

# Het schade-onderzoek als basis van vervolging in strafzaken?

Uit een uitspraak in hoger beroep door het Haagse hof blijkt dat het OM verdachten van verzekeringsfraude mag vervolgen op basis van onderzoek door verzekeraars. Maar is dit wel wenselijk? Komen de verzekeringsrechtelijke rechten en plichten van betrokkenen niet in de knel? Hoe ver mag het onderzoek van de verzekeraar gaan? En hoe zit het met de strafrechtelijke waarborgen, zoals het recht om niet mee te hoeven werken aan je eigen veroordeling? Elisa Benhaim, partner Legaltree, en Martina Smit, partner Van Steenderen MainportLawyers, doken in dit onderwerp.



*Elisa Benhaim is partner Legaltree.*

In 2017 sloten onder meer het Verbond van Verzekeraars en het Openbaar Ministerie het Kaderconvenant Samenwerking Aanpak Verzekeringsfraude en gerelateerde criminaliteit. Het Kaderconvenant heeft als doel om in samenwerking verzekeringsfraude zoveel als mogelijk tegen te gaan. Vanuit algemeen maatschappelijk perspectief kan het tegengaan van (verzekerings)fraude alleen maar worden toegejuicht. De vraag is echter op welke wijze dit concreet wordt gedaan en of die werkwijze algemeen maatschappelijk aanvaardbaar is? Of scherper gesteld, is die werkwijze conform de betreffende wet- en regelgeving?

## **De proeftuin**

In 2019 heeft het OM drie proefprocedures gestart waarin zij op basis van het onderzoek van de verzekeraar, de betreffende verzekerde strafrechtelijk vervolgde. Op 29 oktober 2019 oordeelde de Rechtbank Rotterdam in alle drie de zaken dat het OM niet-ontvankelijk was. Volgens de rechtbank had het onderzoek waarop de vervolging was gebaseerd niet binnen de wettelijke kaders plaatsgevonden.

In alle drie de zaken had het OM aanwijzingen gegeven aan de verzekeraar hoe zij het onderzoek diende te verrichten en hoe zij diende te rapporteren. In slechts één van de drie zaken had de opsporingsambtenaar na afronding van het onderzoek van de verzekeraar de verzekerde via een verhoor geconfronteerd met de resultaten van dit onderzoek.

De rechtbank overwoog onder meer dat deze verrichtingen onvoldoende waren om te oordelen dat hier sprake was van onderzoek onder gezag van de Officier van Justitie en verricht door opsporingsambtenaren.

Het OM stelde hiertegen hoger beroep in. Op 13 januari dit jaar vond de zitting in hoger beroep plaats. Op 27 januari

2022 heeft het Gerechtshof Den Haag arrest gewezen. In de zaken waarin het OM slechts aanwijzingen had gegeven aan de verzekeraar, heeft het hof geoordeeld - in navolging van de rechtbank - dat het OM niet-ontvankelijk is.

In de zaak waarin de verzekerde/verdachte middels een verhoor door een opsporingsambtenaar werd geconfronteerd met het onderzoek van de verzekeraar, heeft het hof geoordeeld dat – hoe minimaal ook – hier wel enige opsporing is verricht onder gezag van de Officier van Justitie door een opsporingsambtenaar. Er was volgens het hof geen reden om de Officier van Justitie niet-ontvankelijk te verklaren.

Dit roept niet alleen vanuit het strafrechtelijke perspectief, maar ook vanuit het verzekeringsrechtelijke perspectief vragen op. Komen de verzekeringsrechtelijke rechten en plichten van betrokkenen niet in de knel? Hoe ver mag het onderzoek van de verzekeraar gaan? En hoe zit dit met de strafrechtelijke waarborgen, zoals het zwijgrecht, het recht om een advocaat te consulteren voorafgaand aan het verhoor of zelfs het recht om niet mee te hoeven werken aan je eigen veroordeling?

### Het (fraude)onderzoek van de verzekeraar

Na melding van een schade en verzoek tot schadevergoeding heeft de verzekeraar het recht om onderzoek te doen. Let wel: het betreft hier een onderzoek naar de uitkeringsplicht van de verzekeraar (art. 7:941 lid 2 BW en veelal opgenomen in de polisvoorwaarden).

Dit betekent dat een verzekeraar niet altijd en zeker niet per direct start met een fraudeonderzoek. Dit zou een bevooroordeelde verzekeraar impliceren.

Hier rijst de vraag wanneer het onderzoek van de verzekeraar omslaat naar 'fraudeonderzoek'? Wie bepaalt dit? En van welke omstandigheden hangt dit af? En wanneer eindigt dit onderzoek?

### Het onderzoeksrecht van de verzekeraar

Het onderzoeksrecht van de verzekeraar is beperkt tot onderzoek naar zaken die relevant zijn voor de uitkeringsplicht. De verzekeraar moet een reëel belang hebben bij de opgevraagde informatie. En de gevraagde informatie moet binnen het domein en de invloedssfeer van de verzekerde liggen. Een verzekeraar kan om méér en andere informatie vragen, maar de weigering van de verzekerde om die meerdere en andere informatie af te geven, mag niet door de verzekeraar worden gesanctioneerd met het geheel of gedeeltelijk ontzeggen van de schadevergoeding.

Bovendien eindigt dit onderzoek zodra de verzekeraar meent voldoende informatie te hebben om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Indien bepaalde polisclausules niet zijn nageleefd, kan dat al leiden tot de weigering om schade te vergoeden. In dat geval is verder onderzoek naar vermoeden



dens van fraude niet meer nodig en kan het onderzoek worden beëindigd.

Het onderzoek van de verzekeraar kan dus beperkter zijn dan een strafrechtelijk onderzoek naar de verdenking van (verzekerings)fraude. Een verzekeraar kan een persoonlijk onderzoek verrichten, maar daarvoor dient bijvoorbeeld sprake te zijn van een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude. Let wel, het betreft hier het vermoeden van de verzekeraar zelf. En hoewel mag worden vertrouwd op de integriteit van de redelijk handelend verzekeraar, blijft dit een eenzijdige beslissing, zonder inspraak, laat staan controle van derden.

Het onderzoek door de verzekeraar, veelal uitgevoerd door private onderzoeksbureaus ingeschakeld door de verzekeraar, is voorts weinig doorzichtig voor de verzekerde. De gedragscodes voor verzekeraars en onderzoeksbureaus bepalen weliswaar dat onderzoek moet worden verricht met inachtneming van kernwaarden zoals open communicatie en transparantie, maar noch de gedragscodes noch de wet en de polisvoorwaarden bevatten concrete normen of kaders waarbinnen een onderzoek moet worden uitgevoerd. Dit terwijl het niet of niet tijdig verstrekken van opgevraagde informatie door de verzekerde kan leiden tot gehele of gedeeltelijke ontzegging van de schade-uitkering door de verzekeraar.



### **De afhankelijke positie van de verzekerde**

Wanneer is er sprake van het niet of niet tijdig afgeven van informatie? Het is de verzekeraar die dit in eerste instantie bepaalt: zij beoordeelt of alle gevraagde informatie is ontvangen. Uiteraard kan dat oordeel in rechte worden getoetst als een verzekerde bij weigering van schadevergoeding de vordering voorlegt aan de rechter. Maar dat betekent dat tot het oordeel van de rechter, de verzekerde in ieder geval geen schadevergoeding ontvangt met alle (financiële) gevolgen van dien.

Vanwege deze afhankelijke positie zal de verzekerde geneigd zijn zonder verdere vragen of kritiek alles te doen en te geven wat de verzekeraar vraagt.

De gedachte dat als je niets te verbergen hebt, dit geen probleem is, miskent de rechten en plichten van de verzekeraar en verzekerde. Het wringt te meer als de resultaten van het onderzoek van de verzekeraar tot een strafrechtelijke vervolging kunnen leiden. Een vervolgingsbeslissing dient bovendien het gevolg te zijn van een met waarborgen omkleed opsporingsonderzoek waarin het overheidsoptreden wordt genormeerd.

### **Normering overheidsoptreden**

De wettelijke regeling van de opsporing is bedoeld om de activiteiten van de overheid in het kader van de waarheidsvinding bij strafbare feiten, te normeren.

In dat verband is in de art. 141 en 142 Sr geregeld welke personen opsporingsbevoegdheden hebben.

De verzekeraar en door hem ingeschakelde onderzoeksbureaus vallen niet onder de personen die deze opsporingsbevoegdheden hebben. De wettelijke normering onder andere op basis van het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetgeving geldt voor hen niet.

Dit zet vraagtekens bij het respecteren van de strafrechtelijke waarborgen bij het onderzoek vanuit de verzekeraar.

Die waarborgen zijn immers een belangrijk aspect, omdat die het optreden van de opsporende overheid reguleren en door de procespartijen controle op het proces kan worden uitgevoerd. Zo kan worden getoetst of sprake is geweest van een eerlijk proces.

Het onderzoek door verzekeraar is, zoals uitgelegd, niet aan de wettelijke normering gebonden en biedt niet dezelfde waarborgen als een opsporingsonderzoek.

### **Waarborgen voor een eerlijk proces**

Verdachten zijn in een opsporingsonderzoek niet tot antwoorden verplicht. Daar moeten ze ook op worden gewezen door de opsporingsambtenaar voorafgaand aan het verhoor (de cautie).

Hoe gaat de verzekeraar daarmee om? Op welk moment slaat het onderzoek van de verzekeraar om naar een fraudeonderzoek, met als gevolg dat dit materiaal voor een strafrechtelijk onderzoek wordt gebruikt? Wanneer dient de cautie te worden verleend? En heeft die cautie dezelfde betekenis als een cautie die door een opsporingsambtenaar wordt gegeven nu er – zoals hiervoor omschreven – een sanctie staat op het niet of niet tijdig verstrekken van informatie door de verzekerde aan de verzekeraar?

Het recht van een verdachte om niet mee te hoeven werken aan zijn eigen veroordeling – het nemo tenetur beginsel – is samen met het zwijgrecht essentieel in het strafprocesrecht. De verdachte wordt geacht zijn of haar eigen procespositie te bepalen. Bovendien wordt op die manier getracht gerechtelijke dwalingen te voorkomen door valse bekentenissen. Ook deze waarborg staat vanzelfsprekend op gespannen voet met de sanctie die staat op het niet of niet tijdig verstrekken van opgevraagde informatie door de verzekerde.

Daarnaast bestaat bij verdenking van fraudedelicten recht op (kosteloze) consultatiebijstand van een advocaat voorafgaand aan het verhoor.

Er zijn genoeg voorbeelden van gerechtelijke dwalingen waarbij een verdachte – zonder voorafgaande consultatie van een advocaat – een bekentenis heeft afgelegd die later is ingetrokken, maar desalniettemin voor het bewijs wordt gebruikt. Hierbij kan worden gedacht aan de bekende verdachte die in werkelijkheid iemand in bescherming neemt of een bekentenis aflegt omdat hij/zij “er simpelweg vanaf wil zijn” en de consequenties van de bekentenis op dat moment niet overziet.

### **Onafhankelijk onderzoek?**

Daarnaast rijst de vraag of het onderzoek door de verzekeraar onafhankelijk en objectief wordt uitgevoerd. De positie van de verzekeraar is in dat opzicht anders dan die van de

overheid. De verzekeraar heeft een financieel belang bij de uitkomst van het onderzoek, immers uit onderzoek kan volgen dat de verzekeraar de schade niet hoeft te vergoeden. Daarbij is de vraag of de verzekeraar gedurende het onderzoek voldoende oog heeft voor ontlastend materiaal. Hoewel erop mag worden vertrouwd dat een redelijk handelend verzekeraar het onderzoek zo onafhankelijk en objectief mogelijk uitvoert, blijft de schijn van het tegendeel bestaan.

Door het enkel confronteren van de verdachte met de resultaten van het onderzoek door de verzekeraar is het maar zeer de vraag of de wettelijke waarborgen (zoals hiervoor geschetst) voldoende in acht worden genomen. De verzekerde/verdachte heeft immers in dat stadium al zonder zich te realiseren dat hij was betrokken in een 'strafrechtelijk onderzoek' alle door de verzekeraar gewenste informatie verstrekt, omdat hij anders geen schadevergoeding van de verzekeraar zou ontvangen.

In het arrest van het hof waarin het OM wel ontvankelijk is verklaard, wordt niet expliciet ingegaan op de vraag of en waarom het opsporingsonderzoek voldoende waarborgen bevatte om te spreken van een eerlijk proces waarop een zorgvuldige vervolgingsbeslissing kan worden genomen in het kader van de beginselen van een goede procesorde. Het hof stelt alleen vast dat de vervolgingsbeslissing van het OM uiterst terughoudend dient te worden getoetst (ex art. 167 Sv.).

Vanuit civielrechtelijk perspectief kan daaraan worden toegevoegd dat noch het verzekeringsrecht (titel 7.17 BW) noch de polisvoorwaarden de verzekeraar het recht bieden om buiten het onderzoek naar de eigen uitkeringsplicht ook onderzoek te doen naar eventuele strafrechtelijke overtredingen gepleegd door de verzekerde en het niet meewerken daaraan door de verzekerde te sanctioneren met het weigeren van de schadevergoeding.

### Het fundament van ons strafprocesrecht

Met name de beslissing om een zaak in de openbaarheid aan een rechter voor te leggen, kan een verdachte veel schade toebrengen. Daarbij valt onder meer te denken aan reputatieschade door negatieve publiciteit. Die schade kan ook bij een integrale vrijspraak niet meer worden teruggedraaid. Het is daarom van groot belang dat de vervolgingsbeslissing – elke vervolgingsbeslissing – een zorgvuldige beslissing is die alleen wordt genomen na een opsporingsonderzoek dat met door de wet geboden waarborgen is vormgegeven.

Ten slotte wordt de kanttekening geplaatst dat er wellicht zaken kunnen zijn waarin de handelingen van verzekerden sterk in de richting wijzen van verzekeringsfraude. Je kunt je afvragen of in die gevallen een strafrechtelijke vervolging op basis van het onderzoek van de verzekeraar dan niet juist



*Martina Smit is partner Van Steenderen MainportLawyers*

is aangewezen uit oogpunt van efficiëntie in tijd en kosten. Maar door een dergelijke handelswijze wordt het wettelijk systeem in de kern geraakt. Een integere en onafhankelijke opsporing met waarheidsvinding als doel is het fundament van ons strafprocesrecht en daarmee onze maatschappij.

Elisa en Martina wachten de cassatieprocedures van deze drie zaken met belangstelling af. <