

Mag het OM vervolgen op basis van een onderzoek verricht door een verzekeraar?

Annotatie bij Hof Den Haag 27 januari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:57 en ECLI:NL:GHDHA:2022:58

mr. A.E. van der Wal¹

1. Inleiding

Op 27 januari 2022 heeft het hof Den Haag zich een tweetal arresten uitgelaten over de vraag wat rechs is als het voorbereidend onderzoek naar verzekeringsfraude is verricht door en in opdracht van een verzekeringsmaatschappij. In deze zaken komt de vraag aan de orde of het OM verdachten mag vervolgen op basis van een onderzoek uitgevoerd door onderzoekers van verzekeringsmaatschappijen naar verzekeringsfraude.

Het openbaar ministerie ("OM") heeft de behandeling van deze zaken in hoger beroep uitgebreid aangekondigd met een persbericht waarin het principiële karakter van de zaken wordt benadrukt. Zo wordt in het persbericht gewezen op de noodzaak van private opsporing. Die noodzaak zou bestaan vanwege het grote aantal verzekeringsfraudezaken waarvoor binnen de bestaande opsporingscapaciteit niet voldoende ruimte is om alle aangiftes die zien op verzekeringsfraude op adequate en tijdige wijze te onderzoeken. Het uitgangspunt is, zo blijkt uit het persbericht, dat de inzet van de schaarse opsporingscapaciteit beperkt blijft en het zwaartepunt van het onderzoek bij de daartoe opgeleide deskundigen van de verzekeringsmaatschappijen ligt.

2. Achtergrond: onderzoek naar verzekeringsfraude

In 2017 hebben het OM, de verzekeraars en de nationale politie het zogenaamde Kaderconvenant samenwerking aanpak verzekeringsfraude en gerelateerde criminaliteit² afgesloten. Als uitgangspunt geldt dat de verzekeraars (zelf) onderzoek doen bij een vermoeden van verzekeringsfraude. Dat onderzoek kan ook, in opdracht van de verzekeraar aan een particulier onderzoeksbureau worden uitbesteed. Doel van de samenwerking is te onderzoeken hoe de expertise en capaciteit van verzekeringsmaatschappijen kan worden ingezet voor zaken waarin verzekeringsfraude wordt vermoed.³

In het Kaderconvenant is ten aanzien van de inzet van het strafrecht bij fraudegevallen opgenomen dat deze inzet als optimum remedium geldt.⁴ Welke fraudegevallen in aanmerking komen voor het strafrecht en welke procedure daarvoor moet worden gevolgd blijkt niet uit het Kaderconvenant. Daar zullen ongetwijfeld door de convenantpartners nadere afspraken over zijn gemaakt maar die zijn voor zover mij bekend niet openbaar. Datzelfde geldt voor het onderzoek dat door de verzekeraar of een door haar ingeschakeld onderzoeksbureau wordt ingesteld na een vermoeden van verzekeringsfraude. Of er voor zo'n onderzoek een onderzoeksprotocol is opgesteld, welke bevoegdheden mogen worden toegepast en of en zo ja, welke waarborgen er tijdens dat onderzoek gelden voor de onderzochte is niet bekend. Echter, uit de uitspraken en berichten uit de pers kan daar wel iets uit worden afgeleid. Dat komt hierna nader aan de orde.

2. Zie: www.verzekeraars.nl/branche/zelfreguleringsoverzicht-digiwijzer/kaderconvenant-samenwerking-aanpak-verzekeringfraude-en-gerelateerde-criminaliteit

3. Zie het persbericht van het OM, gepubliceerd voorafgaand aan de feitelijke behandeling van de zaken op 13 januari 2022 bij het Hof Den Haag. <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2022/01/12/principiele-zaak-verzekeraar>

4. Kaderconvenant onder punt 3 'Inzet strafrecht'.

1. Lisa van der Wal is advocaat bij De Roos & Pen te Amsterdam.

3. Proefprocessen n.a.v. een tweetal onderzoeken

In 2019 heeft het OM op basis van een tweetal door een verzekeraar aangeleverde rapporten (waarbij er in een zaak sprake was van medeverdachten) drie verdachten gedagvaard voor de Rechtbank Rotterdam. Er was daarbij sprake van twee varianten van het onderzoek:⁵

1. Het door de verzekeringsmaatschappij uitgevoerde onderzoek leidt zonder verdere tussenkomst van de politie, na bestudering door de officier van justitie, tot vervolging van de verdachte.
2. Het onderzoeksdossier van de verzekeringsmaatschappij wordt aan de politie overgedragen. De politie beperkt zich vervolgens tot het horen van de verdachte op basis van het door de verzekeringsmaatschappij opgemaakte dossier.

Deze zaken dienen als proefproces, bedoeld om een rechterlijk oordeel te krijgen over het gebruik van het door of namens de verzekeraar uitgevoerde onderzoek. Zou de rechter op basis van een dergelijk privaat onderzoek tot een strafrechtelijk oordeel komen dan zou dat betekenen dat niet alleen verzekeringsmaatschappijen als het ware de opsporing kunnen doen maar ook andere private partijen, denk aan recherchebureaus en ook advocatenkantoren. Vanwege de schaarse opsporingscapaciteit waardoor vele fraudegevallen blijven liggen is het belang van het OM om deze werkwijze te laten testen evident.

Voordat ik de arresten van het hof Den Haag zal bespreken ga ik eerst in op de uitspraken van de rechtbank Rotterdam. Deze uitspraken vormen immers de basis voor het hoger beroep en bevatten belangwekkende overwegingen. Daarnaast komt in deze uitspraken naar voren hoe het onderzoek door de verzekeraar is verricht.

3.1. Vonnissen rechtbank Rotterdam van 29 oktober 2019⁶

In verband met de aan haar voorgelegde vraag of de resultaten van het onderzoek door de verzekeraar voldoende zijn om een beslissing tot vervolging van de verdachte op te baseren bespreekt de rechtbank de relevante strafvorderlijke bepalingen verband houdend met een opsporingsonderzoek dat onder gezag van de officier van justitie wordt gevoerd. De rechtbank overweegt daarbij dat zij zich realiseert dat het belang van bestrijding van fraude groot is maar dat daarmee nog niet is gezegd dat het onderzoek naar de feiten in deze zaak heeft plaatsgevonden binnen de grenzen van de wet. Uitgangspunt

voor de toetsing door de rechtbank is artikel 1 Sv, inhoudende dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.

Het OM had aangevoerd dat de begeleiding die door of namens hem was geboden bij de vormgeving en de wijze van verslaglegging daarvan moest worden aangemerkt als opsporingsonderzoek zoals bedoeld in artikel 167 Sv.⁷ De rechtbank is van oordeel dat die begeleiding niet als 'onderzoek in verband met strafbare feiten' kan worden bestempeld. Het onderzoek is uitsluitend verricht door de verzekeraar, er was geen sprake van enige (inhoudelijke) bemoeienis door of namens het OM met de feitelijke inhoud van het onderzoek.

De volgende vraag die de rechtbank zich heeft gesteld is of het onderzoek door de verzekeraar als opsporingsonderzoek onder gezag van de officier van justitie kan worden aangeduid, zoals bedoeld in artikel 132a Sv.⁸ De rechtbank overweegt daarover dat voor zover het onderzoek door de verzekeraar onder het gezag van de officier van justitie plaatsvond, vaststaat dat dat gezag slechts kan worden ontleend aan het hiervoor genoemde Kaderconvenant waarbij het OM, verzekeraars en de nationale politie partij zijn en dat dit gezag geen grondslag heeft in de wet. Vervolgens verwijst de rechtbank naar de artikelen 141 en 142 Sv waarin limitatief staat opgesomd welke ambtenaren zijn belast met de opsporing. De rechtbank constateert dat de verzekeraar en haar medewerkers daar niet worden genoemd.

Deze toetsing leidt tot het oordeel dat het onderzoek door de verzekeraar onder toezicht van, en in overleg met de officier van justitie niet kan worden aangemerkt als een opsporingsonderzoek als bedoeld in artikel 167 Sv.

Ten aanzien van variant 2, dus waar de verdachte nog door de politie is gehoord oordeelt de rechtbank dat dit geen verschil maakt voor haar oordeel. De verdachte is in een enkel verhoor met de politie geconfronteerd met de resultaten van het onderzoek door de verzekeraar. Dat verhoor vond plaats na het feitenonderzoek zoals de verzekeraar dat had afgerond en behelsde dus slechts een confrontatie met dit reeds verrichte onderzoek, zo oordeelde de rechtbank.

Op basis van deze overwegingen verklaart de rechtbank het OM in beide varianten van het onderzoek niet ontvankelijk in de vervolging: *"In strijd met de eisen van de goede procesorde heeft het OM, zonder voorafgaand opsporingsonderzoek dat met de door de wet geboden waarborgen is omgeven, besloten tot vervolging van de verdachte."*

5. Uit het eerder aangehaalde persbericht.

6. De uitspraken m.b.t. variant 1 zijn gepubliceerd onder nummer: ECLI:NL:RBROT:2019:8536 en ECLI:NL:RBROT:2019:8537. Variant 2 is gepubliceerd onder nummer: ECLI:NL:RBROT:2019:8535.

7. Artikel 167 Sv luidt: indien naar aanleiding van het ingesteld opsporingsonderzoek het OM van oordeel is dat vervolging moet plaatshebben gaat het daar zo spoedig mogelijk toe over.

8. 132a Sv luidt: onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

3.2. Arresten hof Den Haag

Gelet op het principiële karakter van de zaak verbaast het niet dat het OM in hoger beroep is gegaan. Anders dan de rechtbank Rotterdam maakt het hof in zijn oordeel of het onderzoek door de verzekeraar wel of niet onder het wettelijk opsporingsbegrip valt, een onderscheid in de onderzoeksvarianten. Ten aanzien van de eerste variant verklaart ook het hof het OM niet-ontvankelijk in de vervolging⁹ en overweegt daarover:

"Het voorbereidend onderzoek naar verzekeringsfraude is verricht door en in opdracht van een verzekeringsmaatschappij (tevens gedupeerde). Naar het oordeel van het hof heeft de vervolging plaatsgevonden zonder dat van opsporing sprake is geweest. Met deze gang van zaken is een fundamentele inbreuk gemaakt op het strafvorderlijk systeem. Dat vereist dat vervolging plaatsvindt naar aanleiding van een opsporingsonderzoek. Opsporing gebeurt onder gezag van de officier van justitie door ambtenaren, die bij de wet zijn aangewezen (zie artikelen 132a, 141 en 167 van het wetboek van strafvordering). Deze bepalingen vormen het fundament voor een integere en onafhankelijke rechtspraak die de waarheidsvinding tot doel heeft. Door een inbreuk hierop te maken, is het wettelijk systeem in de kern geraakt."

In de tweede variant, de zaak waarin de politie de verdachte nog heeft gehoord, is het OM wel ontvankelijk verklaard.¹⁰ Het hof overweegt dat hoewel er sprake is van een uiterst minimaal opsporingsonderzoek, dat onderzoek wel kwalificeert als een opsporingsonderzoek als bedoeld in artikel 132a Sv.

Het hof plaatst vervolgens wel een aantal zeer kritische kanttekeningen bij de door het OM gevolgde procedure. Voor de leesbaarheid neem ik deze overwegingen integraal op; hierna zal ik er nader op ingaan.

"Aan de regeling van artikel 132a Sv, in verbinding met artikel 167, eerste lid, Sv, ligt ten grondslag dat strafvorderlijk optreden plaatsvindt door daartoe aangewezen onafhankelijke en onbevooroordeelde opsporingsambtenaren die bevoegd zijn om (bijzondere) opsporingsmethoden en dwangmiddelen in te zetten om aan waarheidsvinding te doen. Zij doen dit onder het gezag van een officier van justitie die gehouden is te toetsen of een opsporingsonderzoek opportuun is en of de inzet van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Aldus is zoveel als mogelijk gewaarborgd dat een integer opsporingsonderzoek de solide basis vormt voor een beslissing tot vervolging, die

de rechter in staat stelt om op basis van het op wettige wijze vergaarde bewijsmateriaal een oordeel te vellen over de vraag of een verdachte het hem tenlastegelegde heeft begaan. Tevens is daarmee het recht op een eerlijk proces geborgd voor de verdachte en worden de rechten van slachtoffers geëerbiedigd.

Zoals hiervoor al is overwogen, is in deze zaak sprake van een opsporingsonderzoek in de vorm van een enkel verhoor van de verdachte. Tegelijkertijd kan er niet aan worden voorbijgegaan dat het voorhanden zijnde dossier voor het overgrote deel bestaat uit 'schriftelijke bescheiden', in de zin van andere geschriften ex artikel 344 eerste lid, onder 5, Sv, die zijn opgesteld door personen die werkzaam zijn voor of in opdracht van de gedupeerde verzekeringsmaatschappij en die dus in bewijsrechtelijke zin uitsluitend tot bewijs kunnen worden gebezigd in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen. Dit brengt mee dat gerede kans bestaat dat het voor een inhoudelijke beoordeling door de rechter, die op basis van het dossier moet oordelen of de verdachte het hem tenlastegelegde heeft begaan, noodzakelijk is die bescheiden aan een nader onderzoek ter falsificatie of verificatie door daartoe aangewezen opsporingsambtenaren te onderwerpen, willen zij bruikbaar zijn als wettige bewijsmiddelen. Het zou – naar het oordeel van het hof – dan ook de voorkeur verdienen indien de bevindingen van een in opdracht van een verzekeraar uitgevoerd onderzoek bij gelegenheid van het doen van aangifte ten overstaan van een opsporingsambtenaar (zie artikel 161 Sv) aan deze worden overhandigd in de vorm van een rapportage, opdat die bescheiden als basis kunnen dienen voor een opsporingsonderzoek.

In zijn algemeenheid is het bovendien zo dat objectieve gegevens door toepassing van opsporingsbevoegdheden kunnen worden verkregen. Als gevolg van de keuze om onderzoek vrijwel uitsluitend door een particulier onderzoeksbureau te laten uitvoeren, dat daarbij afhankelijk is van medewerking van een verdachte, wordt het risico genomen dat belangrijke bronnen van objectief bewijsmateriaal onbenut blijven, terwijl – juist in die fase – de waarheidsvinding daarbij gebaat zou zijn. Daar komt bij dat de inzet van opsporingsbevoegdheden juist ook onafhankelijk van de medewerking van verdachten kan plaatsvinden en bovendien in een stadium dat zij nog onkundig zijn van een tegen hen lopend opsporingsonderzoek, hetgeen de waarde daarvan voor de waarheidsvinding nog verhoogt.

Ten slotte overweegt het hof dat met het vorenstaande geenszins voorbij wordt gegaan aan het belang van publiek/private samenwerking ter bestrijding van criminaliteit, maar dat de bestrijding door het Openbaar Ministerie juist wordt gediend door het verrichten van een op-

9. ECLI:NL:GHDHA:2022:57.

10. ECLI:NL:GHDHA:2022:58.

sporingsonderzoek dat in ruime mate voldoet aan de daarvoor geldende regelgeving."

4. Bezwaren tegen private opsporing

Het principiële bezwaar tegen publiek private samenwerking is dat er door een private partij wordt onderzocht of er sprake is van strafbare gedragingen. Dat zou naar mijn mening nog te billijken zijn als er in verband met een lopend opsporingsonderzoek een private partij met expertise en een specifieke taak wordt ingeschakeld, bijvoorbeeld het doorspitten van data. Het punt is dat private partijen geen opsporingsbevoegdheden hebben en niet gebonden zijn aan de in het Wetboek van Strafvordering opgenomen waarborgen. Wanneer, bijvoorbeeld in het geval van een vermoeden van verzekeringsfraude, de verzekeraar zelf onderzoek doet of laat doen, hoe is dan de rechtspositie van de vermeende fraudeur geregeld? Zou deze persoon door de politie worden gehoord dan heeft hij een zwijgrecht en recht op bijstand van een advocaat. Kent de private onderzoekende partij die rechten ook toe? Dient de verzekerde die van fraude wordt verdacht op basis van de verzekeringsovereenkomst allerlei stukken te overleggen die mogelijk belastend voor hem zijn? Zijn er waarborgen opgenomen dat wordt voorkomen dat de onderzochte meewerkt aan zijn eigen veroordeling? Zo rijzen er allerlei vragen over de normering van het onderzoek en hoe de rechten van de onderzochte – feitelijk verdachte – worden gewaarborgd. Daar komt bij dat een verzekeraar niet onafhankelijk is. Integendeel: zij heeft belang bij de uitkomsten van het onderzoek omdat zij stelt benadeeld te zijn door deze verzekerde.

In het persbericht spreekt het OM over een onderzoek dat is gedaan door goed opgeleid en gecertificeerd personeel binnen de verzekeringsbranche. Kennelijk om daarmee te betogen dat die opleiding kan worden gelijk gesteld met de politie opleiding. Nog los van het feit dat niet bekend is welke opleiding dat dan is en of daarmee enigszins de integriteit van het onderzoek wordt gewaarborgd, volgt uit een verslag van de zitting in eerste aanleg een (heel) ander beeld. Uit een artikel in de krant, geschreven door een bij de strafzaak in eerste aanleg aanwezige journalist blijkt dat een van de verzekeraars de verdachten heeft verhoord zonder hen te wijzen op hun zwijgrecht en op hun recht op een advocaat.¹¹ Dit toont precies aan waarom private opsporing niet in de plaats kan komen van een opsporingsonderzoek door de politie, FIOD en andere bijzondere opsporingsinstanties. Nog daargelaten dat er in opsporingsonderzoeken die onder het gezag van het OM worden uitgevoerd ook weleens de vraag rijst of waarheidsvinding wel het doel is van dat onderzoek, is dat strafrechtelijk onderzoek in ieder geval genormeerd en met waarborgen omgeven.

5. Resultaten private opsporing – hoe zal de rechter deze beoordelen?

De uitspraak van het hof belet de door het OM beproefde mogelijkheid om opsporingscapaciteit uit te sparen door het onderzoek door een derde, private partij te laten doen. Het hof laat er geen misverstand over bestaan: wanneer opsporing niet plaatsvindt zoals in het Wetboek van Strafvordering bepaald dan wordt het wettelijk systeem in de kern geraakt. De bepalingen uit het wetboek dienen om een integere en onafhankelijke rechtspraak te waarborgen waarbij het vinden van de waarheid centraal staat.

Om een zaak, waarin door private partijen onderzoek is verricht, inhoudelijk aan de rechter te kunnen voorleggen is dus altijd nader onderzoek nodig. Dat nader onderzoek kan weliswaar summier zijn, bijvoorbeeld een enkel verhoor van de verdachte, maar uit de uitspraak van het hof blijkt ook dat het hof er de grote voorkeur aan geeft dat er een gewoon opsporingsonderzoek wordt verricht.

De zaak waarin het OM ontvankelijk is verklaard is teruggewezen naar de rechtbank Rotterdam, deze rechtbank zal de zaak alsnog inhoudelijk dienen te beoordelen. De vraag is hoe de strafrechter het door de verzekeraar verzamelde bewijs met daaraan toegevoegd slecht een zeer minimale opsporingshandeling van de politie zal beoordelen? Dat is uiteraard lastig te voorspellen maar ik ga een poging wagen. Ik begin met de verklaring van de verdachte.

Stel dat de verzekeraar degene die zij aanmerkt als verdachte, of onderzochte (of welke term er tijdens het onderzoek door de verzekeraar aan wordt gegeven) verhoort zonder de cautie te geven en hem of haar niet te wijzen op het recht op bijstand van een advocaat. Dit is overigens niet een uit de lucht gegrepen stelling zoals blijkt uit het verslag van de zitting bij de Rechtbank Rotterdam. Stel nu dat het OM, inachtig de uitspraak van het Hof Den Haag, de politie opdracht heeft gegeven de verdachte (nogmaals) te horen om zijn verklaring te verifiëren. Voorafgaand aan dat verhoor wordt de verdachte wel gewezen op zijn zwijgrecht en op zijn recht om zich voorafgaand en tijdens dat verhoor door een advocaat te laten bijstaan. Hij beroept zich vervolgens op zijn zwijgrecht. Kan die eerdere, tegenover de verzekeraar afgelegde bekennende verklaring als bewijs worden gebruikt?

Gelet op de jurisprudentie verwacht ik dat de rechter zal oordelen dat het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht van de verdachte op een eerlijk proces is geschonden nu de verdachte voorafgaand aan zijn 'verhoor' door de verzekeraar niet is gewezen op het recht om voorafgaand daaraan een advocaat te raadplegen. Dat levert een vormverzuim op in de zin van artikel 359a Sv op en dient, gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad¹² te leiden tot uitsluiting voor het

11. www.ad.nl/binnenland/proefproces-verzekeringsfraudeurs-voor-de-rechter-zonder-politieonderzoek-a131ac17/

12. HR 17-04-2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV9091.

bewijs van de verklaring van verdachte. De gebreken die kleven aan de eerste verklaring kunnen niet meer worden hersteld. Doordat de verdachte alsnog een advocaat heeft en zich op zijn zwijgrecht beroept worden de gebreken uit het eerste verhoor niet gerepareerd. Zou dat wel het geval zijn dan zou het inroepen van het zwijgrecht illusoir zijn.

Ten tweede spelen er mogelijk nemo tenetur issues. Bijvoorbeeld indien de verdachte, onder het mom van dat hij op basis van de verzekeringsovereenkomst allerlei verplichtingen heeft om informatie en dergelijke te verstrekken, ertoe wordt bewogen die informatie te verstrekken.

Het rapport van de verzekeraar met daarin de onderzoeksbevindingen kwalificeert als een schriftelijk bescheid, dat geldt als een bewijsmiddel ex art. 344 sub 5 Sv (een "ander geschrift"). Andere geschriften moeten steun vinden in andere bewijsmiddelen. Een enkel schriftelijk bescheid kan niet, zoals een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar¹³, als bewijsmiddel gelden. Er moet dus altijd nog een ander bewijsmiddel zijn dat kan bevestigen wat in het 'ander geschrift' is opgenomen.

De vraag is of er na een onderzoek dat door de verzekeraar is verricht nog wel een behoorlijk en degelijk strafrechtelijk onderzoek door het OM mogelijk is. Ik denk dat het antwoord daarop 'nee' moet zijn, gelet ook op de kritische kanttekeningen van het hof. Ik verwijs in dit verband ook nog naar de LIBOR-beschikking van het hof Den Haag¹⁴ waarin het hof concludeerde dat voor een strafrechtelijke vervolging eerst een onderzoek zou moeten worden ingesteld en onder andere overwoog:

"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 – in ieder geval deels – kunnen gelden bij een door de verzekeraar (of andere private partij) verricht onderzoek waarbij de strafvorderlijke waarborgen niet in acht zijn genomen. Kunnen strafvorderlijke manco's nog wel 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. De discussie hierover is nog niet ten einde. Wellicht moet er ondertussen meer opsporingscapaciteit worden aangetrokken en ingezet.

13. Artikel 344 lid 2 Sv.

14. ECLI:NL:GHDHA:2015:1204. Deze beschikking is gewezen naar aanleiding van de klacht ex. artikel 12 Sv gericht tegen de beslissing om Rabobank en individuele medewerkers niet te vervolgen voor de LIBOR fraude.