

Pagina 1
Verjaring en stuiting

Pagina 8
Fraudeonderzoek en
googelende verzekeraars

Pagina 14
Uitbreiding aansprakelijkheid ouders voor gedragingen kinderen

Pagina 18
Wat te doen als de
arbeid niet meer dezelfde
loonwaarde heeft?

juni 2015



Welke schade,
andere grondslag ...

Checklist ...

Pleidooi voor verplichte
APV ...

Dariuz Works®
Loonwaardemeting ...

Weggesluisde premiegelden en een vergeten procedure Verjaring en stuiting

Verjaring is een steeds weer terugkerend discussiepunt in de (rechts)praktijk. Verjaring houdt feitelijk in dat, door enkel tijdverloop, de aansprakelijke partij de dans ontspringt. In het arrest dat wij hierna gaan bespreken, is de aansprakelijk gestelde partij een bestuurder die gelden wegsluist. Of hem een beroep op verjaring toekomt, zal moeten blijken. Verjaring is echter ook een onderwerp dat speelt bij de afwikkeling van letselschades. Hoe vaak gebeurt het niet dat een benadeelde na jaren radiostilte ineens schadevergoeding claimt? Voor de aansprakelijk gestelde partij kan dit een (onplezierige) verrassing zijn, maar de benadeelde kan er lang niet altijd iets aan doen dat niet eerder een claim is ingesteld. Bijvoorbeeld kan het zo zijn dat het letsel van de benadeelde zich pas openbaart lange tijd nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden (denk aan zaken aangaande asbest, OPS/CTE en CANS/RSI). Ook kan het voorkomen dat de benadeelde niet van meet af aan bekend is met de veroorzaker van zijn letsel.

Gelet op dit alles, wekt het geen verbazing dat er (ook ter zake van letselschade) veel rechtspraak is over verjaring, onder andere over de vraag wanneer de verjaringstermijn, die op grond van art. 3:310 BW in beginsel vijf jaar is, nu eigenlijk gaat lopen. Dat is en blijft een bron van discussie. De eisende partij heeft er nu eenmaal alle belang bij om die termijn op een zo laat mogelijk tijdstip te laten ingaan, terwijl de aansprakelijk gestelde



Mevrouw mr. L.K. de Haan en mr. C. Banis
V&A Advocaten – Rotterdam

partij precies het tegenovergestelde belang heeft. Discussie was en is er ook volop over het stuiten van de verjaring, dus het verlengen van de termijn. Op 14 november 2014 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin deze onderwerpen aan de orde komen (ECLI:NL:HR:2014:3240). De casus die aan het arrest ten grondslag ligt ziet, als gezegd, op bestuurdersaansprakelijkheid, maar de verjaringsvraagstukken waartoe de casus aanleiding gaf, hadden net zo goed kunnen spelen in een letselschadezaak.

De casus

Het is 1996. Een Belgische verzekeraar werkt op de Nederlandse markt samen met een Nederlandse gevolmachtigd agent (de gevolmachtigde). Die samenwerking is vorm gegeven in een agentuurovereenkomst, op grond waarvan de gevolmachtigde onder meer namens de verzekeraar premie- >

> gelden mag innen. Daarbij is het uiteraard de bedoeling dat de gevolmachtigde deze premiegelden doorstort aan de verzekeraar. Dat gebeurt echter niet, althans niet steeds even constant. De verzekeraar, die door het handelen van de gevolmachtigde premie-inkomsten misloopt, ontbindt daarop, per 7 oktober 1997, de agentuurovereenkomst. Een geschil over de afwikkeling is het gevolg. Dat leidt in eerste instantie tot een kort geding van de verzekeraar tegen de gevolmachtigde en diens bestuurder. In dat kort geding wordt de verzekeraar in het ongelijk gesteld. In de tussentijd verricht de accountant in opdracht van de verzekeraar financieel onderzoek. Dat resulteert in een rapport gedateerd 19 oktober 1998, waarin is te lezen dat de gevolmachtigde met ingang van juli 1997 een voor de verzekeraar onbekende bankrekening heeft gebruikt om de voor de verzekeraar bestemde premiegelden op te ontvangen. In het rapport is ook te lezen dat de bestuurder van de gevolmachtigde, in de periode van 6 oktober 1997 tot 30 september 1998, geld van die voor de verzekeraar onbekende bankrekening heeft overgeboekt naar meerdere andere bankrekeningen dan die van de verzekeraar, waaronder zijn eigen bankrekening. Het geschil mondt nog datzelfde jaar, in 1998, uit in een bodemprocedure tussen de verzekeraar en de bestuurder van de gevolmachtigde. In die procedure stelt de verzekeraar zich op het standpunt dat (i) de bestuurder heeft bewerkstelligd dan wel toegestaan dat aan de verzekeraar toekomstige premiegelden zijn gebruikt ten nutte van de gevolmachtigde; en (ii) de bestuurder het vermogen van de gevolmachtigde heeft gereduceerd, waardoor de verzekeraar geen verhaal meer kan uitoefenen op de gevolmachtigde.

Deze procedure wordt vervolgens op 18 februari 1999 op de rol doorgehaald voordat er een vonnis is geweest. Hierna start de verzekeraar, in de zomer van 1999, een arbitrageprocedure tegen de gevolmachtigde. In die procedure wordt de verzekeraar in het gelijk gesteld. De gevolmachtigde wordt door arbiters veroordeeld om een bedrag van ruim € 2,5 miljoen aan de verzekeraar te betalen. De gevolmachtigde voldoet niet aan de veroordeling en biedt daarvoor ook geen verhaal. De verzekeraar besluit haar pijlen opnieuw te richten op de bestuurder van de gevolmachtigde. Op 23 februari 2009 stelt de verzekeraar de bestuurder persoonlijk aansprakelijk. Inclusief kosten en wettelijke rente, is de vordering uit hoofde van de arbitrage opgelopen tot een bedrag van ruim € 4,5 miljoen. De bestuurder geeft niet thuis, wat de verzekeraar doet besluiten opnieuw een procedure tegen de bestuurder te starten. In deze nieuwe, tweede procedure grondt de verzekeraar haar vordering tegen de bestuurder op onrechtmatig handelen, hierin bestaande dat de bestuurder heeft bewerkstelligd dat de gevolmachtigde (i) toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de agentuurovereenkomst; en (ii) geen verhaal meer biedt voor de vorderingen van de verzekeraar.

De bestuurder verweert zich met een beroep op verjaring op grond van art. 3:310 BW. Volgens de bestuurder is de verjaring van de vordering jegens hem in 1998 gaan lopen en niet (tijdig) door de verzekeraar gestuit. De verzekeraar is het hiermee niet eens en brengt naar voren dat de vijfjaarstermijn van

art. 3:310 BW pas in 2009, na afloop van de arbitrageprocedure tegen de gevolmachtigde, een aanvang heeft genomen. De verzekeraar voert verder aan dat de eerdere procedure die zij, in 1998, tegen de bestuurder is gestart en die op de rol is doorgehaald, de verjaring durend heeft gestuit.

De onderwerpen

Wie heeft er nu gelijk? Is de vordering van de verzekeraar op de bestuurder wel of niet verjaard? Wanneer is de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW in dit geval gaan lopen? En heeft de in 1998 door de verzekeraar tegen de bestuurder gestarte en vervolgens op de rol doorgehaalde procedure ingevolge art. 3:316 BW durend stuitende werking gehad? Hierna zullen wij, aan de hand van de arresten van het hof en de Hoge Raad, ingaan op deze onderwerpen.

De wet

Voor een goed begrip van de materie, laten wij eerst de relevante wettelijke bepalingen over verjaring en stuiting de revue passeren. Omtrent verjaring bepaalt art. 3:310 lid 1 BW, voor zover nu relevant, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Deze termijn kan op verschillende manieren worden gestuit, waarbij relevant is om op te merken dat stuiting soms tijdelijke werking heeft, maar soms ook durend van aard is. In het laatste geval wordt de verjaring in beginsel oneindig gestuit. Tijdelijke stuiting vindt plaats door een aanmaning of schriftelijk voorbehoud (art. 3:317 BW) of een erkenning door de schuldenaar (art. 3:318 BW). Bij tijdelijke stuiting gaat er een nieuwe termijn lopen die gelijk is aan de oorspronkelijke termijn, maar nooit langer dan vijf jaar (art. 3:319 BW). Durende en dus in beginsel oneindige stuiting van de verjaring vindt plaats door het instellen van een eis, bijvoorbeeld door het uitbrengen van een dagvaarding (art. 3:316 BW). Hieraan kleeft echter een belangrijke beperking. Leidt de ingestelde eis niet tot een toewijzing, dan geldt – achteraf bezien – dat stuiting in het geheel niet heeft plaatsgehad. Dit is alleen anders, zo bepaalt art. 3:316 lid 2 BW, *“indien binnen zes maanden, nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt”*.

Onderwerp 1: het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW

De eerste vraag waarover hof en Hoge Raad zich hebben gebogen, is of de verjaring van de vordering van de verzekeraar op de bestuurder al in 1998 is gaan lopen of pas in 2009. Het antwoord op deze vraag maakt nogal een verschil, gelet op het feit dat de zaak tussen de verzekeraar en de bestuurder, na de doorhaling van de eerdere procedure in 1999, tien jaar heeft stil gelegen. Het hof was het met de bestuurder eens en oordeelde dat de vijfjaarstermijn in dit geval is gaan lopen in 1998. Naar het oordeel van het hof had de verzekeraar toen namelijk voldoende zekerheid verkregen dat de schade (mede) was veroorzaakt door foutief

handelen van de bestuurder. Immers, zo overwoog het hof: *“Uit de omstandigheden van het onderhavige geval (...) leidt het hof af dat [de verzekeraar] al in 1997 of 1998 bekend was met het feit dat [de gevolmachtigde] tekort was geschoten in de nakoming van de agentuurovereenkomst, waardoor [de verzekeraar] schade leed, onder meer bestaande uit niet door [de gevolmachtigde] aan haar afgedragen premies, en dat [appellant] de bestuurder was die dat handelen had bewerkstelligd; reeds toen had zij voldoende zekerheid verkregen dat de schade (mede) was veroorzaakt door foutief handelen van [de bestuurder] (dat gold in ieder geval vanaf de ontvangst van het rapport van [de accountant] van 19 oktober 1998). [De verzekeraar] was, blijkens de door haar jegens [appellant] geëntameerde kort geding- en bodemprocedure, in die tijd ook daadwerkelijk in staat een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen”.*

De Hoge Raad oordeelde anders. In zijn arrest van 14 november 2014 stelt de Hoge Raad voorop dat art. 3:310 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daardoor aansprakelijke persoon. De Hoge Raad vervolgt met de overweging dat, naar vaste rechtspraak, de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, aldus moet worden opgevat dat het hier gaat om daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. De verjaringstermijn begint pas te lopen, aldus de Hoge Raad, op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn, zo overweegt de Hoge Raad, als de benadeelde voldoende zekerheid heeft – die hoeft niet een absolute zekerheid te zijn – dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Tot zover niets nieuws onder de zon.

De Hoge Raad spitst de beoordeling vervolgens toe op de grondslag van de door de verzekeraar tegen de bestuurder ingestelde vordering. Die grondslag, zo overweegt de Hoge Raad, is verhaalsfrustratie door de bestuurder, *“daarin bestaande dat de door [de bestuurder] bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van [de gevolmachtigde] – te weten, samengevat, het niet afdragen aan [de verzekeraar] van de aan haar toekomende premiegelden en het ‘wegsluizen’ van substantiële bedragen (aan premiegelden) – tot gevolg heeft gehad dat [de gevolmachtigde] haar verplichtingen jegens [de verzekeraar] niet kan nakomen en dat [de gevolmachtigde] geen verhaal biedt voor de schade die als gevolg daarvan voor [de verzekeraar] is ontstaan”.* De Hoge Raad oordeelt dan: *“[De verzekeraar] betoogt terecht dat bekendheid met gedragingen van [de bestuurder] die later de oorzaak van de schade blijken te zijn, niet betekent dat de verjaringstermijn een aanvang neemt, nu het in dit verband erop aankomt of de benadeelde met de schade bekend is geworden. De schade [de verzekeraar] vergoeding vordert, bestaat erin*

dat zij haar vordering op [de gevolmachtigde] niet kan verhalen. Het ‘wegsluizen’ van door [de bestuurder] ten behoeve van [de verzekeraar] ontvangen premiegelden behoeft echter – ook voor zover het daarbij gaat om substantiële bedragen – niet zonder meer een verhaalstekort bij [de gevolmachtigde] tot gevolg te hebben”.

Ook het oordeel van het hof dat de verzekeraar in 1998 – in ieder geval met het rapport van de accountant – voldoende zekerheid had omtrent de door haar gevorderde schade als gevolg van de verhaalsfrustratie, volgt de Hoge Raad niet. Immers, zo oordeelt de Hoge Raad, *“dat [de verzekeraar] op basis van de uit het rapport van [de accountant] gebleken gedragingen van [de bestuurder] bedacht kon zijn op de mogelijkheid van een verhaalstekort bij [de gevolmachtigde] en de daaruit voortvloeiende schade van [de verzekeraar]”,* brengt niet mee *“dat omtrent deze schade voldoende zekerheid bestaat”.* Dat geldt naar het oordeel van de Hoge Raad evenmin wanneer daarbij tevens wordt betrokken – zoals het hof had gedaan – dat de verzekeraar in 1998 bekend was met het foutief handelen van de bestuurder en dat de verzekeraar al in 1998 heeft gesteld dat de bestuurder het vermogen van de gevolmachtigde dusdanig heeft gereduceerd dat de verzekeraar zich bij een eventueel toewijzend vonnis jegens de gevolmachtigde niet meer op het vermogen van de gevolmachtigde zou kunnen verhalen.

Het is bij het beoordelen van de vraag of de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW een aanvang heeft genomen dus belangrijk de grondslag van de vordering (en de daaruit voortvloeiende schade) goed voor ogen te houden. Toegespitst op de onderhavige casus: een vordering tot schadevergoeding op grond van verhaalsfrustratie is niet hetzelfde als een vordering tot schadevergoeding op grond van het meewerken aan wanprestatie. Ook de schade verschilt. De schade die de verzekeraar lijdt doordat de bestuurder eraan meewerkt dat premie-inkomsten worden weggesluisd, bestaat uit gemiste premie-inkomsten. De schade die de verzekeraar lijdt doordat de bestuurder de verhaalsmogelijkheden van de verzekeraar frustreert, bestaat erin dat de verzekeraar ter zake van (haar schade door) de gemiste premie-inkomsten geen verhaal kan nemen. Hof en Hoge Raad hadden te oordelen over de vordering van de verzekeraar op grond van verhaalsfrustratie. Voor het gaan lopen van de verjaring van deze vordering, was dus nodig dat de verzekeraar met de schade die daarvan het gevolg was, bekend was geworden. Die bekendheid was er niet al, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad, toen de verzekeraar te weten kwam dat de bestuurder eraan meewerkte dat premie-inkomsten werden weggesluisd. Immers, daarmee was niet (ook) gegeven dat de gevolmachtigde voor de daardoor ontstane schade, geen verhaal zou bieden. Vereist voor het gaan lopen van de verjaring van de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van verhaalsfrustratie, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad, is daadwerkelijke, subjectieve bekendheid bij de verzekeraar dat zij door toedoen van de bestuurder schade lijdt vanwege een verhaalstekort bij de gevolmachtigde. Daarmee was de verzekeraar pas bekend

Stuitend!

De welbekende twee-jaarstermijn was al enige tijd verstreken en het woord patstelling was op zijn plaats. Alle re-integratiepogingen waren op niets uitgelopen, mijn waarde wederpartij berustte in haar lot, er zat geen beweging meer in de zaak. *"Mijn lichaam is moe, mijn hoofd is leeg", legde zij uit, "sorry, maar ik zie geen enkele uitweg meer". "Derhalve ligt de vraag voor, welke medische deskundigenberichten nu zullen moeten plaatsvinden", opperde de advocaat. Daar had hij een punt, er restte alleen nog de juridische weg. Het klinkt wellicht stuitend, maar niets aan te doen.*

"People are strange, when you're a stranger, faces look ugly, when you're alone".

Maar nu eerst even mijn eigen weg. Meivakantie, lekker weg. Duizend lentekleuren tegen strakblauwe lucht. Vanachter de bloeiende rododendrons doemt de roze toegangspoort naar het Magic Kingdom op. Eenmaal door die poort bevind ik mij met mijn gezelschap in een wereld waar alleen de wetten van de fantasie gelden en onmogelijkheden niet bestaan.

"At first flash of Eden, we race down to the sea, standing there on freedom's shore.

Waiting for the sun.

Can you feel it, now that Spring has come, that it's time to live in the scattered sun.

Waiting for the sun, Waiting for the sun, Waiting for the sun"

In een prieel staat Winnie de Poeh handtekeningen, hugs en high fives uit te delen. De gemoedelijke nietsnuttende beer heeft veel fans, van jong tot oud. *"Pooh for President!"* is in de Verenigde Staten in verkiezingstijd zelfs een veelgehoorde kreet. Dan komt er plots vanuit mijn linker ooghoek een feloranje bliksemschicht mijn blikveld binnen gestuiterd. Het is Poeh's hyperactieve kompaan Tigger (Teigetje) en hij triggert meteen de mensenmeute. Ouders duwen hun kinderen richting de vrolijke stuiteraar en kinderen stuiten dolblij met hem mee. Onbezorgdheid is de regel in Disneyland, wij zijn hier vrij van de alledaagse ballast van de echte wereld. 's Avonds op mijn hotelkamer zie ik op internet echter dat ik ongelijk heb: "Pluto is een bruit" klaagt een Amerikaanse mevrouw wiens zoontje een iets te ferme knuffel van Mickey's trouwe hond zou hebben gekregen. *"Bij blijvende rugklachten klaag ik Disney aan"*, meldt zij aan de pers. Zelfs een magische wereld blijkt dus niet gevrijwaard te blijven van stuitende rechtshandelingen. Vanuit de wereld van de grenzeloze mogelijkheden, terug naar de realiteit van de vijf jaar tikkende tijds klok. Maar wat als Pluto of Tigger nou eens een keer letsel oploopt vanwege een onvoorzichtig kind? Is dan de moeder aansprakelijk?

"When you're strange, faces come out of the rain,

When you're strange, no one remembers your name,

When you're strange, When you're strange, When you're strange"

Een tip voor iedereen die de wondere wereld van Walt Disney (wel) een warm hart toedraagt: bekijk de bij de Oscarnominaties ten onrechte gepasseerde film *Saving Mr. Banks*. Deze film vertelt het verhaal van de lange adem waarover Walt Disney diende te beschikken om schrijfster P.L. Travers ervan te overtuigen, haar verhalen over Mary Poppins door de Disney Studio's te laten verfilmen. Travers had vastomlijnde gedachten omtrent HOE dat diende te geschieden, verondersteld DAT haar geesteskind van het papier naar het celluloid mocht worden vertaald. Het feit dat Disney er uiteindelijk in is geslaagd haar kijk op die kwestie te verruimen, blijkt niet in de laatste plaats een zeer grote zegen voor het welzijn van de schrijfster zelf te zijn geweest.

Prachtig Parijs heeft in de lente natuurlijk nog meer te bieden dan Disneyland: flaneren langs de Seine, via Pont Neuf naar Notre Dame. Het Quartier Latin, het Louvre en de Jardin des Tuileries. Op de begraafplaats Père-Lachaise neem ik mijn pet af bij het graf van die andere visionair: Jim Morrison. Stuitend! Menen sommigen, dat zo'n creatief talent zich in de betreunde *"club van 27 heeft weten te (ver)drinken"*. OK, stuitend wellicht, denk ik dan, maar hij heeft in zijn tijd van leven wel tot de hoogst denkbare hoogten weten te stuiten. Is alleen de relatieve tijd bepalend om eruit te halen wat erin zit? Voor wat betreft zijn graftekst ga ik voor de klassieke vertaling: *"trouw aan zijn ziel"*.

"Women seem wicked, when you're unwanted, streets are uneven, when you're down,

When you're strange, When you're strange, When you're strange"

Thuisgekomen en weer aan het werk, breng ik met een gelouterd gemoed opnieuw een bezoek aan de waarde wederpartij. Hoe nu verder?, dat was de vraag die nog ter beantwoording aan partijen voorlag. "Hebt u mij gegoogeld?" vraagt zij. "Waarom zou ik?" stel ik als wedervraag. "Nou, weet u nog dat ik tijdens mijn eerste herstelfase na het ongeval, een paar weken aan de Middellandse zee verbleef? Ik heb daar de liefde van mijn leven ontmoet en nu heeft hij op de sociale media onthuld dat we gaan trouwen. Maar aan u had ik nog helemaal niet verteld dat ik een nieuwe relatie heb. U zult dat dus wel fraude vinden." Ondertussen valt mijn oog op het boekje 'Tao van Poeh', dat op de salontafel ligt. "Oh ja, u ging naar Disneyland meneer", zegt mijn gesprekspartner. "Zodoende kreeg ik de ingeving om dit boekje weer eens uit de kast te halen. Lessen in eenvoud, harmonie, sereniteit en levensaanvaarding, geleerd vanuit het ogenschijnlijk zalig nietsdoen van die beer. Ik bedacht me dat ik in dat warme klimaat aan de middellandse zee en omringd door de vriendelijkheid van mijn partner en zijn familie, veel minder ballast mee te torsen heb, ook in financiële zin, dan in de uitzichtloze situatie waarin ik me de laatste jaren gevangen heb gevoeld. Ik wil daarheen en simpelweg gelukkig zijn en daar is eigenlijk maar weinig voor nodig, denk ik nu". Tijdens het vorige gesprek was het lichaam moe, het hoofd was leeg. Maar alleen wat leeg is, biedt ruimte om gevuld te worden, zo blijkt maar weer. Is dat 'Fraude' of is dat 'Tao'? Wat is de uitvalsroute naar een oplossing: de weg van de deskundigenberichten of volgen we het pad van de Tao? Is dat een stuitende of een sluitende gedachte?

*"Into this house we're born, into this world we're thrown.
Like a dog without a bone, an actor out on loan, Riders on the Storm"*

In dit nummer: een bijdrage over stuiting van verjaring, waarbij ik graag als tip meegeef om ook de bijdrage van mevrouw mr. L.K. de Haan in AM-verzekeringsrecht, 2015, p. 50-51, te lezen, waarin zij een recente zaak bij het KiFiD toetst aan het door de Hoge Raad gestelde bekendheidscriterium en eens te meer duidelijk wordt gemaakt, dat iedere zaak moet worden beoordeeld op grond van de specifieke feiten en omstandigheden van de casus. Verder komen in dit nummer aansprakelijkheid van ouders voor minderjarige kinderen; relevante aspecten die spelen bij fraudeonderzoek en een methode voor de meting van loonwaarde aan bod. Ik wens u weer veel leesplezier!

*"If the doors of perception were cleansed,
everything would appear to man as it is: Infinite"*
William Blake/Aldous Huxley/Jim Morrison – The Doors

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin.

- > toen bleek dat zij de vordering, die zij uit hoofde van het arbitrale vonnis op de gevormachtigde had, niet kon verhalen op die gevormachtigde.

Wie heeft er dus gelijk?

De vraag wie er gelijk heeft – de verzekeraar of de bestuurder – lijkt met het oordeel van de Hoge Raad over de aanvang van de vijfjaarstermijn, te zijn gegeven. De verzekeraar heeft gelijk. Het beroep op verjaring van de bestuurder gaat niet op. Dat betekent dat, voor de uitkomst van de procedure tussen de verzekeraar en de bestuurder, het antwoord op de tweede vraag – of de in 1998 door de verzekeraar tegen de bestuurder gestarte en vervolgens doorgehaalde procedure stuitende werking heeft gehad – niet langer relevant is. Dat neemt niet weg dat hetgeen hof en Hoge Raad in het kader van de beantwoording van deze vraag hebben geoordeeld, de moeite van het bespreken zeer waard is. Daarmee vervolgen wij dan ook onze bijdrage.

Onderwerp 2: de durende stuiting van art. 3:316 BW

Hoe vaak gebeurt het niet, ook in letselschadezaken, dat de procedure op de rol wordt doorgehaald? Dit is tegenwoordig standaard praktijk als procedures wat langer stil liggen. Gelukkig wordt partijen altijd verzekerd dat de doorhaling op zich geen rechtsgevolgen heeft en dat de procedure door elk van de partijen, op ieder gewenst moment, weer op de rol kan worden geplaatst. En dat is ook zo. Art. 246 lid 2 Rv. bepaalt namelijk: *“De enkele doorhaling op de rol heeft geen rechtsgevolgen. Partijen kunnen de rechtsgevolgen bij overeenkomst bepalen”*. Wat betekent dit nu voor de verjaring? Immers, zoals hiervoor aan de orde kwam, heeft het instellen van een eis, bijvoorbeeld bij dagvaarding, stuitende werking. Als er een vordering in rechte is ingesteld, loopt er dus geen verjaringstermijn. Pas aan het einde van de procedure, zodra sprake is van een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde, wordt duidelijk of daadwerkelijk stuiting heeft plaatsgevonden. Dat is wél het geval bij toewijzing van de vordering. Het is niet het geval bij afwijzing van de vordering (zie lid 2 van art. 3:316 BW), maar dat maakt niet uit want dan is er simpelweg geen vordering.

Wat nu, als er gedurende bijvoorbeeld tien jaar niets gebeurt? De procedure is ooit op de rol doorgehaald en er daarna nooit meer op geplaatst. Kan de gedaagde partij zich in die situatie na tien jaar met succes op verjaring beroepen? In zijn arrest van 14 november 2014 heeft de Hoge Raad deze vraag ontkennend beantwoord en geoordeeld: *“(…) dat het instellen van een eis in rechte slechts dan geen stuitende werking heeft, indien zij niet tot toewijzing leidt en het geding ‘door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd’ (zonder dat binnen een termijn van zes maanden een nieuwe eis is ingesteld die tot toewijzing leidt). Het ‘op andere wijze’ eindigen van de procedure wordt (...) niet bewerkstelligd door een enkele doorhaling op de rol”*. Dus: een enkele doorhaling op de rol, brengt niet de verplichting met zich op enig moment stuitingshandelingen te verrichten, op straffe van verjaring van de vordering.

In beginsel is de verjaring oneindig gestuit.

Op deze regel, dat een enkele doorhaling op de rol, deze procedure niet doet eindigen zoals bedoeld in art. 3:316 lid 2 BW, bestaat een aantal uitzonderingen. Om te beginnen kunnen partijen natuurlijk afspreken dat hun procedure door de doorhaling wél is geëindigd. Dat gebeurt in de (letselschade)praktijk veelvuldig, bijvoorbeeld wanneer doorhaling wordt verzocht omdat een zaak is geschikt. Art. 246 lid 2 Rv. voorziet hierin: *“Partijen kunnen de rechtsgevolgen bij overeenkomst bepalen”*. Los hiervan, is er nog een aantal andere situaties waarin moet worden aangenomen dat de procedure wél is geëindigd in de zin van art. 3:316 lid 2 BW. In de woorden van de Hoge Raad: *“Indien partijen de rechtsgevolgen van het roeyement niet bij overeenkomst hebben geregeld, staat het roeyement op zichzelf dus niet eraan in de weg dat de stuiting, aangevangen door het instellen van een eis in rechte, voorschots voor onbepaalde tijd doorloopt. Behalve ingevolge de in de wet voorziene mogelijkheid van een regeling tussen partijen, dient te worden aangenomen dat eveneens geen sprake meer is van stuitende werking wanneer de gerechtigde afstand heeft gedaan van zijn recht om de procedure na roeyement te hervatten, of wanneer de schuldenaar op grond van de omstandigheden van het geval erop mocht vertrouwen dat de bewuste procedure niet meer hervat zou worden”*.

Wat betekent dit nu eigenlijk? De Hoge Raad lijkt het oog te hebben op rechtsverwerking (*“afstand gedaan van zijn recht”* en *“erop mocht vertrouwen dat de bewuste procedure niet meer hervat zou worden”*). Niettemin plaatst de Hoge Raad zijn overwegingen expliciet in de sleutel van art. 3:316 lid 2 BW. Wij gaan er dan ook van uit dat het oordeel van de Hoge Raad aldus moet worden begrepen dat in de omschreven situaties, achteraf bezien, stuiting nimmer heeft plaatsgevonden door het instellen van de eis.

Dat roept echter wel de vraag op wat de Hoge Raad bedoelt met de overweging dat in deze situaties *“geen sprake meer is van stuitende werking”*. Dat impliceert immers dat in eerste instantie wél sprake was van stuitende werking. Dit terwijl het systeem van art. 3:316 BW nu juist zo werkt, althans dat hebben wij altijd aangenomen, dat achteraf, met terugwerkende kracht, wordt beoordeeld of het instellen van de eis stuitende werking heeft gehad. Dit is wel zo of het is niet zo. Of er heeft van meet af aan stuiting plaatsgevonden of er heeft nooit stuiting plaatsgevonden. De tussenweg zoals die nu door de Hoge Raad lijkt te worden bewandeld – namelijk: er heeft wel stuiting plaatsgevonden, maar daarvan is vervolgens *“geen sprake meer”* – is voor ons nieuw.

De zaak wordt echter nóg interessanter. Wat is namelijk het geval? Zoals uit het voorgaande volgt, was in dit geval sprake van een doorgehaalde procedure die door iedereen compleet uit het oog was verloren. Daarnaast is er de onderhavige, nieuwe procedure tussen dezelfde partijen over hetzelfde feitencomplex. Omdat het hof in de onderhavige procedure – anders dan de Hoge Raad – had geoordeeld dat de verjaring van de vordering van de verzekeraar tegen de bestuurder al in 1998 was gaan lopen en

er nadien meer dan tien jaar was verstreken, kwam de vraag op of wellicht de eerdere procedure stuitende werking had gehad? Zou dat het geval zijn, dan zou dát immers in de weg staan aan een succesvol beroep op verjaring door de bestuurder.

Het hof oordeelde dat de eerdere procedure geen stuitende werking had gehad: “Nu de in die bodemprocedure ingestelde eis niet tot toewijzing heeft geleid (en niet gesteld of gebleken is dat die eis alsnog tot toewijzing kan leiden), komt aan het instellen van die eis geen (voortdurende) stuitende werking toe. Daarenboven geldt het volgende. Alhoewel een doorhaling ter rolle in beginsel geen rechtsgevolgen heeft/had, kunnen partijen de rechtsgevolgen ervan wel regelen. Het hof volgt [de bestuurder] in zijn betoog dat hij, gezien de omstandigheden van het geval, niet meer hoefde te verwachten dat de geroyeerde procedure opnieuw zou worden opgebracht. [De verzekeraar] heeft destijds niet verzocht om voort te procederen, beide partijen zijn die procedure – zo valt uit hun stellingen af te leiden – volledig uit het oog verloren, en [de verzekeraar] heeft er uiteindelijk, met het uitbrengen van de inleidende dagvaarding van 21 december 2009, ook voor gekozen een nieuwe procedure te starten en niet die oude procedure opnieuw op te brengen. Nog daargelaten dat, zoals [de bestuurder] ook aanvoert, het eindeloos voortduren van een stuiting door het royement van een procedure, niet te verenigen valt met het karakter en de achtergrond van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW, met name ingegeven door de rechtszekerheid en de billijkheid, kan onder de onderhavige omstandigheden na het royement in 1999 (waarna pas in 2009 een nieuwe eis is ingesteld) aan de ingestelde eis in de bodemprocedure dus geen stuitende werking worden toegekend.”

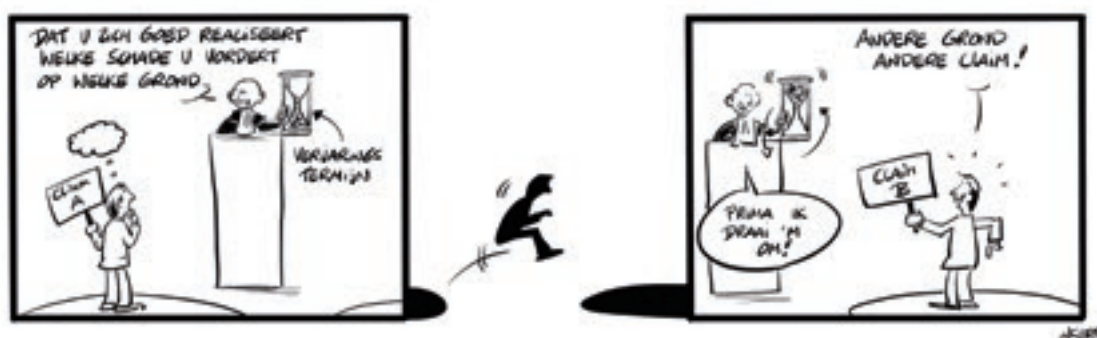
De Hoge Raad is het ook met dit oordeel van het hof niet eens en oordeelt in zijn arrest van 24 november 2014: “(...) dat het hof zijn (...) oordeel ten onrechte erop heeft gebaseerd dat de in de eerdere bodemprocedure door [de verzekeraar] ingestelde eis niet tot toewijzing heeft geleid en niet gesteld of gebleken is dat die eis alsnog tot toewijzing kan leiden. Beslissend is immers of dat geding, zonder toewijzing van de ingestelde eis, is geëindigd. Nu het einde van het geding niet door het royement alleen wordt bewerkstelligd, slaagt de hierop gerichte rechtsklacht (...) Voorts zijn gegrond de (...) motiveringsklachten tegen het oordeel dat [de bestuurder] niet meer hoefde te verwachten dat de geroyeerde procedure opnieuw zou worden opgebracht. De door het hof in aanmerking genomen omstandigheden

– te weten dat [de verzekeraar] destijds niet heeft verzocht om door te procederen, dat beide partijen de geroyeerde procedure uit het oog zijn verloren en dat [de verzekeraar] uiteindelijk ervoor heeft gekozen in december 2009 een nieuwe procedure te beginnen en niet de eerdere procedure voort te zetten – zijn onvoldoende voor het oordeel dat [de bestuurder] vanaf enig moment tussen het royement in 1999 en december 2009 erop mocht vertrouwen dat [de verzekeraar] het eerdere geding niet meer zou hervatten”.

In de kern komt dit oordeel van de Hoge Raad er naar ons oordeel op neer dat de verzekeraar de eerdere procedure gewoon op de rol zou kunnen plaatsen als zij dit zou wensen. Het lijkt erop dat de verzekeraar daartoe evenwel geen aanleiding heeft, nu simpelweg alle verhaal op de gevolmachtigde onmogelijk lijkt te zijn. Anders gezegd: qua schadehoogte lijkt er in dit geval geen verschil te zijn tussen (i) de schade als gevolg van het meewerken door de bestuurder aan het wegsluizen van premiegelden (gevorderd in de eerdere, uit het oog verloren procedure); en (ii) de schade als gevolg van de verhaalsfrustratie door de bestuurder (gevorderd in de onderhavige procedure). De verzekeraar heeft na verloop van tijd haar stellingen kunnen aanscherpen en haar grondslag gewijzigd. Verjaring van de vordering tot schadevergoeding op de nieuwe grondslag (verhaalsfrustratie door de bestuurder) is niet aan de orde. Dus valt niet in te zien wat de toegevoegde waarde zou kunnen zijn van het op de rol plaatsen van de oude procedure. Feit is echter dat het kán. En dát het kan, biedt mogelijk perspectieven in andere situaties en dus ook in letselschadezaken.

Conclusie

Wat het arrest ons hier in andermaal leert, zo menen wij, is dat altijd goed voor ogen moet worden gehouden welke schade men precies vordert en op welke grondslag. Het enkele feit dat men van bepaalde feiten op de hoogte is, wil niet zeggen dat men daadwerkelijk in staat is een vordering ter zake in te stellen. Het enkele feit dat men in een procedure bepaalde stellingen aan een betoog ten grondslag legt, is onvoldoende om met succes te kunnen betogen dat dus de verjaring van een andere, eveneens op die feiten gestoelde vordering is gaan lopen. Daarnaast leert het arrest ons dat een enkel doorhalen van een procedure in beginsel niet leidt tot een beëindiging van die procedure als bedoeld in art. 3:316 lid 2 BW. Onder bepaalde omstandigheden kan dat echter anders zijn. ■■■



Fraudeonderzoek en googelende verzekeraars



*Mevrouw C. Last, mevrouw mr. P. Oskam en mevrouw mr. H.H. de Vries
Cunningham Lindsey en Kennedy Van der Laan
Advocaten*

Afgaande op de cijfers van het Verbond van Verzekeraars wordt er veelvuldig gefraudeerd met schadeverzekeringen. Het Verbond schat dat fraude met betrekking tot schadeverzekeringen in 2014 zo'n € 900 miljoen bedraagt, terwijl het totale jaarlijkse bedrag aan schade-uitkeringen € 8 miljard euro is. In letselschadezaken zijn de subjectieve beleving en de weergave door de belanghebbende van zijn klachten van groot belang bij de schadebehandeling. De verzekeraar is sterk afhankelijk van wat de belanghebbende vertelt over zijn klachten en moet daarop kunnen vertrouwen. De moraliteit van de belanghebbende is dan ook van grote betekenis, zeker als het gaat om zaken waarin moeilijk objectiveerbaar letsel een rol speelt.

In dit artikel gaan wij allereerst in op de onderzoeksmethodes die inzetbaar zijn, wanneer in een dossier een vermoeden van verzekeringsfraude bestaat. Vervolgens gaan wij in op de vraag onder welke voorwaarden persoonlijk onderzoek toelaatbaar is. Daarna bespreken wij recente rechtspraak over fraudeonderzoek. Daarbij gaan wij vooral in op rechtspraak, waarin internetonderzoek aan de orde komt. In de huidige tijd is een schat aan informatie over mensen te vinden op het internet. Mensen presenteren zich actief op social media, maar zijn ook 'passief' vindbaar, bijvoorbeeld doordat hun gegevens worden genoemd in de uitslagen van sportwedstrijden. Voor een fraudeonderzoek biedt het internetonderzoek

een welkome aanvulling. Op de vraag welke handvatten hiervoor kunnen worden gebruikt, gaan wij in aan de hand van de 'Handreiking online onderzoek naar klanten of relaties' en de 'Checklist online onderzoek' die het Verbond van Verzekeraars in januari 2015 onder haar leden heeft verspreid. Deze checklist is geschreven voor de gehele verzekeringsbranche en daarmee ook van toepassing op de behandeling van letselschadezaken.

[Kopje]Onderzoeksmethodes

Zoals wij in de inleiding aanstipten, is het niet wenselijk om iedere belanghebbende als een potentiële fraudeur te behandelen. Bij de start van een letselschadedossier geldt dan ook naar ons oordeel dat de behandelaar en/of letselschade-expert "met een open vizier" aan de slag dient te gaan. Bij een dergelijke benadering stelt de letselschade-expert bij een eerste bezoek aan een belanghebbende, allerlei vragen om in kaart te brengen wat de klachten en beperkingen zijn en wat belanghebbende voorheen wel en niet kon uitvoeren. Van belang is om tijdens dit gesprek zorgvuldig te noteren wat de belanghebbende vertelt. Aan het eind van het gesprek kan men duidelijke afspraken maken met belanghebbende over de termijn waarbinnen aanvullende informatie, zoals de benodigde (medische) documenten, facturen of andere stukken worden toegestuurd. Deze stukken dienen als onderbouwing van hetgeen belanghebbende dient aan te tonen en met goede afspraken is het voor beide partijen helder wat men van elkaar verlangt. Blijkt dat de benodigde informatie uitblijft of niet klopt, dan is het van belang dit in het dossier vast te leggen en kan dit aanleiding geven om belanghebbende hiernaar te vragen.

Een belangrijk element in een letselschadedossier is dat op regelmatige basis contact wordt opgenomen met belanghebbende. In de praktijk komen wij voorbeelden van dossiers tegen waarbij de belanghebbende uitsluitend bij de start van het dossier door een letselschade-expert werd bezocht, waarna blijkens het verloop van het dossier vervolgens door de jaren heen alleen maar medische gegevens werden uitgewisseld, zonder vervolfbezoek. Juist door het plannen van vervolfbezoeken kan deze expert noteren wat de huidige beperkingen van belanghebbende zijn of kan gekeken worden naar nieuwe methodes om hem op weg te helpen. Op basis van alleen de medische gegevens van belanghebbende en het medisch advies is het lastig de fysieke, geestelijke en sociale situatie van belanghebbende als verzekeraar en letselschade-expert goed in beeld te krijgen. De verzekeraar laat met dit bezoek bovendien blijken dat er interesse in de belanghebbende getoond wordt en het biedt de letselschade-expert de gelegenheid ook de beperkingen, lichaamshouding en reacties van

belanghebbende zelf waar te nemen. De dossierstukken geven vaak een weergave vanuit het perspectief van de medisch adviseur/belangenbehartiger van belanghebbende. En in sommige gevallen heeft deze de belanghebbende nooit ontmoet.

De discrepantie tussen de ernst van de klachten zoals belanghebbende die aangeeft en de objectiveerbare bevindingen bij lichamelijke onderzoeken kunnen aanleiding zijn voor nader feitenonderzoek. Wanneer de discrepanties daarmee niet opgehelderd worden, of wanneer er al van het begin af aan een 'luchtje' aan het dossier zit, of de behandelaar een 'onderbuikgevoel' blijft houden, doet men er verstandig aan om zich al in een vroeg stadium van het dossier, te laten adviseren door een medewerker van de bij de meeste verzekeraars aanwezige afdeling 'Speciale Zaken' of een (fraude) onderzoeker. Dit geldt voor zowel de letselschade-expert als de behandelaar. Zo kan men gezamenlijk de afweging maken welke onderzoeksmethodes gebruikt kunnen worden en of een persoonlijk onderzoek, of een wellicht een lichtere vorm van onderzoek, ingezet kan worden. Op deze manier houdt men continu rekening met de proportionaliteit en de subsidiariteit binnen de onderzoeksmiddelen – waarover hierna meer – en wordt het letselschadedossier zo zorgvuldig mogelijk behandeld.

In het kader van (persoonlijk) onderzoek zijn de volgende onderzoeksmethodes denkbaar:

Deskonderzoek

Op de afdeling Speciale Zaken kan een deskonderzoek – een administratief onderzoek – worden verricht. Daarbij analyseert de onderzoeker alle aanwezige documentatie. Men kan onderzoeken of er onregelmatigheden zijn in de documenten, of de documenten wellicht vervalst zijn of zelfs valselijk opgesteld zijn. Denk hierbij aan facturen van artsen (die mogelijk niet eens bestaan), fysiotherapeuten (die wel bestaan, maar nooit belanghebbende hebben behandeld), etc. Dit deskonderzoek valt onder het feitenonderzoek.

Internetonderzoek

Bij een internetonderzoek maakt de onderzoeker gebruik van alle open bronnen op het internet. Denk hierbij aan informatie op social media (Facebook, LinkedIn), diverse publicaties (bijvoorbeeld door een sportvereniging gepubliceerde sportuitslagen) of informatie uit de Kamer van Koophandel. Een aanleiding tot een dergelijk onderzoek kan zijn dat de verzekeraar bijvoorbeeld een anonieme tip heeft ontvangen die stelt dat belanghebbende zijn of haar hobby's nog dagelijks uitvoert, hoewel hij had aangegeven dit niet meer te kunnen. Tijdens deze analyse worden screenshots gemaakt van alle bezochte sites. Eveneens geeft de onderzoeker hiermee aan hoe en op welk moment de informatie gevonden werd. Later in dit artikel bespreken wij onder welke omstandigheden een internetonderzoek als persoonlijk onderzoek kan worden aangemerkt.

Buurtonderzoek

Ook kan worden gekozen voor het uitvoeren van een buurtonderzoek. De onderzoeker kan een bezoek brengen aan de wijk waarin belanghebbende woont, of diens werk-omgeving en gesprekken aangaan met personen die mogelijk meer informatie over belanghebbende kunnen verschaffen. Dit kan ertoe leiden dat een completer beeld tot stand wordt gebracht van belanghebbende. Wanneer een onderzoeker met een waardevolle getuige gesproken heeft, zal de onderzoeker de verklaring van deze getuige optekenen. Ondertekening van de getuigenverklaring maakt de getuigenverklaring uit oogpunt van bewijs (nog) waardevoller. Het buurtonderzoek kwalificeert in beginsel als feitenonderzoek. Naar onze mening wordt dat anders als buiten medeweten van de belanghebbende om met andere betrokkenen wordt gesproken over het gedrag van benadeelde – denk aan het interviewen van de burens over de activiteiten die de belanghebbende verricht.

Interview

Hoewel er – als het goed is – meermaals vanuit de letselschade-expert of behandelaar contact is geweest met belanghebbende, kan tijdens het onderzoek besloten worden om belanghebbende door een onderzoeker in het kader van het feitenonderzoek te laten interviewen. Dit maakt het onderzoek richting belanghebbende transparant en geeft belanghebbende de kans om een weerwoord te geven op wat besproken wordt. De ervaring leert dat niet veel verzekeraars voor deze aanpak kiezen, omdat belanghebbende dan “*zijn/haar gedrag ineens kan gaan aanpassen*”. Maar juist voor de volledigheid van het onderzoek is dit een essentieel onderdeel. De verzekeraar toont hiermee aan belanghebbende wel degelijk de kans te willen geven om te reageren op onduidelijkheden in het dossier. Van dit interview, waarbij altijd de belangenbehartiger van belanghebbende aanwezig dient te zijn (zie de Gedragscode Behandeling Letselschade) tekent de onderzoeker eveneens een schriftelijke verklaring op. De belanghebbende kan zijn verklaring nog eens nalezen, eventueel aanpassen en bij akkoord ondertekenen. De ervaring leert dat belanghebbende doorgaans niet op zijn verklaring terugkomt en doorgaans ook daadwerkelijk de verklaring ondertekent wanneer deze direct wordt uitgeschreven en voor ondertekening wordt voorgelegd. Het is tenslotte een exacte weergave van hetgeen belanghebbende vertelde en wordt bekrachtigd met zijn of haar handtekening. Belanghebbende ontvangt een kopie van de verklaring.

Observatie

Observatie (een onderzoeksmethode die zich kwalificeert als persoonlijk onderzoek) wordt pas toegepast, als – ondanks het bestaan van alle andere onderzoeksmiddelen – gerede twijfel aanwezig is. Voorafgaand aan een observatie moet altijd een zeer zorgvuldige afweging worden gemaakt. Bij gerede twijfel kan de keuze worden gemaakt om een observatie uit te laten voeren. Van een observatie wordt een grondig logboek bijgehouden. De onderzoeker noteert de locatie, data, tijdstippen en de duur van de observatie. Eventueel wordt hierbij extra

- > aandacht geschonken aan personen die bij belanghebbende in de buurt kwamen en worden elementen benoemd als “wij zagen dat ..., wij hoorden dat ...”.

Ook een belangrijk element is dat men rekening houdt met waar opnames van worden maakt. Heimelijke observatie vanaf de openbare weg wordt regelmatig geoorloofd, maar foto's maken door het raam van de woning van belanghebbende wordt gezien als een ernstige inbreuk op de privacy. Eveneens dient de onderzoeker rekening te houden met de duur van de observatie en het aantal dagen dat men belanghebbende observeert. Dit alles heeft te maken met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, die centraal staan in de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (hierna: GPO).

De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek

De 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 onderzoek 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. 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 ontstaan¹. 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. Daarbij speelt overigens ook de aard van de klachten een rol. Wij wijzen op een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 26 juni 2014², waarin de rechtbank in een fraudezaak overweegt: *“Bij de aard van de fraude waarvan X werd verdacht – het voorwenden van lichamelijke klachten – laat zich lastig een andere vorm van controle indenken dan geheime observatie.”*

In de rechtspraak over de rechtmatigheid van fraudeonderzoek naar personen, wordt doorgaans uitsluitend getoetst aan de voorwaarden die de GPO aan persoonlijk onderzoek stelt en niet of nauwelijks aan de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens (GVP) en de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP).

Dit klemt temeer, omdat 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 feiten, 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. Verzekeraars zijn echter niet alleen gehouden tot naleving van de specifiek voor persoonlijk onderzoek door het Verbond opgestelde zelfregulering, maar ook tot naleving van de algemene wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens, waaronder de WBP. Dit geldt voor alle verwerkingen van persoonsgegevens door verzekeraars en dus zowel voor persoonlijk onderzoek als voor feitenonderzoek. De GVP bevat bovendien voor verzekeraars diverse concrete normen die een nadere invulling geven aan de open normen van de WBP.

Recente rechtspraak

Op basis van de recente rechtspraak over fraudeonderzoeken naar personen kan volgens ons ten onrechte de indruk ontstaan dat internetonderzoek naar belanghebbenden in letselschadezaken verzekeraars zonder meer vrijstaat. Wij bespreken twee van deze uitspraken. In een deelgeschilbeschikking van 26 november 2014³ gaat het om een belanghebbende die betrokken is geweest bij een kop-staartbotsing. [de verzekeraar] heeft aansprakelijkheid erkend. De belanghebbende stelt dat sprake is van forse schade. In de uitspraak wordt aangegeven dat de verzekeraar argwaan heeft gekregen tijdens een bespreking in mei 2013, tijdens welke de belanghebbende heeft aangegeven weinig tot niets te kunnen. Vervolgens doet [de verzekeraar] onderzoek in de eigen systemen. Omdat de belanghebbende bij [de verzekeraar] kennelijk ook een beroepsaansprakelijkheidspolis heeft lopen voor haar beroep als dierenarts, komt [de verzekeraar] door dit onderzoek te weten dat de belanghebbende actief is als dierenarts. Met die informatie gaat [de verzekeraar] verder zoeken op internet en daar vindt [de verzekeraar] meer informatie over de activiteiten die de belanghebbende ontplooit en die volgens [de verzekeraar] in tegenspraak zijn met het door haar geuite klachtenpatroon. In de deelgeschilprocedure stelt de belanghebbende onder meer dat dit onderzoek onrechtmatig is. Interessant is dat de rechtbank over het verrichte onderzoek het volgende overweegt: *“Het stond [de verzekeraar] alleszins vrij om, bij het rijzen van twijfel over het waarheidsgehalte van deze opgaven, een feitenonderzoek in te stellen. Zij mocht daartoe haar interne gegevens raadplegen. Toen deze gegevens het wantrouwen*

voedden, mocht [de verzekeraar] het feitenonderzoek uitbreiden tot internet. Dat [de verzekeraar] daarbij ook Facebook raadpleegde, kan [X] haar niet tegenwerpen: gegevens en foto's op dat medium werden immers door [X] welbewust aan de openbaarheid prijsgegeven."

Een andere zaak waarin internetonderzoek aan bod komt, is terug te lezen in een beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland van 4 februari 2015⁴. Het gaat in die zaak om een metselaar/vertegenwoordiger die in het kader van een bij [de verzekeraar] gesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering enige tijd een uitkering heeft ontvangen wegens schouderklachten. [De verzekeraar] heeft blijkens de uitspraak bij wijze van steekproef een internetonderzoek gedaan naar de verzekerde. Daaruit blijkt dat verzekerde in de periode van arbeidsongeschiktheid zeer intensief heeft gewindsurft, gewielrend en aan mountainbiken heeft gedaan. In de procedure vordert [de verzekeraar] onder meer terugbetaling van de uitkeringen op grond van schending van de verzekeringsrechtelijke mededelingsplicht. Uit de uitspraak volgt dat verzekerde als meest verstrekkend verweer heeft aangevoerd dat de resultaten van het internetonderzoek buiten beschouwing moeten blijven, omdat deze in strijd met art. 8 EVRM zouden zijn verkregen.

De rechter overweegt daarover: "Dit verweer gaat niet op. In artikel 8 lid 1 EVRM is bepaald dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. De stukken die als productie 4 zijn overgelegd, betreffen stukken die [de verzekeraar] heeft verzameld door verschillende sites op internet, waaronder vooral Facebook en Hyves, te raadplegen. Dat [de verzekeraar] hierdoor gegevens en foto's van X heeft verkregen, kan X haar niet tegenwerpen, aangezien deze gegevens en foto's door X welbewust aan de openbaarheid zijn prijsgegeven. Er bestond immers voor X de mogelijkheid om deze gegevens af te schermen, in die zin dat hij deze foto's en gegevens alleen met de door hem aan te wijzen personen zou delen en niet met iedereen die een account heeft bij de betreffende site (Facebook en Hyves). Onder die omstandigheden kan dan ook niet worden geconcludeerd dat [de verzekeraar] inbreuk heeft gemaakt op het recht van privacy van X. De stukken zoals die als productie 4 in het geding zijn gebracht, zullen dan ook bij de beoordeling van het geschil worden betrokken."

Mag internetonderzoek zomaar?

Het is 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'. Op basis van de hiervoor genoemde voorbeelden uit de rechtspraak zou men (te) snel de conclusie kunnen trekken dat internetonderzoek (altijd) kwalificeert als een 'feitenonderzoek' in de zin van de GPO, zodat de specifieke regels op grond van de GPO

daarop niet van toepassing zijn. Maar ook een internetonderzoek kan – afhankelijk van de intensiteit – worden gekwalificeerd als een 'persoonlijk onderzoek', zodat de regels van de GPO daarop toch ook van toepassing zijn. Naar ons oordeel kan dit bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer een benadeelde 'online' onafgebroken wordt geobserveerd, al dan niet door een digitaal recherchebureau of wanneer een onderzoeker actief voor de verzekeraar op social media onder pseudoniem 'vriend' wordt van belanghebbende en zich daarmee toegang verschafft tot informatie die de betrokkene bewust alleen voor een selecte groep beschikbaar wil stellen. Overigens hebben wij geen aanleiding te veronderstellen dat dit in de praktijk veel gebeurt.

Handreiking en checklist online onderzoek Verbond van Verzekeraars

Teneinde aan de praktijk enige sturing te geven, heeft het Centrum Bestrijding Verzekeringscriminaliteit (CBV), samen met het Verbond van Verzekeraars en Zorgverzekeraars Nederland, een Handreiking ontwikkeld voor online onderzoek naar klanten of relaties door verzekeraars. Deze is via de website van het Verbond (www.verzekeraars.nl, keuzemenu 'verzekeringsbranche' in het 'dossier privacy') beschikbaar, tezamen met de 'Checklist Online onderzoek'. Het is voor verzekeraars van belang deze checklist aan te houden, omdat deze helpt om zo goed mogelijk invulling te geven aan, kort samengevat, de 'privacy-regels'. Verzekeraars die de regels netjes naleven, versterken de eigen bewijspositie.

In de begeleidende brief aan de leden waarschuwt het Verbond voor online *fishing expeditions*: voor iedere willekeurige klant of relatie het internet afspeuren, zonder gerichte aanleiding, is 'niet de bedoeling', aldus het Verbond. Wij menen dat dit zacht is uitgedrukt en zouden verzekeraars op het hart willen drukken dat niet-naleving van de privacy-regels kan leiden tot sancties. Niet naleving van de GPO, zo blijkt uit recente rechtspraak, kan ertoe leiden dat de rechter tot het oordeel komt dat bewijsmateriaal onrechtmatig is verkregen en ook terzijde moet worden gelegd. Deze rechtspraak is relevant met het oog op indringende vormen van internetonderzoek, zoals het online observeren van belanghebbenden. Maar ook als het internetonderzoek in een concreet geval (slechts) kwalificeert als 'feitenonderzoek' en dus (slechts) aan de regels op grond van de WBP en de GVP hoeft te voldoen, loopt de verzekeraar bij niet naleving daarvan een risico op sancties. Naar verwachting zal op 1 januari 2016 de nieuwe, brede boetebevoegdheid van het College bescherming persoonsgegevens (CBP) in werking treden. Dan verandert ook de naam van het CBP in 'Autoriteit Persoonsgegevens'. Op 10 februari 2015 heeft de Tweede Kamer bij algemene stemmen een daartoe strekkende wijziging aanvaard van de WBP. Het CBP krijgt de bevoegdheid om wegens overtreding van diverse WBP-normen een boete op te leggen van maximaal € 810.000 of – indien een dergelijke boete voor de rechtspersoon niet passend wordt geacht – een boete van 10% van de omzet

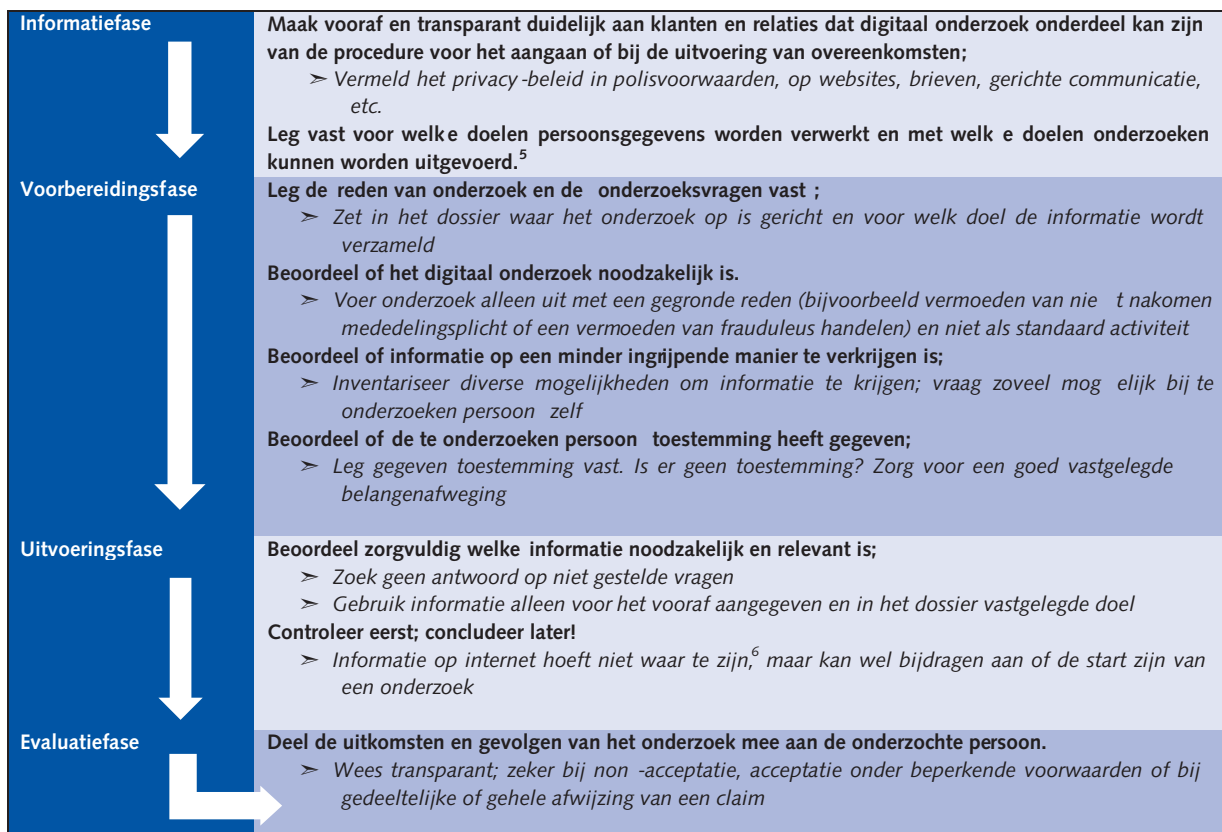
> die de rechtspersoon in het voorafgaande jaar heeft gemaakt. In beginsel kan het CBP de boete pas opleggen nadat een 'bindende aanwijzing' is gedaan. Echter, voor opzettelijke overtredingen geldt een 'lik op stuk' beleid en kan de boete wel direct worden opgelegd. Met andere woorden: er is voor verzekeraars alle aanleiding om de regels op grond van de WBP, GVP en GPO strikt na te leven, bij alle verwerkingen van persoonsgegevens, ook bij een internetonderzoek. Daarvoor bieden de handreiking en de checklist online onderzoek van het Verbond zeer bruikbare aanknopingspunten.

Zorgvuldigheid bij uitvoering internetonderzoek

Het Verbond hamert er terecht op dat de Verzekeraar steeds zorgvuldige afwegingen moet maken en ervoor moet zorgen dat alle afwegingen in het dossier worden gedocumenteerd. Aldus kan de verzekeraar te allen tijde verantwoording afleggen over bijvoorbeeld het doel van het internetonderzoek, de noodzaak daarvan, de proportionaliteit/subsidiariteit, op welke vragen het internetonderzoek precies antwoord moest geven, dat niet meer informatie is verzameld dan strikt noodzakelijk voor de beantwoording van die vragen, et cetera. In de handreiking wordt het internetonderzoek opgesplitst in vier fasen die door het Verbond schematisch worden weergegeven (zie schema hieronder).

Aan de hand van de checklist kan de verzekeraar vervolgens concreet invulling geven aan het toetsingskader en de documentatie 'opbouwen'. Dit geldt in het bijzonder voor de concrete vragen die zien op de voorbereidings- en

uitvoeringsfase van het onderzoek. Alle vragen in de checklist die zien op deze fasen in het onderzoek moeten door de verzekeraar met 'ja' beantwoord kunnen worden. Bijvoorbeeld de vraag: 'De verzekeraar heeft een goede reden voor het onderzoek naar de betreffende persoon en deze reden is vastgelegd in het dossier'. Volgens de toelichting moet uit het dossier blijken of de verzekeraar een 'terechte aanleiding' had om een internetonderzoek te starten. Wij menen dat het van belang is dat de toelichting op de checklist verder wordt ontwikkeld. Want op dit moment wordt bijvoorbeeld uit de handreiking en de checklist niet duidelijk wanneer de verzekeraar ervan mag uitgaan dat er een 'terechte aanleiding' voor een internetonderzoek is. Wij willen wel een poging wagen om dat te verduidelijken: wij menen dat het loutere feit dat de belanghebbende een claim heeft ingediend wegens een moeilijk objectiveerbare vorm van letsel in ieder geval onvoldoende is om een 'terechte aanleiding' voor een internetonderzoek aan te nemen. Ook een (louter) 'onderbuikgevoel' van de schadebehandelaar is volgens ons niet voldoende. Wij menen dat de schadebehandelaar – al dan niet in overleg met de afdeling 'Speciale Zaken' of een (fraude)onderzoeker – moet afwegen of er voldoende 'ruis' is rond de claim die rechtvaardigt dat er een internetonderzoek wordt gedaan. Bijvoorbeeld omdat het dossier tegenstrijdige informatie bevat of de belanghebbende, ook na herhaalde gerichte vragen, gebrekkige bewijsstukken aanlevert of onvoldoende, want onduidelijke of tegenstrijdige antwoorden geeft. Met andere woorden: de praktijkervaringen van de schadebehandelaar, die zich vertalen in een (al dan niet terecht) 'onderbuikgevoel' om-



trent een mogelijk frauduleuze claim, dienen objectieverbaar te zijn. Ook op andere punten behoeft de checklist volgens ons verduidelijking, bijvoorbeeld op het punt van de 'grondslag' voor het onderzoek. Volgens de toelichting van het Verbond zou het onderzoek gebaseerd kunnen worden op 'een wettelijke verplichting', bijvoorbeeld op vordering van de politie. Wij menen dat dit onwaarschijnlijk is: de politie heeft weliswaar op grond van het Wetboek van strafvordering (vergaande) bevoegdheden om gegevens te vorderen, maar die bevoegdheid ziet uitsluitend op gegevens die de verzekeraar al onder zich heeft.

Er is geen wettelijke basis voor de politie om te vorderen dat een verzekeraar een internetonderzoek uitvoert naar een belanghebbende en derhalve ook geen verplichting voor de verzekeraar om aan een dergelijke door de politie opgelegde onderzoeksverplichting uitvoering te geven. De checklist noemt ook de mogelijkheid dat de betrokkene zelf toestemming heeft gegeven voor het internetonderzoek door de verzekeraar. Daarbij merken wij graag op dat de verzekeraar er volgens ons niet op voorhand vanuit mag gaan dat de betrokkene door het openbaar maken van informatie op bijvoorbeeld social media in één adem toestemming heeft gegeven voor het door de verzekeraar verzamelen van die informatie en gebruik daarvan in een fraudeonderzoek. In de handreiking lijkt het Verbond dit ten onrechte wel als uitgangspunt te nemen. Wij menen dat de verzekeraar een beroep kan doen op de grondslag 'gerechtvaardigd belang' en de afweging van het eigen belang tegen het privacybelang van de betrokkene zal moeten documenteren. Op dit punt zou een nadere toelichting op de checklist voor de praktijk welkom zijn: wanneer weegt het belang van de verzekeraar zwaarder dan het privacybelang van de betrokkene? Er zijn meer punten waarop de handreiking en de checklist verduidelijking behoeven en wij verwachten dat beide documenten 'levend' zullen zijn en door het Verbond steeds geactualiseerd en verbeterd zullen worden, aan de hand van de ervaringen die er in de praktijk mee worden opgedaan.

Alles overziende menen wij dat de handreiking en de checklist voor de praktijk een belangrijke bijdrage zullen leveren aan de zorgvuldigheid bij de besluitvorming omtrent de start en de uitvoering van een internetonderzoek.

Slot

De verontrustende omvang van fraude in de verzekeringspraktijk noopt verzekeraars zich daartegen te wapenen. In geval van verdenking van fraude, kan de verzekeraar overgaan tot het uitvoeren van een nader onderzoek. De Gedragscode Persoonlijke Onderzoek bevat specifieke regels voor onderzoek waarbij gebruik wordt gemaakt van bijzondere onderzoeksmethoden of bijzondere onderzoeksmiddelen. In de praktijk blijkt het internet voor verzekeraars een welkome (aanvullende) informatiebron. Verzekeraars mogen er echter niet vanuit gaan dat informatie die op internet te vinden is zonder meer mag worden verwerkt voor een fraudeonderzoek. Afhankelijk van de wijze waarop een internetonderzoek wordt uitgevoerd, zou dit zelfs kunnen kwalificeren als een persoonlijk onderzoek, waarvoor strikte regels gelden. Dat is volgens ons bijvoorbeeld het geval wanneer een belanghebbende (al dan niet door een extern onderzoeksbureau) online wordt geobserveerd. Ook minder indringende vormen van internetonderzoek dienen te voldoen aan de regels op grond van de WBP en de gedragscode verwerking persoonsgegevens financiële instellingen. De door het Verbond ontwikkelde handreiking en checklist voor online onderzoek naar personen biedt een voor de praktijk zeer bruikbare concretisering van het toetsingskader, maar dient verder te worden vervolmaakt.

¹ Op grond van de GPO mag persoonlijk onderzoek ook worden ingesteld nadat het feitenonderzoek onvoldoende uitsluitsel heeft gebracht voor het nemen van een beslissing. Daarop gaan wij in het kader van dit artikel niet nader in.

² ECLI:NL:RBNHO:2014:5555.

³ ECLI:NL:RBNNE:2014:6661.

⁴ Gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl.

Uitbreiding aansprakelijkheid ouders voor gedragingen kinderen



M.J. Tuin LLB¹

“Kleine kinderen kleine zorgen, grote kinderen grote zorgen” luidt een bekende uitdrukking. Kinderen kunnen voor het leven van de ouders een deugd en een verrijking zijn. Desalniettemin kan eerstgenoemde uitspraak nog wel eens bewaarheid worden, indien het geliefde kroost zich op enig moment niet zo voorbeeldig gedraagt. In het kader van dit artikel doel ik dan vooral op al dan niet opzettelijk toegebrachte schade aan derden door minderjarige kinderen en de gevolgen daarvan voor de ouders.

Een kind dat een voetbal door een ruit trapt. Een kind dat op de fiets geen voorrang verleent aan een andere fietser die daarbij ernstig letsel oploopt. Het zijn veel voorkomende voorbeelden uit de dagelijkse praktijk. Ernstigere voorbeelden zijn brandstichting² door kinderen of bijvoorbeeld mishandeling of misbruik. In het digitale tijdperk kan zelfs gedacht worden aan onrechtmatige tot schade lijdende gedragingen op sociale media zoals Facebook, Twitter en Instagram. De schadelijdende partij wil zijn schade natuurlijk graag vergoed zien, maar dat stuit in de praktijk nogal eens op verhaalsproblemen bij gebrek aan baten bij de aansprakelijke partij.

In dit artikel zal ik onderzoek doen naar de overeenkomsten en verschillen tussen de op deze materie betrekking hebbende artikelen uit het Draft Common Frame of Reference (DCFR) en de bestaande Nederlandse regelgeving. Daarbij zal ik ook betrekken de wetgeving in de ons omringende landen. Niet onbesproken kan blijven het wetsvoorstel tot verruiming van aansprakelijkheid van ouders voor gedragingen van minderjarige kinderen. Ik sluit af met een conclusie en enkele aanbevelingen.

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

De oorsprong van het DCFR kan gevonden worden in het uit 2003 stammende *Action Plan on a More Coherent European Contract Law* van de Europese Commissie. Dit actieplan was het startsein voor nader onderzoek naar een

coherent en eenvormig verbintenissenrecht binnen de Europese Unie. De eindversie van het DCFR is begin 2009 gepubliceerd en kan gezien worden als een eerste aanzet naar een Europees Burgerlijk Wetboek³.

Book VI van het DCFR handelt over niet-contractuele aansprakelijkheid voor aan derden toegebrachte schade. In Chapter 3 wordt de aansprakelijkheid van kinderen en de verantwoordelijkheid van ouders voor gedragingen van minderjarige kinderen besproken. Ik zal de relevante artikelen hieronder nader bespreken:

Artikel 3:103 DCFR Persons under eighteen

Lid 1: *A person under eighteen years of age is accountable for causing legally relevant damage according to VI. – 3:102 (Negligence) sub-paragraph (b) only in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonable careful person of the same age in the circumstances of the case.*

Lid 2: *A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently.*

Kinderen onder achttien jaar zijn in het DCFR dus zelf aansprakelijk voor hun eigen gedragingen. Kinderen onder zeven jaar zijn niet aansprakelijk.

Artikel 3:104 DCFR Accountability for damage caused by children or supervised persons.

Lid 1: *Parents or other persons obliged by law to provide parental care for a person under fourteen years of age are accountable for the causation of legally relevant damage where that person under age caused the damage by conduct that would constitute intentional or negligent conduct if it were the conduct of an adult.*

Lid 3: *However, a person is not accountable under this Article for the causation of damage if that person shows that there was no defective supervision of the person causing the damage.*

Kort samengevat zijn ouders conform het DCFR aansprakelijk voor gedragingen van hun kinderen onder veertien jaar, tenzij zij de ouders ex lid 3 geen verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het toezicht op hun kinderen.

De huidige Nederlandse regelgeving

De aansprakelijkheid van kinderen en hun ouders in de Nederlandse wetgeving wordt beheerst door de art. 6:164 BW en 6:169 BW. Kinderen onder de veertien zijn ex art. 6:164 BW zelf niet aansprakelijk voor onrechtmatige gedragingen. Kinderen boven de veertien jaar zijn op grond van art. 6:162 BW wel zelf aansprakelijk voor door hun gepleegde onrechtmatige gedragingen.

Art. 169 lid 1 BW bepaalt dat ouders kwalitatief aansprakelijk zijn voor ‘doen’ gedragingen van hun kinderen

jonger dan veertien jaar. Voor zuiver ‘nalaten’ van hun jonge kinderen zijn zij dus niet aansprakelijk en de kinderen zelf conform het vorige artikel ook niet⁴. Voor gedragingen van kinderen van veertien en vijftien jaar zijn de ouders ex art. 6:169 lid 2 BW aansprakelijk, tenzij zij kunnen aantonen dat hen niet verweten kan worden dat zij de gedragingen niet belet hebben⁵. De zogenoemde (bevrijdende) disculpatiegrond wordt in de rechtspraak doorgaans relatief eenvoudig aanvaard⁶. Ouders kunnen daarnaast te allen tijde zelf aansprakelijk worden gesteld op grond van 6:162 BW, maar daarvoor dienen de ouders dan zelf jegens het slachtoffer onrechtmatig gehandeld te hebben. De bewijslast rust geheel op de schadelijgende partij en laatstgenoemde grond is daarom, behoudens uitzonderingsgevallen, nauwelijks een reële optie.

Wetsvoorstel 30159

CDA Tweede Kamer lid Çörüz (thans Oskam) diende op 10 april 2006 een wetsvoorstel (30519) in tot verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor hun minderjarige kinderen. Het voorstel houdt in dat ouders volledig risicoaansprakelijk zijn voor gedragingen van hun kinderen onder de 18 jaar. De huidige disculpatiegrond is daarnaast komen te vervallen. Çörüz is van mening dat de samenleving opdraait voor de kosten van jeugd-criminaliteit en vandalisme en wil het besef en de verantwoordelijkheid bij de ouders terug leggen⁷. Na kritiek vanuit de Tweede Kamer is het voorstel enigszins afgezwakt met de toevoeging dat ouders in de onderlinge verhouding uiteindelijk niet in de schadevergoeding hoeven bij te dragen. Dit lijkt mij enigszins een ‘sigaar uit eigen doos’ aangezien het niet in de lijn der verwachting ligt dat veel ouders regres zullen plegen op hun eigen kinderen. Het wetsvoorstel is op 3 juli 2012 door de Tweede Kamer aangenomen. In de Eerste Kamer ontstond echter de nodige discussie, hetgeen Oskam (als opvolger van Çörüz) ertoe heeft bewogen een novelle in te dienen. In afwachting van behandeling daarvan door de Tweede Kamer heeft de Eerste Kamer het voorstel op 6 februari 2014 aangehouden. Bij het schrijven van dit artikel is de novelle nog niet door de Tweede Kamer behandeld⁸.

Tussenconclusie

We zien hier dus een aantal overeenkomsten tussen de voorstellen in het DCFR en de bestaande Nederlandse regelgeving op dit gebied. Zowel in het DCFR als in de Nederlandse wet zijn personen onder de achttien jaar zelf

verantwoordelijk voor schade ten gevolge van hun gedragingen. Het DCFR kent een uitzondering voor kinderen onder de zeven jaar, voor wie geen aansprakelijkheid geldt. Kinderen wordt een eigen verantwoordelijkheid toegedicht passend bij de leeftijd. De Nederlandse wetgeving legt de grens bij kinderen van veertien jaar of ouder.

Zowel in het DCFR als in de Nederlandse wet zijn ouders aansprakelijk voor gedragingen van hun kinderen onder veertien jaar. Het DCFR kent voor deze leeftijdscategorie een disculpatiegrond, waar de Nederlandse wet uitgaat van 100% risicoaansprakelijkheid. De Nederlandse regelgeving kent een vergelijkbare disculpatiegrond voor kinderen van veertien en vijftien jaar, terwijl het DCFR in het geheel geen aansprakelijkheid kent van ouders voor deze leeftijdscategorie.

Een blik over de grens

Teneinde een breder inzicht te krijgen in het juridisch kader van de materie, is het interessant een blik te werpen op de regelgeving op dit onderwerp in de ons omringende landen. Vooruitlopend op een eventueel Europees Burgerlijk Wetboek is het immers zaak de regelingen met elkaar in overeenstemming te brengen en kunnen wij reeds nu van elkaars regelingen de voor- en nadelen onder- vinden.

Duitsland en België

Opvallend genoeg kennen de landen direct grenzend aan Nederland geen risicoaansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen. In Duitsland en België geldt een fout-aansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast⁹. De regelingen zijn vergelijkbaar met de huidige Nederlandse regeling voor veertien- en vijftienjarigen. Het kind kan onder bepaalde voorwaarden zelf ook aansprakelijk zijn. In België wordt in de rechtspraak hiervoor vaak een ondergrens van zeven jaar aangehouden.

Engeland

De Engelse wetgeving kent geen afzonderlijke wetgeving die de aansprakelijkheid van ouders regelt. Eventuele aansprakelijkheid van de ouders voor de gedragingen van hun kinderen hangt af van de vraag of er sprake is van een tekortkoming van de ouders bij het uitoefenen van toezicht, ofwel het nakomen van een zorgplicht. Het moet gaan om feitelijk en daadwerkelijk toezicht, waarmee de aansprakelijkheid beperkter is dan die in Nederland¹⁰.

		DCFR (kinderen in jaren)	Nederlandse wet (kinderen in jaren)
Kinderen	Aansprakelijk	7-18	14-18
	Niet aansprakelijk	< 7	< 14
Ouders	Aansprakelijk	< 14	< 14
	Niet aansprakelijk	14-18	16 -18
	disculpatiegrond	0-14	14-15

Tabel: aansprakelijkheid minderjarigen en hun ouders

> Frankrijk

Het Franse aansprakelijkheidsrecht kent grotere overeenkomsten met de Nederlandse regelingen. De invloed van de overheersing door Napoleon laat zich hier nog gelden. Op grond van art. 1384 lid 1 C.C. kent het Franse aansprakelijkheidsrecht risicoaansprakelijkheid voor personen (la responsabilité du fait d'autrui). Ouders zijn aansprakelijk voor schade veroorzaakt door minderjarige thuiswonende kinderen, waarover zij de ouderlijke macht uitoefenen. Wij zien hier behalve overeenkomsten ook enkele verschillen met de Nederlandse regels. Zo moet het kind thuis wonen en is de leeftijdsgrens opgetrokken naar achttien jaar. Ook Frankrijk kent een disculpatiemogelijkheid voor ouders, maar deze is de laatste jaren in de Franse rechtspraak aanzienlijk aangescherpt. De ouders dienen aan te tonen dat er aan hun zijde sprake is van overmacht, of dat anderszins sprake is van eigen schuld van de schadelijgende partij. De bewijslast rust daarbij volledig op de schouders van de ouders¹¹. Mede naar aanleiding van de rechtspraak heeft de Franse wetgever de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren verplicht gesteld¹².

De verzekeringspraktijk

“Ieder draagt zijn eigen schade” is een grondbeginsel in het recht¹³. Het aansprakelijkheidsrecht geeft desalniettemin voldoende mogelijkheden voor een benadeelde om zijn vermogenspositie te waarborgen en waar mogelijk schade op de aansprakelijke partij te verhalen¹⁴. Wat wordt nu exact beoogd met de bestaande regelgeving, het DCFR en het wetsvoorstel 30519? Enerzijds is de wens door regelgeving rechtszekerheid te creëren. Anderzijds dienen door regelgeving verhaalsmogelijkheden voor de benadeelde van de geleden schade in het leven geroepen te worden. Als laatste kan nog genoemd worden het maatschappelijk streven om eigen verantwoordelijkheid bij de jongeren ingebakken te krijgen en daarnaast ook de ouders te verplichten op hun kruist te letten¹⁵. De verzekeringsaspecten zijn in het wetsvoorstel 30519 in beperkte mate aan de orde gekomen. In november 2012 heeft er in dat kader een oriënterend gesprek plaats gevonden tussen Oskam en vertegenwoordigers van het Verbond van Verzekeraars.

AVP-verzekering

Wettelijke verhaalsrechten zijn een prachtig instrument, maar in de praktijk relatief waardeloos indien het verhaalsobject bij gebrek aan middelen geen regres blijkt te bieden. Bij minderjarige kinderen zal dit al snel het geval zijn en ook de ouders bieden (zeker bij omvangrijke schades) lang niet altijd verhaal. Verhaal van de schade op de Aansprakelijkheidsverzekering voor Particulieren (AVP) van de dader geeft de grootste kans op daadwerkelijke compensatie van de schade. De vraag is dan natuurlijk wel of het maatschappelijk wenselijk moet worden geacht de gevolgen van bijvoorbeeld jeugdcriminaliteit af te doen via de verzekering. Nog afgezien van de premiegevolgen zal van enige (preventieve) corrigerende prikkel geen enkele sprake meer zijn, indien de verzekeraar betaalt.

De opzetclausule

Bijkomend probleem is dat in de polisvoorwaarden van de AVP altijd de zogenoemde opzetclausule is opgenomen. Na enkele arresten (Bierglas¹⁶; Aegon/Van der Linden¹⁷) op dit vlak hebben de meeste verzekeraars de polisvoorwaarden inmiddels wel zodanig geredigeerd dat opzet van de jongere zelf vrijwel altijd van dekking is uitgesloten. Maar hoe zit dat met de ouders die op grond van hun (straks verruimde) risicoaansprakelijkheid worden aangesproken? Krijgen zij de opzetclausule eveneens tegen-gevoerd? Naar mijn bescheiden mening zou dit niet het geval mogen zijn, aangezien de ouders (uitzonderingen daargelaten) immers niet de (voorwaardelijke) opzet of het oogmerk op de gedraging en/of de schade hebben gehad, noch was de schade het zekere gevolg van het handelen van de ouders. Een en ander zal echter volledig afhangen van de inhoud van de polisvoorwaarden en de formulering van de uitsluitingen¹⁸.

Conclusie

Door de opzetsluiting blijft de schadelijgende partij alsnog in de kou staan. Aan de andere kant kan het toch niet de bedoeling zijn dat elke gedraging van minderjarigen maar op de AVP wordt afgeschoven. Dit zou immers een vrijbrief geven voor onbetamelijk gedrag en erger. Daarnaast zal zulks ongetwijfeld invloed hebben op de verzekeringspremie, waarmee een AVP-polis voor meer mensen een onbetaalbare verzekering wordt. Dit heeft weer gevolgen voor de verhaalbaarheid van wel gedekte schades en maatschappelijke gevolgen voor de daders die hun leven lang door hun schuldeisers worden achtervolgd en daardoor geen normaal bestaan kunnen opbouwen. In de afronding van dit artikel zal ik met een aantal aanbevelingen en conclusies komen op dit vlak.

Aanleiding voor het schrijven van dit artikel was een rechtsvergelijking te maken tussen de huidige Nederlandse regelgeving en het DCFR op het gebied van ouderaansprakelijkheid voor de gedragingen van hun minderjarige kinderen. Naast overeenkomsten blijken er toch ook een aantal significante verschillen op te treden tussen beide regelingen.

In het DCFR zijn kinderen zelf aansprakelijk voor hun onrechtmatige gedragingen, tenzij jonger dan zeven jaar. In Nederland ligt de grens momenteel bij kinderen jonger dan veertien jaar. Het DCFR dicteert een risicoaansprakelijkheid voor kinderen onder de veertien jaar, waarbij een disculpatiemogelijkheid bestaat. Het Nederlandse recht kent momenteel risicoaansprakelijkheid voor kinderen onder de zestien jaar, waarbij voor kinderen van veertien en vijftien een disculpatiemogelijkheid bestaat.

Aanbevelingen

Wat beogen al deze regelingen nu eigenlijk te bewerkstelligen? Voorop staat de breed gedragen maatschappelijke wens dat de schadelijgende partij zijn schade vergoed kan krijgen. Een ander belangrijk aspect is het bijbrengen en borgen van behoorlijk normbesef bij zowel ouders als de kinderen¹⁹. Kinderen dienen zich te gedragen en ouders

moeten daarop toezicht uitoefenen door een consequente en eenduidige opvoeding. Daarvoor dienen naast het algemeen fatsoen aanvullende prikkels te bestaan.

Ik zou dan ook willen pleiten voor de mogelijkheid van aansprakelijkheid van minderjarigen, tenzij jonger dan veertien conform de huidige regeling. Onder die leeftijd is volgens mij de ontwikkeling van de hersenen en daarmee het normbesef bij kinderen nog niet voldoende voltooid om de gevolgen van hun gedragingen volledig te kunnen overzien. Daarnaast dient er risicoaansprakelijkheid voor de ouders te bestaan voor kinderen onder de achttien jaar zonder disculpatiemogelijkheid. Een ontsnappingsclausule staat in de weg van de verhaalswens en zorgt in de praktijk voor een onnodige extra belasting van de rechtsgang. De aansprakelijkheid van de ouders dient te kunnen worden ondergebracht op een AVP-verzekering, waarbij de opzetclausule bij risicoaansprakelijkheid niet aan de ouders kan worden tegengeworpen. Om de mogelijkheden tot verhaal van schade door de schadelijgende partij te vergroten en verzekeraars de mogelijkheid te geven tot grotere risicospreiding, wordt de AVP-verzekering naar Frans voorbeeld een verplichte verzekering. De AVP-verzekeraar heeft in geval van opzet, waaronder vanzelfsprekend ook strafrechtelijke gedragingen, een tot een nader te bepalen maximum begrensde regresrecht op de minderjarige (ouder dan veertien jaar) eigen verzekerde. Eventueel kan nog gedacht worden aan een schifting tussen zuivere vermogensschade en letselschade, waarbij voor de eerstgenoemde categorie een eigen risico kan worden bepaald.

Op deze manier worden de risico's gespreid en herverdeeld en ziet het slachtoffer zijn schade vergoed. Daarnaast blijven er voldoende (financiële) prikkels bij de kinderen en de ouders bestaan tot normconform gedrag en toezicht, zonder dat een regresvordering de rest van het (jonge) leven achtervolgt met alle maatschappelijke gevolgen van

dien. Ik besef overigens ten volle dat nader wetenschappelijk onderzoek en empirische toetsing naar voorgaande aanbevelingen noodzakelijk is.

¹ Martijn Tuin is letselschaderegelaar bij Achmea Claims Organisatie en schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

² Rb. Amsterdam 30 januari 2013, LJN BZ0489.

³ S. van Gulijk, 'De Draft Common Frame of Reference: een korte introductie', *Ars Aequi* juni 2009, p. 1.

⁴ C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

⁵ J.M. van Dunné, *Onrechtmatige daad: Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004.

⁶ G.M. van Wassenae, 'Het voorstel Cörüz/Oskam, of de puberouder in de beklagdenbank', *Verkeersrecht* 2013, 4, p. 127.

⁷ B.M. Paijmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *Aansprakelijkheid, V & S* 2007, 9, p. 1-2.

⁸ Kamerstukken II, 2014/02, 30519, nr. G.

⁹ Paijmans 2007, p. 4.

¹⁰ Paijmans 2007, p. 5.

¹¹ Van Dam 2000, p. 46.

¹² P. de Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006.

¹³ T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997.

¹⁴ F.T. Oldenhuis & A. Kolder 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *Aansprakelijkheid, V & S* 2009, 1, p. 5.

¹⁵ A.J. Verheij, *Monografieën privaatrecht: onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

¹⁶ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572.

¹⁷ HR 16 november 1998, *NJ* 1999, 220.

¹⁸ J. Kruijswijk Jansen, 'Verruiming aansprakelijkheid ouders', *Beursbengel* 2013, 824.

¹⁹ J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.

Kort voor het ter perse gaan van bovenstaand artikel heeft de Eerste Kamer op 19 mei 2015 het initiatiefvoorstel uitbreiding aansprakelijkheid minderjarigen van het Tweede Kamerlid Oskam (CDA) verworpen. Alleen het CDA en PVV stemden voor. De Eerste Kamer stemde over het voorstel, nadat Oskam aankondigde af te zien van indiening van de eerder aangekondigde novelle.

Wat te doen als de arbeid niet meer dezelfde loonwaarde heeft?



W. van Hekken¹ en drs. J.A.J. Wouters²
Terzet

Het kan zijn dat ongeval gerelateerde beperkingen consequenties hebben voor de feitelijk gepresteerde arbeid per uur. Daarmee wordt dan ook de daadwerkelijke gerealiseerde loonwaarde beïnvloed die kan worden toegekend. De hierna te bespreken gevalideerde methode geeft op transparante wijze inzicht in de werkelijk geleverde prestatie en de daaraan te koppelen waarde van de arbeid.

Als een benadeelde zijn oorspronkelijke, of passende werkzaamheden, slechts gedeeltelijk gelijkwaardig (ten opzichte van de situatie vóór ongeval of ten opzichte van de gezonde collega) productief kan verrichten zal de waarde van zijn arbeidsprestatie moeten worden vastgesteld. Bij een inbreng die bijvoorbeeld 60% van normaal is zal een werkgever grote moeite hebben een volledige loonwaarde betaalbaar te stellen. In een normaal traject wordt eerst bij de eigen werkgever gekeken naar de mogelijkheid om het eigen werk te blijven verrichten. Als dit op basis van de weging belasting/belastbaarheid niet, en ook niet in een lager tempo kan, komt ander passend werk ter sprake. Maar er zijn situaties waarbij het doorwerken tegen een lagere loonwaarde meer kansen geeft dan de zoektocht naar werk in een andere werkomgeving. Maatwerk is dan ook hier het belangrijkste instrument.

Het aanpassen van de oorspronkelijke functie op taakniveau of door inzet van hulpmiddelen blijkt overigens in de praktijk niet altijd voorrang krijgt op de agenda van werkgevers of leidinggevend. Een eerste en niet altijd de minste kans op behoud van arbeid en inkomen kan daardoor verloren gaan. Regelmatig zien wij bij leidinggevend dat bekendheid met mogelijkheden ontbeert. Vooral in kleinere bedrijven lijkt dan ook soms een alles of niets situatie de enige mogelijkheid. Jammer is dat ook Arbodiensten daar niet meer voorlichting over geven.

Soms kan een weging naar kansen in het eigen werk een reële optie zijn versus kansen in ander werk buiten het bedrijf. Vanuit de sociale verzekeringswetgeving is door de toenemende verantwoordelijkheid van gemeenten een instrument ontwikkeld om de loonwaarde vast te stellen. Na een periode met focus op rechtmatigheid, onder andere door de komst van de participatiewet, komt er weer meer ruimte voor doelmatigheid. Iedereen moet participeren naar vermogen.

Door het Arbeidsdeskundig Kennis Centrum (AKC) is gekeken naar de meest valide methoden. Deze validering is van evident belang om te zorgen dat de uitkomst binnen een vastgestelde bandbreedte ligt. Hoe smaller de bandbreedte hoe nauwkeuriger de uitkomst. Deze methoden zijn ook bruikbaar in letselschade situaties als een gelaedeerde niet meer volledig kan presteren en bijvoorbeeld meer tijd nodig heeft om taken te realiseren ten opzichte van de situatie daarvoor.

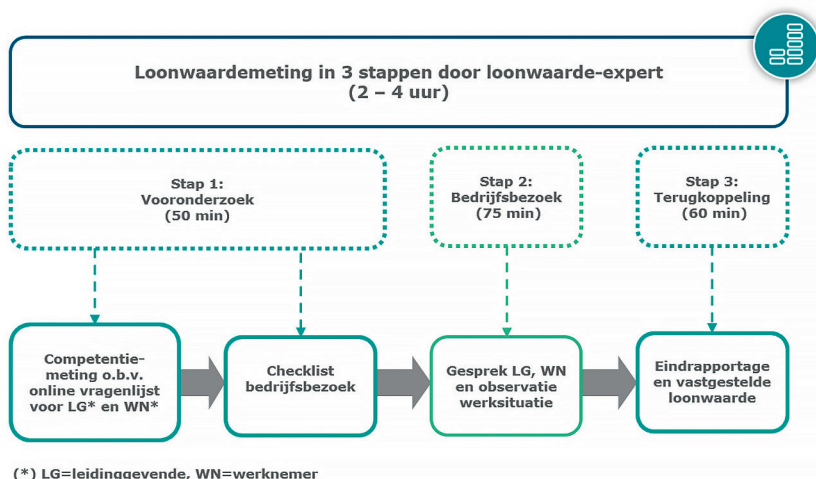
Werkwijze

De loonwaarde kan nu worden vastgesteld met behulp van een gevalideerde methodiek, de Dariuz Works® loonwaardemeting.

Deze meting (met wetenschappelijke onderbouwing door TNO³) brengt in drie stappen de loonwaarde van gelaedeerde in kaart door de geleverde werkprestatie in een specifieke functie, af te zetten tegen de vereisten van die functie (een normfunctie of bij werkhervatting in het eigen maar aangepaste werk, de oorspronkelijke functie). Een loonwaarde-expert geeft een onafhankelijke, betrouwbare beoordeling over de daadwerkelijk geleverde loonwaarde en daarmee het eventuele verlies aan verdien-capaciteit. Het geeft een betrouwbaar beeld over tempo, kwaliteit en inzetbaarheid in vergelijking met een regulier, volledig inzetbare collega. Bovendien biedt Dariuz Works® loonwaardemeting de gelegenheid toegenomen arbeidsmogelijkheden te beoordelen door hertoetsing. Zie ook Diederik Wieman in Advisie⁴.

De eindrapportage geeft inzicht in en advies over:

- duurzaamheid van de werkhervatting;
- knelpunten en oplossingsrichtingen;
- de eventueel additionele kosten verbonden aan werkhervatting;
- ontwikkelpunten op het gebied van te trainen vaardigheden en competenties met als doel het verlies aan verdienvermogen te reduceren;
- mogelijkheden tot schadelastbeheersing;
- eventuele *Job carving* (deeltaken bepalen) om de werkhervatting succesvol te laten zijn.



Stap 1:	Vooronderzoek (vragenlijsten werkgever/werknemer)
Stap 2:	Bedrijfsbezoek (bespreken uitkomsten vragenlijst en checklist)
Stap 3:	Arbeidsdeskundige beoordeling door de loonwaarde-expert met terugkoppeling en eindrapportage

De drie stappen in Dariuz Works® Loonwaardemeting

Van groot belang is ook een goede beoordeling op mogelijke inzet van hulpmiddelen. Bijvoorbeeld ergonomische aanpassingen, aanpassing werkmethodeken etc.

Inzet van een gevalideerde methodiek waarbij de werkprestatie wordt beoordeeld door deze af te zetten tegen de vereisten van de functie (of de oorspronkelijke functie⁵) leidt eveneens tot een hogere mate van acceptatie door gelaedeerde en ook bij de werkgever. Er is immers in praktische zin onafhankelijk onderzoek verricht.

Door de transparante wijze van werken en rapporteren ontstaat voor alle bij het schaderegelingsproces betrokken partijen meer inzicht. Het wordt mogelijk om deze

methode in te zetten in letselschadesituaties. Terwijl de methode voor een ander doel ontwikkeld is. Het biedt een gevalideerde stap naar een nauwkeurige beoordeling. ■■■

¹ Registerarbeidsdeskundige/Ergonomisch adviseur.

² Registerarbeidsdeskundige/Ergonom/Gerechtelijk deskundige.

³ Dariuz Works® is ontwikkeld in samenwerking met onder meer TNO, Atlant Groep en LANDER groep, <http://www.dariuz.nl/over-dariuz/veelgestelde-vragen/>.

⁴ Wieman, 'Validering methoden loonwaardebepaling is grote stap vooruit', *Advies*, februari 2014.

⁵ In de letselschadewereld spreken wij dan van de "situatie zonder ongeval".

Een training

“Hoe praktisch om te gaan met mediation?”

“Bij de afhandeling van letselschadezaken wordt mediation steeds vaker ingezet om tot een definitieve afronding van de zaak te komen. De verwachting is dat de komende jaren ook in minder complexe zaken mediation vaker zal worden ingezet. De kans dat u er mee te maken krijgt, wordt steeds groter.”

George Smits (psycholoog, coach en verbonden aan Resetpartner) en Ferda van Benthem (mediator, verbonden aan Asselbergs & Klinkhamer Advocaten) hebben een training ontwikkeld, *“Hoe praktisch om te gaan met mediation?”*.

- Hoe bereid ik als dossierbehandelaar en expert (aan de zijde van de benadeelde of aan de zijde van de verzekeraar) een mediation voor?
- Wat moet mijn houding zijn?
- Hoe reageer ik op een correcte wijze op de houding van de andere partij (verzekeraar, slachtoffer, belangenhartiger) zonder afbreuk te doen aan mijn positie?

George zal ingaan op de psyche van het slachtoffer en de lijdensmelding.

Ferda zal het geheel in een meer juridisch kader plaatsen en praktische tips geven voor en tijdens het mediation proces, bijvoorbeeld:

- Hoe zit het met geheimhouding en rechtsgeldigheid van gemaakte afspraken?
- Wanneer kan een partij zich eventueel succesvol beroepen op vernietiging van de overeenkomst, gesloten aan de mediation tafel?

De training vindt plaats op 18 en 25 augustus en 1 september 2015; drie middagen (13:00 tot 20:00 uur). Het geleerde kan ingezet worden in ieder contact met een professionele (weder)partij en/of particulier (benadeelde).

7 MfN-punten en 6 Nivre-punten.

Tevens als in house-cursus aangeboden. De training is geschikt voor de dossierbehandelaar, mediator, klachtenfunctionaris, leidinggevende.

Informatie

- <http://www.resetpartner.nl/nl/academie/open-trainingen/mfn--studie-mediation-bij-letselschade/>;
- 073-6100544 (drs. George Smits)/076-5022080 (mr. Ferda van Benthem); george@resetpartner.nl of fvd@ak-advocaten.eu

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretaris

Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: j.polman@verzekeraars.nl

Website: www.stichtingpiv.nl

M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver en John Körver, cartoonist

Creatie : Elan Strategie & Creatie, Rijswijk

Realisatie : Quantas, Rijswijk

Colofon