

Intern (fraude)onderzoek door advocaten - werknemers in de knel?

ArbeidsRecht 2021/21

In deze bijdrage worden aan de hand van literatuur en rechtspraak van de advocatentuchtrechter enkele aandachtspunten gegeven voor de (arbeidsrecht)advocaat die in opdracht van een organisatie intern onderzoek doet en waarin werknemers kunnen zijn betrokken als informant of als voorwerp van onderzoek. Daarbij doel ik op onderzoek naar onder meer fraude of andere onregelmatigheden. Het onderwerp is actueel nu het OM en de FIOD, om redenen van efficiency bij de handhaving, (meer) gebruik (willen) maken van de uitkomsten van intern onderzoek door bedrijven, ook als dat onderzoek door of onder leiding van eigen advocaten is uitgevoerd. Dit wordt wel 'intern onderzoek 2.0' genoemd.² Maar los van die ontwikkeling is het onderwerp belangrijk omdat werknemers zich benadeeld kunnen voelen en daadwerkelijk benadeeld kunnen worden door de manier waarop een door de werkgever ingeschakelde advocaat een onderzoek verricht. En omdat de combinatie van partijdige belangenbehartiging en feitenonderzoek soms op scepsis stuit; advocaten die zich met feitenonderzoek bezighouden zouden vooral aan 'vaagheidsvinding' doen.³

1. De bijzondere rol van de advocaat

Een advocaat die in de context van juridische advisering wordt ingeschakeld voor intern onderzoek is een partijdige belangenbehartiger en vertrouwenspersoon van de opdrachtgever.⁴ Een advocaat onderscheidt zich van bijvoorbeeld een door de rechtbank ingeschakelde deskundige, die juist onpartijdig hoort te zijn, en van een accountant, voor wie objectiviteit een fundamenteel beginsel is. In de partijdige rol geniet een advocaat een ruime vrijheid om de belangen van een cliënt te behartigen. Een advocaat mag daarbij niet nodeloos en op ontoelaatbare wijze de belangen van de wederpartij of anderen schenden en moet zich onthouden van middelen die ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot noemenswaardig voordeel van de cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen.⁵ In het algemeen is evenwel niet relevant of een advocaat de

belangen en gevoelens van de wederpartij met een andere aanpak meer had kunnen sparen.⁶

De communicatie over en de gegevens uit intern onderzoek door een advocaat vallen in beginsel onder het verschoningsrecht van de advocaat.⁷ Maar in politiek gevoelige of gerechtmakende zaken kan een dynamiek ontstaan waardoor de vertrouwelijkheid onder druk komt te staan. Advocaat en cliënt kunnen ook op voorhand met een toezichthouder of het OM afspreken dat informatie over het onderzoek en de bevindingen ervan zullen worden gedeeld, wat aan de orde zal zijn bij het al genoemde 'intern onderzoek 2.0'. Daarbij voert de advocaat als het ware een 'privaat-strafrechtelijk' onderzoek uit ten behoeve van de opsporing.⁸

2. Arbeidsrechtelijk kader

Voert een advocaat voor een organisatie een intern onderzoek uit, dan zullen daar al snel (ex-)werknemers van die organisatie, al dan niet met een leidinggevende of bestuurlijke functie, bij betrokken zijn. De advocaat zal bijvoorbeeld documenten verzamelen en bestuderen waaraan werknemers hebben bijgedragen of interviews afnemen met werknemers. De wijze waarop de advocaat in het onderzoek te werk gaat kan de arbeidsrechtelijke relatie met de opdrachtgever/werkgever raken. De zorgvuldigheid die van een werkgever op grond van artikel 7:611 BW verlangd mag worden, bijvoorbeeld bij een verdenking van wangedrag of onregelmatigheden, mag immers ook van diens hulppersonen verlangd worden. Ter Huurne en Keuss noemen als klassieke beginselen van zorgvuldig onderzoek door een werkgever, naast – uiteraard – het beginsel van hoor en wederhoor, het motiverings-, vertrouwens-, proportionaliteits-, subsidiariteits- en gelijkheidsbeginsel.⁹ Zo zal een eventuele inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van werknemers aan de eis van proportionaliteit en subsidiariteit moeten voldoen. In zijn beschouwing over het belang, de organisatie en de valkuilen van interviews geeft Emmelkamp enkele nadere aandachtspunten voor advocaten.¹⁰ Hij noemt ook het fundamentele belang van hoor en wederhoor en raadt aan een interview met een werknemer vooraf te laten gaan door een

1 Mevr. prof. mr. D.J.B. (Diana) de Wolff is arbeidsrechtadvocaat in Utrecht, oud-redacteur van dit blad en bijzonder hoogleraar advocatuur aan de Universiteit van Amsterdam.

2 Deze ontwikkeling staat nog in de kinderschoenen. Het tijdschrift Sanctierecht en Onderneming wijdde hieraan onlangs een themanummer, *TvSO* 2020, 3/4.

3 Lex van Almelo, "Partijdig' fraudeonderzoek doet wenkbrauwen fronsen', *Advocatenblad* 28 april 2019. Zie van dezelfde auteur ook 'Klachtenregen over "zelfonderzoek"', *Advocatenblad* 27 juli 2020.

4 J.T.C. Leliveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/55.

5 Toelichting gedragsregel 6 van de Gedragsregels 2018, zie voor een recente tuchtzak Hvd (hof van discipline) 31 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:172.

6 Hvd 3 februari 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:82.

7 Daan Doorenbos, 'Intern onderzoek en verschoningsrecht', *Mr Online* 20 april 2015; M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corrupctie compliance; wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4.

8 D.V.A. Brouwer, 'Enkele gedachten over de raadsman die ten behoeve van de opsporing onderzoek verricht', *TvSO* 2020, nr. 3/5, p. 178-182 en A.E. van der Wal, 'Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon', *TvSO* 2020, 3/4, p. 183-187.

9 F.H.A. ter Huurne & M.J. Keuss, 'Fraude en de grenzen van zorgvuldig onderzoek', *TAP* 2012/1. Zie ook H.J.Th. Biemond, F.C.A. Bult & A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *TAO* 2013, p. 10-19, die ook het handelen conform interne beleidsregels noemen, dat met het vertrouwensbeginsel samenhangt.

10 D. Emmelkamp, 'Interviews in interne onderzoeken vanuit advocatuurlijk perspectief', *TBS&H* 2020, p. 114-119.

tijdige uitnodiging met een indicatie van inhoud en doel van het gesprek.¹¹ Bestaat het vermoeden dat de werknemer betrokken is bij onregelmatigheden, dan raadt Emmelkamp aan om de werknemer mee te delen dat deze zich op voorhand kan laten adviseren en tijdens het interview kan laten bijstaan door een advocaat of andere derde, dit onder meer om te voorkomen dat verdedigingsrechten van een werknemer in een eventueel strafproces door het onderzoek illusoir worden. Wordt een interviewverslag opgesteld, dan zal dit doorgaans aan de werknemer moeten worden voorgelegd voor inzage, commentaar en ondertekening. Ook raadt Emmelkamp aan een werknemer mee te delen wat de werking is van het verschoningsrecht van de advocaat.

Gaat het om een intern onderzoek van het type '2.0', dus onderzoek dat door de opsporingsautoriteiten aan de advocaat van een organisatie is uitbesteed, dan wordt de positie van de werkgever een ingewikkelde. Arbeidsrechtelijk kan een werknemer weliswaar verplicht worden mee te werken aan een onderzoek op last van de werkgever, maar dat zou niet moeten gelden voor werknemers van wie al op voorhand vaststaat dat zij als verdachten worden aangemerkt of voor werknemers voor zover zij zich als getuige kunnen verschonen. Zij zouden in ieder geval op de strafrechtelijke waarborgen, zoals het zwijgrecht, moeten worden gewezen. Vooralsnog roept dit type onderzoek veel vragen op, bijvoorbeeld over de positie van een werknemer die in de loop van het onderzoek verdachte dreigt te worden en over de wijze van rapporteren over de werknemer die medewerking weigert.¹²

3. Gedragsrechtelijk kader

Gedragsrechtelijk zijn er duidelijke grenzen die een advocaat-onderzoeker in acht moet nemen. Zo geldt de verplichting ervoor te zorgen dat er geen misverstand kan ontstaan over de hoedanigheid waarin advocaten in een bepaalde situatie optreden (gedragsregel 9 lid 1). Duidelijkheid dus over de pet van advocaat en die van onderzoeker. Zij worden ingeschakeld door de opdrachtgever en dat betekent dat zij een werknemer van die opdrachtgever niet moeten (willen) adviseren (gedragsregel 15). Advocaten moeten vooraf openheid geven over het opnemen van gesprekken of het mee laten luisteren door de cliënt of derden (gedragsregel 4 lid 1). Doel daarvan is de gesprekspartner in de gelegenheid te stellen eventueel af te zien van het gesprek. Een advocaat moet zich onthouden van het verstrekken van feitelijke informatie waarvan de advocaat weet, althans behoort te weten dat deze onjuist is (regel 8). Een informant of geïnterviewde bewust op het verkeerde been zetten zal dus laakbaar zijn. Zegt een advocaat iemand vertrouwelijkheid toe, dan zal die vertrouwelijkheid ook in de verhouding met de cliënt in acht moeten worden genomen (gedragsregel 3

lid 5). Advocaten mogen door handelen of nalaten geen getuigen beïnvloeden (gedragsregel 22 lid 1). Verder geldt dat een advocaat steeds over de noodzakelijke kennis en kunde moet beschikken die nodig zijn voor het uitvoeren van een opdracht, in het geval van intern onderzoek dus de nodige vaardigheden op het gebied van het opzetten en uitvoeren van onderzoek. Ten slotte geldt dat de advocaat integer moet zijn en het vertrouwen in de advocatuur en in de eigen beroepsuitoefening niet mag schaden.

4. Tuchtrechtelijke oordelen

Inmiddels zijn er de nodige uitspraken van de advocaten-tuchtrechter die ons over het optreden van een advocaat als onderzoeker informeren. Ik loop die hieronder langs.

4.1 *Handelen zoals een behoorlijk advocaat betaamt*

Voor de beoordeling van een klacht van een werknemer geldt niet als criterium of de advocaat als redelijk bekwaam en redelijk handelend feitenonderzoeker is opgetreden, maar of de advocaat als partijdige belangenbehartiger handelt zoals een behoorlijk advocaat betaamt (de tuchtnorm van artikel 46 Advocatenwet).¹³ De klacht van een werknemer over dubbele petten van een advocaat – zowel onderzoeker naar het functioneren van de werknemer als belangenbehartiger van de werkgever – faalde.¹⁴ De tuchtrechter overwoog dat, voor zover de werknemer betoogde dat het aanvaarden van de onderzoeksopdracht onverenigbaar is met een later optreden als adviseur of advocaat, de klacht miskende dat de advocaat, ook als feitenonderzoeker, uit hoofde van zijn beroep een partijdige dienstverlener is. Niet was gebleken dat de advocaat bij de uitvoering van het feitenonderzoek had gesuggereerd onpartijdig te zijn. Evenmin had de advocaat daarbij de grenzen van het betamelijke overschreden. De werknemer was in de gelegenheid gesteld om op de onderzoeksverslagen te reageren en had dat ook gedaan. Het onderzoeksrapport, op basis waarvan de werknemer werd overgeplaatst, vormde ook niet meer dan een samenvatting van die onderzoeksverslagen.

4.2 *Onderzoeksprotocol*

Advocaten die zich op intern onderzoek toeleggen, kunnen daarvoor een onderzoeksprotocol hebben opgesteld. Sterker nog, het valt mijns inziens aan te raden een enigszins omvangrijk feitenonderzoek aan de hand van een protocol op te zetten en uit te voeren. Daar moeten zij zich ook naar gedragen. Dat bleek althans in een zaak waarin een ambtenaar klaagde over een advocaat die feitenonderzoek uitvoerde naar de werksfeer en haar rol daarin.¹⁵ Opdrachtgever was de werkgever, een gemeente. De advocaat verrichtte het feitenonderzoek aan de hand van interviews met leidinggevenden en concludeerde dat de ambtenaar weerstand opriep en iedere samenwerking ernstig belemmerde, zo

11 Somsen en Van Staden ten Brink adviseren eveneens om een werknemer aan te raden een eigen advocaat mee te nemen naar een interview, zie M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corrupcie compliance; wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4.

12 A.E. van der Wal, 'Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon', *TvSO* 2020, 3/4, p. 183-187.

13 HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181, m.nt. C. Raat in *Jurisprudentie voor gemeenten* 2020, 1, m.nt. J.C.G.T. Starmans & V.S.Y. Liem in *TBS&H* 2020, nr. 3, p. 145-149.

14 RvD 's-Hertogenbosch 13 februari 2012, ECLI:NL:TADRSHE:2012:YA2502.

15 HvD 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181.

niet onmogelijk maakte. In strijd met het onderzoeksprotocol van het advocatenkantoor was de ambtenaar niet van onderzoek op de hoogte gesteld en niet gehoord door de advocaat, terwijl zij dus evenmin zelf informanten had kunnen voordragen. Het rapport leidde de gemeente – ‘pre-WNRA’ – tot een voornemen tot ontslag en vervolgens tot ontslag, dat bij de bestuursrechter in stand bleef ondanks het protest van de ambtenaar tegen de aanpak van de advocaat-onderzoeker. Op de tuchtklacht van de ambtenaar toonde het hof van discipline zich kritisch over die aanpak. Niet alleen had mogen worden verwacht dat zij het onderzoek conform het protocol uitvoerde, temeer omdat zij in het rapport de indruk had gewekt dat dat zo was, ook had zij ervoor moeten zorgen dat het onderzoek werd uitgevoerd met inachtneming van artikel 2:4 Awb, dat bepaalt dat een bestuursorgaan zijn taak vervult zonder vooringenomenheid. Vanwege aard en doel van het onderzoek had zij de ambtenaar daarom moeten informeren en in de gelegenheid moeten stellen personen te noemen die zij wilde laten horen en op de door derden afgelegde verklaringen en onderzoeksbevindingen te reageren. De advocaat had de belangen van de ambtenaar onevenredig geschaad, omdat deze immers voor het eerst met het indienen van een zienswijze na het voornemen tot ontslag op de onderzoeksbevindingen kon reageren. De advocaat kreeg een waarschuwing van de tuchtrechter.

4.3 Omgang met getuigen

In een andere, nogal gerucht makende zaak trad een advocaat op voor de (indirecte) bestuurder en enig aandeelhouder van een vennootschap.¹⁶ Met de directeur van die vennootschap had de bestuurder een affectieve relatie gehad, maar vanaf 2018 beschuldigde de bestuurder haar van fraude, verduistering en diefstal, in welke kwestie de advocaat de bestuurder bijstond. De klager in de tuchtzaak was een collega van de directeur. In mei 2019 nam de advocaat zonder aankondiging vooraf telefonisch contact met die collega op over een (getuigen)verklaring die hij ten gunste van de directeur had afgelegd en die was ingebracht in een rechtszaak van de directeur tegen de bestuurder. Na het telefoongesprek vond er nog e-mailverkeer plaats tussen klager en de advocaat. Kort nadien werd hij door de advocaat namens de vennootschap op staande voet ontslagen, welk ontslag overigens door de kantonrechter vernietigd werd. Het hof van discipline overwoog op de tuchtklacht dat het goed voorstelbaar was dat de klager in het (door hem opgenomen) telefoongesprek het idee kreeg dat de advocaat hem wilde bewerken om een andersluidende verklaring af te leggen.¹⁷ Door insinuerende vragen en opmerkingen over de verklaring, waarbij de advocaat de loyaliteit van de werknemer indirect ter discussie stelde, had de advocaat zich volgens het hof niet met de vereiste zorgvuldigheid en terughoudendheid jegens de werknemer opgesteld. Ook verweet het hof de advocaat dat hij niet kenbaar had gemaakt

dat hij namens de werkgever belde, wat het doel was van het telefoongesprek en wat zijn positie was ten opzichte van klager. Daarom wist die dus niet dat zijn werkgever de advocaat opdracht had gegeven om een onderzoek te doen naar mogelijke onregelmatigheden en dat de uitkomsten van dat onderzoek voor hem rechtspositionele gevolgen zouden kunnen hebben. Ook dat was tuchtrechtelijk verwijtbaar. De gang van zaken leverde de advocaat een berisping op, mede omdat de advocaat al eens eerder tuchtrechtelijk was veroordeeld.

4.4 Hoor en wederhoor

Hoe een gebrek aan zorgvuldigheid de belangen van een werknemer kan schenden werd ook duidelijk in een zaak over mogelijke onregelmatigheden, gepleegd door NS bij het verkrijgen van een openbaarvervoersconcessie.¹⁸ De belanghebbende in kwestie was concessiedirecteur geweest bij de concurrent die het vervoer aanvankelijk uitvoerde. Vervolgens kwam hij bij een adviesbureau in dienst, maar feitelijk werkte hij voor een NS-dochter. Dat dochterbedrijf kreeg de concessie gegund. Daar kwam een ACM-procedure van en een complianceonderzoek door de huisadvocaten van NS. Hoewel hun onderzoeksrapport intern zou blijven, werd het onder druk van de politiek openbaar. De advocaat-onderzoeksleider werd door de tuchtrechter berispt omdat het beginsel van hoor en wederhoor jegens de oud-concessiedirecteur was geschonden. Dat de man formeel niet bij de NS-dochter in dienst was en het advocatenkantoor geen concrete opdracht had om hem te horen, maakte dit niet anders. De advocaat heeft immers een eigen verantwoordelijkheid en had zich moeten realiseren dat er strenge eisen aan de zorgvuldigheid van de (onderzoeks-)procedure gelden. De advocaat had volgens de raad bovendien tamelijk ad hoc en onder tijdsdruk besloten zich niet tegen publicatie van het rapport te verzetten. Daarbij waren de belangen van de oud-concessiedirecteur, die gemakkelijk te identificeren was, uit het oog verloren.

4.5 Medische privacy

Enigszins vergelijkbaar met de hiervoor besproken tuchtzaken is een zaak over het gebruik van gevoelige gegevens voor een ander doel dan waarvoor deze werden verkregen.¹⁹ De klacht kwam van een langdurig arbeidsongeschikte werknemster die in een arbeidsconflict terecht was gekomen. Er zou sprake zijn van een arbeidsgerelateerde posttraumatische stressstoornis (PTSS). Wat was het geval? De werknemster ontving een WIA-uitkering, die op enig moment door het UWV werd beëindigd. Tegen die beëindiging liet de werkgever bezwaar aantekenen. De advocaat van de werkgever kreeg in dat kader het medische dossier toegestuurd, dat op grond van artikel 105 WIA (de medische besluitenregeling) niet met de werkgever gedeeld mocht worden. Het bezwaar werd niet-ontvankelijk verklaard, omdat het bezwaarschrift niet aan de wettelijke eisen

16 Het conflict tussen de bestuurder en klager haalde ook de pers, zie bijvoorbeeld <https://fd.nl/ondernemen/1308749/sanderink-moet-ontslagen-directeurer-in-dienst-nemen>.

17 HvD 7 december 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:252.

18 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276 (berisping).

19 RvD Arnhem-Leeuwarden 3 april 2018, ECLI:NL:TADRARL:2018:66 (waarschuwing).

voldeed. De werknemster verzocht vervolgens om afgifte van het medische dossier en om een bevestiging dat er geen informatie uit dat dossier met de werkgever was gedeeld of in de nog lopende ontbindingsprocedure zou worden ingebracht. De advocaat stelde dat zij de medische informatie niet met de werkgever had gedeeld, maar had deze wel in twee bijlagen bij het verweerschrift in de ontbindingsprocedure naar het gerechtshof gestuurd. Die bijlagen had zij niet naar de werkgever gestuurd. Nadat de deken werd ingeschakeld, trok zij op diens advies die twee bijlagen terug en gaf zij het gerechtshof in overweging om de medische stukken bij de werknemster op te vragen. Tijdens de mondelinge behandeling refereerde de advocaat in haar pleitnota aan de medische informatie, door verwijzing naar de teruggetrokken bijlagen en door te stellen dat zij *in de WIA-procedure geen medische stukken had gezien waarin werd onderbouwd c.q. bewezen dat er sprake was van een PTSS*. Op de klacht van de werknemster oordeelde de tuchtrechter dat de advocaat laakbaar had gehandeld, eerst door de medische gegevens in de arbeidsrechtelijke procedure over te leggen zonder toestemming van de werknemster en vervolgens door tijdens de mondelinge behandeling toch (te veel) informatie over de medische situatie van de werknemster mee te delen. De advocaat had de belangen van de werknemster bij bescherming c.q. geheimhouding van haar medische gegevens onevenredig geschaad. Met het refereren aan de inhoud van het medisch dossier was geen in redelijkheid te respecteren doel gediend. De uitspraak sluit aan bij de notie dat een advocaat privileges slechts gebruikt voor het doel waarvoor deze zijn toegekend.²⁰

5. Aandachtspunten

Feitenonderzoek door een advocaat sluit partijdige belangenbehartiging niet uit. Een advocaat moet zich wel onthouden van handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt en over voldoende bekwaamheden beschikken om een feitenonderzoek op te zetten en uit te voeren. Omdat onderzoeken naar aanleiding, omvang en gevolgen zeer divers kunnen zijn, is het lastig om universeel geldende aandachtspunten voor intern onderzoek door een advocaat te formuleren. Zo lijkt mij niet dat een werknemer die onderwerp van onderzoek is altijd moet kunnen reageren op (alle) gespreksverslagen, een conceptversie of de definitieve versie van een rapport, altijd correcties mag voorstellen of (vermeende) gebreken in het onderzoek mag benoemen of altijd een eigen advocaat mag consulteren voorafgaand aan een interview. Als hulppersoon van de werkgever zal een advocaat letten op de verplichtingen van een goed werkgever bij het doen van onderzoek waar werknemers door kunnen worden geraakt. Verder geven de gedragsregels voor advocaten duiding aan wat een behoorlijk advocaat betaamt. Bij intern onderzoek past de advocaat openheid over haar of zijn rol en over de werking van het verschoningsrecht, duidelijkheid over doel en aanpak van het onderzoek

en respect voor de gerechtvaardigde belangen van de betrokken werknemers, zoals de verdedigingsrechten van een mogelijke verdachte, het recht op hoor en wederhoor en eventueel ook het recht van een medewerker om andere informanten in het onderzoek te laten betrekken. Het verdient aanbeveling een onderzoek te verrichten aan de hand van een duidelijk protocol en daar ook aan vast te houden. Misbruik maken van bevoegdheid, werknemers op het verkeerde been zetten, getuigen 'overvallen' of beïnvloeden, gesprekken opnemen zonder dat vooraf te melden of de vertrouwelijkheid schenden zijn acties die een behoorlijk advocaat niet passen.

Een nieuwe ontwikkeling, waarbij een advocaat voor een organisatie onderzoek uitvoert ten behoeve van en in samenspraak met opsporingsautoriteiten, lijkt zich af te tekenen. Daarbij kunnen lastige arbeidsrechtelijke en gedragsrechtelijke vragen opkomen en, mocht die ontwikkeling doorzetten, ongetwijfeld nieuwe tuchtklachten.

²⁰ Die notie kan volgen uit de kernwaarde onafhankelijkheid, zie de toelichting op artikel 10a Advocatenwet, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 382, nr. 3, p. 10.