

Bijlagenbundel

‘Een advocaat als interne onderzoeker’



Auteur:	Floor Scheeren (student)
Studentnummer:	2081414
Opdrachtgever:	Wladimiroff Advocaten N.V.
Periode:	6 februari t/m 12 mei 2017
Opleiding:	HBO-Rechten Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Afstudeermentor:	Dhr. mr. L.H.E. Møller
Eerste afstudeerdocent:	Dhr. mr. T.C.F.M. Vermeulen
Tweede afstudeerdocent:	Mw. mr. L.C.P. van Berkel
Plaats en datum:	Tilburg, 29 mei 2017

Inhoudsopgave

Bijlage 1: Interview grote onderneming	3
Bijlage 2: Interview dhr. mr. L.H.E. Møller (Wladimiroff Advocaten)	10
Bijlage 3: Interview mw. mr. D. Roerink (Wladimiroff Advocaten)	17
Bijlage 4: Praktijkhandleiding interne onderzoeken verricht door advocaten	24

Bijlage 1: Interview grote onderneming

Interview: Grote onderneming, Corporate Compliance Officer, Onderzoeker melding vermoede misstand, Jurist Arbeidszaken afdeling Human Resource Management en Bedrijfsjurist afdeling Corporate juridische zaken. Gehouden op 2 mei 2017 om 10.30 uur.

Inleidende vragen

1. *Welke functie hebt u binnen de onderneming en wat houdt die functie in het kader van interne onderzoeken in?*

Persoon 1: Corporate Compliance Officer

Ik ben degene die onderzoeken naar aanleiding van een melding vermoede misstand coördineert, zowel intern als extern.

Persoon 2: Onderzoeker melding vermoede misstand

Ik houd mij bezig met het doen van interne onderzoeken indien er een melding is van een vermoede misstand.

Persoon 3: Jurist arbeidszaken afdeling Human Resource Management

Indien er vraagstukken zijn bij interne onderzoeken omtrent het arbeidsrecht, houd ik mij daarmee bezig.

Persoon 4: Bedrijfsjurist afdeling Corporate juridische zaken

Ik ben voornamelijk gespecialiseerd in het vakgebied publiekrecht, maar heb mij de afgelopen jaren vooral bezig gehouden met privacyvraagstukken. Indien er vraagstukken zijn bij interne onderzoeken die met het recht op privacy te maken hebben, houd ik mij daarmee bezig.

Bij een intern onderzoek kunnen verschillende middelen worden ingezet voor het vergaren van informatie. In het kader van het onderzoek dat ik voor Wladimiroff Advocaten doe, koppel ik de volgende middelen aan de normen van het arbeidsrecht en privacyrecht van werknemers:

- *inzien van e-mail- en/of internetverkeer;*
- *computeronderzoek;*
- *interview.*

2. *Welke middelen worden binnen uw onderneming veelal ingezet indien een intern onderzoek wordt verricht?*

Persoon 1:

Het inzien van e-mail- en/of internetverkeer en een computeronderzoek wordt soms als middel ingezet. Een interview wordt altijd gedaan.

Een interview wordt altijd als middel ingezet, omdat wij hoor en wederhoor toepassen. De andere bovengenoemde middelen worden alleen ingezet als dat nodig is in het kader van het onderzoek en als het zich verhoudt tot de verdenking die er is. Het is van belang dat het lichtste middel wordt ingezet om het doel te bereiken. Er worden daarbij afwegingen gemaakt afhankelijk van de situatie. Wij houden dus altijd rekening met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel.

Vaak wordt er eerst met de betrokkene gepraat en wellicht dat dan al het onderzoeksdoel bereikt is. Echter, soms wil je pas met de betrokkene praten, nadat er bijvoorbeeld al in zijn e-mailbox is gekeken (heimelijk). Een verzoek om in een e-mailbox te kijken, wordt gemotiveerd voorgelegd aan de directeur Human Resource Management (verder: HR).

Persoon 3:

Ik heb een keer in een casus meegemaakt dat een werknemer al was vrijgesteld van arbeid. Wij hadden daar een regeling mee getroffen. De datum dat die persoon uit dienst zou treden, lag in de nabije toekomst. Die persoon had werkgerelateerde documenten in zijn computer staan, die zijn manager en collega's nodig hadden (zakelijke documenten). Die persoon heeft toen toestemming gegeven om in zijn computerbestanden te kunnen, zodat de werkzaamheden voortgezet konden worden.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (arbeidsrecht: art. 7: 611 BW)

3. *Op grond van het goed werknemerschap moet een werknemer meewerken aan een intern onderzoek. Wat doet u indien een werknemer weigert mee te werken en hoe is dit bij uw onderneming geregeld (zolang het middel niet heimelijk is)?*

Persoon 2:

Dit is bij ons opgenomen in het 'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand'. Hierbij gaat het om het houden van een interview. De werknemer moet verschijnen indien hem dit wordt gevorderd, maar is niet verplicht om de gestelde vragen te beantwoorden. Dit heb ik nog nooit meegemaakt.

De andere middelen worden voornamelijk heimelijk ingezet, waarbij dit dus niet speelt. Vaak wordt de data veilig gesteld. Dit betekent niet dat gelijk onderzoek naar die data wordt gedaan. Dit hangt af van het verloop van het onderzoek.

Persoon 1:

Op dit moment zijn we met een onderzoek bezig, waarin we in een e-mailbox van een werknemer aan het kijken zijn. Dit doen we met die werknemer samen. Echter, onderzoek van een e-mailbox zetten wij normaliter alleen in als we niet op een andere manier aan informatie kunnen komen. Het middel wordt dus bijna altijd ingezet in de situatie dat de werknemer daar niet vanaf weet. Dan is de toestemming van de HR directeur de procedurele waarborg. We hebben in het verleden ook weleens gehad dat we de werknemer informeerde over het onderzoek van de e-mailbox, maar dat was dan niet met toestemming van die werknemer.

4. *Op grond van het goed werkgeverschap moet het proportionaliteitsbeginsel in acht worden genomen bij het verrichten van een intern onderzoek. Hoe geeft u al dan niet invulling aan dit beginsel?*

Persoon 1:

Als wij een melding binnenkrijgen, beoordelen wij allereerst de validiteit van die melding (proportionaliteitstoets). Het kan namelijk zijn dat de melding wordt gedaan door een werknemer die in een arbeidsconflict zit en zijn collega wil beschadigen.

Vervolgens wordt er gekeken naar de zwaarte van de overtreding. Wij hanteren namelijk de regel dat het onderzoek van e-mailboxen alleen toegestaan is, indien ontslag op staande voet als sanctie gerechtvaardigd is. Op basis van de eventuele consequenties wordt dus beoordeeld welke middelen ingezet kunnen worden.

De meldingen en onderzoekswijzen worden samen met persoon 2 besproken. Daarnaast worden zij besproken in een interne stuurgroep Compliance en Integriteit. Die stuurgroep bestaat uit de president-directeur, financieel directeur, juridisch directeur, HR directeur, de communicatiedirecteur en ik.

Persoon 3:

Mocht het zo zijn dat er een arbeidsjuridische casus speelt en mogelijk een arbeidsjuridische sanctie wordt opgelegd, dan hebben wij daar een beleidsdocument voor geschreven die publiekelijk toegankelijk is voor alle werknemers. Bij het opleggen van een

sanctie (ná het doen van onderzoek) volgen wij dus ook het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel.

5. *Op grond van het goed werkgeverschap moet het subsidiariteitsbeginsel in acht worden genomen bij het verrichten van een intern onderzoek. Hoe geeft u al dan niet invulling aan dit beginsel?*

Persoon 1:

Het minst ingrijpende middel wordt ingezet om het doel te bereiken.

6. *Op grond van het goed werkgeverschap moet het beginsel van hoor en wederhoor in acht worden genomen bij het verrichten van een intern onderzoek. Hoe geeft u al dan niet invulling aan dit beginsel?*

Persoon 2:

Dit is ook opgenomen in het 'Onderzoeksprotocol melding vermoede misstand', dat voor iedereen toegankelijk is. Indien wij een gespreksverslag hebben gemaakt, leggen we die voor aan de geïnterviewde werknemer. Die werknemer heeft dan zeven werkdagen de tijd om daarop te reageren. Als dat niet lukt, wordt iemand verzocht alsnog te reageren. Voor het uiteindelijk opgestelde rapport geldt een termijn van tien werkdagen.

7. *Moet een advocaat volgens u rekening houden met de beginselen die uit het goed werkgeverschap voortvloeien, indien zij namens de werkgever een intern onderzoek verricht?*

Persoon 1, 2, 3 en 4:

Ja!

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (privacyrecht: art. 8 EVRM)

8. *Welke overwegingen maakt u bij de vraag of de bij vraag 2 genoemde middelen op grond van art. 8 lid 1 EVRM een inbreuk opleveren op het recht op privacy van de werknemer?*

Persoon 1:

Een interview is het meest gebruikte middel. Ik denk dat je met de inzet van dat middel minder snel een inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer. Dit is ook, omdat wij hebben afgesproken dat de betrokkene niet verplicht is te verklaren. Ik denk dat je pas een inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer op het moment dat je het e-mail- en/of internetverkeer van de werknemer gaat inzien of een computeronderzoek doet.

Indien door de inzet van een middel een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer wordt gemaakt, moet voor de gerechtvaardigheid hiervan aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM worden voldaan. Er moet allereerst sprake zijn van een nationale wettelijke grondslag.

9. *Op grond van welke nationale wettelijke grondslag mag een inbreukmakend middel in het kader van art. 8 lid 2 EVRM ten behoeve van een intern onderzoek binnen uw onderneming worden ingezet en hoe houdt u hierbij rekening met de kwaliteitscriteria?*

Persoon 1:

Op basis van het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) heb je de verplichting om interne meldingen op te volgen. Een invulling van dat goed werkgeverschap is namelijk dat je ook werknemers de gelegenheid geeft om mogelijke onregelmatigheden te melden en die vervolgens te onderzoeken. Bij ons is de gedragscode een nadere invulling van het goed werkgeverschap, waar het 'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand' onderdeel van uit maakt. Die gedragscode kan als grondslag dienen. In het

'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand' staat precies op welke wijze een intern onderzoek moet worden verricht en wanneer een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer toegestaan is (kwaliteitscriteria voorzienbaar). Daar valt onder wanneer welke middelen mogen worden ingezet (kwaliteitscriteria niet willekeurig). Die gedragscode krijgt iedereen die hier in dienst treedt en wordt jaarlijks onder de aandacht gebracht door middel van e-learnings (kwaliteitscriteria toegankelijk). In dit onderzoeksprotocol hebben wij aansluiting gezocht bij de vereisten uit de Wet Huis voor klokkenluiders.

10. *Hoe wordt die gedragscode op de werknemers van toepassing verklaard?*

Persoon 1:

Zij wordt op werknemers van toepassing verklaard in de arbeidsovereenkomst.

Persoon 4:

De werknemer geeft hiermee dus toestemming dat hij via de inzet van die bepaalde middelen gecontroleerd kan worden in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

11. *Zoals u hierboven zei, worden in het 'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand' vereisten aan bepaalde middelen gesteld. Kunt u toelichten wat het voordeel hiervan is?*

Persoon 2:

Het hele onderzoeksprotocol is geschreven, zodat mensen die betrokken raken bij een onderzoek weten waar ze aan toe zijn. Indien er een melding wordt gedaan, worden de 'Regeling en procedure bij het melden van vermoede misstanden' en het 'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand' nogmaals uitgedeeld.

12. *Stel, het voornemen is om een inbreukmakend middel in te zetten, maar daar worden geen nadere vereisten van in het 'Onderzoeksprotocol melding vermoede misstand' gesteld. Hoe wordt hier binnen uw onderneming dan mee omgegaan?*

Persoon 1:

Dan gaat het altijd via de interne stuurgroep Compliance en Integriteit en de HR directeur, die alle belangen gaan afwegen. Ik denk dat dan toch het zwaarste middel wordt ingezet, dat wel geregeld is in het 'Onderzoeksprotocol melding vermoede misstand'.

Daarnaast moet er sprake zijn van een legitiem doel.

13. *Wat is binnen uw onderneming het doel van de inzet van inbreukmakende middelen ten behoeve van een intern onderzoek?*

Persoon 1, 2, 3, 4:

Waarheidsvinding

Als laatste moet voldaan worden aan het noodzakelijkheids criterium

14. *Hoe worden binnen uw onderneming de bij vraag 2 genoemde middelen zo beperkt en gericht mogelijk ingezet om de privacyrechten van werknemers te waarborgen?*

Persoon 1:

In een interview vragen wij in beginsel altijd aan de werknemer zelf om de relevante documenten aan ons te geven, zodat hij zelf in zijn e-mailbox en/of computer kan kijken en kan beoordelen wat relevant is. Indien het middel niet heimelijk wordt ingezet, wordt dus in eerste instantie een beroep op werknemers zelf gedaan om informatie aan te leveren. Het kan zijn dat we dan niet alle van belang zijnde informatie krijgen. Indien het belang van het onderzoek van de onregelmatigheid zwaarder weegt dan het belang van de werknemer, kunnen we zelf nog onderzoek verrichten door bijvoorbeeld in e-mailboxen

te kijken. Hierbij is van belang dat wij in het 'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand' hebben afgesproken dat pas de e-mailbox van werknemers ingezien mag worden, indien de sanctie ontslag op staande voet op de betreffende onregelmatigheid staat.

Indien een middel heimelijk wordt ingezet, wordt het middel zo gericht ingezet door gebruik te maken van zoektermen die van belang zijn voor het onderwerp van het onderzoek. Die lijsten van zoektermen worden door ons onderling met elkaar gedeeld, zodat meerdere mensen kunnen beoordelen of het enkel gaat om zoektermen die relevant zijn voor het onderzoek.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (privacyrecht: AVG / Wbp)

Zoals u wellicht weet, gaat vanaf 25 mei 2018 de AVG van kracht. Veel bepalingen uit de Wbp die in het kader van interne onderzoeken van belang zijn, blijven in de AVG gelijk. Hier volgen enkele vragen over.

15. *Persoonsgegevens moeten op grond van art. 7 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub b AVG) voor gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld. Het doel van een intern onderzoek is gerechtvaardigd als zij kan worden bereikt met minimaal één van de in art. 8 Wbp (nieuw: art. 6 AVG) genoemde grondslagen. Uit het onderzoek dat ik heb gedaan, blijkt dat in het kader van interne onderzoeken 'toestemming van de betrokkene' en 'noodzakelijkheid' de grondslagen zijn die van belang zijn. Welk doeleinde wordt veelal binnen uw onderneming gehanteerd en welke overwegingen worden hierbij gemaakt?*

Persoon 1:

Toestemming van de betrokkene kan zijn de toestemming die in de arbeidsovereenkomst wordt gegeven of toestemming die op enig moment uitdrukkelijk wordt gegeven door de werknemer. Dit laatste is van belang indien wij bijvoorbeeld het doorzoeken van een e-mailbox niet proportioneel vinden, dus op basis van de toestemming in de arbeidsovereenkomst dit middel niet kunnen inzetten. Het kan zijn dat de werknemer dan desondanks toch toestemming geeft. Deze toestemming wordt niet altijd gezien als volwaardige toestemming, omdat het kan zijn dat iemand toestemming geeft doordat hij zich onder druk gezet voelt. Die toestemming van een betrokkene moet kritisch bekeken worden.

Noodzakelijkheid wordt als grondslag gebruikt indien geen toestemming wordt gegeven, zowel op basis van de arbeidsovereenkomst en/of uitdrukkelijke toestemming door de werknemer op enig moment. Het verwerken van persoonsgegevens is noodzakelijk indien de inzet van een middel de enige manier is waarop de feiten vastgesteld kunnen worden en die feiten nodig zijn om al dan niet tot de conclusie te komen dat sprake is van een zwaarwegende onregelmatigheid.

16. *Hoe wordt er binnen uw onderneming voor gezorgd dat het aantal persoonsgegevens dat wordt verwerkt zo minimaal is overeenkomstig art. 11 lid 1 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub c AVG)?*

Persoon 3:

Daarvoor hebben wij een 'Regeling Privacyreglement persoonsgegevens'. Die behoort ook tot de gedragscode. In dat reglement staat voor ieder onderdeel wat het doel van de registratie is, wie verantwoordelijk voor de registratie is, welke veiligheidsmaatregelen daartoe worden getroffen en welke soorten gegevens we opnemen. Dat is allemaal transparant en kenbaar. Aan dat reglement houden wij ons bij het verwerken van persoonsgegevens.

17. *In het 'Onderzoeksprotocol bij melding vermoede misstand' lees ik dat het onderzoeksdossier tien jaar nadat het onderzoek is afgerond, wordt vernietigd. Waarop is deze bewaartermijn van de persoonsgegevens gebaseerd in het kader van art. 10 lid 2 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub d AVG)?*

Persoon 2:

De bewaartermijn hebben wij vastgesteld op basis van de Archiefwet.

Persoon 1:

Wij hebben inderdaad aangesloten bij de Archiefwet. Daar speelt bij mee dat je soms in een arbeidsrechtelijke procedure beland en daarbij in ieder geval de bewaartermijn zo ruim gesteld wil hebben dat bij Hoger Beroep en eventueel Cassatie de gegevens bewaard blijven. Een volledig traject tot aan cassatie kan zomaar zes à zeven jaar duren. Opgemerkt moet worden dat het hierbij gaat om het bewaren van het onderzoeksrapport met de bevindingen. Het veiligstellen van een e-mailbox bijvoorbeeld doen we echt alleen gedurende de tijd van het onderzoek. De security officier bericht ons na twee à drie maanden dat die e-mailbox nog is veiliggesteld en vraagt ons of die vrijgegeven dan wel vernietigd kan worden. Indien mogelijk wordt dit zo snel mogelijk gedaan.

18. *Op welke wijze wordt binnen uw onderneming de beveiliging van persoonsgegevens overeenkomstig art. 13 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub f AVG) gewaarborgd en kunt u dit nader toelichten met voorbeelden van technische of organisatorische maatregelen?*

Persoon 1:

Wij hebben laatst een Internal Audit-onderzoek gehad naar de bescherming van vertrouwelijke gegevens. Hieruit blijkt dat wij een heel aantal technische maatregelen hebben, die er zijn om de persoonsgegevens te beschermen. Het gaat hierbij om het beschermen van data van werknemers (wachtwoorden etc.). Echter, het schort voornamelijk aan het bewustzijn is over dit onderwerp (organisatorische maatregelen).

Persoon 4:

Het begint bij de realisatie van wat een persoonsgegeven is, dan pas hebben de technische maatregelen zin.

19. *Wat ben ik u vergeten te vragen?*

Niet van toepassing.

Bijlage 2: Interview dhr. mr. L.H.E. Møller (Wladimiroff Advocaten)

Interview: Wladimiroff Advocaten, de heer Lars H.E. Møller, advocaat. Gehouden op 20 april 2017 om 16.00 uur

Inleidende vragen

1. *Wat is uw rol bij het doen van interne onderzoeken?*

Mijn rol is het op strategisch niveau bedenken van de wijze waarop wij een intern onderzoek kunnen inrichten en het vervolgens (laten) uitvoeren om een onderzoeksvraag beantwoord te krijgen.

Bij een intern onderzoek kunnen verschillende middelen worden ingezet voor het vergaren van informatie. In mijn onderzoek zijn de volgende middelen gekoppeld aan de normen van het arbeidsrecht en privacyrecht van werknemers:

- *Inzien van e-mail- en/of internetverkeer;*
- *computeronderzoek;*
- *interview.*

2. *Welke middelen worden door u veelal ingezet bij het doen van een intern onderzoek?*

Inzien van e-mail en/of internetverkeer

Hierbij dient opgemerkt te worden dat dit middel bij ons doorgaans gebaseerd is op in het verleden ontvangen/verzonden e-mail en/of internetverkeer.

Computeronderzoek

Bestanden in de computer van een werknemer worden soms ook bekeken.

Interview

Er wordt altijd een interview gehouden met de betrokkene werknemer.

3. *Met welke wet- en regelgeving houdt u als advocaat algemeen rekening bij het doen van een intern onderzoek in het kader van het arbeidsrecht en privacyrecht?*

Arbeidsrecht

Omdat wij een intern onderzoek verrichten namens de werkgever houden wij rekening met het goed werkgeverschap overeenkomstig art. 7:611 BW.

Privacyrecht

In het kader van het privacyrecht houd ik rekening met art. 8 EVRM en de Wbp.

Kernwaarden (en gedragsregels) voor advocaten

In het kader van bovengenoemde wet- en regelgeving is in ondernemingen al vaak interne regelgeving opgesteld omtrent de wijze waarop bepaalde middelen ingezet kunnen worden. Hierin wordt vaak al voldaan aan de vereisten uit bovenstaande wet- en regelgeving. Er wordt daarom altijd eerst onderzocht of er regelgeving aanwezig is binnen de onderneming.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (kernwaarden)

4. *Hoe houdt u rekening met de verhouding tussen de kernwaarden van een advocaat 'partijdig' en 'onafhankelijk' (Gedragsregels 2 lid 1, 5 en 7) in het kader van een intern onderzoek dat onpartijdig en onafhankelijk moet zijn?*

Ik ben van mening dat een advocaat die een intern onderzoek verricht, altijd partijdig is. Een advocaat is namelijk een belangenbehartiger. Als je als advocaat niet partijdig bent,

schend je het gedragsrecht. Er kan dus geen onpartijdig intern onderzoek worden gedaan. Er wordt altijd duidelijk aangegeven dat het onderzoek door een advocaat gedaan is. Dit laat onverlet dat op het moment ik een onderzoeksvraag aanvaard en in moet staan voor de bevindingen, ik toegang moet hebben gehad tot hetgeen van belang is voor het interne onderzoek. Als mij een beperking wordt opgelegd bij het verkrijgen van bepaalde informatie, meen ik dat ik alsnog het interne onderzoek kan doen, maar dan moet die beperking wel duidelijk in het onderzoeksrapport worden opgenomen. Door op die wijze te handelen, garandeer ik de onafhankelijkheid van het interne onderzoek en de onafhankelijkheid van de advocaat.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (arbeidsrecht: art. 7: 611 BW)

5. *Met welke beginselen van zorgvuldig onderzoek houdt u in het kader van 'goed werkgeverschap' rekening (namens de werkgever)?*

Ik weet zo niet welke beginselen aan het goed werkgeverschap worden gekoppeld.

6. *Allereerst dient op grond van het goed werkgeverschap het proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen bij de inzet van een (inbreukmakend) middel ten behoeve van een intern onderzoek. Op welke wijze geeft u hier al dan niet invulling aan?*

Hier houd ik rekening mee. Het middels dat voornemens is te worden ingezet, moet in verhouding staan tot het doel. Doorgaans zijn de onderzoeken van dermate belang voor ondernemingen, dat het proportionaliteitsbeginsel nauwelijks een rol speelt.

7. *Daarnaast dient op grond van het goed werkgeverschap het subsidiariteitsbeginsel in acht te worden genomen bij de inzet van een (inbreukmakend) middel ten behoeve van een intern onderzoek. Op welke wijze geeft u hier al dan niet invulling aan?*

Hier houd ik rekening mee. Indien de onderzoeksvraag beantwoord kan worden met de inzet van een minder bezwarend middel, kies ik daarvoor. Hier wordt altijd goed over nagedacht.

8. *Ten slotte dient op grond van het goed werkgeverschap het beginsel van hoor en wederhoor in acht te worden genomen bij de inzet van een (inbreukmakend) middel ten behoeve van een intern onderzoek. Op welke wijze geeft u hier al dan niet invulling aan?*

Hier houd ik rekening mee. Bij een intern onderzoek wordt vrijwel altijd een interview gehouden met betrokkenen. Voorafgaand aan het interview wordt de geïnterviewde verteld wat ik aan het onderzoeken ben, in opdracht van wie ik aan het onderzoeken ben en aan wie ik de onderzoeksresultaten oplever. De vastlegging van het interview wordt naderhand aan de geïnterviewde overhandigd. Hier mag hij op reageren. Als de geïnterviewde en ik het niet eens worden over de vastlegging van het interview, hecht ik het commentaar van de geïnterviewde achter het verslag. Daarnaast stel ik rechtstreeks betrokkenen in de gelegenheid te reageren op de onderzoeksbevindingen voordat er een conclusie aan wordt verbonden.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (privacyrecht: art. 8 EVRM)

9. *Welke overwegingen maakt u bij de vraag of de bij vraag 3 genoemde middelen op grond van art. 8 lid 1 EVRM een inbreuk opleveren op het recht op privacy van de werknemer?*

Inzien van e-mail- en/of internetverkeer

Het eerste wat ik doe indien ik een middel in wil zetten ten behoeve van een intern onderzoek, is het bekijken van de (al dan niet aanwezige) interne regelgeving van een onderneming. Er wordt geprobeerd een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer te voorkomen door, indien mogelijk, toestemming van de werknemer te vragen. Vaak

wordt daarvoor al wel de digitale omgeving veilig gesteld, zodat de werknemer niets kan verwijderen. Indien die wordt ingezien zonder toestemming van de werknemer, is er sprake van een inbreuk op zijn recht op privacy.

Computeronderzoek

Voor het doen van een computeronderzoek gelden dezelfde afwegingen als met betrekking tot het inzien van e-mail- en/of internetverkeer.

Interview

Bij het doen van een interview, wordt geen inbreuk gemaakt op het recht op privacy van de werknemer. Het interview vindt namelijk plaats op vrijwillige basis. Wij kunnen wel beschuldigende vragen stellen, maar de geïnterviewde kan ervoor kiezen daar geen antwoord op te geven.

Indien door de inzet van een middel een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer wordt gemaakt, moet voor de gerechtvaardigheid hiervan aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM worden voldaan. Er moet allereerst sprake zijn van een nationale wettelijke grondslag.

10. *Op welke nationale wettelijke grondslag baseert u de inzet van een inbreukmakend middel veelal en kunt u nader toelichten van welke omstandigheden dit afhangt?*

Interne regelgeving van de onderneming, zoals protocollen (bijv. protocol e-mailgebruik).

11. *Indien er tussen een werkgever en werknemer geen concrete afspraken zijn gemaakt omtrent de inzet van bepaalde inbreukmakende middelen (arbeidsovereenkomst / interne regelgeving), waarop baseert u de inbreuk dan en welke overwegingen maakt u hierbij?*

Indien er geen concrete afspraken zijn, is het op grond van jurisprudentie afhankelijk van de sterkte van de aanwijzingen die er zijn van de onregelmatigheid (vaak fraude) of een middel ingezet mag worden dat een inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer. Indien die voldoende sterk en concreet zijn, kan een inbreukmakend middel op grond daarvan worden ingezet. Dit heb ik echter nog nooit eerder meegemaakt.

12. *Aan de nationale wettelijke grondslag worden een drietal kwaliteitscriteria gesteld. Kunt u benoemen welke dat zijn en zo ja, welke?*

Nee dat weet ik zo niet.

13. *Het gaat om de volgende kwaliteitscriteria 'voorzienbaar', 'toegankelijk' en 'niet willekeurig'. Op welke wijze controleert u al dan niet of de nationale wettelijke grondslag hieraan voldoet?*

Hier voldoe ik aan. De interne regelgeving van een onderneming is van groot belang. Die regelgeving wordt bewaakt door de compliance officer of HRM manager binnen de onderneming. Zij moeten dus met bovenstaande kwaliteitscriteria rekening houden. Ik controleer of de interne regelgeving een afdoende basis biedt om de inzet van het middel te baseren. Indien de werkgever bijvoorbeeld voorstelt een middel in te zetten, waardoor willekeurig een inbreuk wordt gemaakt op het recht op privacy van een bepaalde werknemer wat op basis van de grondslag is toegestaan of indien in de interne regelgeving geen duidelijke regels omtrent de mogelijke inbreuk zijn gesteld, ga ik hier niet mee akkoord en zie ik of het middel op een andere grondslag gebaseerd kan worden.

Daarnaast moet er sprake zijn van een legitiem doel.

14. *Wat is volgens u het doel van de inzet van inbreukmakende middelen ten behoeve van een intern onderzoek?*

Het doel is waarheidsvinding.

15. *Op welke van de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde doelcriteria baseert u het bovengenoemde doel en welke overwegingen maakt u hierbij?*

De inbreuk moet in het belang zijn van één van de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde grondslagen. Waarheidsvinding valt mijns inziens onder de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, namelijk de onderneming.

Als laatste moet voldaan worden aan het noodzakelijkheids criterium.

16. *Met welke beginselen houdt u rekening omtrent het noodzakelijkheids criterium?*

Ik houd rekening met het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

17. *Hoe geeft u invulling aan het proportionaliteitsbeginsel? (evt. aanvullen vraag 6 in het kader van art. 8 lid 2 EVRM)*

Zie vraag 5.

18. *Hoe geeft u invulling aan het subsidiariteitsbeginsel? (evt. aanvullen vraag 7 in het kader van art. 8 lid 2 EVRM)*

Zie vraag 6.

19. *Ook moet op grond van art. 8 lid 2 EVRM voldaan worden aan het relevantiebeginsel. Hoe geeft u invulling aan dit beginsel?*

p

Aan dit beginsel voldoe ik ook. Er worden namelijk alleen middelen ingezet, waarmee het beoogde doel bereikt kan worden. Het kan wel voorkomen dat een middel wordt ingezet, maar dat achteraf blijkt dat geen relevante informatie te vinden is met de inzet van het betreffende middel.

20. *Hoe zet u de bij vraag 3 genoemde middelen (indien inbreukmakend) zo gericht en beperkt mogelijk in?*

Inzien van e-mail- en/of internetverkeer

Vooraf moet helder zijn waarnaar gezocht gaat worden. Op basis hiervan wordt gewerkt met zoektermen. Daarnaast wordt er een tijdsfilter toegepast. Alleen de e-mails die hiermee een link opleveren, worden onderzocht. Er wordt hierdoor heel gericht gezocht en de mate van de schending van het recht op privacy van de werknemer wordt geminimaliseerd.

Opgemerkt moet worden dat hieraan voorafgaand de server van de verdachte werknemer veilig wordt gesteld. Er wordt een kopie gemaakt van alle e-mails en bestanden, maar die worden nog niet ingezien. Indien er gaande het onderzoek voldoende aanwijzingen volgen dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan de vermoede misstand, worden de e-mails en bestanden op de computer aan de hand van zoektermen bekeken.

Computeronderzoek

Voor het doen van een computeronderzoek gelden dezelfde afwegingen als met betrekking tot het inzien van e-mail- en/of internetverkeer.

Interview

Niet van toepassing – geen sprake van een inbreuk.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (privacyrecht: AVG / Wbp)

Zoals u wellicht weet, gaat vanaf 25 mei 2018 de AVG van kracht. Veel bepalingen uit de Wbp die in het kader van interne onderzoeken van belang zijn, blijven in de AVG gelijk. Hier volgen enkele vragen over.

21. *Bij de inzet van welke van de in vraag 3 genoemde middelen houdt u rekening met de vereisten uit de Wbp bij het al dan niet verwerken van persoonsgegevens en welke overwegingen maakt u hierbij?*

Bij de inzet van alle middelen wordt rekening gehouden met de bepalingen uit de Wbp, omdat altijd persoonsgegevens verwerkt worden. Het is herleidbaar bij wie een bepaald document vandaan komt. Opmerking verdient dat alle persoonsgegevens digitaal verwerkt worden, waardoor de Wbp altijd van toepassing is. Regels hieromtrent maken vaak ook al onderdeel uit van interne regelgeving van de onderneming zelf.

22. *Op grond van art. 6 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub a AVG) moet de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig de wet geschieden. Hoe draagt u daar bij de inzet van (inbreukmakende) middelen in het kader van interne onderzoeken zorg voor?*

Er wordt rekening gehouden met wet- en regelgeving, waaronder het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de Ondernemingsraden. Veelal wordt hier in de interne regelgeving van een onderneming al rekening mee gehouden. Als dat niet zo is, voldoe ik daar, indien vereist, alsnog aan.

23. *Persoonsgegevens moeten op grond van art. 7 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub b AVG) voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld. Het doel van een intern onderzoek is gerechtvaardigd als zij kan worden bereikt met minimaal één van de in art. 8 Wbp (nieuw: art. 6 AVG) genoemde grondslagen. Op welke wijze voldoet u aan bovenstaande vereisten en welke omstandigheden spelen hierbij een rol?*

Er is sprake van een welbepaald en uitdrukkelijk doel dat voorafgaand aan het onderzoek wordt vastgesteld, kort gezegd is dit bij het doen van interne onderzoek 'waarheidsvinding'. Voor de gerechtvaardigheid van het doel wordt allereerst de voorkeur gegeven aan mondelinge toestemming van de werknemer voor de verwerking van zijn persoonsgegevens. Ter verkrijging van de toestemming wordt de werknemer geïnformeerd over het doel hiervan en moet hij uitdrukkelijk toestemming geven. Deze grondslag valt onder art. 8 sub a Wbp. Indien geen toestemming wordt gegeven of het de voorkeur heeft dat een middel heimelijk wordt ingezet, moet het verwerken van persoonsgegevens noodzakelijk zijn om het doel te bereiken. Deze grondslag volgt uit art. 8 sub f Wbp. Hierbij wordt wederom rekening gehouden met het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

24. *Hoe zorgt u ervoor dat persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig worden verwerkt in het kader van art. 11 lid 1 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub c AVG 'beperkt' i.p.v. 'niet bovenmatig')?*

Het aantal persoonsgegevens dat wordt verwerkt, moet genoeg zijn om een betrouwbaar antwoord te kunnen geven op de onderzoeksvraag omtrent de mogelijke onregelmatigheid. Hierbij is het wel van belang dat er zo min mogelijk persoonsgegevens worden verwerkt. Er worden alleen persoonsgegevens verwerkt die toereikend zijn voor het bereiken van het doel. Dit hangt samen met het gericht en beperkt zoeken van informatie.

Indien ten behoeve van het interne onderzoek een rapport wordt gemaakt, wordt veelal alleen de naam van de werknemer benoemd. Dit is om toe te lichten waar een bron vandaan komt. Vaak worden er ook geanonimiseerde rapporten gemaakt.

25. *Hoe zorgt u ervoor dat de persoonsgegevens die verwerkt worden juist en nauwkeurig zijn overeenkomstig art. 11 lid 2 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub d AVG, 'actueel' i.p.v. 'nauwkeurig')?*

Het is aan de werkgever om ervoor te zorgen dat zij juiste persoonsgegevens van werknemers hebben en aandragen aan ons. Indien blijkt dat wij onjuiste gegevens hebben verwerkt, worden zij vanzelfsprekend vernietigd.

26. *Waar baseert u de duur van de bewaartermijn van persoonsgegevens op overeenkomstig art.10 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub e AVG)?*

De persoonsgegevens worden alleen bewaard gedurende het verrichten van de werkzaamheden rondom het onderzoek. Daarna worden ze zo snel mogelijk overgedragen aan de opdrachtgever dan wel vernietigd. Ze worden dus niet langer bewaard dan hoogst noodzakelijk.

27. *In hoeverre houdt u rekening met de integriteit en vertrouwelijkheid van persoonsgegevens in het kader van art. 13 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub f AVG) en kunt u dit nader toelichten met voorbeelden?*

Persoonsgegevens worden beschermd binnen het normenkader zoals alle andere dossiers binnen het kantoor worden beschermd. Zij zijn afgeschermd voor buitenstaanders. Op de precieze wijze waarop zij worden beschermd, ga ik niet nader in. De vertrouwelijkheid van persoonsgegevens wordt gewaarborgd door het gedragsrecht van advocaten. Hierbij speelt bijvoorbeeld het verschoningsrecht een belangrijke rol.

28. *Wat ben ik u vergeten te vragen?*

Als je als advocaat een intern onderzoek verricht, moet je je realiseren dat je dit moet doen op een wijze zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Dat is een open norm. Hierdoor zitten er een groot aantal beperkingen aan de wijze waarop ik een intern onderzoek kan en wil verrichten. Ik moet er voortdurend rekening mee houden dat hetgeen dat ik doe, rechtmatig is.

Bij het trekken van conclusies maak ik gebruik van een conclusiesysteem van twee bronnen. Dit houdt in dat pas een conclusie wordt getrokken, indien twee bronnen van een feit overeenkomen. Als er geen twee bronnen zijn, maar slechts (bijvoorbeeld) één verklaring van een gesteld feit, dan merk ik in de conclusie op waar ik het gestelde vandaan heb gehaald.

Bijlage 3: Interview mw. mr. D. Roerink (Wladimiroff Advocaten)

Interview: Wladimiroff Advocaten, mevrouw Dorien Roerink, advocaat. Gehouden op 26 april om 15.30 uur.

Inleidende vragen

1. Wat is uw rol bij het doen van interne onderzoeken?

Mijn rol bij het doen van interne onderzoeken is over de jaren heen veranderd. Ik ben in 2014 bij Wladimiroff Advocaten begonnen als paralegal. Inmiddels ben ik bijna drie jaar werkzaam als advocaat. Als paralegal had ik een uitvoerende rol. Inmiddels ga ik steeds meer toe naar een situatie waarin ik meedenk met andere advocaten over de strategie van een intern onderzoek en zelfstandig interne onderzoeken uitvoer. Ik heb dus een groei door gemaakt van het uitvoeren van interne onderzoeken naar het strategisch inrichten van interne onderzoeken.

Bij een intern onderzoek kunnen verschillende middelen worden ingezet voor het vergaren van informatie. In mijn onderzoek zijn de volgende middelen gekoppeld aan de normen van het arbeidsrecht en privacyrecht van werknemers:

- *inzien van e-mail- en/of internetverkeer;*
- *computeronderzoek;*
- *interview.*

2. Welke middelen worden door u veelal ingezet bij het doen van een intern onderzoek?

Inzien van e-mail- en/of internetverkeer

Dit middel wordt zowel heimelijk als niet-heimelijk ingezet. De keuze voor het al dan niet heimelijk inzetten van dit middel is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Indien een werknemer er bijvoorbeeld belang bij heeft dat de inhoud uit de e-mailbox verdwijnt, wordt dit middel heimelijk ingezet.

Computeronderzoek

Indien er een vermoeden is dat een werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan fraude, wordt onder omstandigheden ook de digitale omgeving van die werknemer onderzocht.

Interview

Dit middel wordt altijd ingezet.

3. Met welke wet- en regelgeving houdt u als advocaat algemeen rekening bij het doen van een intern onderzoek in het kader van het arbeidsrecht en privacyrecht?

Arbeidsrecht

Het arbeidsrecht is op zichzelf beschouwd een aangelegenheid van de werkgever. Desalniettemin moet je als onderzoeker wel rekening houden met de regels van het arbeidsrecht, omdat je veelal optreedt namens de werkgever. De relatie tussen werkgever en werknemer speelt dus een rol bij een intern onderzoek. Middelen worden dan ook in overleg met de werkgever ingezet en wij houden rekening met de beginselen die uit het goed werkgeverschap voortvloeien (art. 7:611 BW).

Privacyrecht

Omtrent het privacyrecht wordt rekening gehouden met art. 8 EVRM, art. 10 GW en art. 17 IVBPR. Daarnaast wordt rekening gehouden met de bepalingen uit de Wbp als persoonsgegevens worden verwerkt.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (kernwaarden)

4. *Hoe houdt u rekening met de verhouding tussen de kernwaarden van een advocaat 'partijdig' en 'onafhankelijk' (Gedragsregels 2 lid 1, 5 en 7) in het kader van een intern onderzoek dat onpartijdig (en onafhankelijk) moet zijn?*

Als advocaat ben je altijd partijdig, want je handelt in het belang van je cliënt. Echter, dat belang kan een onafhankelijk onderzoek zijn. Als advocaat heb je mijns inziens een verantwoordelijkheid om te zorgen dat de onafhankelijkheid van dat onderzoek dan gewaarborgd wordt.

Opgemerkt moet worden dat veel gegevens die wij bij het interne onderzoek gebruiken, door de werkgever worden aangeleverd. Het kan voorkomen dat de werkgever bepaalde gegevens niet wil of kan aanleveren. Indien deze gegevens mogelijk relevant zijn voor het onderzoek, kan dit de waarde van de uitkomst van het onderzoek beperken. Wij maken een aantekening in onze rapportages indien informatie – om welke reden dan ook – ontbreekt. In mijn optiek sla je door in de kernwaarde 'partijdig' indien je dit als advocaat niet in het rapport zou vermelden. Als advocaat zou je dan niet onafhankelijk zijn ten opzichte van je cliënt.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (arbeidsrecht: art. 7: 611 BW)

5. *Met welke beginselen houdt u in het kader van 'goed werkgeverschap' rekening (namens de werkgever)?*

Voor een werkgever is het belangrijk dat hij zorgvuldig omgaat met de rechten van zijn werknemer. Daarbij wordt rekening gehouden met de volgende beginselen:

- proportionaliteitsbeginsel;
- subsidiariteitsbeginsel;
- beginsel van hoor en wederhoor.

6. *Hoe geeft u invulling aan het proportionaliteitsbeginsel bij de inzet van een (inbreukmakend) middel ten behoeve van een intern onderzoek?*

Bij alle beslissingen die worden genomen in het kader van een intern onderzoek, moeten de belangen van de werkgever en werknemer steeds opnieuw worden afgewogen. Het middel dat de werkgever in wil zetten, moet zich verhouden tot het te bereiken doel.

In het kader van interne onderzoeken wegen de belangen van de werkgever al snel zwaarder dan die van een werknemer indien het gaat om een concrete melding van een vermoede misstand. Desondanks dient continu in termen van belangenafweging te worden gedacht.

7. *Hoe geeft u invulling aan het subsidiariteitsbeginsel bij de inzet van een (inbreukmakend) middel ten behoeve van een intern onderzoek?*

Er wordt altijd nagegaan wat het minst bezwarende middel is om het doel te bereiken.

8. *Hoe geeft u invulling aan het beginsel van hoor en wederhoor?*

Het middel 'interview' wordt bij het doen van een intern onderzoek veelal ingezet. Op de vastlegging van het interview mag de geïnterviewde reageren, voordat zij wordt verwerkt. Daarnaast moet een werknemer in de gelegenheid worden gesteld om te reageren op de onderzoeksbevindingen alvorens aan die bevindingen conclusies worden verbonden. Mocht hoor en wederhoor om welke reden dan ook niet kunnen plaatsvinden, dan dien je daar in mijn optiek als onderzoeker expliciet melding van te maken in je onderzoeksrapport.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (privacyrecht: art. 8 EVRM)

9. *Welke overwegingen maakt u bij de vraag of de bij vraag 3 genoemde middelen op grond van art. 8 lid 1 EVRM een inbreuk opleveren op het recht op privacy van de werknemer?*

Inzien van e-mail- en/of internetverkeer

De inzet van dit middel levert in beginsel altijd een inbreuk op, op het recht op privacy van de werknemer. Dit is anders indien de werknemer toestemming heeft gegeven. In het geval hiervan sprake is, moet uiteraard wel binnen de kaders van die toestemming gebleven worden.

Computeronderzoek

Voor het doen van een computeronderzoek gelden dezelfde afwegingen als met betrekking tot het inzien van e-mail- en/of internetverkeer.

Interview

Er zal niet snel sprake zijn van een schending van het recht op privacy van de werknemer. Afhankelijk van de vraag of het interview vrijwillig plaatsvindt, de wijze waarop het interview plaatsvindt en de vragen die worden gesteld, kan het recht op privacy niettemin nog in het geding komen.

Indien door de inzet van een middel een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer wordt gemaakt, moet voor de gerechtvaardigheid hiervan aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM worden voldaan. Bij toepassing van art. 8 lid 2 EVRM moet allereerst sprake zijn van een nationale wettelijke grondslag.

10. *Op welke nationale wettelijke grondslag baseert u de inzet van een inbreukmakend middel veelal en kunt u nader toelichten van welke omstandigheden dit afhangt?*

Interne regelgeving tussen werkgever en werknemer in een onderneming geeft invulling aan de relatie van die werkgever en werknemer. In die regelgeving is uiteengezet wanneer en op welke wijze bepaalde middelen mogen worden ingezet. Er wordt hierbij vaak al rekening gehouden met de beginselen die bij vraag 4 zijn genoemd. Er wordt dus altijd als eerst gekeken of interne regelgeving aanwezig is.

11. *Indien er tussen een werkgever en werknemer geen concrete afspraken zijn gemaakt omtrent de inzet van bepaalde inbreukmakende middelen (arbeidsovereenkomst / interne regelgeving), waarop baseert u de inbreuk dan en welke overwegingen maakt u hierbij?*

Dit heb ik nog niet eerder meegemaakt. Indien het voorkomt, zou ik jurisprudentie raadplegen. Ik zou hierin zoeken naar een mogelijke wettelijke basis, omdat het begrip 'nationale wettelijke grondslag' een ruime betekenis heeft. Ik weet op dit moment niet welke jurisprudentie van belang is.

12. *Aan de nationale wettelijke grondslag worden een drietal kwaliteitscriteria gesteld. Kunt u benoemen welke dat zijn en zo ja, welke?*

Er is voor de fiscale praktijk recentelijk een arrest gewezen omtrent art. 8 EVRM. In dit arrest werd, middels verwijzing naar het Sunday Times-arrest van het EHRM, invulling gegeven aan het criterium dat een inbreuk moet zijn voorzien bij wet en vormt dus een mooie praktische illustratie van de drie kwaliteitscriteria, te weten voorzienbaar, specifiek (niet willekeurig) en toegankelijk.

13. *Op welke wijze controleert u al dan niet of de nationale wettelijke grondslag aan bovenstaande kwaliteitscriteria voldoet?*

Vaak wordt in de interne regelgeving van een onderneming al aan bovenstaande kwaliteitscriteria voldaan. Indien ik aan de hand van de kwaliteitscriteria opmerk dat interne regelgeving onvoldoende basis biedt, maak ik dit bespreekbaar en zal moeten worden gezien of elders een afdoende grondslag kan worden gevonden.

Daarnaast moet er sprake zijn van een legitiem doel.

14. *Wat is volgens u het doel van de inzet van inbreukmakende middelen ten behoeve van een intern onderzoek?*

Het doel is om de waarheid te achterhalen. Opmerking verdient dat de waarheid wordt gekaderd door de onderzoeksvragen die je jezelf stelt en de informatie die je krijgt van de werkgever.

15. *Op welke van de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde doelcriteria baseert u het bovengenoemde doel en welke overwegingen maakt u hierbij?*

Art. 8 lid 2 EVRM bevat een limitatieve opsomming van grondslagen. In het kader van interne onderzoeken zijn mijns inziens twee grondslagen van belang. Ten eerste het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Ten tweede het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen.

Ik ben niet exact op de hoogte van de jurisprudentie hieromtrent, dus ik weet niet onder welke van de twee bovengenoemde grondslagen je de inzet van een inbreukmakend middel het best kunt scharen.

Als laatste moet voldaan worden aan het noodzakelijkheids criterium.

16. *Met welke beginselen houdt u rekening omtrent het noodzakelijkheids criterium?*

Ik houdt rekening met het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

17. *Hoe geeft u invulling aan het proportionaliteitsbeginsel? (evt. aanvullen vraag 6 in het kader van art. 8 lid 2 EVRM)*

Zie vraag 5

18. *Hoe geeft u invulling aan het subsidiariteitsbeginsel? (evt. aanvullen vraag 7 in het kader van art. 8 lid 2 EVRM)*

Zie vraag 6

19. *Ook moet op grond van art. 8 lid 2 EVRM voldaan worden aan het relevantiebeginsel. Hoe geeft u invulling aan dit beginsel?*

Ik geef invulling aan dit beginsel door alleen inbreukmakende middelen in te zetten indien deze middelen van belang zijn voor het te bereiken doel en dus passen binnen het kader van de onderzoeksvraag.

20. *Hoe zet u de bij vraag 3 genoemde middelen (indien inbreukmakend) zo gericht en beperkt mogelijk in?*

Inzien van e-mail- en/of internetverkeer

Alvorens onderzoek wordt gedaan, wordt een lijst met zogenaamde zoektermen opgesteld. Middels deze zoektermen wordt het onderzoek afgebakend. Een andere mogelijkheid om het onderzoek verder af te bakenen is bijvoorbeeld het toepassen van een tijdsfilter.

Computeronderzoek

Voor het doen van een computeronderzoek gelden dezelfde afwegingen als met betrekking tot het inzien van e-mail- en/of internetverkeer.

Interview

Interviews vormen veelal het sluitstuk van een onderzoek. Op basis van de verzamelde informatie wordt bezien welke personen dienen te worden geïnterviewd met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvraag. De vragen die de geïnterviewde worden gesteld, dienen eveneens op die wijze te worden beperkt. Tot slot moet ook worden nagedachte over de wijze waarop het interview plaatsvindt en de toonzetting van het gesprek.

Vragen omtrent onderzoeksproces intern onderzoek (privacyrecht: AVG / Wbp)

Zoals u wellicht weet, gaat vanaf 25 mei 2018 de AVG van kracht. Veel bepalingen uit de Wbp die in het kader van interne onderzoeken van belang zijn, blijven in de AVG gelijk. Hier volgen enkele vragen over.

21. *Bij de inzet van welke van de in vraag 3 genoemde middelen houdt u rekening met de vereisten uit de Wbp bij het al dan niet verwerken van persoonsgegevens en welke overwegingen maakt u hierbij?*

Bij de inzet van alle middelen wordt altijd met de bepalingen uit de Wbp rekening gehouden.

22. *Op grond van art. 6 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub a AVG) moet de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig de wet geschieden. Hoe draagt u daar bij de inzet van (inbreukmakende) middelen in het kader van interne onderzoeken zorg voor?*

Je moet altijd zorgen dat je binnen de wettelijke kaders blijft. Echter, per onderzoek dient te worden bezien hoe dit het beste kan worden vormgegeven.

29. *Persoonsgegevens moeten op grond van art. 7 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub b AVG) voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld. Het doel van een intern onderzoek is gerechtvaardigd als zij kan worden bereikt met minimaal één van de in art. 8 Wbp (nieuw: art. 6 AVG) genoemde grondslagen. Op welke wijze voldoet u aan bovenstaande vereisten en welke omstandigheden spelen hierbij een rol?*

Voorafgaand aan het onderzoek wordt een doel vastgesteld. Zoals eerder gezegd, is dit het achterhalen van de waarheid van de mogelijke onregelmatigheid. Voor de gerechtvaardigheid hiervan kan het allereerst zijn dat werknemers uitdrukkelijk mondeling toestemming geven voor het verwerken van hun persoonsgegevens ter bereiking van het doel. Dit is een grondslag op basis van art. 8 sub a Wbp. Indien geen toestemming wordt gegeven of die toestemming niet wordt gevraagd, kan de noodzakelijkheid van de verwerking als grondslag dienen op basis van art. 8 sub f Wbp. De verwerking is noodzakelijk, indien zij nodig is voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen. Hierbij wordt rekening gehouden met het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

23. *Hoe zorgt u ervoor dat persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig worden verwerkt in het kader van art. 11 lid 1 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub c AVG)?*

Dit is afhankelijk van de onderzoeksvraag. Het is van belang dat voldoende gegevens worden verzameld omtrent de mogelijke onregelmatigheid, voordat een conclusie wordt getrokken. Echter, er worden wel alleen persoonsgegevens verwerkt die noodzakelijk zijn om de onderzoeksvraag te beantwoorden.

24. *Hoe zorgt u ervoor dat de persoonsgegevens die verwerkt worden juist en nauwkeurig zijn overeenkomstig art. 11 lid 2 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub d AVG, 'actueel' i.p.v. 'nauwkeurig')?*

Het is een taak van de werkgever om zorg te dragen voor de juistheid van de persoonsgegevens. Als persoonsgegevens onjuist blijken te zijn, worden zij verwijderd.

25. *Waar baseert u de duur van de bewaartermijn van persoonsgegevens op overeenkomstig art.10 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub e AVG)?*

Persoonsgegevens worden bewaard voor de duur dat het noodzakelijk is voor het doen van het onderzoek. Daarna worden de persoonsgegevens direct verwijderd of teruggegeven aan de opdrachtgever.

26. *In hoeverre houdt u rekening met de integriteit en vertrouwelijkheid van persoonsgegevens in het kader van art. 13 Wbp (nieuw: art. 5 lid 1 sub f AVG) en kunt u dit nader toelichten met voorbeelden?*

De persoonsgegevens die wij verwerken, zijn vertrouwelijk. Dit houdt in dat er een geheimhoudingsplicht geldt. Daar komt bij dat de persoonsgegevens beschermd worden op een wijze, waardoor zij niet toegankelijk zijn voor onbevoegden. Hier kan ik verder niet specifiek op ingaan.

27. *Wat ben ik u vergeten te vragen?*

Indien een interview als middel wordt ingezet, vertellen we altijd wie we zijn, wat onze opdracht is, passen we hoor en wederhoor toe, leggen we uit hoe we omgaan met de verslaglegging van het interview en wat er gebeurt indien we het niet eens worden over de verslaglegging. Als de interviewer en de geïnterviewde het niet eens worden over de verslaglegging, wordt zowel onze visie als die van de geïnterviewde in het rapport weergegeven. Het commentaar van de geïnterviewde wordt achter het verslag gehecht of na onze passage cursief in het verslag weergegeven. Het moet transparant zijn waar de visie van de interviewer en geïnterviewde omtrent de inhoud van het gesprek afwijken.

Bijlage 4: Praktijkhandleiding interne onderzoeken verricht door advocaten

Wladimiroff Advocaten N.V.

Praktijkhandleiding interne onderzoeken verricht door advocaten

Praktijkhandleiding Wladimiroff Advocaten N.V. bij het doen van interne onderzoeken namens een werkgever naar mogelijke onregelmatigheden van werknemers binnen een onderneming in het kader van het arbeidsrecht en privacyrecht

Lijst van afkortingen

Advw	Advocatenwet
Art.	Artikel
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
BW	Burgerlijk Wetboek
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
WvSr	Wetboek van Strafrecht

1. Inleiding

Welkom op de praktijkhandleiding interne onderzoeken van Wladimiroff Advocaten. Deze praktijkhandleiding is opgesteld naar aanleiding van het onderzoeksrapport 'Een advocaat als interne onderzoeker'.

Indien bij een onderneming een melding wordt gedaan van een vermoede misstand, kan die onderneming besluiten een intern onderzoek uit te (laten) voeren. Voor het doen van een intern onderzoek kan een onderneming een advocaat inschakelen. In deze praktijkhandleiding wordt onder een intern onderzoek verstaan, een feitenonderzoek door een advocaat naar mogelijke onregelmatigheden van werknemers binnen de onderneming van de werkgever als opdrachtgever.

In deze praktijkhandleiding wordt het arbeidsrechtelijke en privacyrechtelijke juridische kader van een intern onderzoek uiteengezet, waaraan Wladimiroff Advocaten moet voldoen bij het doen van een intern onderzoek. Bepalingen omtrent de volgende wet- en regelgeving worden uiteengezet:

- kernwaarden voor advocaten (art. 10a Advw);
- goed werkgeverschap (art. 7:611 BW);
- recht op privacy (art. 8 EVRM);
- bescherming verwerking persoonsgegevens (AVG) (vanaf 25 mei 2018).

Bovenstaande wet- en regelgeving wordt gekoppeld aan de inzet van de volgende middelen:

- inzien e-mail- en/of internetverkeer;
- computeronderzoek;
- interview.

2. Wettelijk kader intern onderzoek

2.1 Handelen zoals een behoorlijk advocaat betaamt (art. 10a Advw)

Gedurende het gehele onderzoek moet een advocaat handelen overeenkomstig hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Hierbij staan de kernwaarden van art. 10a Advw centraal. Houd die gedurende het doen van het onderzoek in acht.

Twee kernwaarden verdienen opmerking: 'partijdig' en 'onafhankelijk'.

Kernwaarde 'partijdig'

Een intern onderzoek moet in beginsel onpartijdig en onafhankelijk geschieden. Door het vereiste van een onpartijdig intern onderzoek kan de kernwaarde 'partijdig' in het gedrang komen. Indien dit gebeurt, wordt in strijd gehandeld met het geldende gedragsrecht voor advocaten. Dit mag niet. Het is geen probleem dat een intern onderzoek verricht wordt door een advocaat, zolang dit in het onderzoeksrapport opgemerkt wordt.

Kernwaarde 'onafhankelijk'

Waak er wel voor dat je niet doorslaat in de kernwaarde 'partijdig'. Hierdoor kan namelijk de kernwaarde 'onafhankelijk' in het gedrang komen. Dit kan worden voorkomen door:

- geen intern onderzoek te doen bij een bestaande cliënt;
- voorafgaand aan het onderzoek afspraken te maken met de cliënt omtrent het niet opvolgen van instructies van de cliënt die je beperken bij de uitvoering van het onderzoek binnen de van te voren vastgestelde en overeengekomen reikwijdte;
- voorafgaand aan het onderzoek afspraken te maken met de cliënt over de rapportage indien je door de cliënt desondanks toch wordt beperkt bij het verkrijgen van gegevens over/van werknemer(s). Die afspraak kan inhouden, zoals uit de huidige werkwijze ook blijkt, dat die beperking in het uiteindelijk opgestelde rapport opgemerkt wordt.

2.2 Handelen overeenkomstig het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW)

Doordat je als advocaat een intern onderzoek verricht namens een advocaat, moet altijd indirect aan de gedragsnormerende functie van het goed werkgeverschap overeenkomstig art. 7:611 BW worden voldaan.

Hieraan wordt voldaan door op de volgende wijze rekening te houden met de volgende beginselen:

- proportionaliteitsbeginsel: zorg ervoor dat de mate van belastendheid van het middel in verhouding staat tot het te bereiken doel;
- subsidiariteitsbeginsel: zet het middel in dat het minst bezwarend is voor de werkgever;
- beginsel van hoor en wederhoor: verbind pas gevolgen aan de onregelmatigheid als de werknemer is geconfronteerd met de uitkomsten van het onderzoek.

2.3 Het maken van een gerechtvaardigde inbreuk op recht op privacy (art. 8 EVRM)

Stap 1: art. 8 lid 1 EVRM

Controleer of door de inzet van het voorgenomen middel een inbreuk wordt gemaakt op het recht op privacy van de werknemer. Opgemerkt moet worden dat geen sprake is van een inbreuk, indien het middel wordt ingezet op basis van vrijwilligheid.

Evident inbreukmakend:

- inzien van e-mail- en/of internetverkeer (zowel privé als zakelijk);
- computeronderzoek.

Onder omstandigheden inbreukmakend:

- Interview: afhankelijk van de aard en de mate van intimiteit van het interview. Er is sprake van een inbreuk als het interview langdurig, intimiderend en beschuldigend is.

Indien sprake is van een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer, ga dan naar stap 2. Indien géén sprake is van een inbreuk, ga dan door naar punt 2.4.

Stap 2: art. 8 lid 2 EVRM

Voor de gerechtvaardigdheid van de inbreuk moet aan onderstaande voorwaarden worden voldaan.

1. Controleer of er een nationale wettelijke grondslag is die de inzet van het middel, dat een inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer, rechtvaardigt.

De volgende grondslagen dienen in het kader van een intern onderzoek als nationale wettelijke grondslag:

- concreet vermoeden strafbare gedraging (jurisprudentie);
- afspraken in arbeidsovereenkomst (zelfregulering);
- afspraken in interne regelgeving (zelfregulering);
- instructierecht (art. 7:660 BW).

In het kader van art. 8 lid 2 EVRM moet de nationale wettelijke grondslag aan een drietal kwaliteitscriteria voldoen (voorzienbaar, toegankelijk en niet willekeurig). Indien als nationale wettelijke grondslag 'afspraken in arbeidsovereenkomst' of 'afspraken in interne regelgeving' wordt gebruikt, is het een taak van de werkgever om aan de kwaliteitscriteria te voldoen. Echter, desondanks wordt toch aanbevolen om dit te controleren. Vanzelfsprekend moet dit ook indien een van de twee andere grondslagen wordt gehanteerd.

De kwaliteitscriteria hebben de volgende betekenis:

- voorzienbaar: het moet voor de betrokkene duidelijk zijn onder welke omstandigheden en voorwaarden een inbreuk gerechtvaardigd is.
- toegankelijk: de grondslag waarop de inbreuk steunt, moet kenbaar zijn voor de betrokkene. Hij moet er zonder veel inspanningen kennis van kunnen nemen.
- niet willekeurig: de nationale wettelijke grondslag moet bescherming bieden tegen niet-willekeurige inbreuken.

Indien de nationale wettelijke grondslag niet voldoet aan bovenstaande kwaliteitscriteria, baseer de inzet dan (indien mogelijk) op een van de andere bovenstaande grondslagen.

Indien er geen nationale wettelijke grondslag is die de inzet van het middel, dat een inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer, rechtvaardigt, zou de inbreuk op het recht op privacy van de werknemer ongerechtvaardigd zijn. Zet dan een ander middel in die geen inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer. Indien die nationale wettelijke grondslag er wel is, ga dan naar punt 2.

2. Stel het doel vast en controleer of zij legitiem is.

Een doel is legitiem als zij dient ter behartiging van een van de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde belangen.

Het doel 'waarheidsvinding' kan geplaatst worden onder "de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen". Waarheidsvinding is namelijk noodzakelijk voor de bescherming van de werkelijke behoefte van de onderneming.

Indien géén sprake is van een legitiem doel, zou de inbreuk op het privacy van de werknemer ongerechtvaardigd zijn. Zet dan een ander middel in die geen inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer. Indien wél sprake is van een legitiem doel, ga dan door naar punt 3.

3. Controleer of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving en voldoe hierbij aan de bijbehorende beginselen.

De inbreuk op het recht op privacy van de werknemer is noodzakelijk als zij daadwerkelijk bijdraagt aan een dringende behoefte van de onderneming.

Aan de volgende beginselen moet worden voldaan:

- relevantiebeginsel: zet een middel in dat relevant is voor het na te streven doel.;
- proportionaliteitsbeginsel: zorg ervoor dat de inbreuk die wordt veroorzaakt op het recht op privacy van de werknemer door de inzet van het middel, in verhouding staat tot het te bereiken doel.;
- subsidiariteitsbeginsel: zet het middel in dat het minste inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer.

Op de volgende wijze dienen onderstaande middelen beperkt en gericht uiteengezet te worden:

- inzien van e-mail- en/of internetverkeer én computeronderzoek: alléén bestanden inzien van verdachte werknemers en hierbij gebruik maken van zoektermen en een tijdsfilter.
- interview: alléén verdachte werknemers interviewen, zo min mogelijk indringend ondervragen en alleen vragen stellen die van belang zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

Indien niet aan (een van) bovenstaande drie voorwaarden is voldaan, zou de inbreuk op het recht op privacy van de werknemer ongerechtvaardigd zijn. Zet dan een ander middel in die geen inbreuk maakt op het recht op privacy van de werknemer. Indien daar wel aan wordt voldaan, is de inbreuk op het recht op privacy van de werknemer gerechtvaardigd.

2.4 Het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens (AVG)

Indien een middel wordt ingezet, moet gekeken worden of de AVG van toepassing is. Indien dat het geval is, moeten de persoonsgegevens rechtmatig worden verwerkt.

Stap 1: Verwerking persoonsgegevens-toets (AVG)

Controleer of de AVG van toepassing is.

De AVG is van toepassing op twee situaties:

- (deels) geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens:
 - inzien e-mail- en/of internetverkeer
 - computeronderzoek;
 - vastlegging interview (digitaal).
- niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens indien zij worden verwerking in een bestand of bestemd zijn daarin te worden opgenomen:
 - vastleggen interview (handmatig).

Een bestand is elk geheel van persoonsgegevens dat gestructureerd is en dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is.

Indien de AVG niet van toepassing is, hoeft niet aan de in stap 2 genoemde vereisten te worden voldaan. Indien zij wel van toepassing is, ga dan naar stap 2.

Stap 2: Gerechtvaardigdheidstoets (AVG)

Voor de rechtmatigheid van het verwerken van persoonsgegevens moet aan de onderstaande voorwaarden worden voldaan. Bij het uiteenzetten hiervan, is de volgorde van de wet gehanteerd.

1. Handel overeenkomstig de wet (art. 5 lid 1 sub a AVG).

Dit vereiste houdt in dat het middel niet in strijd met het Wetboek van Strafrecht ingezet mag worden. Dit is in het kader van de praktijkhandleiding alleen van belang voor de middelen 'inzien e-mail en/of internetverkeer' (art. 139c WvSr) en 'computeronderzoek' (art. 138ab WvSr).

2. Stel het doel vast en controleer of zij welbepaald, uitdrukkelijk en gerechtvaardigd is (art. 5 lid 1 sub b jo. 6 AVG).

Een doel is welbepaald en uitdrukkelijk als zij een duidelijk kader biedt voor de vraag in hoeverre de verwerking van de persoonsgegevens in een concreet geval nodig is voor het vastgestelde doel. Het doel moet vóór de verwerking zijn vastgesteld.

Een doel is gerechtvaardigd als zij kan worden bereikt met inachtneming van één van de in art. 6 AVG genoemde grondslagen. Hier zijn er twee van belang:

- toestemming werknemer (sub a)
- noodzakelijk voor gerechtvaardigde belangen werkgever (sub f).

Van toestemming is op grond van art. 4 lid 11 AVG sprake indien het gaat om een vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige uiting. Let hierbij op hetgeen in art. 7 lid 4 AVG is weergegeven omtrent het ter discussie staan van de vrijelijkheid van toestemming indien sprake is van in de arbeidsovereenkomst opgestelde afspraken omtrent de inzet van specifieke middelen waarmee gegevens verwerkt wordt of de in de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaarde interne regelgeving omtrent de inzet van specifieke middelen waarmee gegevens worden verwerkt. Dit artikel is nieuw ten opzichte van de Wbp.

Als geen sprake is van een welbepaald, uitdrukkelijk en gerechtvaardigd doel, zou sprake zijn van een ongerechtvaardigde verwerking van persoonsgegevens. Zet dan een ander middel in waarmee geen persoonsgegevens worden verwerkt. Indien daar wel sprake van is, ga dan naar punt 3.

3. Verwerk de persoonsgegevens, toereikend, ter zake dienen en beperkt (art. 5 lid 1 sub c AVG).

Bovenstaande begrippen hebben de volgende betekenis:

- toereikend: Er moet een juist beeld van de betrokkene kunnen worden geschetst.
- ter zake dienend en beperkt: de persoonsgegevens die worden verwerkt, moeten beperkt worden tot wat noodzakelijk

4. Indien blijkt dat de persoonsgegevens onjuist dan wel niet-actueel zijn, vernietig en vernieuw ze dan (art. 5 lid 1 sub d AVG).

5. Houd in acht dat de persoonsgegevens slechts bewaard mogen worden voor de duur dat het noodzakelijk is hen te bewaren voor het doen van werkzaamheden rondom het onderzoek (art. 5 lid 1 sub e AVG).

De opslagperiode moet tot een strikt minimum worden beperkt.

6. Zorg dat de persoonsgegevens beveiligd en vertrouwelijk zijn (art. 5 lid 1 sub f AVG).

Voor de beveiliging van persoonsgegevens moeten technische en/of organisatorische maatregelen worden genomen. De vertrouwelijkheid wordt in achtgenomen door de geheimhoudingsplicht.

7. Houd de documentatieplicht van art. 30 lid 2 AVG in acht.

Op grond van art. 30 lid 2 AVG moet een verwerker (Wladimiroff Advocaten) een register bijhouden van alle categorieën verwerkingsactiviteiten die zij namens de verwerkingsverantwoordelijke verricht. Dit vereiste is nieuw ten opzichte van de Wbp.

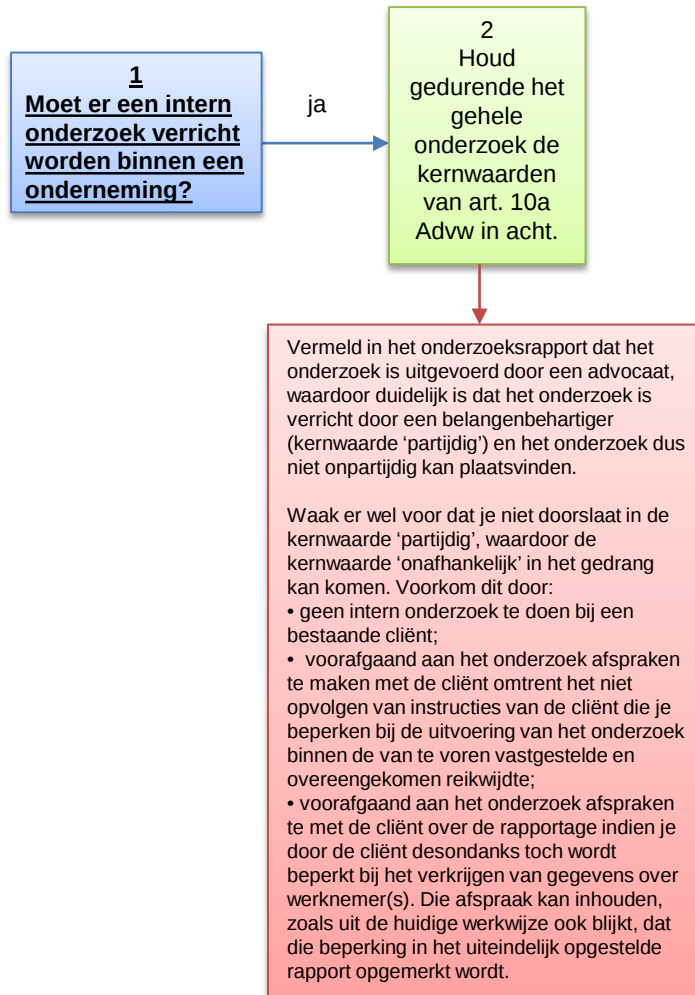
Let op: op grond van art. 30 lid 5 AVG hoeft een onderneming of een orgaan dat minder dan 250 werknemers in dienst heeft in beginsel geen register bij te houden (gaat om de te onderzoeken onderneming). Echter, dit is anders indien de verwerking een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van de betrokkene, de verwerking niet incidenteel is of de verwerking bijzondere persoonsgegevens dan wel persoonsgegevens in verband met strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten betreft.

Indien aan bovenstaande voorwaarden is/wordt voldaan, zijn/worden de persoonsgegevens gerechtvaardigd verwerkt.

In het kader van de wet- en regelgeving die in deze praktijkhandleiding centraal staat ten behoeve van het arbeidsrecht en het privacyrecht, zijn verder geen vereisten gesteld.

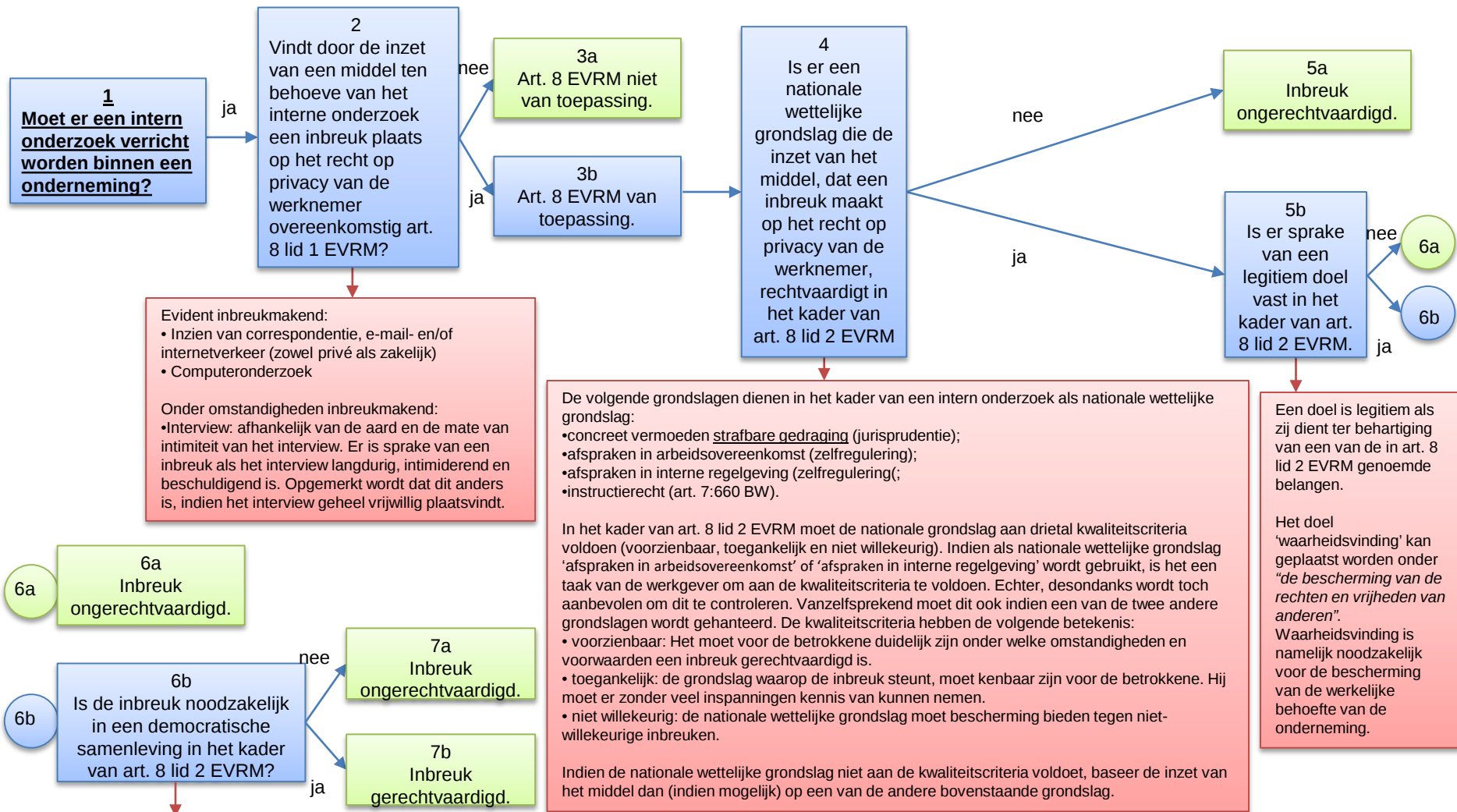
Bijgaand is bovenstaand wettelijk kader in schemavorm gevoegd. Doordat de volgorde van het wettelijk kader niet uitmaakt, zijn vier afzonderlijke schema's uiteengezet.

Stappen
Toelichting
Einde





Recht op privacy (art. 8 EVRM)



Bescherming verwerking persoonsgegevens (AVG)

