

Het WODC-rapport over zelfonderzoek en zelfmelden: what's next?

mr. H.J.J. Bisscheroux en A.M. Borel Rinkes¹

'Complexe materie', zo vat de minister van Justitie en Veiligheid het meer dan 300 pagina's tellende onderzoeksrapport *Zelfonderzoek en zelfmelden van fraude en corruptie door bedrijven samen*.² Al jaren zijn interne onderzoeken onderwerp van discussie. Ook dit tijdschrift wijdde er in 2020 een themanummer aan.³ In Den Haag vond men het daarom eens tijd worden voor een onafhankelijk onderzoek naar interne onderzoeken.⁴

1. Inleiding

In het onderzoeksrapport worden de potentiële opbrengsten en risico's van zelfonderzoek en zelfmelden van mogelijke corruptie en fraude door bedrijven onderzocht. Daarnaast is aandacht besteed aan de vraag of en op welke wijze regulering hiervan wenselijk zou zijn.⁵ Hiervoor is enerzijds een rechtsvergelijking met de (voorgestelde) regelgeving in Duitsland, Engeland, Frankrijk en de Verenigde Staten uitgevoerd en zijn anderzijds interviews en expertmeetings gehouden met Nederlandse deskundigen.⁶

Op basis hiervan zijn aandachtspunten voor een mogelijke regulering van zelfonderzoek en zelfmelden

in Nederland geformuleerd. Volgens de minister bevat het onderzoeksrapport normatieve en juridische dilemma's die niet allemaal door het onderzoek worden beantwoord, zoals de rechtspositie van werknemers die verzocht worden aan het onderzoek mee te werken. De minister noemt hier opvallend genoeg niet het verschoningsrecht als belangrijk thema. Het rapport wordt door de minister als startpunt gezien om (weer) met belanghebbende partijen in gesprek te gaan over verschillende vraagstukken die het onderzoek blootlegt en hoe daar vervolg aan moet worden gegeven. Maar is er inmiddels niet al genoeg gepraat? Wat ons betreft biedt het rapport voldoende belangrijke inzichten en concrete aanknopingspunten om mee aan de slag te gaan. Dat is ook nodig. Zelfonderzoeken kunnen immers een belangrijke functie vervullen in de bestrijding van fraude en corruptie binnen bedrijven, gelet op het zelfreinigend effect dat deze onderzoeken hebben. De huidige druk op de strafrechtspleging vergroot bovendien de urgentie om vraagstukken die een belemmering vormen voor de praktijk van zelfonderzoek en zelfmelden zo snel mogelijk op te lossen.

Wij lichten in dit artikel twee onderwerpen uit die in het onderzoek bij herhaling als knelpunten worden geïdentificeerd, namelijk hoe om te gaan met het verschoningsrecht en met de betrokken individuen in een zelfonderzoek. We doen daarbij tevens een suggestie hoe deze knelpunten op te lossen. Voordat we daaraan toekomen bespreken we voor de nodige context de voor deze bijdrage belangrijkste elementen uit de regelingen uit de onderzochte landen.

2. Opmerking vooraf

In het rapport is onderzocht in hoeverre regulering van zelfonderzoek en zelfmelden wenselijk is. *Zelfonderzoek* wordt in het rapport gedefinieerd als het door of in opdracht van een bedrijf uitvoeren van een intern onderzoek naar aanleiding van signalen van fraude en/of corruptie.⁷ *Zelfmelden* wordt gede-

1. Mr. H.J.J. Bisscheroux en mr. A.M. Borel Rinkes zijn werkzaam als strafrechtadvocaat bij Stibbe Amsterdam.
2. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 21 februari 2023, 2022/23, 31388, nr. 6.
3. Zie onder meer het themanummer van dit tijdschrift (TvSO 2020, nr. 3/4).
4. Met dit onderzoek is uitvoering gegeven aan de motie van de leden Groothuizen en Van Nispen van juni 2020 (Kamerstuk 31 753, nr. 207). Daarin is de regering verzocht om voor- en nadelen van zelfonderzoek door bedrijven onafhankelijk te laten onderzoeken, in te gaan op de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van zelfonderzoek voor opsporingsinstanties en het OM en op de vraag op welke wijze zelfonderzoek zou kunnen worden gereguleerd. Overigens merkt de minister in haar kamerbrief ook op dat de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) bij de periodieke evaluatie van het OESO anti-corruptieverdrag de aanbeveling heeft gedaan om in buitenlandse omkopingzaken helder beleid voor zelfonderzoek en zelfmelding door bedrijven op te stellen.
5. Het rapport uit 2023 is opgesteld door de vakgroep Strafrecht en Criminologie van de Vrije Universiteit Amsterdam in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC).
6. De respondenten bestonden uit: particuliere onderzoekers, waaronder advocaten en forensisch accountants; de FIOD en het openbaar ministerie; en de opdrachtgevers die al dan niet kiezen voor zelfonderzoek.

7. WODC-rapport, p. 3.

finieerd als het uit eigen beweging bij het OM melding maken van fraude en corruptie die het bedrijf (vermoedelijk) heeft begaan. Hoewel in het rapport wordt opgemerkt dat zelfonderzoek niet hoeft te leiden tot een zelfmelding, worden het zelfonderzoek en zelfmelden veelal in één adem genoemd. Gelet op het uitgevoerde rechtsvergelijkende onderzoek is dat ook niet zo gek. Zoals verderop in dit artikel zal blijken, is het in de meeste onderzochte landen nodig om al op een vroeg moment in het onderzoek samen te werken met justitie, om enig voordeel daaruit te behalen. Zelfonderzoek en zelfmelden lopen dan ook feitelijk meer gelijktijdig.

In de (huidige) Nederlandse praktijk eindigt het grootste deel van de zelfonderzoeken niet in een zelfmelding. Op het moment dat een zelfonderzoek wordt gestart, weet de onderneming vaak ook nog niet of een zelfmelding zal volgen. Het zelfonderzoek is bedoeld om een 'signaal' verder te onderzoeken. Onduidelijk is dan nog wat de omvang en mogelijke strafbaarheid van dit signaal is. Dat moet het zelfonderzoek nu juist in kaart brengen. Pas daarna wordt nagedacht over vervolgstappen, waaronder een eventuele zelfmelding.

Daarnaast komt het voor dat het OM gelijktijdig een opsporingsonderzoek start en het zelfonderzoek als het ware doorkruist. Een zelfmelding is dan logischerwijs niet meer zinvol. Het lastige is dus dat aan het begin van een *intern* onderzoek niet duidelijk is of een zelfmelding zal worden gedaan en of de resultaten van het onderzoek *extern* worden gedeeld.

Dit artikel is voornamelijk gericht op de situatie waarin het OM inderdaad kennis krijgt – al dan niet via een zelfmelding – van het zelfonderzoek (dan is immers het verschoningsrecht van belang) en de situatie waarin het onderzoek wordt gebruikt in transactieonderhandelingen of eerder in het strafrechtelijk onderzoek (dan komt de positie van de werknemers in beeld).

3. De regelingen voor zelfonderzoek en zelfmelden in het buitenland

3.1. Duitsland

In Duitsland bestaat er op dit moment nog geen regelgeving over zelfonderzoek. Wel lag er in 2020 een wetsvoorstel op basis waarvan het zelfonderzoek en zelfmelden (behoorlijk strikt) zou worden gereguleerd.⁸ Het wetsvoorstel beoogt een nieuw *Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten* (Wet op de bestraffing van aan bedrijven ge-

relateerde misdrijven; hierna: VerSanG) in te voeren, welke het mogelijk maakt om bedrijven strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen stellen. De regeling over zelfonderzoek en zelfmelden is ondergebracht in Hoofdstuk 2 Straftoemeting van de VerSanG. Mocht de VerSanG in de toekomst worden aangenomen, zal het zelfonderzoek en zelfmelden van bedrijven van grote betekenis worden voor het Duitse OM, aangezien dat onder het legaliteitsbeginsel in beginsel verplicht is om alle bewijsbare feiten te vervolgen.⁹ Zodra het OM bedrijven *kan* vervolgen zal dit dus ook *moeten*. De voorgestelde regeling over zelfonderzoek en zelfmelden is bedoeld om het Duitse OM te ontlasten wanneer die verplichting er komt.

Het wetsvoorstel koppelt het zelfonderzoek en zelfmelden van bedrijven uitdrukkelijk aan de straftoemetingsbeslissing. Om in aanmerking te komen voor strafvermindering dient het zelfonderzoek aan drie strenge eisen te voldoen, te weten: (1) het zelfonderzoek dient een wezenlijke bijdrage te leveren in het onderzoek naar de strafbare feiten, (2) het interne onderzoek en de (straf)verdediging dienen strikt gescheiden te zijn en (3) er dient ononderbroken en onbegrensd te zijn samengewerkt met het OM.

In het rapport raakt het onderscheid tussen zelfonderzoek en zelfmelden hier een beetje verloren. Dat suggereert dat zelfonderzoek in Duitsland in feite ook zelfmelding betekent. Dit lijkt ook de bedoeling van de voorgestelde regeling. Hoewel het wetsvoorstel geen mededelingsplicht inhoudt, noch een plicht om de resultaten van het interne onderzoek onmiddellijk te overhandigen, geldt wel het vereiste van de 'ononderbroken en onbegrensde samenwerking' met het OM. Dit lijkt te betekenen dat het onderzoek met het OM moet worden gedeeld nog voordat het is afgerond, om achteraf in aanmerking te kunnen komen voor strafvermindering.

3.2. De Verenigde Staten

De praktijk van zelfonderzoek vindt zijn oorsprong in de Verenigde Staten. De Verenigde Staten kennen een *common law* traditie. Het strafproces is adversair van aard, wat inhoudt dat de strafprocedure plaatsvindt tussen twee gelijkwaardige partijen – aanklager en verdediging – waarbij het doel is om eerlijke waarheidsvinding te bewerkstelligen. Beide partijen zijn verantwoordelijk voor de bewijsvergaring. Gelet op dit systeem verbaast het dan ook niet dat Amerikaanse bedrijven begonnen zijn met het fenomeen zelfonderzoek.

Regels met betrekking tot zelfonderzoek en zelfmelden zijn in de Verenigde Staten neergelegd in de straftoemetingsrichtlijnen voor federale rechtbanken, de *Sentencing Guidelines*, en in de *Justice Manual*

8. Namelijk het *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* (Wetsontwerp Versterking Integriteit van de Economie). Met het oog op de verkiezingen en de vorming van een nieuw kabinet is de uitvoering van het wetsvoorstel tijdelijk uitgesteld (zie het WODC-rapport, p. 45).

9. WODC-rapport, p. 46.

die verschillende beleids- en procedureregels van de *Department of Justice* bevat.¹⁰ Onderdeel van de *Justice Manual* zijn de *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, waarin de vervolgingsbeslissingen ten aanzien van bedrijven verder zijn uitgewerkt. De vervolgingsrichtlijnen zijn overigens niet verbindend.

In de *Sentencing Guidelines* wordt zelfonderzoek direct gekoppeld aan de straftoemeting. Aan de hand van een lijst verzwarende en verzachtende omstandigheden kan een aantal punten worden toegekend of afgetrokken. Het totaal aantal punten bepaalt uiteindelijk de strafmaat.

De *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* stellen vervolgens dat medewerking aan justitie een verzachtende omstandigheid is en dus punten kan opleveren bij de straftoemeting. Punten kunnen worden verdiend indien (1) het bedrijf alle individuen die wezenlijk betrokken zijn of verantwoordelijk zijn voor het strafbare gedrag identificeert en (2) alle relevante feiten met betrekking tot het strafbare gedrag aan het DOJ worden verstrekt. Het gaat erom dat de onderneming zelf voldoende inspanningen levert om volledig en te goeder trouw mee te werken. Dat betekent bijvoorbeeld dat indien *individuele* personen binnen het bedrijf onvoldoende medewerking verlenen om de schuldige personen te identificeren, dit het bedrijf niet wordt aangerekend.¹¹ Van het bedrijf wordt ook niet verlangd afstand te doen van het verschoningsrecht en/of *attorney work product protection*.¹² Opvallend is overigens dat bij corruptiepraktijken van Amerikaanse bedrijven in het buitenland *wel* volledige samenwerking van de onderneming wordt verlangd om punten te kunnen verdienen.¹³ Dit heeft kennelijk te maken met de complexe handhavingproblematiek in dergelijke zaken.¹⁴

Amerikaanse advocaten merken dat bedrijven als gevolg van de richtlijnen druk voelen om zo snel mogelijk een zelfmelding te maken en wel volledig mee te werken, om zeker te stellen dat zij de maximale punten zullen ontvangen. Daarom is het voor het bedrijf vaak nog onduidelijk wat de volledige omvang of gevolgen van de gepleegde feiten zijn op het moment van zelfmelden.

3.3. Engeland

De regeling uit de Verenigde Staten heeft als inspiratiebron gediend voor Engeland, dat ook tot de *common law* traditie behoort.¹⁵ In Engeland wordt het zelfonderzoek en het zelfmelden gereguleerd in de vervolgingsrichtlijnen van de *Director of Public Prosecutions* en de *Director of the Serious Fraud Office*.

Feitelijk geven de richtlijnen enkel handvatten voor de beoordeling van 'medewerking' van bedrijven aan justitie. Er wordt dus niet met zoveel woorden over zelfonderzoek en -melding gesproken, maar in de praktijk wordt dit daar wel mede onder verstaan. Medewerking kan voor het bedrijf zinvol zijn, omdat het een relevante overweging voor justitie is om het bedrijf een *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), oftewel een transactievoorstel, aan te bieden.¹⁶ Zelfonderzoek en zelfmelding spelen dus hoofdzakelijk een rol bij de vervolgingsbeslissing.

Voor een DPA is vereist dat het bedrijf een '*genuinely proactive approach*' heeft aangenomen vanaf het moment dat de feiten haar bekend zijn geworden. Of sprake is van medewerking wordt aldus meegenomen in de afweging of sprake is van een oprechte en proactieve houding. Komt er geen DPA tot stand, dan kan het zelfonderzoek en zelfmelden wel worden meegewogen in de uiteindelijke strafmaat. Hoewel zelfonderzoek en zelfmelden dus van invloed kunnen zijn op de vervolgingsbeslissing en de straftoemeting, blijft het voor bedrijven onduidelijk wat deze gevolgen precies zijn.¹⁷ Met name is onduidelijk onder welke omstandigheden een DPA wordt aangeboden, wat voor bedrijven een obstakel kan zijn om onderzoek uit te voeren. Als door justitie namelijk toch wordt besloten om te vervolgen heeft het bedrijf een beduidend slechtere positie nu het bedrijf zelf het bewijs voor de strafzaak heeft verstrekt.

3.4. Frankrijk

Door toenemende belasting van het strafrechtelijk systeem is in Frankrijk steeds meer aandacht voor alternatieve afdoening, waaronder het aanbieden van een transactie.¹⁸ Het zelfonderzoek en zelfmelden kan daar als incentive worden gebruikt om te bewerkstelligen dat een transactie wordt aangeboden. Daarnaast kan het worden meegewogen in het bepalen van de maximaal op te leggen geldboete.

In de daar geldende AFA-richtlijnen¹⁹ is opgenomen dat medewerking een vereiste is voor het sluiten

10. WODC-rapport, p. 97.

11. WODC-rapport, p. 100. Dit is niet het geval indien het bedrijf weigert het DOJ te voorzien van volledige feitelijke informatie over individuen die betrokken waren bij of verantwoordelijk waren voor de gepleegde strafbare feiten.

12. WODC-rapport, p. 100.

13. Dit staat in de *FCPA Corporate enforcement policy* van de *Justice Manual*.

14. WODC-rapport, p. 99.

15. WODC-rapport, p. 112.

16. WODC-rapport, p. 67.

17. WODC-rapport, p. 74.

18. Onder *Sapin II* is het voor het OM mogelijk gemaakt om een schikking aan te bieden aan een onderneming bij overtreding van de anti-corruptiewetgeving.

19. Oftewel: *Les Recommandations de l'Agence Française Anti-corruption*.

van een transactie. Onder medewerking wordt verstaan dat de rechtspersoon actief heeft deelgenomen aan de waarheidsvinding. Dit kan door middel van een zelfonderzoek, maar ook een diepgaande audit volstaat. Het zelfonderzoek kan uitgevoerd voorafgaand aan een zelfmelding of gelijktijdig met het onderzoek van het OM.

Aan het zelfonderzoek worden in de AFA-richtlijnen verschillende eisen gesteld. Zo dient het bedrijf met het onderzoek bij te dragen aan het vaststellen van de individuele aansprakelijkheid van de betrokken personen. Belangrijke getuigen dienen te worden geïdentificeerd en verslagen van gesprekken met deze personen te worden overlegd. Zelfmelden is geen formele voorwaarde voor het sluiten van een transactie, maar uit de richtlijnen kan worden afgeleid dat dit wel een belangrijk onderdeel vormt van de procedure.

4. Hoe om te gaan met het verschoningsrecht?

4.1. Achtergrond

Een belangrijk knelpunt dat uit het WODC-rapport naar voren komt betreft de omgang met het verschoningsrecht bij het zelfonderzoek.

In Nederland is het verschoningsrecht een fundamenteel rechtsbeginsel dat zich uitstrekt over al hetgeen aan de advocaat in zijn hoedanigheid is toevertrouwd tijdens de normale uitoefening van zijn beroep. Een inbreuk op het verschoningsrecht is slechts mogelijk indien daarin bij wet is voorzien.

In vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is bepaald dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking om bijstand en advies tot een advocaat (of notaris, arts of geestelijke) moet kunnen wenden.

Gelet op deze uitgangspunten geldt in Nederland dat het zelfonderzoek dat door een advocaat-onderzoeker wordt uitgevoerd valt onder het verschoningsrecht. Nederlandse opsporingsdiensten (en overige derden) mogen dus niet kennisnemen van het materiaal van het zelfonderzoek.

Wel heeft de opkomst van de advocaat-onderzoeker geleid tot een maatschappelijk debat, waarbij de discussie zich onder andere richt op de vraag of het verschoningsrecht van de advocaat (nog) wel van toepassing moet zijn op het zelfonderzoek. Het Hof van Discipline benoemt in een recente uitspraak dat er debat gevoerd moet worden over de vraag of het verschoningsrecht toekomt aan een advocaat in zijn hoedanigheid van onderzoeker.²⁰ Volgens het hof is

"debat mogelijk en nodig omdat de plicht voor de advocaat-onderzoeker tot het doen van objectief onderzoek en daar zo volledig mogelijk over te rapporteren op gespannen voet staat met een verschoningsrecht van de advocaat-onderzoeker".

Wat ons betreft is (nog) een debat niet nodig en geeft het WODC-rapport reeds een duidelijk antwoord op de vraag of het verschoningsrecht moet gelden, zowel kijkend naar de ervaringen in het buitenland als naar de Nederlandse praktijk.

4.2. Rechtsvergelijkend onderzoek

In de onderzochte landen is het verschil in omgang met het verschoningsrecht groot.

Zo geldt in Engeland het uitgangspunt dat bepaald onderzoeksmateriaal onder het verschoningsrecht valt, indien het onderzoek door de advocaat is uitgevoerd. Het bedrijf dient zelf aan te tonen dat de aanspraak op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is. Daartoe moet door een onafhankelijke raadsman een certificaat worden opgesteld waaruit blijkt dat het materiaal in kwestie inderdaad onder het verschoningsrecht valt. Tevens wordt erop gewezen dat indien geen afstand wordt gedaan van een dergelijk verschoningsrecht wanneer getuigenverklaringen aan justitie worden verstrekt, er niet is voldaan aan het vereiste van de *genuinely proactive approach*.²¹ Een DPA valt dan buiten de mogelijkheden.

De beleving van de Engelse advocaten is dat onder het huidige regime druk wordt uitgeoefend op bedrijven om afstand te doen van het verschoningsrecht.²² Dit maakt de beslissing om zelfonderzoek en zelfmelding te doen complex. Er wordt op gewezen dat bedrijven sneller geneigd zullen zijn om zelfonderzoek te verrichten indien zij daarbij wel, zonder consequenties, gebruik mogen maken van het verschoningsrecht.²³ Dat is ook logisch, nu de gevolgen van een zelfonderzoek en zelfmelding voor Engelse bedrijven anders lastig te overzien zijn.

Volgens de Amerikaanse regeling wordt van het bedrijf daarentegen niet verlangd om afstand te doen van het verschoningsrecht, ook niet om voordeel te halen uit eventuele medewerking met justitie. De regeling vereist bij medewerking alleen dat de relevante feiten met betrekking tot het strafbare gedrag worden verstrekt. In de Verenigde Staten lijkt om die reden weinig discussie te bestaan over het verschoningsrecht.

In Duitsland bestaat er momenteel veel onduidelijkheid over tot hoe ver het verschoningsrecht reikt en welke documenten in beslag mogen worden genomen bij een zelfonderzoek. Het is met name de

21. WODC-rapport, p. 68.

22. WODC-rapport, p. 75.

23. WODC-rapport, p. 76.

20. Hof van Discipline 2 juni 2023, ECLI:NL:TAHVD:2023:59.

vraag vanaf welk moment het verschoningsrecht geldt. Het moment waarop het strafrechtelijk onderzoek aanvangt staat hierbij centraal. Als het verschoningsrecht van toepassing is, dan is bovendien onduidelijk welke documenten eronder vallen. Er is hierover geen eenduidige rechtspraak en ook (nog) geen wettelijke regeling.

Volgens het Duitse wetsvoorstel zou het nadrukkelijk mogelijk worden voor het OM om documenten in beslag te nemen, ook als het onderzoek door een advocaat is uitgevoerd. Het OM zal dan kunnen beschikken over het interne onderzoek, zelfs indien het bedrijf bewust heeft gekozen om géén medewerking te verlenen aan justitie.

Tot slot bestaat ook binnen het Franse systeem onduidelijkheid over de reikwijdte van het verschoningsrecht met betrekking tot interne onderzoeken.²⁴ Volgens de AFA-richtlijnen vallen niet alle documenten onder het verschoningsrecht. De Franse orde van advocaten stelde vervolgens eigen richtlijnen op, op basis waarvan het interne onderzoek wel onder het verschoningsrecht valt. De onderzoekers signaleren dat desondanks niet al het materiaal uit het zelfonderzoek onder de reikwijdte van het verschoningsrecht valt en dat – hoewel de advocaat geen vertrouwelijke stukken mag overleggen – de cliënt die vrijheid wel heeft.²⁵ Franse advocaten stellen dat bedrijven worden aangemoedigd om documenten te overleggen die binnen de reikwijdte van het verschoningsrecht vallen.²⁶ Weigert het bedrijf om bepaalde documenten te overleggen, dan is het bovendien aan het OM om te bepalen of dat in het licht van het verschoningsrecht gerechtvaardigd is.

4.3. De Nederlandse praktijk

Voor Nederland zijn in het WODC-onderzoek de potentiële opbrengsten en risico's voor bedrijven, opsporingsdiensten en de samenleving in kaart gebracht.

Wat ons betreft blijft daarbij de meerwaarde onderbelicht van het door advocaten laten uitvoeren van zelfonderzoek vanwege hun bijzondere expertise op het gebied van onder andere omkoping en fraude. Onterecht wordt in het rapport de indruk gewekt dat advocaten (enkel) *vanwege* het verschoningsrecht worden ingeschakeld. Het is andersom: advocaten worden betrokken *vanwege* hun expertise met verdenkingen, strafrechtelijke onderzoeken en de juridische kwalificatie van bepaalde feiten. Als *gevolg* daarvan geldt het verschoningsrecht over het zelfonderzoek, omdat het onderzoek nu eenmaal door een advocaat is uitgevoerd.

Het verschoningsrecht komt wel uitgebreid aan bod in het rapport. In dat kader valt ten eerste op dat alle respondenten aangeven begrip te hebben voor het gebruik van het verschoningsrecht in de fase van een zelfonderzoek.²⁷ Sommige respondenten moedigen dit zelfs aan omdat het verschoningsrecht veiligheid en bescherming biedt, wat ervoor kan zorgen dat het zelfonderzoek grondiger is dan wanneer men moet vrezen dat het onderzoek op enig moment door justitie gevorderd zal worden. Zo geeft een respondent aan:

*"Ik denk dat het belangrijk is dat wij in de veiligheid van het privilege van advocaten soms ons onderzoek kunnen uitvoeren want ik denk dat de kwaliteit van je onderzoek en de feiten die je op tafel krijgt dan meer compleet [zijn] dan als je dat niet zou hebben. Ik denk dat als je dat niet zou hebben dat het in sommige situaties lastiger zou zijn om tot informatie te komen en dat is slecht, want je hebt de informatie nodig. Mijn management heeft dat nodig om te weten hoe wat is het onderliggende probleem, hoe kunnen wij dit adresseren? Dus ik denk dat dat wel een belangrijk element is in dat proces. [Respondent 24 – opdrachtgever]". "*²⁸

Deze mening wordt gedeeld door respondenten die werkzaam zijn bij het OM. Een respondent die bij het Functioneel Parket werkt stelt:

*"Kijk ik denk dat het goed is dat bedrijven dat soort onderzoeken kunnen doen voordat ze meteen bang zijn voor eigen vervolging want anders worden dat soort onderzoeken gewoon niet gedaan, want het is niet meteen een verplichting. Dus daar [moeten we] denk ik als OM ons wel bewust van zijn, dat sommige interne onderzoeken ja onder het verschoningsrecht worden gedaan om bepaalde redenen en dat dat helemaal niet erg is. [Respondent 19 – vervolging (FP)]"*²⁹

En een ander merkt op:

*"Ik kan me voorstellen dat het voor klanten heel fijn is om het onderzoek door een advocatenkantoor te laten verrichten omdat je dan weet dat het in principe allemaal vertrouwelijk blijft en aan het eind kan je altijd beslissen of je er wel of niet mee naar buiten gaat. Ja, en als je aan het begin van de rit nog niet weet wat voor vuile was er misschien allemaal naar boven gaat komen kan dat wel heel fijn zijn, een heel veilig idee zijn, als je zo een onderzoek door advocaten kan laten verrichten. [Respondent 7 – vervolging (FP)]"*³⁰

24. WODC-rapport, p. 93.

25. WODC-rapport, p. 83.

26. WODC-rapport, p. 93.

27. WODC-rapport, p. 204.

28. WODC-rapport, p. 156.

29. WODC-rapport, p. 156.

30. WODC-rapport, p. 158.

Met andere woorden: juist door de bescherming van het verschoningsrecht kan het onderzoek zo uitgevoerd worden dat de onderste steen boven komt.

Hoewel respondenten verschillend denken over het verschoningsrecht in de fase van zelfmelding, stellen we al vast dat veruit de meeste zelfonderzoeken niet resulteren in een zelfmelding. Dit is een belangrijke constatering, omdat alle respondenten aangeven het uitvoeren van zelfonderzoek door een bedrijf dat te maken heeft met signalen van mogelijke fraude of corruptie op zichzelf positief te vinden, of dat nu met een melding gepaard gaat of niet.³¹ Het onderzoeken van fraudesignalen is volgens respondenten belangrijk om fraude en corruptie binnen de onderzochte organisaties te voorkomen dan wel op te lossen. Veel nadruk wordt gelegd op de rol van zelfonderzoek bij het zelfreïnigend vermogen van bedrijven.³²

Dat ook de samenleving profiteert van zelfonderzoeken, juist ook als deze niet uitmonden in een zelfmelding, wordt door de respondenten erkend.³³ De maatschappij geniet immers wel de voordelen van deze vorm van afdoening (i.e. bedrijven die reageren op eventuele fraude of maatregelen treffen ter preventie), maar draagt niet de kosten.

4.4. Lessen uit het rapport

De onderzoekers signaleren dat zowel de Engelse als de (voorgestelde) Duitse omgang met het verschoningsrecht een belangrijke drempel vormt voor het verrichten van zelfonderzoek en zelfmelding.³⁴ Geïndiceerd wordt dat bedrijven sneller geneigd zijn om zelfonderzoek te verrichten indien zij daarbij wel, zonder consequenties, gebruik mogen maken van het verschoningsrecht.³⁵

Dit is ons inziens een belangrijke les voor de Nederlandse praktijk. Een goed gewaarborgd verschoningsrecht zorgt ervoor dat bedrijven sneller de stap zullen zetten een onderzoek te doen. Nederlandse respondenten geven aan dat het onderzoek bovendien grondiger kan worden uitgevoerd als het verschoningsrecht van toepassing is. Onderaan de

streep levert het verschoningsrecht dus zowel *meer* als *diepgaander* onderzoek op.³⁶

5. Wat is de rechtspositie van werknemers?

5.1. Achtergrond

Een tweede knelpunt is de positie van natuurlijke personen in een zelfonderzoek. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek komt de rol en rechtspositie van de medewerkers van het bedrijf als aandachtspunt naar voren.³⁷ Ook in Nederland wordt door de respondenten de positie van natuurlijke personen in zelfonderzoeken als problematisch ervaren.³⁸ Dat verrast ons niet. Er wordt al jaren geschreven over het spanningsveld tussen het belang van de onderneming bij een intern onderzoek en de rechtswaARBorgen van het individu.³⁹

Wat houdt dit spanningsveld in?⁴⁰ De onderneming die een intern onderzoek start heeft er belang bij om zoveel mogelijk relevante informatie te verzamelen. Dat zal haar in staat stellen om de mogelijke problematiek zo goed mogelijk in kaart te brengen, (compliance) maatregelen te treffen en een sterkere positie voor een eventuele schikking met het OM te creëren. Voor die informatie is de onderneming mede afhankelijk van de medewerking van personen die bij haar werkzaam zijn. Vanuit de arbeidsrechtelijke relatie bestaat er voor de medewerker druk om die medewerking aan het interne onderzoek te verlenen, zonder dat de rechtswaARBorgen uit een strafrechtelijke procedure van toepassing zijn. Daardoor bestaat het risico (al dan niet onder druk van de

31. WODC-rapport, p. 114 en 115.

32. WODC-rapport, p. 160. Een voorbeeld: "Nou kijk ik hoop dat de slager altijd zijn eigen vlees keurt, want dan weet je in ieder geval dat wat je eet, dat dat in ieder geval voor zijn ogen dat dat veilig is. Dat er daarnaast nog allerlei andere mensen er ook naar kijken dat is prima, maar in ieder geval moet de slager zijn eigen vlees keuren. Dat wil niet zeggen dat je het [onderzoek] naar buiten moet gebruiken als een soort stempel van betrouwbaarheid [voor het OM], maar je moet het in ieder geval zelf doen. [Respondent 29 – opdrachtgever]".

33. WODC-rapport, p. 164.

34. WODC-rapport, p. 62.

35. WODC-rapport, p. 75.

36. Het rapport laat uiteraard ook tegengeluiden horen. Daarbij gaat het echter vooral om de vraag of de advocaat überhaupt wel geschikt is als onderzoeker. Dat staat wat ons betreft los van de vraag of het verschoningsrecht moet gelden. Daar lijken de respondenten het ook mee eens te zijn. Immers: als gezegd hebben de respondenten in principe geen bezwaar tegen het verschoningsrecht in de onderzoeksfase.

37. WODC-rapport, p. 122.

38. Zie o.a. de quote uit het WODC-onderzoek "Er is ook nog het aspect van werknemers die bijvoorbeeld worden geïnterviewd [binnen een zelfonderzoek], zichzelf kunnen incrimineren en zichzelf in de problemen kunnen brengen met zo'n intern onderzoek. En vaak worden die niet voorzien van een advocaat en denken ze eigenlijk met een bondgenoot te praten, maar in feite worden ze uitgeleverd aan politie en justitie." [Respondent 12 – vervolging (FP)]

39. Zie o.a. J. Oster, 'Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer', SR 2008/10; H.J.Th. Biemond, F.C.A. van de Bult en A.P.P. Witteveen, 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', TvA&O 2013/1, p. 10-19; M.J. te Hennepe-van Vulpen & D.A.G. van Toor, 'Juridische en praktische gevolgen van het strafrechtelijk gebruik van een calamiteitenrapport', ArbeidsRecht 2019/47, p. 26-31 (met name par. 3.1); A.E. van de Wal, 'Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon', TvSO 2020/3-4, p. 183-187.

40. Zie voor een uitgebreide toelichting op dit onderwerp de onder de eerdere voetnoot genoemde artikelen.

werkgever) op zelfincriminatie. Dit kan een betrokkene kwetsbaar maken voor strafvervolging, terwijl de onderneming een transactie kan sluiten mede op basis van de informatie die door dit individu wordt aangeleverd.⁴¹ In de huidige Nederlandse praktijk wordt immers het uitgangspunt gehanteerd dat natuurlijke personen zijn uitgesloten van de transactie-overeenkomst met de rechtspersoon. Dit kan voor de onderneming weliswaar voordelig uitpakken, maar is natuurlijk nadelig voor een individu.⁴²

In het WODC-onderzoek wordt door de Nederlandse deskundigen de positie van natuurlijke personen als probleem herkend en erkend, maar zij zien hier onder de huidige regelgeving geen oplossing voor.⁴³

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek komen enkele manieren naar voren om de positie van de natuurlijke personen te versterken, maar volgens de respondenten bieden ook deze geen (volledige) oplossing voor Nederland.⁴⁴

5.2. Rechtsvergelijkend onderzoek

In de onderzochte landen wordt verschillend met de positie van natuurlijke personen in het zelfonderzoek omgegaan.

Uit het Duitse wetsvoorstel volgt dat een zelfonderzoek, om in aanmerking te komen voor een succesvolle zelfmelding, verenigbaar dient te zijn met het recht op een eerlijk proces. Dit dient gewaarborgd te worden door (1) de ondervraagde te informeren dat een verklaring tegen hem kan worden gebruikt in een strafzaak, (2) het recht op consultatie- en verhoorbijstand van een advocaat of een lid van de ondernemingsraad en (3) de ondervraagde te wijzen op het feit dat hij niet tot antwoorden verplicht is (zwijgrecht).

Een dergelijk zwijgrecht bestaat al voor medewerkers in de Verenigde Staten. Zij kunnen zich zowel in het opsporingsonderzoek als in het interne onderzoek beroepen hun *Fifth Amendment Rights*. Interessant is dat wanneer medewerkers daardoor niet aan het onderzoek meewerken, dit niet ten nadele van het bedrijf wordt gebruikt in het kader van zelfonderzoek en zelfmelden.⁴⁵

In Frankrijk wordt kritiek geuit op de geldende praktijk, gelet op het geschetste spanningsveld en de daaruit voortvloeiende grote mate van onzekerheid voor het individu. Betrokken personen (medewerkers en bestuurders) kunnen daar, net als in Nederland, strafrechtelijk vervolgd worden terwijl de onderneming een transactie aangeboden krijgt.⁴⁶ Advocaten pleiten daarom voor de mogelijkheid om

ook met deze individuen een transactie af te kunnen sluiten.

5.3. Oplossing voor de Nederlandse praktijk

Wat ons betreft bieden de buitenlandse regelingen voldoende aanknopingspunten om verandering te brengen in de Nederlandse praktijk. Toch zien de respondenten dit anders.

Een zwijgrecht in zelfonderzoeken zou volgens de respondenten tot gevolg hebben dat het voor een bedrijf (te) moeilijk wordt om goed mee te werken wanneer het geen informatie vanuit natuurlijke personen kan aanleveren.⁴⁷ Blijkbaar worden de rechtswaarborgen van betrokken individuen bij een zelfonderzoek ondergeschikt geacht aan de belangen van de onderneming, de opsporing en het OM. Dat is zorgwekkend gelet op de actuele focus op de vervolging van natuurlijke personen. Men zou daarom juist scherp moeten zijn op het (ook bij zelfonderzoeken) waarborgen van de rechtsbescherming van deze personen.

Uit een van de expertsessies komt wel naar voren dat het mogelijk moet zijn dat een individu wordt meegenomen in de transactie die de onderneming met het OM sluit, maar dat dit geen automatisme moet worden.⁴⁸ Waarom dit geen automatisme mag worden, wordt niet nader toegelicht.

Mogelijk vindt deze terughoudendheid zijn oorsprong in de maatschappelijke perceptie dat sprake zou zijn van 'klassenjustitie'. Deze perceptie heeft ertoe geleid dat natuurlijke personen niet in de transactie met de onderneming worden meegenomen, maar in principe worden vervolgd.⁴⁹ Een transactie lijkt voor een onderneming zelfs niet meer mogelijk zonder iemand 'voor de bus te gooien'.⁵⁰ In het WODC-onderzoek wordt dit door een respondent van het OM verwoord als 'eerst de tent dan de vent'. Dat leidt tot (rechts)onzekerheid voor de betrokken natuurlijke personen. Lang zal onduidelijk blijven of

47. WODC-rapport, p. 277.

48. WODC-rapport, p. 205.

49. Zie ook de volgende quote van Respondent 20 – vervolging (FP) uit het onderzoek: "*Volgens mij is dat sinds de Rabobank Liborzaak, dat de maatschappij op de achterste poten is gaan staan ten aanzien van natuurlijke personen en dan met schikkingen. Ja sindsdien is volgens mij de boodschap van het OM we gaan natuurlijke personen niet meenemen in de schikking, in die transacties, dus die moeten wel als feitelijk leidinggevende voor de rechter komen. (...) En daar merk ik wel persoonlijk bij op dat ik het soms in bepaalde zaken nogal lastig vind dat je dan met het bedrijf kunt schikken en dat je de natuurlijke persoon dan naar de rechtbank moet brengen terwijl je eigenlijk weet dat de strafbeschikking [voor de natuurlijke persoon] precies hetzelfde zou zijn [als wat de rechter zal beslissen]."*

50. Zie o.a. de quotes van Respondent 5 (opsporing (FI-OD)) op p. 169 en Respondent 10 – onderzoeker (advocaat)/opdrachtgever, p. 180 en WODC-rapport, p. 184.

41. WODC-rapport, p. 180.

42. WODC-rapport, p. 204.

43. WODC-rapport, p. 244.

44. WODC-rapport, p. 245.

45. WODC-rapport, p. 104 en 109.

46. WODC-rapport, p. 220.

iemand vervolgd gaat worden en of dit tot een veroordeling zal leiden.⁵¹

Een ander risico dat wij in de praktijk zien is dat in een intern onderzoek soms (te) erg gefocust wordt op de rol van bepaalde werknemers en het aanwijzen – en eruit gooien – van een zondebok. Er wordt dan niet voldoende gekeken naar de algemene cultuur binnen het bedrijf en de reden waarom eventuele onregelmatigheden hebben kunnen plaatsvinden. Dit doet afbreuk aan het zelfreinigend karakter dat een onderzoek kan hebben.

De bevindingen uit het WODC-onderzoek roepen de vraag op waarom het OM als uitgangspunt blijft hanteren dat natuurlijke personen zijn uitgesloten van de transactieovereenkomst met het bedrijf.⁵²

De respondenten zijn ten eerste eensgezind dat het verwijt van klassenjustitie vooral een probleem is van onjuiste perceptie.⁵³ Zij stellen dat een transactie zorgvuldig tot stand komt en dat er geen sprake is van 'koehandel' tussen het OM en een bedrijf (of diens advocaat). De perceptie dat een bedrijf zijn vervolging kan afkopen en daarmee goed wekomt met iets dat een natuurlijke persoon een forse straf had opgeleverd, vinden de geraadpleegde deskundigen ongenueanceerd en onterecht.⁵⁴ Er zou zelfs sprake zijn omgekeerde klassenjustitie, omdat ondernemingen vaak een slechtere uitgangspositie in de gesprekken met het OM hebben dan ze bij de strafrechter hebben. Het OM is zich er immers van bewust dat de onderneming van een onzekere en langdurige strafzaak af wil.⁵⁵ Volgens de onderzoekers zet dit de discussie rondom klassenjustitie in een ander daglicht.

Ten tweede is het volgens de respondenten van het OM moeilijk om de natuurlijke personen daadwerkelijk te vervolgen, terwijl dit wel door de maatschappij wordt gevraagd.⁵⁶ Dat het OM desondanks beoogt om aan deze roep uit de samenleving te voldoen, doet de wenkbrauwen fronsen. Niet alleen heeft een vervolging een grote (en mogelijk onterechte) impact op deze individuen, maar het draagt zeker niet bij aan het oplossen van het capaciteitsgebrek bij de opsporing, vervolging en rechtspraak.⁵⁷ Dit capaciteitsgebrek is precies de reden dat het OM en de opsporing zelfonderzoeken en transacties met ondernemingen stimuleren. Waarom dan wel individuen strafrechtelijk vervolgen wetende dat dit moeilijk waar te maken is, lang duurt en veel capaciteit

opeist? Bovendien is volgens het OM het doel van de transactie niet geheel anders dan een strafrechtelijk veroordeling. De doelen van het strafrecht, zoals vergelding, generale en speciale preventie, zouden duidelijk te herkennen zijn.⁵⁸

Uit het onderzoek komt ten derde naar voren dat de mogelijkheid om individuen mee te nemen in de transactie voor bedrijven een stimulans zou kunnen zijn om over te gaan tot een zelfmelding. De huidige praktijk doorkruist een van de voordelen van een buitengerechtelijke afdoening: het voorkomen van een lange, onzekere en openbare strafprocedure. Er bestaat immers nog de onzekerheid of niet alsnog dergelijke procedures (inclusief media-aandacht) volgen voor de betrokken individuen waarin ook (het ouderschap van) de onderneming onderwerp van discussie zal zijn.⁵⁹

Al met al, is het logisch dat uit het WODC-onderzoek de (rechts)positie van natuurlijke personen in zelfonderzoeken als knelpunt naar voren komt. Hoewel dit volgens het onderzoek een dilemma is waar geen makkelijke oplossing voor is, staat voor ons vast dat die positie versterkt moet worden. Wat hieraan in de weg staat zijn niet de (reeds bestaande) transactiemogelijkheden, maar dat is het beleid van het OM. Op nieuwe regelgeving wachten is dus niet nodig en heeft bovendien geen zin. Zolang het beleid is dat individuen in beginsel moeten worden vervolgd, bestaat er een belangrijke belemmering voor onderneming om te melden. Als men daar echt een impuls aan wil geven, moet het in elk geval voor individuen mogelijk worden om te transigeren. Voor de hand ligt tevens om ook de 'package deal', waarbij er een gezamenlijke transactie gesloten wordt met bedrijf en individuen, weer gewoon bespreekbaar te maken.

6. Conclusie

De minister heeft de bevindingen uit het WODC-onderzoek voorlopig naast zich neergelegd onder het mom van 'complexe materie'. Wat ons betreft ten onrechte. Het onderzoeksrapport biedt voor belangrijke thema's voldoende aanknopingspunten om nu al mee aan de slag te gaan.

Wat betreft het verschoningsrecht is onze conclusie dat zowel de buitenlandse regelingen als de Nederlandse praktijk uitwijzen dat het verschoningsrecht op interne onderzoeken van toepassing moet blijven. Misschien wel de belangrijkste constatering hierbij is dat respondenten het eens zijn over het feit dat de samenleving profiteert van zelfonderzoeken, ongeacht of dit tot zelfmeldingen leidt. Niet alleen vanwege de rol van interne onderzoeken bij het zelfreinigend vermogen van bedrijven, maar ook gelet op het capaciteitstekort bij het OM en de rechtspraak.

51. WODC-rapport, p. 184.

52. Dit uitgangspunt is vastgelegd in de Aanwijzing hoge transacties, par. 4.

53. WODC-rapport, p. 178.

54. WODC-rapport, p. 205.

55. WODC-rapport, p. 185.

56. WODC-rapport, p. 184.

57. In 2018 had een gemiddelde zaak van het Functioneel Parket een gemiddelde doorlooptijd van al acht jaar. Zie <https://www.om.nl/onderwerpen/hoge-transacties/ontwikkelingen>

58. WODC-rapport, p. 34.

59. WODC-rapport, p. 184.

Daarnaast is er ten aanzien van de rechtspositie van betrokken individuen werk aan de winkel. Het onderzoeksrapport maakt duidelijk dat bij zelfonderzoeken en zelfmeldingen de betrokken individuen veelal aan het kortste eind trekken. Een versterking van hun rechtspositie is noodzakelijk. De oplossing daarvoor is allerm minst complex: een verruiming van het bestaande transactiebeleid biedt hier een mogelijke uitkomst.

Wij hopen dan ook dat de belanghebbende partijen niet gaan wachten totdat het onderwerp 'zelfonderzoek' weer bovenop de stapel van de minister komt te liggen. We kunnen aan de slag.