

# Wat een behoorlijk advocaat- onderzoeker betaamt

— door **Lodewijk Hox**

De toelichting bij gedragsregel 2 is gewijzigd met het oog op de advocaat-onderzoeker.

Op bepaalde punten creëert dat nieuwe onduidelijkheid, stelt Lodewijk Hox.

**D**e advocaat-onderzoeker is een nieuwe loot aan de stam van de advocatuur. Niet alleen is de toelichting op gedragsregel 2 aangevuld ('de Toelichting'), maar recent heeft ook de term 'advocaat-onderzoeker' zijn intrede gedaan in het advocatentuchtrecht. Maar wat betaamt nu een behoorlijk advocaat-onderzoeker?<sup>1</sup> Om hierop een antwoord te vinden, heb ik vijftientig relevante tuchtuitspraken geanalyseerd.<sup>2</sup> Ik pretendeer geen volledigheid, maar de uitspraken zijn voldoende representatief om daarop enkele conclusies te baseren. Met name een zestal casussen zijn instructief: de 'Sanderink-casus', de 'NBA-casus', de 'Baker Tilly-casus', de 'NS-casus', de 'Gemeente Renkum-casus' en de 'Zeden-casus'.

## REGELS VOOR DE ADVOCAAAT-ONDERZOEKER

De concrete (gedrags)regels voor advocaat-onderzoekers dienen te worden gezien vanuit het bredere perspectief van geldende normen in de advocatuur. De tuchtrechter toetst uiteindelijk aan de open betamelijkheidsnorm van artikel 46 Advocatenwet en houdt daarbij rekening met de kernwaarden van de advocatuur uit artikel 10a Advocatenwet. Partijdigheid is één van de kernwaarden van de advocatuur en een element dat de advocaat bovendien niet terzijde kan schuiven. De advocaat treedt óók in het kader van een onderzoek op als partijdig belangenbehartiger van zijn cliënt.

Een advocaat-onderzoeker kan dus niet suggereren dat hij, in het kader van een onderzoek, onpartijdig is en daarom onafhankelijk onderzoek kan uitvoeren. Het zijn van partijdig belangenbehartiger sluit evenwel onafhankelijk en objectief onderzoek niet uit. Dit maakt de rol van een advocaat-onderzoeker zo bijzonder.

Het gedrag van advocaat-onderzoekers wordt in het tuchtrecht getoetst aan de norm die geldt voor de advocaat van een wederpartij. Dit volgt uit de Hof van Discipline ('HvD')-uitspraak in de Gemeente Renkum-casus.<sup>3</sup> De HvD corrigeert hier de Raad van Discipline ('RvD') die onterecht het handelen van de advocaat-onderzoeker had getoetst aan de norm voor het optreden van een advocaat in een andere hoedanigheid.

## Intern of extern feitenonderzoek

De Toelichting begint met: 'Een advocaat kan interne feitenonderzoeken verrichten bij de cliënt.' Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat interne van externe feitenonderzoeken moeten worden onderscheiden. In de Toelichting staat echter geen woord over externe feitenonderzoeken. Wat is nu precies het verschil?

Uit de Baker Tilly-casus volgt het volgende onderscheid.<sup>4</sup> Een advocaat-onderzoeker dient er bedacht op te zijn dat een onderzoek als extern onderzoek zal worden aangemerkt zodra

duidelijk is dat andere partijen dan de cliënt kennis kunnen nemen van de onderzoeksbevindingen. Bijvoorbeeld omdat het rapport wordt opgesteld om verantwoording af te leggen aan derden. Een onderzoek kan dus ook van kleur verschieten. De advocaat-onderzoeker zal hiermee vooraf rekening hebben te houden, bijvoorbeeld door afspraken te maken over de verspreidingskring van het rapport.

De Baker Tilly-uitspraak maakt ook duidelijk dat voor een extern onderzoek zwaardere zorgvuldigheidsverplichtingen gelden.<sup>5</sup> Het is evenwel maar de vraag of die 'zwaardere' verplichtingen niet altijd gelden en het onderscheid tussen een intern en een extern onderzoek niet verwarrend is. Ik ben geneigd om die vraag met 'ja' te beantwoorden.

### Scheiding rol advocaat-onderzoeker en proces-advocaat

Uit de Toelichting volgt dat de advocaat-onderzoeker (de schijn van) belangenverstremgeling dient te voorkomen. Dit betekent onder meer dat de advocaat-onderzoeker in dezelfde kwestie niet als klassieke (proces)advocaat mag optreden. De harde knip tussen de klassieke proces-advocaat en de advocaat-onderzoeker is een breuk met het verleden. In 2012 had de RvD<sup>6</sup> nog geoordeeld dat het optreden in beide rollen wel toelaatbaar was. Hetzelfde gold voor het in rechte optreden door een kantoorgenoot van de advocaat-onderzoeker, zoals volgt uit de NS-casus.<sup>7</sup> Uit de Baker Tilly-casus volgt dat de RvD de harde knip inmiddels strikt toepast.<sup>8</sup>

Uiteraard zijn niet alle feitelijke reconstructies, zoals nodig voor de meeste procedures, een onderzoek in de zin van de Toelichting en de Baker Tilly-uitspraak. Het is evident dat ook een klassieke proces-advocaat de feiten mag (en moet) onderzoeken voor een procedure of advies.

### Onafhankelijk onderzoek(er)

De (proces)advocaat is *dominus litis*, meester van het proces. De advocaat-onderzoeker is *dominus investigationis*, meester van het onderzoek. Het zijn van meester van het proces of onderzoek vergt onafhankelijk optreden van de eigen cliënt. Een bekend voorbeeld van een advocaat-onderzoeker die de onafhankelijkheid uit het oog is verloren is de advocaat-onderzoeker in de Sanderink-casus.

Die werd aangesteld na een vonnis van de rechtbank Amsterdam.<sup>9</sup> In het vonnis verbiedt de rechtbank Sanderink met onmiddellijke ingang om zich toegang te verschaffen of aan derden toegang te geven tot de e-mailaccounts en dossierkasten van zijn ex-partner. De rechtbank maakt hierop één uitzondering, te weten voor 'een fraudeonderzoek door een onafhankelijk bureau'.

De aangestelde advocaat-onderzoeker is werkzaam bij een ander kantoor dan het kantoor van de proces-advocaten van Sanderink. Ex-partner Van Egten klaagt niettemin al snel over het gebrek aan onafhankelijkheid en krijgt daarin gelijk van de rechter. Vervolgens dient zij een klacht in tegen

de advocaat-onderzoeker. Ook de RvD komt tot de conclusie dat de advocaat-onderzoeker niet als onafhankelijk kwalificeert.<sup>10</sup>

De Sanderink-casus toont aan dat de scheiding van de rollen van advocaat-onderzoeker en proces-advocaat tussen twee verschillende kantoren op zichzelf geen panacee is. Voorts blijkt hoe belangrijk het is om daadwerkelijk onafhankelijk te zijn. Onafhankelijk wil niet zeggen onpartijdig, want partijdigheid kan de advocaat niet terzijde schuiven. Onafhankelijk betekent wel dat de advocaat-onderzoeker zich niet vereenzelvigd met zijn cliënt. Dat wil onder meer zeggen dat de advocaat-onderzoeker instructies van zijn cliënt niet klakkeloos opvolgt, of de woorden van zijn cliënt als waarheid opschrijft. De advocaat-onderzoeker wordt aangesteld om een onafhankelijk, in de zin van objectief, onderzoek uit te voeren. Een onderzoek op basis waarvan zijn cliënt kan bepalen welke vervolgstap eventueel noodzakelijk is.

### Voorkom misverstanden

Uit de Toelichting volgt dat de advocaat-onderzoeker geen misverstand mag laten bestaan over de hoedanigheid waarin hij optreedt. De advocaat-onderzoeker is en blijft een partijdig belangenbehartiger en dient dit duidelijk te maken. In de Zeden-casus<sup>11</sup> is zo'n misverstand wel ontstaan. De advocaat-onderzoeker had onder meer onvoldoende duidelijk gemaakt wie zijn cliënt was en wat zijn opdracht. De NBA-casus<sup>12</sup> voegt daaraan toe dat de advocaat-onderzoeker, ter bescherming van de betrokkene, ook duidelijk dient te maken welke werkzaamheden worden verricht. Voorkomen dient te worden dat een betrokkene met een verkeerde voorstelling van zaken aan een interview deelneemt.

### Het protocol

Zoals volgt uit de Toelichting, maar ook uit tuchtspraken, is het gebruik van een onderzoeksprotocol niet verplicht. Het gebruik is echter wel sterk aan te bevelen. Al was het maar om niet op een later moment alsnog allerlei beslissingen te moeten nemen op ad-hocbasis en onder tijdsdruk. Een goed protocol informeert de eigen cliënt en de betrokkenen over de wijze hoe de advocaat-onderzoeker te werk gaat. Het protocol bevat daarnaast een duidelijke uitleg over de rol van de advocaat-onderzoeker, zijn relatie met de eigen cliënt en een toelichting op het begrip partijdigheid. Het managen van de verwachtingen bij cliënt en betrokkenen is een belangrijke reden om een protocol te gebruiken. Een goed protocol wordt vooraf toegezonden aan betrokkenen, bevat een toelichting op de rechten van betrokkenen, geeft aan dat betrokkenen het recht hebben om niet mee te werken en bevestigt dat betrokkenen zich mogen laten bijstaan door bijvoorbeeld een advocaat. Daarnaast is het verstandig om te bepalen dat de advocaat-onderzoeker kan afwijken van het protocol, zodat de nodige flexibiliteit blijft bestaan.

### Hoor en wederhoor en andere beginselen van behoorlijk onderzoek

Onder hoor dient te worden verstaan het aan betrokkenen mondeling of schriftelijk vragen om informatie. Onder wederhoor dient te worden verstaan betrokkenen in de gelegenheid te stellen om te reageren op (relevante) bevindingen. De Toelichting verplicht in beginsel het voldoende toepassen van hoor en wederhoor.

Nut en noodzaak van hoor en wederhoor zijn evident: het behoort de advocaat-onderzoeker voor het maken van feitelijke fouten in zijn rapport. Hoor en wederhoor wordt echter met enige regelmaat ten onrechte achterwege gelaten. Soms wordt dat verzuimd omdat de opdrachtgever geen opdracht geeft hiervoor. Het is echter aan de advocaat-onderzoeker, die immers onafhankelijk opereert, om te bepalen wie wordt uitgenodigd voor hoor en wederhoor. De advocaat-onderzoeker dient daarbij voor ogen te houden dat het toepassen van hoor en wederhoor mede kan voorkomen dat belangen van derden nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad.

Bij het toepassen van hoor en wederhoor dient uiteraard voldoende tijd te worden geboden om te reageren op interviewverslagen. Maar een advocaat-onderzoeker hoeft dan weer niet alle reacties integraal te verwerken in een verslag. Een advocaat-onderzoeker doet er wel verstandig aan om uit te leggen waarom iets wel of niet is verwerkt en – bij twijfel – de integrale reactie te hechten aan het rapport.

Met alleen het toepassen van hoor en wederhoor, zoals de Toelichting voorschrijft, is een advocaat-onderzoeker er nog niet. Hij zal zich ook hebben te houden aan andere beginselen van behoorlijk onderzoek, welke precies is nog niet duidelijk. De Zeden-casus<sup>13</sup> biedt wel enige aanknopingspunten. De advocaat-onderzoeker dient daarbij steeds voor ogen te houden dat het handelen in strijd met fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek het vertrouwen in de advocatuur kan schaden.

### Inhoud en verspreiding van de rapportage

De Toelichting geeft geen duidelijkheid over de eisen waaraan de inhoud van een rapport van een advocaat-onderzoeker dient te voldoen. Een advocaat-onderzoeker moet dus in beginsel vrij worden geacht om zijn rapport naar eigen inzicht in te richten, zolang geen onwaarheden worden verkondigd of betamelijkheidsgrenzen worden overschreden. Het is wel van belang dat het rapport volledig is en kan worden gelezen zonder opmerkingen in bijvoorbeeld een separate brief. Daarnaast dienen feiten en (eventuele) conclusies van elkaar te worden gescheiden.

De verspreiding van het rapport verdient ook aandacht. De Toelichting maakt duidelijk dat de advocaat-onderzoeker ervoor dient te waken dat zijn onderzoek (onbedoeld) in de openbaarheid komt. Het rapport is op de eerste plaats bedoeld voor zijn cliënt en niet voor derden. Ook niet als die

derden hebben aangedrongen op het onderzoek. Een advocaat-onderzoeker kan dus ook geen voorafgaande afspraak maken dat de resultaten van zijn onderzoek naar buiten worden gebracht. De advocaat heeft immers een wettelijke geheimhoudingsplicht.

De advocaat-onderzoeker doet er verstandig aan om een verspreidingskring van het rapport vooraf af te spreken. Het vastleggen van de verspreidingskring zorgt ervoor dat de eigen cliënt zonder toestemming het rapport niet verder mag verspreiden dan afgesproken en de advocaat-onderzoeker in beginsel ook geen blaam treft als het rapport verder wordt verspreid dan de afgesproken kring.

### CONCLUSIE

De advocaat-onderzoeker onderscheidt zich op diverse punten van de klassieke proces-advocaat. De tuchtrechtelijke normen voor de advocaat-onderzoeker zijn nog in ontwikkeling, maar worden wel steeds concreter. In dit artikel heb ik de belangrijkste aandachtspunten aangestipt. Mijn belangrijkste advies voor de advocaat-onderzoekers: *zeg wat je doet en doe wat je zegt!*<sup>14</sup>

**– Lodewijk Hox is advocaat bij Boels Zanders in Eindhoven.**

### Noten

- 1 Online is een meer diepgaande versie van dit artikel verschenen, zie: [advocatenblad.nl](http://advocatenblad.nl), rubriek opinie.
- 2 ECLI:NL:TADRAMS:2021:26; ECLI:NL:TADRSGR:2021:120; ECLI:NL:TADRAMS:2022:73; ECLI:NL:TADRAMS:2022:75; ECLI:NL:TADRAMS:2022:76; ECLI:NL:TADRAMS:2022:107; ECLI:NL:TADRAMS:2022:108; ECLI:NL:TADRAMS:2022:140; ECLI:NL:TADRAMS:2011:YA1317; ECLI:NL:TADRSGR:2012:YA2502; ECLI:NL:TADRAMS:2017:276; ECLI:NL:TADRAMS:2018:25; ECLI:NL:TADRSGR:2019:58; ECLI:NL:TADRSGR:2019:63; ECLI:NL:TAHVD:2019:180; ECLI:NL:TAHVD:2019:181; ECLI:NL:TAHVD:2021:155; ECLI:NL:TAHVD:2021:166; ECLI:NL:TADRAMS:2021:235; ECLI:NL:TADRSGR:2022:7; ECLI:NL:TADRSGR:2022:8; ECLI:NL:TADRARL:2022:99; ECLI:NL:TADRAMS:2022:130; ECLI:NL:TADRSGR:2022:116 en ECLI:NL:TADRSGR:2022:117.
- 3 ECLI:NL:TAHVD:2019:181 zie r.o. 5.2.
- 4 ECLI:NL:TADRAMS:2022:140 r.o. 5.6, 5.9 en 5.10.
- 5 ECLI:NL:TADRAMS:2022:140 r.o. 5.12.
- 6 ECLI:NL:TADRSGR:2012:YA2502 r.o. 5.2.
- 7 ECLI:NL:TADRAMS:2017:274 en ECLI:NL:TADRAMS:2017:274 r.o. 5.4.
- 8 ECLI:NL:TADRAMS:2022:140 r.o. 5.19.
- 9 Rechtbank Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7000.
- 10 ECLI:NL:TADRAMS:2022:73 r.o. 5.16.
- 11 ECLI:NL:TADRSGR:2022:7 r.o. 5.6.
- 12 ECLI:NL:TADRAMS:2022:108 r.o. 5.6.
- 13 ECLI:NL:TADRSGR:2022:7.
- 14 Dit artikel is afgerond voor publicatie van het WODC-onderzoeksrapport: Zelfonderzoek en zelfmelden van fraude en corruptie door bedrijven