

Artikel

Het onderzoek door de advocaat in een veranderd compliance landschap

Prof. mr. D.V.A. (Dian) Brouwer*

1. Inleiding

Er is veel te doen over ‘onafhankelijk’ onderzoek door advocaten. In de afgelopen 20 jaar lijkt deze vorm van advocatuurlijke dienstverlening uitgegroeid van een absolute nicheactiviteit tot een naar het lijkt vanzelfsprekend stukje advocatuur. Maar er zijn ook hier grenzen aan de groei. Die worden tegenwoordig voor een belangrijk deel bepaald door de publieke opinie.

2. Korte geschiedenis van intern onderzoek in Nederland

De opmars van door advocaten vormgegeven (interne) onderzoeken¹ begon in Nederland in het begin van deze eeuw.² Zoals zoveel innovaties, was ook deze overge-

waaid uit de Verenigde Staten.³ Dat laat onverlet dat er ook toen al goede redenen waren voor ondernemingen om zélf onderzoek te (laten) doen naar incidenten die zich in de eigen bedrijfsvoering hadden voorgedaan.

De meest fundamentele daarvan vloeit voort uit de verplichting van het bestuur van een rechtspersoon om het belang van de rechtspersoon naar vermogen te behartigen. Daarin ligt besloten de verplichting om op adequate wijze te reageren op onregelmatigheden. Zonder onderzoek naar de oorzaken van onregelmatigheden kan geen adequate reactie worden geformuleerd en kunnen de interne risicobeheersing en controle niet worden verbeterd.⁴ Dit geldt in versterkte vorm voor ondernemingen waarvan de aandelen aan een beurs worden verhandeld. De daaruit voortvloeiende verplichtingen – en aansprakelijkheden – op het vlak van transparante publicatie van (financiële) gegevens die op de onderneming betrekking hebben, dwingen tot adequate informatieverstrekking over risico's en incidenten. En ook toen bestond op grond van de Wft voor onder toezicht staande financiële instellingen al de verplichting tot ‘beheerste en integere bedrijfsvoering’ – met bijbehorende verplichting tot het inrichten van procedures om adequaat met incidenten om te gaan.⁵ Men kan deze voorbeelden moeiteloos aanvullen met andere voorbeelden van juridisch dringende redenen om in geval

55

* Dian Brouwer is advocaat bij JahaeRaymakers te Amsterdam en bijzonder hoogleraar Verdediging in Strafzaken aan de Universiteit van Maastricht. Onder dankzegging aan mr. L. van Bavel voor haar waardevolle bijdrage aan dit artikel.

1 Ook wel corporate investigations, complianceonderzoek of forensisch onderzoek genoemd.

2 Toen begin 2003 de boekhoudfraude bij Ahold publiek werd, bleek daarvoor al – onder druk van de accountants van Ahold – een intern onderzoek door huisadvocaat De Brauw te zijn gevoerd, dat vooral was geïnspireerd door de Amerikaanse beursnotering van Ahold en de verplichtingen en aansprakelijkheden die daaruit voortvloeiden. In de publieke opsporing werd vervolgens dankbaar gebruikgemaakt van de informatie die in het private onderzoek was verzameld. De eerste Nederlandse

wetenschappelijk publicaties over het interne onderzoek zagen in 2008 het licht.

3 Zo is in de Sarbanes-Oxley Act van 2002 de verplichting aan bestuurders opgelegd om een uitvoerige *in control statement* af te geven, wat niet mogelijk lijkt als meldingen van fraude niet adequaat worden onderzocht: N.M.D. van der Aa & H.J.Th. Biemond, ‘Het interne fraudeonderzoek in internationaal perspectief’, *Tijdschrift voor Compliance* 2012, afl. 2, p. 122.

4 R. van den Bosch & B.C.G. Jennen, ‘Het interne fraudeonderzoek’, *Tijdschrift voor Compliance* 2008 afl. 1, p. 21.

5 N.M.D. van der Aa & H.J.Th. Biemond, ‘Het interne fraudeonderzoek in internationaal perspectief’, *Tijdschrift voor Compliance* 2012, afl. 2, p. 121.

van een incident onderzoek te doen naar de aard en omvang daarvan.⁶

In Nederland creëerde deze juridische innovatie een nieuwe, potentieel zeer lucratieve markt, waarin aanbieders van interne onderzoeken hun nieuwe diensten aan de man probeerden te brengen. Ook het Nederlandse bedrijfsleven moest volgens deze aanbieders doordrongen worden van de wenselijkheid – de *noodzaak* – om in het geval van een incident externe onderzoekers in huis te halen om intern de onderste steen boven te krijgen. De afnemers van deze diensten waren (in elk geval oorspronkelijk de (grotere) (internationale) ondernemingen die in een veeleisende complianceomgeving opereren: beursgenoteerde ondernemingen en onder AFM- en DNB-toezicht staande instellingen.

De aanbieders die elkaar op deze nieuwe markt bevochten, waren te verdelen in enerzijds grote advocatenkantoren en anderzijds grote accountantskantoren. In deze strijd wees men op de unieke kenmerken van de eigen beroepsgroep om de klant te lokken. Accountants wezen erop dat zij bij uitstek getraind waren in het doorploegen van grote hoeveelheden financiële gegevens en het daarin ontdekken van verdachte patronen en dat zij – in tegenstelling tot advocaten – ‘onafhankelijk’ onderzoek zouden kunnen verrichten. Advocaten wezen erop dat de uitkomsten van een intern onderzoek toch vooral juridisch geduid moesten worden, dat die duiding des te belangrijker was in het geval voorzien kon worden dat een overheidsorgaan naar aanleiding van het incident mogelijk sanctionerend zou optreden – en dat het voor zo’n geval toch wel zeer aantrekkelijk was dat een advocaat een verschoningsrecht heeft. Dit laatste argument heeft in de afgelopen decennia aan kracht gewonnen door de toegenomen handhavingsinspanningen van de (strafvervolgende) overheid op normovertredend gedrag in het bedrijfsleven, bijvoorbeeld in het verband van (internationale) corruptieve betalingen⁷ en anti-witwas complianceregels.⁸

Inmiddels zijn daardoor ook de bestuurders van ondernemingen veel sterker doordrongen geraakt van de reputationale, civielrechtelijke en strafrechtelijke risico’s die zij persoonlijk lopen als gevolg van een incident in een door hen geleide onderneming. Dan wordt het ook een persoonlijk belang om het evenwicht te bewaren: enerzijds op tafel krijgen wat er intern is gebeurd, anderzijds niet op een presenteerblaadje het touw aan de overheid verstrekken waaraan je vervolgens zelf wordt opgeknoopt. Het verschoningsrecht van de advo-

caat kan in dat dilemma helpen om het juiste midden te vinden.

In de Amerikaanse handhavingspraktijk is gebruikelijk – en tot op zekere hoogte zelfs in richtlijnen vastgelegd – dat een verdachte onderneming die meewerkt aan een strafrechtelijk onderzoek mag rekenen op een ‘bonus’ bij de latere afdoening en sanctionering.⁹ Het Nederlandse Openbaar Ministerie heeft zich hierop nimmer vastgelegd, maar onder advocaten die bestaan van interne onderzoeken is *communis opinio* dat een coöperatieve houding in een strafrechtelijk onderzoek dienstig kan zijn om de kansen op een mildere afdoeningswijze en een lagere sanctie te bevorderen.¹⁰ De optimale vorm van medewerking aan een strafrechtelijk onderzoek is het delen van een eigen (eerder of parallel ondernomen) intern onderzoek met justitie. De overtreffende trap van die medewerking is het (particuliere) interne onderzoek dat ten behoeve van en *ter vervanging van* een strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt. Deze recente innovatie (met het etiket ‘Interne Onderzoeken 2.0’) wordt enerzijds gedreven door advocaten die daarmee een nieuw product in de markt denken te kunnen zetten, anderzijds door onderdelen van de FIOD en het Openbaar Ministerie die hierin een mogelijkheid zien om gratis aanvullende particuliere opsporingscapaciteit te kunnen verkrijgen.¹¹

3. De discussie over de ‘onafhankelijkheid’ van het interne onderzoek en de kernwaarden van de advocatuur

De ontwikkeling van het interne onderzoek in strafrechtelijke context heeft zich vooral afgespeeld in de sfeer van het witteboorden/ondernemingsstrafrecht. De discussies daarover – en met name de discussie over de vraag of zulk onderzoek door advocaten ‘onafhankelijk’ genoemd kon worden – hebben zich dan ook vooral in de op deze praktijk gerichte nichetijdschriften afgespeeld.¹²

9 Zie bijvoorbeeld de beschrijving van het FCPA Pilot Program van de Amerikaanse DoJ in D. Živković, ‘Omgaan met omkopingsincidenten: intern onderzoek en afdoening’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2020, afl. 5/6, p. 217. Zie voor een bespreking van de US Sentencing Guidelines op dit punt: M. Stevens & M. Paardekooper, ‘Corporate enforcement in het Nederlandse strafrecht’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2019, p. 146.

10 Maar daarvoor bestaat geen enkele garantie: M. Stevens & M. Paardekooper, ‘Corporate enforcement in het Nederlandse strafrecht’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2019, p. 146.

11 ‘OM wil vaker hulp van verdachte bedrijven bij de aanpak van fraude’, *De Volkskrant*, 4 juni 2019.

12 Zo hebben zowel het Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving als het Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming in 2020 een themanummer aan het interne onderzoek gewijd: TBSenH 2020, afl. 3 en IVS&O 2020, afl. 3/4.

Het klassieke feitenonderzoek door advocaten ziet op het vergaren van informatie en bewijs waarmee de rechtspositie van de eigen cliënt beter kan worden geïdentificeerd. Als de cliënt bijvoorbeeld civielrechtelijk wordt aangesproken wegens onrechtmatige daad of wanprestatie, strekt het onderzoek van de advocaat ertoe om bewijs te vergaren om de stellingen van de cliënt en van de wederpartij te onderbouwen dan wel te ontkrachten. Zulk feitenonderzoek moet met voldoende professionele distantie en objectieve weging van het gevonden materiaal worden verricht – anders leidt het tot een onjuiste inschatting van de goede en kwade kansen van een eventuele procedure. Maar dat zo’n onderzoek objectief en onafhankelijk zou moeten zijn, zal niemand willen betogen.

Dat wordt minder evident waar de doelstelling van het onderzoek door de advocaat begint af te wijken van de doelstelling die in het klassieke onderzoek vooropstaat. Neem de situatie waarin de vraag speelt of een medewerker een greep in de kas van de onderneming heeft gedaan, en zo ja, welke medewerker dat dan was. Dan is niet de (rechts)positie en het belang van de cliënt het vertrekpunt, maar de vraag: ‘Wat is er gebeurd?’ In deze context krijgt het onderzoek een andere kleur: het is dan gericht op de vaststelling van feiten. Naar de mate waarin niet het belang van de cliënt het uitgangspunt is om nader onderzoek te doen naar daarvoor relevante feiten, maar de (blote) vaststelling van feiten het doel van het onderzoek is (en ook derden door de uitkomsten van het onderzoek worden geraakt¹³), worden de objectiviteit en onafhankelijkheid van het onderzoek relevantere parameters.

Het hieruit voortvloeiende debat raakt de ‘kernwaarden’ van de advocaat, zoals opgenomen in art. 10a Advocatenwet,¹⁴ met name de daarin genoemde kernwaarden ‘partijdigheid’ en ‘onafhankelijkheid’. Over de betekenis van de kernwaarde *partijdigheid* bestaat weinig verschil van mening. Maar de kernwaarde *onafhankelijkheid* wordt nog wel eens verkeerd begrepen. Volgens Van Dale betekent het ‘vrij, zelfstandig; door niets bepaald of geregeld’. In het dagelijks spraakgebruik heeft het begrip, met name in de sfeer van onderzoeken, naar mijn gevoel mede een quasi-magistratelijke connotatie: ‘objectief, neutraal, boven de betrokken partijen staand’.

13 Het is met name dit aspect – de veronachtzaming van de belangen van anderen dan cliënt – dat heeft geleid tot de tuchtrechtelijke sanctiëring van een aanmerkelijk aantal door advocaten verrichte feitenonderzoeken. Dit aspect krijgt dan ook terecht aandacht in het recent gepubliceerde standpunt van de Nederlandse orde van Advocaten: <https://www.advocatenorde.nl/standpunten/Intern-feitenonderzoek>.

14 Art. 10a Advocatenwet luidt: ‘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:

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

De betekenis van het begrip ‘onafhankelijk’ in de zin van de Advocatenwet is echter een andere. Daarin betekent het (mede in het licht van Gedragsregel 2⁽¹⁵⁾): ‘zonder eigen belang’.¹⁶ De ‘onafhankelijkheid’ van de advocaat staat dus niet gelijk aan het maatschappelijke begrip ‘onafhankelijkheid’.

In het systeem van de Advocatenwet zijn partijdigheid en onafhankelijkheid niet tegenstrijdig, maar zijn het kernwaarden van gelijke rang en orde.¹⁷ Partijdigheid en onafhankelijkheid zijn dan ook complementair: de advocaat kan alleen optimaal partijdig zijn als hij bij de advisering van zijn cliënt vrij is van eigen belangen en van belangen van derden – dus ‘onafhankelijk’ in de zin van de Advocatenwet. Een ‘onafhankelijk’ onderzoek door een advocaat houdt dus (slechts) in dat hij het onderzoek *onbelemmerd* heeft kunnen uitvoeren.¹⁸ Maar met ‘objectiviteit’ of ‘boven de partijen staand’ heeft dit weinig te maken. Hetgeen overigens niet wil zeggen dat een onderzoek door een advocaat *nooit* objectief of neutraal zou kunnen zijn, maar wel dat dit *alleen* het geval kan zijn indien het ook daadwerkelijk in het belang van de cliënt is om zo’n onderzoek te laten uitvoeren en daarbij de overige omstandigheden van het geval zo’n onderzoek ook mogelijk maken – zie hierna.

4. ‘Onafhankelijkheid’ in quasi-strafrechtelijk onderzoek

Hiervoor is gememoreerd dat vanaf het begin de noodzaak tot het verrichten van intern onderzoek onlosmakelijk verbonden was aan de complianceomgeving waarin ondernemingen opereerden. Niet-beursgenoteerde (grote) familiebedrijven konden er lange tijd straffeloos voor kiezen om incidenten te negeren, terwijl tegelijkertijd beursgenoteerde of onder financieel toezicht staande ondernemingen geen andere keuze hadden dan miljoenen uit te geven aan interne onderzoeken. Eerst door een toenemend risicobesef als gevolg van spraakmakers van de publieke sanctiëring van bedrijven en hun bestuurders, is de compliancebewustheid in het ‘gewone’ bedrijfsleven toegenomen – en daarmee ook de bereidheid om geld uit te geven om zelfstandig incidenten te onderzoeken.

De eisen die aan een intern onderzoek worden gesteld hangen af van het doel dat het onderzoek beoogt te dienen. In de reguliere complianceomgeving, bestaande uit professionele toezichthouders en het Openbaar Minis-

15 Waarvan het tweede lid luidt: ‘Het belang van de cliënt, geen enkel ander belang, bepaalt de wijze waarop de advocaat zijn zaken behandelt.’

16 H. Sytma, ‘Fraudeonderzoek door de eigen advocaat. Tuchtrecht als bescherming of beperking?’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2020, afl. 3/4, p. 160.

17 J.T.C. Leiveld & P. van Kampen, ‘Trust me, I’m a lawyer. Intern onderzoek door advocaten tegen de achtergrond van de kernwaarden van de advocatuur’, *Strafblad* 2015, p. 390.

18 Ibidem.

terre, waarin een eigen intern onderzoek óók wordt gedeeld met zulke handhavers, lijkt de eis vooral te zijn dat het onderzoek in de ogen van die handhavers *deugdelijk* is (verricht).¹⁹ Vragen die in dat verband gesteld worden, zijn of de onderzoekers voldoende kundig zijn; of het onderzoek voldoende controlebaar en reproduceerbaar is; of het onderzoek opmerkelijke omissies of gaten vertoont; of de conclusies in voldoende mate rusten op de feitelijke bevindingen. De vraag naar de onafhankelijkheid van de onderzoeker is in dat verband alleen zijdelings van belang: het onderzoek van een evident niet-onafhankelijke onderzoeker zal kritischer moeten worden bezien, maar de maatstaf voor de bruikbaarheid van het onderzoek voor de professionele spelers in de complianceomgeving is vooral de kwaliteit van het gebodene.

In dit opzicht heeft de eerder genoemde innovatie 'Intern Onderzoek 2.0' een drempel overschreden. De kern van deze vorm van zelfonderzoek is dat FIOD en Openbaar Ministerie wachten met het doen van een eigen onderzoek totdat het interne onderzoek van de verdachte onderneming (dat kan zijn opgestart na een doorzoeking waarbij al het bronmateriaal door de FIOD is veiliggesteld) is afgerond. Na bestudering van dat interne onderzoek kan het Openbaar Ministerie bezien of nog eigen onderzoekhandelingen moeten worden verricht: 'In de ideale situatie is onderzoek van de Fiod niet eens meer nodig.'²⁰ In deze variant bestaat het interne onderzoek dus niet naast een strafrechtelijk onderzoek van de FIOD onder leiding van het Openbaar Ministerie, maar treedt het er wezenlijk gezien voor in de plaats.²¹

Met voorbijgaan aan het verschil tussen *sollen* en *sein*, is de taak van de politie, de FIOD en het Openbaar Ministerie (en is de opdracht en het vertrouwen die de samenleving aan en in hen stelt) dat aan 'waarheidsvinding' wordt gedaan. Dat zoveel mogelijk objectief, onvooroordeeld en neutraal op jacht wordt gegaan naar alle relevante feiten en omstandigheden. Dat het onderzoek 'onafhankelijk' is – in de betekenis die de samenleving aan dat begrip hecht. Dat overheidsonderzoek wordt bij een 'Intern Onderzoek 2.0' vervangen door een onderzoek dat 'onafhankelijk' is in de betekenis die de Advocatenwet aan dat begrip hecht. Daarmee is de vraag of een onderzoek van een advocaat ook 'onafhankelijk' kan zijn in de zin van 'objectief' en 'neutraal' – voorheen slechts het marketingargument van forensisch accountants – ineens vol in het middelpunt van de discussie

19 Vgl. M. Altana & R.P.A. Kraaijeveld, 'Zelfonderzoek vanuit toezichhoudersperspectief', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2020, afl. 3/4, p. 129.

20 M. Velthuis, 'Medewerking door ondernemingen aan een strafrechtelijk onderzoek', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2020, afl. 3, p. 94-101. Zie daarvoor al FD 4 juni 2019 – 'In de ideale situatie is onderzoek van de Fiod niet eens meer nodig' en *Volkskrant* 4 juni 2019 – 'OM wil vaker hulp van verdachte bedrijven bij de aanpak van fraude'. Zie hierover nader T. Beekhuis, 'Het gebruik van zelfonderzoek door het Openbaar Ministerie behoeft nadere motivering', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2020, afl. 3/4, p. 131 e.v.

21 D.V.A. Brouwer, 'Enkele gedachten over de raadsman die ten behoeve van de opsporing onderzoek verricht', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2020, afl. 3/4, p. 178.

over de wenselijkheid van deze vorm van onderzoek komen te staan. Dat heeft dan weer geleid tot een serie van Kamervragen en ministeriële antwoorden daarop²² en een karrenvracht aan artikelen in vaktijdschriften.

5. 'Onafhankelijkheid' in het zich verbredende compliancelanderschap

Hiervoor is gememoreerd dat de noodzaak tot het verichten van intern onderzoek onlosmakelijk verbonden is aan de complianceomgeving waarin ondernemingen opereren. Oorspronkelijk werd die complianceomgeving vooral bepaald door van overheidswege opgelegde normen en door professionele overheidstoezichthouders.²³ Die omgeving is in de laatste tien jaar aanmerkelijk gecompliceerder geworden. Consumenten, actiegroepen, belangengroepen en de media hebben een eigen particuliere complianceomgeving gecreëerd waarin *particuliere* normen voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO) worden opgelegd en worden gehandhaafd. Zij worden opgelegd over de band van reputatiebederf en consumentenbeïnvloeding – *naming and shaming*.²⁴ Zij worden gehandhaafd door aan te zetten tot consumentenboycots en door professionele of overheidskandizie af te schrikken zich met de getroffen onderneming te affiliëren. Een vroeg voorbeeld van dit mechanisme was de actie van Greenpeace in 1995 tegen het afzinken van de Brent Spar – een oud olieplatform – door Shell.²⁵ De reputatieschade en de gedeeltelijke consumentenboycot van Shell die door de publiciteit van Greenpeace werd veroorzaakt, heeft Shell ertoe gebracht een andere, duurdere verwijderingsmethode voor het olieplatform te aanvaarden. Daarmee werd een nieuwe norm ('*gij zult uw installaties milieubewust verwijderen*') aan de in deze industrie werkzame ondernemingen opgelegd. Het succes van deze actie heeft de kracht van particuliere normstelling bewezen.

Inmiddels wordt ondernemingen en overheidsorganen de maat genomen over hoe zij omgaan met – bijvoorbeeld – LHBT+-rechten, mensenrechtenschendingen in de productieketen, seksuele intimidatie (of het nog vagere 'grensoverschrijdend gedrag') op de werkvloer en – terwijl ik dit schrijf – geld verdienen in en met Rusland. Vocale belangen- en actiegroepen starten civiele procedures of doen strafrechtelijke aangifte om publieke aandacht te krijgen voor hun particuliere verzame-

22 Zie bijvoorbeeld de vragen gesteld door de Kamerleden Van Nispen en Groothuizen, kenmerk 2019Z11430, met hun beantwoording (*Handelingen II* 2018/19, nr. 3938).

23 Uiteraard is dit een grove vereenvoudiging van het veld. Civiele acties door vakbonden, consumentengroeperingen en verenigingen van aandeelhouders zijn immers al langer bekend. Maar ook hier betreft het professionele actoren.

24 Een goed voorbeeld zijn de campagnes van Wakker Dier, waarbij supermarktketens bij naam worden aangesproken om de verkoop van dierenvriendelijk vlees ('plofkippen' en 'kloknallers').

25 https://nl.wikipedia.org/wiki/Brent_Spar.

ling van gedragsnormen die zij als algemeen geldend aan het bedrijfsleven wensen op te leggen. Andere gedragsnormen hadden dat niet eens nodig om in het *corpus* van MVO te worden opgenomen – zie #metoo.

In de klassieke complianceomgeving worden de normen gesteld en gehandhaafd door organen en instanties die met overheidsgezag zijn bekleed en die aan wet- en regelgeving zijn onderworpen. In het nieuwe publieke complianceveld is de 'toezichthouder' niet een professioneel overheidsorgaan dat wel om kan gaan met 'onafhankelijke' onderzoeken van advocaten. De 'toezichthouder' is in dit veld de samenleving als geheel, en met name de publieke opinie, die wordt gevormd door consumenten, twitteraars, facebookers, media en kamer-vragenstellende politici.

Deze toezichthouder is, mogelijk door ervaringen met eerdere affaires en doofpotten, zeer avers van slagers die hun eigen vlees keuren. Deze toezichthouder acteert op de premisse 'Wie betaalt, bepaalt'.²⁶ Deze toezichthouder verlangt onderzoek waarvan de samenleving kan geloven dat het niet is gestuurd – dat er geen andere belangen of agenda mee worden gediend – dat in het onderzoek geen personen of instanties 'uit de wind' zijn gehouden – dat het zonder aanzien des persoons en zonder sturing, beïnvloeding of censuur heeft plaatsgehad. Deze toezichthouder heeft een hele scherpe neus en heeft steeds de bekende WC-eendreclame paraat²⁷ om een onderzoek waarvan de onafhankelijkheid (in de maatschappelijke betekenis van het woord), de neutraliteit, om niet te zeggen de *magistratie* niet boven elke twijfel verheven is, onmiddellijk als 'niet-onafhankelijk' en dus als 'waardeloos' en 'doofpot' af te serveren. De vraag is niet of dit juist of eerlijk is – de vaststelling moet zijn dat dit kennelijk de regels van dit complianceveld zijn.

In deze complianceomgeving wordt de advocaat bepaald door zijn partijdigheid. Van deze kernwaarde kan de advocaat nimmer afstand doen.²⁸ Dat is recent nog eens door de Nederlandse Orde van Advocaten op niet voor misverstand vatbare wijze herhaald in een herziene toelichting op Gedragsregel 2: '*Ook in deze [interne] onderzoeken is de rol van de advocaat een partijdige belangenbhartiger; een kernwaarde en rol die de advocaat niet terzijde kan schuiven. Dergelijke feitenonderzoeken leiden dus altijd tot het inkleuren van het partijbelang (het perspectief is het belang van de cliënt)*'.²⁹ Dat brengt noodzakelijkerwijze met zich dat de advocaat nimmer kan ontkomen aan de veronderstelling van de 'toezichthouder' dat wie betaalt – de onderneming of de cliënt die het onderzoek laat verrichten – ook bepaalt – tenminste een zekere, mogelijk zelfs een doorslaggevende invloed op de uit-

26 Vgl. <https://nos.nl/artikel/2413702-china-financiert-onderzoek-naar-mensenrechten-aan-vu> en de door de publieke opinie afgedwongen beslissing van de Vrije Universiteit enkele dagen later om de Chinese financiering van het onderzoekscentrum te beëindigen.

27 'Wij van WC-eend adviseren WC-eend'.

28 J.T.C. Leiveld & P. van Kampen, 'Trust me, I'm a lawyer. Intern onderzoek door advocaten tegen de achtergrond van de kernwaarden van de advocatuur', *Strafblad* 2015, p. 390.

29 <https://www.advocatenorde.nl/standpunten/intern-feitenonderzoek>.

komsten van het onderzoek zal hebben. Onder deze omstandigheden kan en zal een onderzoek door een advocaat ten behoeve van een cliënt die enig belang heeft bij de uitkomst van dat onderzoek, *nimmer* als 'onafhankelijk' in de maatschappelijke betekenis van dat begrip worden aanvaard.

Dat is alleen anders als de cliënt/opdrachtgever van het onderzoek aantoonbaar geen enkel eigen belang bij de uitkomst van het onderzoek heeft. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat het Openbaar Ministerie of het Commissariaat voor de media opdracht had gegeven aan een advocatenkantoor om onafhankelijk onderzoek te doen naar beweerde misstanden bij The Voice. Dan is objectiviteit in het belang van de cliënt – en kan de inherent partijdige advocaat dat belang (alleen) dienen door zijn onderzoek zo objectief mogelijk te verrichten. Alleen in zo'n constructie kan het onderzoek van de advocaat 'quasi-magistraal' zijn en door de samenleving ook als zodanig worden aanvaard.

In alle andere vormen en constellaties heeft de advocaat in dit complianceveld als onderzoeker maar weinig te zoeken: zijn onderzoek wordt niet als 'onafhankelijk' erkend. Daarmee kan zijn onderzoek voor de cliënt ook niet dienen om de samenleving te informeren – want de samenleving aanvaardt de uitkomsten van dat 'niet-onafhankelijke' onderzoek niet als betrouwbaar. En hoe harder de advocaat roept dat hij toch echt 'onafhankelijk' onderzoek doet, hoe meer zijn integriteit in twijfel wordt getrokken.

6. Uitleiding

Waar nog wél een rol ligt voor advocaten, is in het eigen onderzoek van de onderneming. Zonder een publieke pretentie van 'onafhankelijkheid' is er alle reden voor een onderneming om zelf onderzoek te (laten) verrichten om daar zelf lessen uit te trekken. Over die '*lessons learned*' kan de onderneming vervolgens publiek communiceren en verantwoording afleggen. Er blijft dus nog genoeg werk voor advocaten over.

Tot slot: wat betekent dit alles voor de innovatie 'Interne Onderzoeken 2.0'? Die lijkt in het publieke domein nog niet veel actie- of belangengroepen te hebben gemobiliseerd. Het debat over de wenselijkheid van deze wijze van onderzoek en de vorm waarin zulk onderzoek (mogelijk) een aanvaardbare vorm zou kunnen krijgen, is daarmee nog geen voorwerp van 'particuliere compliance' geworden. Misschien is daarvoor eerst nodig dat zich een uitglijder, incident of schandaal voordoet, als brandstof voor een mobilisatie van de publieke opinie. Die zal dan in het politiek/bestuurlijke domein geapaiseerd moeten worden – door de expliciete aanvaarding van nieuw normen en waarborgen voor deze specifieke vorm van onderzoek.