

Tijdschrift voor
Vergoeding
Personenschade

ZEVENTIENDE JAARGANG • 2014 • NR. 3

Artikelen

PROF. MR. W.H. VAN BOOM EN MR. M. DE JONG
Het Experiment resultaatgerelateerde beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking

MR. H.H. DE VRIES EN MR. P. OSKAM
Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

DR. B. SORGDRAGER
Beroepsziekten in Europa
Nederland koploper?

Jurisprudentie

MR. E. PANS
Hoger beroep van deelgeschillen beperkt mogelijk via
doorbrekingsjurisprudentie

Inhoud

Artikelen

PROF. MR. W.H. VAN BOOM EN MR. M. DE JONG
Het Experiment resultaatgerelateerde beloning –
verwachtingen over werking en doelbereiking 69

MR. H.H. DE VRIES EN MR. P. OSKAM
Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig
verkregen bewijsmateriaal 77

DR. B. SORGDRAGER
Beroepsziekten in Europa
Nederland koploper? 85

Jurisprudentie

MR. E. PANS
Hoger beroep van deelgeschillen beperkt mogelijk
via doorbrekingsjurisprudentie 89

TIJDSCHRIFT VOOR VERGOEDING PERSONENSCHADE
TVP 2014/afl. ... p. ...

FORMULE

Het *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade (TVP)* volgt de ontwikkelingen op het gebied van de personenschaderegeling op de voet. Het tijdschrift is multidisciplinair van opzet en biedt niet alleen ruimte voor de juridische invalshoek, maar ook voor andere bij de schaderegeling betrokken disciplines, zoals die van arbeidsdeskundigen, schaderegelaars, verzekeringsdeskundigen en artsen.

REDACTIE

Prof. mr. A.J. Akkermans, hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam
Dr. mr. N.H.Th. Croon, verzekeringsarts, medisch adviseur De Amersfoortse
Mr. Chr.H. van Dijk, advocaat bij Kennedy Van der Laan, gespecialiseerd in aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (voorzitter)
Mw. mr. drs. G. de Groot, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden
Mw. prof. mr. A.L.M. Keirse, hoogleraar Burgerlijk Recht en raadsheer Gerechtshof Arnhem
Mr. F.Th. Kremer, directeur Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV)
Mw. mr. V. Oskam, advocaat bij Van Traa Advocaten te Rotterdam
Mw. mr. dr. R. Rijnhout, universitair docent aan de Universiteit Utrecht
Mw. mr. H.M. Storm, advocaat afdeling Rechtshulp ANWB
Mr. A.J. Van, advocaat bij Beer Advocaten en universitair docent aan de Vrije Universiteit te Amsterdam
Mr. L.J.F.E. de Wijkerslooth, adviseur personenschade en mediator bij Pi-advice te Arnhem

MEDEWERKERS

Mw. R.E.E.M. Artoos, directeur Artoos Expertise, arbeidsdeskundig bureau
Mw. mr. E.P. Ceulen, Nijssingh Dijkstra De Graaff Advocaten en Notarissen
Mw. mr. F.M. Ruitenbeek-Bart, advocaat bij Pels Rijken & Drooglever Fortuijn
Mr. A.J. Schoonen, advocaat bij Achmea Personenschade
Dr. B. Sorgdrager, bedrijfsarts Nederlands Centrum voor Beroepsziekten

REDACTIESECRETARIAAT

Richtlijnen voor het aanleveren van een bijdrage kunnen worden opgevraagd bij de redactiesecretaris mw. K. de Pré, info@deprefix.nl.

AANWIJZING VOOR AUTEURS

Een auteur die een bijdrage voor dit tijdschrift aanlevert, geeft de uitgever tevens een niet-exclusief recht de bijdrage geheel of gedeeltelijk op te nemen in de door Boom Juridische uitgevers (al dan niet in samenwerking met derden) geëxploiteerde database(s).

OPEN ACCESS BELEID

Zes maanden na verschijning van het artikel staat het de auteur vrij om de definitieve pdf van zijn wetenschappelijke publicatie op het internet toegankelijk te maken. Voor meer informatie zie www.bju.nl/open_access. Boom Juridische uitgevers gaat ervan uit dat de auteur akkoord is met de daar te vinden licentievoorwaarden.

UITGEVER

Boom Juridische uitgevers
Paleisstraat 9
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
tel. 070-330 70 33
fax 070-330 70 30
e-mail info@bju.nl
website www.bju.nl

ABONNEMENTEN

TVP verschijnt elk kwartaal. De abonnementsprijs voor 2014 bedraagt € 208,95 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het onlinearchief én een e-mailattending. Kijk op www.bjutijdschriften.nl voor meer informatie. Voor de opbergband wordt eenmalig € 7 (excl. btw) in rekening gebracht.

Voor een abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl. Het abonnement kunt u tevens afsluiten via www.bjutijdschriften.nl.

ADVERTENTIES

Voor het plaatsen van een advertentie in dit tijdschrift kunt u contact opnemen met Bureau BDM, tel. 0172-23 44 60, e-mail bdmbv@euronet.nl.

ISSN 1388-2066


**Nederlands
uitgeversverbond**
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Het Experiment resultaatgerelateerde beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking

*Prof. mr. W.H. van Boom en mr. M. de Jong**

1. Inleiding

Op 1 januari 2014 trad de Verordening experimenteerbepaling resultaatgerelateerde beloning (hierna: Verordening) in werking.¹ Daarmee is een experiment van start gegaan waarbij het voor advocaten wordt toegestaan om met hun cliënt in letselschade- en overlijdensschadezaken een resultaatgerelateerde beloning overeen te komen. Het experiment is opgenomen in de Verordening op de praktijkuitoefening in de vorm van een uitzondering onder nadere voorwaarden op het verbod van resultaatgerelateerde beloning. Het experiment zal vijf jaar duren en er zullen tussentijds evaluaties plaatsvinden.²

Nu het experiment onlangs van start is gegaan, dient deze bijdrage ertoe om, mede aan de hand van enkele vraaggesprekken met advocaten, rechters en verzekeringdeskundigen, stil te staan bij de vraag welke verwachtingen er onder advocaten, rechters en verzekeraars leven over de werking van deze nieuwe honoreringswijze en te bezien of te verwachten is dat het experiment aan zijn doel zal beantwoorden. De bevindingen die wij hier presenteren, geven een indicatie van die verwachtingen. Daarmee kunnen de bevindingen relevant zijn bij de evaluaties van het experiment die te zijner tijd zullen worden ondernomen. De opzet van deze bijdrage is als volgt. Allereerst zal in paragraaf 2 het experiment en zijn vormgeving worden uitgelegd. In paragraaf 3 analyseren wij aan de hand van de vraaggesprekken welke verwachtingen er over de werking en doelbereiking van het experiment zoal bestaan. Vervol-

gens komen we in paragraaf 4 tot een analyse van de resultaten.³

2. Het experiment

2.1 Achtergrond

Het experiment is niet uit de lucht komen vallen. Er wordt al langere tijd gepleit voor meer beweegruimte voor de letselschadeadvocatuur als het gaat om honoreringsafspraken. Zoals bekend zijn juridische dienstverleners in deze branche die geen advocaat zijn, niet beperkt in het maken van resultaatgerelateerde beloningsafspraken. De roep om meer flexibiliteit ten behoeve van de advocatuur lijkt dus mede te worden ingegeven door de behoefte aan een 'gelijk speelveld'. Niettemin bestaat er ook kritiek op het idee van resultaatgerelateerde beloning. Zo is de eerdere poging om resultaatgerelateerde beloning toe te staan, gestrand. De betreffende verordening werd in 2005 door de minister van Justitie vernietigd wegens strijd met het algemeen belang.⁴ Advocaten krijgen door een resultaatgerelateerde beloning namelijk een eigen belang bij de zaak en zij zouden hierdoor hun onafhankelijkheid verliezen, aldus de minister.

Inmiddels zijn we een aantal jaren verder. Een nieuwe variant, gepropageerd door een aantal slachtofferadvocaten, is thans door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) vormgegeven in een experiment.⁵ Vanwege de kritiek op resultaatgerelateerde beloning is er gekozen voor een looptijd van vijf jaar 'of zoveel eerder als blijkt dat genoemd artikel leidt tot misbruik of andere ongewenste effecten, waaronder begrepen excessieve declaraties'.⁶ Bovendien zijn de deelnemende advo-

* Prof. mr. W.H. van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. M. de Jong was studente master Aansprakelijkheid en Verzekering aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en is inmiddels schadebehandelaar bij Allianz Nederland Schadeverzekeringen. Zij schrijft op persoonlijke titel. De bijdrage werd afgesloten in augustus 2014 en bouwt voort op de resultaten van de afstudeerscriptie die de tweede auteur onder begeleiding van de eerste auteur schreef aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteurs danken de twaalf respondenten die bereidwillig deelnamen aan de interviews en toestemming gaven voor het weer-geven van hun antwoorden in deze bijdrage.

1. Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde beloning), vastgesteld door het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten van 25 juli 2013, Stcrt. 2013, 20779.
2. Nota van toelichting op de Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde beloning), Stcrt. 2013, 20779, p. 8. Vgl. M. Maathuis, Politiek kaapt van de Orde experiment met no cure, no pay, Advocatenblad 2013, afl. 4, p. 12.

3. We besteden in deze bijdrage overigens geen aandacht aan de verhouding van het experiment tot andere bronnen van financiering van rechtshulp, zoals de Wet op de rechtsbijstand (WRB) of de particuliere rechtsbijstandverzekering.
4. Besluit van 9 maart 2005, houdende vernietiging van de Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde beloning) van de Nederlandse Orde van Advocaten van 25 maart 2004, Stb. 2005, 123, p. 5. Daarover bijv. M.G. Faure & T. Hartlief, Claimcultuur en beloningssystemen, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 153 e.v. en p. 162 e.v.
5. P. Louwerse, *No cure no pay*: uitkomst bij onzekere zaken, Advocatenblad 2012, afl. 13, p. 27.
6. Art. 4 lid 1 Verordening.

caten verplicht om een aantal gegevens bij te houden omtrent het gebruik en het resultaat van de afspraak.⁷ Deze gegevens zal de Raad van Toezicht gebruiken ten behoeve van de evaluatiemomenten.

2.2 Werkingsbereik

Het uitgangspunt voor het experiment is 'het bieden van een grotere toegang tot het recht voor een specifiek segment van rechtzoekenden', met name diegenen die niet in aanmerking komen voor gesubsidieerde rechtsbijstand.⁸ Om die toegang te vergroten is het de advocaat toegestaan om met een cliënt (natuurlijk persoon) in een letselschade- of overlijdensschadezaak een resultaatgerelateerd honorarium overeen te komen. Dat is slechts toegestaan 'indien de aansprakelijkheid niet aanstonds is erkend of redelijkerwijs vast staat dan wel problemen van enige importantie in de sfeer van schade of causaliteit voorzienbaar zijn'.⁹ Het idee is dat een resultaatgerelateerd honorarium alleen toelaatbaar is 'wanneer de zaak niet zonneklaar is', omdat de advocaat anders met weinig inspanning een onredelijke beloning in de wacht zou slepen.¹⁰ Bij erkende of vaststaande aansprakelijkheid, een helder causaal verband tussen gebeurtenis en schade of de duidelijke aanwezigheid van schade bij de cliënt mag de advocaat dus niet contracteren op basis van het resultaatgerelateerde honorarium.¹¹ De Verordening regelt niet hoe dit werkingsbereik getoetst moet worden, wie die toetsing verricht en wat het rechtsgevolg is van de vaststelling (achteraf) dat het dossier zich buiten dat werkingsbereik bevond, bijvoorbeeld omdat de advocaat in redelijkheid niet kon menen dat problemen van causaliteit voorzienbaar waren.

2.3 Vier kernelementen van resultaatgerelateerde beloning

Indien de zaak binnen het hierboven geschetste werkingsbereik valt, is het partijen toegestaan om in de overeenkomst van opdracht aan de advocaat een resultaatafhankelijke en -gerelateerde uurtariefbeloning op te nemen. Die beloning bestaat dan uit vier elementen.

Het eerste element is dat de advocaat geen beloning krijgt indien hij 'in het geheel geen financieel resultaat' voor de cliënt heeft bereikt (*no win, no fee*).¹²

Het tweede element is dat de advocaat een verhoogd uurtarief in rekening mag brengen (*success fee*) als hij wél enig 'financieel resultaat' bereikt. Het gaat dus om een ruimer begrip dan 'winnen' en 'verliezen' in een procedure, omdat schikkingsresultaat immers óók resultaat is. Het verhoogde

uurtarief wordt afgemeten aan het 'gebruikelijke uurtarief van de advocaat'.¹³ Dat laatste begrip is niet gedefinieerd, gereguleerd of gemaximeerd; het is aan de advocaat zelf om zijn 'gebruikelijke uurtarief' te bepalen. De verhoging is 100% of 150% (dat wil dus zeggen: het gebruikelijke uurtarief maal twee respectievelijk tweeënhalve), afhankelijk van welke variant partijen kiezen.¹⁴ De twee varianten noemen we hierna variant A en variant B.

Het derde element is het beloningsplafond. De grondslag voor de beloning is het daadwerkelijk bestede aantal uren aan het bereiken van het financiële resultaat, maar daarbij geldt een plafond van 25% onder variant A en 35% onder variant B van het feitelijk verkregen 'financieel resultaat'.¹⁵ Dat laatste begrip is gedefinieerd als 'het totaal van de ontvangen hoofdsom, rente, kostenvergoedingen, inclusief vergoeding op grond van artikel 6:96 Burgerlijk Wetboek en (proces)kostenveroordelingen'.¹⁶ Het plafond is inclusief kantoorkosten en btw, zodat die kostenposten niet nog eens boven op het plafond in rekening gebracht kunnen worden.

Het vierde element betreft het risico van de 'specifieke kosten'. Onder specifieke kosten worden in elk geval verstaan 'de reiskosten van de advocaat, kosten van medische adviezen en medische informatieverstrekking in opdracht van de advocaat, kosten in verband met toedrachtsonderzoeken of inschakeling van rekenbureaus, arbeidsdeskundigen en schade-experts in opdracht van de advocaat, kosten van getuigen en tolken, deurwaarderskosten, kosten van gerechtelijk of buitengerechtelijk tussen partijen benoemde deskundigen, het griffierecht, alsmede het bedrag van een eventuele kostenveroordeling van de rechtzoekende'.¹⁷

Bij variant A is als gezegd de verhoging van het gebruikelijke uurtarief maximaal 100% en het beloningsplafond maximaal 25% van het behaalde financiële resultaat.¹⁸ Bij deze variant blijven de specifieke kosten voor rekening van de rechtzoekende. Bij variant B mag de advocaat maximaal 150% van zijn uurtarief overeenkomen en is zijn honorarium beperkt tot maximaal 35% van het uiteindelijk behaalde resultaat.¹⁹ De specifieke kosten komen bij deze variant voor risico van de advocaat, zodat de cliënt in het geheel geen financieel risico loopt. Daar staat tegenover dat de advocaat een hoger percentage als beloningsplafond mag hanteren.²⁰ Indien de advocaat wél een financieel resultaat in de zaak behaalt voor zijn cliënt, dan moet de cliënt de specifieke kosten echter wél terugbetalen voor zover het te verkrijgen financiële resultaat daarvoor ruimte biedt.²¹ Dat betekent dat de cliënt in geval van winst ook onder variant B uit het bruto financiële resultaat naast het aantal bestede uren tegen het 150% verhoogde uurtarief met

7. Art. 3 lid 6 en 7 Verordening.

8. Nota van toelichting, p. 4. Het is de advocaat niet toegestaan om een *no cure, no pay*-afspraak te maken met een rechtzoekende die in aanmerking komt voor gesubsidieerde rechtsbijstand, tenzij de rechtzoekende hier uitdrukkelijk van afziet (art. 3 lid 2 Verordening).

9. Art. 3 lid 1 Verordening. De Verordening zegt niet uitdrukkelijk dat de honorariumafspraken gemaakt moet worden bij aanvang van de overeenkomst van opdracht en niet op een later tijdstip.

10. Nota van toelichting, p. 5.

11. Art. 3 lid 1 Verordening.

12. Art. 3 lid 1 Verordening.

13. Art. 3 lid 3 en 4 Verordening.

14. Art. 3 lid 3 en 4 Verordening.

15. Art. 3 lid 3 en 4 Verordening.

16. Art. 1 aanhef en onder b Verordening.

17. Art. 1 aanhef en onder e Verordening.

18. Art. 3 lid 3 Verordening.

19. Art. 3 lid 4 Verordening.

20. Nota van toelichting, p. 6.

21. Art. 3 lid 4 Verordening; nota van toelichting, p. 6.

Honorering op basis van uurtarief	Resultaatgerelateerde beloning Variant A	Resultaatgerelateerde beloning Variant B
Advocaat declareert gebruikelijk uurtarief, ongeacht uitkomst. Benaardeelde draagt alle specifieke kosten, ongeacht uitkomst.	Advocaat declareert verhoogd uurtarief (max. 100% verhoogd) als hij wint, met een max. van 25% van financieel resultaat. Bij verlies declareert advocaat niets. Benaardeelde draagt alle specifieke kosten, ongeacht uitkomst.	Advocaat declareert verhoogd uurtarief (max. 150% verhoogd) als hij wint, met een max. van 35% van financieel resultaat. Bij verlies declareert advocaat niets. Bij winst draagt benaardeelde alle specifieke kosten. Bij verlies draagt advocaat deze kosten.

een plafond van 35% ook nog de specifieke kosten moet betalen.

Schematisch kunnen de varianten A en B aldus worden geplaatst tegenover de gebruikelijke honorering volgens uurtarief, zie bovenstaande tabel.

Wat betreft de verhouding tussen de regeling van de buitengerechtelijke kosten (BGK; art. 6:96 van het Burgerlijk Wetboek, BW) en de resultaatsafhankelijke beloning volstaan we hier met enkele opmerkingen. Voor de verhaalbaarheid van BGK op de aansprakelijke verandert er niets, in die zin dat gewoon de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 BW blijft gelden. Verzekeraars en rechters zullen de buitengerechtelijke kosten dus op dezelfde manier beoordelen als voorheen en in die zin behoort het bestaan van een resultaatsafhankelijke afspraak geen verandering naar buiten toe teweeg te brengen. Wanneer de BGK-vergoeding lager is dan het bedrag dat de advocaat toekomt wegens de gemaakte afspraak, hetgeen in de regel het geval is wanneer een verhoogd uurtarief wordt gehanteerd, dan zal de cliënt bij winst het verschil moeten bijleggen.²² Het is overigens niet toegestaan dat de advocaat én de BGK-vergoeding én de resultaatsafhankelijke beloning toucheert; dubbele declaraties zijn niet toegestaan en daarom wordt de BGK tot het financiële resultaat gerekend.²³

2.4 Contractuele inbedding

De honoreringsafpraak moet in een door beide partijen ondertekende schriftelijke overeenkomst worden neergelegd.²⁴ Ter uitvoering van de Verordening hebben LSA en ASP een Modelovereenkomst Resultaatgerelateerde beloning LSA/ASP opgesteld, die de regels van de Verordening incor-

poreert en uitwerkt, maar op bepaalde punten ook positie inneemt op zaken die niet of niet helder zijn geregeld in de Verordening.

Wat de Verordening overigens niet doet, is letselschade-advocaten verplichten om resultaatsafhankelijke beloning aan te bieden. Advocaten zijn niet verplicht om aan het experiment mee te doen, en zelfs als ze meedoen, zijn ze niet verplicht om desgevraagd een 'offerte' uit te brengen. Er bestaat dus geen contractdwang voor advocaten. Als de advocaat echter contracteert met resultaatsafhankelijke beloning, dan geven de regels van de Verordening de *buitenwaarden* van de honorariumafspraken weer: het is partijen toegestaan om lagere percentages of uurtarieven af te spreken of om een andere verdeling van de specifieke kosten overeen te komen in het voordeel van de cliënt. In die zin zijn de regels van de Verordening semidwingend.

In de overeenkomst van resultaatsafhankelijke beloning moet volgens de Verordening een aantal zaken worden opgenomen:²⁵

- de rechtvaardiging voor het aangaan van de afspraak;
- een omschrijving van het redelijkerwijs te verwachten verloop van de zaak en het verwachte financiële resultaat, alsmede het overeengekomen uurtarief van de advocaat;
- welk percentage als beloningsplafond geldt en voor wiens risico de specifieke kosten komen;
- een risico-inschatting opgesteld door de advocaat, die verwijst naar de door de advocaat verstrekte schriftelijke informatie aan de cliënt betreffende zijn verwachting ten aanzien van de door hem te verrichten arbeid en de te maken kosten;
- vergoedingsafspraken in het geval van tussentijdse beëindiging of overdracht;
- de bepaling dat zonder voorafgaande schriftelijke aanvaarding door de cliënt door de advocaat geen schikkingsovereenkomst met de wederpartij zal worden gesloten of een gerechtelijke procedure aanhangig zal worden gemaakt of zal worden beëindigd.

Dat laatste punt is naar wij menen overigens problematisch. Het lijkt ons rationeel voor een investeerder in een claim – en dat is een advocaat als hij resultaatgerelateerde beloning overeenkomt met zijn cliënt – om te trachten *medezeggenschap* te

22. In art. 5 Modelovereenkomst Resultaatgerelateerde beloning LSA/ASP, onder f (bij variant A) of onder g (bij variant B) (zie over die modelovereenkomst par. 2.4) is overigens nog een 'BGK-bodem' ingevoerd, die erop neerkomt dat als de BGK *hoger* uitvalt dan de resultaatgerelateerde beloning, de advocaat dit hogere bedrag toekomt. Deze clausule lijkt ons op het eerste gezicht in strijd te zijn met de risicotoedeling die inherent is aan resultaatsafhankelijke beloning; ze kan er bijvoorbeeld toe leiden dat als het financiële resultaat kleiner blijkt te zijn dan de advocaat op voorhand inschatte, de BGK-bodem als het ware een verzekeringspolis voor de advocaat oplevert.

23. Nota van toelichting, p. 5. Vgl. voor een *no cure, no pay*-afpraak tussen benaardeelde en juridisch dienstverlener, niet zijnde advocaat, Hof Amsterdam 28 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1621, RAV 2014/6.

24. Art. 3 lid 5 Verordening.

25. Art. 3 lid 5 Verordening.

krijgen over beslissingen om te schikken en te procederen. Door vast te houden aan het fundamentele idee dat het de cliënt is die volledige zeggenschap houdt over zijn claim, wordt – hoe begrijpelijk dit fundamentele idee ook is – onherroepelijk het risico van fricties in het leven geroepen: waar de cliënt meent dat het schikkingsvoorstel veel te laag is gezien het onrecht dat hem is aangedaan, zal de ervaren advocaat wellicht menen dat het voorstel alleszins redelijk is. De advocaat die dan geen medezeggenschap heeft, ziet zijn winstmarge verdampen en mogelijk ook het vooruitzicht van enig financieel resultaat. Het is niet goed dat waar twee partijen investeren in een claim, er slechts één volledige zeggenschap heeft over beslissingen omtrent schikken en procederen. Een goede geschillenregeling om op dit punt ‘gijzeling’ te voorkomen ontbreekt.²⁶

Ook overigens geeft de Verordening geen bijzondere regels over geschilbeslechting. Wat betreft geschillen tussen cliënt en advocaat over de (uitvoering van de) honorariumafspraken staan de gangbare rechtsgangen open: de tuchtprocedure, de Geschillencommissie Advocatuur, de civiele rechter en – waar van toepassing – de LSA Geschillencommissie Declaraties.²⁷ Het is niet op voorhand duidelijk wat de tuchtrechtelijke en contractuele gevolgen zijn van schending van de regels en randvoorwaarden van de Verordening.

3. Verwachtingen over werking en doelbereiking

3.1 Inleiding

Voor dit deel van ons onderzoek werden twaalf semigestructureerde interviews afgenomen in mei-juni 2014. De vragenlijst is als bijlage opgenomen. De vragen zagen met name op de vormgeving, werking en doelbereiking van het experiment. Zo is de respondenten gevraagd naar het verwachte gebruik van de regeling, naar de twee varianten, de mogelijkheid tot effectivering van de waarborgen in de praktijk en naar het algehele oordeel over het experiment en mogelijke verbeterpunten. In het hiernavolgende worden de verwachtingen van de respondenten gerapporteerd en daar waar nuttig direct getoetst aan de beschikbare rechtseconomische en empirische literatuur over de invloed van honorering op gedrag van juridische dienstverleners.

Er werd gekozen voor de interviewvorm omdat in deze fase van het experiment behoefte is aan inventarisatie van opvattingen, bedenkingen en voorspellingen. De respondenten zijn belanghebbende ‘repeat players’ in het experiment: advocaten, rechters en vertegenwoordigers van de verzeke-

ringsindustrie.²⁸ Hoewel de interviewvorm en de selectie van respondenten inherente beperkingen kennen, denken wij dat de uitkomsten een redelijk representatief beeld schetsen van de onder advocaten, rechters en vertegenwoordigers van de verzekeringsindustrie levende verwachtingen. Met de gegevens die ons onderzoek heeft opgeleverd, is het bovendien mogelijk – zie hierna – om enkele voorspellingen te formuleren. Idealerweise kan ter gelegenheid van de toekomstige evaluatie(s) van het experiment een kwantitatieve toetsing van die voorspellingen plaatsvinden.

3.2 Behoeftes aan resultaatgerelateerde beloning bij cliënten en advocaten

De meeste respondenten denken dat er zeker behoefte is bij rechtzoekenden aan de mogelijkheid om een resultaatgerelateerde beloning overeen te komen, namelijk in zaken waarin aansprakelijkheid niet is erkend of waarin de kosten van deskundigen hoog zijn. Duidelijkheid over de kosten vooraf wordt door rechtzoekenden als prettig ervaren, zo menen de respondenten. Vooral bij medische zaken spelen kosten een afschrikkende rol, zo wordt gesteld. Van verzekeraarszijde wordt genoemd dat letselschadebureaus tot op zekere hoogte al voorzien in die behoefte.

Over de vraag of ook advocaten behoefte aan de regeling hebben en dus zullen overgaan tot het aanbieden van resultaatgerelateerde beloning, waren de respondenten een stuk voorzichtiger. Genoemd wordt de open houding van de LSA, maar ook de bedrijfsafweging van advocaten. ‘Je moet op voorhand in staat zijn je verlies te nemen, anders moet je het niet doen’, merkte een van de respondenten op. Kantoren met redelijke financiële fundering kunnen in twee of drie zaken wel een avontuur aangaan, maar worden het er meer, dan moeten er relatief veel kleinere zaken op uurtarief in behandeling zijn om cashflow te waarborgen. Ook wordt door respondenten benoemd dat de slagingskans relevant is: de advocaat moet wel geloof hebben in een zaak, wil hij deze aannemen. Een aantal van de respondenten gaf aan dat de regeling waarschijnlijk vooral zal worden toegepast in zaken met grote financiële

26. De advocaat kan op grond van art. 10 Modelovereenkomst Resultaatgerelateerde beloning LSA/ASP de overeenkomst opzeggen om gewichtige redenen, mits daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht genomen wordt. Of die opzegging ertoe leidt dat de advocaat aanspraak behoudt op enig honorarium is ons niet duidelijk, maar het lijkt ons dat dat niet het geval is voor zover geen financieel resultaat is behaald.

27. Zie art. 13 Modelovereenkomst Resultaatgerelateerde beloning LSA/ASP.

28. De respondenten waren mr. P.N. Langstraat (advocaat bij Moree Gelderblom Advocaten), mr. J.M. Tromp (advocaat bij Maarten Tromp Advocaten), mr. J. Wildeboer (advocaat bij Wildeboer AVS Advocaten), mr. D.J. van der Kolk (advocaat bij Van Traa), mr. M.R. Lauxtermann (advocaat bij Lauxtermann Advocaten), mr. A.T. Stevens (advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten), mr. H.J. van der Hoeven (projectmanager personenschade Allianz Nederland Schadeverzekering N.V.), mr. F.P.H. Schlicher en mr. E.A. van Leeuwen (juristen personenschade Nationale Nederlanden), mr. F.Th. Kremer (directeur Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV)), mr. K.A. Baggerman (rechter bij Rechtbank Rotterdam), mr. S.J. Hoekstra-van Vliet (rechter bij Rechtbank Den Haag) en mr. J. Sap (rechter bij Rechtbank Utrecht).

belangen.²⁹ Dit komt met name door het maximumpercentage, zo stellen respondenten: er geldt wel een verhoogd uurtarief, maar als het maximum eenmaal is bereikt, zullen alle na dat moment volgende investeringen niet worden vergoed. Het belang moet de investering en de kosten rechtvaardigen, aldus een van de respondenten. Voor een klein belang zal een advocaat het risico niet willen lopen. Zo werden wel minimumbedragen tussen € 100.000 en € 200.000 aan financieel resultaat genoemd.

Als we kijken naar het soort zaken dat zich mogelijk leent voor een resultaatgerelateerde beloning, dan wordt het beeld niet veel gunstiger. Weinig zaken lenen zich voor het experiment: in de meeste letselschadezaken is aansprakelijkheid geen twistpunt en worden (dus) veel bijkomende kosten én advocaatkosten al gaandeweg door de aansprakelijke partij betaald. Het is dan voor cliënt en advocaat niet rationeel om risico's te nemen die er niet zijn. De algemene verwachting onder respondenten was daarom dat de resultaatgerelateerde beloning vooral bij medische aansprakelijkheid en beroepsziekten zal worden toegepast, omdat dit veelal complexe zaken zijn waarin aansprakelijkheid niet eenvoudig ligt en waarin hoge kosten in de voorfase gemaakt moeten worden. Ook werden whiplashzaken genoemd, omdat men daar een causaliteits- en schadediscussie kan verwachten. Respondenten geven echter ook aan dat juist in deze zaken de kosten hoog en de winstkansen moeilijk in te schatten zijn, zodat advocaten juist huiverig zullen zijn om als financier van de cliënt op te treden.

Concluderend vroeg een aantal van de respondenten zich dan ook ernstig af of de regeling haar doel, te weten een verhoging van de toegang tot het recht, wel zal bereiken.

3.3 Vormgeving van het experiment

Respondenten plaatsen weinig kanttekeningen bij de vormgeving van het werkingsbereik van het experiment. Een enkeling oppert dat het werkingsbereik te breed is omdat in zaken waarin problemen met schade of causaliteit bestaan, de toegang tot het recht al sterk is verbeterd door de wettelijke deelgeschillenregeling.

Dat de beloning primair aan het aantal bestede uren is gekoppeld en niet rechtstreeks aan het financiële resultaat, wordt door de meeste respondenten positief gewaardeerd. Sommigen noemen hier het voorkomen van excessieve beloning voor weinig inspanning, anderen wijzen op de noodzaak

om behoedzaam te opereren. De koppeling aan het uurtarief zal het draagvlak voor de regeling hebben vergroot, meent een aantal respondenten. Tegelijk wordt erop gewezen dat de koppeling aan het uurtarief én aan het financiële resultaat het systeem minder inzichtelijk maakt dan een enkele koppeling aan het behaalde financiële resultaat. Bovendien is het daardoor misschien ook wel minder aantrekkelijk geworden voor advocaten, zo stelt een aantal respondenten, omdat de risico's die zij lopen onder het arrangement niet zonder meer vergoed worden met een percentage van de opbrengst. Er wordt daarom door sommigen geopperd dat het wellicht beter was geweest als een echte *contingency fee* (ook wel *quota pars litis* genoemd) was geïntroduceerd in plaats van deze hybride vorm. In het verlengde hiervan stelt een enkele respondent dat de vrijheid om percentages te variëren eraan bij zou kunnen dragen dat percentages juist lager kunnen worden naarmate het financiële resultaat groter wordt.

Een ander punt dat hier genoemd werd, betreft het 'gebruikelijke uurtarief': het is niet duidelijk wat daaronder moet worden verstaan, en zolang dat niet duidelijk is, kan er gemarchandeerd worden met tarifiering.³⁰

Met betrekking tot de twee varianten die in het experiment zijn opgenomen, zijn de meningen van de respondenten verdeeld. Een deel van de respondenten is van mening dat het goed is dat er twee varianten zijn, omdat bij verschillende zaken wellicht een andere variant beter is. Wel werd door sommigen gesuggereerd dat de percentages minder statisch zouden moeten zijn. Nu zijn er slechts twee varianten, maar het zou beter zijn, zo werd gesuggereerd, om het percentage mede afhankelijk te maken van de hoogte van het financiële resultaat. Andere respondenten gaven aan de twee varianten verwarrend te vinden voor de rechtzoekende. Het is voor de rechtzoekende namelijk lastig in te schatten hoe hoog de deskundigenkosten zullen zijn, en zij zullen daarom afhankelijk zijn van de informatie van hun advocaat.

De helft van de respondenten verwacht dat advocaten over het algemeen de voorkeur zullen geven aan de eerste variant, omdat ze dan zo min mogelijk risico lopen. Het risico dat ze zelf niet betaald worden, kunnen ze wel riskeren, maar als ze dan ook nog met de kosten blijven zitten, dan draaien ze verlies, zo is de redenering. De overige respondenten zijn minder uitgesproken; zij denken dat de advocaat per geval zal inschatten of variant A of variant B gunstiger is.

Wel zijn de respondenten het er ongeveer over eens dat rechtzoekenden de voorkeur zullen geven aan variant B, omdat deze heel eenvoudig te bevatten is: de rechtzoekende loopt geen kostenrisico bij verlies. Voor de rechtzoekende vormen namelijk juist ook de deskundigenkosten een drempel om

29. Dit is in lijn met hetgeen bij de Amerikaanse *contingency fee* is aangevoerd: als het verwachte financiële resultaat te gering is ten opzichte van de kosten en de winstkans, neemt de advocaat de zaak niet aan. Zie bijv. H.M. Kritzer, *Contingency fee lawyers as gatekeepers in the American civil justice system*, *Judicature* 1997, p. 22 e.v.; D.L. Rubinfeld & S. Scotchmen, *Contingent fees for attorneys: An economic analysis*, *The RAND Journal of Economics* 1993, p. 343 e.v.; H.M. Kritzer, *Lawyer fees and lawyer behavior in litigation: What does the empirical literature really say?*, *Texas Law Review* 2002, p. 1943 e.v. Vgl. Faure & Hartlief 2012, p. 157; M. Faure e.a., *No cure, no pay and contingency fee*, in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe – A legal, empirical, and economic analysis*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2010, p. 33 e.v.; M.G. Faure e.a., *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 1 e.v.

30. Dit effect is in de literatuur beschreven; zie F. Cabrillo & S. Fitzpatrick, *The economics of courts and litigation*, Cheltenham: Edward Elgar 2008, p. 142.

actie te ondernemen; bovendien appelleert variant B meer aan verliesaversie van benadeelden.³¹

3.4 Informatieachterstand voor de cliënt

De respondenten meenden dat er in algemene zin wel het nodige aan informatieverschaffing gedaan moet worden, al was het maar om benadeelden bekend te maken met resultaat-afhankelijke beloning. Zo werd gesuggereerd dat er op de websites van LSA, ASP, Letselschaderaad, PIV/Verbond en NOvA uitleg gegeven moet worden, dat de aangesproken verzekeraar bij de informatie die deze volgens de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) moet sturen ook informatie moet geven over het experiment, en dat er een systeem van *second opinion* zou moeten zijn dat de rechtzoekende ervan verzekert dat hij zich breed oriënteert. Of, zoals een van de respondenten het verwoordde: 'Als de advocaat de tweede variant adviseert, dan kan de rechtzoekende hier wellicht uit afleiden dat de kosten niet zo hoog zijn. Hoe betrouwbaar is het advies van de advocaat dan nog in dit systeem?'³²

De literatuur over beloning van advocaten toont duidelijk dat een benadeelde maar zeer beperkte mogelijkheden heeft tot het vergelijken van de kwaliteit en prijs van juridische dienstverleners.³³ Juridische diensten zijn niet gestandaardiseerd, de tarifiering is ondoorzichtig en de uiteindelijke 'prijs onder de streep' van rapportages, onderhandelen en procederen is van bijzonder veel onzekere factoren afhankelijk. In theorie zou er dus aan het verstrekken van de opdracht aan de advocaat idealiter nog een fase voorafgaan, namelijk die waarin de benadeelde informatie krijgt zodat hij kan bepalen welk honoreringsarrangement past bij zijn preferenties. In werkelijkheid heeft de cliënt al deze informatie niet. En hoewel advocaten natuurlijk ook geen glazen bol hebben en elke zaak uiteraard weer anders is, hebben zij onmiskenbaar meer ervaring en dus meer kennis over deze aspecten van de zaak, zodat zij beter in staat zijn om de genoemde bandbreedtes en gemiddelde bedragen te inventariseren. Daarom bepaalt de Verordening ook dat het verwachte financiële resultaat, het overeengekomen uurtarief, de gekozen variant en een risico-inschatting ten aanzien van het aantal advocatenuren en de te maken kosten in de overeenkomst opgenomen worden.³⁴ Dat is beter dan niets, maar het maakt nog niet dat de markt van resultaatgerelateerde advocatenbeloning van de ene op de andere dag transparant is, objectieve informatie via verschillende offertes

verkregen kan worden en dat aanbiedingen goed vergelijkbaar zullen zijn. De Verordening schenkt geen bijzondere aandacht aan precontractuele informatie-uitwisseling of aan een recht op onafhankelijk en objectief advies voorafgaande aan de contractsluiting. Tegen die achtergrond is de zorg van de respondenten over de informatieverschaffing terecht.

3.5 Effect op gedrag van betrokkenen

Tijdens de interviews is ook de vraag gesteld of de aanwezigheid van een afspraak op basis van resultaatgerelateerde beloning verschil zou maken voor de manier waarop de respondent een zaak behandelt. De meesten gaven aan dat dit geen verschil zou maken en dat het ook geen verschil zou mogen maken. Van verzekeraarszijde werd wel een aantal maal het risico genoemd dat een resultaatafhankelijke beloning ertoe kan leiden dat de inzet bewust of onbewust verhoogd raakt: het financiële resultaat bepaalt immers het beloningsplafond voor de advocaat en dus kan er een neiging bestaan om juist opwaartse druk op dat resultaat uit te oefenen. Verwacht werd dat waar een aangesproken verzekeraar weet heeft van het beloningsarrangement, er goed gelet zou worden op een dergelijk effect.

De literatuur voorspelt dat een advocaat die overweegt een zaak op basis van resultaatafhankelijke beloning aan te nemen, meer werk maakt van het onderzoeken van de kansrijkheid van de zaak dan wanneer hij onafhankelijk van resultaat op uurbasis betaald zou krijgen.³⁵ De respondenten stellen voorop dat de beloningswijze niet van invloed zou *mogen* zijn op de mate waarin de advocaat op voorhand onderzoek doet naar de haalbaarheid van de zaak, maar een aantal erkende dat het waarschijnlijk is dat de advocaat er toch beter voor zal gaan zitten en net wat meer informatie zal willen voordat hij een afspraak op basis van resultaatgerelateerde beloning maakt. 'Je stapt er niet blind in', aldus een respondent. Bij medische aansprakelijkheidszaken is het bijvoorbeeld verstandig om medische rapportages en informatie over de toedracht

31. Verliesaversie is op dit punt een bewezen drijfveer voor letselschadeslachtoffers; zie D.R. Hensler, Financing civil litigation: The US perspective, in: M. Tuil & L. Visscher (red.), New trends in financing civil litigation in Europe – A legal, empirical, and economic analysis, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2010, p. 181.

32. De literatuur voorspelt deze frictie. Zie bijv. H.M. Kritzer, The wages of risk: The return of contingency fee legal practice, DePaul Law Review 1998, p. 305. Vgl. L. Visscher, Gedrag van advocaten, in: W.H. van Boom e.a. (red.), Capita civilologie: handboek empirie en privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 1132 e.v.

33. Dat dit ook gevolgen heeft voor de bekwaamheid van de cliënt om te beoordelen of een resultaatgerelateerde beloning verstandig is en/of schikken verstandig is (en op welk moment), volgt uit de rechtseconomische literatuur. Zie de verwijzingen bij Faure e.a. 2009, p. 30 e.v.

34. Art. 3 lid 5 Verordening.

35. Voor Nederlandstalige literatuur hierover zie men bijv. de verwijzingen bij W.H. van Boom, Hof Amsterdam 13 december 2011, LJN BU8763 – 'quota pars litis'-financieringsovereenkomst; betrokkenheid advocaat, TVP 2012, p. 77, noot 29. Empirisch onderzoek naar het effect van *third party*-financiering van claims toont overigens ook dat de derde aanzienlijk investeert in het selecteren van 'goede' zaken en dat de bemoeienis van deze derde er steevast toe leidt dat claims gefilterd worden op haalbaarheid. Zie bijv. (de verwijzingen bij) M. Tuil & L. Visscher, New trends in financing civil litigation in Europe: Lessons to be learned, in: M. Tuil & L. Visscher (red.), New trends in financing civil litigation in Europe – A legal, empirical, and economic analysis, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2010, p. 181; R. Lindeman, Third-party investors offer new funding source for major commercial lawsuits, Daily Reports for Executives (Bureau of National Affairs) 2010, p. 1 e.v.; P. Fenn & N. Rickman, The empirical analysis of litigation funding, in: M. Tuil & L. Visscher (red.), New trends in financing civil litigation in Europe – A legal, empirical, and economic analysis, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2010, p. 131 e.v.; M.B. Abramowicz, A fee limitation rule for litigation finance, Public Policy Roundtable on Third Party Financing of Litigation 2009; M. Schanzenbach & D. Dana, How would third party financing change the face of American tort litigation? The role of agency costs in the attorney-client relationship, Public Policy Roundtable on Third Party Financing of Litigation 2009; Faure & Hartlief 2012, p. 157.

te verzamelen voor men de haalbaarheid van de zaak inschat. Verwacht werd daarom dat zaken net iets later aangenomen worden dan bij honorering op basis van uurtarief, omdat er grondiger vooronderzoek wordt gedaan.

3.6 *Openheid van zaken over de honorariumafpraak*

In algemene zin werd door respondenten geoordeeld dat het experimentele karakter van de Verordening het nodig maakt om een zekere mate van openheid van zaken over de honorariumafpraak na te streven. Anders zou het niet mogelijk zijn om resultaten te rapporteren; en juist omdat het hier om een belangrijke stijlbreuk met de gangbare beloningswijze gaat, moet er zorgvuldig gerapporteerd worden. Er werd wel op gewezen dat de papierwinkel die daardoor met het experiment gepaard gaat, de lust om deel te nemen, kan temperen.

Met betrekking tot de vraag of derden in concreto mogen weten over het bestaan en de inhoud van de honorariumafpraak, zijn de meningen duidelijk verdeeld. Respondenten die voor slachtoffers optreden, menen dat die afspraak niemand raakt behalve advocaat en cliënt – de aansprakelijke wordt er niet slechter of beter van en dus heeft deze geen belang bij informatie over het bestaan van de afspraak, laat staan over de inhoud. Anderen menen echter dat openheid van zaken wél van belang kan zijn. ‘Openheid voorkomt misbruik, openheid voorkomt dubbel vangen en openheid is in het belang van de cliënt’, zo stelde een rechter. Maar een aantal respondenten betwijfelde juist of de rechter op de hoogte moet zijn van de afspraak. Hier werd soms geredeneerd dat net zoals informatie over de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering aan de zijde van de aansprakelijke het rechterlijk oordeel kan beïnvloeden, informatie over de ‘verzekering’ tegen verlies aan de zijde van de benadeelde ook ten onrechte van invloed kan zijn op de beslissing van de rechter.

3.7 *Gelijk speelveld voor advocaten en letselschadebureaus*

In een aantal interviews kwam naar voren dat een van de doelen van het experiment is om een gelijk(er) speelveld voor advocaten en letselschadebureaus te creëren door concurrentie op honoreringsarrangementen mogelijk te maken. Dit werd op zichzelf door de meeste respondenten verwelkomd, omdat zij de kwaliteit van letselschadebureaus niet zo hoog achten als die van advocaten en omdat er door letselschadebureaus soms misbruik gemaakt wordt van deze arrangementen.

Hierin schuilt voor ons gevoel een opvallende contradictie: hoewel de respondenten niet verwachten dat advocaten veel gebruik zullen maken van de mogelijkheden die het experiment biedt, menen zij toch dat het experiment waardevol is. Sommigen stelden zelfs dat het experiment een goed marketinginstrument voor de letselschadeadvocatuur biedt, waarmee men cliënten kan trekken zonder dat het uiteindelijk hoeft te komen tot een dienstverlening op basis van resultaatgerelateerde honorering. In deze zienswijze is dus geen sprake van een contradictie omdat het experiment gunstig is voor advocaten én slachtoffers: advocaten profiteren omdat zij cliënte trekken en slachtoffers omdat zij niet in handen van

letselschadebureaus terechtkomen. Die zienswijze vooronderstelt overigens wel, zo voegen wij toe, dat slachtoffers in de regel een betere dienstverlening tegen een redelijkere prijs aantreffen bij advocaten dan bij letselschadebureaus. Voor zover wij weten, is daar geen onderzoek naar gedaan. Een enkele respondent gaf overigens nog aan dat in dat geval een omgekeerd experiment ook denkbaar zou zijn geweest: niet advocaten toestaan om resultaatgerelateerde beloning te bedingen, maar juist letselschadebureaus *verbieden* om anders dan op uurtariefbasis te werken.

3.8 *Vertrouwen goed, controle beter*

Als zwakte van het experiment werd meerdere keren genoemd dat de werking en het succes afhangen van de integriteit van de advocaat. De respondenten leken het erover eens te zijn dat in ieder geval een enkele advocaat er dubieuze praktijken op na houdt. ‘En alleen al die enkeling is slecht voor dit experiment’, aldus een van de respondenten. De meeste respondenten menen dat controle op naleving van de regels daarom belangrijk is. Voor letselschadeadvocaten is daar echter een nadeel aan verbonden; een van de respondenten wees erop dat letselschadeadvocaten mogelijk afgeschrikt worden door de papierwinkel en de blik over de schouders die dit met zich brengt. De respondenten meenden toch in meerderheid dat controle door NOvA een goede manier is om misstanden te voorkomen en op te sporen. De bestaande mogelijkheden en hetgeen de Verordening daaraan toevoegt komen redelijk in de buurt van wat de respondenten als noodzakelijke maatregelen noemen: registratie van zaken, schriftelijke verslaglegging en vastlegging alsmede de mogelijkheid van toegang tot klacht-, geschillen- en tuchtprocedures. Daarnaast werden als maatregelen genoemd controle door de specialisatieverenigingen en steekproefsgewijze audits door de Raad van Toezicht.

4. **Evaluatie en conclusie**

Het voorgaande overziend, kan worden gezegd dat de verwachtingen van het experiment niet bijzonder hooggespannen zijn. De algemene teneur lijkt te zijn dat het goed is dat dit experiment wordt uitgevoerd, maar dat ook toegegeven moet worden dat maar weinig advocaten zitten te wachten op resultaatgerelateerde beloning en dat (of: omdat) maar weinig zaken zich ervoor lenen. Respondenten verwachten dat de toegevoegde waarde van het experiment vooral gelegen is in het bieden van toegang tot het recht in complexe zaken met een groot financieel belang, met hoge kosten in de voorfase en met relatief grote onzekerheid van de kans van slagen. Genoemd worden beroepsziekten en medische zaken.

Desgevraagd antwoorden de meeste respondenten dat zij het experiment niettemin per saldo een waardevolle aanvulling vinden op de bestaande beloningsregels. Maar als we de antwoorden op de specifieke vragen daarover inventariseren, dan moet toch de conclusie zijn dat die aanvulling beperkt waardevol is. De verwachting is namelijk vooral dat het experiment eraan kan bijdragen om schimmige afspraken tussen advocaten en letselschadebureaus te laten verdwijnen nu advocaten zelf rechtstreeks met de cliënt tot resultaatgerelateerde belonings-

afspraken kunnen komen. Men betwijfelt dan ook of het doel van *vergroting* van de toegang tot het recht zal worden bereikt. In onze samenvatting: de regeling leidt naar verwachting niet tot meer zaken maar tot verschuiving van dossiers van letselschadebureaus naar advocaten. Dat strookt overigens volgens een aantal respondenten met het werkelijke doel van het experiment, namelijk het creëren van een gelijk speelveld voor advocaten en letselschadebureaus.

Of die verschuiving ertoe leidt dat advocaten ook daadwerkelijk overgaan tot het aanbieden van resultaatgerelateerde beloningsafspraken, valt intussen te betwijfelen. Omdat advocaten niet verplicht zijn mee te doen met het experiment en evenmin om, als ze al meedoen, in alle gevallen resultaatgerelateerde beloning aan te bieden, komt het dus vooral aan op de vraag onder welke omstandigheden het voor een advocaat interessant zou zijn om een resultaatgerelateerde beloning aan te bieden. Afgezien van motieven als altruïsme en het vestigen van reputatie, zal het voornaamste motief economisch van aard zijn. Letselschadeadvocaten doen geen vrijwilligerswerk en dus is resultaatgerelateerde honorering alleen interessant als de verwachte opbrengst voor de advocaat – uitgedrukt in een weging van verwachte winstkans, te besteden aantal verhaalbare uren en het uiteindelijke financiële resultaat – opweegt tegen de verwachte kosten. Als dat juist is, dan is de toegevoegde waarde naar verwachting kennelijk bijzonder klein. De respondenten geven aan dat met name een klein aantal zaken met verwacht groot financieel resultaat in de sfeer van medisch letsel, beroepsziekten en whiplash mogelijke kandidaten zijn voor resultaatgerelateerde beloning. Tegelijk geven respondenten echter aan dat advocaten vooral een voorkeur zullen hebben voor variant A, terwijl cliënten voor variant B willen kiezen. Dat betekent dat de ruimte voor overeenstemming over de variant in werkelijkheid *nog kleiner* is. Daarom zou vervolgonderzoek om die ruimte voor overeenstemming verder te verkennen, nuttig zijn.³⁶

Bijlage: Gehanteerde vragenlijst

1. Welk soort zaken denkt u dat vooral in aanmerking zullen komen voor het experiment?
2. In hoeverre denkt u dat rechtzoekenden behoefte hebben aan de mogelijkheid om een resultaatgerelateerde beloning overeen te komen?
3. In hoeverre denkt u dat advocaten bereid zijn zaken aan te nemen op basis van resultaatgerelateerde beloning? Van welke factoren zal dit afhangen?
4. Denkt u dat er vaak gebruik zal worden gemaakt van de regeling?
5. In hoeverre denkt u dat het onderzoek door een advocaat voor het maken van een beslissing over het al dan niet aannemen van een zaak op basis van resultaatgerelateerde beloning verschilt met het onderzoek bij honorering op basis van uurtarief?
6. Er is gekozen voor een koppeling aan het uurtarief in plaats van een 'echte' contingency fee. Wat vindt u daarvan?
7. Wat vindt u van de twee mogelijke varianten en van de maximumpercentages?
8. Denkt u dat advocaten een voorkeur zullen hebben voor één van de varianten?
9. Denkt u dat rechtzoekenden een voorkeur zullen hebben voor één van de varianten?
10. In hoeverre denkt u dat de waarborgen uit het experiment in de praktijk kunnen worden geëffectueerd? Denk hierbij bijvoorbeeld aan de waarborg dat aansprakelijkheid niet vast mag staan of dat er problemen te verwachten moeten zijn in de causaliteit of schade.
11. Op welke manier kan er volgens u voor worden gezorgd dat rechtzoekenden over voldoende informatie beschikken om een keuze te kunnen maken tussen honorering op basis van uurtarief, gesubsidieerde rechtsbijstand en deze nieuwe methode?
12. Hoe denkt u dat de vergoeding van de buitengerechtelijke kosten en de proceskostenveroordeling zich verhouden tot het experiment?
13. In hoeverre denkt u dat het van belang is dat alle partijen (advocaten, verzekeraars en rechters) op de hoogte zijn van de aanwezigheid van een afspraak op basis van resultaatgerelateerde beloning?
14. In hoeverre zou het aanwezig zijn van een afspraak op basis van resultaatgerelateerde beloning verschil maken voor de manier waarop u een zaak behandelt?
15. Alles overziend, vindt u het experiment een waardevolle aanvulling op de reeds gehanteerde beloningssystemen?
16. Zijn er volgens u verbeterpunten voor het Experiment resultaatgerelateerde beloning?
17. Zijn er volgens u aspecten van resultaatgerelateerde beloning die nog niet ter sprake zijn geweest?

36. Een eerste verkenning vindt men bij Faure & Hartlief 2012, p. 163.

Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

*Mr. H.H. de Vries en mr. P. Oskam**

1. Inleiding

Privacy en (vooral) bescherming van persoonsgegevens zijn een *hot topic*. De media berichten aanhoudend over privacy-bedreigingen en privacyschendingen, al dan niet door de veiligheidsdiensten en blootgelegd door klokkenluider Edward Snowden.¹ De reacties op deze berichtgeving zijn doorgaans zeer uitgesproken en variëren van een somber getinte gelatenheid – ‘ze weten toch alles van me’, dus: ‘privacy is dood’ – tot publieke onrust en de roep om aanscherping van de normen en versterking van de rechtspositie van het individu.

De roep om aanscherping van de regels en intensivering en versterking van handhaving is inmiddels verhoord op Europees niveau. Daar wordt gewerkt aan de totstandkoming van een Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVGB), die versterking van de rechtspositie van betrokkenen beoogt en niet alleen een aangescherpt normenkader biedt, maar ook straffe handhaving door middel van zeer hoge sancties.²

Deze buitenlandse ontwikkelingen lijken nog ver van het bed van verzekeraars. Toch zouden verzekeraars er goed aan doen nu al voor te sorteren op de onherroepelijk komende veranderingen. Op dit moment gaat de aandacht van verzekeraars vooral uit naar rechtsontwikkeling op eigen bodem, in het bijzonder privacygerelateerde rechterlijke uitspraken. Want ook in de rechtspraak inzake personenschade komen het groeiende belang van privacy en de versterking van het recht op bescherming van persoonsgegevens tot uitdrukking. Recent is niet alleen in de lagere rechtspraak, maar ook door de Hoge Raad uitgesproken dat wegens privacyschending onrechtmatig ver-

kregen bewijsmateriaal in beginsel wordt uitgesloten van bewijsvoering.

Het risico op bewijsuitsluiting vormt voor verzekeraars wellicht de ultieme sanctie op schending van regels ter bescherming van privacy en persoonsgegevens, en zal om die reden mogelijk – vooralsnog – eerder een drijfveer vormen om verbetering van ‘privacy compliance’ te borgen dan de aanscherping van normen op Europees niveau en de intensivering van handhaving en sancties door toezichthouders. Voldoende aanleiding om in deze bijdrage een overzicht te schetsen van een aantal recente ontwikkelingen op dit gebied. De volgende vragen staan in deze bijdrage centraal: wanneer is fraudeonderzoek rechtmatig; is het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs een trend waarmee verzekeraars in toenemende mate rekening moeten houden bij het verzamelen van persoonsgegevens, of is van een ‘trend’ geen sprake; tegen welke andere sancties zouden verzekeraars aan kunnen lopen bij schending van het recht op privacy van verzekerden en benadeelden; en welke regels en bijbehorende sancties zullen in de toekomst voor verzekeraars gelden onder de komende AVGB? Alvorens over te gaan tot de beantwoording van deze vragen, staan wij kort stil bij de problematiek van verzekeringsfraude en schetsen wij het privacyrechtelijk kader voor verzekeraars.

2. Verzekeringsfraude: een omvangrijk probleem

Naar schatting van het Verbond van Verzekeraars³ (hierna: het Verbond) bedraagt fraude met betrekking tot schadeverzekeringen jaarlijks ongeveer € 900 miljoen. Van fraude is, kort samengevat, sprake in geval van het doelbewust benadelen van een verzekeraar om er zelf beter van te worden.⁴ Fraude komt voor in verschillende vormen en ligt besloten in uiteenlopende gedragingen, bijvoorbeeld in niet de waarheid maar een ander verhaal vertellen, meer schade opgeven dan feitelijk is geleden of een klachtenpatroon verzinnen of aandikken.

* Mr. H.H. de Vries is partner en advocaat bij Kennedy Van der Laan. Mr. P. Oskam is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

1. Edward Snowden is een voormalig medewerker van de Amerikaanse CIA, die daarna als systeembeheerder voor de veiligheidsdienst NSA werkte. Snowden lekte in juni 2013 informatie over een reeks van spionageactiviteiten door de NSA op internet, die door de kranten de Washington Post en The Guardian werd gepubliceerd.

2. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), Brussel, 25 januari 2012, COM(2012)11 def., 2012/0011 (COD).

3. Verbond van Verzekeraars 2014.

4. Fraude is in de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars (2011) gedefinieerd 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.’

Binnen de context van een verzekeringsovereenkomst is fraude een heikel punt. De verzekeraar moet er in beginsel op kunnen vertrouwen dat de informatieverstrekking van verzekeren op waarheid berust. De verzekeringsovereenkomst en de voorwaarden waaronder een verzekeraar het risico van de verzekerde overneemt, zijn in veel gevallen louter gebaseerd op informatie die door de verzekerde wordt verstrekt; datzelfde geldt voor het beoordelen van de verplichting om onder de verzekeringspolis tot uitkering over te gaan. Eventuele omstandigheden die ertoe leiden dat de verzekeraar *wel* of juist *niet* zou zijn gehouden tot uitkering over te gaan, liggen vaak in de privésfeer van de verzekerde. Dat geldt ook in geval van claims op grond van een verzekering van een derde partij; in dat geval 'kent' de verzekeraar de benadeelde niet en moet deze voor een belangrijk deel afdraan op een door de benadeelde geschetst feitencomplex. Vanzelfsprekend zal de benadeelde de gestelde feiten moeten staven met bewijsmiddelen. Maar juist bij personenschade vormen de subjectieve beleving en de weergave van de benadeelde van de schadeveroorzakende gebeurtenis, diens klachten en beperkingen in relatie tot de voorgeschiedenis, het vertrekpunt voor de claimafhandeling. Dit geldt zeker waar het gaat om zaken waarin moeilijk objectiveerbaar letsel, zoals whiplashachtige klachten, een rol speelt. In dergelijke zaken is de verzekeraar voor de beoordeling van de gestelde schade en het causaal verband in grote mate afhankelijk van de door de benadeelde zelf verstrekte informatie. De moraliteit van de benadeelde is dan van buitengewoon groot belang.

De verzekeraar staat voor de uitdaging om elke claim zorgvuldig te behandelen en moet kunnen beschikken over de daarvoor noodzakelijke informatie. Beoordeling van feiten en omstandigheden *kan* nader onderzoek noodzakelijk maken. Echter, de verzekeraar mag niet lichtvaardig overgaan tot een diepgravend onderzoek naar de persoon of de persoonsgegevens van de verzekerde of benadeelde. Zelfs niet nu uit onderzoek blijkt dat de omvang van verzekeringsfraude zeer aanzienlijk is; dat rechtvaardigt immers niet dat iedere verzekerde of benadeelde als een potentiële fraudeur aan onderzoek wordt onderworpen. De verzekeraar moet het recht van de verzekerde of benadeelde op eerbiediging van diens privacy en bescherming van persoonsgegevens respecteren.

3. Verzekeraars en bescherming van privacy en persoonsgegevens

Verzekeraars die lid zijn van het Verbond hebben zich gecommitteerd aan integere omgang met persoonsgegevens. Voor de aangesloten verzekeraars geldt allereerst de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (hierna: GVP). Deze gedragscode geeft een nadere, op de branche van banken en verzekeraars toegespitste uitwerking van de algemene verplichtingen op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De GVP specificceert in artikel 5 dat banken en verzekeraars persoonsgegevens onder meer mogen verwerken voor 'het waarborgen van de veiligheid en integriteit van de financiële sector', hetgeen onder andere inhoudt

het onderzoeken van 'gedragingen gericht tegen de financiële instelling zelf', zoals fraude.⁵

Afgezien van de GVP heeft het Verbond specifieke regels gesteld voor het uitvoeren van op de persoon van de verzekerde/benadeelde gerichte onderzoeken. Bij het aangaan en uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst kan spanning ontstaan tussen enerzijds het belang van verzekeraars om activiteiten te verrichten op het gebied van fraudebestrijding (waaronder het verrichten van onderzoek) en anderzijds het belang van verzekerde/benadeelde bij bescherming tegen ongerechtvaardigde inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (hierna: GPO) is opgesteld om personen naar wie een persoonlijk onderzoek wordt ingesteld, te beschermen tegen onnodige inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer en om de gedragingen van verzekeraars op dit gebied toetsbaar te maken. De GPO is gebaseerd op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het beginsel van proportionaliteit noopt tot een zorgvuldige afweging tussen de diverse belangen die onderzoek indiceren en het recht van de betrokkene op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het beginsel van subsidiariteit vereist dat de verzekeraar onderzoekt of persoonlijk onderzoek het enige hem ter beschikking staande middel is, dan wel er andere mogelijkheden van onderzoek zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden, maar zonder of met minder inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene.

Voor zover in de rechtspraak de rechtmatigheid van fraudeonderzoek naar personen wordt getoetst, wordt hoofdzakelijk getoetst aan de specifieke normen die zijn gesteld in de GPO en niet of nauwelijks aan de GVP en de Wbp. Wie zich beperkt tot kennisneming van de rechtspraak zou dan ook ten onrechte de indruk kunnen krijgen dat alleen de GPO regels stelt voor de wijze waarop een verzekeraar bewijs mag verzamelen in geval van verdenking van fraude. Verzekeraars zijn echter niet alleen gehouden tot naleving van de door het Verbond opgestelde zelfregulering, maar ook tot naleving van de voor iedere verwerker geldende wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens, waaronder de Wbp en de GVP, die hiervoor concrete normen bevatten.

Daar komt bij dat de GPO onderscheid maakt tussen feitenonderzoek en persoonlijk onderzoek, en uitsluitend normen stelt voor persoonlijk onderzoek. Persoonlijk onderzoek is gedefinieerd als 'het onderzoek, volgend op een feitenonderzoek, naar gedragingen van betrokkene waarbij bijzondere onderzoeksmethoden en of bijzondere onderzoeksmiddelen worden gebruikt, dat inbreuk maakt of kan maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene'. Feitenonderzoek is gedefinieerd als 'het onderzoek dat wordt ingesteld naar de fei-

5. GVP, hoofdstuk 5. Overweging 5.5.1 bepaalt dat gegevens die betrekking hebben op het niet nakomen van contractuele verplichtingen of andere toerekenbare tekortkomingen kunnen worden opgenomen in een gebeurtenissenadministratie gehouden door veiligheidszaken of een daartoe aangewezen afdeling van de betreffende financiële instelling.

ten, omstandigheden en gedragingen van betrokkene die nodig zijn voor de beoordeling van een verzekeringsaanvraag, lopende verzekeringsovereenkomst, schademelding of andere aanspraak op uitkering of prestatie’.

De definitie van een feitenonderzoek in de GPO lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat een feitenonderzoek niet of in ieder geval minder ingrijpend is voor de persoonlijke levenssfeer. De regels op grond van de gedragscode gelden voor een persoonlijk onderzoek, waarbij gebruik wordt gemaakt van *bijzondere onderzoeksmethoden* en/of *bijzondere onderzoeksmiddelen*. Daarvan lijkt, afgaande op de GPO, bijvoorbeeld geen sprake bij een eenvoudig internetonderzoek. Toch is het een misverstand te denken dat verzamelen van ‘publiek toegankelijke’ informatie op internet niet aan regels gebonden zou zijn. Daarvoor gelden immers in ieder geval de normen van de Wbp. De verzekeraar moet *altijd* verantwoording kunnen afleggen over de rechtmatigheid van onderzoek naar een verzekerde (of benadeelde), of dit nu kwalificeert als een ‘persoonlijk onderzoek’ of als een ‘feitenonderzoek’. Overigens kan ook een internetonderzoek, afhankelijk van de intensiteit, kwalificeren als een ‘persoonlijk onderzoek’, zodat toch (ook) de regels van de GPO daarop van toepassing zijn. Wij menen dat dit bijvoorbeeld het geval zal zijn wanneer een verzekerde of benadeelde ‘online’ onafgebroken wordt geobserveerd, al dan niet door een in digitale rechediensten gespecialiseerd bureau. Online is immers een schat aan informatie over mensen te vinden en gebruik van zoekmachines en vooral digitale observatie kan zeer gedetailleerde profielen van personen opleveren, bijvoorbeeld aan de hand van sociale media, zoals Facebook en Twitter.

Op grond van de GPO (2011) mag een verzekeraar een persoonlijk onderzoek instellen indien gerede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van fraude is ontstaan. De verzekeraar dient bij het instellen van een persoonlijk onderzoek steeds een zorgvuldige afweging te maken tussen de diverse belangen die dit onderzoek indiceren en de mate waarin er sprake van kan zijn dat de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene wordt geraakt.

4. Rechtspraak over rechtmatigheid van persoonlijk onderzoek

De rechtspraak op het gebied van de rechtmatigheid van (persoonlijk) onderzoek naar fraude is zeer casuïstisch. Ter illustratie wijzen wij op de al wat oudere uitspraak van de Rechtbank Assen (ECLI:NL:RBASS:2007:BH6215). In die zaak ging het om een benadeelde die letsel stelde te hebben opgelopen door een ongeval met een paard. Aegon had aansprakelijkheid erkend. Uit het rapport van de expertiserend chirurg-traumatoloog volgde dat sprake was van posttraumatische dystrofie met uitgesproken beperkingen. Vervolgens wordt Aegon getipt: er zou helemaal geen sprake zijn van beperkingen. Aegon start een observatieonderzoek. Daaruit volgt dat benadeelde, in tegenstelling tot wat zij eerder aan

Aegon had verklaard, haar arm wel kon belasten, wel zelfstandig boodschappen kon doen en zonder problemen kon autorijden.

In de voor de rechtbank gevoerde procedure beoordeelt de rechtbank of Aegon tot het instellen van persoonlijk onderzoek had mogen overgaan. De rechtbank toetst aan de GPO en komt tot het oordeel dat aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan. Daarbij neemt de rechtbank onder meer in aanmerking dat de bevindingen uit medisch onderzoek niet te rijmen waren met de tip. Daarmee was er in redelijkheid geen ander, minder ingrijpend onderzoeksmiddel beschikbaar dan persoonlijk onderzoek. Voorts vond de rechtbank het van belang dat het ging om (beweerdelijke) posttraumatische dystrofie. Bij een dergelijke aandoening is de verzekeraar hoofdzakelijk aangewezen op de mededelingen van de betrokkene over de aard en ernst van de beperkingen.

Recent concludeerde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁶ eveneens dat van schending van de GPO (versie 2004) geen sprake was. Het arrest ziet op een tandarts die wegens psychiatrische problemen arbeidsongeschiktheidsuitkeringen ontvangt en wordt betrap op het opzettelijk verstrekken van onjuiste inlichtingen aan zijn verzekeraar. De zaak komt aan het rollen doordat de verzekeraar op internet een artikel aantreft over het twaalfenhalfjarig jubileum van (de praktijk van) de tandarts. Naar het oordeel van het hof mocht de verzekeraar aan de op internet gepubliceerde informatie het vermoeden van fraude ontlenen. Door vervolgens te kiezen voor observatie als onderzoeksmethode heeft de verzekeraar naar het oordeel van het hof niet gehandeld in strijd met de eis van subsidiariteit; aldus kon de verzekeraar zelfstandig en objectief het waarheidsgehalte toetsen van de door de tandarts aan de verzekeraar en zijn deskundigen verstrekte (en nog te verstrekken) informatie. In dit geval meent het hof dat het redelijkerwijs in de lijn der verwachting lag dat een enkel gesprek met de tandarts onvoldoende inzicht zou hebben gegeven in het waarheidsgehalte van diens verklaringen. Ook voor deze overweging geldt dat deze sterk wordt ingekleurd door de feiten. Recent kwam de Rechtbank Amsterdam juist tot het oordeel dat de verzekeraar wél eerst aan de verzekerde opheldering had moeten vragen.⁷

5. Schending GPO: uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs

De rechtspraak bevat ook voorbeelden van gevallen waarin wel een schending van de in de GPO gegeven regels kwam vast te staan. Indien in de GPO opgenomen regels zijn geschonden die de verzekerde/benadeelde beogen te beschermen tegen een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, is in beginsel sprake van een onrechtmatige daad.⁸ De vervolgvraag is of de rechter het aldus onrechtmatig verkregen bewijs niettemin meeweegt in de civiele procedure.

6. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1698.

7. Rb. Amsterdam 2 januari 2014, JA 2014/33.

8. HR 9 januari 1987, NJ 1987/928.

Gesteld zou kunnen worden dat de waarheidsvinding vereist dat alle beschikbare informatie in de procedure wordt betrokken en dat sprake is van een vrije bewijsleer: bewijs kan met alle middelen geleverd worden, en in beginsel dus ook met onrechtmatig verkregen informatie. Hiertegenover kan echter worden gesteld dat verzekeraars niet 'beloond' mogen worden voor hun handelen in strijd met de GPO en dat het gebruiken van de onrechtmatig verkregen informatie een nieuwe onrechtmatige daad oplevert.⁹

De vraag of de rechter onrechtmatig verkregen bewijs *mag* meewegen in een civiele procedure wordt in de rechtspraak bevestigend beantwoord. Volgens vaste jurisprudentie kan ook onrechtmatig verkregen bewijs worden meegewogen door de rechter.¹⁰ Dat is slechts anders als sprake is van *bijkomende omstandigheden*.¹¹ In het bijzonder maakt de Hoge Raad daarbij een afweging tussen de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de belangen die met het maken van de inbreuk worden gediend.¹² De partij die zich erop beroept dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet door de rechter mag worden betrokken in zijn oordeelsvorming heeft de bewijslast van dergelijke 'bijkomende omstandigheden'. Uit de rechtspraak volgt dat niet-naleving van de GPO verstrekkende gevolgen kan hebben als de hiervoor genoemde 'bijkomende omstandigheden' aanwezig zijn: niet-naleving heeft dan namelijk niet alleen tot gevolg dat het verzamelde bewijs als onrechtmatig verkregen kan worden bestempeld, maar kan zelfs tot gevolg hebben dat het bewijs door de rechter geheel terzijde wordt gelegd. Dit gebeurde bijvoorbeeld in de zaak die werd voorgelegd aan de Rechtbank Amsterdam.¹³ Het ging in deze zaak om een slachtoffer van een auto-ongeval met een 'whiplash like injury'. Verzekeraar Reaal laat naar deze benadeelde een persoonlijk onderzoek uitvoeren. Het persoonlijk onderzoek bestaat naast dossieranalyse onder meer uit internetonderzoek en uit het volgen, observeren en filmen van het slachtoffer. Het onderzoeksbureau stelt aan de hand van informatie van het internet vast dat het slachtoffer actiever lijkt te zijn dan zij heeft verklaard. Tijdens observatie worden vervolgens door het onderzoeksbureau op

geen enkel moment ogenschijnlijk enige fysieke beperkingen waargenomen. Reaal meent op basis van de resultaten van het onderzoek door het slachtoffer te zijn misleid ten aanzien van de aard en de ernst van haar letsel en de daaruit voortvloeiende beperkingen. In een deelgeschil verzoekt de benadeelde de rechtbank om voor recht te verklaren dat het in opdracht van Reaal uitgevoerde persoonlijk onderzoek jegens haar onrechtmatig was, althans dat de uitkomsten van dat onderzoek buiten beschouwing moeten blijven bij de verdere schaderegeling.

De rechtbank oordeelt dat het onderzoek inbreuk heeft gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde en dat het onderzoek jegens haar onrechtmatig was. De feiten en omstandigheden rechtvaardigden niet dat een persoonlijk onderzoek plaatsvond. Er is, aldus de rechtbank, niet gebleken dat eerder onderzoek onvoldoende uitsluitsel gaf over de feiten en er waren geen redelijke aanwijzingen voor fraude of voor het vermoeden dat benadeelde activiteiten verrichtte die zij op grond van haar klachten niet zou kunnen verrichten. Bij twijfel had Reaal het slachtoffer om opheldering kunnen vragen. Het onrechtmatig verkregen bewijs wordt op grond van een wederzijdse afweging van de belangen door de rechtbank buiten beschouwing gelaten.

Opmerking verdient dat de rechtbank de handelwijze van Reaal toetst aan de in 2004 geldende versie van de GPO, die expliciet bepaalde dat indien de subsidiariteitstoets niet wordt gehaald, en er dus andere mogelijkheden van onderzoek zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden zonder dat daarbij de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt, *de verzekeraar van het doen van persoonlijk onderzoek dient af te zien*. Dit laatste brengt, aldus de rechtbank, mee 'dat er eerst plaats is voor het instellen van een persoonlijk onderzoek als er sprake is van een structureel weigeren van een verzekerde om medewerking te verlenen aan de behandeling van de schade melding'. Daarvan leek in dit geval geen sprake te zijn. Ook was niet gebleken dat het feitenonderzoek onvoldoende uitsluitsel gaf over de feiten en omstandigheden die nodig waren om tot een verantwoorde beslissing over de aanspraak of hoogte van een schadevergoeding te komen. En er waren uit het feitenonderzoek ook geen feiten en omstandigheden gebleken die bij Reaal het redelijk vermoeden van fraude mochten doen postvatten, aldus de rechtbank. Als Reaal al twijfel zou hebben gekregen op grond van het feitenonderzoek, dan had zij volgens de rechtbank het slachtoffer om opheldering kunnen vragen. De rechtbank maakt korte metten met het verweer van Reaal dat het slachtoffer waarschijnlijk niet juist op de vragen zou antwoorden, omdat op geen enkele wijze uit het dossier is gebleken dat het slachtoffer eerder niet naar eer en geweten antwoord zou hebben gegeven op aan haar gestelde vragen. In het kader van de subsidiariteitstoets moest Reaal dus (eerst) deze weg bewandelen.

Wij menen dat het oordeel van de rechtbank niet anders zou luiden als deze zou toetsen aan de GPO uit 2011. In deze ver-

9. In HR 31 mei 2002, NJ 2002/93 heeft de Hoge Raad preventieve bewijsuitsluiting (gevorderd in kort geding) niet willen aanvaarden. Het is aan de bodemrechter om te beoordelen of het aangevoerde bewijs al dan niet toelaatbaar is.

10. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7164, waarin het hof overweegt: 'De omstandigheid dat bewijs onrechtmatig verkregen is, brengt niet noodzakelijk mee dat het gebruik ervan eveneens onrechtmatig is en dat de rechter er dus geen acht op mag slaan.' Zie ook HR 1 juli 1992, NJ 1994/621. In dit arrest in een belastingzaak overweegt de Hoge Raad dat art. 6 EVRM geen regels bevat over de toelaatbaarheid van bewijs. Verder volgt uit dit arrest dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs (slechts dan) niet is toegestaan indien de bewijsmiddelen op een wijze zijn verkregen die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.

11. Vgl. o.a. HR 12 februari 1993, NJ 1993/599.

12. Zie bijv. HR 22 januari 1999, NJ 1999/715, HR 27 april 2001, NJ 2001/421 en HR 31 mei 2002, NJ 2003/589.

13. Rb. Amsterdam 2 januari 2014, JA 2014/33.

sie is de subsidiariteitstoets (iets) minder strikt en wordt aan-gegeven dat de verzekeraar beoordeelt of persoonlijk onder-zoek het enige hem ten dienste staande middel is, dan wel of er andere onderzoeksmogelijkheden zijn die tot minder inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene leiden, maar die wel hetzelfde resultaat kunnen opleveren.

Hoewel deze versie dus niet expliciet vermeldt dat de verzeke-raar van het doen van persoonlijk onderzoek *dient af te zien* wanneer de subsidiariteitstoets niet wordt gehaald, geldt dat uitgangspunt wat ons betreft onverkort. De verzekeraar moet te allen tijde conform de GPO een zorgvuldige afweging maken en toetsen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Indien de toets niet wordt gehaald, dient de ver-zekeraar van het onderzoek af te zien. Bovendien heeft de Hoge Raad in de beschikking BKR/Santander uitgemaakt dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van de individuele betrokkene.¹⁴ Gelet op de aard van de inbreuk op de privacy is een belangenafweging van geval tot geval nodig.¹⁵

De Rechtbank Amsterdam toetst in deze zaak niet expliciet of sprake is van de hiervoor genoemde ‘bijkomende omstandig-heden’, die vereist zijn voor het uitsluiten van bewijs, maar lijkt een pragmatische insteek te kiezen en gewicht toe te ken-nen aan de kwaliteit van het verzamelde bewijsmateriaal. Want de rechtbank overweegt dat zelfs als zij tot het oordeel zou zijn gekomen dat het persoonlijk onderzoek *niet* onrecht-matig zou zijn, de bevindingen uit dat onderzoek niet dus-danig zijn dat de rechtbank op grond daarvan tot het oordeel zou zijn gekomen dat benadeelde Reaal heeft misleid of wel-bewust onjuiste informatie heeft verschaft teneinde een uit-kering te krijgen waarop zij geen recht zou hebben. Uit het persoonlijk onderzoek blijkt naar het oordeel van de recht-bank niet dat zij activiteiten heeft verricht die zij niet zou moeten kunnen op grond van de verklaringen die zij daarover tegen (onder meer) haar arts en het onderzoeksbureau had afgelegd. Met andere woorden: het bewijs zou niet kunnen bij-dragen aan het door Reaal ingenomen standpunt.

Recent heeft ook de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs, in een zaak waarin eveneens de GPO een rol speelde.¹⁶ De casus betreft een verzekerde met een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Op enig moment meent verzekeraar Interpolis na contact met verzekerde dat deze aan haar bewust onjuiste informatie heeft verstrekt en ziet zij daarin aanleiding om een persoonlijk onderzoek te doen uitvoeren. Naar aanleiding daarvan zet Interpolis de uitkeringen stop en vordert zij de aan verzekerde betaalde bedragen in rechte van hem terug. De rechtbank wijst de vorderingen van Interpolis deels toe. Echter, het hof en de

Hoge Raad zijn van oordeel dat Interpolis op grond van de GPO (2004) niet had mogen overgaan tot het doen uitvoeren van een persoonlijk onderzoek naar verzekerde, nu feitelijk de aanleiding om een onderzoek in te stellen in de zin van de GPO niet aan de orde was en Interpolis bovendien het subsi-diariteitsbeginsel onvoldoende in acht had genomen. Het onderzoek maakte inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van verzekerde en dat levert, behou-dens aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, een onrechtmatige daad jegens verzekerde op. Nu een rechtvaardi-gingsgrond ontbreekt, is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.

De Hoge Raad stelt voorop dat in een civiele procedure niet als algemene regel geldt dat de rechter op onrechtmatig bewijs geen acht mag slaan. Integendeel: in beginsel weegt het alge-meen maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, zwaar-der dan het belang van uitsluiting van bewijs. De Hoge Raad verwijst naar de in artikel 152 van het Wetboek van Burgerlij-ke Rechtsvordering (Rv) verwoorde vrije bewijsleer. Slechts indien sprake is van de door ons hiervoor al besproken ‘bijko-mende omstandigheden’, is het gerechtvaardigd om bewijs uit te sluiten. De Hoge Raad verwijst daarbij naar een tweetal eer-dere arresten.¹⁷ Beide arresten hebben, net als het arrest van 18 april 2014, betrekking op de vraag of bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is in geval van bewijs dat verkregen is door inbreuk te maken op de privacy. De Hoge Raad herhaalt deze overwegingen in zijn nog recentere arrest van 11 juli 2014.¹⁸ Dat is interessant, omdat het in die zaak weliswaar ook gaat om de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten moet worden, maar niet om bewijs dat verkregen is met een privacyinbreuk. De Hoge Raad maakt aldus duidelijk dat de hoofdregel, dat onrechtmatig verkregen bewijs niet wordt uit-gesloten, voor alle onrechtmatig verkregen bewijs geldt. Voorts benadrukt de Hoge Raad in het arrest van 11 juli 2014 nog eens dat de omstandigheid dat bewijsmateriaal op onrecht-matige wijze is verkregen door een ander dan de procespartij die het wil gebruiken, nog niet meebrengt dat het ook door die procespartij onrechtmatig is verkregen.¹⁹

Terug naar het arrest van 18 april 2014. De Hoge Raad over-weegt of er *bijkomende omstandigheden* zijn die maken dat het onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing moet wor-den gelaten. Het hof had in de onderhavige zaak geoordeeld dat de resultaten van het persoonlijk onderzoek buiten beschouwing moesten worden gelaten: de GPO biedt reeds een toetsingskader en overtreding van dat kader moet niet worden ‘beloond’ door dat bewijs in het voordeel van de ver-zekeraar mee te wegen. Kennelijk weegt voor het hof het feit dat onvoldoende aanleiding bestond tot het verrichten van persoonlijk onderzoek zwaar genoeg om te kwalificeren als

14. HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097 (BKR/Santander).

15. Daarbij dient onder meer te worden gelet op de aard van de in het geding zijnde taak en de aard van de betrokken gegevens. Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3, p. 81.

16. HR 18 april 2014, JA 2014/65.

17. HR 7 februari 1992, NJ 1993/78 en HR 12 februari 1993, NJ 1993/599.

18. ECLI:NL:HR:2014:1632.

19. Zie ook HR 7 februari 1992, NJ 1993/78.

'bijkomende omstandigheden'. Het cassatiemiddel dat de verzekeraar tegen dit oordeel van het hof richt, wordt ongegrond verklaard nu het hof ook de achtergrond en het doel van de gedragscode in zijn oordeel had betrokken. Het strookt, aldus hof en Hoge Raad, niet met dat doel om in de omstandigheden van dit geval (die bij de verzekeraar *niet* in redelijkheid het vermoeden konden postvatten dat er sprake was van grondige en/of structurele misleiding) in strijd daarmee verkregen bewijsmateriaal toch in de beoordeling van de zaak mee te nemen.

De Hoge Raad lijkt in dit arrest weinig ruimte te laten voor het gebruiken van bewijs dat is verkregen in strijd met de uiteenlopende voorwaarden die in de GPO zijn geformuleerd. Anders dan uit de bewoordingen van de Hoge Raad lijkt te volgen, menen wij dat, als het aankomt op bewijsuitsluiting, het moet gaan om schendingen van de GPO die betrekking hebben op de afweging van aan de ene kant de belangen van de verzekeraar en aan de andere kant de belangen van de betrokkene en regels over proportionaliteit en subsidiariteit. Vanzelfsprekend geldt bovendien dat in elke zaak aan de hand van de specifieke omstandigheden zal moeten worden afgewogen of het bewijs al dan niet moet worden uitgesloten. Denkbaar is dat bij structureel van elkaar afwijkende verklaringen of grote financiële belangen er wel ruimte is om het bewijs toch te gebruiken. In de onderhavige zaak lijkt de Hoge Raad bij de afweging van de feitelijke omstandigheden terug te grijpen op de schending van het subsidiariteitsbeginsel²⁰ en het feit dat geen sprake was van een structureel gebrek aan medewerking. Feitelijk gaat het daarbij om dezelfde omstandigheden die bepalend zijn voor het oordeel dat sprake is van schending van de GPO. Toch menen wij dat dit onder deze omstandigheden te billijken is: de GPO is immers een product van zelfregulering en de verzekeraar handelt dus in strijd met een (mede) door hemzelf opgestelde regeling. Dergelijk gedrag van een verzekeraar verdient geen 'beloning' in de vorm van toelaten van onrechtmatig verzameld bewijsmateriaal. Wij wijzen hierbij ook op het Protocollen-arrest,²¹ waaruit volgt dat van een ziekenhuis en aan dat ziekenhuis verbonden artsen verwacht mag worden dat zij zich houden aan door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Het ligt naar ons oordeel voor de hand om deze redenering ook toe te passen op door het Verbond opgestelde zelfregulering.

En hier is een waarschuwing op haar plaats. De GPO is immers niet de enige relevante vorm van zelfregulering die normen stelt voor verzameling van bewijs in het kader van een fraudeonderzoek. Ook de GVP is een vorm van zelfregulering, zodat eventueel handelen door een verzekeraar in strijd met de GVP ook zou kunnen leiden tot onrechtmatig verkregen

bewijs dat van bewijsvoering wordt uitgesloten.²² Voor alle onderscheiden gevallen geldt dat de praktijk is gebaat bij een uitgebreide motivering van de rechter of bewijs onrechtmatig is verkregen én of dergelijk bewijs al dan niet wordt toegelaten.

6. Andere mogelijke sancties

Kan de civiele rechter, behalve bewijsuitsluiting, ook andere sancties toepassen? Om deze vraag te beantwoorden maken wij een kleine uitstap naar het arbeidsrecht. Om fraude en ander wangedrag op de werkplek te bestrijden maken werkgevers regelmatig gebruik van camera's en zetten zij bedrijfsrecherchebureaus in. Indien de werkgever daarbij inbreuk maakt op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van zijn werknemer, is, evenals bij schending door een verzekeraar van de GPO, in beginsel sprake van een onrechtmatige daad en kan het verkregen bewijs in een civiele procedure worden uitgesloten.

In een ontslagzaak waarover de Rechtbank Utrecht in 1996 oordeelde,²³ ging het om een werkgever die zijn werknemer ervan verdacht zich niet aan een concurrentiebeding te houden. De werkgever liet onderzoek doen door een bedrijfsrecherchebureau en luisterde daarnaast gedurende drie weken de telefoongesprekken van de werknemer af. Op basis van de uit deze telefoontaps verkregen informatie diende de werkgever een ontbindingsverzoek in. In zijn verweer beriep de werknemer zich er onder andere op dat het door de werkgever naar voren gebrachte bewijs onrechtmatig was verkregen en uitgesloten diende te worden van bewijsvoering. De rechtbank kwam tot het oordeel dat het af luisteren van telefoongesprekken te ver ging en dat de werkgever daarmee over de schreef was gegaan. Daaraan verbond de rechtbank niet de consequentie van bewijsuitsluiting, maar paste zij wel een andere sanctie toe. De rechtbank oordeelde dat de arbeidsverhouding tussen partijen beëindigd diende te worden. Aan de werknemer kwam daarbij een ontslagvergoeding toe, en bij het bepalen van de omvang daarvan hield de rechtbank zowel rekening met het aan de werknemer te maken verwijt, diens leeftijd en de duur van de arbeidsovereenkomst als met het aan de werkgever te maken verwijt met betrekking tot het af luisteren.²⁴

In het arbeidsrecht is deze uitspraak niet uitzonderlijk; in ontbindingszaken zijn er diverse voorbeelden van differentiëring in de door de rechtbank uit te delen sanctie op onrechtmatig

20. Zie ook A-G Wissink in 2.14.2 van zijn conclusie voorafgaand aan het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014.

21. HR 21 maart 2001, NJ 2001/649.

22. Zie ook HR 1 juli 1992, NJ 1994/621 (Belastingzaak): 'Artikel 6 EVRM bevat geen regels over toelaatbaarheid bewijs - Gebruik is niet toegestaan indien bewijsmiddelen op een wijze zijn verkregen die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.' Daarvan was sprake naar het oordeel van de Rechtbank Arnhem in geval van schending van een (zelf opgelegd) Privacyreglement e-mail en internetgebruik. Bewijsmateriaal dat met schending van dit reglement was verkregen, werd buiten beschouwing gelaten. Zie Rb. Arnhem 15 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR5927.

23. Rb. Utrecht 25 september 1996, JAR 1997/6.

24. Zie ook Ktr. Utrecht 15 februari 1993, JAR 1993/160. Zie verder M.M. Koevoets, Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht, ArA 2004, afl. 3, p. 39-58.

verkregen bewijs.²⁵ Hoewel ons uit de rechtspraak geen voorbeelden bekend zijn, is het denkbaar dat de civiele rechter ook in een personenschadezaak bij het vaststellen van de schadevergoeding rekening houdt met een aan de verzekeraar te maken verwijt met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs.

7. Toekomstige regels en sancties onder de AVGB

Uitsluiting van bewijs en een mogelijke verplichting tot schadevergoeding zijn echter niet de enige risico's die verzekeraars lopen indien zij het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een verzekerde of benadeelde schenden. De toekomstige AVGB zal naar verwachting ingrijpende gevolgen hebben voor alle verzekeraars, die immers per definitie grote hoeveelheden persoonsgegevens verwerken. De AVGB voorziet in een stelsel van nieuwe normen en (administratieve) verplichtingen. Nieuw zijn onder meer een verplichting om uitgebreide documentatie bij te houden ter onderbouwing van de rechtmatigheid van de gegevensverwerking, de uitvoering van Privacy Impact Assessments, de verplichting om 'datalekken' te melden aan de toezichthouder én betrokkenen, en de verplichting om regelmatig een audit uit te voeren om de *compliance* met geldende regels te controleren en te borgen. Daarnaast versterkt de AVGB de rechtspositie van de betrokkenen.

Insurance Europe heeft erop gewezen dat het voorstel van de AVGB, zoals bekendgemaakt door de Europese Commissie, belemmerend zal werken voor verzekeraars, onder meer met het oog op fraudebestrijding.²⁶ Een voorbeeld vormt het voorgestelde 'right to be forgotten' van betrokkenen; verzekeraars zouden juist in het kader van fraudebestrijding gegevens moeten kunnen bewaren, ook tegen de wil van de betrokkene. Daar komt bij dat de AVGB een zeer ruime definitie van 'gezondheidsgegevens' kent en alleen voor ziektekostenverzekeraars een uitzondering maakt op het verbod op verwerking van gezondheidsgegevens. Dat betekent dat alle andere verzekeraars gezondheidsgegevens alleen mogen verwerken op basis van uitdrukkelijke toestemming van de verzekerde/benadeelde. Naar het oordeel van Insurance Europe gaat de AVGB meer in het algemeen voorbij aan het feit dat verzekeraars een gerechtvaardigd belang hebben bij de verwerking en uitwisseling van persoonsgegevens in het kader van fraudebestrijding, en zij roept op om dit belang expliciet te erkennen.

De door Insurance Europe gesignaleerde beperkingen aan gegevensverwerking in het kader van fraudebestrijding klemmen temeer, nu op niet-naleving van de AVGB zeer straffe sancties zijn gesteld. De AVGB lijkt dwingend voor te schrijven

dat toezichthouders in geval van overtreding administratieve boetes opleggen, waarbij boetebedragen worden genoemd van € 250.000 of 0,5%, € 500.000 of 1%, dan wel € 1.000.000 of 2% van de jaarlijkse wereldwijde omzet van de verantwoordelijke. Het hoogste boetebedrag is van toepassing op een zeer lange lijst van overtredingen van de verplichtingen op grond van de AVGB.

Opgemerkt moet worden dat de tekst van de AVGB nog niet definitief is: het Europees Parlement heeft inmiddels een eigen tekstvoorstel van de AVGB.²⁷ Daarin worden de door Insurance Europe gesignaleerde problemen maar ten dele ondervangen. De Raad van Ministers heeft nog geen akkoord over een eigen tekstvoorstel. Pas als dat het geval is, kunnen de onderhandelingen over de tekst van de AVGB beginnen. De inschatting is dat de onderhandelingen in 2015 afgerond kunnen worden. Twee jaar later zullen de nieuwe regels en bijbehorende sancties van toepassing zijn.

8. Conclusie

Op basis van de rechtspraak tot nu toe kan de (voorzichtige) conclusie worden getrokken dat het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs een trend lijkt waarmee verzekeraars in toenemende mate rekening moeten houden bij het verzamelen van persoonsgegevens in het kader van een fraudeonderzoek. De Hoge Raad lijkt in zijn arrest van 18 april 2014 weinig ruimte te laten voor het gebruiken van bewijs dat is verkregen in strijd met de uiteenlopende voorwaarden die in de GPO zijn geformuleerd. Bovendien is de onderbouwing van de 'bijkomende omstandigheden' dermate ruim, dat deze zinspeelt op verdere verbreding. Ook indien de verzekeraar bij het fraudeonderzoek andere vormen van zelfregulering schendt, kan dit een rechtvaardiging zijn om de ultieme sanctie toe te passen en het bewijs uit te sluiten.

Gezien deze ontwikkeling is het eens te meer van belang dat verzekeraars bij het verrichten van persoonlijk onderzoek de in de GPO gestelde regels in acht nemen. Ons valt op dat de uitspraken waarin bewijsuitsluiting een rol speelt, zoals de in deze bijdrage besproken beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 2 januari 2014 en het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 wat betreft het feitencomplex, niet de meest 'sprekende' gevallen van (mogelijke) verzekeringsfraude betreffen. Aangezien de rechtspraak op het gebied van (persoonlijk) onderzoek naar fraude sterk casuïstisch van aard is, verdient het naar onze mening aanbeveling om juist in de meer sprekende gevallen van fraude (bijvoorbeeld in een geval vergelijkbaar met de in deze bijdrage besproken uitspraak van de Rechtbank Assen van 25 juli 2007) een rechterlijk oordeel te vragen. Het ligt voor de hand dat de rechter vanuit het perspectief van de waarheidsvinding eerder bereid zal zijn onrechtmatig verkregen bewijs in de bewijsvoering mee te nemen, indien daaruit evident blijkt dat de verzekerde/benadeelde heeft gelogen of onjuiste informatie heeft verstrekt.

25. Deze mogelijkheid wordt ook in de literatuur genoemd. Zie W.H. van Soeren, Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure, AA (35) 1986, afl. 7/8, p. 483-489; H.H. de Vries, Opsporingstechnieken in de onderneming en het recht op privacy, in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), Disfuncties en wangedrag van werknemers, Deventer: Kluwer 2003, p. 215-247.

26. Zie < www.insuranceurope.eu/uploads/Modules/Publications/insurance_europe_key_messages_on_the_european_commission's_proposed_general_data_protection_regulation.pdf>.

27. Zie < www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT%2FBREPORT%2BA7-2013-0402%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0%2F%2FEN&language=EN>.

Verzekeraars moeten op hun hoede zijn en zij moeten in elk afzonderlijk geval kunnen onderbouwen dat voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Afgezien van bewijsuitsluiting zijn andere sancties denkbaar, zoals het bijstellen van de schadevergoeding. Verzekeraars zullen in toenemende mate de regels ter bescherming van persoonsgegevens serieus moeten nemen. Op niet-naleving van de komende verplichtingen op grond van de AVGB worden zeer hoge sancties gesteld. Ook wanneer de ultieme sanctie – bewijsuitsluiting – niet aan de orde is, kunnen verzekeraars dan te maken krijgen met handhaving en boetes wegens overtreding van normen ter bescherming van de persoonsgegevens van verzekerden/bena-deelden.

Beroepsziekten in Europa

Nederland koploper?

*Dr. B. Sorgdrager**

1. Inleiding

Nederland heeft een unieke plaats in Europa waar het gaat om reguleringen voor schadevergoedingen bij beroepsziekten. Hierbij staat in Nederland het aansprakelijkheidsrecht centraal. In bijvoorbeeld onze buurlanden België en Duitsland is de civiele aansprakelijkheid overgedragen aan een verplichte verzekering voor werkgevers. De werkgever betaalt hiervoor een premie. In Duitsland is dit geregeld via de *Berufsgenossenschaften*, waarbij de hoogte van de premie afhankelijk is van het beroepsrisico. Bovendien koppelt Duitsland medische zorg en revalidatie aan de verzekering.¹

In onze buurlanden heeft de werknemer buiten de verzekering geen mogelijkheid om schade te claimen. Dit voorkomt een juridische weg, zoals de praktijk in Nederland is. Regelmatig staan de juridische trajecten ter discussie. Aanleiding hiervoor is bijvoorbeeld de lange duur van dergelijke trajecten, en de frustraties die dit oplevert. Een onderdeel hiervan is de terugkerende discussie over de diagnose ‘beroepsziekte’, een discussie die in onze buurlanden door geaccepteerde procedures niet meer aan de orde is. De lijdensweg van werknemers met een beroepsziekte is uitgebreid beschreven als pleidooi voor nieuw beleid.²

Hoe de aanpak van beroepsziekten in Europa is geregeld, is onderwerp van een studie geweest in opdracht van de Europese Commissie.³ In deze bijdrage worden de conclusies van het rapport samengevat gepresenteerd, in het bijzonder de wijze

waarop de diagnose beroepsziekte in Nederland wordt vastgesteld⁴ en voor het slachtoffer gewenste ontwikkelingen ten aanzien van de schadevergoeding.⁵

2. Aanbevelingen en conclusies van de Europese Commissie

De Europese Commissie heeft over beroepsziektebeleid een rapport gepubliceerd op basis van literatuurstudies, interviews en rapportages.⁶ Sommige zaken lijken in Nederland beter geregeld te zijn dan elders, andere niet. Het rapport telt elf aanbevelingen, die hieronder zijn samengevat:

1. De Europese lijst van beroepsziekten moet worden opgenomen in de wet- en regelgeving ten behoeve van compensatie en preventie. Door de Europese Commissie is in 1990 een Europese lijst van beroepsziekten vastgesteld. Dit is een compromis van de lijsten zoals die in verschillende lidstaten fungeren. Deze lijsten vormen de basis voor financiële compensatiesystemen in de verschillende lidstaten en worden regelmatig bijgesteld door voortschrijdend wetenschappelijk inzicht. De betekenis van deze lijst is dat deze als referentie kan dienen: de hierin genoemde ziekten worden in Europees verband aangemerkt als beroepsziekten. Het blijkt dat Nederland en IJsland de enige landen zijn die de Europese lijst niet toepassen. Zweden compenseert beroepsziekten los van een lijst.
2. De Commissie beveelt een wettelijke regeling aan voor de compensatie van beroepsziekten. In Europa is het heel wisselend geregeld. Een wettelijke regeling ontbreekt in Nederland, net als in zes andere, Oost-Europese, landen.

* Dr. B. Sorgdrager is bedrijfsarts bij het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten.

1. R. Prins, Arbeidsongeschikt door het werk: terug naar een ongevallenverzekering?, Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde (10) 2002, afl. 12, p. 363-368.
2. R. Knecht e.a., Verhaal van werkgerelateerde schade, rapport uitgebracht aan het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, directie Gezond en Veilig Werken, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam 2010; W. Eshuis e.a., Leerzame schadeclaims: leren van ‘worst case scenario’s’ als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekten, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam 2009; N.A. Elbers & A.J. Akkermans, Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering, TVP 2013, afl. 2, p. 33-39.
3. Zie G. van der Laan & R. Prins, Beroepsziektenbeleid in EU-landen vergeleken, ARBO 2013, afl. 7/8, p. 42-43, gebaseerd op het Europees rapport ‘Report on the current situation in relation to occupational diseases’ system in EU Member States and EFTA/EEA countries, in particular relative to Commission Recommendation 2003/670/EC concerning the European Schedule of Occupational Diseases and gathering of data on relevant related aspects’.

4. B. Sorgdrager, Expertise bij beroepsziekten, Letsel & Schade 2013, afl. 1, p. 24-31; B. Sorgdrager, Deskundigenbericht bij beroepsziekten, Tijdschrift Rechterlijke Macht 2009, afl. 8, p. 349-352. Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) heeft een beoordelingsmethodiek ontwikkeld gebaseerd op bedrijfsgeneeskundige en arbeidsepidemiologische principes. Het deskundigenbericht is multidisciplinair opgezet. In Nederland zijn diverse centra waar expertise is en waar onafhankelijk beoordelingen worden verricht. Medisch specialisten beoordelen de mate en prognose van gezondheidsschade. Specialisten op het terrein van arbeid en gezondheid zijn aangewezen deskundigen voor het vaststellen van de arbeidsgebondenheid.
5. Y.R.K. Waterman, De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (diss. Rotterdam), 2009; W. Eshuis, Werknemerscompensatie in de steigers; naar een nieuwe aanpak van werknemerscompensatie en preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten (diss. Amsterdam UvA), 2013.
6. Zie noot 3.

Behalve voor mesotheliom voldoet Nederland niet aan Europese regelgeving over compensatie van geleden schade door een beroepsziekte.⁷ Het Verdrag van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO-verdrag nr. 121) geeft aan dat Europese lidstaten voorzieningen moeten treffen voor slachtoffers van beroepsziekten. Met slechts de werkgeversaansprakelijkheid voldoet Nederland niet aan de Europese regelgeving. Europese landen moeten werkgebonden schade wettelijk hebben geregeld. Het argument van de Nederlandse regering dat de arbeidsongeschiktheidsregeling de schade dekt, gaat niet op. Er is bijvoorbeeld geen uitkering bij een gedeeltelijk verlies van de arbeidscapaciteit.⁸ De Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) kijkt niet naar de opgelopen schade, maar naar arbeidsmogelijkheden. De praktijk wijst uit dat het benutten van die arbeidsmogelijkheden waarbij geen loonverlies optreedt, zelden wordt gerealiseerd.

3. Preventiebeleid is effectief als de sociale partners betrokken zijn. De Commissie oordeelt dat 19 van de 29 landen, inclusief Nederland, dit goed doen. In de database van het Europese Agentschap (EU-OSHA, Bilbao) zijn 'good practices' opgenomen. Een aantal voorbeelden: het terugdringen van het gebruik van oplosmiddelen leidt tot minder hersenschade; betere kennis van de oorzaken van bakkersastma leidt tot vroegtijdige herkenning van problemen en daardoor een gunstiger prognose; het toepassen van praktische geluiddempers in industriële omgevingen gaat gehoorschade tegen; en vaccinatie van personeel in de gezondheidszorg leidt tot het terugdringen van overdraagbare ziekten.
4. Slechts 8 van de 29 landen hebben kwantitatieve doelstellingen om beroepsziekten te verminderen. In de meeste landen, waaronder Nederland, bestaat hierover aarzeling, want het effect van preventieve maatregelen is pas op lange termijn meetbaar, zo melden deze landen. Verder bestaat aarzeling vanwege verwachte registratie-effecten. Artsen worden zich namelijk meer van de aanwezigheid bewust als er gerichte aandacht voor een bepaalde beroepsziekte is. Vervolgens treedt er een stijging op van het aantal meldingen.
5. Registratie van beroepsziekten moet naast de medische diagnose informatie als oorzakelijke factoren, geslacht en leeftijd bevatten. Door de diversiteit in melders en registrerende instanties blijken er in Europa grote verschillen te bestaan. Het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Nederland benutten verscheidene informatiebronnen voor hun registratie. Het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld, verzamelt meldingen van verschillende medische

specialismen. Nederland heeft naast de nationale registratie, peilstations die systematisch beroepsziekten registreren.

6. Epidemiologische gegevens geven beter inzicht in de mogelijkheden voor de aanpak van de oorzaken van beroepsziekten. Nederland doet het goed in Europa dankzij de inspanningen van universitaire instituten zoals het IRAS (Institute Risk Assessment Sciences, Utrecht) en het Coronel Instituut/Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) van het AMC Amsterdam. Het IRAS doet bijvoorbeeld onderzoek in de bouwnijverheid naar het optreden van huidandoeningen en stoflongen, en in de bakkersbranche naar het optreden van luchtwegproblemen. Het NCvB voert onder andere een onderzoek uit naar nieuwe risico's. Mesotheliomregistraties via patholoog-anatomen zijn ook een goed voorbeeld.
7. Onderzoek naar nieuwe risico's en arbeidsgerelateerde psychische aandoeningen is van belang. Het blijkt dat 23 landen, waaronder Nederland, voldoende aandacht besteden aan nieuwe risico's, in het bijzonder aan het veilig werken met synthetische nanodeeltjes.⁹ Ook besteden veel landen aandacht aan werkgebonden psychische ziekten, vooral het posttraumatisch stresssyndroom (PTSS).
8. Het ontwikkelen en toepassen van documenten voor diagnostiek van beroepsziekten draagt bij aan de verbetering van het diagnostisch proces. De Commissie heeft richtlijnen gepubliceerd (*information notices*).¹⁰ In deze 'notices' staan de medische diagnose, de werkgebonden oorzaak en waar mogelijk de minimale blootstelling die nodig is om de ziekte te veroorzaken. De inventariserende studie laat zien dat Nederland het uitstekend doet in Europa. De 'notices' worden benut als richtlijn. Ook ontwikkelt het NCvB in Nederland speciale richtlijnen voor de diagnostiek van beroepsziekten (zie <www.beroepsziekten.nl> bij 'Registratierichtlijnen'). Nederland betreft de multicausaliteit in de diagnostiek van beroepsziekten en benut ontwikkelde registratierichtlijnen voor beroepsziekten die zijn gebaseerd op de 'Information notices on occupational diseases' en recente wetenschappelijke inzichten.¹¹
9. Betere internationale samenwerking bij de ontwikkeling van criteriadocumenten lijkt te werken. De 'information notices' vormen hierbij het uitgangspunt.¹² Het belang dat nationale overheden hechten aan hun eigen regelgeving belemmert concrete samenwerking die door de politiek gedragen wordt. Het rapport beveelt de instelling van een commissie aan die het ontwikkelingsproces verder bevordert en ook wijzigingen in de Europese lijst kan voorstellen. De commissie zou een status kunnen krijgen als de SCOEL (Scientific Committee on Occupational

7. Maatschappelijke onrust over grote aantallen doden door historische blootstelling aan asbest heeft in 1998 geleid tot de oprichting van het Instituut Asbestslachtoffers, dat schadevergoeding regelt aan nabestaanden. De getroffen werknemer van de asbestziekte mesotheliom krijgt uit het fonds op korte termijn een voorschot en een (beperkte) vergoeding, die kan worden verkregen zonder al de kwesties die bij aansprakelijkheidstelling voor problemen zorgen.

8. Zie noot 1.

9. Zie Gezondheidsraad, Werken met nanodeeltjes: blootstellingsregistratie en gezondheidsbewaking, nr. 2012/31, december 2012.

10. Europese Commissie, Information notices on occupational diseases: A guide to diagnosis, 2009.

11. Zie noot 3.

12. Zie noot 10.

Exposure Limits). Speciale aandacht moet daarbij uitgaan naar de weging van multicausaliteit van beroepsziekten.¹³

10. Nationale statistieken en epidemiologische gegevens dienen beschikbaar te worden gesteld. Eurostat verzamelt de informatie (zie < www.beroepsziekten.nl > bij 'websites statistische gegevens'). Officiële cijfers hebben te kampen met een wisselende kwaliteit, bijvoorbeeld door onder-rapportage. Het blijkt dat van het presenteren van cijfers een signaalwerking uitgaat voor preventiebeleid op de werkvloer.¹⁴
11. Kennis en diagnostiek van beroepsziekten zullen meer in de gezondheidszorg moeten worden betrokken om de bewustwording bij artsen te vergroten. Ook in het curriculum van medische opleidingen zou meer ruimte moeten worden gemaakt voor beroepsziekten. Een mooi voorbeeld is te vinden in het Verenigd Koninkrijk, waar een basiscursus bedrijfsgezondheidszorg met veel aandacht voor beroepsziekten stimulerend werkt.¹⁵

3. Betekenis voor de huidige praktijk in Nederland

Het Europese onderzoek naar de aanpak van beroepsziekten in de EU-lidstaten heeft als conclusie dat Nederland nu nog achterloopt bij de financiële compensatie van slachtoffers. In tegenstelling tot de andere Europese landen ontbreekt in Nederland een wettelijke regeling. Het gegeven dat in Nederland wetenschappelijke inzichten en richtlijnen worden gebruikt, levert op dat terrein een koppositie op. De wijze waarop in Nederland de diagnostiek van beroepsziekten wordt uitgevoerd, lijkt een prima basis voor compensatiedoelinden. Een gedachte in Nederland is om het principe 'ja/nee beroepsziekte' los te laten, en de uitkering afhankelijk te laten zijn van de mate waarin het werk de (mede)veroorzaker is van de gezondheidsschade. De Gezondheidsraad heeft bijvoorbeeld voorgesteld in gevallen van longkanker en asbestblootstelling de veroorzakingswaarschijnlijkheid te berekenen (rapport GR 2005/09). Deze proportionele aansprakelijkheid is een aantrekkelijke optie voor de zogenoemde multifactoriële beroepsziekten. De schade kan worden vertaald naar een percentage invaliditeit volgens internationale criteria.¹⁶

Welke regelingen passend zijn voor de Nederlandse situatie is nu in onderzoek. Rond de jaren 2000-2002 voerde de Sociaal-Economische Raad (SER) in Nederland een discussie over een verplichte verzekering met beroepsrisico's als uitgangspunt. De zogenoemde Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB) verplicht de werkgever ten behoeve van werknemers een verzekering af te sluiten. Een claim speelt zich dan af tussen werknemer en verzekeraar en hoeft geen nadelige gevolgen te hebben voor de arbeidsverhouding. Hoewel het Verbond voor Verzekeraars toen positief stond tegenover de invoering van de EGB, is het voorstel in de la terechtgekomen.

Veel beroepsrisico's zijn beheersbaar met organisatorische/technische maatregelen en naar mijn idee ook verzekeraar.¹⁷ Verzekeringspremies kunnen dan ook flexibel en afhankelijk van de branche/het risico zijn. Bovendien kunnen ze een prikkel zijn voor preventie. Het Duitse systeem kan hierbij als voorbeeld dienen. Een melding van een beroepsziekte wordt in dat land eerst medisch beoordeeld, vervolgens wordt bekeken of is voldaan aan bepaalde voorwaarden (bijvoorbeeld: is de werknemer wel daadwerkelijk blootgesteld?), en ten slotte of de aandoening in aanmerking komt voor een invaliditeitsuitkering. Uiteindelijk blijkt in Duitsland 7% van de 70.000 meldingen tot een uitkering te leiden.¹⁸ De uitkering is afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid. Het blijkt dat meer dan de helft van de beroepsziekten maximaal 20% arbeidsongeschiktheid oplevert.

De proefschriften van Waterman en Eshuis¹⁹ geven weer een impuls aan de discussie in Nederland over regelingen voor werknemers met een beroepsziekte. Eind 2012 heeft de SER over dit onderwerp een advies uitgebracht.²⁰ Uitgangspunt is dat belemmeringen voor het verhalen van de schade zo veel mogelijk worden weggenomen. De SER ondersteunt de optie om op korte termijn een gespecialiseerde rechter voor werkgerelateerde schade aan te stellen. De SER pleit verder voor een nadere verkenning van de mogelijkheid van een directe verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten, de EGB. Alternatieven zijn een fonds voor beroepsziekten, zoals bij asbestslachtoffers, en schadecompensatie via collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's). In een aantal cao's zijn regelingen opgenomen die bij ongevallen of beroepsziekten in bepaalde vormen van aanvullende compensatie voorzien (aanvulling op de 70% van het loon, ziektekosten en dergelijke). Het blijkt dat lang niet alle betrokkenen bekend zijn met deze regelingen en ook hier geldt dat de compensatie beperkt van aard is. Vanuit het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt met name gelet op een oplossing via cao-regelingen, omdat deze mogelijkheden zouden bieden voor de sociale partners om zelf meer initiatieven voor verbetering op dit terrein te ontwikkelen. Al met al valt er in de aanpak van beroepsziekten in Nederland dus nog het nodige te verbeteren.

13. Zie noot 3.

14. Zie noot 3.

15. Zie noot 3.

16. AMA guide, 6de druk.

17. Van betekenis voor een verzekering beroepsrisico's, zoals in de EGB is voorgesteld, is een overzicht van de belangrijkste beroepsziekten. (In de bijlage van deze bijdrage is een overzicht van de belangrijkste beroepsziekten opgenomen.) Zie voor een nadere beschrijving bijv. de uitgaven van Kluwer: Praktijkids arbeidshygiëne: beroepsziekten, 2006, en Praktijkcahier VGWM nr. 75, Beroepsziekten, 2009.

18. Gegevens uit 1998, zie Eshuis 2013.

19. Waterman 2009; Eshuis 2013.

20. SER, Stelsel voor gezond en veilig werken, Advies nr. 2012/08, 2012.

**Bijlage: Een overzicht van de belangrijkste
beroepsziekten²¹**

Branche	Belangrijkste beroepsziekten
Gezondheidszorg	Overspanning/burn-out Overbelastingsblessures Infectieziekten Huidaandoeningen (hand- eczeem)
Onderwijs	Overspanning/burn-out
Agrarische sector	Overbelastingsblessures Vergiftigingen Lawaaislechthorendheid Infectieziekten Longziekten
Bouwnijverheid	Overbelastingsblessures Lawaaislechthorendheid
Industrie	Overbelastingsblessures Lawaaislechthorendheid Longziekten
Transport	Overbelastingsblessures Overspanning
Muziek	Overbelastingsblessures Lawaaischade
Schoonmaak	Overbelastingsblessures Huidaandoeningen (hand- eczeem)
Zakelijke dienstverlening	Overspanning

21. Zie noot 17.

Hoger beroep van deelgeschillen beperkt mogelijk via doorbrekingsjurisprudentie

HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943

Inleiding

De dreigende werking van de tekst 'See you in court!' is voor belangenbehartigers van benadeelden zonder twijfel vergroot sinds het processuele instrument van het deelgeschil in het leven is geroepen (art. 1019w-1019CC van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Rv). De deelgeschilprocedure als snelle, laagdrempelige en doelgerichte manier om een zaak 'verder te helpen' heeft breed ingang gevonden in de Nederlandse rechtspraktijk, niet in de laatste plaats door het buitengewoon slachtoffervriendelijke kostenregime. Als onderdeel van het buitengerechtelijke afwikkelingstraject geldt de deelgeschilprocedure als een unieke rechtsfiguur, ook in internationaal verband.

Inmiddels zijn er naar schatting circa 500 deelgeschillen gevoerd sinds de inwerkingtreding van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (hierna: Wet deelgeschilprocedure) op 1 juli 2010.¹ In de literatuur overheerst de opvatting dat de deelgeschilprocedure een succes is.² De beoogde normverfijning en rechtsvorming vinden daadwerkelijk plaats, met een versterkt effect op de rechtspraktijk, terwijl daarnaast ook sprake lijkt te zijn van een doelmatiger inzet van de rechterlijke macht.³ Op 1 juli 2014 heeft de evaluatie van de wet een aanvang genomen. Tot zoverre niets dan goeds over de deelgeschilprocedure.

Wel is het, uiteraard, mogelijk dat de zaak 'verder geholpen' wordt in een richting die een van de partijen niet zint. Al tijdens de parlementaire behandeling van de wet werd duidelijk dat elke vraag die zich in een bodemprocedure kan voordoen, in beginsel aan de deelgeschilrechter kan worden voorgelegd (mits de beslissing een vaststellingsovereenkomst over de gehele vordering naderbij kan brengen). Het is een gegeven dat ook complexe zaken of vorderingen met een groot belang aan de deelgeschilrechter kunnen worden voorgelegd en dat de deelgeschilrechter hierover ingrijpende uitspraken kan doen, zoals over de vestiging van aansprakelijkheid. Dit is in de rechtspraktijk ook al wel gebleken. Welke appèlmogelijkheden staan de in het ongelijk gestelde partij in dat geval tot haar beschikking, en zijn de in de rechtspraak ontwikkelde 'doorbrekingsgronden' van een wettelijk appèlverbod ook van toepassing op

de deelgeschilprocedure? De Hoge Raad spreekt zich in dit arrest hierover uit.

Feiten

De feiten die aan de zaak ten grondslag liggen, zijn die van een klassiek arbeidsongeval in de bouw. Op 18 augustus 2010 was een sloper bezig werkzaamheden te verrichten op een bouwlocatie in Amsterdam. Op enig moment is hij gaan zitten op de randbeveiliging van een trapgat op de eerste verdieping van dat pand om koffie te gaan drinken. Daarbij is hij door de randbeveiliging gezakt en in het trapgat gevallen, waarbij hij letsel heeft opgelopen. De sloper verzoekt de kantonrechter te Amsterdam in deelgeschil op de voet van artikel 1019w Rv voor recht te verklaren dat zijn werkgever diens zorgplicht ingevolge artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek (BW) jegens hem niet heeft nageleefd, en derhalve aansprakelijk is voor het arbeidsongeval, en om begroting van de kosten van de procedure ingevolge artikel 1019aa Rv (zijnde € 15.221,33), met toepassing van een hoofdelijke kostenveroordeling.

Beoordeling

Het verzoek van de werknemer wordt toegewezen door de kantonrechter: de werkgever wordt ingevolge artikel 7:658 BW aansprakelijk geacht voor het arbeidsongeval en wordt veroordeeld in de kosten van de procedure. Tegen deze beschikking stelt de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) werkgever hoger beroep in bij het Gerechtshof Amsterdam. Het hof oordeelt dat de werkgever niet-ontvankelijk is. De werkgever had bij het hof (onder meer) aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte de deelgeschilprocedure heeft toegepast, en daarmee buiten het toepassingsbereik daarvan is getreden, en overigens fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden, althans essentiële vormen heeft verzuimd. Het hof heeft dit aangemerkt als een beroep op een doorbrekingsgrond (r.o. 3.1 en 3.2). Het hof heeft evenwel geoordeeld dat de doorbrekingsjurisprudentie⁴ in de onderhavige procedure niet van toepassing is, zodat door de werknemer geen beroep op een doorbrekingsgrond kan worden gedaan (r.o. 3.3-3.6). Om die reden is de werkgever niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep.

Het hof heeft voorts geoordeeld dat de mogelijkheid tot appèl bij deelgeschillen niet is uitgesloten, maar alleen 'temporeel' is gereguleerd. Daartoe wordt het volgende aangevoerd. Op grond van artikel 1019cc lid 1 Rv is de bodemrechter gebonden aan een beschikking van de deelgeschilrechter waarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is beslist op één of meer geschilpunten. De beschikking omtrent aansprakelijkheid geldt bij uitstek als een beslissing over een geschilpunt betref-

1. Stb. 2010, 221.

2. J. Sap, Is de deelgeschilprocedure een succes?, AV&S 2013/22.

3. A.J. Van & A.J. Akkermans, Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken, TVP 2011, afl. 3, p. 82-88.

4. HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0598.

fende de materiële rechtsverhouding van partijen. Hiertoe komt in een bodemprocedure de betekenis toe van een tussenvonnis in die instantie (art. 1019cc lid 2 Rv). Kortom: de bevoegdheid tot appelleren is niet uitgesloten, alleen het moment waarop dit kan worden gedaan, is bij wet gereguleerd. Op deze wijze kan de in de deelgeschilprocedure in het ongelijk gestelde partij wel degelijk hoger beroep instellen tegen de haar onwelgevallige beschikking; alleen moet zij daarvoor wel een bodemprocedure aanhangig maken.

In cassatie wordt geklaagd over het oordeel van het hof dat de doorbraakjurisprudentie niet van toepassing is op het appèlverbod bij deelgeschillen. De vraag wordt opgeworpen of het rechtsmiddelenverbod van artikel 1019bb Rv kan worden doorbroken. Volgens vaste rechtspraak is dat mogelijk in de volgende, in de rechtspraak ontwikkelde, gevallen: indien de rechter (1) buiten het toepassingsgebied van de betreffende regeling is getreden, (2) deze regeling ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, en (3) bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat niet kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Kortom: doorbreking is alleen mogelijk als de rechter de procedure onterecht heeft toegepast of onterecht niet heeft toegepast, of als hij essentiële vormen heeft verzuimd.

Advocaat-generaal Wesseling-van Gent concludeert tot verwerving van het cassatiemiddel. Zij wijst erop dat de Hoge Raad nog onlangs, in september 2012, heeft geoordeeld over de toepasselijkheid van de doorbrekingsjurisprudentie op een dergelijk, temporeel, rechtsmiddelenverbod.⁵

‘(...) De hier bedoelde rechtspraak – waarmee wordt bedoeld dat de eiser ondanks een wettelijk appèlverbod toch in zijn vordering kan worden ontvangen indien hij stelt dat de rechter buiten het toepassingsgebied van de desbetreffende bepaling is getreden, deze ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken – is niet van toepassing in het geval van art. 337 lid 2 Rv dat de bevoegdheid tot appel niet uitsluit, maar slechts het moment regelt waarop deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend.’

Een soortgelijke uitspraak is door de Hoge Raad gedaan met betrekking tot het in artikel 388 lid 2 Rv vervatte rechtsmiddelenverbod (heropening van het geding in het kader van een herroepingsprocedure), dat – samengevat – inhoudt dat hoger beroep van de beslissing inzake de heropening van het geding weliswaar is uitgesloten, maar dat cassatieberoep wel openstaat. Bij die stand van zaken bestaat er geen goede grond om aan te nemen dat de uitsluiting van hoger beroep kan worden

doorbroken op een van de in de rechtspraak daartoe erkende gronden.⁶

Hieruit leidt de A-G af dat indien er een andere mogelijkheid of een ander tijdstip bestaat om op te komen tegen een uitspraak waarop een rechtsmiddelenverbod van toepassing is, er geen aanleiding bestaat voor doorbreking van dat rechtsmiddelenverbod. Nu in artikel 1019cc lid 3 Rv met de bepaling dat hoger beroep in de procedure ten principale kan worden ingesteld op gelijke wijze als dit van een tussenvonnis mogelijk is en naar artikel 337 lid 2 Rv wordt verwezen, acht zij de hierboven besproken oordelen uit de arresten van de Hoge Raad van september 2012 rechtstreeks van toepassing op de in cassatie voorgelegde vraag. Daarnaast zijn ook de aard en de ratio van de deelgeschilprocedure hiermee in overeenstemming (snel, laagdrempelig, doelgericht).

De Hoge Raad volgt de A-G niet in haar oordeel. De in het onderhavige arrest centraal staande vraag of het wettelijk rechtsmiddelenverbod bij deelgeschillen kan worden doorbroken door bovenomschreven, in de rechtspraak ontwikkelde ‘doorbrekingsgronden’ betreft een principiële vraag. De Hoge Raad plaatst vervolgens het processuele regime van de deelgeschilprocedure in de context van de ratio en het doel van deze procedure: een snelle, voortvarende, minnelijke afwikkeling van letsel- en overlijdenszaken. Daarbij is van belang dat in de parlementaire behandeling van de Wet Deelgeschilprocedure expliciet is besproken dat wettelijke beperkingen aan het instellen van rechtsmiddelen geoorloofd zijn om de snelheid en doelmatigheid van het deelgeschil te waarborgen. Openstelling van hoger beroep tegen een beschikking in deelgeschil zou die voordelen tenietdoen.

De beperking van appèlmogelijkheden is derhalve bedoeld als een extra stimulans om partijen ertoe te bewegen de onderhandelingen af te ronden en niet voort te procederen: ‘Hoger beroep kan niet door een partij worden aangegrepen om de vaart uit de onderhandelingen te halen.’⁷ Beperking van hoger beroep is dus een welbewuste, rechtspolitieke keuze geweest. Daar komt bij dat partijen hiermee niet iets wordt ontnomen: de deelgeschilprocedure doet immers niet af aan het recht van partijen een bodemprocedure aan te spannen. In de Kamerstukken staat voorts vermeld: ‘Aan de rechtspraak kan worden overgelaten in hoeverre de uitsluiting van rechtsmiddelen kan worden doorbroken op grond van de daarvoor in de jurisprudentie ontwikkelde gronden (...)’⁸

Of een wettelijk bepaald rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken, vraagt volgens de Hoge Raad uit een oogpunt van rechtszekerheid om een ondubbelzinnig antwoord. Gezien de fundamentele strekking van de doorbrekingsrechtspraak en het waarborgen van de rechtsbescherming die deze rechtspraak biedt, oordeelt de Hoge Raad dat ‘moet worden aange-

5. HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0598.

6. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4896.

7. Kamerstukken I 2009/10, 31518, C, p. 5.

8. Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 19.

nomen' dat de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden kunnen worden ingeroepen tegen een deelgeschilbeschikking (r.o. 5.4-5.5). Dit geldt ongeacht of een rechtsmiddel in de zin van artikel 1019cc lid 3 Rv openstaat of zal openstaan. Anders dan in cassatie was aangevoerd, levert de stelling dat beëindiging van een deelgeschil niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst over de vordering (als bedoeld in art. 1019x lid 3 aanhef en onder a Rv) geen doorbrekingsgrond op (r.o. 5.6). Voorts oordeelt de Hoge Raad dat indien een rechtsmiddel wordt ingesteld met een beroep op een doorbrekingsgrond, ook het kostenregime van de deelgeschilprocedure van toepassing zal zijn (r.o. 5.7).

Commentaar

Op alle typen deelgeschilbeschikkingen is dus hoger beroep op grond van een van de in de rechtspraak erkende doorbrekingsgronden mogelijk – die beschikkingen waarin uitdrukkelijk is beslist op een geschilpunt over de materiële rechtsverhouding tussen partijen, die beschikkingen die op meer processuele punten betrekking hebben, alsmede de grensgevallen die hier-tussen denkbaar zijn, zo oordeelt de Hoge Raad. Deelgeschillen worden niet principieel uitgesloten van de doorbrekingsrechtspraak.

Deze uitspraak verbaast niet. De doorbrekingsrechtspraak is immers beperkt van aard en ziet in essentie uitsluitend op evidente misslagen door de lagere rechter: doorbreking is alleen mogelijk als de rechter de procedure onterecht heeft toegepast of onterecht niet heeft toegepast, of als hij essentiële vormen heeft verzuimd. Het gaat derhalve om uitzonderlijke en ernstige gevallen. Zou doorbreking van het appèlverbod niet mogelijk zijn terwijl zich in een deelgeschilprocedure een dergelijke misslag van de rechter heeft voorgedaan, dan zou dit tot een onaanvaardbare uitkomst in termen van rechtsbescherming leiden. Hoewel efficiëntie, snelheid en doelmatigheid van de deelgeschilprocedure belangrijke elementen van deze rechtsgang zijn, zijn zij niet allesbepalend. Indien een voortvarende, doelgerichte procedure evident onterecht wel of niet is toegepast of indien er essentiële vormen zijn verzuimd, is de legitimiteit van de procedure uiteindelijk maatgevend. Ook in deze rechtsgang moet ruimte zijn voor correctiemogelijkheden. Het is waardevol voor de rechtspraktijk dat daarover nu duidelijkheid bestaat.

Zou de Hoge Raad anders hebben beslist, dan zou een partij uiteraard ook tegen de beschikking kunnen hebben opgekomen door op de 'reguliere wijze' hoger beroep in te stellen: bij eindvonnis of door het instellen van tussentijds hoger beroep (art. 1019cc lid 3 Rv) in de bodemprocedure. Nadeel is dat op deze wijze wel door een van de partijen een bodemprocedure aanhangig moet worden gemaakt. Indien snel een beslissing is vereist, zoals in het geval dat (naar het oordeel van een van de partijen) een van de doorbrekingsgronden zich voordoet, dan zal het veelal de voorkeur verdienen te kiezen voor het instel-

len van tussentijds hoger beroep, omdat het geschilpunt dan direct opnieuw zal worden beoordeeld.

Enigszins onbevredigend is wel dat zolang geen bodemprocedure is gestart, de termijn van hoger beroep niet gaat lopen, zodat dit gedurende (zeer) lange tijd voor rechtsonzekerheid kan zorgen. De vraag of de partij die ettelijke jaren na een deelgeschilprocedure door haar wederpartij (alsnog) in een bodemprocedure wordt betrokken, zich zou kunnen beroepen op verjaring, rechtsverwerking, verval van instantie of een soortgelijke grond, is een interessante vraag, die evenwel buiten het bestek van deze noot valt, maar zeker nader juridisch onderzoek zou rechtvaardigen. Is wel een bodemprocedure gestart, dan dient het hoger beroep binnen drie maanden na de eerste roldatum in de bodemprocedure te worden ingesteld, na verkrijging van verlof van de rechter tot het instellen van tussentijds hoger beroep (art. 337 lid 2 Rv). Deze partij kan dan rechtstreeks grieven formuleren tegen de beslissing in deelgeschil en vorderen dat de beschikking in de deelgeschilprocedure wordt vernietigd. Met de vernietiging verliest de beslissing in de deelgeschilprocedure haar bindende kracht. Dit is, voor alle duidelijkheid, dus ook de processuele route die de partij moet kiezen die – op welke grond dan ook, dus niet alleen als een van de doorbrekingsgronden aan de orde is – het niet eens is met de beslissing in deelgeschil.

Deze gevallen zullen zich veel vaker voordoen dan het geval waarin een partij opkomt tegen een beschikking in deelgeschil omdat een doorbrekingsgrond mogelijk van toepassing is. De overweging van de Hoge Raad dat de stelling 'dat beëindiging van dit deelgeschil niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst' niet als een doorbrekingsgrond geldt, is wel wat bevreedend, nu die situatie precies lijkt te vallen onder de eerste doorbrekingsgrond. Het criterium dat beëindiging van het deelgeschil moet kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst is de 'inhoudelijke ingangseis' voor de deelgeschilprocedure, zodat kan worden betoogd dat dit ziet op de doorbrekingsgrond dat de rechter buiten het toepassingsgebied van de betreffende regeling (de Wet Deelgeschilprocedure) is getreden. Aan de andere kant kan worden gevreesd dat deze stelling door partijen in groten getale kan (en zal) worden betrokken, aangezien er ook nu al geregeld rechtspraak is over de vraag of het een deelgeschil in de zin van artikel 1019w lid 1 Rv betreft.⁹

De doorbrekingsrechtspraak van de Hoge Raad is bedoeld voor uitzonderlijke situaties, terwijl de rechtspolitieke keuze van de wetgever om de mogelijkheid tot hoger beroep bij deelgeschillen te beperken, duidelijk is, uitvoerig is gemotiveerd, recent is gemaakt en het wetsvoorstel destijds met algemene stemmen door de Tweede Kamer is aangenomen. Dat noopt tot terughoudendheid om met een beroep op een doorbre-

9. Zie o.m. Rb. Limburg 22 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:692; Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:422; Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:673.

kingsgrond een rechtsmiddel tegen een deelgeschiluitspraak
aan te wenden.

Mr. E. Pans