



# 55. Trust me, I'm a lawyer

## INTERN ONDERZOEK DOOR ADVOCATEN TEGEN DE ACHTERGROND VAN DE KERNWAARDEN VAN DE ADVOCATUUR

**De afgelopen periode is (de uitkomst van) door advocaten uitgevoerd intern onderzoek, bijvoorbeeld bij SBM, NS en Vestia, bron van discussie. In deze bijdrage wordt verkend welke status het rapport van een advocaatonderzoeker toekomt, gelet op de taakopvatting van de advocaat in relatie tot de kernwaarden van de advocatuur.**

### 1 Inleiding

Het waren voor advocaten mooie jaren in de interne (fraude) onderzoekspraktijk: een praktijk die tot nog niet zo lang geleden voor het overgrote deel in handen was van forensisch accountants.<sup>1</sup> Na discussies in het verleden over door forensisch accountants uitgevoerde onderzoeken, mag thans de interne onderzoekspraktijk (dan wel het resultaat daarvan) van advocaten op bijzondere aandacht rekenen.

Zo werden recent vraagtekens geplaatst bij de kernwaarden van de advocatuur in relatie tot het door advocaten doen van intern onderzoek. Veel aandacht kwam daarbij (in de pers) toe aan het handelen van advocaten met betrekking tot het interne onderzoek bij de Nederlandse Spoorwegen (NS). In het bijzonder ging het daarbij over de verhouding tussen de kernwaarden onafhankelijkheid en partijdigheid en de mogelijke aanwezigheid van tegenstrijdige belangen.<sup>2</sup> Daarnaast is het door de betrokken advocaten al dan niet beperken van de omvang van het interne onderzoek in het kader van het corruptieonderzoek bij SBM Offshore kritisch besproken in

een uitvoerige bijdrage in *Vrij Nederland*.<sup>3</sup> Ook het verschoningsrecht met betrekking tot (de uitkomst van) interne onderzoeken werd ter discussie gesteld. Ten aanzien van dit laatste onderwerp kan in het bijzonder de uitspraak van de Rechtbank Den Haag in de Vestia-zaak worden genoemd, waar een beroep op het verschoningsrecht met betrekking tot het interne advocatenonderzoek niet werd gehonoreerd.<sup>4</sup>

In deze bijdrage zullen wij tegen de achtergrond van de hiervoor aangehaalde onderwerpen, maar zonder de afzonderlijke casus te willen verslaan en/of bekritisieren, ingaan op voor de interne onderzoekspraktijk van advocaten relevante thema's. Onze bedoeling is daarbij niet meer of anders dan een aanzet geven tot een discussie met betrekking tot de vraag welke status het rapport van een advocaat-onderzoeker toekomt, gelet op de taakopvatting van de advocaat in relatie tot de kernwaarden van de advocatuur.<sup>5</sup>

1 Zie bijv. P. Couwenbergh & J. Piersma, 'Advocaat verdringt accountant', *Het Financieele Dagblad* 16 maart 2015.

2 Bijv. A. Dohmen & T. van der Heijden, *Het Financieele Dagblad* 8 augustus 2015 en naar aanleiding van media-aandacht bijv. P. Olden, 'Tumult over interne onderzoeken', *Ondernemingsrecht* 2015/93.

3 H.E. Botje, J. Exelby & E. Padberg, 'De cover-up bij multinational SBM', *Vrij Nederland* 4 februari 2015, maar zie ook [www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@87202/sbm-offshore-betaalt](http://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@87202/sbm-offshore-betaalt).

4 Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248.

5 Wij hebben het voornemen in een later stadium nader (dus niet in deze bijdrage) meer aandacht te besteden aan de inhoud van deze interne door advocaten uitgevoerde onderzoeken.

## 2 Het fenomeen 'interne onderzoeken': het speelveld

Aanleiding voor het doen van intern onderzoek binnen een bedrijf vormt vaak het vermoeden van fraude.<sup>6</sup> Interne onderzoeken hoeven natuurlijk niet altijd betrekking te hebben op fraudegerelateerde onderwerpen. Zo is het (ook) mogelijk dat interne onderzoeken betrekking hebben op de oorzaak/oorzaken van calamiteiten, bijvoorbeeld bij een (grote) brand of een dodelijk (arbeids)ongeval. Dergelijke interne calamiteitenonderzoeken, door advocaten uitgevoerd, zijn op dit moment nog minder bekend dan interne fraudeonderzoeken. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat fraudeonderzoeken in het verleden vooral het terrein van forensisch accountants waren en via de corporate advocatenpraktijk (waar al nauwe banden aanwezig waren met accountants en meer algemeen de zakelijke dienstverlening) deels in handen zijn gekomen van advocaten. Voor onderzoeken naar calamiteiten werd en wordt vaak gebruikgemaakt van allerhande deskundigen. De markt van die deskundigen is heterogeen en de aan de orde zijnde onderwerpen (bijvoorbeeld een grote brand in de petrochemie of een onderzoek naar vermoedelijke medische misstanden) hebben minder raakvlakken met de corporate advocatenpraktijk. De juridische vraagpunten bij interne fraude- en calamiteitenonderzoeken zullen elkaar bij betrokkenheid van advocaten onzes inziens echter niet veel ontlopen.

In literatuur wordt wel opgemerkt dat er bij fraudevermoedens, voor zover het Nederland betreft, voor ondernemingen geen expliciete algemene verplichting is tot het (laten) verrichten van intern fraudeonderzoek.<sup>7</sup> Hierbij worden vanuit de accountancy evenwel vraagtekens geplaatst.<sup>8</sup> Zeker voor grotere bedrijven brengt aanpalende regelgeving met zich mee dat niet goed denkbaar is dat bij fraudevermoedens geen onderzoek zal plaatsvinden. Soms volgen onderzoeksverplichtingen ook uit specifieke (financiële en economische)

regelgeving.<sup>9</sup> Zo brengt de Wet financieel toezicht voor een onderneming in de financiële sector met zich mee dat de bedrijfsvoering beheerst en integer is. Daaronder wordt mede begrepen het beheersen van risico's op eventuele onregelmatigheden. Een ander niet-fraudegerelateerd voorbeeld staat in de Wet milieubeheer. Daarin is de verplichting opgenomen om gegevens te verstrekken omtrent de oorzaken van een voorval op het gebied van milieu en de omstandigheden waaronder het voorval zich heeft voorgedaan.<sup>10</sup> Bedrijven ontkomen er om die reden vaak niet aan om opdracht te geven tot het doen van intern onderzoek naar oorzaak en gevolg.

## 3 Onafhankelijk van de cliënt

De vraag of door advocaten verricht intern onderzoek onafhankelijk is, heeft de afgelopen tijd misschien wel de meeste aandacht gekregen. Het onderwerp 'onafhankelijkheid' biedt op zichzelf ruim voldoende aanleiding voor discussie. De juridische uitleg van het begrip 'onafhankelijkheid' laat zich soms namelijk moeilijk rijmen met de maatschappelijke perceptie daarvan. De discussie wordt versterkt doordat in het spraakgebruik geen onderscheid wordt gemaakt tussen de 'onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt' en 'het doen van onafhankelijk onderzoek', wat niet hetzelfde is, althans hoeft te zijn. Advocaten hebben die onduidelijkheid verder versterkt door te spreken over 'onafhankelijk onderzoek', terwijl die term zonder nadere duiding niet altijd correct of volledig is.

Sinds 1 januari 2015 zijn de kernwaarden voor advocaten opgenomen in artikel 10a Advocatenwet. Een van deze kernwaarden is onafhankelijkheid. Ten aanzien van de kernwaarde onafhankelijkheid geldt over het algemeen, dus ook bij door advocaten uitgevoerde interne onderzoeken, dat de advocaat onafhankelijk behoort te zijn ten opzichte van eenieder: zijn cliënt, de overheid, de rechter en anderen. Ook dient hij onafhankelijk te staan tegenover de zaak die hij behandelt. Hij benadert de zaak met voldoende afstand en is daarbij onbevangen en onbevooroordeeld, aldus onder meer de memorie van toelichting (MvT) bij de Advocatenwet.<sup>11</sup>

In de MvT is aangegeven dat het in acht nemen van onafhankelijkheid niet betekent dat de advocaat geen relatie met zijn

6 Vgl. R. van den Bosch & B.C.G. Jennen, 'Het interne fraudeonderzoek', *Tijdschrift voor compliance* 2008, nr. 1; J.T.C. Leliveld, 'Aspecten van sanctierecht bij intern onderzoek naar onregelmatigheden', in: Nederlands Compliance Instituut, *Jaarboek Compliance 2009*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Geling Publishing 2009; 'Het interne fraudeonderzoek in internationaal perspectief', *Tijdschrift voor compliance* 2012, nr. 2; M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corruptie compliance: wat te doen als het misgaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4.

7 Vgl. N.M.D. van der Aa & H.J.Th. Biemond, 'Het interne fraudeonderzoek in internationaal perspectief', *TvCo* 2012, p. 121-126; Somsen & Van Staden ten Brink, a.w. In deze bijdrage zal – hoewel vaak relevant – niet worden ingegaan op mogelijk buitenlandse verplichtingen.

8 Verwezen wordt dan naar art. 26 Wet toezicht accountantsberoep (Wta) jo art. 36 en 37 Besluit toezicht accountantsberoep (Bta), in het bijzonder wordt verwezen naar art. 37m lid 1 Bta (met dank aan prof. M. Pheijffer).

9 Vgl. R.M.I. Lamp, 'Self reporting en intern onderzoek', in: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder de Wft en de Pw* (Onderneming en Recht, deel 76), Deventer: Kluwer 2013, i.h.b. p. 426-427 en Van der Aa & Biemond, a.w., met verwijzingen naar art. 3:17, 4:11, 4:14 en 4:15 Wft.

10 Art. 17.1 en 12 Wmb.

11 MvT, p. B-9.

cliënt zou mogen opbouwen. Deze relatie mag echter niet zo ver gaan dat deze afbreuk kan doen aan de verantwoordelijkheid van de advocaat om een cliënt zo nodig van kritisch advies te dienen.<sup>12</sup> Om kritisch advies te kunnen geven, kan het advocatenkantoor onzes inziens in het verleden in ieder geval geen betrokkenheid hebben gehad met onderwerpen die mogelijk in het onderzoek zijn of (zullen) worden betrokken.

Als een potentiële cliënt zich tot een advocatenkantoor wendt met het verzoek tot bijstand bij een intern fraudeonderzoek, dient (zoals altijd) de eerste vraag voor dat advocatenkantoor te zijn: wie is eigenlijk mijn (potentiële) opdrachtgever en ben ik onafhankelijk genoeg, heb ik voldoende distantie, om deze potentiële cliënt kritisch te adviseren? Het is niet onbegrijpelijk dat een potentiële cliënt zich voor een netelige fraudekwestie wendt tot het advocatenkantoor waarmee hij al een bestaande vertrouwensrelatie heeft. Niet onbegrijpelijk, maar wel potentieel problematisch. Zo werd in de NS-kwestie, waarbij een advocatenkantoor betrokken was dat een bestendige relatie had met NS, de vraag aan de orde gesteld of de advocaat in een dergelijk geval zijn onderzoek wel 'onafhankelijk' kan uitvoeren.<sup>13</sup> Wij begrijpen deze kritische kanttekeningen aldus, dat de vraag was of de advocaat voldoende (nog) vrij was om zijn cliënt kritisch te adviseren.

De kwestie van het verrichten van intern fraudeonderzoek bij een bestaande cliënt komt niet uit de lucht vallen: met name in de internationale praktijk is hierover al veelvuldig nagedacht.<sup>14</sup> Daarbij is de gangbare opinie dat een bestaande relatie op zichzelf niet aan het doen van intern onderzoek in de weg hoeft te staan. Het kan echter nuttig zijn om hierover reeds bij aanvang nadere afspraken te maken en duidelijk te maken hoe hiermee bij het onderzoek zal worden omgegaan.<sup>15</sup> Dit geldt temeer als wordt beoogd of als rekening moet worden gehouden met het feit dat de uitkomst van het onderzoek in het publieke domein terechtkomt. In dat geval kan het voor de legitimatie van het onderzoek onder omstandigheden beter zijn om het onderzoek te laten uitvoeren door een kantoor dat geen eerdere betrokkenheid had met de cliënt in kwestie.<sup>16</sup>

12 *Kamerstukken II 2009/10, 32382, 3 (MvT)*, p. 8-9, ook al Commissie Advocatuur, *Een maatschappelijke Orde*, 24 april 2006.

13 Brief minister Dijsselboem van 8 juni 2015 naar aanleiding van Kamervragen over onregelmatigheden Limburg ([www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/06/08/antwoorden-kamervragen-onderzoek-van-ns-onregelmatigheden-qbuzz](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/06/08/antwoorden-kamervragen-onderzoek-van-ns-onregelmatigheden-qbuzz)).

14 Vgl. de diverse auteurs in P. Lomas & D.J. Kramer (eds.), *Corporate internal investigations. An international guide*, Oxford (NY): Oxford University Press 2008, p. 115-116 (p. 169-170 Engelse editie).

15 Vgl. Commissie Advocatuur, a.w., p. 14.

16 Vgl. Olden, a.w. en P. Couwenbergh & J. Piersma, 'Niet verboden wel bedenkelijk', *Het Financieele Dagblad* 25 juni 2015.

#### 4 Onafhankelijk van de cliënt en tegenstrijdige belangen

Een eventueel bestaande relatie heeft echter niet alleen gevolgen voor de vraag aangaande dan wel de perceptie van de onafhankelijkheid van de advocaat-onderzoekers ten opzichte van de (potentiële) cliënt, maar kan ook tot discussie leiden met betrekking tot de vraag in hoeverre vanwege eerdere betrokkenheid sprake kan zijn van (potentieel) tegenstrijdige belangen, zoals bedoeld in Gedragsregel 7. Personen die in het verleden als gesprekspartner (van de advocaat) namens de rechtspersoon golden, kunnen immers mogelijk onderwerp van het interne onderzoek worden. Dergelijke ontwikkelingen kunnen vaak niet op voorhand worden uitgesloten, zeker niet als voor eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid relevante vragen spelen als wie allemaal (op welk moment) over wetenschap beschikten over het te onderzoeken berispelijk handelen. De dynamiek van een intern onderzoek is soms moeilijk te voorspellen. Er dient aldus rekening mee te worden gehouden dat een onderzoek niet beperkt blijft of kan blijven tot bijvoorbeeld de afdeling verkoop of de regio Zuid-Amerika.

Dit is de reden dat bij grotere bedrijven (of corporaties) vaak de Raad van Commissarissen bij het uit te voeren interne onderzoek betrokken zal zijn en niet, althans niet alleen, de Raad van Bestuur. Wetenschap, handelen en nalaten van (leden van) de Raad van Bestuur worden soms direct of indirect in het onderzoek betrokken.<sup>17</sup> Het zal voor veel advocatenkantoren echter juist die Raad van Bestuur zijn, die bij normale juridische advisering als gesprekspartner geldt. Dit onderwerp dient in ieder geval voor aanvang van het interne onderzoek bij de betrokkenen te worden geadresseerd, om te voorkomen dat daarover nadien met de cliënt dan wel anderszins discussie ontstaat.

#### 5 De rol van de advocaat bij interne onderzoeken in het licht van de kernwaarden partijdigheid en onafhankelijkheid

De kernwaarde onafhankelijkheid van de advocaat kan niet los worden gezien van de kernwaarde partijdigheid. Tussen de verschillende kernwaarden geldt geen rangorde.<sup>18</sup> In de MvT staat onder meer dat de kernwaarden partijdigheid en

17 Vgl. de Libor-kwestie uitmondend in de art. 12 Sv-beslissing van Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204 en *NbSr* 2015/119, m.nt. J. Leliveld.

18 Wat niet onverlaat laat dat over de volgorde van kernwaarden eindeloos kan worden gediscussieerd ([www.beroepsopleiding.advocatenorde.nl/archief-nieuwsbrieven/133-de-kernwaarden-van-de-advocatuur-in-de-schijnwerpers-2](http://www.beroepsopleiding.advocatenorde.nl/archief-nieuwsbrieven/133-de-kernwaarden-van-de-advocatuur-in-de-schijnwerpers-2)).

onafhankelijkheid met elkaar op gespannen voet lijken te staan. Partijdige belangenbehartiging en onafhankelijkheid zijn echter, zo wordt aangegeven, complementair aan elkaar.

Partijdigheid betekent dat de advocaat het partijbelang van zijn cliënt naar zijn beste vermogen tot uitdrukking brengt. De advocaat moet dan ook naar beste weten het belang van zijn cliënt dienen en niet de belangen van anderen (of zijn persoonlijk belang). Om dit belang naar behoren te kunnen dienen, licht de advocaat zijn cliënt zo compleet mogelijk voor over diens zaak, over de kansen en de risico's, en geeft hij advies over de te volgen strategie en over de wijze van omgaan met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en van derden.

Dat de advocaat uitsluitend instructies ontvangt van zijn cliënt, betekent evenwel niet dat hij zonder meer gehouden is om al hergeen te doen dat hem door zijn cliënt wordt opgedragen. Integendeel. De advocaat behoort zich, gelet op het vereiste van onafhankelijkheid, niet met zijn cliënt te vereenzelvigen. De op grond van artikel 3, tweede lid, Advocatenwet afgelegde eed of belofte stelt duidelijke grenzen aan de uitvoering van opdrachten van een cliënt.<sup>19</sup>

Böhler schrijft (met aanhaling van de MvT) over de relatie tussen de kernwaarden onafhankelijkheid en partijdigheid:

'Ten slotte dient de advocaat, en dat kan niet vaak genoeg benadrukt worden, zijn onafhankelijkheid ook te bewaken tegenover zijn eigen cliënt. En dat ondanks een andere kernwaarde, de partijdigheid. Want partijdigheid betekent geenszins dat de advocaat klakkeloos de wensen van de cliënt moet volgen. De advocaat moet de cliënt van zorgvuldige juridische bijstand voorzien en dat kan hij alleen doen indien hij zich ook ten opzichte van de eigen cliënt onafhankelijk opstelt. Dat houdt mede in dat de advocaat zich niet mag vereenzelvigen met de cliënt en diens belangen. Juist omdat de advocaat enkel het belang van de cliënt voor ogen mag hebben, moet de advocaat dus enige afstand bewaren van de cliënt.<sup>20</sup>

Deze laatste zin is wat ons betreft cruciaal. Onafhankelijkheid heeft in de relatie tot de cliënt tot doel dat hij het partijbelang zo goed mogelijk kan dienen. Het lijkt ons ook onmogelijk om als advocaat afstand te doen van de kernwaarde partijdigheid, door bijvoorbeeld te zeggen: wij zijn in dit onderzoek niet partijdig.

Wij menen dat het wel een partijbelang is dat bij het doen van intern onderzoek gewaarborgd is dat er bij de uitvoering van het onderzoek geen belemmeringen zijn en dat advocaten het onderzoek derhalve in vrijheid kunnen uitvoeren en zich onbelemmerd en zonder druk van informatie kunnen voorzien. Als in het kader van interne onderzoeken wordt gesproken over 'onafhankelijk onderzoek', betekent dit onzes inziens niets meer en niets minder dan dat de advocaat de mogelijkheid had om onbelemmerd onderzoek uit te voeren. Maar 'onpartijdig' in de zin van (volstrekte) onafhankelijkheid van de cliënt, bijvoorbeeld met betrekking tot de (presentatie van de) uitkomsten van dat onderzoek kan de advocaat, gelet op zijn partijdige positie, naar onze mening niet zijn.

## 6 De omvang van het onderzoek

De SBM Offshore-kwestie bracht het onderwerp 'scoping' in het middelpunt van de belangstelling. Het ging daarbij om het bepalen van de omvang van het onderzoek, een tamelijk belangrijk onderwerp. Voor het bepalen van de omvang van het onderzoek zijn primair de dan al bekende feiten of vermoedens van belang, maar dan nog blijven er legio vragen over. Als er een vermoeden van fraude (omkoping) is in land A in Zuid-Amerika bij product X, dient het onderzoek zich dan te beperken tot dat land, tot dat product, tot de daarbij betrokkenen, of is breder onderzoek noodzakelijk? En welke periode dient het onderzoek (dan) te beslaan? Soms zal het beantwoorden van deze vragen al leiden tot een eerste inventariserend onderzoek. Er kunnen legio legitieme redenen zijn voor het beperken van de omvang van het onderzoek, zoals de op dat moment beschikbare tijd, middelen en mankracht. Het is een belangrijke en goede taak voor advocaten om op een goede wijze tot een afbakening van het onderzoek te komen. Soms, bijvoorbeeld als het vermoeden bestaat van een levensbedreigende situatie, is er geen ruimte voor keuzes of prioritering. Dan dient het onderzoek (min of meer) alles te omvatten wat voor het onderwerp van belang kan zijn.

Bij het bepalen van een juiste omvang van het onderzoek spelen wederom de kernwaarden onafhankelijkheid en partijdigheid een belangrijke rol. De advocaat moet kritisch genoeg zijn om een cliënt te adviseren om te (laten) onderzoeken wat nodig is. Voor de vraag wat nodig is, zal een partijdige analyse moeten worden gemaakt waarbij juridische risico's (commerciële risico's, reputatierisico's) allemaal worden meegewogen. Wij denken dat dit woordgebruik het publieke debat heeft beïnvloed. Het woord 'scoping' zou de indruk kunnen wekken dat sprake is van *framing* en het woord 'containing' zoals aangehaald in de publicaties over het SBM Offshore-onder-

19 MvT, p. 8-9 (selectie).

20 E. Bauw, B. Böhler & M. Westerveld, *Togadragers in de rechtsstaat. De juridische professies en de toegang tot het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 99-100.

zoek wekt de indruk dat alles in het werk moet worden (of werd) gesteld om een probleem niet groter te laten worden. De termen zijn onzes inziens op zijn minst genomen ongelukkig. Advocaat-onderzoekers zullen de voor de scope van het onderzoek gemaakte keuzes moeten kunnen verantwoorden.

## 7 De rol van de advocaat bij interne onderzoeken in het licht van het verschoningsrecht

Dat een advocaat-onderzoeker (onzes inziens) altijd een partijbelang dient, heeft ook consequenties voor de toepassing (of toepasselijkheid) van het verschoningsrecht op het interne onderzoek, althans de resultaten daarvan. Voorheen werd in zijn algemeenheid wel aangenomen dat (de uitkomst van) een intern onderzoek onder het verschoningsrecht van advocaten viel. Immers, advocaten die worden verzocht intern onderzoek te verrichten krijgen een dergelijke opdracht van een cliënt uit hoofde van hun functie (advocaat). Een dergelijk onderzoek wordt bovendien verricht binnen een juridisch kader en met inzet van de juridische expertise van de advocaat. Dat dit soort onderzoek soms voor een belangrijk deel feitelijk van aard is, maakte dit niet anders, zo was althans de gedachte.<sup>21</sup> Het verschoningsrecht bij door advocaten uitgevoerde onderzoeken gold in de afgelopen jaren dan ook wel als *unique selling point* voor de onderzoekspraktijk van advocatenkantoren.

Dit jaar is dit verschoningsrecht bij interne onderzoeken echter onder vuur komen te liggen. De Rechtbank Den Haag heeft in een civiele procedure (samengevat) Vestia bevolen afschrift te verstrekken van een door een advocatenkantoor opgesteld rapport waarin de bevindingen van intern onderzoek zijn neergelegd.<sup>22</sup> De belangrijkste overwegingen van de rechtbank voor die conclusie luiden als volgt:

'De commissarissen (...) hebben onweersproken gesteld dat het doel van het onderzoek volgens de onderzoeksopdracht gelegen was in het verkrijgen van een onafhankelijk en objectief beeld van de feitelijke gang van zaken (...). Uit de bij de inzage in het concept-rapport door de raadslieden van de commissarissen gemaakte aantekeningen blijkt dat in het rapport staat: "Het rapport bevat uitsluitend feitelijke bevindingen omtrent de in par. (...) vermelde onderwerpen van het Onderzoek. Het Rapport bevat geen juridische bevindingen, noch juridische kwalificaties of juridische conclusies van vermelde feitelijke bevindingen." Verder hebben

de commissarissen onweersproken gesteld dat in het rapport een voorbehoud wordt gemaakt door het uitspreken van de verwachting dat Vestia het rapport zou (moeten) delen met de relevante autoriteiten en erop gewezen dat Vestia in de aan deze procedure voorafgaande aansprakelijkstelling aan de commissarissen heeft geschreven dat (X) "onafhankelijk onderzoek heeft gedaan naar de wijze waarop de derivatenportefeuille tot stand is gekomen". [A] heeft deze standpunten van de commissarissen onderschreven.

Gezien het voorgaande is hiermee geen sprake van een intern, adviserend en vertrouwelijk stuk over de standpuntbepaling door Vestia in eventueel door haar te voeren gerechtelijke procedures, doch van een stuk dat de weerslag vormt van een feitelijk onderzoek. De door Vestia aangehaalde mededeling van (X), dat het rapport valt binnen de reikwijdte van het (functioneel) verschoningsrecht van (advocaten van) (X), wordt gelogenstraft door de door de commissarissen aangehaalde passage, waarin (X) benadrukt dat het rapport geen juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies bevat en door het voorbehoud ten aanzien van verstrekking van het rapport aan de relevante autoriteiten. Tevens is van belang dat er aan de commissarissen eerder reeds inzage in het rapport is verstrekt. Aldus is geen sprake van een door de advocaten van Vestia aan Vestia uitgebracht juridisch advies waarvan Vestia de inhoud in beginsel niet met derden hoeft te delen, aangezien anders het in Nederland geldende rechtsbeginsel dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene moet kunnen wenden tot een advocaat voor bijstand en advies, in te grote mate geweld zou worden aangedaan. Het door Vestia gedane beroep op het (afgeleid) verschoningsrecht van (de advocaten van) (X) stuit af op het voorgaande.'

De rechtbank geeft onzes inziens evenwel een (te) beperkte uitleg aan het verschoningsrecht. Speyart bespreekt dit *to the point* in zijn noot bij de aangehaalde uitspraak.<sup>23</sup> Hij geeft onder meer aan dat de rechtbank de cruciale vraag – namelijk of uitgesloten is dat het rapport bestemd was of kon zijn om als input te dienen om advies te krijgen voor de eigen rechtspositie, bij hetzelfde of een ander advocatenkantoor – niet beantwoordt. Het gaat dan om het uiteindelijke doel van het rapport. Wij menen dat het resultaat van een door een onafhankelijke advocaat (dus een advocaat die zijn cliënt van kritisch advies kan dienen) uitgevoerd onafhankelijk onderzoek (een onderzoek zonder belemmeringen) vrijwel altijd tot uiteindelijk doel zal hebben om te worden geadviseerd over de rechtspositie van de cliënt. De onafhankelijkheid dus om het partijbelang te dienen. Om die reden menen wij dat advocatenonderzoek zonder

21 Vrij letterlijk citaat van Lamp, *a.w.*, p. 435.

22 Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248 en vgl. de overzichtelijke noot van H.M.H. Speyart in *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015, afl. 6.

23 Speyart, *a.w.*

verschoningsrecht moeilijk voorstelbaar blijft, tenzij in dit opzicht afscheid zou worden genomen van kernwaarden van de advocatuur, maar eerder concludeerden wij al dat wij ons daar ook weinig bij kunnen voorstellen.<sup>24</sup> Wellicht helpt ter gedachtevorming nog de vergelijking met een 'eenvoudig' gesprek tussen een van een inbraak verdachte cliënt en zijn raadsman. Natuurlijk wordt in een dergelijk gesprek ook getracht de feiten inzichtelijk te krijgen: waar was de cliënt op het moment van de inbraak, welke kleding droeg de cliënt enzovoort, teneinde de cliënt adequaat van advies te kunnen dienen over zijn rechtspositie en de in dat kader (door de cliënt) te maken keuzes. De informatie die een cliënt in dat kader aan zijn advocaat verstrekt, valt onder het verschoningsrecht van de advocaat, hoe feitelijk van aard dan ook.<sup>25</sup> Misschien moet de discussie omtrent het verschoningsrecht ook niet veel ingewikkelder worden gemaakt dan dit.

## 8 De illusie van verschoning

Onze conclusie is derhalve dat het resultaat van intern onderzoek in ieder geval in beginsel onder het verschoningsrecht valt. Het recht wordt soms echter ingehaald door de realiteit. In de praktijk is er vaak veel druk om het verschoningsrecht op te geven.<sup>26</sup> Zie daartoe ook de onlangs nog in de Tweede Kamer gevoerde discussies over het interne onderzoek bij de NS. Het wordt voor bedrijven steeds moeilijker om geen publieke verantwoording af te leggen over de uitkomsten van het interne onderzoek. Bij het afleggen van die verantwoording wordt vaak geen genoegen genomen met minder dan (inzage in) het volledige onderzoek. Dit geldt temeer als het bedrijven betreft die in meer of mindere mate een publieke taak hebben.

In het buitenland (Verenigde Staten) geldt vaak de door toezichthouders en opsporende instanties gestelde eis dat volstrekte openheid dient te worden gegeven indien een bedrijf in aanmerking zou willen komen voor (een vorm van) buitengerechtelijke afdoening:

*'(...) the company must completely disclose to the Department all relevant facts about individual misconduct. Companies cannot pick and choose what facts to disclose.'*<sup>27</sup>

24 Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat advocaten zich uiteraard goed rekenschap moeten geven van dit 'privilege'; het verschoningsrecht dient het doel van de advocatuurlijke werkzaamheden en is geen product dat afzonderlijk kan worden verkocht.

25 Met dank aan input in een gesprek met B. Fibbe, advocaat te Rotterdam.

26 Vgl. Somsen & Van Staden ten Brink, *a.w.*

27 U.S. Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General,

Ook in Nederland is voor toezichthouders en Openbaar Ministerie steeds vaker relevant in hoeverre volstrekte openheid wordt gegeven.<sup>28</sup>

Dat betekent, kort gezegd, dat een beroep op het verschoningsrecht juridisch gezien wel bestaat (en blijft bestaan), maar feitelijk gezien in de afweging van belangen niet onder alle omstandigheden een haalbare kaart is. Voor zover het niet inroepen van het verschoningsrecht met betrekking tot (de resultaten van) het interne onderzoek op een (geïnformeerde) afweging van de cliënt berust, is dat als zodanig wellicht begrijpelijk, maar advocaat-onderzoekers lijken in de praktijk de neiging te hebben om richting de 'onderzochten' in relatief absolute termen aan te geven dat het onderzoek, dan wel het resultaat daarvan, onder het verschoningsrecht van de advocaat valt. Dat is formeel juridisch wellicht waar, maar dat betekent – zoals hiervoor aangegeven – niet dat dit rapport niet openbaar wordt gemaakt, dan wel om diezelfde reden onder geen beding zal worden verstrekt aan toezichthouders of het OM.

## 9 Samenvatting

In deze bijdrage hebben wij het speelveld van het werk van de advocaat-onderzoeker summier verkend aan de hand van de kernwaarden onafhankelijkheid en partijdigheid. Wij concludeerden dat omtrent de kernwaarde onafhankelijkheid in relatie tot intern onderzoek door advocaten misverstanden bestaan. De advocaat dient onafhankelijk te zijn ten opzichte van zijn cliënt in die zin dat hij is staat is deze kritisch van advies te voorzien. Daarnaast dient hij geen tegenstrijdige belangen te hebben bij het uitvoeren van intern onderzoek (bijvoorbeeld als gevolg van eerdere bijstand). Verder reikt zijn onafhankelijkheid niet. Om kritisch te kunnen adviseren is het (ook) van belang dat de advocaat-onderzoeker onbelemmerd intern onderzoek kan verrichten. Dit alles wel ten dienste van zijn rol als partijdige belangenbehartiger van zijn cliënt. De kernwaarden van de advocaat zijn niet los verkrijgbaar en onafhankelijkheid en partijdigheid gelden als yin en yang. Vanwege de rol als partijdige belangenbehartiger zijn wij van mening dat (het resultaat) van het interne onderzoek onder het verschoningsrecht van de advocaat dient te vallen. In de praktijk blijkt echter dat het door politieke, publieke of juridische druk moeilijk kan zijn om het verschoningsrecht overeind te houden.

September 9th 2015, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing.

28 Vgl. Lamp, *a.w.*, p. 438-439.