

Aspecten van sanctierecht bij intern onderzoek naar onregelmatigheden

Mr. drs. J.T.C. Leliveld¹⁶⁰

Inleiding

Al decennia lang is in ondernemersland sprake van een gestage groei van onderzoekers en onderzochten. In Nederland hebben openbaar ministerie, belastingdienst en allerlei soms nieuwe toezichthoudende autoriteiten als DNB, AFM, NMa of VWA (Voedsel en Waren Autoriteit) steeds meer bevoegdheden om onderzoek te verrichten naar mogelijke onregelmatigheden. Daarbij komt dat de grens tussen scherp zaken doen, handelen in strijd met maatschappelijke verwachtingen¹⁶¹ en onregelmatige bedrijfsvoering steeds minder duidelijk is. Normen worden in de praktijk bovendien vaak bepaald door allerlei stakeholders en door de media. Rechtspersonen en het management van deze rechtspersonen worden aldus geconfronteerd met een complex landschap van onduidelijke, meer of minder harde regels waarop wordt toegezien door een wirwar van toezichthouders. Tussen de verschillende regels en toezichthouders bestaan weer allerlei afhankelijkheden waarmee bij het interpreteren van de norm en bij de omgang met de ene of de andere toezichthouder rekening moet worden gehouden. Onzekerheid over de juistheid van het eigen handelen en de onduidelijke, veelal oncontroleerbare consequenties van al dan niet bewuste schendingen bieden een uitstekende voedingsbodem voor de opkomst van interne onderzoeken bij aanwijzingen van mogelijke onregelmatigheden in de bedrijfsvoering. Vele disciplines zijn daarbij nodig. Kennis van het strafrecht en van de verschillende handhavingmogelijkheden (samengevat 'het sanctierecht') is daarbij noodzakelijk. Twee voorbeelden:

In januari 2008 kwam een miljardenfraude bij de Franse bank Société Générale aan het licht. In eerste instantie leek het een eenmansactie te betreffen van een medewerker die de interne controlemechanismen had weten te omzeilen en op die manier met risicovolle handelingen bijna 5 miljard Euro had weten te verliezen. De bank probeerde naar verluidt de aandacht te richten op deze ene handelaar. Al snel werd

¹⁶⁰ Jan Leliveld is partner bij Wladimiroff & Waling advocaten.

¹⁶¹ Vgl. G. Demmink, *De compliance officer: bruggebouwer of bruggenhoofd?* Bank- en Effectenbedrijf, 2003, blz. 12- 14.

echter duidelijk dat er bij de bank zelf weinig interne controle was. Het overschrijden van grenzen was kennelijk gemeengoed onder handelaren en zolang er geld verdiend werd en alles in de boeken verantwoord kon worden, zou de bank dit oogluikend hebben toegelaten.¹⁶² De aandacht van de handhavende autoriteiten verschoof vervolgens van de eenling naar de bank en de vraag werd actueel of ook de bank zelf (strafrechtelijke) verwijten gemaakt kon worden. Een vraag die nog niet beantwoord is. De Franse casus laat zich met enige goede wil gemakkelijk vergelijken met de Slavenburg casus die in Nederland al decennia lang maatgevend is voor de beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevend (het management) van de rechtspersoon. Ook in de Slavenburg zaak ging het om een grote, complexe rechtspersoon waarin naast talloze correct verlopen handelingen ook strafbare feiten werden begaan. Centraal stond daarbij de vraag in hoeverre de leden van de Raad van Bestuur strafrechtelijk aansprakelijk waren voor strafbare feiten die hadden plaatsgevonden in de periferie van de organisatie.¹⁶³

De voorbeelden van de Bank Société Général en de voormalige Slavenburg Bank maken duidelijk dat strafrechtelijk verwijtbaar handelen binnen een rechtspersoon niet enkel strafrechtelijk relevante gevolgen kan hebben voor de direct betrokkenen maar tevens voor de rechtspersoon zelf en het management van deze rechtspersoon.

In deze bijdrage wordt ingegaan op consequenties die deze constatering heeft voor: de besluitvorming tot intern onderzoek naar onregelmatigheden; het inrichten van dit onderzoek en de omgang met de uitkomsten van het interne onderzoek.¹⁶⁴ Het is begrijpelijk en veelal ook wenselijk dat bij aanwijzingen van onregelmatigheden binnen een onderneming snel tot onderzoek wordt overgegaan. Dit onderzoek zou echter zonder een moment van bezinning over mogelijke gevolgen voor sanctionering ook tot ongewenste neveneffecten kunnen leiden.

Besluiten tot het instellen van onderzoek

Voordat beslist wordt tot het al dan niet instellen van onderzoek zullen er op enigerlei wijze aanwijzingen van onregelmatigheden zijn. Binnen ondernemingen zal gestructureerd moeten worden waar deze aanwijzingen van onregelmatigheden gemeld kunnen worden en waar acties naar aanleiding van deze aanwijzingen zullen worden gecoördineerd. Bij grotere ondernemingen zal de general counsel of compliance ma-

162 J. van Erp, W. Huisman, H. van de Bunt, P. Ponsaers, *Toezicht en Compliance*, Tijdschrift voor Criminologie 2008, blz. 83.

163 Slavenburg (I) HR 19 november 1985, NJ 1986, 125 en Slavenburg (II) HR 16 december 1986, NJ 1987, 321. Zie ook: J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer 2006, blz. 461-470.

164 Het artikel is geschreven vanuit de optiek van de verdediging van de belangen van de rechtspersoon en zijn management.

nager een dergelijke rol van interne waakhond voor het handhaven interne en externe normen en waarden kunnen vervullen.¹⁶⁵ In de praktijk bestaan bij veel grote ondernemingen vaak zelfs speciale afdelingen (bijvoorbeeld 'corporate security of Internal Audit') die zich met dit soort onderzoeken bezighouden. Echter ook bij kleinere organisaties zal vooraf duidelijk moeten zijn hoe de lijnen van informatievoorziening bij aanwijzingen van onregelmatigheden lopen.

Vervolgens zal moeten worden beslist hoe om te gaan met deze aanwijzingen; wie te informeren en al dan niet zelf onderzoeken. Bij besluitvorming omtrent het onderzoek naar aanleiding van aanwijzingen van onregelmatigheden binnen een rechtspersoon staan de belangen van de rechtspersoon voorop. Vaak zullen deze belangen gelijk zijn aan de belangen van het (top)management. Het management van de rechtspersoon zal in dat geval primair verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden.¹⁶⁶ Niet altijd lopen de belangen tussen het bestuur en de rechtspersoon parallel. Zo hebben de afgelopen jaren juist die zaken veel publiciteit gehad waar het bestuur van de rechtspersoon zelf onderwerp van – uiteindelijk strafrechtelijk maar daaraan voorafgaand ook intern – onderzoek was. In dat geval kunnen de belangen tussen de rechtspersoon en zijn management uiteen lopen en is het de vraag wie verantwoordelijk moet zijn voor het onderzoek. Als de rechtspersoon beschikt over een Raad van Commissarissen, ligt het voor de hand dat de Raad van Commissarissen de besluitvorming naar zich toe zal trekken. De Raad van Commissarissen kan daarbij worden ondersteund door een eigen secretaris of door de eerder genoemde general counsel of compliance manager.

Met het inschakelen van het topmanagement van de rechtspersoon wordt de eventuele onregelmatigheid ook op dat niveau behandeld. Dit zal veelal vereist zijn. Soms wordt er binnen een rechtspersoon voor gekozen om het topmanagement niet te informeren, om zo ook geen mogelijk bezwarende wetenschap te creëren. De keuze zal echter altijd moeten worden gezien tegen de achtergrond van mogelijk berispelijk nalatig handelen door dit topmanagement. Het verweer dat niet is opgetreden, omdat men vanwege de inrichting van het besluitvormingstraject buiten beeld was gebleven, zal in de rechtzaal op weinig instemming mogen rekenen. Daarnaast wordt wel overwogen om onderzoeken naar onregelmatigheden bij de werkmaatschappijen binnen een groep vooral op het niveau van de betrokken werkmaatschappij te behandelen. Op die manier wordt getracht om bij latere integriteitbeoordelingen de rechtspersoon (de holding en/of zustermaatschappijen) zo schoon mogelijk te houden. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn bij aanbestedingen en Bibop toetsingen. Hierbij

¹⁶⁵ Code Tabaksblat, best practice bepaling II.1., prof. S.R. Schuit, Corporate Integrity, Uitgave ter gelegenheid van het derde lustrum van de Stichting Grotius Academie, 2006, De rol van de Raad van Commissarissen bij naleving van wet- en regelgeving, toezicht op het zelfreinigend vermogen van de onderneming, blz. 27-50, citaat general counsel van blz. 36.

¹⁶⁶ Zie R. van den Bosch en B.C.G. Jennen, *Het interne fraude onderzoek*, TvC 2008, blz. 21-25.

dient dan echter wel bedacht te worden dat, afhankelijk van de aard van de toets, de omstandigheden (aard en omvang) van de onregelmatigheid toch van belang kunnen zijn bij beoordeling. Het bestuursorgaan kan ook de relaties (bijvoorbeeld moeder–dochter) van de aanvrager (Bibob) of aanbieder (aanbestedingen) bij de beoordeling betrekken.¹⁶⁷ Het isoleren van onregelmatigheden binnen een organisatie is over het algemeen dan ook niet eenvoudig en met de problematiek wie betrokken wordt bij het onderzoek en wie geïnformeerd wordt over de uitkomsten van het onderzoek moet zorgvuldig worden omgegaan.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn management

Op voorhand zijn de belangen van een rechtspersoon bij onderzoek naar onregelmatigheden veelal moeilijk in te schatten. Het primaire belang van een rechtspersoon zal in het overgrote deel zijn te overleven of, minder dramatisch verwoord, het bewerkstelligen van continuïteit van de bedrijfsvoering. Belangen die daarvan kunnen worden afgeleid zijn bijvoorbeeld het tegengaan van niet integer gedrag en zelfverrijking van medewerkers, en financieel nadeel voor de rechtspersoon enerzijds. Anderzijds heeft de rechtspersoon belang bij het voorkomen van negatieve publiciteit en interne en externe turbulentie. Bij de besluitvorming omtrent het onderzoek zullen alle belangen worden afgewogen.

Vanuit dat strafrechtelijk perspectief dient te worden onderkend, dat onderzoek – ook indien er geen aanwijzingen zijn dat het management zelf enig verwijt kan worden gemaakt – niet enkel de onderzochte natuurlijke personen kan raken, maar tevens de rechtspersoon¹⁶⁸ en de feitelijk leidinggevenden; het management van de onderneming.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon is gebaseerd op de toerekening van gedragingen en bedoelingen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon. Eigen onderzoek, naar gedragingen van natuurlijke personen binnen de rechtspersoon, kan derhalve ook een onderzoek (blijken te) zijn naar mogelijk aan de rechtspersoon redelijkerwijs toe te rekenen strafrechtelijke gedraging. Of een (verboden) gedraging in redelijkheid aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich bezwaarlijk formuleren.

¹⁶⁷ R.W. Veldhuis, *De Wet Bibob, een tussenstand*, NJB 2006, blz. 1488-1493.

¹⁶⁸ Zie artikel 51 Sr. Het begrip rechtspersoon dient in de eerste plaats in de civielrechtelijke betekenis te worden opgevat (zie artikel 2:1 e.v. BW). Artikel 51, derde lid Sr geeft een uitbreiding. Met rechtspersonen worden gelijkgesteld de VOF en CV, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

De Hoge Raad heeft echter in het zogenoemde Zijpe arrest de belangrijkste uitgangspunten op een rij gezet.¹⁶⁹

De Hoge Raad overwoog dat een belangrijk oriëntatiepunt bij eventuele toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard.¹⁷⁰

Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd. Als vornoemde criteria (ten aanzien van de toerekening van onregelmatigheden aan een rechtspersoon) worden toegepast, zal kunnen blijken dat het onderwerp van onderzoek een risico kan inhouden van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon.

De relevantie van de aanvaarding van het gedrag door de rechtspersoon, voor een redelijke toerekening, zal groter kunnen worden naarmate de betrokken rechtspersoon groter is en de relevantie kan mede afhankelijk zijn van het besturingsmodel. Als bijvoorbeeld sprake is van een centraal bestuurd onderneming waarin de top zich diepgaand met de uitvoering bezighoudt, dan is acceptatie op hoog niveau van belang. Betreft het echter een rechtspersoon waarin decentralisatie en maximale zelfstandigheid van de verschillende onderdelen het parool zijn, dan komt het vooral aan op aanvaarding op dat lagere gedecentraliseerde niveau.¹⁷¹

Niet alleen de rechtspersoon kan het risico lopen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit geldt ook voor het management (de feitelijk leidinggevenden). Het is aanvaardbaar dat een manager aansprakelijk wordt gehouden als hij opdracht heeft gegeven tot een strafbaar feit. Ook de indirecte vorm, wanneer de manager de hand

¹⁶⁹ Zijpe arrest, HR 20 oktober 2003, NJ 2006, 328.

¹⁷⁰ Vergelijk IJzerdraad arrest, 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

¹⁷¹ De Hullu, a.w. blz. 163 (met verwijzingen naar overige literatuur).

heeft gehad in de verboden gedraging, zal een dergelijke betrokkenheid begrijpelijk-kerwijs leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Van feitelijk leiding geven aan een verboden gedraging door een rechtspersoon gepleegd – eerst moet dan dus strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon vaststaan – kan sprake zijn indien de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. De bewuste aanvaarding van een dergelijke aanmerkelijke kans kan zich voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het eerder begaan van strafbare feiten door de rechtspersoon die rechtstreeks verband hield met de hem verweten verboden gedragingen.¹⁷² Ook wetenschap van feiten of omstandigheden die tot strafbare feiten kunnen leiden kan aanleiding geven tot aansprakelijkheid. In dat geval zal van de feiten en omstandigheden afhangen in hoeverre sprake is van aanvaarding van een aanmerkelijke kans. In het laatste geval zal het – mede gelet op de veelal complexe wetgeving – wel tenminste moeten gaan om een welbewust beleid, dat onjuistheden bevordert. In de Ahold uitspraak bevestigde de rechtbank de Slavenburg II jurisprudentie. Niet werd dus aanvaard een beginsel van collectief bestuur. Een bestuurder die niet op de hoogte was, maar dat misschien wel had moeten zijn is daardoor dus niet strafrechtelijk aansprakelijk.¹⁷³ Hier kan een onderscheid worden waargenomen tussen de mogelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn management. Bij het management geldt de minimum vereiste dat er in ieder geval wetenschap is van een eerdere strafbare gedraging die rechtstreeks verband hield met de nieuw verweten gedraging of het welbewust creëren van de mogelijkheid tot onregelmatigheden door de rechtspersoon. Onregelmatigheden binnen een rechtspersoon kunnen grote strafrechtelijke gevolgen hebben voor de rechtspersoon en de leidinggevenden. Het interne onderzoek kan – als neveneffect – deze mogelijke gevolgen over het voetlicht brengen.

Intern onderzoek, extern toezicht en opsporing¹⁷⁴

Besloten kan worden om onderzoek ofwel intern dan wel extern te laten plaatsvinden. Daarnaast kan aangifte worden gedaan bij het openbaar ministerie, waarna het openbaar ministerie kan besluiten onderzoek te laten plaatsvinden door de FIOD-ECD.¹⁷⁵

172 Slavenburg II en vergelijk bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 22 mei 2006, de Ahold zaak, OR 2006, nr. 157, met noot H. de Doelder en P.C. Verloop.

173 Inmiddels vindt de behandeling van het hoger beroep plaats bij het Hof Amsterdam.

174 O.J.D.M.L. Jansen, Het zwijgrecht van ondernemingen in het Nederlandse boeterecht, OS 2004, blz. 67-77.

175 Zie in algemene zin, M.H.G. Scharenborg, Fraude & Onderzoek, Sdu 2006.

Bij de beantwoording van de vraag wie ingeschakeld moet worden naar aanleiding van de aanwijzingen van onregelmatigheden, zal een overweging kunnen zijn op welke wijze het best controle kan worden behouden op de vruchten van het onderzoek.

Zodra aangifte is gedaan is het primaat van het onderzoek uit handen gegeven. Op dat moment zal verdere controle moeilijk zijn. Dit hoeft vanuit strafrechtelijk perspectief geen probleem te zijn als de rechtspersoon en zijn management niets te verwijten valt. Vaak is het echter verstandig om eerst de eigen beheersingssystemen te controleren of, ingeval van eerdere onregelmatigheden, eerst vast te stellen in hoeverre de na deze eerste onregelmatigheid getroffen maatregelen zijn nageleefd. Aan het doen van aangifte zijn voordelen verbonden. Zo kan met het doen van aangifte een duidelijk voorbeeld worden gesteld binnen de organisatie. Het opsporingsapparaat wordt ingeschakeld en er kan gebruik worden gemaakt van dwangmiddelen. En de rechtspersoon kan zich vaak stellen als benadeelde partij waarmee de beschikking kan worden gekregen over relevante onderdelen van het resultaat van het onderzoek. Deze onderdelen zouden dan bijvoorbeeld weer in een civiele procedure kunnen worden gebruikt.

Naast de risico's van eigen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn management moet rekening worden gehouden met het risico van oncontroleerbare publiciteit bij een aangifte. Een belangrijke andere reden om zelf onderzoek te doen kan zijn, dat het onderzoek er juist toe dient om te bezien of de rechtspersoon zonder het risico van een sanctie tot beëindiging van een mogelijke onregelmatigheid kan komen. Gedacht kan in het fiscale strafrecht worden aan de zogenoemde inkeerbepaling. Indien de belastingplichtige alsnog een juiste en volledige aangifte doet of juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat één of meer opsporingsambtenaren voor fiscale delicten met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of zal worden, vervalt het recht op strafvervolging.¹⁷⁶ Een andere situatie doet zich voor in het Mededingingsrecht. In de zogenoemde Clementieregeling is aangegeven dat het Clementiebureau van de NMa aan de verzoeker boete-immuniteit toezegt indien de verzoeker als eerste een clementieverzoek indient ten aanzien van een kartel waarnaar de NMa nog geen onderzoek is begonnen.¹⁷⁷ In het commune strafrecht is een dergelijke inkeer of clementie regeling niet voorzien. Ook in het strafrecht zal het echter van belang kunnen zijn voor diverse verweren om zelfstandig, eerst onderzoek te hebben verricht om een einde te maken aan onregelmatigheden.

¹⁷⁶ Artikel 69, derde lid AWR.

¹⁷⁷ Artikel 15, Richtsnoeren Clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de artikelen 50, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mw.

Ook als zelf onderzoek wordt verricht op basis van aanwijzingen van onregelmatigheden binnen de onderneming moet voortdurend rekening worden gehouden met autonoom – niet van een aangifte van de onderneming afhankelijk optreden van toezichthouders als de AFM, DNB¹⁷⁸, NMa of de belastingdienst en de mogelijkheden tot opsporing door het openbaar ministerie. Het toezicht of de opsporing kan vanwege de aan de toezichthouders of opsporingsambtenaren toekomende bevoegdheden grote gevolgen hebben. Zo hebben toezichthouders bij de uitoefening van hun taken bijvoorbeeld de bevoegdheid om plaatsen te betreden; om inlichtingen te vorderen of inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.¹⁷⁹ In de verschillende bijzondere wetten zijn deze bepalingen van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard; aangevuld of beperkt.¹⁸⁰ In het kader van de opsporing kunnen nog verdergaande onderzoeksbevoegdheden en dwangmiddelen worden ingezet dan die welke in het kader van het uitoefenen van toezicht kunnen worden uitgeoefend.¹⁸¹

Gedurende het eigen interne onderzoek kunnen er ook externe factoren zijn die de aandacht van de toezichthouders en het openbaar ministerie op de rechtspersoon kunnen vestigen. Op dat moment kan dan alsnog gebruik worden gemaakt van de bevoegdheden en zal, als daar geen rekening mee wordt gehouden bij het opzetten van het onderzoek, tevens kunnen worden geput uit het interne onderzoek. Er kan dan door toezichthouders onder omstandigheden gebruik worden gemaakt van door de rechtspersoon zelf verzameld, al dan niet voor de rechtspersoon of zijn management belastend, materiaal. In veel wetgeving en jurisprudentie zijn het zogenoemde 'nemo tenetur' beginsel en het zwijgrecht verankerd. Zodra iemand wordt verdacht van een strafbaar feit heeft betrokkene een zwijgrecht en hoeft niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Echter, dit geldt pas vanaf het moment dat iemand verdacht is. Vaak is bovendien onduidelijk hoe met eerder verkregen informatie moet worden omgegaan. En (minst genomen) lijkt de tendens te zijn dat de bescherming zich beperkt tot materiaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van betrokkene.¹⁸² Daarnaast zijn de gevolgen van toepassing van het beginsel vaak beperkt. Immers, een vordering tot uitlevering van stukken mag dan misschien niet aan een verdachte worden gericht, de justitiële autoriteiten hebben daarentegen wel de bevoegdheid om voor onderzoek van belang zijnde stukken bij de verdachte in beslag te nemen.¹⁸³ Vervolgens dient te worden bedacht dat er tussen de verschillende handhavende autoriteiten Convenanten zijn waarin de informatie uitwisseling is geregeld.

178 Vgl. A.J.P. Tillema en C.A. Doets, in onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007, blz. 493-544.

179 Zie Afdeling 5.2 Algemene wet bestuursrecht, Toezicht op de naleving.

180 Zie Afdeling 1.4.1. Toezicht op de naleving Wet op het financieel toezicht.

181 Zie bijvoorbeeld Sv Titel IV Eenige bijzonder dwangmiddelen, WED Titel III Van de opsporing, en D.R. Doorenbos, Strafrechtelijke handhaving van de Wft.

182 Zie Conclusie AG Knigge, nr. 54 bij BABW arrest, 19 september 2006, NJ 2007, 39.

183 Zie P.M. van Russen Groen en T.B. Trotman, Een Zwitserse skileraar en het nemo tenetur beginsel: een stand van zaken, in Iets Bijzonders, Liber Amicorum voor prof. M. Wladimiroff, Sdu 2002, blz. 93-111.

Bij het inrichten van intern onderzoek moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid, dat op vele momenten toezichthouders en of opsporingsambtenaren met gebruikmaking van hun bevoegdheden voor de rechtspersoon en het management mogelijkwijs de beschikking kunnen krijgen over belastend materiaal. Het hoeft geen betoog, dat een dergelijke situatie des te vervelender is als dit eigen onderzoek bijvoorbeeld bedoeld was om gebruik te maken van de inkeerregeling of om een clementieverzoek in te dienen. Soms kan in het kader van gebruikmaking van de inkeerregeling of het indienen van een clementieverzoek op voorhand afspraken worden gemaakt, waarbij bijvoorbeeld afspraken kunnen worden gemaakt over de termijn voor het zelfstandig verrichten van onderzoek. Dit is echter lang niet altijd wenselijk. Daarnaast zal gelden dat hoe groter de kring van betrokkenen is van het onderzoek, des te groter het risico zal worden, dat betrokkenen bij dit onderzoek op verzoek van toezichthouders of openbaar ministerie over hun bijdrage aan dit onderzoek en wetenschap over het onderzoek zullen moeten verklaren.

Legal privilege

Om te voorkomen dat de bouwstenen voor of de vruchten van het onderzoek met gebruikmaking van de diverse bevoegdheden door toezichthouders ongewenst kunnen worden opgevraagd, meegenomen en gebruikt is het van belang de bescherming van deze gegevens bij de aanvang van het onderzoek goed te organiseren. Een goede manier om dit te bewerkstelligen is het onderzoek te laten plaatsvinden onder leiding van en in opdracht van een advocaat.

Hierbij moet allereerst worden opgemerkt dat onzeker is of dit ook voor advocaten in dienstbetrekking geldt. De voor 'gewone' advocaten toepasselijke regelgeving is onverkort van toepassing en de advocaten in dienstbetrekking zijn gebonden aan de geheimhoudingsplicht en zij kunnen aanspraak maken op het verschoningsrecht. Echter onder het Europese Gemeenschapsrecht wordt, zo bleek onlangs weer in de zogenoemde Akzo uitspraak, een advocaat die tevens bedrijfsjurist is, voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, het bedrijf waar hij werkt, niet gelijkgesteld met een externe advocaat die door dat bedrijf wordt ingeschakeld.¹⁸⁴ Het is niet duidelijk hoe de Nederlandse rechter uiteindelijk de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat in dienstbetrekking zal beoordelen. In ieder geval voor de externe advocaat geldt dat een ieder die zijn hulp inroept erop mag vertrouwen dat hetgeen de advocaat wordt medegedeeld geheim blijft. Zo vatte het Hof Amsterdam

¹⁸⁴ GvEA, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03 17 september 2007, Akzo Nobel Chemicals/commissie en Akros Chemicals/Commissie, zoals besproken door onder meer: S.J.H. Evans, Legal privilege ? na het AKZO-arrest: goed nieuws voor de 'happy few?', NTER 2008, blz. 49-54 en W.J. Koops en M.J.N. Vermeij, Communautair geknabbel aan verschoningsrecht, De Cohen-advocaat buitenspel?, Advocatenblad 2007, blz. 601-603 en Wilma Duijst in Beroepsgeheim en verschoningsrecht, Sdu 2008, blz. 51.

onlangs in het kader van het beroep van Deloitte Touche op verschoningsrecht in het hoger beroep in Ahold zaak, de huidige stand van de Nederlandse rechtspraak nogmaals samen.¹⁸⁵ Het Hof overwoog ondermeer dat de bevoegdheid tot verschoning die de advocaat toekomt zich mede uitstrekt tot gegevens waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd, alsmede tot de conclusies die in dat kader van zijn werkzaamheden aan die gegevens zijn verbonden. Indien een en ander door hem of op zijn verzoek in een geschrift is vastgelegd, is dit geschrift object van de aan de advocaat toekomende bevoegdheid tot verschoning en kan het zonder zijn toestemming niet in beslag worden genomen, behoudens indien dit geschrift voorwerp van een strafbaar feit uitmaakt of tot het begaan daarvan heeft gediend. In het kader van intern onderzoek kan derhalve van belang zijn, dat duidelijk wordt dat dit onderzoek heeft plaatsgevonden in opdracht van een externe advocaat en dat bijvoorbeeld de vastleggingen van gesprekken met medewerkers louter in dat kader hebben plaatsgevonden. Het Hof bevestigde ook dat 'de aard van het verschoningsrecht meebrengt dat het oordeel omtrent de vraag of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning zijn, in beginsel toekomt aan de tot verschoning bevoegde persoon. Wanneer deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om geschriften die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim' dit standpunt door de justitiële organen dient te worden geëerbiedigd. Dit geldt ook in het geval de bijstand van een advocaat wordt ingeroepen met het oog op (dreigende) juridische procedures in een ander land dan Nederland en om die reden een in dat andere land gevestigde advocaat wordt aangezocht.

In de eerder genoemde Akzo zaak werd geoordeeld dat de voorbereidende documenten moesten zijn opgesteld 'met het uitsluitende doel van juridisch advies'. Niet helder is hoe aanpassing van beheersmaatregelen op basis van het interne onderzoek in dat kader moet worden gediend. De beslissingen van het Hof in de Ahold zaak hebben op dat punt niet veel verduidelijking gegeven. Evident is dat bijvoorbeeld het verstrekken van documenten aan externe adviseurs voor publicatie c.q. pers doeleinden niet onder het verschoningsrecht van de advocaat zal vallen.

Gevolgen van de uitkomsten van het onderzoek

De interne onderzoekers kunnen tot de conclusie komen dat sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit. Een ieder die kennis draagt van een strafbaar feit is bevoegd daarvan aangifte of klacht te doen. Het kan hierbij zowel om overtredingen als misdrijven gaan.¹⁸⁶ Van een aangifteplicht zal over het algemeen

¹⁸⁵ Hof Amsterdam, proces verbaal terechtzitting, 25 juni 2008, (niet gepubliceerd).

¹⁸⁶ Artikel 161 Sv.

niet snel sprake zijn.¹⁸⁷ Uit de financiële praktijk blijken diverse uitzonderingen. Zo dient de beleggingsonderneming die vermoedt dat een transactie ten behoeve waarvan zij werkzaamheden verricht, in strijd is met het verbod van voorwetenschap of marktmanipulatie, dit vermoeden onverwijld te melden aan de AFM.¹⁸⁸ Daarnaast zijn instellingen verplicht een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie te melden binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan het meldpunt.¹⁸⁹ Zowel ten aanzien van de klikplicht als voor de meldplicht geldt, dat de Wet voorziet in een civiel en strafrechtelijke vrijwaring voor later blijkende onterechte meldingen.¹⁹⁰ Over het algemeen geldt dat de vrijwaring niet kan worden ingeroepen indien sprake is van onzorgvuldigheid van de melder, en het doen van valse aangifte is strafbaar.¹⁹¹ De aangifteplicht geldt ook niet voor degene die door de aangifte zichzelf aan het gevaar van vervolging zou kunnen blootstellen.

Lastig is de situatie als na het onderzoek niet duidelijk is, of het handelen of nalaten als strafrechtelijk verwijtbaar moet worden gekwalificeerd. In Nederland bestaat geen geformaliseerde mogelijkheid tot overleg met het openbaar ministerie ten aanzien van de uitkomsten van eigen onderzoek. Dergelijk overleg is echter wel belangrijk. Zo zou bij twijfel of de (strafrechtelijke) verwijtbaarheid van handelen een opinie gevraagd kunnen worden voor de toekomst. Hoewel overleg niet geformaliseerd is, zou wel kunnen worden gepoogd of bijvoorbeeld op 'hypothetische basis' van gedachten kan worden gewisseld. Een bezwaar daarbij is echter, dat niet duidelijk is wie als aanspreekpunt zou kunnen fungeren binnen het functioneel parket. Bij twijfel over de legitimiteit van handelen van de rechtspersoon is dan ook van groot belang dat voorzichtig wordt afgetast met wie tot overleg kan worden gekomen.

Eerder is aangegeven, dat zodra leidinggevenden binnen een organisatie op de hoogte zijn van uit het onderzoek blijkende onregelmatigheden die de rechtspersoon raken, bijvoorbeeld omkooppraktijken, maatregelen moeten worden getroffen om herhaling te voorkomen. Als dit niet gebeurt dan zal dit alsnog, in de toekomst, tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden. Van belang is dus dat beheersmaatregelen worden geïmplementeerd ter voorkoming van herhaling van mogelijke onregelmatigheden. Ook over deze beheersmaatregelen zou afstemming moeten kunnen plaatsvinden.

¹⁸⁷ Uitzonderingen zijn opgenomen onder artikel 160 en 162 (aangifteverplichting openbare colleges en ambtenaren) Sv.

¹⁸⁸ artikel 5:62 Wet op het financieel toezicht.

¹⁸⁹ (nieuwe) Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, artikel 1.1 (instellingen) en artikel 16 (meldplicht). Daarnaast zijn relevant de meldplichten van de accountant, bij de uitvoering van onderzoek zoals opgenomen in de artikelen 26 Wta, 3:88 Wft (DNB) en 4:27 Wft (AFM).

¹⁹⁰ Artikel 19 Wwft (strafrechtelijke vrijwaring) en artikel 20 Wwft (civielrechtelijke) vrijwaring.

¹⁹¹ Artikel 188 Sr.

Conclusies

In deze bijdrage is aangegeven dat kennis van de bevoegdheden van de verschillende handhavers van belang is voor (de inrichting van) interne onderzoeken. Dit leidt in het bijzonder tot de volgende conclusies:

1. Beslist moet worden waar in de organisatie aanwijzingen van onregelmatigheden moeten worden gemeld en hoe vervolgens besluitvorming omtrent eventueel onderzoek plaatsvindt.
2. Beslist moet worden wie binnen de organisatie verantwoordelijk wordt voor (de voortgang van) het onderzoek en wie op welke wijze over dit onderzoek wordt geïnformeerd.
3. Bij de besluitvorming omtrent het al dan niet intern onderzoeken van onregelmatigheden dient rekening te worden gehouden met de risico's voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Tevens kunnen er andere redenen zijn (inkeer, clementie, strafrechtelijke verweren) die tot eigen onderzoek nopen.
4. Intern onderzoek blijft lang niet altijd intern. Bij de inrichting van het onderzoek dienen deze (strafrechtelijke en andere, bijvoorbeeld publicitaire) risico's te zijn meegenomen.
5. Een verschoningsgerechtigde, advocaat, kan bij het beheersen van het onderzoek en het vermijden van het ontijdig of ongewenst openbaar worden van het onderzoek een rol spelen.
6. De uitkomsten van het onderzoek vaak gevolgen hebben voor toekomst van de onderneming. Overleg met handhavers en aanpassing van de interne beheersmaatregelen kan daarbij een rol spelen.
7. De specialistische kennis van de verschillende sanctie disciplines omvat ook de kennis en ervaring om over de schuttingen van het eigen rechtsgebied te kijken en risico's op aanpalende gebieden te onderkennen en in te dammen.