

Artikel

Onderzoek door advocaten: het tuchtrechtelijk kader

Mr. K. Admiraal, prof. mr. R.M.I. Lamp, mr. L.J. Leijten en mr. V.S.Y. Liem*

1. Introductie

Het doen van eigen onderzoek door (semi)private organisaties is een actueel onderwerp voor discussie en debat. Voor het verrichten van eigen onderzoek kan een organisatie gebruik maken van interne capaciteit, maar vaak wordt gekozen voor externe partijen en adviseurs. De aanleiding voor het (laten) doen van een onderzoek kan variëren van een intern signaal of melding van een (mogelijke) onregelmatigheid, tot een informatieverzoek of inval door een toezichthouder of opsporingsinstantie.

Bij signalen van onregelmatigheden binnen een organisatie vormt het eigen onderzoek een onmisbaar instrument om de feiten en omstandigheden in kaart te brengen en voor zover mogelijk aansprakelijkheid en (reputatie)schade te voorkomen of te beperken.¹ De Nederlandse wet kent (nog) geen expliciete plicht voor vennootschappen om bij mogelijke onregelmatigheden een eigen onderzoek te (laten) verrichten.² Desondanks

kan er voor een organisatie wel een plicht bestaan om bij signalen van onregelmatigheden op het gebied van integriteit, compliance of bij een overtreding van wet- of regelgeving een onderzoek te (laten) verrichten.³ Maar er kunnen voor een organisatie ook andere redenen zijn om daartoe te beslissen.⁴ Zo kan de oorzaak van onregelmatigheden of calamiteiten door middel van een onderzoek worden achterhaald en kunnen risico's worden blootgelegd en beëindigd, waarmee voortzetting en herhaling kan worden voorkomen. Ook kan een onderzoek bijdragen aan het volledig in kaart brengen van de (relevante) feiten en daarmee de voorbereiding van een (gerechtelijke) procedure, inclusief inschatting van de

105

nalen van onregelmatigheden de plicht heeft op een adequate wijze te regeren, bijvoorbeeld door het (laten) verrichten van een eigen onderzoek.

3 Wij verwijzen naar art. 2:129 lid 5 BW, art. 2:239 lid 5 BW, art. 2:141 lid 2 BW en art. 2:251 lid 2 BW. In dit kader is ook de uit de wet voortvloeiende accountantsplicht relevant, die een controlerend accountant verplicht tot het extern melden van geconstateerde onregelmatigheden, tenzij de onderneming de onregelmatigheden heeft onderzocht en maatregelen heeft getroffen (art. 26 lid 2 Wet toezicht accountantsorganisaties en art. 36 en 37 Besluit toezicht accountantsorganisaties). Daarnaast zijn ook de ontwikkelingen met betrekking tot klokkenluiders van belang. Zie hierover het wetsvoorstel Wet bescherming klokkenluiders, dat (onder meer) de huidige Wet huis voor klokkenluiders wijzigt en dient ter implementatie van de EU-richtlijn 2019/1937. De implementatiedatum van 17 december 2021 werd niet gehaald. Op 20 december 2022 is het wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel beoogt op verschillende manieren (extra) bescherming aan klokkenluiders te bieden (zie www.wetbeschermingklokkenluiders.nl).

4 Zie onder meer hierover: H.J.Th. Biemond, F.C.A. van de Bult & A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013/1; M.A.M. Verveld-Suijkerbuijk & A.J.P. Tillema, 'Van intern onderzoek tot strafprocedure – een praktische beschouwing', *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in de praktijk* 2013/3; M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4; J.T.C. Leiveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/5; D. Zivkovic, 'Omgaan met omkopingsincidenten: intern onderzoek en afdoening', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2017/5-6, p. 212.

* Mr. K. Admiraal is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Prof. mr. R.M.I. Lamp is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Mr. L.J. Leijten is advocaat bij Van Doorne N.V. Mr. V.S.Y. Liem is advocaat bij Van Doorne N.V. Deze bijdrage is onderdeel van de bundel *Integriteit in de zakelijke advocatuur – Normenkader en praktijk* (verschenen op 6 oktober 2022) en is bewerkt ten behoeve van onderhavige publicatie.

1 R. van den Bosch & B.C.G. Jennen, 'Het interne fraudeonderzoek', *Tijdschrift voor Compliance* 2008/1, p. 21-23 en H.J.Th. Biemond, F.C.A. van de Bult & A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013/1.

2 Wel heeft het bestuur van een vennootschap de wettelijke plicht het belang van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming te behartigen. Op basis daarvan kan worden betoogd dat het bestuur bij sig-

slagingskansen. Verder kan publieke aandacht of een verzoek van een toezichthouder of opsporingsinstantie aanleiding vormen voor het in kaart (laten) brengen van de feiten en omstandigheden naar een veronderstelde onregelmatigheid.⁵

Er is veel te doen omtrent eigen onderzoeken en de richtlijnen die gelden voor de partijen die het onderzoek in opdracht van een organisatie verrichten. In deze bijdrage geven wij een algemeen overzicht van het normenkader waaraan een advocaat bij het verrichten van een dergelijk onderzoek moet voldoen.⁶ Dit normenkader vindt zijn basis in de kernwaarden en de (beroeps- en gedrags)regels die gelden voor advocaten en heeft zich in de loop van de jaren door middel van het tuchtrecht ontwikkeld.⁷

2. De kernwaarden, beroeps- en gedragsregels

2.1 Inleiding

In Nederland bestaan geen specifieke richtlijnen voor advocaten voor het verrichten van onderzoek in opdracht van een organisatie. In beginsel is het dan ook aan de advocaat om de wijze van inrichting en uitvoering van een onderzoek te bepalen.⁸ De advocaat moet hierbij wel te allen tijde voldoen aan de eisen die worden gesteld aan een goede beroepsuitoefening.⁹ Dit betekent dat advocaten zich bij het verrichten van een onderzoek dienen te houden aan de Advocatenwet en de daaruit voortvloeiende beroeps- en gedragsregels.¹⁰

Artikel 10a Advocatenwet omvat de vijf kernwaarden waardoor een advocaat zich moet laten leiden: onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en vertrouwelijkheid. Deze kernwaarden zijn uitgewerkt in de Verordening op de advocatuur (hierna: Voda) en de Gedragsregels advocatuur 2018 (hierna: de Gedragsregels). De Gedragsregels kennen een 'levende' toelichting die integraal onderdeel uitmaakt van de Gedragsregels. In het geval van gewijzigde opvattingen, bijvoorbeeld door maatschappelijke ontwikkelingen of jurisprudentie, kan deze toelichting tussentijds worden aangepast. Zo wijzigde de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA) in mei 2021 de toelichting op gedragsregel 2 door te verduidelijken dat het verrichten van intern onderzoek binnen de grenzen van de beroepsuitoefening van advocaten valt.

Het normenkader waaraan de advocaat gedurende zijn beroepsuitoefening is gebonden beperkt de vrije wijze van inrichting en uitvoering van een onderzoek. In dat kader zijn naar wij menen in het bijzonder (de verhouding tussen) de kernwaarden deskundigheid, onafhankelijkheid en partijdigheid relevant.

2.2 Deskundigheid

Allereerst moet een advocaat voldoende deskundig zijn om de belangen van zijn cliënt te kunnen dienen.¹¹ De advocaat moet vakbekwaam zijn, waaronder wordt verstaan dat hij 'de professionele kennis en kunde bezit die nodig is voor het uitoefenen van de praktijk'.¹² Het kennisniveau van de rechtsgebieden waarop de advocaat zijn praktijk uitoefent, moet voldoende zijn op zowel het materiële als het formele recht. De advocaat dient eveneens de vaardigheden (kunde) te bezitten die nodig zijn om de praktijk naar behoren uit te kunnen oefenen.¹³ Dit houdt kort gezegd in dat de advocaat bij de uitvoering van zijn opdracht gehouden is om zijn cliënt met een adequaat kennisniveau ter zijde te staan.¹⁴ Aangezien het voor een rechtzoekende veelal onduidelijk zal zijn of een advocaat voldoende deskundigheid bezit, draagt de advocaat op dit punt een bijzondere verantwoordelijkheid.¹⁵

Het is de verantwoordelijkheid van de advocaat om te waarborgen dat het onderzoek zorgvuldig en deugdelijk ingericht en verricht wordt (en kan worden) en van voldoende kwalitatief niveau is. Aan de hand van de opdracht dient de advocaat tijdig te bepalen welke deskundigheid vereist is om uiteindelijk met voldoende zorg-

5 Zie onder meer D. Zivkovic, 'Omgaan met omkopingsincidenten: intern onderzoek en afdoening', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2017/5-6, p. 212; R. van der Hoeven, 'Zelfonderzoek door de advocaat van de (verdachte) onderneming: Intern onderzoek 2.0', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2020/3-4, p. 117-119 en M. Altena & R.P.A. Kraaijeveld, 'Zelfonderzoek vanuit toezichthoudersperspectief', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2020/3-4, p. 124-130.

6 Een onderwerp dat in dit kader ook relevant is – maar in dit artikel onbesproken blijft – is het verschoningsrecht van de advocaat. De cliënt moet bij een eigen onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden immers alle vrijheid krijgen zich te kunnen wenden tot een advocaat en erop kunnen vertrouwen dat eventuele belastende informatie voortkomend uit het onderzoek vertrouwelijk blijft. Zie in dit kader A. Kristic, 'Het verschoningsrecht in de context van interne onderzoeken', *TBS&H* 2017, p. 82.

7 De kernwaarden vormen de richtlijn voor het optreden van de advocaat en fungeren als toetsingskader voor de beroepsuitoefening van advocaten en de beroepsregulering door de tuchtrechter. Een tuchtrechtelijke maatregel is slechts geïndiceerd als sprake is van enig handelen van de advocaat 'in strijd met de zorg die hij behoort te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen hij behartigt of behoort te behartigen': de zorgplicht. Bij de wijze waarop de advocaat een zaak behandelt en de daarbij te maken keuzes, moet de advocaat rekening houden met de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer mogen worden gesteld en die met zich brengen dat het werk dient te voldoen aan de binnen de beroepsgroep geldende professionele standaard.

8 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.12; RvD Amsterdam 27 september 2021, ECLI:NL:TADRAMS:2021:235, r.o. 5.1.

9 Art. 46 Advocatenwet.

10 Toelichting op gedragsregel 2 lid 2.

11 Art. 10a lid 1 sub c Advocatenwet. Zie ook uitgebreid over de kernwaarde 'deskundigheid': D.J.B. de Wolff, *Kernwaarden van de advocatuur*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 155 e.v.

12 Art. 4.1 lid 1 Voda.

13 Toelichting op art. 4.1 Voda. Ten behoeve van het vereiste kwaliteitsniveau is de advocaat zelf verantwoordelijk voor het op peil brengen en houden van zijn professionele kennis en kunde. De verdere voorwaarden en eisen aan de professionele kennis en kunde van de advocaat worden nader uitgewerkt in paragraaf 4.1.2 Voda.

14 Toelichting op gedragsregel 13.

15 Zie onder meer: RvD Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:190, r.o. 5.3; RvD Arnhem-Leeuwarden 11 mei 2015, ECLI:NL:TADRARL:2015:137, r.o. 6.1.

vuldigheid het onderzoek te kunnen verrichten en met bevindingen te komen.¹⁶ In het geval de advocaat zich ervan bewust is dat hij ten aanzien van (een onderdeel van) de te onderzoeken kwestie onvoldoende deskundig is, moet (eventueel externe) deskundigheid worden ingeschakeld.¹⁷ Overigens volgt uit de tuchtrechtspraak dat voor zover een advocaat zijn cliënt tijdig en schriftelijk informeert over zijn tekort aan deskundigheid, het niet klachtwaardig is dat de advocaat zich van de zaak onttrekt als advocaat, mits hij dit op een zorgvuldige wijze doet. Het is in een dergelijk geval aan de cliënt om zelf het nodige initiatief te nemen.¹⁸

2.3 Onafhankelijkheid

De advocaat moet daarnaast bij de uitoefening van zijn beroep onafhankelijk zijn ten opzichte van eenieder: zijn cliënt, derden en de zaken waarin de advocaat als zodanig optreedt.¹⁹ Uit de memorie van toelichting bij de Advocatenwet volgt dat het in acht nemen van de onafhankelijkheid niet betekent dat een advocaat geen relatie met zijn cliënt zou mogen opbouwen.²⁰ De advocaat moet er echter voor waken dat de relatie niet zover gaat dat deze afbreuk kan doen aan de verantwoordelijkheid van de advocaat om zijn cliënt zo nodig van kritisch advies te voorzien. De kernwaarde onafhankelijkheid brengt naar ons oordeel met zich dat de advocaat er bij de inrichting en de uitvoering van het onderzoek zorg voor moet dragen dat hij zijn onafhankelijkheid bewaakt ten opzichte van met name zijn cliënt (*dominus litis*). De advocaat moet in staat zijn de relevante feiten en omstandigheden die van belang zijn voor het onderzoek in voldoende mate in beeld te brengen. Ter waarborging daarvan moet het onderzoek onzes inziens zo worden ingericht dat degenen die een belang zouden (kunnen) hebben bij de uitkomst van het onderzoek, hier geen invloed op (kunnen) uitoefenen.²¹

De Raad van Discipline neemt als uitgangspunt dat het advocaten niet verboden is om in opdracht van de eigen cliënt een onderzoek te verrichten en daarover aan de cliënt te rapporteren.²² Wel zal de '(huis)advocaat' – ter waarborging van zijn onafhankelijkheid – een zorgvuldige afweging moeten maken of deze in staat is voldoende onafhankelijkheid ten opzichte van zijn vaste cliënt te betrachten. Hierbij is het van belang om de schijn van belangenverstrengeling te voorkomen, waarbij rekening moet worden gehouden met de perceptie van onvoldoende onafhankelijkheid doordat de advocaat een belang heeft bij het voortzetten van de relatie

met de organisatie.²³ Daarnaast mag de onafhankelijkheid van een advocaat niet in de knel komen doordat een derde, zoals een toezichthouder, zeggenschap heeft over of invloed uitoefent op het onderzoek.²⁴

Bij de beoordeling of sprake is van voldoende onafhankelijkheid, zullen de omstandigheden van het geval steeds doorslaggevend zijn.²⁵ In dit kader merken wij nog op dat de onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt overigens niet betekent dat daarmee ook sprake is van een strikt onafhankelijk onderzoek.²⁶ De advocaat die in opdracht van een cliënt een onderzoek verricht, is immers partijdig. In de praktijk wordt hierdoor vaak gesproken over 'extern' onderzoek.

2.4 Partijdigheid

Kort gezegd houdt de kernwaarde partijdigheid in dat de advocaat het partijbelang van zijn cliënt naar zijn beste vermogen tot uitdrukking brengt. Uit de toelichting op de Gedragsregels blijkt dat dit een 'professionele inschatting van de advocaat' betreft, te weten op welke wijze de zaak op goede gronden en te goeder trouw behandeld kan worden.²⁷ Overigens leidt de vereiste partijdigheid er niet toe dat een advocaat zonder meer gehouden is al hetgeen te doen dat een cliënt van hem vraagt. Zoals hiervoor aangegeven mag de advocaat zich, gelet op de kernwaarde onafhankelijkheid, niet met zijn cliënt vereenzelvigen.

16 J.F. Rense & E.R. van Rhijn, 'Intern onderzoek door advocaten. Ergo, gericht onderzoek door deskundigen in vertrouwen', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2020/3-4, p. 175.

17 Art. 4.1 lid 2 Voda en de daarbij behorende toelichting.

18 RvD Arnhem-Leeuwarden 11 december 2015, ECLI:NL:TADRARL:2015:280, r.o. 5.3.

19 Art. 10a lid 1 sub a Advocatenwet, art. 5.1 Voda en gedragsregel 2.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 32382, nr. 3 (memorie van toelichting).

21 Zie hierover ook M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corrupcie compliance: wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4, p. 5; P. Olden, 'Tumult in interne onderzoeken', *Ondernemingsrecht* 2015/93.

22 RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.6.

23 Zie in dit kader V.S.Y. Liem, 'Intern onderzoek in crisistijd – waar staan we nu en hoe verder?', *TBS&H* 2020, p. 92.

24 Toelichting op gedragsregel 2 lid 2.

25 De memorie van toelichting bij de Advocatenwet geeft aan dat de kernwaarde partijdigheid van de advocaat 'op het eerste gezicht op gespannen voet' lijkt te staan met het vereiste van onafhankelijkheid, maar dat de twee kernwaarden complementair zijn aan elkaar. In antwoord op Kamervragen is in 2021 door de toenmalig Minister van Justitie en Veiligheid aangegeven dat geldende beroeps- en gedragsregels en het tuchtrecht voldoende mogelijkheden bieden om een (eventuele) spanning tussen beide kernwaarden 'het hoofd te kunnen bieden'. Dit is in februari 2022 onderschreven door de huidige Minister van Rechtsbescherming. Zie: *Kamerstukken II* 2009/10, 32382, nr. 3 (memorie van toelichting), *Kamerstukken II* 2020/21, Aanhangsel Handelingen nr. 2680 en nr. 3033 en *Kamerstukken II* 2021/22, Aanhangsel Handelingen nr. 1888, p. 2 (Antwoord van de Minister van Rechtsbescherming).

26 Vgl. RvD Amsterdam 23 mei 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:73, waarin de Raad van Discipline in Amsterdam oordeelde dat de advocaat in kwestie in strijd handelde met de betamelijkheidsnorm in art. 46 Advocatenwet. Op grond van gedragsregel 9 dient een advocaat ervoor te zorgen dat er geen misverstand kan bestaan over de hoedanigheid waarin hij in een gegeven situatie optreedt. De advocaat stelde enerzijds onafhankelijk te zijn zoals bedoeld door de Amsterdamse voorzieningenrechter in een specifieke zaak en anderzijds stelde hij onafhankelijk te zijn jegens zijn cliënt. De raad overwoog dat het aannemelijk is dat de Amsterdamse voorzieningenrechter in zijn vonnis met een onafhankelijk bureau niet doelde op een werkgeversonderzoek door een advocaat die zich daarin alleen onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt opstelt, maar met het begrip 'onafhankelijk bureau' het oog had op een instantie die met goedvinden van beide partijen kan opereren. Van de advocaat mocht worden verwacht dat hij dit verschil in onafhankelijkheid onderkende en dat hij zijn opdrachtgever en derden in heldere bewoordingen hierover informeerde, hetgeen hij had nagelaten.

27 Toelichting op gedragsregel 2 lid 2.

In februari 2021 kondigde de NOvA aan de Gedragsregels op het gebied van onderzoeken door advocaten te verduidelijken.²⁸ In de toelichting op gedragsregel 2 – die in mei 2021 is aangepast – heeft de NOvA verduidelijkt dat het verrichten van intern onderzoek binnen de grenzen van de beroepsuitoefening van advocaten valt ‘aangezien en zolang het gaat om de bepaling van de rechtspositie van de cliënt’. De toelichting zet uiteen dat de advocaat ook in het kader van interne onderzoeken een partijdige belangenbehartiger is en dergelijke onderzoeken dus altijd tot het inkleuren van het partijbelang leiden. De advocaat dient in een onderzoek geen misverstand te laten bestaan over zijn partijdige rol en de advocaat mag zich niet anders presenteren.²⁹ In de praktijk betekent dit dat de advocaat betrokkenen vanaf het eerste contactmoment moet informeren over zijn rol in het onderzoek. In de toelichting op de Gedragsregels worden voorts, onder verwijzing naar relevante jurisprudentie, een aantal risico’s uiteengezet die volgens de NOvA kunnen (lees: moeten) worden onderkend bij interne onderzoeken:

‘De advocaat dient er onder andere alert op te zijn:

- *Geen misverstand te laten bestaan over zijn hoedanigheid en zijn rol als partijdige belangenbehartiger (...) en mede daardoor duidelijk te maken wie de opdrachtgever/cliënt is en wat het doel/reikwijdte is van het onderzoek (...);*
- *Eventuele toepasselijke protocollen na te leven en voldoende hoor- en wederhoor toe te passen, mede om te voorkomen dat de belangen van de wederpartij of derden nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad (...);*
- *Dat er geen (schijn van) belangenverstremming optreedt, bijvoorbeeld als de advocaat nauwe banden heeft (gehad) met voor het onderzoek relevante personen en onvoldoende afstand houdt (...), als eerder door de advocaat of diens kantoorgenoten is opgetreden in een kwestie die onderdeel kan worden of is van het onderzoek, en als na het onderzoek naar aanleiding hiervan wordt opgetreden door hetzelfde kantoor (...);*
- *Dat het rapport van het interne feitenonderzoek (onbedoeld) in de openbaarheid kan komen (...) of*

dat de resultaten van het interne feitenonderzoek niet direct aan een derde worden uitgebracht, in plaats van (uitsluitend) aan de cliënt (...);

- *Dat de goede beroepsuitoefening niet wordt geschaad door een voorafgaande afspraak dat de resultaten van het interne feitenonderzoek naar buiten worden gebracht (...). De advocaat heeft een wettelijke geheimhoudingsplicht (...) en dient steeds een eigen afweging te maken over de toepasselijkheid daarvan, zelfs wanneer de cliënt haar of hem uit deze geheimhoudingsplicht zou ontslaan. De maatschappij moet erop kunnen vertrouwen dat advocaten hun beroepsgeheim serieus nemen. Een algemene afspraak vooraf om het beroepsgeheim prijs te geven is met dit uitgangspunt lastig te verenigen;*
- *Dat zijn onafhankelijkheid niet in de knel komt doordat een derde (bijvoorbeeld opsporing of toezichthouder) zeggenschap heeft bij of invloed uitoefent op de wijze waarop de advocaat het interne feitenonderzoek uitvoert.³⁰*

3. Tuchtrechtspraak

In de afgelopen jaren is het normenkader nader ingevuld in de tuchtrechtspraak. Zo is er met betrekking tot het doen van onderzoek door een advocaat meer duidelijkheid gekomen over onder meer (i) de (on)toelaatbaarheid van meerdere rollen, (ii) de openbaarmaking van het onderzoeksrapport, en (iii) het gebruik van onderzoeksprotocollen. Hierna behandelen we voornoemde onderwerpen en daarnaast gaan wij nog kort in op artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

3.1 Meerdere rollen

Zoals hiervoor omschreven volgt uit de toelichting op de Gedragsregels dat de advocaat-onderzoeker (de schijn van) belangenverstremming moet voorkomen. In de tuchtrechtspraak wordt als uitgangspunt genomen dat het verrichten van onderzoek ten behoeve van een cliënt in beginsel niet onverenigbaar is met het later optreden als advocaat in een procedure voor dezelfde cliënt, ook als in die latere procedure argumenten zijn ontleend aan het onderzoek.³¹ Meer recente tuchtrechtspraak bevat een aanscherping op dit uitgangspunt wanneer het gaat om een extern als onafhankelijk te presenteren onderzoek in de rol van advocaat-onderzoeker. Dit omdat een onafhankelijk onderzoek volgens de Raad van Discipline in Amsterdam niet gewaarborgd is als de advocaat voorafgaand aan, tijdens en/of na het onderzoek in de rol van partijdig advocaat betrokken is geweest bij aan het onderzoek gerelateerde kwesties.³² In de recente tuchtrechtspraak wordt voorts een onder-

28 Nieuwsbericht NOvA, ‘Intern feitenonderzoek: verduidelijking in toelichting op gedragsregels’, 24 februari 2021.

29 Gedragsregel 9. Vgl. RvD Amsterdam 13 juni 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:108, waarin de Raad van Discipline in Amsterdam oordeelde dat de advocaten in kwestie, teneinde iedere schijn te vermijden, in hun eerste e-mail al duidelijk hadden moeten maken wat hun precieze rol was. Door de wijze van communiceren van de advocaten in kwestie was klaagster ervan uitgegaan dat de advocaten optraden als onafhankelijk advocaat-onderzoekers, hetgeen niet het geval was. Dat de advocaten de onduidelijkheid hebben laten voortbestaan en pas drie weken na de eerste e-mail expliciet hebben meegedeeld dat zij optraden als advocaat van de wederpartij, valt de advocaten tuchtrechtelijk te verwijten. Vgl. ook RvD ‘s-Gravenhage 24 januari 2022, ECLI:NL:TADRSGR:2022:7 (r.o. 5.6), waarin de Raad van Discipline in ‘s-Gravenhage oordeelde dat de advocaat in kwestie geen misverstand had mogen laten bestaan over haar hoedanigheid. Het had op de weg van de advocaat in kwestie gelegen om voorafgaand aan het eerste gesprek haar precieze hoedanigheid (schriftelijk) duidelijk te maken.

30 Toelichting op gedragsregel 2 lid 2.

31 RvD ‘s-Hertogenbosch 13 februari 2012, ECLI:NL:TADRSH:2012:YA2502, r.o. 5.2.

32 RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.19.

scheid gemaakt tussen de situatie waarbij een advocaat die het onderzoek heeft verricht zelf als (partijdig) advocaat in de relevante kwestie optreedt, en de situatie waarbij een kantoorgenoot dit doet.³³ In een meer recente uitspraak oordeelde de Raad van Discipline in Amsterdam dat het in verband met de kernwaarde onafhankelijkheid 'onwenselijk' is dat een advocaat als onafhankelijk onderzoeker optreedt nadat deze advocaat dezelfde cliënt in een arbeidsgeschil heeft bijgestaan. Dat de werkzaamheden in het arbeidsgeschil beperkt zijn geweest, doet hier volgens de Raad van Discipline in Amsterdam niet aan af.³⁴

3.2 Externe verantwoording en openbaarmaking van het onderzoeksrapport

Hoewel het partijen onzes inziens vrijstaat te kiezen hoe zij de tijdens een onderzoek verkregen bevindingen terugkoppelen aan de cliënt, zal deze informatie veelal worden gepresenteerd in de vorm van een onderzoeksrapport. Indien een onderzoeksrapport uitsluitend intern wordt gebruikt en niet ter beschikking komt van derden, is het in beginsel ter vrije bepaling van de advocaat in samenspraak met de cliënt hoe een onderzoek moet worden ingericht.³⁵ Dit geldt niet voor een onderzoeksrapport bedoeld voor extern gebruik.³⁶ Uit de tuchtrechtspraak volgt dat aan een onderzoeksrapport dat ook kan worden gebruikt voor externe verantwoording, zware eisen moeten worden gesteld.³⁷ Daarbij geldt ten eerste dat de advocaat, in relatie tot de personen die onderwerp van het onderzoek zijn, het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad moet aanhouden.³⁸ Hierbij is het aanbieden van de mogelijkheid om gehoord te worden onvoldoende³⁹ en moet een reële kans op wederhoor bestaan, waarbij tijdsdruk en slechte be-

reikbaarheid geen rechtvaardiging kunnen zijn om aan dit principe voorbij te gaan.⁴⁰ Ten tweede dient een advocaat 'al het redelijke' te doen om te voorkomen dat het onderzoeksrapport aanleiding kan geven tot misverstanden.⁴¹ Bovendien dient het te publiceren onderzoeksrapport alle relevante feiten te bevatten. Dat geldt ook voor feiten die tot dan toe wel bij de cliënt, maar niet bij het publiek bekend waren.⁴² Overigens is daarbij niet relevant of het onderzoek al dan niet was ingestoken als 'intern' onderzoek.⁴³ In plaats daarvan is relevant of het onderzoeksrapport ten opzichte van een derde wordt gepresenteerd als onafhankelijk onderzoek met als doel om verantwoording af te leggen.⁴⁴ Ten slotte volgt uit de tuchtrechtspraak dat alle geïnterviewden hetzelfde moeten worden behandeld. Dit houdt onder meer in dat alle geïnterviewden voldoende tijd en gelegenheid moeten krijgen om hun interviewverslag(en) in te zien en te becommentariëren.⁴⁵

In een recente tuchtzaak werd de advocaat in kwestie verweten onvoldoende actie te hebben ondernomen om duidelijk te maken dat de inhoud van het onderzoeksrapport uitsluitend voor intern gebruik was bestemd. De Raad van Discipline in Amsterdam oordeelde dat hier niet van was gebleken en dat de publicatie van het onderzoeksrapport in strijd met de gemaakte afspraken buiten de risicosfeer van de advocaat lag. Het feit dat de advocaat *nog meer* had kunnen doen om te waarborgen dat (de conclusies van) het rapport niet in de openbaarheid werd(en) gebracht, leverde geen tuchtrechtelijk verwijt op.⁴⁶

3.3 Onderzoeksprotocol

Ondanks dat het verrichten van onderzoek door een advocaat niet geprotocolleerd is, kan een advocaat ervoor kiezen gebruik te maken van een onderzoeksprotocol. Hierin kan onder meer worden omschreven op welke wijze het onderzoek door de advocaat wordt uitgevoerd. Een onderzoeksprotocol zet bijvoorbeeld de achtergrond en het doel van het onderzoek, de rol van de advocaat en het verslagleggings- en rapportageproces uiteen. Daarnaast is het belangrijk de rechten van betrokkenen te vermelden, waaronder het recht op hoor en wederhoor.⁴⁷ Uit de tuchtrechtspraak volgt dat het niet onzorgvuldig of onbetamelijk is om onderzoek te ver-

33 In dat kader heeft de Raad van Discipline in Amsterdam geoordeeld dat de omstandigheid dat een advocaat de arbeidsrechtelijke zaak tegen een persoon behandelde, terwijl die arbeidsrechtelijke zaak voortvloeide uit een intern onderzoek dat door zijn kantoorgenoot werd geleid, niet tuchtrechtelijk verwijtbaar was. Dat zou mogelijk anders zijn geweest als deze advocaat zelf betrokken was geweest bij het onderzoek dat had geleid tot de rapportage en in dat kader vertrouwelijke gegevens had ontvangen, waarvan niet gebleken was. Zie: RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:274, r.o. 5.4.

34 RvD Amsterdam 13 juni 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:107, r.o. 5.10.

35 RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.6.

36 RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.10. Hierbij wordt overigens wel specifiek genoemd dat het om een rapport van een onafhankelijk advocaat-onderzoeker gaat, dat bestemd is voor extern gebruik.

37 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.14. Ook het hof Amsterdam heeft in een recente uitspraak van belang geacht dat de resultaten van een door een advocaat verricht onderzoek met derden werden gedeeld. Zie Hof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1091, r.o. 2.3.7.3.

38 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.14. In HvD 's-Hertogenbosch 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181 werd geoordeeld dat de belangen van de persoon die het subject van het interne onderzoek was, op onevenredige wijze werden geschaad doordat zij (i) vooraf niet over het onderzoek is geïnformeerd, (ii) niet in de gelegenheid is gesteld zelf namen aan te dragen van personen die zij wens- te te laten horen, en (iii) niet in de gelegenheid is gesteld om tijdens het onderzoek te reageren op de afgelegde verklaringen. Zie r.o. 5.11-5.12.

39 Zie in dit verband ook RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.13.

40 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.14-5.16.

41 Op grond van gedragsregel 8 dient de advocaat zich te onthouden van het verstrekken van feitelijk onjuiste informatie. Zie in dit verband ook RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.12.

42 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:275, r.o. 5.10; RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.14; RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.12.

43 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.14-5.16; hierover ook J.T.C. Leliveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer', *Strafblad* 2015/5.

44 RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.10.

45 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.16.

46 RvD Amsterdam 13 juni 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:107, r.o. 5.6.

47 P.A. Charbon & R.H. Broekhuijsen, 'Zorgvuldig onderzoek', *ArbeidsRecht* 2022/12, p. 2-3.

richten zonder gebruik te maken van een dergelijk protocol.⁴⁸ In een meer recente uitspraak oordeelde de Raad van Discipline in Amsterdam echter dat het verrichten van een onderzoek zonder vooraf transparante afspraken te maken over de wijze waarop het onderzoek zou plaatsvinden, bijvoorbeeld in de vorm van een protocol, leidde tot het oordeel dat onzorgvuldig te werk was gegaan.⁴⁹ Voor zover er een onderzoeksprotocol bestaat, kan het klachtwaardig zijn als dit protocol niet wordt gevolgd, nu van een advocaat mag worden verwacht dat hij het onderzoek conform het onderzoeksprotocol uitvoert.⁵⁰

3.4 Fair process

In aanvulling op de beroeps- en gedragsregels en de voor de advocaat geldende kernwaarden kunnen ook nog de normen uit artikel 6 EVRM van belang zijn. Hoewel een intern onderzoek strikt genomen niet onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt, is het niet onverstandig om in de praktijk bij de inrichting en uitvoering van een onderzoek de principes voortvloeiend uit het beginsel van een eerlijk proces in ogenschouw te nemen. Zo is het recht op een procedure op tegenspraak volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onderdeel van het begrip ‘*fair hearing*’, dat vereist dat de in rechte betrokken partijen kennis moeten kunnen nemen en zich moeten kunnen uitlaten over alle gegevens en bescheiden die in het geding worden gebracht.⁵¹ Het daaruit voortvloeiende beginsel van hoor en wederhoor geldt ook in de onderzoekspraktijk als leidraad.⁵² Dit betekent dat een betrokkene niet alleen de gelegenheid moet krijgen om zijn eigen visie op de feiten te geven, maar dat aan de betrokkene ook de mogelijkheid moet worden geboden te reageren op andermans beweringen en/of (concept) bevindingen die de betrokkene persoonlijk treffen. De visie van de betrokkene wordt in de regel op duidelijk kenbare wijze in de rapportage verwerkt.⁵³ Wordt het beginsel van hoor en wederhoor geschonden, dan kan sprake zijn van een onzorgvuldig onderzoek dat de bevindingen en/of conclusies niet kan dragen.⁵⁴

Daarnaast is het recht op gelijke proceskansen (*‘equality of arms’*) nauw verwant aan het beginsel van hoor en wederhoor.⁵⁵ Uit de hiervoor behandelde tuchtrecht-

spraak volgt dat partijen tijdens een onderzoek in het kader van hoor en wederhoor gelijk moeten worden behandeld.⁵⁶ In de praktijk wordt veelal beoogd – mede middels vastlegging in een onderzoeksprotocol – betrokkenen gedurende het *gehele* onderzoeksproces gelijk te behandelen. Op deze manier beoogt de advocaat transparant – voor zover als mogelijk gelet op de vertrouwelijkheid van het onderzoek – te handelen richting alle betrokken partijen en een *due process* te waarborgen.

Het is niet ondenkbaar dat er in de toekomst meer tuchtrechtspraak zal komen op deelaspecten van artikel 6 EVRM, weliswaar vertaald naar specifieke tuchtrechtsregels, ter nadere uitleg van het normenkader van de advocaat bij het verrichten van onderzoek.

4. Conclusie

Hoewel in Nederland geen specifieke richtlijnen voor advocaten bestaan voor het verrichten van onderzoek in opdracht van een organisatie, bieden de Advocatenwet en de daaruit voortvloeiende beroeps- en gedragsregels het kader waarbinnen advocaten moeten opereren in dergelijke onderzoeken. In deze bijdrage bespraken wij de in dit kader – naar wij menen – meest relevante kernwaarden: deskundigheid, onafhankelijkheid en partijdigheid. Verder bespraken wij dat het normenkader zich in de loop van de jaren heeft ontwikkeld door middel van het tuchtrecht. Daarmee is er meer duidelijkheid gekomen, onder meer ten aanzien van (i) de (on)toelaatbaarheid van meerdere rollen, (ii) de openbaarmaking van het onderzoeksrapport, en (iii) het gebruik van onderzoeksprotocollen. De verwachting is dat de tuchtrechtspraak zich in de (nabije) toekomst nog verder zal ontwikkelen. Daarbij achten wij het niet ondenkbaar dat ook deelaspecten van artikel 6 EVRM een rol zullen spelen ter nadere uitleg van het normenkader.

48 RvD 's-Gravenhage 6 juni 2021, ECLI:NL:TADRSGR:2021:120, r.o. 4.9.

49 Hierbij noemt de Raad van Discipline in Amsterdam als voorbeeld een protocol. Zie RvD Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140, r.o. 5.16.

50 RvD 's-Hertogenbosch 15 april 2019, ECLI:NL:TADRSH:2019:58, r.o. 5.3 en bekrachtigd in hoger beroep: HVD 's-Hertogenbosch 4 november 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:181, r.o. 5.7, 5.8 en 5.12; zie hierover ook P.A. Charbon & R.H. Broekhuijsen, 'Zorgvuldig onderzoek', *ArbeidsRecht* 2022/12, p. 2-3.

51 Zie onder meer EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93 (*Mantovanelli t. Frankrijk*), r.o. 33.

52 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.14.

53 P.A. Charbon & R.H. Broekhuijsen, 'Zorgvuldig onderzoek', *ArbeidsRecht* 2022/12, p. 2-3.

54 Rb. Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:759, r.o. 6.20-6.24.

55 I. Peci (bijgewerkt door M. Rafik), 'Art. 6 – Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden', *SDU Commentaar*

EVRM 31 maart 2019, onder: 4.1 Equality of arms.

56 RvD Amsterdam 18 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276, r.o. 5.16.