

# Persoonlijk onderzoek objectieverbaar letsel

Mr. K. Ertürk & mr. P. Oskam \*



32

## Inleiding

\* Beiden advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

**Verzekeringsfraude komt vaak voor. Volgens het Verbond van Verzekeraars was er in 2014 een bedrag mee gemoeid van € 900 miljoen, terwijl in dat jaar zo'n € 8 miljard werd uitgekeerd. Uit de cijfers van het Verbond blijkt voorts dat het aantal fraudegevallen toeneemt: uit de in augustus 2016 gepresenteerde cijfers volgt dat het aantal fraudegevallen in 2015 met zeven procent steeg ten opzichte van 2014.<sup>1)</sup> Niet alleen vormt verzekeringsfraude een (ernstige) inbreuk op de rechtsorde, ook wordt de verzekeraar er (financieel) door geschaad. Uiteindelijk wordt ook de consument gedupeerd, omdat verzekeringsfraude leidt tot hogere premies.<sup>2)</sup> Naar aanleiding van voormelde cijfers heeft het Verbond van Verzekeraars bekend gemaakt dat haar leden bij een geconstateerde verzekeringsfraude (ook) de interne onderzoekskosten zullen verhalen op de vermeende fraudeur.<sup>3)</sup> De verzekeraar legt daarvoor de betrokkene direct een standaardboete op van € 532,-.<sup>4)</sup>**

1. Verbond van Verzekeraars ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)).
2. Volgens het Verbond van Verzekeraars is dat 100 euro meer premie per jaar: <http://nos.nl/artikel/2104577-hoe-nederlanders-frauderen-bij-verzekeringen.html>.
3. Persbericht van het Verbond van Verzekeraars op 25 augustus 2016.
4. <https://www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Documents/2016/augustus/Leaflet%20-%20Fraudeurs%20betalen%20zelf%20de%20schade.pdf>.

# bij moeilijk

Bezien wij het totaalbedrag waarop verzekeringsfraude wordt geraamd, dan zou daardoor mogelijk de indruk kunnen ontstaan dat verzekeraars niet altijd (even) goed zijn opgewassen tegen verzekeringsfraude. Cijfers afkomstig uit de verzekeringsbranche wijzen er evenwel op dat verzekeraars steeds beter worden in het bestrijden van verzekeringsfraude.<sup>5</sup> Eén van de middelen die door verzekeraars bij de opsporing en bestrijding van verzekeringsfraude worden ingezet, betreft het middel van persoonlijk onderzoek. Bij het inzetten van persoonlijk onderzoek moet het onderzoeksbelang van de verzekeraar worden afgewogen tegen het belang van betrokkene<sup>6</sup> bij de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. In de rechtspraak zien wij dat de discussie die ontstaat tussen verzekeraar enerzijds en de betrokkene anderzijds, vaak betrekking heeft op de rechtmatigheid van de inzet van het middel van persoonlijk onderzoek.

In de rechtspraak komt de inzet van persoonlijk onderzoek regelmatig aan bod in zaken met betrekking tot moeilijk objectiveerbaar letsel, zoals whiplash. In deze zaken geldt dat de verzekeraar voor de beoordeling van de verzekeringsclaim in belangrijke mate afhankelijk is van de mededelingen van betrokkene over het opgelopen letsel. Vanwege de aard van het letsel zijn deze mededelingen moeilijk te toetsen. Uit de rechtspraak in 'whiplashzaken' – waarover later meer – volgt dat de rechter aanneemt dat in deze zaken aan het aantonen van causaal verband geen al te hoge eisen worden gesteld. Dat de verzekeraar enerzijds in belangrijke mate afhankelijk is van de moeilijk te toetsen mededelingen van betrokkene, terwijl de rechtspraak de betrokkene anderzijds in de bewijslevering tegemoet komt, kan in de praktijk een spanningsveld opleveren. In dergelijke zaken geldt vanzelfsprekend dat het enkele twijfelen aan de claim onvoldoende is voor het instellen van persoonlijk onderzoek. Maar wanneer mag een persoonlijk onderzoek wel en wanneer niet? Hoe oordeelt de rechter over de inzet van persoonlijk onderzoek als het gaat om moeilijk objectiveerbaar letsel? In dit artikel gaan wij op deze vragen in. Wij bekijken hoe de rechter in zaken met betrekking tot moeilijk objectiveerbaar letsel omgaat met de rechtmatigheid van persoonlijk onderzoek. Daarbij wordt eerst ingegaan op de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (GPO) en de rechtspraak daarover. Vervolgens gaan wij in op moeilijk objectiveerbaar letsel. Daarna bespreken wij aan de hand van recente rechtspraak

waarin fraudeonderzoek in zaken met betrekking tot moeilijk objectiveerbaar letsel aan bod komt, welke eisen de rechtspraak in samenhang met de GPO stelt aan de inzet van persoonlijk onderzoek bij moeilijk objectiveerbaar letsel. Wij sluiten af met een conclusie.

## De GPO

Het Verbond van Verzekeraars heeft voor haar leden in 1997 de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek in het leven geroepen.<sup>7</sup> De GPO beschrijft de uitgangspunten voor het instellen van een persoonlijk onderzoek en draagt bij aan de transparantie van onderzoeksmethoden en onderzoeksmiddelen die door de verzekeraar in het kader van een persoonlijk onderzoek worden gehanteerd.<sup>8</sup> Door het toetsbaar maken van de gedragingen van de verzekeraar bij de inzet van het middel van persoonlijk onderzoek wordt getracht de personen naar wie een persoonlijk onderzoek wordt ingesteld te beschermen.<sup>9</sup> De GPO doet dat onder andere aan de hand van het beginsel van proportionaliteit, waarbij de GPO een zorgvuldige afweging voorschrijft tussen de belangen van de verzekeraar die een persoonlijk onderzoek indiceren en de mate waarin een inbreuk wordt gepleegd op de privacy van de betrokkene.<sup>10</sup> Daarnaast geldt het beginsel van subsidiariteit, waarbij op grond van de GPO moet worden gekeken of het doel van het persoonlijk onderzoek niet op een andere, voor de betrokkene minder ingrijpende, manier kan worden bereikt.<sup>11</sup> Hoewel de GPO een product van zelfregulering is, is het daarin opgenomen toetsingskader geenszins vrijblijvend. De civiele rechter toetst consequent aan de hand van de GPO de rechtmatigheid van het persoonlijk onderzoek. Daarnaast speelt de GPO ook een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of informatie die middels een onrechtmatig ingesteld persoonlijk onderzoek is verkregen, kan worden toegelaten als bewijs.<sup>12</sup>

## Uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs

Een ieder heeft het recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Een inbreuk op die privacy is dan ook in beginsel onrechtmatig. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan evenwel het onrechtmatige karakter aan de inbreuk ontnemen. De vraag of er in een



**Verzekeraars steeds beter in het bestrijden van verzekeringsfraude.**



5. In 2014 ging het om 100 miljoen dat werd bespaard met fraudebestrijding, 10 procent meer dan het jaar daarvoor: <https://www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Paginas/CBV-sleepnominatie-in-de-wacht.aspx>. Deze trend heeft zich in 2015 doorgezet: <https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/cijfers/Documents/Verkerkd-VanCijfers/2016/Verkerkd%20van%20Cijfers%202016%20-%20NL.pdf>.
6. Wij sluiten in dit artikel aan bij de terminologie van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, en gebruiken hierna de term 'betrokkene'.
7. De huidige versie van de GPO dateert uit december 2011.
8. Zie inleiding GPO 2011.
9. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 september 2012 r.o. 6 (ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465).
10. Zie Rechtbank Den Haag 25 mei 2016 r.o. 4.5 (ECLI:NL:RBDHA:2016:5695) en Rechtbank Noord-Nederland 26 november 2014 r.o. 3.2.4 (ECLI:NL:RBNNE:2014:6661).
11. Zie Rechtbank Den Haag 25 mei 2016 r.o. 4.6 (ECLI:NL:RBDHA:2016:5695), Hoge Raad 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:942) en Rechtbank Midden-Nederland 13 april 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:3010). Zie ook Rechtbank Noord-Nederland 26 november 2014 r.o. 3.2.4 (ECLI:NL:RBNNE:2014:6661), in hoger beroep werd door het hof anders beslist (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004), opgenomen in deze aflevering onder nummer VR 2017/36).
12. Hoge Raad 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:942).

13. Rechtbank Noord-Nederland 26 november 2014 r.o. 2.1 (ECLI:NL:RBNNE:2014:6661).
14. Hoge Raad 18 april 2014 r.o. 5.2.1 (ECLI:NL:HR:2014:942). Wij menen evenwel dat de soep minder heet wordt gegeten dan zij wordt opgediend: in gevallen waarin evident sprake is van fraude en de GPO niet op alle punten is nageleefd, bijvoorbeeld indien de opdracht tot persoonlijk onderzoek in strijd met art. 4 GPO is gegeven door de schadebehandelaar zelf, ligt het wat ons betreft niet voor de hand dat de rechter het onderzoek en de resultaten daarvan ter zijde zal schuiven. Zie ook H.H. de Vries en P. Skam, *Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal*, TVP 2014, nr. 3 p. 82 e.v.
15. Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 r.o. 6.19 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004), Hoge Raad 18 april 2014 r.o. 5.2.1 (ECLI:NL:HR:2014:942). Zie ook ECLI:NL:HR:2014:1632 waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de hoofdregel dat onrechtmatig verkregen bewijs niet wordt uitgesloten, tenzij er sprake zijn van bijkomende omstandigheden, ook onverkort geldt voor onrechtmatig bewijs dat niet middels een privacy-inbreuk is verkregen.
16. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 september 2012 r.o. 36 (ECLI:NL:GHS:2012:BX9465). Daarnaast achtte het hof van belang dat de verzekeraar onvoldoende alternatieve wijzen van informatieverzameling had benut om te zien of haar gestelde vermoeden van fraude ontkracht kon worden en voorts dat niet gezegd kon worden dat betrokkene door zijn opstelling de onoorbare wijze van bewijsgaring had uitgelokt of in de hand had gewerkt. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 r.o. 6.19 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004). Naast het oordeel dat het niet met het doel van de GPO strookt dat de verzekeraar het in strijd met de GPO verkregen bewijsmateriaal in haar voordeel mag gebruiken, acht het hof het voorts van belang dat de verzekeraar heeft gegrepen naar een vergaand opsporingsmiddel, terwijl zij daar rechtens geen enkele reden voor had, en het gegeven dat het niet ging om een verzekerde en betrokkene er niet voor had gekozen om zich tot de verzekeraar te verhouden. Zie voorts Rechtbank Noord-Nederland 26 november 2014 r.o. 3.3.3 (ECLI:NL:RBNNE:2014:6661).
17. Hoge Raad 18 april 2014 r.o. 5.4.2 (ECLI:NL:HR:2014:942).
18. Zo luidt de definitie van het feitenonderzoek in de huidige GPO, versie 2011. De eerdere GPO uit 2004 is in 2011 herzien. Hetgeen opvalt in de GPO 2011 is dat expliciet is genoemd dat het feitenonderzoek ook kan zien op gedragingen van betrokkene.
19. Bij de herziening van de GPO in er 2011 is voor gekozen om het interview van betrokkene als onderzoeksmethode in het kader van het persoonlijk onderzoek aan te merken. Vgl. Rechtbank Den Haag 5 maart 2014 r.o. 4.5 e.v. (ECLI:NL:RBDHA:2014:3581) waarbij de rechtbank het interview van betrokkene onder het feitenonderzoek schaaft, hetgeen ook in lijn is met de GPO 2004.
20. Rechtbank Limburg 30 november 2016 r.o. 4.8 e.v. (ECLI:NL:RBLIM:2016:10506), opgenomen in deze editie onder nummer VR 2017/37.

concreet geval een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij een afweging dient plaats te vinden van enerzijds de ernst van de inbreuk op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handeling worden gediend. Belangen die daarbij een rol kunnen spelen zijn naast het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkene en het belang op waarheidsvinding, het financieel belang dat met de zaak in kwestie is gemoeid, het belang van de betrokkene bij een snelle en zorgvuldige besluitvorming en de mate van inbreuk op integriteit en veiligheid.<sup>13)</sup> Met de GPO is door het Verbond van Verzekeraars invulling gegeven aan deze belangenafweging, waarbij als uitgangspunt moet worden genomen dat indien een verzekeraar in strijd met de GPO handelt, er sprake zal zijn van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene.<sup>14)</sup> Het met die inbreuk verkregen bewijsmateriaal moet dan als onrechtmatig verkregen worden aangemerkt.<sup>15)</sup>

Dit leidt er niet direct toe dat het met het onrechtmatig verrichte (persoonlijk)onderzoek verkregen bewijs moet worden uitgesloten. In art. 152 Rv is namelijk bepaald dat, tenzij de wet anders bepaalt, bewijs kan worden geleverd door alle middelen rechtens en dat de rechter – in beginsel – vrij is in de waardering van het bewijs. Onder verwijzing naar dit artikel van de zogeheten vrije bewijsleer, is door de Hoge Raad vastgesteld dat in beginsel het belang van de waarheidsvinding in rechte en het belang dat partijen hebben bij het in rechte aannemelijk kunnen maken van hun stellingen, zwaarder weegt dan het belang van uitsluiting van (onrechtmatig verkregen) bewijs. Uitsluiting van bewijs is volgens de Hoge Raad slechts gerechtvaardigd indien sprake is van bijkomende omstandigheden. In dat kader werd door de hoogste feitenrechter geoordeeld dat het niet strookt met het doel van de GPO – ook niet als de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene gering is – de verzekeraar te ‘belonen’ door het door middel van een onrechtmatig ingesteld persoonlijk onderzoek verkregen onrechtmatig bewijs in haar voordeel te laten strekken.<sup>16)</sup> De Hoge Raad liet dit oordeel in stand met de overweging dat het oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch onvoldoende is onderbouwd.<sup>17)</sup>

## Feitenonderzoek en/of persoonlijk onderzoek

Uit de naam van de gedragscode volgt dat deze zich richt op het middel van persoonlijk onderzoek. De GPO onderscheidt het persoonlijk onderzoek van het feitenonderzoek. De GPO definieert het feitenonderzoek als “Het onderzoek dat wordt ingesteld naar de feiten en omstandigheden en gedragingen van betrokkene die nodig zijn voor de beoordeling van een verzekeringsaanvraag, lopende verzekerings-

overeenkomst, schademelding of andere aanspraak op uitkering of prestatie.”<sup>18)</sup> Het persoonlijk onderzoek wordt in de GPO vervolgens gedefinieerd als “Het onderzoek, volgend op het feitenonderzoek, naar gedragingen van betrokkene waarbij bijzondere opsporingsmethoden en of bijzondere opsporingsmiddelen worden gebruikt, dat inbreuk maakt of kan maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene.” In art. 7.1 is een drietal opsporingsmiddelen genoemd waaraan in het kader van een persoonlijk onderzoek kan worden gedacht: “Bij het persoonlijk onderzoek kan worden gebruikgemaakt van de verschillende opsporingsmethoden zoals: (a) interview van betrokkene,<sup>19)</sup> (b) inwinnen van informatie bij derden, (c) observeren van betrokkene.” Uit het woordje ‘zoals’ in art. 7.1 volgt dat het gaat om een niet-limitatieve lijst.

Aldus is het feitenonderzoek, ook volgens de definitie van het persoonlijk onderzoek, een fase die aan het persoonlijk onderzoek voorafgaat. Onder het feitenonderzoek kan men in zaken waarbij het gaat om medisch moeilijk objectiverbaar letsel bijvoorbeeld denken aan de diverse onderzoeken die door verschillende deskundigen en medici worden verricht.<sup>20)</sup> Ook internetonderzoek valt in beginsel onder het feitenonderzoek. Onder een internetonderzoek verstaat men doorgaans een onderzoek waarbij openbare bronnen op het internet, zoals sociale media (denk aan Facebook en Instagram), worden bekeken om de in het dossier beschikbare informatie te vergelijken met eventueel ‘gevonden’ informatie. Het moet daarbij wel gaan om informatie die door de betrokkene ‘welbewust aan de openbaarheid is prijsgegeven’ en die voor derden vrij toegankelijk is.<sup>21)</sup> Het internetonderzoek is in de huidige GPO niet genoemd als onderzoeksmethode of onderzoeksmiddel. Aldus is er bij het raadplegen van informatie op internet door de verzekeraar geen sprake van een persoonlijk onderzoek in de zin van de GPO en is het toetsingskader van de GPO niet van toepassing. Wel stelde het Verbond van Verzekeraars met betrekking tot internetonderzoek de ‘Handleiding online onderzoek naar klanten of relaties en de Checklist online onderzoek’ op.<sup>22)</sup>

Het onderscheid tussen feitenonderzoek en persoonlijk onderzoek is in de rechtspraak geregeld aan de orde. Een internetonderzoek wordt onder de GPO 2011 doorgaans als feitenonderzoek gekwalificeerd.<sup>23)</sup> Zo oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in een zaak onder vigeur van de GPO 2011 over de vraag of een door de verzekeraar verricht deskonderzoek en internetonderzoek als persoonlijk onderzoek kon worden aangemerkt. De verzekeraar had aansluitend op een deskonderzoek een internetonderzoek verricht, waarbij slechts interne bronnen en algemeen toegankelijke internetsites werden geraadpleegd. Hoewel de betrokkene zich op het standpunt stelde dat het onderzoek moest worden aangemerkt als persoonlijk onderzoek, oordeelde het hof dat de verzekeraar om die sites te kunnen raadplegen zich geen bijzondere moeite

had getroost. De verzekeraar kon volstaan met het googelen op de naam van betrokkene en hoefde zich bijvoorbeeld geen toegang te verschaffen tot (gedeeltelijk) afgeschermd informatie. Het hof overwoog verder dat de betrokkene de informatie, door die op algemeen toegankelijke sites te plaatsen, aan eenieder, en derhalve ook aan de verzekeraar beschikbaar had gesteld. Door op deze wijze naar algemeen toegankelijke informatie op zoek te gaan, maakte de verzekeraar nog geen gebruik van bijzondere onderzoeksmethoden of -middelen. Onder deze omstandigheden was er dan ook geen sprake van een persoonlijk onderzoek.<sup>24)</sup>

Voor het instellen van een feitenonderzoek worden er in de context van de GPO geen vereisten gesteld.<sup>25)</sup> Zie in dit kader ook een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland waarin de rechter zonder veel omhaal oordeelt dat het de verzekeraar naar aanleiding van een anonieme melding – in ieder geval – vrijstond om een internetonderzoek te verrichten: “Voorts ontving [de verzekeraar] anonieme meldingen dat [de betrokkene] zijn klachten zou overdrijven. [De verzekeraar] is daarop niet voetstoots overgegaan tot het instellen van een persoonlijk onderzoek. Eerst heeft [de verzekeraar] door middel van het raadplegen van sociale media, wat [de verzekeraar] vrijstond, gekeken of de meldingen enig waarheidsgehalte hadden.”<sup>26)</sup>

## Persoonlijk onderzoek

Volgens de GPO is er sprake van een persoonlijk onderzoek indien (a) de betrokkene wordt geïnterviewd, (b) er informatie wordt ingewonnen bij derden of (c) de betrokkene wordt geobserveerd. In het kader van een persoonlijk onderzoek is ook denkbaar dat meerdere onderzoeksmiddelen of onderzoeksmethoden na elkaar of tegelijkertijd worden ingezet. In de meeste gevallen zal het observeren van betrokkene de meest verstrekkende onderzoeksmethode zijn.<sup>27)</sup> Daarentegen lijkt het inwinnen van informatie bij (bepaalde) derden en het interview met betrokkene niet in alle gevallen op voorhand een verstrekkende privacy-inbreuk met zich mee te brengen. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen of het inwinnen van informatie bij derden in alle gevallen als persoonlijk onderzoek moet worden aangemerkt. Bezien wij de rechtspraak op dit gebied, dan zien wij dat de soep inderdaad minder heet wordt gegeten dan zij wordt opgediend. De rechter lijkt – onzes inziens terecht – een uitzondering te maken voor het inwinnen van informatie bij bepaalde derden, althans gaat de rechter daar coulant mee om. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een derde wiens factuur de betrokkene heeft ingebracht ter onderbouwing van zijn claim. Hoewel de GPO in dat kader geen uitzondering maakt en iedere vorm van inwinnen van informatie bij derden aanmerkt als persoonlijk onderzoek, lijkt de rechter onderzoek naar bijvoorbeeld de bij de claim ingediende facturen en het inwinnen van

informatie bij derden daaromtrent in sommige gevallen impliciet als feitenonderzoek aan te merken.

Zo gaf de verzekeraar in een recent aan de Rechtbank Midden Nederland voorgelegde zaak opdracht om onder meer onderzoek te doen naar de door betrokkene ingebrachte facturen, waarbij “kritische vragen zijn gesteld over eisers binnen hun familie-, vrienden- en kennissenkring in Marokko”.<sup>28)</sup> De rechtbank overweegt – weliswaar ten overvloede – in dat kader expliciet dat het onderzoek van de verzekeraar in het buitenland niet als persoonlijk onderzoek kan worden gekwalificeerd.<sup>29)</sup> Naar het oordeel van de rechtbank is het wel aannemelijk dat het onderzoeksbureau inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene doordat er in het kader van het vervolgonderzoek kritische vragen zijn gesteld aan derden, maar was er in de gegeven omstandigheden voor de verzekeraar voldoende reden om te twijfelen aan de juistheid van de door betrokkene ingediende factuur en mocht de verzekeraar opdracht geven tot het doen van nader onderzoek naar die factuur. Voor de schending van de persoonlijke levenssfeer is er volgens de rechtbank in dit geval dan ook sprake van een rechtvaardigingsgrond.<sup>30)</sup>

## Medisch niet objectiveerbaar letsel

Meer dan bij andere overeenkomsten is de overeenkomst van verzekering gestoeld op vertrouwen. De betrokkene kent als geen ander de feiten met betrekking tot de verwezenlijking van het risico en de verzekeraar is (in overgrote mate) afhankelijk van de informatie die daarover door de betrokkene aan hem wordt verstrekt. Zowel bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst alsook bij de vaststelling van de omvang van de schade, zal de verzekeraar in beginsel af moeten gaan op de informatie die hij krijgt aangereikt. Mede daardoor is de overeenkomst van verzekering – meer dan andere overeenkomsten – fraudegevoelig. Het behoeft geen betoog dat de moraliteit van de betrokkene door dit vertrouwens karakter van (nog) gro(o)t(er) belang is. Evident is het belang van dit vertrouwen bij moeilijk objectiveerbaar letsel. Daarbij maakt het niet uit of de betrokkene een benadeelde derde is of een verzekerde. Ook als het gaat om een benadeelde derde is de verzekeraar immers in geval van geclaimde moeilijk objectiveerbare klachten in overgrote mate afhankelijk van de informatie die door de benadeelde derde aan hem wordt verstrekt.

Indien kort gezegd het feitenonderzoek van de verzekeraar onvoldoende uitsluitel biedt omtrent het niet objectiveerbaar letsel en de moraliteit van betrokkene aan twijfel onderhevig is, zal de mogelijkheid van het instellen van een persoonlijk onderzoek kunnen worden overwogen. Om te komen tot een beantwoording

21. Rechtbank Noord-Nederland 26 november 2014 r.o. 3.2.4 (ECLI:NL:RBNNE:2014:6661).
22. Verbond van Verzekeraars, 2015.
23. In die gevallen dat het internetonderzoek verder strekt dan enkel publiek toegankelijke bronnen, zal er onder bepaalde omstandigheden bij een internetonderzoek ook gesproken kunnen worden van een persoonlijk onderzoek. Zie ook C. Last, P. Oskam en H.H. de Vries, Fraudeonderzoek en googelende verzekeraars, *PIV-Bulletin* juni 2015, p. 11 e.v.
24. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 r.o. 6.7 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004). Vgl. ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015 r.o. 4.8 (ECLI:NL:GHARL:2015:6816), waarin het hof ogenschijnlijk moeite lijkt te hebben met de definitie van het persoonlijk onderzoek in de eerdere versie van de GPO uit 2004.
25. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 r.o. 6.7 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004).
26. Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2014 r.o. 4.3 (ECLI:NL:RBNHO:2014:5555). Zie ook B.J. Bethlehem & M. van Pelt, Registratie van persoonsgegevens door verzekeraars in geval van verzekeringsfraude, *NTHR* 2016, afl. 1 & C. Last, P. Oskam en H.H. de Vries, Fraudeonderzoek en googelende verzekeraars, *PIV-Bulletin* juni 2015 p.11 e.v. voor de toepasselijke regels van de WBP.
27. Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 r.o. 6.20 (ECLI:NL:GHARL:2016:1004). Vgl. ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2014 r.o. 4.4 (ECLI:NL:GHARL:2014:1698, waarin het hof voor het ingestelde internetonderzoek een rechtvaardiging lijkt te vinden in het uitblijven van een reactie van betrokkene op het herhaaldelijke verzoek van de verzekeraar om zelf informatie aan de medisch adviseur te verstrekken.
28. Rechtbank Midden-Nederland 13 april 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:3010).
29. R.o. 4.5.
30. Zie ook Rechtbank Den Haag 25 mei 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:5695) en Rechtbank Midden-Nederland 15 juni 2016 r.o. 5.20 (ECLI:NL:RBMNE:2016:7005), waarin de rechter coulant omgaat met het inwinnen van informatie bij derden.



## Bepaalde mate van objectivering van de klachten en beperkingen moet mogelijk zijn.



van de vraag hoe de rechter oordeelt over de inzet van persoonlijk onderzoek als het gaat om moeilijk objectiveerbaar letsel, staan wij eerst kort stil bij 'moeilijk objectiveerbaar' letsel.

Bij letselschadezaken is het aan de benadeelde om zijn schade aannemelijk te maken. Aan die eis kunnen evenwel geen al te hoge eisen worden gesteld. Discussie kan bijvoorbeeld ontstaan als de betrokkene er niet in slaagt om zijn klachten en de ernst daarvan aannemelijk te maken, bijvoorbeeld in die gevallen dat het letsel medisch niet objectiveerbaar is. Bij medisch moeilijk objectiveerbaar letsel kan men denken aan (post)whiplash associated disorder (WAD) graad 1 en 2. Zijn de in dat kader aangevoerde klachten wel medisch objectiveerbaar, dan spreekt men over een WAD 3 en 4.<sup>31</sup> Een dergelijke diagnose wordt in de praktijk vaak vastgesteld naar aanleiding van een (achterop)aanrijding.<sup>32</sup> Kenmerkend aan (post)whiplash is dat de klachten van betrokkene medisch niet geobjectiveerd kunnen worden resp. een medisch substraat voor de klachten ontbreekt. Het gaat dan onder andere om – al dan niet hevige en voortdurende – nekklachten, schouderklachten, hoofdpijn, cognitieve klachten zoals concentratiestoornissen, vergeetachtigheid en klachten van depressieve aard.

Het feit dat de klachten in medische zin niet kunnen worden geobjectiveerd, is voor de rechter geen reden om de klachten niet toe te rekenen aan het ongeval. De rechter neemt aan dat een achteropaanrijding kan leiden tot whiplashklachten en dat deze klachten mits – kort gezegd – aannemelijk in juridische zin, aan het ongeval worden toegerekend<sup>33</sup>, hetgeen doorgaans het geval is indien de klachten 'reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven' zijn (Zwolsche Algemeene / De Greef, NJ 2001/433). De vaststelling dat klachten aanwezig zijn, is niet moeilijk: als de benadeelde klachten presenteert, zijn deze er.

In de recente lagere rechtspraak zien wij dat de rechter met voornoemd juridisch kader worstelt. Zo deed de Rechtbank Limburg een interessante uitspraak in een whiplash-aanrijdingszaak. De rechtbank lijkt zich te laten leiden door het verlangen naar meer objectiviteit. Het ging in die zaak om een benadeelde die betrokken was geraakt bij een verkeersongeval. Als gevolg van het verkeersongeval stelde hij ernstige lichamelijke beperkingen te ondervinden: 'de minste inspanning zorgde volgens hem voor totale uitval'. Betrokkene claimde vergoeding van zijn schade, waaronder het verlies van verdienvermogen. De resultaten van de verrichte onderzoeken maakten echter duidelijk dat de deskundigen er rekening mee hielden dat er sprake kon zijn van onderpresteren. De rechtbank overweegt in het vonnis dat hoewel uit het criterium van Zwolsche Algemeene/De Greef volgt dat de klachten en beperkingen bij medisch moeilijk objectiveerbaar letsel een grote mate van subjectiviteit kennen, er toch een

bepaalde mate van objectivering van die klachten en beperkingen mogelijk moet zijn. De rechtbank wijst erop dat de klachten terug te voeren moeten zijn op 'daadwerkelijke bestaande (objectieve) fysieke of psychische aandoeningen', de klachten moeten immers, zo oordeelt de rechtbank, reëel zijn. Ook het criterium dat de klachten 'niet ingebeeld' mogen zijn, is voor de rechtbank een aanwijzing dat het bij de klachten niet moet gaan om puur subjectief beleefde klachten en beperkingen, maar dat de klachten objectiveerbaar moeten zijn: "Dat betekent dus niet, zoals [betrokkene] lijkt te veronderstellen, dat alleen indien er sprake is van gesimuleerde of geaggraveerde klachten of beperkingen het vereiste causale verband ontbreekt en dus geen sprake is van objectieveerbare klachten. Ook klachten of beperkingen die niet zijn gesimuleerd of geaggraveerd kunnen immers niet objectief zijn in voormelde zin (...) Met andere woorden, men kan oprecht denken dat men klachten of beperkingen heeft, terwijl die klachten er objectief gezien niet zijn (dus niet reëel, maar ingebeeld)."<sup>34</sup>

Ook de Rechtbank Midden-Nederland verlangt in een recentelijk gewezen uitspraak meer objectiviteit bij medisch niet objectiveerbaar letsel in een situatie waarbij medici en deskundigen wijzen op de mogelijkheid van onderpresteren.<sup>35</sup> De rechtbank oordeelde in die zaak dat objectief moet kunnen worden vastgesteld dat de klachten waarvan betrokkene meent dat die het gevolg zijn van het ongeval aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Volgens de rechtbank betekent het enkele feit dat het klachten betreft die naar hun aard subjectief zijn, niet dat het bewijs ervan niet geleverd kan worden. De rechtbank komt uiteindelijk tot het oordeel dat de klachten niet aan het ongeval kunnen worden toegerekend: "De jurisprudentie komt het slachtoffer weliswaar tegemoet door aan het bestaan van de klachten niet al te hoge eisen te stellen, maar dit wil niet zeggen dat slechts moet worden uitgegaan van de door de betrokkene beschreven klachten, zoals [betrokkene] betoogt. Er dient – zoveel mogelijk objectief – te worden getoetst of de geuite klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Het achterwege laten van een dergelijke objectieve (medische) realiteitstoets zou er toe leiden dat iedere klacht die (consistent) wordt geuit en iedere beperking die volgens het slachtoffer uit deze klacht voortvloeit, aan het ongeval kan worden toegerekend."<sup>36</sup> De rechtbank wijst de verzoeken van de betrokkene dan ook af. Naar het oordeel van de rechtbank kan uit de medische rapporten die zijn verricht niet worden afgeleid dat de klachten plausibel of reëel zijn. Wij menen dat in de context van de hier genoemde uitspraken waarin de deskundigen en medici daarenboven rekening houden met onderpresteren, de rechter terecht meer objectiviteit lijkt te verlangen met betrekking tot de medisch niet objectiveerbare klachten van betrokkene. Als de klachten van betrokkene medisch niet kunnen worden geob-

31. Zie P. Oskam en A.M. Reitsma, Whiplash: een andere benadering, *PIV-Bulletin* februari 2015, p.1 e.v.  
32. Zie P. Oskam en A.M. Reitsma, Whiplash: een andere benadering, *PIV-Bulletin* februari 2015, p.1 e.v.: in 2012 betrof ongeveer een derde van de verkeersongevallen in Nederland een whiplashongeval.  
33. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3507).  
34. Rechtbank Limburg 30 november 2016 r.o. 4.3 (ECLI:NL:RBLIM:2016:10506).  
35. Rechtbank Midden-Nederland 21 december 2016 (zaaknr. C/16423025/ HA RK 16-215 (niet gepubliceerd)).  
36. R.o. 4.11 e.v.

jectieveerd, noch de klachten plausibel of reëel zijn, is er voor het oordeel dat de klachten aan het ongeval kunnen worden toegerekend, geen plaats.

## Persoonlijk onderzoek in zaken met betrekking tot moeilijk objectiveerbaar letsel

De GPO beschrijft in art. 1.1 twee situaties waarin een persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld: (i) het ingestelde feitenonderzoek geeft geen of onvoldoende uitsluitsel voor het nemen van een beslissing bij een verzekeringsaanvraag, lopende verzekeringsovereenkomst, schademelding of andere aanspraak op uitkering of prestatie en (ii) er is gerede twijfel ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan.<sup>37)</sup> Zoals ook uit de definitie van het persoonlijk onderzoek in de GPO volgt, gaat het feitenonderzoek aan het persoonlijk onderzoek vooraf.

Bij medisch objectiveerbaar letsel zal het in de regel bij een feitenonderzoek blijven. Hoewel discussie over de mate van klachten en beperkingen ook in die gevallen mogelijk en niet uitzonderlijk is, zullen partijen, inclusief hun medisch adviseurs, elkaar gaandeweg de behandeling van de claim vinden. Bij medisch niet objectiveerbaar letsel is dit vaker anders. Nadat duidelijk wordt dat het letsel niet medisch geobjectiveerd kan worden, kan in sommige gevallen een langdurige discussie ontstaan. De stap van een feitenonderzoek naar een persoonlijk onderzoek zal evenwel niet gemakkelijk worden gezet. Zoals we hebben gezien, is in de GPO bepaald in welke gevallen het middel van het persoonlijk onderzoek rechtmatig kan worden ingezet resp. de stap kan worden gezet van een feitenonderzoek naar een persoonlijk onderzoek. Er zal in ieder geval in het dossier ‘genoeg’ aanleiding moeten zijn om een persoonlijk onderzoek in te stellen in de zin van de GPO. De verzekeraar zal daarbij steeds ook het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel in acht moeten nemen. In de praktijk zal de verzekeraar dan ook terughoudend zijn met het instellen van persoonlijk onderzoek. De sanctie die de civiele rechter op de niet-naleving van de GPO stelt, is immers niet mals. Daarom zal vaak veel tijd en energie geïnvesteerd worden in het feitenonderzoek. Als dan blijkt dat ook met het feitenonderzoek onvoldoende uitsluitsel kan worden verkregen voor het nemen van een beslissing, zal het persoonlijk onderzoek ingesteld kunnen worden.

Illustratief in dit kader is de eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Limburg. Het ging daarbij om een betrokkene bij wie na een jarenlang feitenonderzoek, bestaande uit het raadple-

gen van diverse deskundigen en medici, onvoldoende uitsluitsel kon worden verkregen voor het nemen van een beslissing bij de afhandeling van de schade. Betrokkene had verklaard dat hij feitelijk tot niets in staat was en presenteerde onder meer concentratie- en geheugenproblemen, verstoorde nachtrust, duizeligheid en psychische problemen. De psychiater die betrokkene had onderzocht kon geen psychiatrische stoornis vaststellen en noteerde een ‘soms wat opvallende presentatie van onvermogen met directe en accurate correctie’ en een ‘soms wat ostentatieve presentatie van klachten’. De medisch adviseurs van de verzekeraar beoordeelden het gedrag als opvallend en niet passend. Nu geen sprake was van medische gronden voor de gestelde klachten en ook de geraadpleegde deskundigen inconsistenties en discrepanties constateerden, werd het dossier overgedragen aan de afdeling Speciale Zaken en werd overgegaan tot persoonlijk onderzoek. Dit onderzoek maakte duidelijk dat betrokkene de verzekeraar over zijn klachten evidente onwaarheden had voorgehouden en dat hij tot veel meer in staat was dan hij had verklaard. De rechtbank overwoog: “[de verzekeraar] [had] voldoende aanleiding om te twijfelen over de vraag of de door [de betrokkene] geuite klachten en beperkingen reëel waren.” Uiteindelijk was er voor de verzekeraar genoeg aanleiding om te twijfelen aan de (medisch) niet objectieveerbare klachten van de betrokkene en mocht verzekeraar naar het oordeel van de rechtbank een persoonlijk onderzoek instellen.<sup>38)</sup>

In een vergelijkbare zaak oordeelde ook Rechtbank Noord-Nederland dat het de verzekeraar vrijstond om bij medisch niet objectiveerbaar letsel een persoonlijk onderzoek in te stellen. Het ging daarbij om klachten die niet alleen medisch niet objectiveerbaar waren, maar volgens de deskundige in sommige opzichten ook niet logisch waren. Toen de verzekeraar vervolgens ook een anonieme tip ontving en onderzoek op het internet duidelijk maakte dat de tip niet op voorhand van iedere betekenis ontbloot bleek, stond het de verzekeraar vrij om een persoonlijk onderzoek in te stellen, aldus de rechtbank. Met name interessant is het oordeel van de rechtbank omtrent de proportionaliteit resp. het vragen van (nadere) medewerking aan betrokkene: “Bij de aard van de fraude waarvan [betrokkene] werd verdacht – het voorwenden van lichamelijke klachten – laat zich lastig een andere vorm van controle indenken dan geheime observatie. Daarbij is voorts gesteld noch gebleken dat de duur of aard van de geheime observaties de eisen van proportionaliteit te boven gingen.”<sup>39)</sup>

De tweede situatie (in de zin van art. 1.1 GPO) waarin een persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld heeft betrekking op een gerede twijfel over de juistheid en volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude is ontstaan. De GPO definieert verzekeringsfraude



### Verzekeraars doorgaans terughoudend met instellen persoonlijk onderzoek.



37. GPO 2011. Anders dan de GPO 2004 spreekt de GPO 2011 niet meer over het nemen van een verantwoorde beslissing na het ingestelde feitenonderzoek, maar slechts over het nemen van een beslissing.
38. Rechtbank Limburg 30 november 2016 r.o. 4.8 e.v. (ECLI:NL:RBLIM:2016:10506).
39. Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2014 r.o. 4.3 e.v. (ECLI:NL:RBNHO:2014:5555).



## Subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel.



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. In 2014 heeft de Hoge Raad in zijn arrest nadere duidelijkheid op dit punt geschapen. De Hoge Raad zoekt daarbij aansluiting bij de definitie van (verzekerings)fraude in de GPO.<sup>40)</sup> Van gereede twijfel leidend tot een redelijk vermoeden van fraude is naar het oordeel van de Hoge Raad sprake indien bij de verzekeraar het vermoeden is gerezen en dit vermoeden in de gegeven omstandigheden ook in redelijkheid heeft kunnen rijzen dat de betrokkene de verzekeraar bij de uitvoering van de schadebehandeling grondig en/of structureel misleidt of heeft misleid.<sup>41)</sup>

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigde het vonnis van de rechtbank waarin werd geoordeeld dat het de verzekeraar vrijstond om een persoonlijk onderzoek in stellen nadat de betrokkene bij herhaling niet had gereageerd op het verzoek om zelf informatie aan de medisch adviseur van de verzekeraar te verschaffen en het daarop ingestelde feitenonderzoek vragen opriep.<sup>42)</sup> Uit de met het feitenonderzoek aange troffen informatie bleek dat de betrokkene, die meende psychische klachten te ondervinden, anders dan hij de verzekeraar voorhield, wel actief was als tandarts. Uit de informatie bleek voorts dat betrokkene zijn werk ondertussen had uitgebreid door twee andere tandartsenpraktijken over te nemen. Volgens de rechtbank en het hof kon de verzekeraar aan deze informatie een redelijk vermoeden van fraude ontlenen op grond waarvan vervolgens kon worden besloten om een persoonlijk onderzoek in te stellen. Gezien de ernst van de verdenking en de grote financiële belangen voor de verzekeraar was de inbreuk gerechtvaardigd en was dus ook voldaan aan de proportionaliteitseis. Het was naar het oordeel van het hof niet aannemelijk dat met een gesprek waarin de verzekeraar de betrokkene met de tegenstrijdigheden zou confronteren, dezelfde resultaten zouden zijn behaald als met het feitenonderzoek. Het hof oordeelde dat het eerder aannemelijk is dat betrokkene deze informatie voor de verzekeraar verborgen zou hebben willen houden. Daarnaast had een gesprek onvoldoende inzicht gegeven in het waarheidsgehalte van de verklaringen van betrokkene.<sup>43)</sup>

Onlangs oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het op het feitenonderzoek volgende persoonlijk onderzoek niet gerechtvaardigd was. Uit het medisch advies van de medisch adviseur van de verzekeraar bleek dat deze de zaak niet vertrouwde. Daarbij speelde ook mee dat betrokkene vóór het ongeval soortgelijke klachten had gehad vanwege een eerdere ruggenprik. Hierop werd een deskonderzoek en een internetonderzoek gestart. Daaruit bleek dat de betrokkene ondanks de whiplashklachten nog steeds actief was als dierenarts, kon paardrijden en boodschappen kon dragen, ook als haar part-

ner daarbij aanwezig was. Daarnaast bleek dat zij haar kind op haar arm kon dragen en kon deelnemen aan de activiteiten van het bedrijf dat zij met haar man had opgezet. Dit terwijl zij had aangegeven geen lasten te kunnen tillen. Het beeld dat uit dit feitenonderzoek naar voren kwam, werd door het persoonlijk onderzoek bevestigd. Het hof overwoog allereerst dat het bestaan van twijfel bij de medisch adviseurs in whiplash-zaken eerder regel is dan uitzondering en dat het in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd was dat de verzekeraar overging tot het instellen van een persoonlijk onderzoek. Bepalend in dat kader vond het hof dat de informatie die met het feitenonderzoek werd verkregen reeds bij de verzekeraar bekend was en in redelijkheid niet het vermoeden kon doen postvatten dat betrokkene de verzekeraar bij de uitvoering van de schadeafhandeling misleidde. Nu de verzekeraar twijfelde over de frequentie van het paardrijden, had deze naar het oordeel van het hof de betrokkene daarover vragen kunnen stellen. Niet was gebleken dat betrokkene in die zin niet betrouwbaar zou zijn. Evenmin deed zich volgens het hof de situatie voor dat betrokkene structureel weigerde medewerking te verlenen aan de schadeafhandeling.<sup>44)</sup> Dit terwijl de rechter in eerste aanleg juist had overwogen dat het voor de verzekeraar in een situatie als de onderhavige heel lastig was om zich te verweren: “De rechtbank overweegt dat omdat de stellingen van [betrokkene] niet inhouden dat zij niets meer kan, maar zij opgeeft dat zij weinig meer kan, het voor [de verzekeraar] buitengewoon lastig is om zich te verweren: [de verzekeraar] kan immers slechts wijzen op wat zij waarneemt, maar kan bij gebreke van een 24-uurs controle nauwelijks onderbouwen dat [betrokkene] veel méér doet dan de incidenten die zij zelf erkent.” De rechtbank legt de vinger hier wat ons betreft op de zere plek. In een situatie waarin de betrokkene de verzekeraar klachten en beperkingen voorhoudt, die erop neerkomen dat de betrokkene wél in staat is om de ‘dagelijkse activiteiten’ te verrichten, maar niet in staat is om bijvoorbeeld te werken, zal het voor de verzekeraar zonder het middel van het persoonlijk onderzoek heel lastig zijn om zicht te krijgen op de daadwerkelijke beperkingen van betrokkene.

Die zere plek wordt ook duidelijk in de uitspraak in een zaak waarin de eigenaar van een stratenmakersbedrijf na een ongeval op de werkplek, de verzekeraar whiplashachtige klachten voorhoudt. Zo laat betrokkene de verzekeraar weten dat hij ‘een wrak is die het huis niet uitkomt’. Uit onderzoek blijkt evenwel dat betrokkene tot veel meer in staat is en dat betrokkene wedstrijden fietst, aan meerdere edities van de Amstel Goldrace heeft meegedaan en op de fiets de Alpe d’Huez heeft beklommen. Daarnaast blijkt onder meer dat hij lange marsen heeft gelopen en herhaaldelijk voetbalwedstrijden van een club heeft bezocht, alwaar hij ook actief is als sponsor.<sup>45)</sup> In de procedure wordt duidelijk dat het gaat om informatie die betrokkene – weliswaar in beperktere mate – reeds

40. Hoge Raad 18 april 2014 r.o. 3.4.3 (ECLI:NL:HR:2014:942).

41. Hoge Raad 18 april 2014 r.o. 3.4.3 (ECLI:NL:HR:2014:942).

42. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2014 r.o. 4.4 (ECLI:NL:GHARL:2014:1698).

43. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2014 r.o. 4.8 (ECLI:NL:GHARL:2014:1698).

44. Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016 r.o. 6.18 e.v. (ECLI:NL:GHARL:2016:1004).

45. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015 r.o. 4.37 (ECLI:NL:GHARL:2015:6816). Opmerking verdient dat deze zaak zich afspeelt onder de vigeur van de GPO 2004, waarbij nog een zekere overlap bestond tussen het feitenonderzoek en het persoonlijk onderzoek. In casu gaat het om een door de verzekeraar verricht internetonderzoek. Het hof laat in het midden of het een feitenonderzoek of persoonlijk onderzoek betreft. Op basis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit komt het hof tot het oordeel dat het onderzoek in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was.

ten tijde van de aanvang van het onderzoek had gedeeld met de verzekeraar. Zo wist de verzekeraar dat betrokkene vóór het ongeval een fervente sporter was en dat hij ook na het ongeval soms een half uurtje tot maximaal een uurtje fietste. Hoewel het hof oordeelt dat het beperkte onderzoek in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is, komt het tot het oordeel dat opzettelijke misleiding niet is komen vast te staan: “het hof is van oordeel dat negatieve uitlatingen over de eigen mogelijkheden en beperkingen ná het ongeval in dat licht dienen te worden beschouwd. Het moge zo zijn dat voor een ander persoon de prestaties van [appellant] na het ongeval nog heel behoorlijk zouden zijn, voor [appellant] ligt dat echter anders. Het gaat er dan ook om of bij [appellant] sprake is van beperkingen als gevolg van het ongeval. Daarvoor is mede bepalend de situatie van [appellant] vóór het ongeval.” Wel is volgens het hof sprake van onderpresteren: “Dit onderpresteren acht het hof, zoals hiervoor reeds geoordeeld, niet van dien aard dat reeds op basis daarvan kan worden geconcludeerd dat er sprake is van onrechtmatig handelen. Onderpresteren kan een effect zijn van het letselschadeproces op het slachtoffer, waarbij niet uit dien hoofde reeds kan worden geconcludeerd dat sprake is van fraude.”<sup>46</sup> Deze uitspraak maakt wat ons betreft duidelijk dat de rechter terughoudend is met het kritisch beoordelen van de aanwezigheid en het causaal verband van whiplashklachten. Afgaande op de uit de gepubliceerde uitspraak blijkende feiten menen wij dat er in deze zaak genoeg aanleiding is om kritisch(er) te kijken naar de onderbouwing van de klachten die betrokkene de verzekeraar voorhoudt.<sup>47</sup> Nu een medisch substraat voor de klachten ontbreekt en de rechter aanneemt dat sprake is van onderpresteren, merken wij voorzichtig op dat er aanleiding is om aan het leveren van causaal verband hoge(re) eisen te stellen.

De gerede twijfel over de juistheid en de volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek die de opmaat vormen voor het instellen van een persoonlijk onderzoek, hoeft niet per se te zien op het letsel van betrokkene dat medisch niet geobjectiveerd kan worden. Ook indien de betrokkene tegenstrijdig verklaart omtrent een ingediende factuur of eerdere claim, kan er reden zijn om het onderhanden feitenonderzoek uit te breiden en een persoonlijk onderzoek in te stellen. Illustratief in dit kader is de eerder besproken uitspraak van de Rechtbank Den Haag. Bij navraag bij een andere verzekeraar bleek dat betrokkene tegenstrijdig had verklaard over een eerdere claim. De rechtbank overwoog daaromtrent dat de tegenstrijdigheden in de verklaringen van betrokkene voor de verzekeraar afdoende reden waren om destijds het feitenonderzoek uit te breiden. Toen ook met de naar aanleiding daarvan gevonden informatie de gerede twijfel over de juistheid en volledigheid van de feiten en omstandigheden werd gevoed, was het gerechtvaardigd om het persoonlijk onderzoek op te starten. Naar het oordeel van de rechtbank was het daarbij niet nodig om de resultaten van het feitenonderzoek eerst aan de betrokkene voor te leggen, omdat de betrokkene niet langer zonder meer als betrouwbaar kon worden aangemerkt en

er via hem niet langer het benodigde uitsluitsel kon worden verkregen.<sup>48</sup>

Dat een beroep op beide in art. 1.1 GPO genoemde situaties voor het instellen van een persoonlijk onderzoek<sup>49</sup> ook mogelijk is, volgt uit de uitspraak van Rechtbank Amsterdam: “[de verzekeraar] heeft zich, blijkens het rapport betreffende het feitenonderzoek (...), beroepen op zowel grond [i] als [ii]. De rechtbank zal in het navolgende daarom beoordelen of één van de hiervoor genoemde gronden zich heeft voorgedaan en of [de verzekeraar] bij de beslissing over het instellen van het onderzoek de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht heeft genomen.” Uiteindelijk komt de rechtbank tot het oordeel dat de resultaten van het feitenonderzoek een persoonlijk onderzoek niet kunnen rechtvaardigen. Uit het feitenonderzoek was namelijk gebleken dat betrokkene actief was op diverse forums en diverse blogs schreef. Daarnaast bleek dat betrokkene actief op zoek leek te zijn naar zaken gerelateerd aan recruitment en dat ze een actiever sociaal leven leek te hebben dan wat ze had verklaard. Dit terwijl de aangezochte medici eerder rapporteerden dat betrokkene een scala aan klachten en beperkingen presenteerde en de betrokkene had verklaard nauwelijks belastbaar te zijn.<sup>50</sup> Nu het feitenonderzoek geen aanleiding kon geven tot het instellen van een persoonlijk onderzoek, oordeelt de rechtbank dat dit onderzoek onrechtmatig is. Hoewel uit het persoonlijk onderzoek onder andere bleek dat betrokkene op verschillende dagen ging winkelen, zij herhaaldelijk werd waargenomen terwijl zij gevulde tassen bij zich droeg, zij als begeleider van schoolkinderen op een ijsbaan aanwezig was en dat zij sportte in een sportschool, oordeelde de rechtbank dat uit de waargenomen activiteiten niet bleek dat betrokkene activiteiten zou hebben verricht die zij niet zou kunnen op grond van de verklaringen die zij daarover tegen de verzekeraar had afgelegd. Aldus oordeelde de rechtbank dat ook als het persoonlijk onderzoek niet onrechtmatig zou zijn geweest, daaruit voor de rechtbank niet zou volgen dat de betrokkene de verzekeraar zou hebben misleid of welbewust onjuiste informatie zou hebben verschaft.<sup>51</sup> Het is begrijpelijk dat de verzekeraar onder bepaalde omstandigheden het feitenonderzoek verder uitbreidt, bijvoorbeeld naar een deskonderzoek of een internetonderzoek. Denkbaar is ook dat het feitenonderzoek aanleiding geeft tot het instellen van een persoonlijk onderzoek. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake zijn indien de betrokkene de verzekeraar voorhoudt niets meer te kunnen, maar uit een feitenonderzoek van de verzekeraar het tegendeel blijkt. Vooral bij klachten die niet objectiveerbaar zijn, welke daarenboven uitsluitend gestoeld zijn op de anamnese van de betrokkene, zal het voor de verzekeraar heel lastig zijn om op een andere wijze onderzoek te doen naar de klachten van betrokkene, dan door het instellen van een persoonlijk onderzoek. Echter, met de rechtbank zijn wij van oordeel dat het onder deze omstandigheden ingestelde persoonlijk onderzoek niet rechtmatig is. Uit de informatie die het feitenonderzoek opleverde bleek namelijk niet dat er bij de verzekeraar een redelijk vermoeden



*Onderpresteren kan een effect zijn van het letselschadeproces op het slachtoffer.*



46. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015 r.o. 4.37 e.v. (ECLI:NL:GHARL:2015:6816).
47. Zie ook Rechtbank Limburg 30 november 2016 r.o. 4.3 (ECLI:NL:RBLIM:2016:10506) en Rechtbank Midden-Nederland 21 december 2016 (zaaknr. C/16423025/ HA RK 16-215 (niet gepubliceerd)).
48. Zie Rechtbank Den Haag 25 mei 2016 r.o. 4.3 (ECLI:NL:RBDHA:2016:5695).
49. Art. 1.1 GPO: (i) het ingestelde feitenonderzoek geeft geen of onvoldoende uitsluitsel voor het nemen van een beslissing bij een verzekeringsaanvraag, lopende verzekeringsovereenkomst, schademelding of andere aanspraak op uitkering of prestatie en (ii) er is gerede twijfel ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan.
50. Rechtbank Amsterdam 2 januari 2014 r.o. 2.4 e.v. (ECLI:NL:RBAMS:2014:10).
51. R.o. 4.9.





## Roep om meer objectieve toetsing.



van verzekeringsfraude kon ontstaan, noch informatie op grond waarvan door de verzekeraar kon worden betoogd dat het ingestelde feitenonderzoek onvoldoende uitsluitend gaf voor het nemen van een beslissing bij de afhandeling van de schade. Daarmee is dan de kous af en zal er op grond van de GPO geen persoonlijk onderzoek mogen worden ingesteld. Voor de verstrekking van privacy-inbreuk die het persoonlijk onderzoek voor de betrokkene met zich meebrengt, ontbreekt in de gegeven omstandigheden een 'rechtvaardiging'.<sup>52)</sup>

### Conclusie

Gezien de aard van de verzekeringsovereenkomst is deze overeenkomst, meer dan andere overeenkomsten, gevoelig voor fraude. Dat met verzekeringen veelvuldig wordt gefraudeerd, blijkt uit de cijfers afkomstig uit de verzekeringsbranche. Daarbij gaat het zowel om fraude door verzekerden als om fraude door derde-benadeelden. In de strijd tegen verzekeringsfraude heeft de verzekeraar de beschikking over een beperkt aantal middelen. Een daarvan is het persoonlijk onderzoek dat volgt op het feitenonderzoek. Vanwege de mogelijk verstrekking van privacy-inbreuk die de inzet van het middel van persoonlijk onderzoek met zich brengt, is de inzet van dit middel onderworpen aan de regels van de GPO. Aan de hand van de GPO toetst de civiele rechter of een onderzoek een feitenonderzoek of een persoonlijk onderzoek is. In het verleden daarvan beoordeelt de civiele rechter aan de hand van de GPO of het onderzoek in kwestie rechtmatig is en of de daarmee verkregen informatie moet worden uitgesloten van bewijs.

In dit artikel hebben wij ingezoomd op fraudeonderzoek in zaken met betrekking tot moeilijk objectiveerbaar letsel. In de hierboven aangehaalde lagere rechtspraak valt ons op dat de roep om meer objectieve toetsing – in ieder geval bij zaken waarin sprake is van extreme, onlogische klachten en/of onderpresteren – zich meer lijkt te doen voelen. Als klachten van betrokkene medisch niet geobjectiveerd kunnen worden, noch plausibel of reëel zijn, is er voor het oordeel dat de klachten aan – bijvoorbeeld – de aanrijding kunnen worden toegerekend, geen plaats. Het gebrek aan objectiviteit is dan ook in sommige gevallen waarin sprake is van moeilijk objectiveerbaar letsel aanleiding voor discussie tussen partijen en uiteindelijk mogelijk ook reden voor het instellen van een persoonlijk onderzoek.

Het behoeft geen betoog dat het enkele feit dat sprake is van medisch moeilijk te objectiveren letsel geen reden oplevert voor het instellen van een persoonlijk onderzoek. Uit de in dit artikel besproken rechtspraak volgt dat dit anders kan zijn indien sprake is van een 'bizar', onlogisch klachtenpatroon, dat 'niet past binnen het algemene concept van een postwhiplashsyndroom'.<sup>53)</sup> Naar onze mening ligt het voor de hand dat in zo'n geval wel eerst middels

medisch onderzoek wordt uitgesloten dat de klachten in een bepaald ziektebeeld passen. Wanneer minder evident is dat de gepresenteerde klachten zo extreem zijn dat simulatie niet kan worden uitgesloten, menen wij dat de verzekeraar tegen de achtergrond van de GPO meer aanleiding moet hebben voor persoonlijk onderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van een anonieme tip.<sup>54)</sup>

Ook de gebleken onbetrouwbaarheid van betrokkene, bijvoorbeeld doordat hij tegenstrijdig heeft verklaard omtrent een eerdere claim, kan aanleiding zijn om het feitenonderzoek uit te breiden. Als vervolgens het feitenonderzoek meer twijfel doet ontstaan dan deze weg te nemen, kan een persoonlijk onderzoek gerechtvaardigd zijn.

Gedacht kan voorts worden aan de betrokkene die op herhaaldelijke verzoeken weigert zelf aan de medisch adviseur van de verzekeraar informatie te verstrekken. Uit de rechtspraak blijkt immers dat de rechter – naar ons oordeel terecht – oordeelt dat de verzekeraar waar mogelijk eerst alle voor de claimbeoordeling benodigde informatie bij de betrokkene moet uitvragen. Pas als sprake is van 'structureel weigeren van medewerking'<sup>55)</sup> kan aan het in de GPO opgenomen subsidiariteitsbeginsel zijn voldaan. Juist in geval van een verdenking van fraude bij moeilijk objectiveerbaar letsel is het wat ons betreft de vraag hoever de verzekeraar moet gaan met het voorleggen aan betrokkene van tegenstrijdigheden. Indien een betrokkene daadwerkelijk fraudeert, laat zich immers lastig een andere vorm van controle daarop indenken dan heimelijke observatie.<sup>56)</sup> Wij menen dan ook dat de aard van het letsel kan meebrengen dat aan het mogen instellen van persoonlijk onderzoek andere eisen worden gesteld.

Het recht op privacy van betrokkene dient vanzelfsprekend te worden gewaarborgd. Vooral in zaken waarin het gaat om moeilijk objectiveerbaar letsel heeft de verzekeraar echter een evident onderzoeksbelang, en kan het persoonlijk onderzoek onder omstandigheden zelfs het enige middel zijn waarmee hij de klachten van betrokkene kan verifiëren.

52. Met betrekking tot het oordeel van de rechtbank dat uit de waargenomen activiteiten niet zou blijken dat betrokkene tot meer in staat zou zijn dan zij eerder jegens de verzekeraar had verklaard, zouden wij het graag willen omdraaien. Afgaande op de informatie uit de uitspraak lijkt wat ons betreft uit de waargenomen activiteiten geen sprake te zijn van iemand die nauwelijks belastbaar is, noch worden de klachten bevestigd.

53. Rechtbank Limburg 30 november 2016 (ECLI:NL:RBLIM:2016:10506).

54. Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2014 (ECLI:NL:RBNHO:2014:5555).

55. Zie bijv. Rechtbank Amsterdam 2 januari 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:10).

56. Zie Rechtbank Noord-Holland 16 juni 2014 (zaaknr. C/16423025/ HA RK 16-215 (niet gepubliceerd)).