor zover nodig leiden tot een nog beter inzicht in en begrip van de 'rechtsstatelijke grenzen aan de behartiging van het partijbelang door een 'zelfonderzoek' door advocaten'. Onderwerpen als de balans tussen onafhankelijkheid en partijdigheid, hoor en wederhoor, 'opoffering van individuen' en dergelijke zullen vast en zeker (nader) aan de orde komen en worden gewogen en beoordeeld. Vergelijk de legio tuchtzaken die zijn gevoerd tegen (forensisch) accountants en waardoor hun professie en de grenzen daaraan, uiteindelijk verregaand, invulling en richting hebben gekregen.³⁷

Wij pleiten hier met klem voor op de kernwaarden voor advocaten en op casus-specifieke omstandigheden afgestemde beoordelingen en oordelen. De kernwaarden horen altijd voorop te staan en zullen casus-specifiek moeten worden gewogen en afgewogen. De omstandigheden zijn immers niet steeds gelijk en geen gemeenplaats. Het ene 'zelfonderzoek' is absoluut het andere niet. Het maakt een groot verschil of een 'zelfonderzoek' op verzoek van de cliënt wordt gedaan gericht op het intern opbouwen van een verdedigingspositie of ter informatie aan de controlerend accountant met het oog op de onderbouwing en afronding van zijn of haar jaarrekeningcontrole. Het 'zelfonderzoek' dat in overleg met de autoriteiten wordt verricht, en waar omheen alle commotie speelt³⁸, is uiteindelijk maar

37. Een van de eerste geruchtmakende tuchtzaken in het kader van onderzoek door forensisch accountants stamt al uit 2002 en betreft de zaak waarin onderzoek werd gedaan naar de declaraties van de toenmalig burgemeester van Rotterdam. Hij diende een tuchtklacht in tegen de forensisch accountants omdat het onderzoek en de rapportage onzorgvuldig en onjuist zouden zijn (verricht) en werd uiteindelijk deels in het gelijk gesteld (zie beslissing in beroep: CBB 13 juni 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE4057). Sinds die tijd heeft de tuchtrechter zich veelvuldig uitgelaten over het handelen van forensisch accountants. Kitslaar en Van Campen constateerden in dat kader dat het uitvoeren van fraudeonderzoek door accountants anno 2019 (nog steeds) relatief vaak tot tuchtzaken leidt. Zie A.C.M. Kitslaar en A.C. van Campen, 'Tuchtrecht: een getrouw beeld van fraude', *TvJR* 2019/6.

38. Zie o.a. J. Polman, 'Justitie laat fraudeonderzoek vaker over aan bedrijven zelf', *FD* 4 juni 2019; Vragen-ur Tweede Kamer: Vragen Van Nispen d.d. 4 juni 2019 over het bericht dat Justitie vaker het fraudeonderzoek overlaat aan advocaten van bedrijven zelf (*Handelingen II* 2019/20, nr. 88, item 4); Kamervragen Van Nispen en Groothuizen (2019Z11430) d.d. 6 juni 2019 over het bericht dat bedrijven feitenonderzoek kunnen doen naar fraude en corruptie; Kamervragen Van Nispen en Groothuizen (2020Z04460) d.d. 6 maart 2020 over de betrouwbaarheid en volledigheid van zelfonderzoek door eigen advocaten en bedrijven; Kamervragen Groothuizen en Van Nispen d.d. 14 mei 2020 over de wenselijkheid van zelfonderzoek in fraudeonderzoeken (kenmerk: 2020Z08675); M. Groothuizen en M. Van Nispen, 'Fraudeonderzoek door eigen advocaat vergoot risico op misleiding OM', *FD* 9 juni 2020; Motie Groothuizen en Van Nispen d.d. 30 juni 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 31753, nr. 207 en

één van de, nog tamelijk uitzonderlijke, vormen van 'zelfonderzoek'.

Laten we hierbij overigens niet te gemakkelijk terugrijpen naar uitgangspunten die voor onderzoek door forensisch accountants zijn geformuleerd. Wij denken dat voor die professie vaak teveel vanuit de oorspronkelijke rol en verantwoordelijkheid van de controlerend accountant (en zijn rol als 'vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer') is geredeneerd bij het formuleren van die uitgangspunten; die rol wordt door de forensisch accountant in het geval van 'zelfonderzoek' nu juist niet vervuld.³⁹

7. Zou een advocaat 'zelfonderzoek' moeten willen doen?

De cruciale vraag die volgens ons rest, is of de advocaat genegen zou moeten zijn tot het aanvaarden en uitvoeren van opdrachten tot 'zelfonderzoek'. Past dat bij zijn of haar professie, rol en verantwoordelijkheid?

Wij denken van wel. Bij uitstek de advocaat is geschikt, in staat, en gepositioneerd om zo'n onderzoek te doen, mét inachtneming van de geldende kernwaarden. Bij uitstek is de advocaat in staat om daarmee ook het aan de orde zijnde cliënt- en partijbelang te behartigen, opnieuw mét inachtneming van de overige geldende kernwaarden, waaronder zeker ook de onafhankelijkheid onder meer ten opzichte van diezelfde cliënt.

'Zelfonderzoek' speelt in gevallen waarin cliënten worden geconfronteerd met concrete of potentiële geschillen en rechtsgedingen, inclusief handhaving en vervolging. Om te beginnen verdienen cliënten daarin rechtsbescherming. Dat is wat een advocaat in principe en als enige biedt, kan en moet bieden.

Of 'zelfonderzoek' een geëigend middel is in het vormgeven van die rechtsbescherming en zo ja, in welke vorm en op welke manier, is bij uitstek én bij voorkeur een vraag die de advocaat samen met zijn of haar cliënt beantwoordt en waarover hij of zij de cliënt adviseert. Zoals gezegd, het ene 'zelfonderzoek' is het andere niet. In het ene geval wordt de advocaat gevraagd de cliënt te adviseren over een intern signaal van (mogelijke) non-compliance waarvoor om te beginnen onderzoek naar dat signaal nodig is, terwijl in een ander geval een cliënt vraagt om de aantijgingen van een concurrent of autoriteit te onderzoeken en zo mogelijk te weerleggen. Alleen als de omstandigheden daarbij voldoende passen én de cliënt daar, goed en uitgebreid geadviseerd, mee instemt, doet de advocaat soms onderzoek in overleg met de autoriteiten en met het oog op het informeren van die autoriteiten, onder meer ter voorkoming van (deels of geheel) onder-

zoek door die autoriteiten en de daarbij behorende onrust voor de onderneming.⁴⁰

Er is uiteindelijk eigenlijk helemaal niet zoveel nieuws onder de zon. Advocaten zullen in elke zaak acteren en adviseren op basis van verzameling en vaststelling van alle relevante feiten. Dat komt de advisering en behandeling van de zaak ten goede, en daarmee het cliëntbelang. Hetzelfde doen zij in 'zelfonderzoek', in wezen een uitgebreide variant van het (feiten)onderzoek dat elke advocaat steeds ten grondslag legt aan zijn of haar (juridische) advisering. Met dien verstande, dat het in het geval van 'zelfonderzoek' veelal gaat om een omvangrijke(re) verzameling en vaststelling van feiten, inclusief een (vorm van) rapportage en/of presentatie van die feiten en de juridische duiding daarvan.

Vooropgesteld de algemene gelding van de kernwaarden voor de advocaat, bepaalt de aard en omvang van het 'zelfonderzoek', afhankelijk van het doel van het onderzoek (dat wil zeggen, uiteindelijk altijd het bieden van gedegen rechtsbescherming) voor een belangrijk deel de meer concrete naleving en invulling van die kernwaarden in dat onderzoek. Hoe meer intern gericht, hoe meer ongezouten de advocaat zal kunnen zijn.⁴¹ Hoe meer op de externe verdediging in strafzaken gericht, hoe selectiever de advocaat zal mogen zijn. Hoe meer op (verplichte) informatieverstrekking aan het publiek, een controlerend accountant of de autoriteiten gericht, hoe meer de advocaat moet zorgen voor verifieerbaarheid, transparantie, volledigheid en duidelijkheid.⁴² Zodra ook individuele belangen van anderen worden geraakt, is het van belang die belangen voldoende en zorgvuldig mee te nemen en te wegen.⁴³

Het is een misvatting dat advocaten (en cliënten) erop uit zouden zijn te misleiden of louter 'geriefelijke feiten' te presenteren. Dat staat op gespannen voet met de kernwaarden en gedragsregels en daarbij is ook helemaal niemand, de cliënt inbegrepen, gebaat. Ook de advocaat en de cliënt wensen een volledig en waarheidsgetrouw inzicht in alle relevante feiten en omstandigheden, opdat zo gedegen mogelijk kan worden geadviseerd en een deugdelijke strategie kan worden uitgezet en bepaald. Een goede advocaat onderzoekt en presenteert natuurlijk óók tegensprekende ('ongeriefelijke') feiten en waarschuwt zijn of haar cliënt voor de impact daarvan.

Dat advocaten 'te gekleurd' zouden rapporteren, is voornamelijk een kwestie van perceptie en smaak.

40. Zie bijv. J. Polman, 'Justitie laat fraudeonderzoek vaker over aan bedrijven zelf', *FD* 4 juni 2019; J. Polman, 'In de ideale situatie is onderzoek van de FIOD niet eens meer nodig', *FD* 4 juni 2019 en M. Velthuis, 'Medewerking door ondernemingen aan een strafrechtelijk onderzoek', *TBS&H* 2020, p. 94.

41. Vgl. Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, *ECLI:NL:TADRAMS:2017:274*, r.o. 5.12.

42. Vgl. Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, *ECLI:NL:TADRAMS:2017:274*, r.o. 5.13-5.14.

43. Zie verder par. 'Toekomst van interne onderzoeken door advocaten' onder 'belangen van derden' hierna.

J. Polman, 'Kamer eist onderzoek naar aanpak wittenboordencriminaliteit', *FD* 5 juli 2020.

39. Zie par. 'Wat is de rol van de accountant?' hiervoor.

Het is de professie, rol en verantwoordelijkheid van de advocaat om feiten en omstandigheden (binnen de toepasselijke kaders en grenzen) zo 'gunstig' mogelijk voor zijn of haar cliënt te presenteren (nota bene, dat is binnen de kaders van de relevante feiten en omstandigheden, ten dienste van het rechtsbeschermings- en partijbelang, en dus niet strijdig met het uitdrukkelijke verbod onwaar, onvolledig of misleidend voor de cliënt te communiceren). Dat is, zagezegd, zijn of haar 'job'. Advocaten zijn bij uitstek in staat (en zelfs gehouden) een zaak te 'bepleiten'.⁴⁴ Zoals een forensisch accountant feiten en omstandigheden vooral financieel en administratief benadert, nogal wat voorbehouden en disclaimers opneemt (want moet opnemen) en overigens géén conclusie trekt (omdat dit niet zou mogen). Zoals overigens ook de autoriteiten een onderzoek presenteren als een 'bewijsbare zaak'.⁴⁵ Als het goed is, kiest de advocaat dus wel voor een faire presentatie en is hij of zij voldoende helder over afwegingen die zijn gemaakt en gegevens die eventueel ontbreken, opdat de geëigende lezer of toehoorder in staat is om het onderzoek en de rapportage (inclusief wijze van presentatie) op waarde te schatten. Ook daarin verschillen de onderzoeken en rapportages van de advocaat overigens niet van die van andere onderzoekers.

Gegeven de gevallen waarin 'zelfonderzoek' speelt (gevallen waarin cliënten worden geconfronteerd met concrete of potentiële geschillen en rechtsgedingen, inclusief handhaving en vervolging, en behoefte hebben aan rechtsbescherming), is de advocaat meestal de meest geëigende professional om het onderzoek en de rapportage te verzorgen; de advocaat is geschoold in het bieden van rechtsbescherming (op basis van gedegen feitenonderzoek en juridisch onderzoek), en kan daarover het best adviseren (inclusief de wijze waarop best rechtsbescherming wordt geboden). Andere professies en onderzoekers missen die vaardigheid en zouden dat ook moeten onderkennen; het komt nog veel te vaak voor dat andere professionals pretenderen de cliënt hierin net zo goed te kunnen bijstaan.

Dat is te meer van belang omdat zij een héél belangrijke waarborg missen als het gaat om het bieden van begeleiding bij en advisering over rechtsbescherming: gewaarborgde vertrouwelijkheid.⁴⁶

44. Nota bene, het hoeft helemaal niet te gaan om 'schuldige, frauderende en corrupte' bedrijven, zoals in de commotie al te gemakkelijk wordt aangenomen en verondersteld. Een 'zelfonderzoek' kan natuurlijk ook opleveren dat géén sprake is van non-compliance, fraude en/of corruptie. Een 'zelfonderzoek' kan ook plaatsvinden om compliance te bevorderen, zonder dat überhaupt sprake is van non-compliance, fraude en/of corruptie.

45. Zodra de autoriteiten onderzoeksbevindingen presenteren geven zij aan dat en waarom volgens hen (bewijsbaar) ongeoorloofd is gehandeld. Ook dat is een 'kleuring'. Het komt maar al te vaak voor dat ontlastend materiaal niet of nauwelijks aan bod komt, onterecht overigens.

46. Ergo, het verschoningsrecht, zie HR 1 maart 1985,

Vergeet niet, juist de gewaarborgde vertrouwelijkheid die de advocaat kan bieden, zorgt ervoor dat de cliënt alles, dus ook de 'ongeriefelijke' feiten, op tafel kan leggen zonder vrees dat deze informatie, bijvoorbeeld, door de autoriteiten of derden kan worden gevorderd. Hierdoor kan het onderzoek en de advisering door de advocaat zonder vrees plaatsvinden op grond van alle relevante feiten en omstandigheden. Het verschoningsrecht van de advocaat is daarmee bij uitstek een waarborg voor zo volledig en waarheidsgetrouw mogelijk 'zelfonderzoek'.

De forensisch accountant, bijvoorbeeld, kan niet garanderen dat zijn of haar onderzoek vertrouwelijk blijft.⁴⁷ Sterker, onder omstandigheden gelden voor hem of haar meldplichten die maken dat hij of zij zich onder omstandigheden actief moet melden bij de autoriteiten met onderzoeksbevindingen die zijn gedaan.⁴⁸ Het is veel te gemakkelijk om de cliënt voor te houden dat de onderzoeksbevindingen niet behoeven te worden gedeeld⁴⁹; dat moet soms dus wel en overigens kan de forensisch accountant desgevraagd en desgevorderd inzage door of afgifte aan de autoriteiten niet tegenhouden.⁵⁰

Dat neemt allemaal overigens niet weg dat wij heel graag onderkennen én benadrukken dat advocaten 'zelfonderzoeken' veelal niet alleen kunnen doen. Advocaten vragen als dat kan niet alleen om de input en inzichten van hun cliënt en andere betrokkenen, maar schakelen ook vaak interne of exter-

ECLI:NL:HR: 1985: AC9066 en voor een recente bevestiging (en overige belangrijke uitgangspunten): HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS-enquête-uitspraak).

47. Zie F. Zandbergen, 'Accountants en geheimhouding. Soms even niet...' via accountancyvanmorgen.nl, waarin Zandbergen aangeeft dat op de hoofdregel van vertrouwelijkheid van accountantswerk zoveel uitzonderingen bestaan 'dat je je als accountant (of andere intermediair) soms een openbaar informatie-loket voelt'.

48. Denk bijv. aan de meldplicht van art. 16 Wwft. In oktober 2019 heeft de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) een Overzicht en Stappenplan Wwft en fraudemeldingen gepubliceerd waarin wordt uiteengezet in welke gevallen accountants melding moeten maken van fraude of overtreding van wet- en regelgeving en bij welke instantie. Het overzicht en stappenplan is te raadplegen via nba.nl.

49. M. Rijssenbeek en G. Lenting, 'Van geriefelijk naar betrouwbaar feitenonderzoek, Een reactie op recente kamervragen', blog te raadplegen via: deloitte.com.

50. Zie hierover o.a. J.C. van Nass, 'Gegevensverstrekking door de accountant op grond van art. 126nd Sv', *TvSO* 2018/1. Bovendien pleitte hoogleraar accountancy Marcel Pheijffer recentelijk zelfs voor een onderzoek naar de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht van accountants met het oog op het geven van (nog) meer openheid van zaken door accountants. Volgens Pheijffer zijn 'het maatschappelijk verkeer en het publiek belang immers gebaat bij het zo snel mogelijk verkrijgen van duidelijkheid na incidenten'. Zie hierover zijn column in het FD: M. Pheijffer, 'Er is onderzoek nodig naar de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht van accountants', *FD* 16 juli 2020.

ne deskundigen in om bepaalde aspecten van zo'n onderzoek uit te voeren. Er zijn bijvoorbeeld nogal eens operationele, technische, chemische, veiligheidskundige of financieel-administratieve inzichten nodig om tot een waarheidsgetrouwe, volledige en zinvolle verzameling en vaststelling van feiten én duiding van die feiten te komen. De advocaat die op die manier de cliënt en/of een deskundige betreft in een 'zelfonderzoek' kan bovendien de vertrouwelijkheid waarborgen via zijn of haar (afgeleide) verschoningsrecht.⁵¹

8. Toekomst van interne onderzoeken door advocaten

Zo beschouwd bestaat er toekomst voor 'zelfonderzoeken', ook of juist in de vorm van interne onderzoeken door advocaten. Ergo: gericht onderzoek (afgestemd op het belang van rechtsbescherming binnen rechtsstatelijke grenzen) door deskundigen (in het adviseren over en bieden van rechtsbescherming) in alle vertrouwen (gewaarborgd door het verschoningsrecht).

De rechtsstatelijke grenzen zijn belangrijk en gewaarborgd door wettelijke eisen, de kernwaarden en het tuchtrecht voor advocaten.⁵² Wij denken niet dat nadere regulering nodig is. Dat zou de flexibiliteit die nodig is voor een casusspecifieke benadering niet ten goede komen.

(Tucht)zaken uit het verleden⁵³ en wetenschappelijke discussies dragen de professionals wel een aantal onderwerpen aan die steeds weer overdenking, concrete inrichting en waarborging behoeven. De toekomst zal vast en zeker nog nieuwe onderwerpen laten zien.

Wij zien al met al in ieder geval een vijftal golden topics die casusspecifiek om aandacht en overdenking vragen, voorafgaand aan de start van het onderzoek alsook gedurende de uitvoering daarvan.

- Opdrachtverlening
- Conflicts of interest
- Belangen van derden
- Inrichting en uitvoering onderzoek
- Rapportage en disclosure onderzoek

51. Zie daarover en voor relevante bronnen P. Schmelzer en J.F. Rense 'In de bres voor het verschoningsrecht', *TvS&O* 2015, p. 148-149.

52. Zie o.a. art. 10a en 46 Advocatenwet en regels 1-3, 6, 8-10 en 12-15 Gedragsregels advocatuur 2018.

53. Het Rapport van Verificatie W. Tonkens-Gerkema d.d. 9 september 2015 alsook het opvolgende Rapport A.F.M. Brenninkmeijer, 'Was hier sprake van dubbele petten? Toetsing van de rapporten van De Brauw over de onregelmatigheden bij de NS inzake de aanbesteding in Limburg' d.d. 28 oktober 2015 zijn volgens ons bijvoorbeeld goede voorbeelden van casusspecifieke beoordelingen en casusspecifieke eisen, ten aanzien van enkele relevante onderwerpen, zoals o.a. regievoering, timing en uitvoering van hoor en wederhoor, en vrijgave van tussentijdse/voorlopige rapporten. Maar wij bepleiten dus ook te waken voor al te gemakkelijke meer algemene toepasselijkheid van dergelijke opvattingen en eisen.

Laten we deze onderwerpen aflopen.

Opdrachtverlening

Het ene 'zelfonderzoek' is het andere niet. De aard en omvang daarvan worden om te beginnen bepaald door het doel dat met dat onderzoek wordt beoogd (ten dienste van de te bieden rechtsbescherming aan de cliënt). Bovendien is de inkadering van het onderzoek door de kernwaarden deels afhankelijk van de casusspecifieke aspecten. Het is dan ook cruciaal om voorafgaand aan de start van een 'zelfonderzoek' gedegen en zorgvuldig na te gaan en te bepalen wat het concrete doel van het onderzoek in dat geval is. De advocaat overlegt hierover met de cliënt en adviseert daarover. Gaat het om interne feitenvergaring en advisering of om externe verantwoording? Gaat het om een verdedigingspositie of om het onderzoeken en opbouwen van eventuele aantijgingen? En tot wie richten zich deze aantijgingen of tot wie zouden die zich kunnen richten? Is louter het cliëntbelang in het geding of ook de belangen van anderen, en zo ja, om wie gaat het dan? Logischerwijs zal aan de orde komen wie meer exact de opdracht geeft en wie de uitvoering van de opdracht, samen met de advocaat, bewaakt en kan bewaken. Als de cliënt een rechtspersoon is, kan het zijn dat zorgvuldig moet worden gekeken wie als contactpersoon kan/kunnen fungeren, wie instructies kan/kunnen geven en aan wie kan worden gerapporteerd. Vooral omdat op allerlei lagen binnen de organisatie of daarbuiten personen daadwerkelijk of potentieel betrokken kunnen zijn bij de aan de orde zijnde kwestie. Veelal is dat een belemmering om deze personen in de opdrachtverlening, -uitvoering en -bewaking een rol (van betekenis) te kunnen laten spelen en minst genomen een reden voor extra checks en balances. De opdrachtverlening houdt bij voorkeur zoveel mogelijk rekening met deze aspecten.

We formuleren het voorzichtig. Bewust. Net zo goed laat de praktijk immers zien dat zich allerlei onvoorziene ontwikkelingen en verwickelingen kunnen voordoen in en tijdens een 'zelfonderzoek' (ook nog na aanvaarding van de opdracht) waardoor een opdracht moet worden aangepast. Soms wijzigt het doel of wordt dat aangevuld. Soms komen onvoorziene belangen van anderen op, waarmee ook rekening moet worden gehouden. Soms blijkt een contactpersoon betrokken en is escalatie nodig. Vaak zijn dergelijke aanpassingen, in overleg met de cliënt, mogelijk.

Het is, volgens ons, hoe dan ook belangrijk om duidelijk te zijn dat het doel van het onderzoek bepaalt hoe het onderzoek wordt ingericht en uitgevoerd, welke waarborgen worden ingebouwd en (daarmee) ook op welke wijze het onderzoek uiteindelijk kan en zal worden gebruikt.⁵⁴ Een 'zelfonderzoek'

54. Zie bijvoorbeeld Brenninkmeijer in de NS-casus over het belang van juiste *scoping* in het geval van 'politieke en publieke verantwoording', Rapport A.F.M. Brenninkmeijer, 'Was hier sprake van dubbele petten? Toetsing van de rapporten van De Brauw over de onregelmatig-

voor louter intern gebruik met het oog op interne advisering en besluitvorming zal over het algemeen genomen niet geschikt zijn om als externe verantwoording te dienen. Bijvoorbeeld, omdat in zo'n onderzoek niet zozeer of minder rekening behoeft te worden gehouden met belangen van derden, of omdat in zo'n onderzoek niet wordt gerapporteerd en gepresenteerd op een ook voor de buitenwereld begrijpelijke manier, maar ook omdat in zo'n onderzoek mogelijk vertrouwelijke informatie is opgenomen en/of zeer kritische kanttekeningen bij de cliënt en diens handelen worden geplaatst die niet noodzakelijkerwijs publiekelijk behoeven te worden gemaakt.

Conflicts of interest

Voor aanvang van de opdracht en het onderzoek moet de advocaat zich afvragen of het hem of haar vrijstaat om de onderzoeksopdracht te aanvaarden en uit te voeren. Wij geloven niet dat een 'huisadvocaat' niet in staat zou (moeten) zijn tot 'zelfonderzoeken' (vaak is de 'huisadvocaat' daarvoor een zeer geschikte kandidaat omdat hij of zij de cliënt en haar bedrijfsvoering goed kent, zijn of haar weg kent in de organisatie en minder snel zal aanlopen tegen 'blinde vlekken'), maar wij onderkennen wel dat juist voor de 'huisadvocaat' geldt dat hij of zij zich dient af te vragen: ben ik zelf tot op zekere hoogte betrokken of gecompromitteerd? Zodra, bijvoorbeeld, een eerder door de desbetreffende advocaat gegeven advies aan de orde is in de te onderzoeken kwestie, zal hoogstwaarschijnlijk zo'n conflict of interest spelen.⁵⁵ Hetzelfde gaat waarschijnlijk op in het geval het onderzoek zijn of haar gebruikelijke contactpersoon binnen de organisatie betreft of zou kunnen betreffen.⁵⁶ Net zo goed zal de 'huisadvocaat' zich moeten afvragen (en met de cliënt moeten bespreken) of de cliënt (het partijbelang) gediend is bij uitvoering van het onderzoek door deze 'huisadvocaat'. Hoe zwaarder de wens en noodzaak tot onafhankelijke externe verantwoording spelen, des de groter de kans dat het cliëntbelang beter wordt gediend door een onderzoeker op en met meer afstand, al is het maar om rekening te houden met het externe vertrouwen en de externe perceptie.⁵⁷

heden bij de NS inzake de aanbesteding in Limburg' d.d. 28 oktober 2015, p. 3.

55. Zo ook: J.T.C. Leliveld en P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55, p. 388-389.
56. Zo ook: J.T.C. Leliveld en P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55, p. 389.
57. Zie bij wijze van voorbeeld de commotie rondom de NS-casus en de daarover verschenen eerdergenoemde twee onderzoeksrapporten (Rapport van Verificatie W. Tonkens-Gerkema d.d. 9 september 2015 en Rapport A.F.M. Brenninkmeijer, 'Was hier sprake van dubbele petten? Toetsing van de rapporten van De Brauw over de onregelmatigheden bij de NS inzake de aanbesteding in Limburg' d.d. 28 oktober 2015) waarin o.a. op dit aspect werd ingezoomd. Beide onderzoekers constateerden dat de advocaat een 'dubbele pet' op had omdat deze initieel (weliswaar met *Chinese*

Gedurende de uitvoering van het onderzoek blijft op dit punt waakzaamheid op zijn plaats. Een conflict of interest kan ook later nog opkomen. Zoals, bijvoorbeeld, in het geval dat de eerder 'gevrijwaarde' contactpersoon alsnog betrokken blijkt, maar onder omstandigheden ook als de personen die meewerken aan het onderzoek (bijvoorbeeld door onderzoeksinformatie aan te leveren) betrokkenen blijken te zijn en na escalatie blijkt dat met het oog op het doel van het onderzoek en het noodzakelijke vertrouwen van de cliënt in de rol die de advocaat daarin speelt, een overdracht gewenst is.

Het ultieme conflict of interest zien wij in het geval waarin de cliënt tegen het einde van de rit het doel van het onderzoek (de opdracht) niet langer onderschrijft en de advocaat min of meer verbiedt daaraan nog opvolging te geven, waardoor de advocaat en de cliënt (gegeven de kernwaarden en de desbetreffende opdracht) niet meer tot overeenstemming (met voldoende vertrouwen over en weer) kunnen komen over een aanpassing of aanvulling van die opdracht. Wij denken dat een advocaat in zo'n geval de wens van de cliënt dient te respecteren (de advocaat is en blijft de behartiger van een cliënt- en partijbelang), maar dat de kernwaarden van de advocaat hem of haar dan kunnen belemmeren de vervolgoopdracht uit te voeren; in zo'n geval zal de advocaat de opdracht terug moeten geven waarmee soms duidelijk wordt dat hij of zij niet tot afronding heeft kunnen komen (zonder dat, vanwege vertrouwelijkheid, kan worden aangegeven waarom).

Belangen van derden

Zo aan de orde dient de advocaat zich rekenschap te geven van belangen van derden.⁵⁸ Bijvoorbeeld, wanneer het 'zelfonderzoek' zich weliswaar richt

Walls) zowel het onderzoek naar onregelmatigheden uitvoerde, alsook adviseerde over (o.a.) de hieraan gerelateerde arbeidsrechtelijke kwesties. De onderzoekers concludeerden dat dit onwenselijk is. Volgens Tonkens zou 'de werknemer die bij het Onderzoek betrokken is en de buitenwereld aan wie de bevindingen van Onderzoek worden gerapporteerd geen rekening [moeten] hoeven houden met het risico van 'manipulatie' van de bevindingen omdat de onderzoeker ook adviseert over de arbeidsmaatregelen en in het kader daarvan zijn bevindingen moet verantwoorden of gaat inkleuren'. Met *Chinese Walls* zou dat volgens Tonkens niet te verhelpen zijn. Maar: in een van de tuchtrechtelijke uitspraken die hierop volgde (Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274), oordeelde de Raad van Discipline dat 'de omstandigheid dat verweerder de arbeidsrechtelijke zaak tegen klager heeft behandeld, terwijl die arbeidsrechtelijke zaak voortvloeide uit het onderzoek wat door zijn kantoorgenoot is geleid, evenwel niet tuchtrechtelijk verwijtbaar [is]'. Dat zou volgens de Raad mogelijk anders zijn geweest als verweerder zelf betrokken was geweest bij het onderzoek dat heeft geleid tot het rapport, en in dat kader vertrouwelijke gegevens van klager had ontvangen, maar daarvan was niet gebleken. Zie hierover ook: J.T.C. Leliveld en P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55, p. 388-389.

58. Vgl. bijv. Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.19.

op de cliënt, maar meer specifiek op bepaalde personen werkzaam voor of betrokken bij de cliënt. Denk aan een vermeend frauderende werknemer of het management van een vermeend corrupte organisatie. Maar het kan net zo goed gaan om de anderszins betrokken derden, zoals de controlerend accountant of een zich informerende bank.

Hoewel 'aan de advocaat (...) voorts een grote mate van vrijheid toe[komt] de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt' geldt immers ook dat 'die vrijheid (...) niet onbeperkt [is] en (...) zijn begrenzing onder meer hierin [vindt] dat een advocaat geen stellingen mag poneren of proces)handelingen mag verrichten waardoor de belangen van de wederpartij of derden nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad'⁵⁹ of dat 'deze vrijheid (...) niet absoluut [is] maar (...) onder meer beperkt [kan] worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij, (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel.'⁶⁰

Dat betekent wat ons betreft onder meer dat 'de schuld in de schoenen van anderen schuiven', in de zin van 'zonder meer vrijpleiten van de organisatie ten koste van individuen' geen doel van een 'zelfonderzoek' zou moeten (kunnen) zijn. Dit neemt echter niet weg dat de uitkomst van een 'zelfonderzoek' natuurlijk wel kan zijn dat binnen de non-compliant organisatie op goede gronden bepaalde medewerkers en managementleden zijn aan te wijzen met een zekere betrokkenheid en verantwoordelijkheid in dat verband. Soms kan ook blijken dat de organisatie het slachtoffer werd van het handelen van een medewerker of managementlid. Het is goed beschouwd wat merkwaardig dat de commotie rondom 'zelfonderzoek' ook betreft dat (daar waar mogelijk en relevant) ook kritisch wordt gekeken naar de rol van anderen. Het gaat hier namelijk mede om de tendens in 'zelfonderzoeken' steeds meer te focussen op en rekening te houden met betrokkenheid en verantwoordelijkheid van individuen binnen organisaties (naast de organisatie zelf). Die tendens is niet zozeer door de advocaat of cliënten bedacht en aangejaagd; het is een tendens die de resultante is van de maatschappelijke én politieke druk en roep om 'schuldigen' aan te wijzen (ergo, 'Barbertjes die moeten hangen', in persoon) in het geval van zogenoemde corporate crime.⁶¹ De autoriteiten en het Openbaar Ministerie

voelen zich door die druk en roep genoodzaakt om zich te meer rekenschap te geven van de vraag of individuen binnen organisaties strafrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid dragen;⁶² onder die vlag heel terecht en begrijpelijk. Daarom is het net zo goed terecht en begrijpelijk dat het bedrijf dat op dit vlak (mede) zelf initiatief neemt, zoals door middel van 'zelfonderzoek', ook rekening houdt met eventuele verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van individuen. Niet om hen te 'slachtofferen', maar om voorbereid te zijn op de alomtegenwoordige discussie en vraag 'wie verantwoordelijk is en zijn' voor de aan de orde zijnde kwestie. Een professionele en gedegen adviserende advocaat zal dit aan zijn of haar cliënt uitleggen en adviseren het aspect mee te nemen in het onderzoek, ongeacht de vraag of het hem of haar aanstaat de blik ook op individuen te richten.⁶³

aanleiding hiervan werden o.a. Kamervragen gesteld waarom het OM geen natuurlijke personen ging vervolgen (zie o.a. Vragen van het lid van der Linde over het bericht 'ING sluit een megaschikking met OM in witwaszaken' (kenmerk: 2018Z15286) en Vragen van de leden Nijboer en Kuiken over het bericht 'ING treft miljoenschikking met OM in witwaszaken' (kenmerk: 2018Z15287)). Daarnaast zijn meerdere klagers een zogenaamde art. 12 Sv-procedure gestart om alsnog vervolging van (o.a.) de voormalig CEO van ING af te dwingen. Zie hierover bijv. S. van Gils, 'Pieter Lakeman wil ING-topman alsnog strafrechtelijk laten vervolgen', *FD* 10 september 2018, V. van der Boon, 'Gerechtshof neemt verzoek ING-topman te vervolgen in behandeling', *FD* 4 oktober 2019 en V. van der Boon, 'Meer ING-bankiers mogelijk strafrechtelijk vervolgd in witwaszaak', *FD* 4 oktober 2019.

62. In navolging van de ING-transactie legde de toenmalig hoofdofficier van het Functioneel Parket in een interview in het *FD* (o.a.) verantwoording af over de keuze van het OM om geen natuurlijke personen te vervolgen. Volgens haar had 'de Fiod echt uitgebreid onderzoek gedaan naar de mogelijke betrokkenheid bij de misstanden van leidinggevend bij de bank', maar was het resultaat dat zij 'niet wettig en overtuigend [hebben] kunnen aantonen dat een natuurlijk persoon bewust verantwoordelijk is voor de aange troffen misstanden'. Zie V. van der Boon, 'Hoofdofficier: we zochten 'gericht' maar vergeefs naar leidinggevend van misstappen ING', *FD* 4 september 2018. Op deze keuze was veel kritiek en al snel werd de in de noot hiervoor reeds aangehaalde art. 12 Sv-procedure gestart (zie hierover bijv. S. van Gils, 'Pieter Lakeman wil ING-topman alsnog strafrechtelijk laten vervolgen', *FD* 10 september 2018). De druk op het OM werd hierna nog verder opgevoerd, bijvoorbeeld toen in november 2018 (unaniem) een motie werd aangenomen waarin de regering werd verzocht 'te bewerkstelligen dat in de Aanwijzing hoge en bijzondere transacties wordt opgenomen dat het uitgangspunt is dat bij schikkingen met rechtspersonen altijd strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt naar feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers en voorts met het Openbaar Ministerie in overleg te treden hoe dit uitgangspunt voldoende gestalte kan krijgen in de praktijk' (*Kamerstukken II* 2018/19, 35 000 VI, nr. 52, zie ook de reactie van de Minister van Financiën in zijn Kamerbrief betreffende Moties hoge transacties d.d. 9 april 2019 (kenmerk: 2536199).
63. Immers, zoals hiervoor (in de voorgaande noten)

59. Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.3.

60. Hof van Discipline 4 november 2019, ECLI:NL:TAHV:2019:181, r.o. 5.2.

61. Een goed voorbeeld hiervan is de consternatie die is ontstaan nadat ING in september 2018 een door het OM aangeboden transactie van EUR 775 mln. accepteerde ter voorkoming van vervolging wegens (jarenlange en structurele) overtreding van de Wwft. Naar

Het is lastig om concrete handvatten te formuleren voor 'zelfonderzoeken' waarin (ook) belangen van derden spelen, en mogelijk zelfs belangen van betrokken individuen. Uiteindelijk geldt steeds dat de omstandigheden van het geval bepalen hoe de hiervoor genoemde afweging zou moeten uitpakken en welke beperkingen of waarborgen de kernwaarden aan de advocaat stellen of van hem of haar verlangen in dat geval.

De belangen van derden worden naar ons idee om te beginnen beschermd door procesmatige transparantie (altijd in afstemming met de cliënt en alleen met toestemming van de cliënt) over de opdracht tot en uitvoering van het 'zelfonderzoek'. Welke opdracht heeft de advocaat gekregen en wat voor soort onderzoek is of wordt uitgevoerd? Die transparantie biedt de derde, bijvoorbeeld controlerend accountant of bank, een indruk van het doel van het onderzoek en daarmee van de waarde daarvan voor zijn eigen opvattingen daarover en vertrouwen daarin. De advocaat die inhoudelijke mededelingen doet over een onderzoek (ook altijd in afstemming met de cliënt en alleen met toestemming van de cliënt) laat zich daarover slechts uit met inachtneming van het doel van het onderzoek en het belang van de cliënt. Vergeet niet, als de opdracht aan de advocaat luidt het belang van de cliënt te dienen door (mede) te onderzoeken ten behoeve van en rapporteren aan de controlerend accountant van de cliënt, dan is dat doel richtinggevend voor de inrichting en uitvoering van het onderzoek; in zo'n geval zal de controlerend accountant waarschijnlijk zelfs worden betrokken bij de uitvoering en afronding van het onderzoek.

Belangen van derden-betrokkenen vinden daarnaast bescherming in een zorgvuldige scoping van het onderzoek, zo denken wij. De advocaat komt, als gezegd, aan het onderzoeken van de rol van derden-betrokkenen toe als daarvoor gerede aanleiding is; niet als doel op zichzelf en niet om als bliksemafleider te fungeren of om 'de schuld af te schuiven'. De advocaat moet de gehele relevante context kunnen onderzoeken en verslaan, en dus, bijvoorbeeld, gelijke gevallen gelijk behandelen (geen voorkeursposities en -behandelingen) en rekening kunnen houden met overige context, zoals de bedrijfscultuur.

Daarnaast spelen hoor en wederhoor en het aanbieden van bijstand een rol van betekenis in bescherming van (vooral) derden-betrokken-individuen in onderzoeken. Dat wil volgens ons niet zeggen dat hoor en wederhoor een wet van Meden en Perzen

uiteengezet neemt de politieke en maatschappelijke druk op het OM om natuurlijke personen te vervolgen alleen maar toe. Dit benadrukt eens te meer dat - hoewel tot op heden nog weinig succesvol - de focus in een strafrechtelijk onderzoek in steeds verdergaande mate komt te liggen op de betrokkenheid van individuen, ook in de top van het bedrijf. Om een cliënt hierin bij te staan en hierover zinvol te kunnen adviseren zal een eventueel 'zelfonderzoek' dus (mede) met dit aspect rekening moeten houden.

zou moeten zijn⁶⁴ en altijd moet worden gezorgd voor bijstand, maar wel dat dit soort maatregelen overweging verdienen en afhankelijk van de omstandigheden van het geval worden ingepast en toegepast. Het is ook zeker van belang en waardevol om minst genomen in rapportages en presentaties te melden dat hoor en wederhoor (nog) niet heeft plaatsgehad en geen professionele bijstand is genoten, om duidelijk te maken dat deze toetsing en begeleiding (nog) geen plek in het onderzoek en de uitkomsten daarvan hebben gekregen.

In elk geval is de advocaat duidelijk over de hoedanigheid waarin hij of zij optreedt.⁶⁵ Dat betekent, onder meer, dat hij of zij duidelijk maakt dat hij of zij als advocaat van de cliënt het 'zelfonderzoek' uitvoert.⁶⁶ Wij menen dat dit tevens betekent dat de advocaat tijdens een interview in het kader van een onderzoek zal moeten aangeven wie hij of zij is, dat hij of zij als advocaat optreedt, in opdracht van een benoemde cliënt en in het kader van een onderzoek met een bepaald doel.

Wij neigen ernaar dat interviewees worden uitgenodigd om medewerking te verlenen aan een interview (en daartoe, bijvoorbeeld, als werknemer niet zonder meer worden verplicht door de werkgever) en dat wordt aangegeven dat de gedeelde informatie door en ten behoeve van de cliënt kan worden gebruikt, maar wij realiseren ons ook dat er verschillende inzichten zijn over bijvoorbeeld (de balans tussen) een verplichting tot medewerking als werknemer en het rekening houden met de verdedigingsrechten (zoals het zwijgrecht van een (verdachte) werknemer in een mogelijk strafproces⁶⁷). Hierover lopen de nodige discussies en bepaalde aspecten zullen zich waarschijnlijk nog verder uitkristalliseren.

64. J.F. Rense, 'De private fraudeonderzoeker (verplicht tot hoor en wederhoor?', *MAB* 2004, p. 6-10. Zie ook Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.14-5.15 waarin toepassen van hoor en wederhoor als leidraad wordt aangenomen voor 'gevallen van externe verantwoording en daarbij mogelijk betrokken belangen van derden' en wel 'met betrekking tot de personen die onderwerp van onderzoek zijn'.

65. Regel 9 lid 1 Gedragsregels advocatuur 2018.

66. Zie Toelichting regel 9 lid 1 Gedragsregels advocatuur 2018 en bijvoorbeeld de commotie rondom de gepubliceerde rapporten in de NS-casus. Onder druk gepubliceerde rapporten van de advocaat die beloofde en bevestigde 'objectief en onafhankelijk' te rapporteren, leidde tot consternatie en vragen over diens 'onpartijdigheid' en 'onzuiverheden' in het onderzoek blijkens Rapport A.F.M. Brenninkmeijer, 'Was hier sprake van dubbele petten? Toetsing van de rapporten van De Brauw over de onregelmatigheden bij de NS inzake de aanbesteding in Limburg' d.d. 28 oktober 2015.

67. Zie in dit kader bijv.: D. Emmelkamp, 'Interviews in interne onderzoeken vanuit advocatuurlijk perspectief', *TBS&H* 2020/3; H.J.Th. Biemond, F.C.A. van de Bult & A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *TAO* 2013; en M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2012.

Inrichting en uitvoering onderzoek

Al doende zijn we vanzelf aanbeland bij enkele aspecten van inrichting en uitvoering van onderzoeken.

Wij zijn, als eerder aangegeven, geen voorstanders van vaste regels of standaardprotocollering van onderzoeken. Elke situatie en elk onderzoek vraagt om een casus-specifieke aanpak.⁶⁸ Dat neemt niet weg dat voor specifieke gevallen natuurlijk voor protocollering kan worden gekozen,⁶⁹ of soms protocollering van toepassing is.⁷⁰ Dat protocol is voor dat geval dan vanzelfsprekend in beginsel leidend.⁷¹ Stelregel is en behoort te zijn dat een onderzoek op zodanige wijze wordt ingericht en uitgevoerd dat dit van voldoende kwalitatief niveau is.⁷² Dat uitgangspunt stelt eisen aan (o.a.) onderzoeksmethodiek en deskundigheid. De advocaat zal zich aldus moeten afvragen hoe (met welke methoden en stappen) een onderzoek, gegeven het doel en de opdracht, moet worden uitgevoerd om met voldoende zekerheid, zorgvuldig tot juiste en volledige bevindingen te kunnen komen.⁷³

Eén vraag die daar in elk geval bij hoort is: welke deskundigheid is daarvoor nodig en dus ook: moet daarvoor extra deskundigheid worden ingeschakeld, zoals een operationeel, technisch, chemisch, veiligheidkundig of financieel-administratieve

deskundige? Vaak zal dat het geval zijn, en verzekert de advocaat zich er dus van dat die deskundigheid, intern (vanuit de cliënt) of extern (via en door de advocaat ingeschakeld), beschikbaar en betrokken is.

Rapportage en disclosure onderzoek

Uiteindelijk rapporteert de advocaat de uitkomsten van het onderzoek. Ook dat is wat ons betreft vormvrij. Er wordt in de praktijk mondeling gerapporteerd, in de vorm van presentaties en schriftelijk door middel van rapporten. Het doel van het onderzoek en de wensen van de cliënt bepalen deze vorm normaal gesproken. Vanzelfsprekend is in het geval van een onderzoek met het doel extern te rapporteren (op voorhand) met de cliënt afgesproken en vastgelegd dat en hoe extern zal worden gerapporteerd en spelen de wensen van de cliënt achteraf veel minder een rol.

In de rapportage en presentatie van het onderzoek komen alle voorgaande golden topics, met inachtneming van de rechtsstatelijke grenzen en kernwaarden, samen. Kortom, transparantie in de rapportage en presentatie over die aspecten, welk doel is nagestreefd, welke methoden zijn gebruikt, welke samenwerkingen bestonden, welke afwegingen zijn gemaakt, welke wegen afgesloten bleken, etc., is juist ook in die fase van groot belang, opdat de lezers of toehoorders, intern en/of extern, de uiteindelijk gerapporteerde en gepresenteerde bevindingen en opvattingen op waarde kunnen schatten.⁷⁴

68. Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.12: 'Met de deken en verweerder neemt de raad ook tot uitgangspunt dat het advocaten niet is verboden om in opdracht van de eigen cliënt feitenonderzoek te verrichten en daarover aan de cliënt te rapporteren. Hoe dat onderzoek moet worden ingericht en waaruit het moet bestaan, is in dat geval ter vrije bepaling aan de advocaat en de cliënt. (...)' Zie ook r.o. 5.19 waarin inderdaad geen 'protocolleringsplicht' wordt aangenomen.

69. Vgl. de opvatting van Tonkens in het verificatieonderzoek in de casus NS: om 'rekening houdend dat haar rapport te zijner tijd openbaar zou worden gemaakt' een protocol te maken en controleerbaar te volgen. Tonkens, 'Rapport van Verificatie' d.d. 9 september 2015, p. 9.

70. Denk, bijvoorbeeld, aan het geval dat een onderzoek opvolging betreft van een melding die valt onder de reikwijdte van de Wet Huis voor klokkenluiders waardoor rekening moet worden gehouden met de wettelijke eisen en mogelijk ook met een intern voor de cliënt geldend protocol (zie rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2019/02/05/integriteit-in-de-praktijk--de-meldregeling).

71. Bijv. Hof van Discipline 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181.

72. Zie kernwaarden art. 10a Advocatenwet en regel 12 Gedragsregels advocatuur 2018.

73. Vgl. bijv. de term 'deugdelijke grondslag' die in het verleden voor accountants werd gebruikt en tegenwoordig onder meer vervat is in het beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid. Met een 'deugdelijke grondslag' werd bedoeld dat 'de accountant slechts mededelingen doet omtrent de uitkomst van zijn arbeid voor zover zijn vakbekwaamheid en de door hem verrichte werkzaamheden daarvoor een deugdelijke grondslag vormen'. Zie hierover de Toelichting op artikelen 12-15 van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants.

74. Vgl. bijv. over externe verantwoording de opvatting van Tonkens in het verificatieonderzoek in de casus NS: 'Dat laat onverlet dat van een publiek gemaakt rapport van Onderzoek een objectief en onafhankelijk beeld mag worden verwacht.' Tonkens, 'Rapport van Verificatie' d.d. 9 september 2015, p. 8 alsook haar opvatting dat het niet uitvoeren van hoor en wederhoor bij publicatie van het voorlopig rapport bij voorkeur vermeld zou zijn, p. 14 en noot 2. Zie ook Brenninkmeijer over het belang van juiste *scoping* in het geval van 'politieke en publieke verantwoording', Rapport A.F.M. Brenninkmeijer, 'Was hier sprake van dubbele petten? Toetsing van de rapporten van De Brauw over de onregelmatigheden bij de NS inzake de aanbesteding in Limburg' d.d. 28 oktober 2015, p. 3. En tot slot, zie de Raad van Discipline hierover in Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.13-5.14: 'De raad overweegt dat het door de deken geformuleerde bezwaar dient te worden beschouwd in het licht van het feit dat verweerder wist dat NS zijn onderzoeksresultaten naar buiten wilde brengen en ze wilde gebruiken om aan de aandeelhouder (de Staat der Nederlanden) verantwoording af te leggen, en dat het rapport (...) ook daadwerkelijk is gepubliceerd en aan de Minister is verstrekt. In het kader van de beoordeling van het bezwaar is ook van belang dat uit het rapport (...) duidelijk blijkt dat het is opgesteld door een advocatenkantoor (met een goede naam) en dat het feit dat een rapporteur advocaat is gezag verleent aan hetgeen hij rapporteert en in de openbaarheid laat komen. Naar het oordeel van de raad moet aan de totstandkoming en aan de inhoud van een rapport als het onderhavige, dat ook wordt gebruikt voor externe verantwoording, onder meer met het oog op de daarbij mogelijk betrokken belangen van derden zware eisen worden gesteld. (...) Een andere eis is dat de onder-

Of en in welke mate de onderzoeksbevindingen en/of opvattingen worden gedeeld en met wie, blijft naar onze mening tot op het allerlaatste moment een onderwerp van gesprek tussen de advocaat en de cliënt. Uiteindelijk is voor een disclosure altijd de toestemming van de cliënt nodig. Dat verlangt de op de advocaat rustende geheimhoudingsplicht van hem of haar.⁷⁵

Mocht de cliënt, in overleg en afstemming met de advocaat, (toch) beslissen tot geheimhouding, dan is er voor anderen, zelfs de autoriteiten, geen U-bocht om de onderzoeksgegevens, -bevindingen en -opvattingen alsnog te verkrijgen. Dááaraan staat het verschoningsrecht van de advocaat in de weg.⁷⁶ Terwijl het verschoningsrecht wordt bekritiseerd, óók in het kader van de commotie rondom 'zelfonderzoeken',⁷⁷ en op allerlei fronten onder druk staat⁷⁸, behoeft dat recht juist bescherming

zoeker er al het redelijke aan doet om te voorkomen dat het openbaar gemaakte onderzoeksrapport aanleiding kan geven tot misverstanden. Een derde eis is dat in het te publiceren rapport alle relevante feiten moeten staan, ook als dat feiten betreft die de cliënt wel kent maar het publiek niet. (...).

75. Zie kernwaarden art. 10a Advocatenwet en art. 272 Wetboek van Strafrecht.
76. J.T.C. Leliveld en P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55, p. 391-392 twijfelen daaraan vanwege de Vestia-uitspraak, maar die twijfel delen wij niet. Zie daarover en voor relevante bronnen P. Schmelzer en J.F. Rense, 'In de bres voor het verschoningsrecht', *TvSeO* 2015, p. 150. Overigens, het (belang van het) verschoningsrecht betekent natuurlijk niet noodzakelijkerwijs dat altijd een beroep op het verschoningsrecht zal worden gedaan; in overleg en met toestemming van de cliënt kunnen onderzoeksgegevens en -bevindingen worden prijsgegeven. In HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS-enquête-uitspraak), r.o. 3.4.3 lijkt de Hoge Raad te stellen dat zo'n (gerichte) vrijgave niet per se betekent dat het verschoningsrecht überhaupt is prijsgegeven; dat maakt een afgewogen en gerichte bespreking van de onderzoeksgegevens en -bevindingen met, bijvoorbeeld, de controlerend accountant, bank, of de autoriteiten mogelijk.
77. Zie bijv. J. Polman, 'Zelfonderzoek bedrijven is geen klassenjustitie', *FD* 5 juni 2019; Kamervragen Van Nispen en Groothuizen (2019Z11430) d.d. 6 juni 2019 over het bericht dat bedrijven feitenonderzoek kunnen doen naar fraude en corruptie en M. Groothuizen en M. van Nispen, 'Fraudeonderzoek door eigen advocaat vergroot risico op misleiding van OM', *FD* 10 juni 2020.
78. Zie hierover bijvoorbeeld de Brief van de Nederlandse Orde van Advocaten aan de Tweede Kamer over het professioneel verschoningsrecht d.d. 3 september 2019, waarin de Algemeen Deken benoemt dat 'de afgelopen jaren het verschoningsrecht flink onder vuur [heeft] gelegen, met name omdat de (fiscale) opsporing met enige regelmaat stelt in lopende zaken veel 'last' te hebben van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht.' Hij benadrukt dat 'het verschoningsrecht er niet ten behoeve van de advocaat is, maar ten behoeve van de rechtzoekende en van de maatschappij als geheel' en dat 'de stelling dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht 'lastig' zouden zijn voor de opsporing en dat dus tot inperking ervan moet worden overgegaan, dat belang [miskent]'. Zie daarover en bespreking van die kritiek tevens P.

vanwege het grote maatschappelijke belang daarvan.⁷⁹ Ook in gevallen van 'zelfonderzoek'. Het is teleurstellend dat degenen die het onderwerp 'zelfonderzoek door advocaten' op de agenda plaatsten en daarover meepraten nogal eens aan dat belang voorbij gaan en daaraan twijfelen.⁸⁰

Een beroep op het verschoningsrecht in het geval van 'zelfonderzoek' leidt helemaal niet tot misleiding, 'een mantel der liefde' of een 'doofpot'. Alle gebruikelijke middelen en methoden om signalen of issues überhaupt aan te kaarten of verder te onderzoeken, voor alle relevante stakeholders, zoals de controlerend accountant, de autoriteiten, etc., blijven gewoon bestaan en kunnen worden aangeboord en ingezet. Dat zij niet zonder meer kunnen putten uit de onderzoeksgegevens en -bevindingen van de advocaat dient een belangrijk, zwaarwegend maatschappelijk doel, dat, zo oordeelt de Hoge Raad al decennia onomwonden, voorgaat: gewaarborgde vertrouwelijke rechtsbescherming opdat 'een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'.⁸¹

9. Afronding

Wij hopen dat dit artikel en opvattingen van andere professionals in dit veld (zie o.a. enkele quotes van andere advocaten in de kaders bij dit artikel⁸²), bijdragen aan een genuanceerdere discussie en blik op de toekomst van intern onderzoek door advocaten. Wij dragen aan waarom met voldoende vertrouwen én draagvlak kan worden aangenomen dat interne onderzoeken door advocaten en rapportages daarover waardevol zijn en voldoende zorgvuldig en transparant om op waarde te kunnen schatten. Daarmee kunnen deze in voorkomende gevallen dus ook worden gebruikt, waaronder in opsporingsonderzoeken door het Openbaar Ministerie. Wij zijn ervan overtuigd dat vanuit dat startpunt een meer constructieve en oplossingsgerichte discussie mogelijk is over reële problemen of vraagpunten rondom de complexiteit van (internationale) financieel-economische compliance, capaciteitstekorten in de opsporing- en vervolging

Schmelzer en J.F. Rense, 'In de bres voor het verschoningsrecht', *TvSeO* 2015, p. 146-159.

79. Zie hiervoor en HR 1 maart 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9066 (Notaris-Maas) en voor een recente bevestiging (en overige belangrijke uitgangspunten): HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS-enquête-uitspraak).
80. Zie noot 77.
81. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9066 (Notaris-Maas) en voor een recente bevestiging (en overige belangrijke uitgangspunten): HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS-enquête-uitspraak).
82. En bijvoorbeeld ook: D. de Wolff, 'Onderzoek door advocaten is per definitie partijdig', *De Jurist*, 25 juni 2020, dejurist.com/nieuws/50008006/hoogleraar-diana-de-wolff-onderzoek-door-advocaten-is-per-definitie-partijdig.

daarvan, mogelijkheden tot controle en verificatie van interne onderzoeken, afdoeningsrichtsnoeren en -modaliteiten van financieel-economische non-compliance⁸³ en wat dies meer zij.

‘Ook in de toekomst zullen advocaten betrokken blijven bij interne onderzoeken. Ondernemingen zullen ook dan willen weten wat precies gebeurde bij een gemelde mogelijke misstand zonder meteen naar het OM te gaan. Advocaten zijn vanwege hun juridische kennis en ervaring met relevante feiten verzamelen bij uitstek voor dit soort werk geschikt. De onderzoeken moeten dan wel verricht worden door advocaten die kennis en ervaring hebben in het verrichten daarvan. Het tuchtrecht borgt de kaders. In hoeverre het OM waarde zal toekennen aan een intern onderzoek door een advocaat hangt volledig af van de (gepercipieerde) onafhankelijkheid, objectiviteit en deskundigheid waarmee het plaatsvond. Dat heeft de advocatuur zelf in de hand door niet te veel te willen bij een en dezelfde cliënt.’

Mr. A.J.P. Tillema, partner bij Ivy Advocaten en het afgelopen jaar werkzaam als adviseur van de FIOD

‘Indien de samenleving ernaar blijft streven dat een bepaalde minimumhoeveelheid complexe en vaak ook internationale zaken efficiënt en binnen een redelijk tijdsverloop wordt afgedaan, waarbij ook de nodige aanscherping van het compliancebeleid binnen ondernemingen plaatsvindt, valt aan interne onderzoeken haast niet te ontkomen. Het aantal onderzoeken zal op termijn dan ook blijven groeien, zij het dat er zo nu en dan discussie zal zijn over de kwaliteit van onderzoeken in algemene zin en specifiekere, spraakmakende onderzoeken. Dergelijke discussie kan voor de rechtspraak zonder meer nuttig zijn, mits deze constructief wordt gevoerd en gericht is op stelselmatige verbeteringen.’

Mr. A. de Swart, partner bij Wladimiroff Advocaten

83. Zie bijv. M. Velthuis, 'Medewerking door ondernemingen aan een strafrechtelijk onderzoek', *TBSøH* 2020, p. 99-101 en A.J.M. de Swart en F. Mattheijer, 'Zelfmelding en meewerken, wat schuift het?', *TVSøO* 2018/2, p. 103.