

ANNOTATIE

Observatieonderzoek door verzekeraars; schending van artikel 8 EVRM?

J.G. Keizer

Onder welke voorwaarden is in verzekerings- en letselschadekwesties volgens het EHRM heimelijke (camera)observatie door een verzekeraar van een verzekerde of slachtoffer toegestaan en voldoet de Nederlandse wet- en regelgeving aan deze door het EHRM gestelde eisen?

Een Zwitserse verzekeraar laat een slachtoffer van een verkeersongeval heimelijk observeren door professionele rechercheurs. Het slachtoffer stelt dat met de observaties een inbreuk op haar privacy is gemaakt, en dat het via de observaties verkregen bewijs van bewijslevering moet worden uitgesloten. De hoogste Zwitserse rechter volgt het slachtoffer niet in haar stellingen, en wijst haar verzoek tot uitkering van het verzekerde daggeld voor het grootste gedeelte af. Het slachtoffer start hierop de procedure bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het EHRM overweegt ten eerste dat het heimelijk observeren van een persoon gedurende meerdere dagen moet worden aangemerkt als een inbreuk op de privacy. Een dergelijke inbreuk is alleen gerechtvaardigd als de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde waarborgen in acht worden genomen. Het EHRM toetst of in de toepasselijke Zwitserse regelgeving is voorzien in voldoende waarborgen, en concludeert dat het Zwitserse recht de verzekeraar te veel beoordelingsruimte laat om zelf af te wegen onder welke omstandigheden en voor welke duur heimelijke observaties uitgevoerd kunnen worden. Daarmee is sprake van schending van artikel 8 EVRM. Welke consequenties heeft deze uitspraak voor de Nederlandse verzekerings- en letselschadepraktijk? Voldoet onze regelgeving wel aan de eisen die door het EHRM zijn gesteld?

1. Relevante feiten en omstandigheden

In Zwitserland kent men voor bepaalde categorieën personen (alle in Zwitserland werkzame personen, artikel 1a *Bundesgesetz über die Unfallversicherung*). Op grond van artikel 4 van deze wet kan deze verzekering (bijv. door een zelfstandig ondernemer of werkgever) ook vrijwillig

worden afgesloten) een wettelijk verplichte ongevallenverzekering. Na een ongeval heeft men recht op vergoeding van de schadecomponenten die wij ook in Nederland kennen. De hoogte van de inkomensschade (*Taggeld*) is gemaximeerd op tachtig procent van het laatstverdiende loon (artikel 15 Bundesgesetz über die Unfallversicherung). De uitvoering van deze verzekering vindt onder andere plaats door private verzekeraars, die daartoe van het Zwitserse Federale ministerie van gezondheid het recht hebben verkregen. Deze verzekeraars worden naar Zwitsers recht als (semi)publieke organen gezien. Om die reden oordeelde het EHRM dat dit betreffende slachtoffer ontvankelijk was in haar tegen de Zwitserse overheid gerichte klachten.

De aanleiding tot deze uitspraak vormt een ongeval van 28 augustus 1995, waarbij de Zwitserse mevrouw Vukota-Bojic als voetganger wordt aangereden door een Zwitserse automobilist. Door de aanrijding valt zij met haar hoofd op de grond. Uit de casus blijkt dat zij daarna klachten blijft houden, waarvoor een medisch substraat kennelijk ontbreekt (moeilijk objectiveerbaar letsel). Uit de casus blijkt verder dat er in de tien jaar volgend op het ongeval (minstens) tien medisch deskundigenrapporten over het slachtoffer zijn uitgebracht, waarbij deze geraadpleegde deskundigen kennelijk niet tot eensluidende bevindingen komen. De casus illustreert dat ook in Zwitserland zaken betreffende moeilijk objectiveerbaar letsel een (zeer) langdurig beloop kunnen hebben.

Vanwege de verschillende bevindingen van de geraadpleegde deskundigen, roept de Zwitserse verzekeraar het slachtoffer begin 2006 op voor een nieuw medisch onderzoek. Zij weigert dat, omdat zij van mening is dat zij al genoeg medische onderzoeken heeft ondergaan. Vanwege deze weigering besluit de verzekeraar in oktober 2006 om het slachtoffer gedurende vier dagen (verspreid over een periode van 23 dagen) heimelijk te observeren, waarbij ook beeldopnamen worden gemaakt. De verzekeraar laat de resultaten van deze surveillance vervolgens beoordelen door een medisch specialist, en concludeert vervolgens dat het slachtoffer geen recht heeft op vergoeding van haar volledige inkomensschade. Het slachtoffer stelt zich op het standpunt dat het observatieonderzoek een inbreuk op haar recht op privacy (artikel 8 EVRM) oplevert, en dat het daarmee verkregen bewijs (als onrechtmatig verkregen) moet worden vernietigd, en bij de bewijsbeoordeling dus geen rol mag spelen.

Een verzekerde is in Zwitserland verplicht om de voor de vaststelling van zijn schade benodigde informatie aan de verzekeraar te verstrekken. Als de verzekerde niet aan deze verplichting voldoet, mag de verzekeraar zelf de noodzakelijke gegevens verzamelen om een claim te kunnen beoordelen (artikel 28 en 42 *Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts*). De verzekeraar mag dan bovendien – ter uitvoering van haar taak – persoonsgegevens verkrijgen en verwerken over deze verzekerde ter vaststelling van uitkeringen (artikel 96 Bundesgesetz über die Unfallversicherung).

De hoogste Zwitserse rechter oordeelde dat het de betreffende verzekeraar op grond van deze wettelijke bevoegdheden en 'case-law' (waarmee Zwitserse jurisprudentie wordt bedoeld) was toegestaan om observatieonderzoek uit te voeren, temeer omdat de inbreuk op de privacy relatief gering was, omdat het slachtoffer alleen in de openbare ruimte geobserveerd was, en omdat het onderzoek (pas) was uitgevoerd nadat het slachtoffer weigerde aan het door de verzekeraar gewenste medisch onderzoek mee te werken. De hoogste Zwitserse rechter wees op grond van het observatieonderzoek en het daarop gebaseerde medisch deskundigenbericht een daggeldvergoeding ('*Taggeld*') toe op basis van slechts tien procent arbeidsongeschiktheid.

2. Overwegingen EHRM

Het EHRM overweegt dat het systematisch en bewust volgen en filmen van de verzekerde in opdracht van de verzekeraar door professionals (particuliere rechercheurs) op vier verschillende dagen en over een periode van 23 dagen, moet worden aangemerkt als een inbreuk op haar privéleven (par. 58 en 59). Een dergelijke inbreuk is alleen gerechtvaardigd als de in artikel 8 EVRM genoemde waarborgen worden nageleefd, te weten dat de inbreuk in overeenstemming moet zijn met de nationale wet en die wet noodzakelijk is in verband met de in artikel lid 2 EVRM (het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen) genoemde doelen (par. 60). Het begrip 'wet' is hierbij overigens ruimer dan alleen formele (overheids)wetgeving. Voorwaarde is dat het recht waarop de beperking berust voor de burger voldoende kenbaar is (EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980/146 (*Sunday Times/VK*)). Het EHRM voegt daaraan toe dat een dergelijke wet voldoende duidelijk de specifieke omstandigheden en condities moet beschrijven waaronder inbreuken mogelijk en gerechtvaardigd zijn (par. 67 – welke voorwaarde wordt omschreven met het begrip '*foreseeability*'), en dat in de wet ook waarborgen moeten zijn opgenomen om misbruik van die wet te voorkomen en te bestrijden.

Het EHRM toetst vervolgens of de Zwitserse bepalingen aan deze eisen voldoen. Hoewel volgens het EHRM door Zwitserland in bepaalde waarborgen tegen misbruik wordt voorzien (zoals de regel dat observeren alleen over een beperkte periode in de openbare ruimte mocht plaatsvinden en dat inmenging in het privéleven van de verzekerde niet was toegestaan), oordeelt het EHRM (par. 73): '*given the overall lack of clarity of domestic law provision on the matter, the Court is not satisfied that they were sufficient to constitute adequate and effective guarantees against abuse.*' Volgens het EHRM blijkt uit de toepasselijke wettelijke bepalingen dat verzekeraars zelf gegevens mogen verzamelen en verwerken als de verzekerde niet aan zijn (wettelijke) plicht tot het verstrekken van die gegevens voldoet, maar wordt daaruit niet zonder meer duidelijk dat onder dat zelf verzamelen ook het heimelijk observeren van

verzekerden begrepen kan worden. Gelet op deze onduidelijkheid en in het licht van het ontbreken van duidelijke regels over de maximumduur van de observaties en de wijze waarop de beslissing tot observatie kan worden aangevochten, wordt verzekeraars volgens het EHRM een te ruime bevoegdheid geboden om zelf te beslissen onder welke omstandigheden en voor hoelang heimelijke observatie gerechtvaardigd is. Bovendien bevatten de Zwitserse regelingen geen voorschriften voor opslag, toegang, onderzoek, gebruik en vernietiging van gegevens die via observaties worden verkregen, waardoor – voor verzekerden – onduidelijk is hoelang die gegevens bewaard mogen worden, wie daartoe toegang heeft en in hoeverre de juistheid van die gegevens kan worden aangevochten (par. 75). Het EHRM oordeelt dan ook dat het Zwitserse recht niet voorziet in voldoende duidelijkheid (*'foreseeability'*) voor verzekerden over de omstandigheden waaronder verzekeraars heimelijke observaties kunnen en mogen uitvoeren. Er is dan ook sprake van schending van artikel 8 EVRM. Op grond van artikel 41 EVRM wordt aan de verzekerde (naast een kostenvergoeding van € 15.000) een door de Zwitserse staat uit te keren schadevergoeding van € 8.000 toegekend.

3. Relevantie uitspraak voor Nederlandse letselschadepraktijk

Uit de uitspraak van het EHRM volgt dat het heimelijk observeren van een verzekerde of slachtoffer alleen is toegestaan, als daarvoor een wettelijke basis bestaat en als voor de verzekerden en slachtoffers voldoende voorzienbaar is onder welke omstandigheden en met welke waarborgen een verzekeraar al dan niet kan besluiten tot heimelijke observaties over te gaan. Voor de verzekerde of het slachtoffer moet dan eveneens duidelijk zijn door wie en hoelang via heimelijk onderzoek verkregen gegevens bewaard mogen worden, en op welke wijze de juistheid van dergelijke gegevens kan worden aangevochten.

In Nederland zijn verzekeraars op grond van artikel 7, 8 en 9 Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) bevoegd om gegevens over verzekerden en slachtoffers te verzamelen, op te slaan, te verwerken en te raadplegen. Gegevensverwerking is (zonder voorafgaande expliciete toestemming van de verzekerde of het slachtoffer) alleen toegestaan, als die verwerking noodzakelijk is in verband met de gerechtvaardigde belangen van de verzekeraar. In de parlementaire geschiedenis is bepaald dat activiteiten die zien op fraudebestrijding tot de gerechtvaardigde belangen van verzekeraars behoren (*Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3, p. 87 (MvT)*). De verwerking moet tevens aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoen (zie o.a. HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097, NJ 2011/595, m.nt. Dommering).

De Wbp bevat evenwel geen specifieke regeling voor heimelijke observaties in verzekerings- of letselschadezaken. Formele wetgeving daarover is in Nederland niet beschikbaar. Wel is door het Verbond van Verzekeraars de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (hierna: GPO)

opgesteld (zie www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Gedragscodes/Gedragscode_Persoonlijk_Onderzoek.pdf). In de GPO zijn enkele specifieke bepalingen over (camera)observaties opgenomen. In artikel 7.3 GPO is bepaald dat observeren in situaties waarin personen een gerechtvaardigde verwachting hebben dat zij onbevangen zichzelf moeten kunnen zijn, moeten worden ontzien. Een expliciet verbod om in deze situaties (heimelijk) te observeren is niet in de GPO opgenomen. In artikel 7.4 GPO is voor heimelijk cameraobservaties bepaald dat het cameragebruik zo gericht mogelijk moet plaatsvinden, de periode waarin een camera gebruikt moet worden zo beperkt mogelijk moet worden gehouden en dat – als de beelden daartoe aanleiding geven – evaluatie daarvan met betrokkene moet plaatsvinden. ‘Zo gericht mogelijk’ en ‘zo beperkt mogelijk’ zijn evenwel open begrippen die in de GPO en rechtspraak niet nader worden uitgewerkt. Een maximumduur van observaties is in de GPO niet opgenomen. In zijn hierboven besproken arrest overweegt het EHRM dat onder andere vanwege het ontbreken van een dergelijke maximale periode niet wordt voldaan aan het vereiste van voorzienbaarheid (*foreseeability*). Ten aanzien van dit aspect lijkt niet te worden voldaan aan de door het EHRM gestelde voorwaarden.

In de GPO is bepaald dat via observatie verkregen onderzoeksgegevens niet langer bewaard mogen worden dan noodzakelijk (artikel 10.1 GPO) en dat de onderzoeksgegevens worden opgenomen in de zogenoemde Gebeurtenissenadministratie conform de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (hierna: GVPFI; zie www.verzekeraars.nl > Over het verbond > Zelfregulering > Regelingen en codes > Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen en Model Zelfevaluatie > Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen) of in het Incidentenregister conform het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen (hierna: PIFI; zie www.verzekeraars.nl > Over het verbond > Zelfregulering > Convenanten en overeenkomsten met andere partijen > Protocol Incidentwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen). Het gevolg hiervan is dat deze onderzoeksgegevens niet alleen meer te raadplegen zijn door de betrokken verzekeraar, maar door alle bij het GVPFI en PIFI aangesloten financiële instellingen. In de GVPFI en het PIFI is bepaald dat de opgenomen gegevens alleen mogen worden beheerd en ingezien door de afdeling Veiligheidszaken van verzekeraars. De GVPFI en het PIFI kennen geen bepalingen over de maximale bewaartermijn van de onderzoeksgegevens. Aan registratie in het Incidentenregister (Externe Verwijzingsregister) is wel een maximale termijn van acht jaar verbonden (artikel 4.3.2 PIFI). Een registratie van verzekeringsfraude blijft dus voor alle financiële instellingen gedurende acht jaar zichtbaar. Een dergelijke registratie zal betekenen dat het voor de verzekerde of het slachtoffer moeilijker wordt om nieuwe financiële producten

af te sluiten. In een maximale termijn voor de registratie is dus wel voorzien. In een maximale bewaartermijn van het via heimelijke observaties verkregen bewijs evenwel niet, en ook op dat punt lijken de Nederlandse bepalingen dus niet te voldoen aan de door het EHRM gestelde voorwaarden.

In artikel 35 en 36 Wbp wordt voorzien in een inzage- en correctierecht voor de verzekerde of het slachtoffer. Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in de GPO (artikel 11), de GVPFI (artikel 7) en het PIFI (artikel 9.4). Als de verzekeraar weigert opgenomen gegevens te corrigeren of te verwijderen, kan de verzekerde of het slachtoffer de rechter (artikel 46 Wbp) of Autoriteit Persoonsgegevens (artikel 47 Wbp) verzoeken om de verzekeraar te verplichten de verwerkte gegevens te corrigeren of te verwijderen. Een verzekerde of slachtoffer die meent dat de verzekeraar ten onrechte tot observatie is overgegaan, kan zich ook vrijelijk tot de civiele rechter wenden en een verklaring voor recht vragen dat de verzekeraar daardoor jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Er wordt in de Nederlandse regelgeving dus ruim voorzien in waarborgen om misbruik van heimelijke observaties te bestrijden.

In de GPO is een redelijk open norm geformuleerd voor de omstandigheden waaronder heimelijke observaties mogen worden ingesteld. Dat kan als het (niet-nader gedefinieerde) feitenonderzoek geen of onvoldoende uitsluitel geeft, of er naar aanleiding van het feitenonderzoek een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude is ontstaan (artikel 1 GPO). In artikel 2 en 3 GPO is aanvullend bepaald dat de verzekeraar zich bij die beslissing wel moet laten leiden door de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In de rechtspraak (Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1004; Hof 's-Hertogenbosch 2 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465; Rb. Rotterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7637; Rb. Noord-Holland 26 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:5555 en Rb. Amsterdam 2 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:10) is enkele keren bepaald dat heimelijke (camera)observatie alleen is toegestaan als de verzekerde of het slachtoffer weigert mee te werken aan de behandeling en beoordeling van zijn aanspraken of schade, en indien bij de verzekeraar (daardoor) het redelijke vermoeden kan zijn ontstaan dat de verzekerde of het slachtoffer de verzekeraar grondig en structureel misleidt. De voorwaarde dat observatie pas is toegestaan als de verzekerde of het slachtoffer medewerking aan de schadevaststelling weigert, lijkt veel op de Zwitserse situatie. De rechtspraak lijkt dus een strengere toetsing aan te houden voor de vraag wanneer heimelijke observaties gerechtvaardigd zijn, dan de GPO.

4. Conclusies

De strekking van het arrest van het EHRM is dat moet worden voorzien in voldoende (duidelijke) wettelijke waarborgen om te voorkomen dat verzekeraars een te ruime beoordelingsvrijheid wordt geboden om zelf te kunnen bepalen onder welke omstandigheden

en gedurende welke periode een verzekerde of slachtoffer heimelijk geobserveerd kunnen worden. Ook moet kenbaar zijn welke waarborgen de verzekeraar bij heimelijke observaties in acht moet nemen, en welke maatregelen de verzekerde of het slachtoffer kan nemen om misbruik van heimelijke observaties te bestrijden.

Anders dan in Zwitserland bestaat er in Nederland specifieke regelgeving voor heimelijke observaties door verzekeraars, waarin – wederom anders dan in Zwitserland – ook wordt voorzien in waarborgen om misbruik te voorkomen. In zoverre wordt in de Nederlandse regeling dus voldaan aan de door het EHRM gestelde eisen. Het enkele feit dat het daarbij gaat om zelfregulering doet aan die conclusie niet af, omdat die regelgeving wel vrijelijk raadpleegbaar en daarmee voldoende kenbaar is (EHRM 26 april 1979, *NJ 1980/146 (Sunday Times/VK)*), waaruit volgt dat het begrip ‘wet’ uit artikel 8 lid 2 EVMR ruimer moet worden uitgelegd dan alleen formele overheidswetgeving).

In die regelgeving is evenwel de maximale duur van observaties en registratie van de onderzoeksgegevens niet (concreet) bepaald. De regelgeving (GPO) laat voorts nog (te) veel ruimte aan verzekeraars om zelf te kunnen bepalen onder welke omstandigheden het middel van heimelijke observatie ingezet kan worden. In de rechtspraak zijn weliswaar nadere eisen en voorwaarden gesteld, maar de vraag is of daarmee wordt voldaan aan de door het EHRM gestelde eisen.

In het licht daarvan verdient het in ieder geval aanbeveling om de GPO nog eens nader tegen het licht te houden, ook al omdat deze van 2011 dateert. Mijns inziens moet het mogelijk zijn om in de GPO ook regels op te nemen over de maximale periode waarbinnen heimelijke observaties mogen plaatsvinden, en kan – zonder daarmee de beoordelingsvrijheid van verzekeraars volledig aan banden te leggen – daarin ook specifiekere worden bepaald onder welke omstandigheden en voor welke duur wel of niet het middel van heimelijke observatie ingezet mag worden. Voorts kunnen regels worden gesteld over de maximale bewaartermijn van via heimelijke observaties verkregen bewijs. Deze nadere specificatie is overigens niet alleen in het belang van verzekerden of slachtoffers gewenst, maar zal ook voor met name verzekeraars tot meer duidelijkheid kunnen leiden. Duidelijkheid die des te meer gewenst is, omdat het bestrijden van verzekeringsfraude voor alle betrokken partijen van groot belang is.