

Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon

mr. A.E. van der Wal¹

1. Inleiding

Over de rechten en plichten en de positie van een persoon die in een intern onderzoek wordt geïnterviewd zijn in de afgelopen jaren al diverse uitgebreide en lezenswaardige artikelen geschreven.² Het is geenszins de bedoeling om uitvoerig te herhalen wat al is geschreven. In dit artikel zal worden ingegaan op de specifieke positie van de geïnterviewde in het interne onderzoek 2.0,³ omdat die positie vanwege de bijzondere aard van dit onderzoek een andere is dan in gewone interne onderzoeken. Het interne onderzoek 2.0 wordt feitelijk in plaats van het FIOD-onderzoek verricht en heeft daarmee een strafrechtelijk karakter. De vraag is of bij het interviewen van onder andere bestuurders en medewerkers niet ook de strafrechtelijke waarborgen zouden moeten gelden. Bovendien is het op voorhand al duidelijk dat het (interne) onderzoeksrapport met daarin opgenomen de bevindingen en de uit de interviews verkregen informatie aan het openbaar ministerie zal worden overgelegd.⁴ Een dergelijke manier van onderzoek, waarbij de FIOD zijn onderzoek als het ware uitbesteedt aan een

private partij (advocaten en/of forensische accountants), is nieuw.

Stel dat een of meer bestuurders en/of werknemers die in het interne onderzoek een verklaring hebben afgelegd – daartoe immers verplicht op basis van het arbeidsrecht – vervolgens strafrechtelijk worden vervolgd. Die situatie roept allerlei vragen op, bijvoorbeeld de vraag wat in zo'n geval de status is van de verklaring die die persoon in het interne onderzoek heeft afgelegd, en wat geldt er als die persoon zich in de strafzaak op zijn zwijgrecht beroept?

In deze bijdrage worden vooral veel vragen en aandachtspunten opgeworpen. Lang niet alle vragen zijn (op dit moment) te beantwoorden, mede omdat het interne onderzoek 2.0 een nieuwe loot aan de stam is en er nog geen vervolging van natuurlijke personen is waarin deze kwestie speelt. De advocaat die een geïnterviewde tijdens zijn verhoor in zo een onderzoek bijstaat zal zich bewust dienen te zijn van de complexiteit van de positie van de cliënt, zeker als die cliënt in een later stadium – als het openbaar ministerie het interne onderzoeksrapport heeft beoordeeld – als verdachte wordt aangemerkt. De ontwikkelingen en ervaringen met dit onderzoek zullen moeten worden afgewacht. Voor zover bekend loopt er op dit moment één zo'n onderzoek; dat onderzoek is nog niet afgerond en heeft dus ook nog niet geleid tot een vervolgingsbeslissing ten aanzien van de onderneming en/of een van de bestuurders en/of medewerkers van de onderneming. Het is nog de vraag wat de rechter ermee zal doen. Ook daarover is hierna een aantal beschouwingen opgenomen.

2. Karakter van het interne onderzoek 2.0 – hybride vorm van privaatstrafrechtelijk onderzoek

Feitelijk wordt een deel van het strafrechtelijk onderzoek niet door de FIOD zelf uitgevoerd, maar uitbesteed aan een civiele partij.

1. Mr. A.E. van der Wal is advocaat bij De Roos & Pen.
2. Het zijn te veel artikelen om allemaal in een voetnoot op te nemen, maar verwezen wordt onder andere naar H.J.Th. Biemond e.a., 'De positie van werkgever en werknemer bij een intern onderzoek', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013, nr. 1, p. 10 t/m 19 en D. Emmelkamp, 'Interviews in interne onderzoeken vanuit advocatuurlijk perspectief', *TBS&H* 2020, nr. 3.
3. In de paragraaf hierna wordt nader ingegaan op het karakter van dit onderzoek. Tevens verwijst ik naar het artikel elders in dit tijdschrift van prof. mr. D.V.A. Brouwer, 'Enkele gedachten over de raadsman die ten behoeve van de opsporing onderzoek verricht', *TvSO* 2020, nr. 3/5, p. 178 t/m 182 waarin hij omschrijft wat onder het 'interne onderzoek 2.0' dient te worden verstaan.
4. Zie onder andere M. Velhuis, 'Medewerking door ondernemingen aan een strafrechtelijk onderzoek', *TBS&H* 2020, nr. 3, p. 94 en 95 en P. van Leusden, 'Zelf-onderzoek: enige nuancering', *TvSO* 2020, nr. 3/4, p. 120 t/m 123.

Elders in dit tijdschrift is de bijdrage van de heer P. van Leusden⁵, voormalig projectleider FIOD/ACC⁶, opgenomen. Hij geeft aan dat er in het interne onderzoek 2.0 vooraf afstemming plaatsvindt met de advocaten en/of forensisch onderzoekers over de periode die onderzocht moet worden, de scope en welke delicten. Er zou vanuit de opsporing geen sturing plaatsvinden. Van Leusden geeft er de voorkeur aan dat de FIOD periodiek meekijkt met het onderzoek zodat de richting van het onderzoek desgewenst en in overleg kan worden aangepast. Het ligt in de lijn der verwachting dat er tussen de FIOD en de advocaten (en/of forensisch accountants) die het onderzoek verrichten op meer onderwerpen afstemming plaats zal vinden dan alleen over de reikwijdte van het onderzoek en welke strafbare feiten zouden moeten worden onderzocht. De aard van het interne onderzoek 2.0 brengt dat naar mijn mening met zich mee. Het onderzoek door de private partij (advocaten en/of forensisch accountants) komt min of meer in de plaats van het FIOD onderzoek en wordt verricht onder gezag van het openbaar ministerie; het is immers het openbaar ministerie dat bepaalt of de FIOD een deel van zijn onderzoek mag uitbesteden (en aan wie). Het openbaar ministerie zal uiteindelijk bepalen wat er nog (meer) moet worden onderzocht en neemt de vervolgingsbeslissing. Daarmee is er sprake van opsporing in de zin van art. 132a Sv: een – aan private partijen uitbesteed – onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Het kan dan ook niet anders dan dat er afstemming zal plaatsvinden over hoe de advocaten en/of de forensisch accountants het onderzoek zullen uitvoeren. Denk daarbij bijvoorbeeld aan zoektermen die zullen worden gebruikt voor het doorzoeken van de data, maar ook welke personen geïnterviewd zullen worden en wellicht ook welke vragen in ieder geval gesteld zullen moeten worden.

Van Leusden geeft in zijn bijdrage ook aan dat er afspraken gemaakt dienen te worden over het verschoningsrecht. Hij gaat niet in op de vraag hoe die afspraken zouden moeten luiden, maar het lijkt mij voor de hand liggen dat er afstand wordt gedaan van het verschoningsrecht voor wat betreft het onderzoek zelf,⁷ dat wil zeggen de bevindingen die daaruit voortkomen, alsmede de documenten die zijn onderzocht en de verklaringen die zijn afgenomen. Het interne onderzoek 2.0 vindt immers plaats in een strafrechtelijk kader. Er is al een doorzoeking geweest waarbij documenten en data in beslag genomen zijn. Zouden er geen afspraken zijn

gemaakt om een intern onderzoek 2.0 te verrichten, dan zou er een ‘gewoon’ strafrechtelijk onderzoek worden verricht.

Naar ik aanneem zal ook afstemming plaatsvinden over de vraag wat er wordt gedaan met de documenten waarover men de bestuurders en/of werknemers zou willen bevragen. Afhankelijk van de omstandigheden zou de onderneming vanuit goed werkgeverschap voorafgaand aan het interview stukken willen of moeten verstrekken. Stel nu, dat de FIOD aangeeft dat aan geen van de geïnterviewden op voorhand stukken mogen worden verstrekt, dan wel ter inzage mogen worden gegeven om te voorkomen dat de werknemer zich op het interview kan voorbereiden. Welke positie zal de onderneming innemen: zal zij zich als goed werkgever gedragen en de stukken op voorhand verstrekken of het verzoek van de FIOD volgen?

In een gewoon intern onderzoek worden doorgaans procedureafspraken gemaakt, onder andere over het verstrekken van interviewverslagen aan derden. In het interne onderzoek 2.0 kunnen dergelijke afspraken ook worden gemaakt, maar het lijkt mij evident dat de onderneming geen enkele toezegging kan doen aan de geïnterviewde omdat die niet altijd gestand zal kunnen worden gedaan. De FIOD kan in potentie immers de interne onderzoekers vragen (toch) het interviewverslag, de eventuele geluidsopname van het interview en de schriftelijke wederhoor te verstrekken. Gelet op het belang dat de onderneming heeft bij een goede ‘samenwerking’ met de FIOD om uiteindelijk een voor haar zo gunstig mogelijk resultaat te kunnen bereiken, zou het zomaar kunnen dat de belangen van de geïnterviewde bestuurders en/of werknemers gemakkelijker terzijde worden geschoven en dat er minder waarborgen in acht worden genomen. Een voorbeeld. De afspraak is dat de FIOD alleen inzage krijgt in de interviewverslagen (en dus geen afschrift krijgt) en dat in het geval dat de FIOD toch een afschrift van de interviewverslagen wil hebben, de geïnterviewde om toestemming zal worden gevraagd. Stel, de geïnterviewde geeft hiervoor geen toestemming. Heeft dat consequenties voor de geïnterviewde, met andere woorden zal dat worden gezien als niet meewerken aan het onderzoek? Kan de onderneming ook zonder de toestemming van de geïnterviewde een afschrift verstrekken omdat dat in haar belang zou zijn? Daarbij zal de FIOD worden geïnformeerd dat de geïnterviewde persoon geen toestemming geeft voor het verstrekken van het interviewverslag. Hoe zal dat door de FIOD worden uitgelegd; komt deze persoon daarmee extra in de spotlight?

3. Rechtspositie van de geïnterviewde in het gedrang?

Strafrechtelijke waarborgen van toepassing?

Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is de bestuurder en/of werknemer die in het interne onderzoek zal worden gehoord over het algemeen verplicht daaraan mee te werken. Hoewel het interne onder-

5. P. van Leusden, ‘Zelfonderzoek: enige nuancering’, *TvSO* 2020, nr. 3/4, p. 120 t/m 123.

6. ACC staat voor Anti Corruptie Centrum.

7. Zie over het verschoningsrecht van de advocaat-onderzoeker de bijdrage van mr. H. Sytema, ‘Fraude-onderzoek door de eigen advocaat. Tucht recht als bescherming of beperking?’, *TvSO* 2020, nr. 3/4, p. 157 t/m 162.

zoek 2.0 een door de strafvorderlijke autoriteiten uitbesteed onderzoek is en daarmee, zoals hiervoor betoogd, opsporing is, gelden toch niet automatisch de strafvorderlijke waarborgen. Als de geïnterviewde er al op zou worden gewezen dat hij zichzelf zou kunnen belasten bij het beantwoorden van de tijdens het interview gestelde vragen, is het maar zeer de vraag of daaraan dan ook een zwijgrecht c.q. verschoningsrecht wordt gekoppeld. De tegenwerping zou kunnen zijn dat nog niet inzichtelijk is welke perso(o)n(en) mogelijk als verdachte(n) (of betrokkene/onderzochte om in termen van interne onderzoeken te blijven) kan/kunnen worden aangemerkt en dat het onderzoek dat zal moeten uitwijzen. Die redenering gaat wellicht op voor een gewoon intern onderzoek waarin onderzoek wordt gedaan naar een mogelijke misstand, maar wat mij betreft niet voor een intern onderzoek dat in samenspraak met de FIOD en onder gezag van het openbaar ministerie wordt verricht.

Wanneer de FIOD het (gehele) onderzoek zelf doet is het veelal zo dat bijvoorbeeld ten tijde van de doorzoeking al duidelijk is welke natuurlijke personen, naast de verdachte onderneming, als verdachte worden aangemerkt. De vraag is of in het aan een private partij uitbestede onderzoek ook kenbaar wordt gemaakt of, en zo ja welke natuurlijke personen als verdachte worden aangemerkt. Zo ja, worden die personen dan ook in het interne onderzoek 2.0 gehoord en krijgen ze dan de cautie? Of wordt in het midden gelaten of er natuurlijke personen als verdachte kunnen worden aangemerkt zodat het uitbestede onderzoek zo breed mogelijk kan worden verricht en de geïnterviewden verplicht zijn om mee te werken? Wellicht klinkt er achterdocht door in deze vraagstelling maar het is wel relevant om te weten hoe daarmee wordt omgegaan.

Wanneer vanuit de FIOD zou worden aangegeven dat er al bestuurders en/of medewerkers als verdachte zijn aangemerkt, zouden deze personen voorafgaand aan het interview van die status op de hoogte moeten worden gebracht. Zij zouden dan hun procespositie kunnen bepalen. Gelet op de aard van het onderzoek - de onderneming voert het uit in samenspraak met de FIOD en het openbaar ministerie - zou de onderneming de werknemer niet kunnen verplichten om een verklaring af te leggen. Ik ben mij ervan bewust dat de persoon die in het interne onderzoek 2.0 zal worden geïnterviewd zich kan laten bijstaan door een eigen advocaat. Het getuigt uiteraard van goed werkgeverschap dat de geïnterviewde zich kan laten bijstaan, maar dat neemt de dilemma's voor de geïnterviewde niet weg. Stel, de voorbespreking met de advocaat leidt tot de vaststelling dat de geïnterviewde zichzelf, door het afleggen van een verklaring, zou kunnen belasten. Is het dan daadwerkelijk een optie om geen verklaring af te leggen en dus niet mee te werken aan het onderzoek? Heeft de geïnterviewde dan het recht om te zwijgen (vgl. verdachtenstatus) of zich te verschonen (vgl. getuigenstatus)? Als geen medewerking wordt verleend zal dat in de rapportage worden opgenomen en wordt dat daarmee kenbaar voor het openbaar ministerie en de FIOD.

Ook kan het arbeidsrechtelijke consequenties hebben. Als al wordt geopteerd voor niet meewerken is het de vraag of de reden daarvan wel zou moeten worden toegelicht. Het deels wel en deels niet beantwoorden van vragen is ook niet echt een optie, want daarmee roept de geïnterviewde wellicht (alshog) een verhoor door de FIOD over zich af.

Naar mijn mening dient voorafgaand aan het interview duidelijkheid te bestaan over de status van de te interviewen persoon en mag dat niet in het midden worden gelaten. Nu het onderzoek niet alleen naar aanleiding van een doorzoeking door de FIOD plaatsvindt, maar juist in samenspraak met de FIOD wordt verricht en onderdeel uitmaakt van het opsporingsonderzoek, dient te worden aangegeven of de te horen persoon getuige of verdachte is. Indien verdachte, dan komen hem alle strafvorderlijke waarborgen toe. Hij mag dan gebruikmaken van zijn zwijgrecht zonder dat hem wordt tegengeworpen dat hij niet meewerkt aan het onderzoek. Bovendien is het in een gewoon strafrechtelijk onderzoek de standaard, dat zodra een getuige iets verklaart dat een verdenking jegens hem rechtvaardigt, de status van de getuige moet veranderen in die van verdachte, waarna hij de cautie krijgt en zijn zwijgrecht mag invoeren. Ook die waarborg dient door de interne onderzoekers in acht te worden genomen.

Wat als de geïnterviewde verdachte wordt?

Dan de situatie dat het rapport met daarin de bevindingen van het interne onderzoek 2.0 aan de FIOD en het openbaar ministerie is overgedragen en het onderzoek is gecontroleerd en geverifieerd. Stel dat het openbaar ministerie op basis van de resultaten van oordeel is dat er feiten en omstandigheden zijn om een van de geïnterviewden alsnog als feitelijk leidinggever aan te merken.⁸ Stel nu dat de persoon die als feitelijk leidinggever wordt aangemerkt in het interne onderzoek 2.0 is geïnterviewd en daarbij een uitgebreide, deels zichzelf belastende verklaring heeft afgelegd. Op het moment dat hij die verklaring aflegde was hij nog geen verdachte en had hij gelet op zijn verplichtingen als werknemer en de hiervoor beschreven dilemma's eigenlijk geen andere keuze dan een verklaring af te leggen. Wat doet het openbaar ministerie met zo een verklaring die op basis van een arbeidsrechtelijke medewerkingsverplichting tot stand is gekomen? Wat geldt vervolgens als die persoon zich tijdens zijn verhoor door de FIOD op zijn zwijgrecht beroept? Zal die verklaring uit het interne onderzoek niet in het strafdossier worden opgenomen, zodat die verklaring niet onder ogen van de rechter komt? Zou die verklaring (wel) onderdeel gaan uitmaken van de processtukken dan zou het zwijgrecht van de verdachte illusoir zijn.

8. Dat is geenszins een denkbeeldige situatie, ik verwijs naar de zware politieke en maatschappelijke druk om ook natuurlijke personen te vervolgen (mede naar aanleiding van de ING schikking).

4. Hoe zal de strafrechter omgaan met de resultaten van het interne onderzoek 2.0?

Het onderzoeksrapport van de advocaten en/of de forensisch accountants is aan te merken als een overig geschrift, in de zin van art. 344 lid 1 onder 5 Sv, en heeft dus een relatief lage bewijswaarde (in ieder geval lager dan een proces-verbaal van de FIOD). Hoe de strafrechter tegen deze vorm van onderzoek zal aankijken en het onderzoeksrapport zal wegen is lastig te voorspellen. Ik waag toch een poging en doe dat aan de hand van de beschikking van het Hof Den Haag, gewezen naar aanleiding van de klacht ex. art. 12 Sv gericht tegen de beslis-sing om Rabobank en individuele medewerkers niet te vervolgen voor de LIBOR-fraude.⁹ In die beschikking oordeelt het hof ten aanzien van een aantal medewerkers die destijds en ten tijde van het wijzen van de beschikking nog bij Rabobank werkten, dat hen ernstige en strafrechtelijk relevante verwijten kunnen worden gemaakt. Die verwijten zouden gegrondverklaring van het beklag rechtvaardigen, aldus het hof.¹⁰ Het hof komt echter tot het oordeel dat een bevel tot nader onderzoek geen redelijk doel dient. Het hof vindt dat er eerst, voordat er tot vervolging kan worden overgegaan, een behoorlijk strafvorderlijk onderzoek zal moeten worden verricht, maar acht dat om meerdere redenen niet meer (goed) mogelijk.

Een van de redenen waardoor een behoorlijk strafvorderlijk onderzoek niet meer mogelijk zou zijn is het feit dat Rabobank een intern onderzoek heeft verricht waarbij personen zijn gehoord zonder de cautie dat zij niet tot antwoorden verplicht waren en waarbij ook de status verdachte, getuige, of disciplinair gehoorde in een aantal gevallen onduidelijk is gebleven. Ook gaat het hof in op het feit dat het onderzoek dat tot dan toe was verricht heeft plaatsgevonden op het snijvlak van toezicht¹¹ en strafrecht en met onvoldoende onderscheid tussen beide juridische domeinen. Kenmerkend voor prudentieel onderzoek door toezichthouders is, zo overweegt het hof, dat betrokkenen die met de onderzoekers worden geconfronteerd, medewerking moeten verlenen door het verstrekken van opgevraagde informatie en, wanneer zij worden gehoord, geacht worden vragen van onderzoekers te beantwoorden.

Het hof overweegt voorts dat voor strafrechtelijk onderzoek kenmerkend is dat een helder onderscheid bestaat tussen personen die als getuige

worden aangemerkt en zij die als verdachte worden aangemerkt. Voor de laatste geldt dat er geen verplichting is op vragen te antwoorden. Ook inbeslagname van bewijsmateriaal is met diverse waarborgen van het Wetboek van Strafvordering gereguleerd. Dit stelsel van waarborgen is een weergave van het beginsel dat niemand verplicht kan worden aan zijn eigen vervolging en veroordeling mee te werken. Naast deze twee aspecten wijst het hof op nog een aantal bijzonderheden in dit onderzoek die voor het onderhavige artikel niet relevant zijn, deze blijven hier dan ook onbesproken.¹² Zoals gezegd concludeert het hof dat voor een strafrechtelijke vervolging eerst een behoorlijk strafvorderlijk onderzoek zou moeten worden ingesteld en overweegt onder andere:

‘Dat onderzoek zou in aanzienlijke mate worden gehinderd door wat, al dan niet zonder strafvorderlijke waarborgen, aan onderzoek is geschied. Hierdoor en door de te verwachten invloed op de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek zou de uitkomst van een uiteindelijke strafrechtelijke vervolging in hoge mate onzeker zijn. Al met al kleven aan de tot nu toe verzamelde onderzoeksresultaten strafrechtelijke manco's en is de voor de strafvervolging benodigde basis bij deze stand van zaken onvoldoende aanwezig. Dubieus is zelfs of deze nog in voldoende mate bijeen te krijgen is.’

Deze zelfde overwegingen zouden kunnen gelden ingeval een intern onderzoek 2.0 is verricht door advocaten (en/of forensisch accountants). De aan het openbaar ministerie en de FIOD verstrekte rapportage vormt als het ware de basis van het strafrechtelijk onderzoek. Wellicht dat nog aanvullende onderzoekshandelingen zullen worden verricht maar in ogeschouw nemend dat een van de beweegredenen om de onderneming zelfonderzoek te laten doen capaciteitsbesparing bij de FIOD is, ligt het niet voor de hand dat de FIOD nog zeer uitgebreid (eigen) onderzoek zal doen nadat het rapport is ontvangen. Maar ook in het geval dat de FIOD wel eigen onderzoek zal verrichten, bijvoorbeeld naar natuurlijke personen, verbonden of verbonden geweest aan de onderneming, die in het interne onderzoek zijn gehoord en inmiddels als verdachte zijn aangemerkt, dan rijzen er wederom allerlei vragen. Vragen over de status van de verklaring die die persoon in het interne onderzoek 2.0 heeft afgelegd bijvoorbeeld (zie hiervoor), waarbij de vraag rijst of de strafrechtelijke manco's die aan het interne onderzoek 2.0 kleven nog wel kunnen

9. Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

10. R.o. 10.5 van de hiervoor genoemde beschikking.

11. Het hof verwijst daarbij naar in het dossier opgenomen resultaten van onderzoekshandelingen door buitenlandse en Nederlandse toezichthouders in de financiële markten zoals DNB, de CFTC in de USA, de FCA in Londen, de Japanse Financial Services Agency en DNB, alsmede naar justitiële autoriteiten in binnen- en buitenland zoals de United States Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section en Antitrust Division en de Nederlandse FIOD.

12. Het betreft met name: onderzoek in Nederland is verricht op basis van onderzoeksresultaten die door buitenlandse diensten ter beschikking waren gesteld en dat de onderzoekers in Nederland hun onderzoekshandelingen niet primair in een strafrechtelijk kader hebben geplaatst en stukken zijn aan het dossier toegevoegd zonder inbeslagname op basis van strafvordering.

worden hersteld. Of en in hoeverre de strafrechter een dergelijk onderzoek voldoende vindt en in overeenstemming met de strafvorderlijke normen zal vinden is dus nog maar de vraag.

Eerder merkte ik al op dat de geïnterviewde eigenlijk geen andere keuze heeft dan mee te werken aan het interne onderzoek 2.0 en een verklaring af te leggen. Het niet verlenen van medewerking en zwijgen tijdens het interview brengt te veel mogelijke risico's met zich mee. Zowel arbeidsrechtelijk alsook strafrechtelijk. In die zin zou ik een voorzichtige parallel willen trekken met de overweging van het Hof Den Haag in de LIBOR-beschikking dat de geïnterviewde verplicht is vragen te beantwoorden. Niet omdat er een toezichthouder bij betrokken is, maar omdat het interne onderzoek 2.0 eigenlijk een FIOD-onderzoek is, dat door de FIOD is uitbesteed aan een private partij en bij welk onderzoek de FIOD meekijkt en suggesties kan doen. In dat onderzoek zouden de strafrechtelijke waarborgen in acht moeten worden genomen; dat zou immers ook het geval zijn als de FIOD het onderzoek (wel) zelf zou hebben gedaan.

Op deze plaats maak ik ook graag ook een korte uitstap naar de Verenigde Staten. In een zaak waarin een groot Amerikaans advocatenkantoor een onderzoek had verricht voor Deutsche Bank in verband met mogelijke manipulatie van de LIBOR-rente gaf de Amerikaanse rechter een hard oordeel over de manier waarop dat onderzoek was verricht.¹³ De rechter beoordeelde de manier waarop het interne onderzoek had plaatsgevonden en de impact daarvan op getuigen die waren geïnterviewd, van wie er één strafrechtelijk werd vervolgd. Omdat het openbaar ministerie zo nauw betrokken was bij het verrichten van het interne onderzoek door het advocatenkantoor, waren de verrichte onderzoekshandelingen *fairly attributable* aan de staat waardoor deze werden aangemerkt als zijnde verricht door de overheid en niet door een particulier. De rechter oordeelde dat sommige getuigenverklaringen afgedwongen waren uit angst ontslagen te worden wanneer geen medewerking aan het interne onderzoek zou worden verleend. Vanwege de betrokkenheid van het openbaar ministerie bij het onderzoek was op deze verklaringen *the Fifth Amendment* van toepassing, inhoudende dat niemand kan worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen.

De bemoeienis van het openbaar ministerie met het interne onderzoek ging in deze zaak wel erg ver. Er was sprake van aansturing door het openbaar ministerie op dagelijkse basis, de rechter sprak zelfs van *'marching orders'* door het openbaar ministerie aan het advocatenkantoor. Maar wie zegt dat het Nederlandse openbaar ministerie, al dan niet via de FIOD, niet ook een verregaande bemoeienis met het interne onderzoek 2.0 zal hebben? Het is immers de bedoeling om het een echt strafrechte-

lijk onderzoek te laten zijn dat min of meer in de plaats komt van het FIOD-onderzoek en waarbij het interne onderzoek wordt gecontroleerd en geverifieerd. Gelet daarop kan het bijna niet anders dan dat het openbaar ministerie en de FIOD instructies (of suggesties of aanwijzingen of welke bewoordingen daarvoor zullen worden gekozen) zullen geven, bijvoorbeeld over welke personen nog dienen te worden gehoord en/of welke vragen specifiek moeten worden gesteld. Tussen sturing en afstemming loopt een dunne grens, die gemakkelijk kan worden overschreden.

5. Afronding

Zeker is dat het interne onderzoek 2.0 voor de positie van de geïnterviewde veel dilemma's en rechtsstatelijke vragen met zich meebrengt. In deze bijdrage heb ik die dilemma's en vragen zoveel mogelijk willen signaleren zonder dat daar op dit moment pasklare antwoorden op kunnen worden gegeven. Er is – voor zover mij bekend – nog geen intern onderzoek 2.0 afgerond, zodat ook nog niet bekend is hoe de FIOD en het openbaar ministerie met die bevindingen zullen omgaan. Pas als op basis van de bevindingen van het interne onderzoek 2.0 een natuurlijke persoon als verdachte wordt aangemerkt en wordt vervolgd, zal de strafrechter zich gaan uitlaten over de hiervoor beschreven vragen over zijn rechtspositie. Of de pasklare antwoorden er ooit zullen komen en op welke termijn zal moeten worden afgewacht.

13. *United-States v. Connolly*, SDNY, May 2, 2019, No. 16 Cr. 0370 (CM).