

Jurisprudentie

Onrechtmatig onderzoek door particulieren versus de Aanwijzing zelfmelden, medewerking en zelfonderzoek

Annotatie bij HR 12 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1159

Mr. M.J. Bloos en mr. F. Mattheijer*

162

1. Onderzoek naar mogelijke strafbare feiten door particuliere partijen is geen nieuw fenomeen. Als de particuliere onderzoeker daarbij over de schreef gaat, komt de vraag aan de orde of de onderzoeksresultaten mogen worden gebruikt voor strafvervolgning. Uitsluiting van bewijs is uitzonderlijk. Eerdere uitspraken hebben betrekking op gesprekken die de burens van de verdachte illegaal hebben opgenomen met een babyfoon,¹ foto's gemaakt door een recherchebureau waar een politiemann ongeoorloofd bleek bij te klussen,² documenten die werden gestolen door particulieren,³ bewijs verkregen door fouillerende beveiligers⁴ en opnames van de aanhouding van de verdachte door het televisieprogramma *Opgelicht*⁵. In de voorliggende zaak is een peilbaken op de privéauto van de verdachte geplaatst en zijn fysieke observaties uitgevoerd door een particulier recherchebureau in een onderzoek naar brandstichting en stalking, welk handelen mogelijk in strijd is met de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus en de daarop gebaseerde regeling. Rechtbank en hof stonden het gebruik van het verzamelde bewijs toe, vooral

omdat onvoldoende is gebleken dat opsporing of justitie betrokken was bij de ingezette onderzoeksmethoden. Net als in alle bovengenoemde zaken, staat ook de Hoge Raad toe dat het verzamelde bewijs wordt gebruikt.

2. Wat deze uitspraak onderscheidt van eerdere uitspraken over dit thema is dat de Hoge Raad een algemeen, zij het tamelijk complex en abstract kader schetst waarbinnen de strafrechter moet oordelen over de bruikbaarheid van bewijs dat onrechtmatig is verkregen door particulieren. Daarbij moet de feitenrechter aansluiting zoeken bij het kader voor vormverzuimen die wél door opsporingsambtenaren zijn begaan. Uitsluiting van onrechtmatig bewijs komt alleen in beeld als aan de volgende voorwaarden is voldaan. Allereerst gelden twee drempelcriteria namelijk dat (1) de onderzoeksresultaten zijn gebruikt voor het opsporingsonderzoek en/of de vervolging van het tenlastegelegde feit en (2) die resultaten van bepalende invloed zijn geweest. Als aan deze criteria wordt voldaan, kan bewijsuitsluiting in twee scenario's aan de orde komen. In scenario A is bewijsuitsluiting noodzakelijk ter bescherming van het recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in artikel 6 EVRM. In scenario B is dat niet het geval maar kan bewijsuitsluiting toch noodzakelijk zijn als aan twee vereisten is voldaan. Vereiste 1 is dat het gebruik van de resultaten, mede gelet op de wijze waarop die zijn verkregen, een ernstige schending oplevert van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. Vereiste 2 is directe of indirecte betrokkenheid van een opsporingsambtenaar bij het verkrijgen van het bewijs. Die betrokkenheid kan

* Mr. M.J. Bloos is of counsel bij Houthoff. Mr. F. Mattheijer is advocaat-counsel bij Houthoff.

1 HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9038, NJ 2003/288.

2 HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4321, NJ 2003/527.

3 HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, NJ 2007/179 (KB-Lux).

4 HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501 en HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, NJ 2012/264.

5 HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792, NJ 2015/363.

zich voordoen als een opsporingsambtenaar het gedrag van de particulier heeft geïnitieerd, gefaciliteerd of heeft laten begaan of voortduren. Over de vraag of dit strikte kader wel voldoende normeert, zijn lezenswaardige noten verschenen van Reijntjes⁶ en Grimmelikhuijzen⁷. Wij zullen ons hieronder verder concentreren op de vraag hoe dit kader voor onrechtmatig onderzoek door particulieren zich verhoudt tot de onlangs in werking getreden Aanwijzing zelfmelden, medewerking en zelfonderzoek (hierna: de Aanwijzing).

3. Allereerst doet zich de vraag voor of het beslissingskader dat de strafrechter moet hanteren voor uitsluiting van het bewijs van materiaal dat onrechtmatig is verkregen door particulieren, ook van belang is voor een buitengerechtelijke afdoening. Uit de Aanwijzing volgt immers dat een succesvol traject van zelfmelding, medewerking en zelfonderzoek ‘in beginsel’ leidt tot een buitengerechtelijke afdoening. Wij denken dat de uitspraak wel degelijk relevant is voor de toepassing van de Aanwijzing. Ten eerste bepaalt de Aanwijzing dat het Openbaar Ministerie (OM) bij de beoordeling of sprake is van een adequaat zelfonderzoek meeweegt of ‘de onderzoeker zich gedurende het zelfonderzoek heeft gehouden aan geldende wet- en regelgeving en, indien van toepassing, gedrags- of beroepsregels’. Het in de uitspraak geschetste kader kan gebruikt worden door het OM voor de beantwoording van de vraag of het OM de resultaten van het zelfonderzoek, ondanks mogelijke onregelmatigheden, nog wel bruikbaar acht voor de weging van het bewijs, die immers ook bij buitengerechtelijke afdoeningen moet plaatsvinden. Ten tweede kunnen onregelmatigheden tijdens het zelfonderzoek de vraag oproepen of wel sprake is van een adequate zelfmelding en/of zelfonderzoek op basis waarvan de bijbehorende kortingspercentages en een buitengerechtelijke afdoening kunnen worden toegepast. In dit verband onderschrijven we de opvatting van Reijntjes dat het niet alleen op de weg van de strafrechter kan liggen om samenwerking tussen particulieren en de opsporing te normeren en dat daar ook een belangrijke rol kan zijn weggelegd voor het OM.⁸

4. De vraag is wel of de uitspraak aan de rechter en het OM voldoende handvatten biedt. De uitspraak maakt bijvoorbeeld niet concreet wat moet worden verstaan onder een ‘onrechtmatige handeling jegens de verdachte door een andere persoon dan een opsporingsambtenaar’. Moet dat steeds gaan om een onrechtmatige daad jegens de verdachte in civielrechtelijke zin? Of kan voldoende zijn dat onderzoekende recherchebureaus, advocaten of accountants onderzoeksprotocollen of gedragsregels niet hebben nageleefd, los van de vraag of dat wellicht een onrechtmatige daad oplevert jegens de verdachte? Ook stimuleert de uitspraak niet dat de feitenrechters jurisprudentie vormen over de vraag wat wel en niet is toegestaan in particuliere opsporing. De

Hoge Raad geeft namelijk aan dat de feitenrechter het verweer dat sprake is van onrechtmatige handelingen zonder onderzoek mag verwerpen als dat wat is aangevoerd – ware het juist – geen gevolgen hoeft te hebben. De feitenrechter zal zich dus waarschijnlijk, net als in de voorliggende zaak, onthouden van oordelen over de rechtmatigheid van onderzoek door particulieren als de gestelde onrechtmatigheden hoe dan ook zonder consequenties kunnen blijven.

5. Hierboven hebben we uiteengezet dat het door de Hoge Raad voorgeschreven beslissingskader in de uitspraak niet alleen de strafrechter regardeert maar ook het OM bij buitengerechtelijke afdoeningen. Het belang hiervan zullen we toelichten aan de hand van drie situaties die zich kunnen en zullen voordoen in de praktijk van de Aanwijzing. Hoewel een rechtspersoon een traject van zelfmelding inzet en probeert om te voldoen aan alle voorwaarden, kan het OM uiteindelijk oordelen dat aan die voorwaarden niet is voldaan en de rechtspersoon dagvaarden. Daarnaast is blijkens de aanwijzing buitengerechtelijke afdoening het uitgangspunt, maar niet per definitie de uitkomst als wel aan al die voorwaarden wordt voldaan. Uit de Aanwijzing blijkt niet in welke situaties het OM toch dagvaardt ondanks dat is voldaan aan de voorwaarden die de Aanwijzing stelt, maar mogelijk ziet het voorbehoud op uitzonderlijk ernstige zaken en/of zaken waarin een buitengerechtelijke afdoening onvoldoende recht doet aan de belangen van slachtoffers. Een derde situatie die zich zal voordoen, is dat de zaak tegen de rechtspersoon buitengerechtelijk wordt afgedaan terwijl natuurlijke personen zoals (voormalig) bestuurders of andere leidinggevendenden worden vervolgd. Wij zullen dit hierna kortheidshalve aanduiden als een *spin-off*-vervolgging.

6. In deze situaties is het denkbaar dat hoewel de zaak begon met een zelfmelding en eigen onderzoek in opdracht van de rechtspersoon, op een later moment toch een beroep wordt gedaan op bewijsuitsluiting en daarbij de onderhavige uitspraak aan de orde komt.

7. Wanneer de (toch) vervolgte rechtspersoon bij de strafrechter bepleit dat tijdens het in eigen opdracht uitgevoerde onderzoek zodanige onregelmatigheden zijn begaan dat de resultaten daarvan moeten worden uitgesloten van het bewijs, doet zich hierbij de complicatie voor dat de rechtspersoon zelf besloot de onderzoeksresultaten in te brengen in het kader van de zelfmelding en destijds blijkaar achter die resultaten stond.

8. Maar in de derde situatie, waarin een vervolgte natuurlijk persoon aanvoert dat het bewijs uit particulier onderzoek onrechtmatig is verkregen, doet die complicatie zich niet voor. Het is goed denkbaar dat personen die het voorwerp zijn van een *spin-off*-vervolgging, met een beroep op de uitspraak, in de toekomst zullen proberen om (delen van) het onderzoeksmateriaal van het bewijs te laten uitsluiten. De Aanwijzing specificceert dat de rechtspersoon de betrokken en/of verantwoordelijke

6 NJ 2023/340, m.nt. J.M. Reijntjes.

7 SR 2023/0146, m.nt. D.G.J. Grimmelikhuijzen.

8 Noot van J.M. Reijntjes bij NJ 2023/340, par. 7.

personen moet aanduiden in de zelfmelding. De eis dat de zelfmeldende rechtspersoon ook bewijs moet leveren tegen individuen vergoot niet alleen de kans op spin-offvervolgingen, maar ook de kans dat bij het OM ingediende zelfonderzoeken actief worden gebruikt in het kader van die vervolgingen en daarin van bepalende invloed zijn. Daarmee is dan voldaan aan de twee hierboven besproken drempelcriteria om eventueel te kunnen toekomen aan bewijsuitsluiting wanneer zou blijken dat zich in het kader van het zelfonderzoek onregelmatigheden hebben voorgedaan.

9. Vervolgens is dan de vraag of bovengenoemd scenario A of B zich voordoet en bewijsuitsluiting daadwerkelijk aan de orde kan komen. Naarmate de verdachte meer in staat is de onderzoeksbevindingen te bestrijden, bijvoorbeeld door zelf belangrijke getuigen te horen of eigen deskundigen in te schakelen in een poging de onderzoeksresultaten te bestrijden, is de kans kleiner dat een schending van artikel 6 EVRM (scenario A) zich voordoet. Dan resteert de vraag of aan de twee bovengenoemde vereisten met betrekking tot scenario B kan zijn voldaan. Vereiste 1 is zoals gezegd dat het gebruik van de resultaten, mede gelet op de wijze waarop die zijn verkregen, een ernstige schending zou opleveren van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. Vereiste 2 is directe of indirecte betrokkenheid van een opsporingsambtenaar bij het verkrijgen van het bewijs, waarbij initiëren, faciliteren en laten begaan of voortduren is inbegrepen. Wanneer zich in de specifieke context van burgeropsporing een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel kan voordoen blijkt helaas niet uit de uitspraak en spreekt ook niet voor zich. Wij verwachten dat de feitenrechter gemakshalve eerst zal beoordelen of het verweer op basis van vereiste 2 kans van slagen heeft, en aan vereiste 1 niet inhoudelijk toekomt als niet aannemelijk is geworden dat opsporing en het OM voldoende betrokken waren bij gestelde onregelmatigheden. In de voorliggende zaak heeft het hof iets vergelijkbaars gedaan. In de eerdere en hierboven aangehaalde uitspraken heeft ook de Hoge Raad de meer principiële vraag die besloten ligt in vereiste 1 meestal weten te vermijden door te volstaan met de vaststelling dat van voldoende betrokkenheid door opsporing en het OM niet was gebleken.

10. In de context van spin-offvervolgingen, zal dan in de eerste plaats relevant worden in hoeverre opsporingsdiensten en het OM in de praktijk betrokken zijn bij de uitvoering van het zelfonderzoek en de daarbij gehanteerde methoden. Meer concreet is de vraag of daarbij zodanige (aantoonbare) afstemming plaatsvindt over de inrichting van het onderzoek dat onregelmatigheden die zijn begaan *na* dergelijke afstemming voor rekening komen van opsporingsdiensten en het OM. Wij denken dat deze mate van afstemming per zaak zal verschillen en onder meer zal afhangen van de mate waarin de onderzoekende partij, de betreffende opsporingsdienst en/of het OM daarin initiatief nemen. De Aanwijzing wijst op dit vlak twee kanten op. In het hoofdstuk met betrek-

king tot de zelfmelding stelt de Aanwijzing als voorwaarde dat mogelijke strafbare feiten vrijwillig, volledig en tijdig op een duidelijke en gestructureerde wijze zijn gemeld bij het OM. Dit suggereert dat de rechtspersoon, op zichzelf begrijpelijk, al voldoende zelfonderzoek moet hebben gedaan voordat de zaak bij het OM wordt gemeld. Als de door de rechtspersoon ingeschakelde onderzoeker al een flinke slag moet hebben gemaakt met het onderzoek voordat het OM in beeld komt, is daarmee de kans kleiner dat zich na de aanvankelijke zelfmelding nog onregelmatigheden voordoen waarvoor het OM later opdraait in het kader van een spin-offvervolging. Anderzijds verlangt de Aanwijzing, in het hoofdstuk met betrekking tot zelfonderzoek, dat aan de opsporingsdiensten en het OM voldoende inzicht moet worden gegeven in de aard en de reikwijdte van het onderzoek en zij periodiek worden geïnformeerd over de voortgang. Deze tussentijdse afstemming zou de kans juist kunnen vergroten dat nadien nog onregelmatigheden worden begaan die wel aan het OM vallen toe te rekenen.

11. Met de Aanwijzing worden rechtspersonen gestimuleerd om een zelfmelding en zelfonderzoek te doen. Het OM roept middels de Aanwijzing meer dan voorheen op tot het uitvoeren van zelfonderzoek. Het bestuur van rechtspersonen en de door hen ingeschakelde onderzoekers die een traject van zelfmelding ingaan, kunnen onder hevige druk staan om te voldoen aan de eisen van de Aanwijzing en om uiteindelijk een buitengerechtelijke afdoening te bereiken. De belangen van individuen kunnen daardoor in de verdrukking komen. Dit betekent naar onze mening dat het OM een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de bewaking van de rechtmatigheid van zelfonderzoek. Van het OM, net als natuurlijk van de opsporingsinstanties en de particuliere onderzoeker zelf, mag worden verwacht dat zij de methodiek en rechtmatigheid van zelfonderzoeken bewaken, ook ten aanzien van natuurlijke personen die worden vervolgd in de spin-off. Deze uitspraak bevat daar een kader voor. Als het OM die verantwoordelijkheid onvoldoende neemt, zal de rechter aan de hand van deze uitspraak moeten corrigeren wanneer het particuliere onderzoek tot onrechtmatige bewijsgaring tegenover de vervolgte natuurlijke personen heeft geleid. Die onrechtmatigheid schaadt niet alleen het belang van de vervolgte personen maar zal ook de legitimiteit van de buitengerechtelijke afdoening tegen de rechtspersoon onder druk zetten.