

Persoonlijk onderzoek bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen

SAMENVATTING:

[...]

Persoonlijk onderzoek bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen
Hof Den Bosch 4 september 2012

Mr. E.J. Wervelman[i]

Bij arrest van 4 september 2012[ii] heeft het Hof Den Bosch een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar op de vingers getikt. Anders dan de Rechtbank Middelburg[iii], is het hof namelijk van oordeel dat verzekeraar te snel heeft gegrepen naar het middel van verrichten van een persoonlijk onderzoek. Daarenboven legt het hof de resultaten van het onderzoek terzijde. De vorderingen van verzekeraar tot terugbetaling van de verzekeringspenningen waren met name gebaseerd op de uitkomsten van het onderzoek. Het hof achtte verzekeraar dan ook niet geslaagd in het bewijs en wijst de vorderingen in hoger beroep alsnog integraal af. De strenge toets aan de eisen voor persoonlijk onderzoek in combinatie met het geheel buiten beschouwing laten van de onderzoeksresultaten komt zelden voor in de jurisprudentie. Vandaar dat het arrest bespreking verdient.

Casus

Tussen partijen was een arbeidsongeschiktheidsverzekering van kracht vanaf 1 maart 2001. Verzekerde meldde zich twee jaar later arbeidsongeschikt. Aansluitend keerde verzekeraar – in wisselende percentages – aan verzekerde uit. Op verzoek van verzekeraar heeft vervolgens op enig moment een persoonlijk onderzoek plaatsgevonden naar verzekerde. Die werd gevraagd om een vragenlijst in te vullen, werd op enkele data in september 2006 geobserveerd en moest gedurende een week een dagboek van zijn activiteiten bijhouden. De conclusie van het rapport luidt – kort gezegd – dat er een forse discrepantie bestaat tussen datgene wat is geconstateerd tijdens de observaties en wat verzekerde zegt te doen in de vragenlijst, heeft verklaard aan de arbeidsdeskundige en opschreef in zijn dagboek. De onderzoeker was aldus van oordeel dat verzekerde bewust onjuiste informatie aan verzekeraar had verstrekt.

Verzekeraar liet bij brief van 10 oktober 2006 weten dat zij met ingang van 25 september 2006 de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de uitkering beëindigde, onder verwijzing naar de polis. Verzekerde gaf geen gehoor aan een daaropvolgend verzoek tot terugbetaling, waarna verzekeraar tot dagvaarding overging.

De rechtbank

Verzekeraar voerde drie argumenten aan. Allereerst was de claim ingediend, kort nadat de verzekering was ingegaan. De klachten hadden al veel langer moeten bestaan. Dit argument verwierp de rechtbank vanwege onvoldoende onderbouwing. Verworpen werd ook het tweede argument, dat verzekeraar meende geen duidelijk beeld te hebben van de klachten, dat die niet berustten op objectiveerbare afwijkingen en uit de omstandigheden een redelijk vermoeden van fraude moest worden afgeleid, nu verzekeraar naar aanleiding van advies van de medisch adviseur de mate van arbeidsongeschiktheid had vastgesteld en had uitgekeerd. Het derde argument trof wel doel. Met verzekeraar was de rechtbank van oordeel dat verzekerde tegenstrijdige en onjuiste informatie had verstrekt over de aard van zijn werkzaamheden en over hem opgelegde leefregels (hij zou tot eind maart 2006 'plat' moeten liggen) na een rugoperatie in december 2005. Dat hij over de aard van zijn werkzaamheden verschillende mededelingen – het zou voornamelijk (zittend) kantoorwerk zijn en op een nader moment voornamelijk inmeten van kozijnen – heeft gedaan, betwistte verzekerde niet. Wel, zo vervolgt de rechtbank in haar overwegingen, heeft hij aangegeven dat die verschillende mededelingen in het licht van de ontwikkeling van zijn bedrijf niet tegenstrijdig waren. Dat achtte zij echter zonder nadere toelichting – die verzekerde niet had gegeven – niet begrijpelijk. Voorts was de rechtbank van oordeel dat verzekerde onvoldoende betwistte dat hij over de hem opgelegde beperkingen na de operatie in december 2005 onjuiste mededelingen heeft gedaan. De rechtbank stelde vast dat verzekerde diverse mededelingen had gedaan die niet met elkaar, dan wel met de waarheid strookten. Aldus kon er in redelijkheid bij verzekeraar een vermoeden van fraude ontstaan, zodanig dat dit haar het recht gaf een persoonlijk onderzoek in te stellen, aldus de rechtbank.

Verzekerde had nog gesteld dat de Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus^[iv] niet was nageleefd, maar wees slechts naar een brief aan verzekeraar en ging vervolgens niet in op het verweer. De rechtbank ging daarop dan ook verder niet in. Dat leidde ertoe dat de rechtbank uitging van het persoonlijk onderzoek, wat zij dan ook betrok bij de beoordeling van de vorderingen. Verzekerde bestreed voorts dat uit het resultaat kon worden afgeleid dat hij bewust onjuiste informatie verstrekt had. De rechtbank dacht daar anders over nu hij de vragenlijst en het dagboek vrij gedetailleerd had ingevuld en daarbij ervaringen beschrijft als “*kwam vandaag moeilijk op gang*” en “*vandaag niets gedaan, vannacht geen oog dicht gedaan*”. Een dergelijke invulling strookt volgens de rechtbank niet met de gestelde impulsiviteit en gebrekkige geconcentreerdheid die bij de invulling een rol zouden hebben gespeeld. En evenmin met de gestelde vergeetachtigheid. Daarbij komt dat onvoldoende is gebleken

(a) dat het geconstateerde syndroom van Sjögren geheugen- en concentratiestoornissen met zich brengt en

(b) dat hij destijds daadwerkelijk last had van dergelijke stoornissen.

Dat de invulling onder invloed van medicijnen zou hebben plaatsgevonden, is pas voor het eerst ter comparitie naar voren gebracht en niet onderbouwd, zodat de rechtbank ook daaraan voorbij gaat. Verzekerde was dan ook aan de door hem destijds schriftelijk afgelegde verklaringen te houden. Terecht is dan ook een grote discrepantie geconstateerd tussen wat verzekerde verklaarde en wat bij observatie is geconstateerd. Daarbij gaat het vooral om zijn onjuiste verklaringen over waar hij was; waar hij verklaarde dat hij thuis of bij familie was, bleek uit observatie dat hij in zijn bedrijf was. Met deze aan hem toe te rekenen onjuiste verklaringen heeft hij bewust zijn aanwezigheid op zijn bedrijf voor de onderzoeker en dus ook voor verzekeraar verborgen, aldus nog steeds de rechtbank, die deze handelswijze als het opzettelijk verstrekken van onjuiste informatie beschouwde. Verzekerde nam met dat oordeel geen genoegen en stelde appel in. Met succes.

Het hof

Bij de beoordeling van het hoger beroep plaatste het hof voorop dat de verzekering getypeerd wordt door een bijzonder vertrouwenskarakter. De aard van de verzekeringsovereenkomst brengt mee dat de verzekeraar zowel bij het sluiten van de verzekering, als bij de verwezenlijking van het verzekerde risico in hoge mate afhankelijk is van de door de verzekerde verschaft informatie. Deze afhankelijkheid legitimeert in beginsel zijn belang bij het kunnen instellen van onderzoek waarbij inbreuk gemaakt wordt op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde. De aanspraak van een verzekerde op bescherming van diens persoonlijke levenssfeer is immers niet absoluut, maar zal steeds moeten worden afgewogen tegen het belang dat een verzekeraar kan hebben bij kennis van gegevens die tot die persoonlijke levenssfeer behoren, aldus nog steeds het hof. Om personen naar wie een persoonlijk onderzoek wordt ingesteld te beschermen tegen onnodige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en om de gedragingen van verzekeringsmaatschappijen op dit gebied toetsbaar te maken, heeft het Verbond van Verzekeraars de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek opgesteld. Deze code is in werking getreden op 1 september 1997 en, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, in verband met de Wet heimelijk cameratoezicht op 1 januari 2004 van dat jaar herzien^[v]. Het hof overweegt daarover als volgt: “*De Gedragscode is gebaseerd op het beginsel van proportionaliteit, dat noopt tot een zorgvuldige afweging tussen de diverse belangen die dit onderzoek indiceren en de mate waarin er sprake kan zijn dat de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt, en van subsidiariteit, dat de verzekeraar stelt voor de beoordeling of persoonlijk onderzoek het enige hem ter beschikking staande middel is, dan wel er andere mogelijkheden van onderzoek zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden zonder dat daarbij de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt, in welk geval de verzekeraar van het doen van persoonlijk onderzoek dient af te zien. Dit laatste brengt mee dat er eerst plaats is voor het instellen van een persoonlijk onderzoek als er sprake is van een structureel weigeren van een verzekerde om medewerking te verlenen aan de behandeling van de schademelding*”.

De gedragscode zoals die ten tijde van de beslissing tot het gewraakte persoonlijk onderzoek in de onderhavige zaak gold, neemt tot uitgangspunt dat een persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld als:

de verzekeraar van mening is dat het feitenonderzoek geen – althans onvoldoende – uitsluitsel geeft over de feiten en de omstandigheden die nodig zijn om een verantwoorde beslissing te nemen over de aanspraak op een uitkering of de hoogte van een schadevergoeding; of

bij de verzekeraar gereede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van fraude is ontstaan.

Bij de beoordeling van de vraag of er bij verzekeraar een redelijk vermoeden van fraude is ontstaan, sluit het hof aan bij de betekenis die de gedragscode^[vi] daaraan zelf geeft: “*het opzettelijk misleiden van een verzekeraar om een uitkering te verkrijgen of te behouden onder een verzekeringspolis zonder dat er rechtens een recht op uitkering of andere prestatie bestaat*.”

Van gereede twijfel leidend tot een redelijk vermoeden van fraude is naar het oordeel van het hof sprake, als bij de verzekeraar het vermoeden is gerezen en ook in redelijkheid heeft kunnen rijzen dat verzekerde verzekeraar op welke wijze dan ook bij de uitvoering van de schadebehandeling grondig en/of structureel misleidt of heeft misleid. Het hof besteedt eerst aandacht aan het feit dat verzekeraar pas ruim drie jaar na het indienen van de arbeidsongeschiktheidsclaim heeft besloten tot het instellen van het gewraakte persoonlijk onderzoek, om te vervolgen: *“De informatie over wat verzekeraar in de tussentijd in het kader van de behandeling van de claim heeft ondernomen is uiterst summier en in het geheel niet met stukken onderbouwd. Dit betreft zowel de activiteiten die haar medisch adviseur heeft ondernomen om zich in de tijd een zo adequaat mogelijk beeld te vormen van [appellant]’s medische problematiek en daaruit voortvloeiende beperkingen als de activiteiten van X’ schadebehandelaar en arbeidsdeskundige om samen met [appellant] te bezien waartoe hij met de (ook door X’ erkende) beperkingen nog in staat was. Duidelijk is wel dat X, blijkens de dagvaarding in eerste aanleg sub 2, in deze periode op basis van het door haar verrichte feitenonderzoek is gekomen tot vaststellingen van de mate van arbeidsongeschiktheid van Y variërend van 50 tot 100%”.*

Pas twee jaar nadien somde verzekeraar voor het eerst de feiten op die haar hadden doen twijfelen. Een en ander besprekend, deelde het hof daarbij de visie van verzekeraar dat deze in samenhang dienen te worden gezien en dat de stand van zaken ten tijde van de beslissing over het instellen van het onderzoek bepalend is[vii]. Daaraan voegt het hof toe: *“dat die omstandigheden – zo brengen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit mee – moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de gehouwenheid van een redelijk handelend verzekeraar, die rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij, te doen wat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd om bij hem gerezen twijfel over de juistheid of volledigheid van het feitenonderzoek weg te nemen. Het instellen van een persoonlijk onderzoek zelf zal immers in de regel een zware wissel trekken op de vertrouwensrelatie tussen verzekeraar enerzijds en verzekeringnemer en/of verzekerde anderzijds, en ook dat brengt mee dat de mogelijkheid tot het instellen van een dergelijk onderzoek niet lichtvaardig mag worden benut”.*

Het eerste argument – dat verzekerde nog maar korte tijd verzekerd was toen hij zijn claim indiende, terwijl de claim serieuze gewrichtsklachten betrof waarvan verwacht mag worden dat die al veel eerder zijn ontstaan dan de eerste gemelde dag van arbeidsongeschiktheid – miste doel. Met de rechtbank was het hof van oordeel dat immers vast stond dat verzekerde voor het aangaan van deze verzekering al langdurig elders tegen arbeidsongeschiktheid was verzekerd. Als dit gegeven niet voor het instellen van het persoonlijk onderzoek aan de orde is gekomen had het – nu zij die verzekeringshistorie kennelijk van belang achtte – op de weg van verzekeraar gelegen daarover bij (de tussenpersoon van) verzekerde navraag te doen, aldus het hof. Daaraan voegde het hof nog toe dat gesteld noch gebleken was, dat hij die informatie niet zou hebben willen verstrekken of daaraan had willen meewerken. Het hof overweegt voorts: *“De niet met medische informatie onderbouwde speculatie dat de serieuze gewrichtsklachten al veel eerder moeten zijn ontstaan dan de eerste gemelde dag van arbeidsongeschiktheid – waarschijnlijk bedoelt X: al voor het aangaan van de met haar gesloten overeenkomst – mag evenmin geacht worden redelijkerwijs aan de twijfel over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek te hebben bijgedragen. Zo is gesteld noch gebleken dat X op dit punt navraag heeft gedaan bij Y’s huisarts, wat gelet op de positie van de huisarts in de eerste lijn en de daarmee samenhangende verwijzfunctie toch zeer voor de hand had gelegen. Weliswaar noemt X in haar stukken (dagvaarding sub 13) bezoeken van Y aan een reumatoloog in augustus 2002 en maart 2003 (derhalve voordat Y zich bij haar arbeidsongeschikt meldde), maar uitsluitend om te onderbouwen hoe Y zich over zijn pakket van werkzaamheden heeft uitgelaten. Wanneer die reumatoloog voor het eerst is geraadpleegd en wat de reumatoloog over de aard en bestaansduur van de klachten uit de mond van Y heeft opgetekend, wordt door X niet duidelijk gemaakt”.*

Aldus had verzekeraar op dit punt geen ‘ordelijk feitenonderzoek’ gedaan. Het tweede argument (onduidelijke klachtenbeeld) wees het hof ook van de hand, door erop te wijzen dat verzekerde op verzoek van verzekeraar twee keer was onderzocht, haar medisch adviseur in elk geval één beperkingenprofiel heeft opgesteld, waarna de mate van arbeidsongeschiktheid was vastgesteld. Om te vervolgen: *“Stukken waaruit blijkt van de bevindingen van al deze betrokkenen zijn niet overgelegd, maar vast staat dat dit alles ertoe geleid heeft dat X Y gedurende de ruim drie jaar vanaf het moment dat hij zich arbeidsongeschikt heeft gemeld tot aan het instellen van het persoonlijk onderzoek wisselend van 50 tot 100% arbeidsongeschikt heeft geacht. Dat is, zoals de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld, niet te rijmen met de stelling van X dat Y feitelijk niet arbeidsongeschikt was”.*

Op de eisen van subsidiariteit liep het betoog van verzekeraar vervolgens vast. Het hof begrijpt niet waarom verzekeraar – die in rechte stelde dat een alternatieve wijze van onderzoek (voor het instellen van een persoonlijk onderzoek) niet voorhanden was en in het bijzonder dat nieuw medisch onderzoek niets zou hebben opgeleverd – niettemin in haar eigen brief na confrontatie met de resultaten van het persoonlijk onderzoek een uitgebreid scala van activiteiten heeft aangekondigd, waaronder expertises en arbeidsdeskundig onderzoek. Het derde beroep (op de leefregels) vond evenmin geen gehoor. Er bestonden alternatieven door eerst te informeren over de gezondheidstoestand bij de behandelende sector. Ten slotte beriep verzekeraar zich op tegenstrijdige informatie over de werkzaamheden van verzekerde buiten arbeidsongeschiktheid, maar ook dat argument verwierp het hof door te overwegen dat het niet aangaat een onderzoeksbureau in het kader van een persoonlijk onderzoek vast te laten stellen of iemand ‘nog werkzaamheden verricht en zo ja, welke en in welke omvang’, als niet eerst ordelijk is vastgesteld welke beperkingen iemand heeft en wat hij daarmee nog zou moeten kunnen. Daarbij merkt het hof nog op dat nadien verkregen gegevens niet alsnog het genomen besluit kunnen rechtvaardigen.

[Subtitel]De gevolgen van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek

De gevolgen van het oordeel van het hof zijn verstrekkend, nu het onderzoek een onrechtmatige daad oplevert vanwege de gemaakte inbreuk op de privacy van verzekerde[viii]. Voor de beoordeling van het beroep op een rechtvaardigingsgrond, overweegt het hof dat de gedragscode door: *“het Verbond van Verzekeraars in het leven [is] geroepen om personen naar wie een persoonlijk onderzoek wordt ingesteld te beschermen tegen onnodige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en om de gedragingen van verzekeringsmaatschappijen op dit gebied toetsbaar te maken, en waarin derhalve de vorenbedoelde afweging geacht moet worden al een belangrijke belichaming te hebben gevonden. Hoewel de ernst van de inbreuk op het recht van Y op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer beperkt is gebleven, ziet het hof, nu verzekeraar haar belang bij het instellen van het persoonlijk onderzoek op het moment dat zij daartoe besloot niet hard heeft kunnen maken en evenmin bijkomende omstandigheden heeft gesteld die tot een ander oordeel nopen, geen rechtvaardigingsgrond aanwezig die aan de inbreuk het onrechtmatige karakter kan ontnemen.”*

Vervolgens beziet het hof welke plaats het onrechtmatig verkregen bewijs toekomt. De vraag of onrechtmatig verkregen bewijs in een procedure kan worden meegewogen of moet worden uitgesloten is overgelaten aan de rechter, die ook bij deze beslissing staat voor een afweging van belangen[ix]. Bij deze afweging, zo vervolgt het hof, gaat het om het belang van waarheidsvinding enerzijds en het belang van (het niet honoreren of voorkomen van) een normschending of een rechtsinbreuk, derhalve van een zindelijke, rechtens verantwoorde bewijsgaring, anderzijds. *“De vraag die daarbij in de kern aan de orde is, is of het gerechtvaardigd is dat een procespartij die op onrechtmatige wijze bewijs heeft verkregen, wordt beloofd door dit bewijs in de procedure tot haar voordeel te betrekken. Of de wijze waarop het bewijsmateriaal is verkregen van invloed moet zijn op de toelaatbaarheid in het geding – hoe de belangenafweging moet uitvallen – hangt af van de omstandigheden van het geval,”* aldus het hof. Het strookt volgens het hof – ook in een geval als het onderhavige, waarin de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gering is – allereerst niet met het doel van zelfregulering een verzekeraar die deze gedragscode schendt, te belonen door het onrechtmatig door haar verkregen bewijs tot haar voordeel te laten strekken. Daarnaast zijn onvoldoende alternatieve wijzen van informatieverzameling benut om te bezien of haar gestelde vermoeden van fraude ontkracht kon worden. Ten slotte kon naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat verzekerde door zijn opstelling de onoirbare wijze van bewijsgaring heeft uitgelokt of in de hand heeft gewerkt.

[Subtitel]Bespreking van het arrest

Twee aspecten vallen aan het arrest van het hof in het bijzonder op. Allereerst de grondige toetsing van de subsidiariteits. En daarnaast het buiten beschouwing laten van het onderzoeksrapport. Om met het eerste te beginnen.

Hof doet grondig onderzoek naar subsidiariteit

De gedragscode bepaalt dat verzekeraar bij het instellen van een persoonlijk onderzoek steeds een zorgvuldige afweging maakt tussen de diverse belangen die dit onderzoek indiceren en de mate waarin sprake kan zijn dat de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt. Bij die afweging dienen alle relevante aspecten betrokken te worden, zoals het privacybelang van betrokkene, het (financiële) belang van de claim, de zwaarte van de verdenking van fraude en het belang van betrokkene op een snelle en zorgvuldige besluitvorming. De verzekeraar beoordeelt, zo bepaalt art. 1.2 van de gedragscode uit 2004[x], of persoonlijk onderzoek het enige hem ten dienste staande middel is of dat er andere mogelijkheden zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden, zonder dat daarbij de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt. Dan zal de verzekeraar afzien[xi] van het doen van persoonlijk onderzoek, aldus de gedragscode uit 2004[xii] die ‘subsidiariteit’ omschrijft als de: *“afweging of persoonlijk onderzoek het enige middel is of dat er andere – minder ingrijpende – middelen zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden.”*

Het hof heeft het besluit tot het persoonlijk onderzoek beoordeeld in het licht van deze uitgangspunten. Het arrest van het hof is, voor zover mij bekend, de eerste gepubliceerde uitspraak van een gerechtshof waarin het subsidiariteitsbeginsel zo uitgebreid aan de orde komt, en het verrichte persoonlijk onderzoek vervolgens strandt. Veel rechters nemen het beginsel echter, als al getoetst, slechts terloops mee in hun overwegingen[xiii]. Dat is te betreuren, omdat het één van de grondslagen vormt van het besluit tot zodanig onderzoek. In het hierna volgende bespreek ik dan ook enkele uitspraken waarin de rechter daarop wel nader ingaat. Allereerst een vonnis van de Rechtbank Arnhem van 11 april 2012[xiv] waarin verzekeraar in de belangenafweging tot het besluit tot een persoonlijk onderzoek haar grote financiële belang, de zwaarte van de verdenking, de beperktere inbreuk op de privacy van observatie ten opzichte van ander persoonlijk onderzoek, zoals het inwinnen van informatie bij derden had betrokken. En dat met observatie snel duidelijkheid zou kunnen ontstaan. Verzekerde stelde dat het ontbreken aan zorgvuldige belangenafweging, nu het ziektebeeld niet daarin was betrokken. De rechtbank achtte dat weliswaar relevant, maar het ziektebeeld maakte niet dat verzekeraar er ernstig rekening mee moest houden dat hij niet als praktiserend tandarts, maar anderszins bij de uitbreiding van zijn tandartspraktijk betrokken was. De ernst van de gerechtvaardigde verdenking en het grote financiële belang hadden niet tot een andere afweging hoeven leiden, aldus de rechtbank.

Dezelfde rechtbank toetste het subsidiariteitsbeginsel (ook) bij vonnis van 17 mei 2006[xv]. Verzekerde vorderde uitkering uit hoofde van een ongevalverzekering wegens een dystrofiebeeld. Wat opviel was dat niet-beïnvloedbare symptomen niet en wel te beïnvloeden symptomen wel afweken. Daarop nam verzekeraar een onderzoeksbureau in de arm. De resultaten van het onderzoek wezen uit dat zij een hond die hard aan de hondenriem trok goed in toom kon houden en regelmatig kon corrigeren. Voorts kon zij met de rechterhand een tak van de grond oprapen en weggooien. En een aangereikte bos bloemen kon zij oppakken en zonder verdere steun tijdens een daarop volgend gesprek vasthouden. De ernst van haar klachten was dan ook volgens verzekeraar sterk overdreven. De rechtbank onderschreef het besluit tot het persoonlijk onderzoek. Verzekerde wees in eerste instantie nadere onderzoeken in 2002 af, maar liet dat na herhaald verzoek toch toe. Ter toetsing van het subsidiariteitvereiste overwoog de rechtbank dat verzekeraar een medisch onderzoek in had laten stellen, voordat zij was overgegaan tot het persoonlijk onderzoek. De twijfels die vervolgens bij verzekeraar ontstonden hadden geen betrekking op het medisch onderzoek. Niet te verwachten was dan ook dat nieuw, vergelijkbaar onderzoek tot andere resultaten zou leiden.

Van belang achtte de rechtbank voorts dat verzekeraar voor informatie over de klachten van verzekerde volledig van haar eigen mededelingen afhankelijk was. Gesteld, noch gebleken was dat zij zich op andere medisch geobjectiveerde gegevens kon beroepen. Nu de twijfels van verzekeraar mede betrekking hadden op de geconstateerde feitelijke gedragingen van verzekerde, overwoog de rechtbank dat verzekeraar, om duidelijkheid te verkrijgen over de klachten van verzekerde, geen ander middel had dan persoonlijk onderzoek. Afwijzen van de claim achtte de rechtbank geen redelijk alternatief, mede ook nu juist een zorgvuldig handelende verzekeraar bij twijfel nader onderzoek laat verrichten.

Uitgebreide toetsing van het subsidiariteitvereiste is ook te vinden in een vonnis van de Rechtbank Utrecht van 16 mei 2002[xvi]. Een man en zijn echtgenote waren in Duitsland, buiten hun schuld, betrokken geraakt bij een ongeval. De Duitse verzekeraar die aansprakelijk gesteld was door de man, vertrouwde de claim evenwel niet en startte een persoonlijk onderzoek. Partijen kwamen vervolgens niet tot een schaderegeling, waarop een rechtszaak volgde. De voorzieningenrechter overwoog: *“dat ten aanzien van de aanvaardbaarheid van het (...) ingestelde fraudeonderzoek moet van belang worden geacht dat (...) [de Duitse verzekeraar, EJW] tot het instellen van een fraudeonderzoek zou zijn overgegaan, omdat zij geen andere mogelijkheid meer zou hebben gezien enig bewijs te verkrijgen betreffende de gezondheidstoestand van (...). Op dit punt kan op grond van de overgelegde stukken worden aangenomen dat (...) zich lange tijd heeft verzet tegen nader medisch onderzoek, hoewel dat onderzoek ook door de diverse specialisten die hem hebben onderzocht, nodig werd geacht om een beter inzicht te kunnen krijgen in zijn fysieke mogelijkheden en beperkingen en het aldus ook voor de vaststelling van de schadeomvang als noodzakelijk moet worden beschouwd”*.

Daarbij nam de rechter mede in aanmerking dat het om een aanzienlijk bedrag ging en verzekeraar er aldus gerechtvaardigd belang bij had dat de juiste medische gronden kwamen vast te staan, terwijl de man zelfs een door de rechter bevolen nader onderzoek had afgezegd.

Ik kan mij op zichzelf wel vinden in de overwegingen van het hof ten aanzien van het subsidiariteitsbeginsel. Met name ook, omdat verzekeraar inderdaad naar het lijkt op het moment van het nemen van het besluit tot een persoonlijk onderzoek nog diverse alternatieven ten dienste stonden. En zij na het onderzoek zelf daar bovendien ook op aandrang. De gedragscode geeft juist voor die situaties aan dat verzekeraar (dan nog) van een persoonlijk onderzoek moet afzien. Minder terecht acht ik echter de overwegingen van het hof om de onderzoeksbevindingen vervolgens geheel buiten beschouwing te laten wegens schending van de gedragscode. In het hierna volgende ga ik daar dieper op in.

[Subtitel]Onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing; bijkomende omstandigheden noodzakelijk.

Schending van de wet, of, zoals het hof heeft overwogen van de door het Verbond van Verzekeraars opgestelde Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, betekent in civiele zaken nog niet automatisch dat aldus verkregen bewijs buiten beschouwing moet blijven. De onrechtmatigheid van de verkrijging van het bewijs weegt niet snel op tegen het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt. En dat belang wordt niet alleen bepaald door de maatschappelijke eis om recht te doen op basis van de werkelijkheid, maar ook door het recht van de wederpartij op een eerlijk proces[xvii]. Zo heeft de Minister er bij de behandeling van het wetsvoorstel Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht op gewezen dat camerabeelden die zijn verkregen in strijd met de art. 441b of 139f Sr. niet noodzakelijkerwijs buiten een civiele procedure moeten blijven[xviii]. Daarvoor is een meer en verdergaande inbreuk nodig. In die zin ook oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op 12 mei 2000 (Khan)[xix]. Ondanks de vastgestelde strijd met het recht op privacy (art. 8 EVRM), achtte het hof gebruik van een belastend telefoongesprek in een strafrechtelijk proces niet in strijd met het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Het Europees Hof besteedde vooral aandacht aan de vraag of verdachte voldoende en adequate mogelijkheden had gehad om de bewijsverkrijging in de nationale

procesgang aan te kunnen vechten.

Dat was zo: *“The central question in the present case is whether the proceedings as a whole were fair. With specific reference to the admission of the contested tape recording, the Court notes that (...) the applicant had ample the opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording. He did not challenge its authenticity, but challenged its use of the “voire dire” and again before the Court of Appeal and The House of Lords. The Court notes that at each level of jurisdiction the domestic courts assessed the effect of the admission of the evidence on the unfairness of the trial by reference to section 78 of PACE, and the courts discussed, amongst other matters, the non-statutory basis for the surveillance. The fact that the applicant was at each step unsuccessful makes no difference”.*

Ook de Hoge Raad meent dat het enkele feit dat bewijs niet geheel volgens de regels is verkregen, op zichzelf nog niet tot uitsluiting hoeft te leiden^[xx]. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig^[xxi]. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 7 februari 1992^[xxii] dat: *“de omstandigheid dat een telefoongesprek zonder toestemming of medeweten van een der gesprekspartners op een band is opgenomen, slechts onder bijkomende omstandigheden niet mag worden gebruikt als bewijs van de inhoud van dat gesprek. De Rechtbank heeft in dit verband geen andere bijkomende omstandigheid in aanmerking genomen dan dat de telefoongesprekken door Nool “niet in het zakelijk verkeer” werden gevoerd. Deze enkele omstandigheid is evenwel onvoldoende om de door de Rechtbank getrokken slotsom te kunnen rechtvaardigen”.*

Meer aanknopingspunten biedt de literatuur^[xxiii]. Haardt^[xxiv] formuleert enkele praktische toelaatbaarheidregels van onrechtmatig verkregen bewijs^[xxv]:

bewijsmateriaal dat is verkregen met schending van de wet is vrijwel altijd ontoelaatbaar;

bewijsmateriaal dat op andere wijze onrechtmatig verkregen kan toelaatbaar zijn, de rechter moet dan de belangen afwegen;

de rechter neemt daarbij de volgende omstandigheden in aanmerking:

- de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de wederpartij of derden;
- de mate waarin de partij andere rechtmatige bewijsmiddelen ter beschikking stonden;
- de houding van partijen voor en tijdens de procedure met betrekking tot de morele mededelings- en waarheidsplichten;
- de mate waarin de wederpartij het recht heeft geschonden.

1 Slotsom

Alles overziend acht het hof de ernst van de inbreuk weliswaar gering, maar heeft verzekeraar

(i) de gedragscode geschonden; en

(ii) onvoldoende alternatieven benut om het vermoeden van fraude te pogen te ontcrachten.

Ten slotte weegt het hof mee dat niet kan worden gezegd dat verzekerde door zijn opstelling de onoirbare wijze van bewijsgaring heeft uitgelokt of in de hand gewerkt. Wat naar mijn overtuiging evenwel ten onrechte buiten beschouwing blijft is dat verzekerde – geconfronteerd met het onderzoeksresultaat in ieder geval aanvankelijk – erkende een loopje te hebben genomen met de waarheid. Hij beaamde dus in feite (bijvoorbeeld) in strijd met de waarheid te hebben verklaard dat hij thuis of bij familie was, terwijl de observatie uitwees dat hij op zijn bedrijf was. Ik heb er moeite mee dat dit alles nu buiten beschouwing blijft en verzekerde dus de gedane uitkeringen mag behouden. Vooral ook nu het hof – met recht – de verzekering typeerde als overeenkomst met een bijzonder vertrouwens karakter die meebrengt dat de verzekeraar zowel bij het *“sluiten van de verzekering, als bij de verwezenlijking van het verzekerde risico in hoge mate afhankelijk is van de door de verzekerde verschaft informatie”*. In de uiteindelijke afweging van de belangen zie ik van dit alles weinig terug. Treffend in dit verband is het voorbeeld van Asser die als rechtvaardigingsgrond noemt om daarmee ander *“onwettelijk gedrag van ernstiger aard”* aan te tonen^[xxvi]. Als al aanleiding zou bestaan om de balans in het voordeel van verzekerde te laten uitslaan, dan had naar mijn mening veeleer voor de hand gelegen om nader onderzoek te gelasten ter vaststelling van de precieze mate van arbeidsongeschiktheid met inachtneming van de uitkomsten van de observatie. In plaats van hem, zoals thans is gebeurd, de gedane uitkeringen te laten behouden terwijl in feite niet vast staat dat hij daar recht op had.

[i] Mr. Wervelman is advocaat bij Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten in Utrecht, specialisten in arbeidsrecht en arbeidsongeschiktheid.

[ii] LJN BX9465

[iii] Vonnis van 29 september 2010, LJN BO9418, alsmede van 29 december 2010 (n.g.).

[iv] De gedragscode is opgesteld door de Vereniging van Particuliere Beveiligingsbureaus (VPB). De gedragscode bindt niet alleen de bij de VPB aangesloten particuliere onderzoeksbureaus, maar is door de Minister van Justitie algemeen verbindend verklaard voor alle particuliere onderzoeksbureaus die een vergunning behoeven. De gedragscode is opgesteld door de

Vereniging van Particuliere Beveiligingsbureaus (VPB). De gedragscode bindt niet alleen de bij de VPB aangesloten particuliere onderzoeksbureaus, maar is door de Minister van Justitie algemeen verbindend verklaard voor alle particuliere onderzoeksbureaus die een vergunning behoeven.

- [v] De gedragscode is gewijzigd in december 2011 en te raadplegen via www.verzekeraars.nl.
- [vi] Versie 2004. De versie van december 2011 omschrijft verzekeringsfraude als: "het opzettelijk misleiden van een verzekeraar bij de totstandkoming en/of uitvoering van een verzekeringsovereenkomst met de bedoeling om onrechtmatig verzekeringsdekking, -uitkering, -prestatie of dienstverlening te krijgen".
- [vii] Vgl. HR 8 april 2011, JA 2011, 97.
- [viii] Vgl. HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 m.nt. JBMV.
- [ix] Vgl. HR 8 april 2011, JA 2011, 97.
- [x] Art. 3 versie december 2011.
- [xi] Het afzien van het onderzoek keert in de versie van december 2011 niet terug.
- [xii] De gedragscode van december 2011 omschrijft dit begrip als de: "*afweging of het doel van het persoonlijk onderzoek (en de daarbij te hanteren bijzondere onderzoeksmethoden en -middelen) in redelijkheid niet op een andere voor betrokkene minder nadelige wijze kan worden bereikt*".
- [xiii] Vgl. voor enkele voorbeelden: Rb. Den Bosch 19 september 2012, LJN BX8069, waarin de rechtbank de vordering tot terugbetaling van de verzekeringspenningen wel toeweest, maar niet de gevorderde kosten van het onderzoeksbureau door, zonder verdere motivering, te overwegen dat dat "*niet nodig was om te kunnen vaststellen dat verzekerde geen recht had op uitkeringen wegens schending van de mededelingsplicht*"; Rb. Arnhem 12 september 2012, LJN BX8182 en Hof Arnhem 18 september 2009, LJN BK9313, waarin beide gevallen geen toetsing van het subsidiariteitsbeginsel plaatsvond.
- [xiv] LJN BW3674.
- [xv] LJN AY0882. Het vonnis is besproken in *PIV-Bulletin* 2008, 1 p. 8-11.
- [xvi] kort geding rolnummer 143738/KG ZA 02-320 (n.g.), te kennen uit: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 440-441.
- [xvii] Vgl. W.D.H. Asser, Bewijsrechtelijke aspecten van privacy en verzekering, *VR* 1999, p. 1-4.
- [xviii] EK 2002-2003, 27 732, no. 57a, p. 5.
- [xix] NJ 2002, 180 m.nt. Sch. (Khan/Engeland).
- [xx] Vgl. bijvoorbeeld HR 8 april 2011, JA 2011, 97 en 27 april 2001, NJ 2001, 421 m.nt. PAS.
- [xxi] HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78; HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850.
- [xxii] NJ 1993, 78.
- [xxiii] W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de middelen?*, Deventer 1991, p. 9; W.D.H. Asser, "Bewijsrechtelijke aspecten van privacy en verzekering", *VR* 1999, p. 2; M. Kremer, diss., p. 274 en volgende; H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, 2^e druk, p. 18-24; Veegens-Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, deel I, 1973, p. 60-63; Pitlo, *Bewijs*, Deel 7, 7^e druk, p. 48-51; L.C. Roelofs, "Verborgen cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?", *Arbeidsrecht* 2003, 10, p. 21; H.H. De Vries, "Afluisteren van telefoongesprek – onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal", *Arbeidsrecht* 1997, 20, p. 15-16. Anders: P. de Hert en B.-J. Koops, "Privacy is nog steeds een grondrecht", *AA* 2001, p. 972-975; W.H. van Soeren, "Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure", *AA* 1986, p. 483-489.
- [xxiv] W.L. Haardt, *Burgerlijke Rechtsvordering (oud)*, art. 179, aant. 4.
- [xxv] Zie omtrent een en ander uitvoeriger: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 457 en volgende.
- [xxvi] W.D.H. Asser, a.w. 1999, p. 1-4; W.D.H. Asser, a.w. 1991, p. 15.