

101

Gerechtshof Den Haag

5 juni 2018, nr. C/10/433004/HA ZA 13-940,

ECLI:NL:GHDHA:2018:1281

(mr. Joustra, mr. Van der Ven, mr. Verbeek)

Noot mr. J.G. Keizer, tevens behorend bij «JA»

2018/113

**Rechtmatigheid fraudeonderzoek. Bewijsuitsluiting.**[Gedragscode persoonlijk onderzoek;  
Rv art. 152; AVG]

Een benadeelde komt met haar scooter als gevolg van een schrikreactie door een loslopende hond ten val, waarbij haar linker onderbeen bekneld raakt onder de scooter. Drie dagen later meldt zij zich bij haar huisarts, die constateert dat sprake is van een bloeditstorting. De benadeelde blijft ondanks medische behandelingen klachten en beperkingen ondervinden. Zij stelt volledig arbeidsongeschikt te zijn, en tevens beperkt te zijn in het verrichten van huishoudelijke arbeid en ondernemen van sociale activiteiten. Door de behandelende artsen wordt vermoed dat sprake is van een pijnsyndroom, waaraan geen onderliggend medisch syndroom ten grondslag ligt. Een in gezamenlijk overleg ingeschakelde neuroloog constateert dat de benadeelde tegenover hem melding maakt van meer klachten, dan uit het beschikbaar gestelde medisch dossier blijkt. Hij concludeert dat de door de benadeelde ervaren ernstige beperkingen niet vanuit de neurologie te verklaren zijn. Het lijkt hem zinvol om de benadeelde te laten onderzoeken door een psychiater om te bezien of er vanuit het vakgebied van de psychiatrie sprake is van functieverlies. De aansprakelijke verzekeraar Aegon vermoedt dat de beperkingen door de benadeelde bewust worden gesimuleerd, en besluit om de benadeelde te observeren. De benadeelde stelt zich op het standpunt dat Aegon niet heeft gehandeld volgens de eisen die de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (hierna: GPO) stelt voordat tot een observatieonderzoek mag worden besloten. In eerste aanleg wordt de benadeelde door de Rechtbank Rotterdam in het gelijk gesteld, waarbij het via het persoonlijk onderzoek verkregen bewijs van bewijslevering wordt uitgesloten (ECLI:NL:RBROT:2014:7637). Het Hof Den Haag oordeelt evenwel dat Aegon bij het persoonlijk onderzoek niet de beginselen van proportionaliteit

en subsidiariteit heeft veronachtzaamd, en weegt het via het persoonlijk onderzoek verkregen bewijs mee bij zijn oordeel over de vraag of sprake is van fraude. Het hof concludeert dat met de resultaten van het persoonlijk onderzoek het bewijs van fraude nog niet geleverd is. Het hof gelast een comparitie van partijen, waarbij onder andere nut en invulling van een psychiatrisch deskundigenonderzoek aan de orde kan komen, om te onderzoeken in hoeverre de geconstateerde discrepanties verklaarbaar zijn vanuit een psychiatrische diagnose.

Aegon Schadeverzekering NV te Den Haag,

appellante,

hierna te noemen: Aegon,

advocaat: mr. A.H.M. van Noort te Den Haag,

tegen

1. [naam 1],

2. [naam 2], beiden te [woonplaats],

geïntimeerden,

hierna te noemen: [appellanten],

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

## 1. Het verdere verloop van het geding

(...; red.)

## 2. Inleiding

2.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 17 september 2004 onder 2.1 tot en met 2.7 een aantal feiten vastgesteld. Daartegen zijn geen grieven gericht of bezwaren ingebracht, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

2.2. Het gaat in deze zaak om het volgende.

i. Op vrijdag 17 september 2004 reed [appellanten] op haar scooter op de [straatnaam] te [plaats]. Ter hoogte van het [park] werd zij achterna gezeten door een loslopende hond, die in eigendom toebehoorde aan [betrokkene]. Bij haar vlucht voor de hond is [appellanten] met haar scooter gevallen, waardoor haar linker onderbeen bekneld is geraakt.

ii. [appellanten] was ten tijde van het ongeval werkzaam als interieurverzorgster met een aanstelling van 30 uur per week. Haar dienstverband (voor bepaalde tijd) is per 24 oktober 2004 (met wederzijds goedvinden) dan wel per 24 november 2004 (van rechtswege) geëindigd.

iii. Na het ongeval hebben [appellanten] en [betrokkene] een schadeformulier ingevuld en ondertekend. Hierin wordt melding gemaakt van schade

– Er dient te worden vastgesteld of het mogelijk is dat er aan de zijde van [appellanten] sprake is van een pre-existentie van een zodanige aard dat de schade waarvan [appellanten] vergoeding vordert, (mede) daaraan is toe te rekenen. Het hof verzoekt [appellanten] in dit verband haar medische gegevens van vóór het ongeval dient over te leggen. Daartoe behoort in ieder geval:

o haar huisartsenkaart die ten minste teruggaat tot één jaar voorafgaand aan het ongeval,

o informatie (bijvoorbeeld in de vorm van een huisartsenkaart) waaruit blijkt waarom zij reeds voorafgaand aan het ongeval medicatie gebruikte; o een meer concrete toelichting op klachten die zij ten tijde van het ongeval reeds had (migraine, lage rugklachten);

o voor zover aanwezig: rapportages (e.d.) van medische specialisten die zij voorafgaand aan het ongeval heeft geraadpleegd.

– Voorts zou het hof willen kunnen beschikken over financiële informatie van [appellanten] betrekking hebbend op de drie jaar voorafgaand aan het ongeval. Het gaat dan met name om informatie (arbeidscontract, salarisstroken) over haar dienstverband bij het Bowlingcentrum de Merwehal. Het hof verzoekt [appellanten] ook om het vonnis van de kantonrechter uit 2003 (inzake een arbeidsgeschil met een voormalig werkgever) over te leggen, waaraan zij refereert in nr. 85 van de memorie van antwoord.

– Het hof overweegt dat het nuttig zou kunnen zijn als [appellanten] wordt onderzocht door een – door het hof benoemde – psychiater, gespecialiseerd in pijnklachten als die van [appellanten]. De deskundige zou – zowel op basis van het dossier als door middel van persoonlijk onderzoek – niet alleen de herkomst van de klachten van [appellanten] moeten onderzoeken en de daaraan te verbinden diagnose(s), maar ook concrete voorstellen moeten doen voor een nadere behandeling van [appellanten]. Ook zou aan de deskundige moeten worden gevraagd in hoeverre de hiervoor gesignaleerde discrepanties verklaarbaar zijn vanuit de door hem/haar gestelde diagnose. Het hof wil met partijen van gedachten wisselen hoe een dergelijk onderzoek vorm zou moeten worden gegeven. Het hof geeft partijen in overweging om voorafgaand aan de comparitie met elkaar in overleg te gaan over de wijze waarop het onderzoek zou moeten plaatsvinden, alsmede de persoon van de deskundige(n).

– Tot slot zal aan de orde komen het bewijsaanbod van Aegon ter zake van haar stelling dat [appellanten] simuleert. Het hof wil met Aegon bespreken of zij dit aanbod gestand wil doen en zo ja, op welke wijze zij dit bewijs dan denkt te gaan leveren.

3.32. Het hof verzoekt [appellanten] de hiervoor onder 3.31 bedoelde informatie voorafgaand aan de comparitie over te leggen. Indien [appellanten] deze informatie niet overlegt, zal het hof daaraan de conclusie verbinden die het geraden acht. Iedere verdere beslissing zal worden aanhouden.

#### 4. Beslissing

Het hof:

– beveelt partijen in persoon, als het om een rechtspersoon gaat, deugdelijk vertegenwoordigd door een persoon die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is om een schikking aan te gaan, vergezeld van hun raadslieden, voor het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling voor het hof te verschijnen in één der zalen van het Paleis van Justitie, Prins Clauslaan 60 te Den Haag;

– verzoekt partijen *binnen veertien dagen na heden* hun verhinderdata in de maanden september tot en met november 2018;

– bepaalt dat [appellanten] de in dit arrest opgevraagde overige stukken *uiterlijk een maand voor de comparitie* in kopie zal zenden aan de griffie handel van dit hof en naar de wederpartij;

– verstaat dat het hof reeds beschikt over een kopie van de volledige procesdossiers in eerste aanleg en in hoger beroep, inclusief producties, zodat overlegging daarvan voor de comparitie niet nodig is;

– houdt iedere verdere beslissing aan.

#### NOOT

##### 1. Inleiding

In deze en de hierna onder «JA» 2018/113 opgenomen uitspraken stond de vraag centraal of de aansprakelijke verzekeraar al dan niet terecht was overgegaan tot het uitvoeren van een persoonlijk onderzoek. In beide casus was sprake van discrepanties tussen de medisch-objectiveerbare afwijkingen en de door de benadeelde gestelde beperkingen, en in beide casus kon door de behandelend en rapporterende artsen niet worden uitgesloten dat aan die discrepantie een

psychische oorzaak ten grondslag lag. Ondanks deze overeenkomsten komen de Rechtbank Midden-Nederland en het Hof Den Haag ten aanzien van de (on)rechtmatigheid van het uitgevoerde persoonlijk onderzoek tot verschillende oordelen, die ik hierna zal bespreken.

## 2. Uitspraak Rechtbank Midden-Nederland 2 mei 2018 («JA» 2018/113)

De Rechtbank Midden-Nederland toetst de vraag of verzekeraar ASR het persoonlijk onderzoek op juiste gronden heeft laten uitvoeren aan de GPO en het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 («JA» 2014/65, m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam). In de GPO zijn door verzekeraars regels opgesteld onder welke voorwaarden een persoonlijk onderzoek mag worden uitgevoerd. Het gaat bij de GPO dus niet om overheidsregelgeving, maar om zelfregulering. In de GPO spelen de eisen van proportionaliteit (is de privacy-inbreuk proportioneel in relatie tot het gediende doel?) en subsidiariteit (is er een minder ingrijpende manier om dat doel te bereiken?) een belangrijke rol, hetgeen geen verbazing wekt omdat die vereisten op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) bij iedere verwerking van persoonsgegevens in acht moeten worden genomen. De GPO beschrijft verder onder welke voorwaarden en met welk doel tot een persoonlijk onderzoek kan worden besloten (doelbindingsbeginsel). In zijn arrest van 18 april 2014 («JA» 2014/65, m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam) heeft de Hoge Raad een nadere uitleg gegeven aan de GPO en geoordeeld dat de eis van subsidiariteit inhoudt dat een verzekeraar pas tot een persoonlijk onderzoek mag overgaan, als het vragen van nadere medewerking (zoals bijvoorbeeld medisch onderzoek) of informatie bij de benadeelde geen zin meer heeft, waarvan sprake kan zijn als de benadeelde structureel weigert aan de schadevaststelling mee te werken en/of bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van het bestaan van fraude is ontstaan. Van een redelijk vermoeden van fraude kan volgens de Hoge Raad gesproken worden als de verzekeraar vermoedt dat de benadeelde haar grondig en/of structureel heeft misleid. De rechtbank stelt vast dat de stellingen van ASR erop neerkomen dat zij onvoldoende inzicht had in de beperkingen van de benadeelde, en dat in dat kader van ASR gevergd mocht worden om

de benadeelde specifiek te bevragen naar zijn arbeidsmogelijkheden binnen het café en niet slechts de algemene vraag of hij nog wel eens in het café kwam. De rechtbank overweegt vervolgens dat er nog voldoende andere onderzoeksmogelijkheden voor ASR waren om meer inzicht te krijgen in de beperkingen van de benadeelde, waaronder in het bijzonder het stellen van aanvullende vragen aan de eerder ingeschakelde orthopedisch chirurg en het laten uitvoeren van een psychiatrische expertise. Daartoe leek ook voldoende aanleiding te bestaan, omdat de eerder ingeschakelde orthopedisch chirurg partijen had geadviseerd om een psychiater te raadplegen en de benadeelde ook voor psychische klachten was behandeld (r.o. 4.12). Tenslotte overweegt de rechtbank dat ASR niet heeft aangetoond dat het besluit tot het persoonlijk onderzoek is genomen door een daartoe bevoegd persoon, omdat dat besluit niet door ASR was overgelegd, hetgeen gelet op het bepaalde in art. 4.2 GPO wel van haar mocht worden verwacht. De rechtbank komt aldus tot de conclusie dat ASR ten onrechte heeft besloten om tot het persoonlijk onderzoek over te gaan. Ik kan mij vinden in het oordeel van de rechtbank, hoewel de rechtbank zelf niet uitdrukkelijk ingaat op de vraag of bij ASR sprake kon zijn van een redelijk vermoeden van fraude. Uit het oordeel dat ASR meer gerichte vragen aan de benadeelde had moeten stellen dan de algemene vraag of de benadeelde nog wel eens in het café van zijn ouders kwam, lijkt te volgen dat de rechtbank er niet van overtuigd is dat een dergelijk vermoeden in redelijkheid bij ASR kon zijn ontstaan. Aanwezigheid in het café betekent immers niet dat de benadeelde dus – anders dan hij steeds had betoogd – nog arbeid kon verrichten. Gelet op de suggestie van de orthopedisch chirurg dat de door ASR gestelde discrepantie tussen de medisch-objectiveerbare afwijkingen en de door de benadeelde ervaren beperkingen mogelijk was te verklaren vanuit een psychische oorzaak, is ook het oordeel dat ASR niet alle (minder ingrijpende) onderzoeksmogelijkheden had benut om de bij haar gerezen twijfel weg te nemen – en daarmee dus niet volgens de eisen van subsidiariteit had gehandeld – juist. Uitgangspunt is dat het gebruikmaken van bijzondere opsporingsmethoden waarbij een verregaande inbreuk op de privacy van de benadeelde wordt gemaakt, onrechtmatig is als daarvoor

een rechtvaardigingsgrond ontbreekt (o.a. HR 9 januari 1987, *NJ* 1987/928, HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/589) Met het oordeel dat ASR bij het persoonlijk onderzoek niet heeft gehandeld volgens de regels van de GPO, staat dan ook vast dat het daarmee verkregen bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen. Met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 («JA» 2014/65, m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam) oordeelt de rechtbank dat het – in afwijking van de hoofdregel dat het belang van waarheidsvinding in het algemeen prevaleert boven bewijsuitsluiting – niet strookt met het doel van de GPO om een verzekeraar toch te laten profiteren van bewijs dat zij in strijd met die zichzelf opgelegde regels heeft verkregen. De rechtbank weegt daarbij – in navolging van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 9 februari 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004) – nog mee dat het persoonlijk onderzoek plaatsvond in een schadezaak, waarbij de benadeelde er niet voor gekozen had zich tot ASR te verhouden.

### 3. Uitspraak Hof Den Haag 5 juni 2018 («JA» 2018/101)

Het Hof Den Haag oordeelt dat bij Aegon – toen zij besloot tot een persoonlijk onderzoek over te gaan – redelijkerwijs gereede twijfel kon bestaan over de juistheid van de door de benadeelde gestelde feiten.

Het hof achtte daartoe voldoende redengevend dat het verloop van de klachten ver buiten de normale verwachtingen lag, dat de klachten in belangrijke mate waren gebaseerd op wat de benadeelde daarover had verklaard, dat de klachten voor de betrokken artsen in beperkte mate objectiveerbaar waren, en dat volgens de door Aegon ingeschakelde partijdeskundige sprake was van een niet-consistent klachtenverloop en aanwijzingen voor het bestaan van simulatie (r.o. 3.8). Het hof volgde Aegon in haar stelling dat voor het vaststellen van de dagelijkse bezigheden en de beperkingen van de benadeelde het persoonlijk onderzoek nodig was, omdat andere methoden (zoals interviews) niet tot hetzelfde resultaat zouden leiden.

Opvallend is dat het Hof Den Haag het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 («JA» 2014/65, m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam) bij dit oordeel onbesproken laat, omdat de Hoge Raad daarin een nadere uitleg heeft gegeven aan de GPO. De Hoge Raad oordeelde kort ge-

zegt dat het inzetten van andere onderzoeksmethoden – bijvoorbeeld een medisch onderzoek – dan een persoonlijk onderzoek niet meer in redelijkheid van een verzekeraar mag worden verwacht, als bij de verzekeraar op basis van het feitenonderzoek in redelijkheid het vermoeden kon ontstaan dat zij door de benadeelde grondig en/of structureel werd misleid.

Het enkele feit dat sprake is van een buiten de verwachting liggend verloop van de klachten en het feit dat een medisch-objectiveerbare verklaring voor de ervaren beperkingen ontbreekt, betekent – anders dan het hof oordeelt – mijn inziens niet dat reeds de conclusie kan worden getrokken dat de verzekeraar grondig en/of structureel wordt misleid, en dat het inzetten van andere onderzoeksmethoden daarom niet meer van de verzekeraar geveerd mag worden. Een dergelijke discrepantie is mijns inziens in een letselschadezaak namelijk niet zó uitzonderlijk (de casus die ten grondslag hebben gelegen aan de richtinggevende arresten *Renteneurose* (HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/137) en *ABP/Van Stuyvenberg* (HR 4 november 1988, *NJ* 1989/751) zijn daarvan sprekende voorbeelden), dat daarin reeds een voldoende rechtvaardiging voor een persoonlijk onderzoek kan worden gevonden. Hoewel het hof aldus oordeelde dat Aegon op goede gronden had besloten om tot het persoonlijk onderzoek over te gaan, en dat het daarmee verkregen bewijs dus ook toelaatbaar was, oordeelde het hof tevens dat Aegon daarmee nog niet het bewijs voor het bestaan van fraude had geleverd. Het hof overwoog daarbij onder andere (r.o. 3.16): “Ook is denkbaar dat zij wel degelijk te kampen heeft met de door haar gestelde klachten, maar deze als gevolg van een psychische stoornis (onbewust) groter maakt dan deze in werkelijkheid zijn. Het hof beschikt evenwel niet over de benodigde medische informatie om te kunnen beoordelen of deze hypothese juist is, of dat er andere, vanuit medisch opzicht meer voor de hand liggende verklaringen voor de gesignaleerde discrepanties bestaan.” Deze op zichzelf juiste overweging had voor het hof naar mijn mening evenwel aanleiding moeten zijn om aldus te oordelen dat Aegon bij het persoonlijk onderzoek niet heeft voldaan aan de eisen van proportionaliteit en met name subsidiariteit. Volgens het hof zelf was er immers nog onvoldoende informatie beschikbaar om te kunnen vaststellen of de benadeelde Aegon grondig

en/of structureel misleidde (zie ook r.o. 3.8 en r.o. 3.1). Dan valt niet goed in te zien waarom van Aegon redelijkerwijs niet meer gevergd kon worden om mee te werken aan andere onderzoeksmethoden, waaronder in het bijzonder een psychiatrisch deskundigenonderzoek. Voor het laten uitvoeren van een dergelijk onderzoek bestond op het moment dat Aegon besloot het persoonlijk onderzoek uit te voeren ook alle aanleiding, omdat door de behandelend psycholoog het bestaan van een psychische oorzaak (aanpassingsstoornis) voor de door de benadeelde ervaren beperkingen al werd vermoed. Ook de door partijen voorafgaand aan de procedure in gezamenlijk overleg ingeschakelde neuroloog vermoedde dat er mogelijk een psychische oorzaak bestond voor het ervaren functieverlies, in verband waarmee hij partijen adviseerde om een psychiatrisch onderzoek te laten uitvoeren (r.o. 3.2). Ten slotte overweegt ook het hof zelf dat een psychiatrisch deskundigenonderzoek nuttig is om de rechtmatigheid van de vordering te onderzoeken (r.o. 3.31). In het licht van dit alles had het Hof Den Haag mijns inziens moeten oordelen dat door Aegon bij het uitvoeren van het persoonlijk onderzoek niet is gehandeld conform het subsidiariteitsvereiste, omdat nog niet alle (voor de benadeelde minder ingrijpende) onderzoeksmogelijkheden waren benut. De uitspraak van het Hof Den Haag illustreert wel dat met een rechtmatig geoordeeld persoonlijk onderzoek en toelaten van het daarmee verkregen bewijs nog niet altijd het bewijs voor fraude is geleverd. Tot een vergelijkbare conclusie kwam ook de Rechtbank Overijssel in haar uitspraak van 30 november 2016 (ECLI:NL:RBOVE:2016:5325).

#### 4. Overige beschouwingen

In de GPO is het bestaan van een redelijk vermoeden van fraude als één van de grondslagen genoemd op grond waarvan een verzekeraar tot een persoonlijk onderzoek kan besluiten. De andere in art. 1.1 GPO genoemde grondslag betreft de situatie waarbij het feitenonderzoek geen of onvoldoende uitsluitel geeft voor het nemen van een beslissing bij een schademelding. Op deze grondslag lag aan de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland aanvankelijk nog beroepen. Hoewel de Rechtbank Midden-Nederland daarop niet nader

ingaat, merk ik op dat deze grondslag wel erg ruim is omschreven, omdat het suggereert dat persoonlijk onderzoek steeds mogelijk is als bij de verzekeraar maar enige onduidelijkheid over de claim van de benadeelde bestaat. In zijn arrest van 18 oktober 2016 heeft het EHRM (zaaknr. 61838/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1018) Zwitserland wegens schending van art. 8 EVRM op de vingers getikt, omdat de regelgeving aan de (semi-publieke) verzekeraars teveel beoordelingsruimte liet om zelf af te wegen onder welke omstandigheden en voor welke periode heimelijke observatie toegestaan was. Het EHRM overwoog dat het heimelijk observeren van een benadeelde alleen is toegestaan als daarvoor een wettelijke basis bestaat (dat kan ook private regelgeving zijn, aldus EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980/146) en als voor de benadeelden voldoende voorzienbaar ("foreseeability") is onder welke omstandigheden en met welke waarborgen (bijvoorbeeld over de duur van de observatie en door wie) tot observatie besloten kan worden en hoe (lang) de resultaten van observaties bewaard mogen worden. Ik meen dan ook dat aan de grondslag "geen of onvoldoende duidelijk uitsluitel" uit de GPO geen zelfstandige betekenis toekomt en dat steeds (minimaal) sprake zal moeten zijn van een bij de verzekeraar in redelijkheid gerezen vermoeden van fraude, wil een daarop volgend persoonlijk onderzoek rechtmatig worden bevonden, waarbij blijkens het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 («JA» 2014/65, m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam) veel betekenis toekomt aan het subsidiariteitsbeginsel. Uiteraard zijn de begrippen "redelijk vermoeden van fraude" en "grondig en/of structureel misleiden" ook open begrippen, maar daarmee wordt wel tot uitdrukking gebracht dat het enkel bestaan van twijfel of discrepanties tussen objectieve afwijkingen en door de benadeelde gestelde beperkingen onvoldoende rechtvaardiging voor een persoonlijk onderzoek oplevert. Juist in dat soort situaties zal het subsidiariteitsbeginsel meebrengen dat eerst andere onderzoeksmiddelen, zoals een medisch deskundigenonderzoek, moeten worden ingezet om de twijfels verder te onderzoeken (zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 januari 2014, «JA» 2014/33, m.nt. H.H. de Vries, Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3815, Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1004).

Een zaak waarin mijns inziens terecht wel werd geoordeeld dat de verzekeraar had gehandeld volgens de GPO betreft de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 2 juli 2014 (ECLI:NL:RBNHO:2014:5555). Ook in die zaak had de verzekeraar – net als in de hier besproken casus van de Rechtbank Midden-Nederland – anonieme tips ontvangen dat de benadeelde – anders dan hij tegenover de verzekeraar had verklaard – nog wel degelijk kon werken. Naar aanleiding van deze tips had de verzekeraar eerst een aanvullend feitenonderzoek (waaronder het raadplegen van social media) uitgevoerd, onder andere om de juistheid van de anonieme meldingen te onderzoeken. Pas toen dit aanvullend feitenonderzoek de juistheid van de anonieme tips bevestigde, had de verzekeraar besloten om over te gaan tot het inzetten van het persoonlijk onderzoek. Bovendien waren door de in gezamenlijk overleg geraadpleegde deskundigen al openlijk twijfels geuit over het realiteitsgehalte van de door de benadeelde aangegeven klachten. Een ander voorbeeld van een op rechtmatige wijze uitgevoerd persoonlijk onderzoek is te vinden in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 25 mei 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:5695). Bij de betreffende verzekeraar ontstond argwaan toen de benadeelde een factuur voor het leggen van laminaat opvoerde als schade als gevolg van het ongeval, omdat die factuur dateerde van vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, en feitenonderzoek uitwees dat diezelfde factuur al eerder bij de inboedelverzekeraar was ingediend. De benadeelde stelde voorts volledig arbeidsongeschikt te zijn voor zijn werk als barman, terwijl er op social media diverse foto's van de benadeelde te vinden waren waaruit leek te volgen dat hij nog in het café werkzaam was. Na die bevindingen liet de verzekeraar bij de benadeelde eerst nog een geneeskundig onderzoek uitvoeren, waarbij de benadeelde vertelde dat nagenoeg iedere lichamelijke activiteit – en zeker werken – onmogelijk voor hem was geworden. Pas toen de verzekeraar in een daarop volgend feitenonderzoek op (opnieuw) social media filmpjes aantrof waarop het slachtoffer dansend te zien was, besloot de verzekeraar tot een persoonlijk onderzoek over te gaan. De Rechtbank Den Haag overwoog terecht dat op basis van dit uitgebreide feitenonderzoek bij de verzekeraar

een zodanig vermoeden van verzekeringsfraude kon ontstaan, dat het vragen naar verdere medewerking aan het slachtoffer – bijvoorbeeld via medisch onderzoek – in redelijkheid niet meer van haar gevergd kon worden.

Deze voorbeelden illustreren dat een verzekeraar er verstandig aan doet om bij gerezen twijfel over de rechtmatigheid van de claim van een benadeelde, eerst aan de hand van aanvullend feitenonderzoek te onderzoeken of die twijfel weggenomen, dan wel bevestigd wordt. Bij bevestiging zal de verzekeraar zich voorts moeten afvragen of werkelijk alle andere onderzoeksmogelijkheden – waaronder in het bijzonder het laten uitvoeren van een medisch deskundigenonderzoek – zijn benut, alvorens zij besluit om over te gaan tot het uitvoeren van een persoonlijk onderzoek.

##### 5. Conclusies

De besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 28 mei 2018 is mijns inziens, anders dan het besproken arrest van het Hof Den Haag van 5 juni 2018, in lijn met eerdere uitspraken waarin over de rechtmatigheid van persoonlijk onderzoek is geoordeeld, en waaruit volgt dat het persoonlijk onderzoek vanwege het subsidiariteitsvereiste als een soort ultimum remedium moet worden beschouwd. Aan de hand van deze rechtspraak, en met name het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 («JA» 2014/65, m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam), meen ik de volgende uitgangspunten te kunnen ontlenen die bij de (on)rechtmatigheid van persoonlijk onderzoek moeten worden meegewogen:

1. Bij de verzekeraar moet (op basis van feitenonderzoek) in redelijkheid het vermoeden kunnen zijn ontstaan dat sprake is van grondige en/of structurele misleiding door de benadeelde,
2. waardoor vragen naar medewerking of informatie bij de benadeelde niet meer in redelijkheid van de verzekeraar verwacht mag worden (subsidiariteitsbeginsel).
3. Gerezen twijfel, geconstateerde onregelmatigheden of een discrepantie tussen objectiveerbare beperkingen en gesteld onvermogen zullen op zichzelf in de regel onvoldoende zijn om te kunnen spreken van een "redelijk vermoeden van fraude". De verzekeraar zal dan eerst andere

onderzoeksmethoden moeten inzetten, waaronder in het bijzonder medisch deskundigenonderzoek.

4. Als aan vereisten 1 en 2 niet is voldaan, zal het via het persoonlijk onderzoek verkregen bewijs van bewijslevering worden uitgesloten. Ten slotte merk ik op dat het mij – mede indachtig het genoemde arrest van het EHRM van 18 oktober 2016 (zaaknr. 61838/10) en de AVG – geen overbodige luxe lijkt dat de branche de GPO nog eens kritisch tegen het licht houdt, zoals recent is gedaan met de per 20 juni 2018 gewijzigde Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens voor Financiële Instellingen (<https://www.verzekeraars.nl/branche/zelfregulering/overzicht/verwerking-persoonsgegevens-gedragscode>). Niet alleen omdat de grondslag “geen of onvoldoende duidelijk uitsluitel” mijns inziens geen zelfstandige betekenis heeft, maar ook omdat in de GPO geen afgebakende bewaartermijn van de via persoonlijk onderzoek verwerkte gegevens is opgenomen (de GPO regelt niet meer dan dat de gegevens niet langer worden bewaard dan strikt noodzakelijk) en de AVG in vergelijking tot de Wet bescherming persoonsgegevens (en de GPO) strengere eisen stelt aan de wijze waarop en door wie persoonsgegevens bewaard mogen worden.

J.G. Keizer,  
advocaat bij SAP Letselschade Advocaten

102

Rechtbank Amsterdam  
22 november 2017, nr. C/13/590110/HA ZA  
15-617  
(mr. Falger)  
Noot mr. W.H. Bouman

**Overeenkomst van opdracht. Wanprestatie.  
Voordeelstoerekening.**

[BW art. 6:100, 6:277]

*Eiser, hooggekwalificeerd plaatwerker van beroep, ging in 2012 een overeenkomst van opdracht aan met Fokker Aircraft Services voor het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan vliegtuigen. De overeenkomst regelde de condities waaronder Fokker eiser kon inhuren. Begin 2013 stopte Fokker*

*met het inschakelen van eiser, naar Fokker stelde vanwege negatieve marktonwikkelingen. Eiser vertrouwde het niet omdat hij had gezien en gehoord dat Fokker was doorgedaan met het inhuren van externen voor werkzaamheden die ook door hem konden worden verricht. Hij vermoedde dat het uitblijven van opdrachten er in werkelijkheid mee te maken had dat Fokker van de overeenkomst af wilde. Deze overeenkomst, naar eiser stelde, verplichtte Fokker tot het aan hem verstrekken van opdrachten. De rechtbank, na bewijsvoering, volgde eiser in diens stellingen over de uitleg én de waarde van de overeenkomst. Zij concludeerde dat Fokker toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming. De rechtbank nam aan dat eiser van begin 2013 tot begin 2016 ten onrechte geen opdrachten van Fokker had gekregen. In het daarop gevolgde schadedeбат betoogde Fokker dat van schade geen sprake was aangezien eiser in genoemde periode elders had gewerkt en daarmee zo geen hogere, dan toch zeker vergelijkbare verdiensten zou hebben genoten. Fokker voerde aan dat deze opbrengsten bij wijze van voordeelstoerekening ex art. 6:100 BW op de schadevergoeding in mindering moesten worden gebracht. De rechtbank oordeelde, met verwijzing naar HR 8 juli 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1483 (Tennet/ABB)), dat het (inderdaad) redelijk was de alternatieve opbrengsten af te trekken van de door Fokker te betalen schadevergoeding: eiser had deze opbrengsten immers niet kunnen genereren als hij voor Fokker werkzaam was geweest. Omdat hij zonder Fokker meer bleek te hebben verdiend dan mét, sneuvelde zijn vordering – ondanks de aangenomen wanprestatie van Fokker. De rechtbank passeerde als tardief eisers stelling dat als Fokker hem het werk wel zou hebben gegund, hij voor de alternatieve werkzaamheden een derde te werk zou hebben gesteld.*