

Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?

Mr. Chr.H. van Dijk & mr. M.F.J. Hiel, datum 27-03-2017

Datum	27-03-2017
Auteur	Mr. Chr.H. van Dijk & mr. M.F.J. Hiel ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Schadevergoeding Verzekeringsrecht (V) Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid Verbintenissenrecht (V)

Fraude wordt redelijk gemakkelijk en regelmatig gepleegd. Niet alleen door de verzekerde zelf, maar ook door degene die de verzekerde wegens een fout aansprakelijk stelt (de claimant). In de wet is niet gecodificeerd wat in dat geval dient te gebeuren. Effectieve sancties ontbreken, terwijl het onwenselijk is indien een frauderende claimant zonder consequenties een gokje kan wagen. Dit artikel biedt handvatten voor de aanpak van dergelijke fraude in het kader van de waarheidsvinding van art. 21 Rv, via het leerstuk van rechtsverwerking en door de veroorzaakte schade ruim toe te rekenen aan de frauderende claimant met behulp van een verdeelsleutel.

1. Inleiding

Volgens het *Convenant aanpak verzekeringsfraude* (2011) keren schadeverzekeraars op jaarbasis ongeveer € 900 miljoen onterecht uit ten gevolge van fraude. Dit cijfer omvat onder meer fraude door de verzekerde, de verzekeringnemer, de tegenpartij en de begunstigde.^[2] Het tegengaan van verzekeringsfraude is dan ook een serieus te nemen maatschappelijk belang.

Een civielrechtelijke bestraffing voor de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde die in de relatie met zijn verzekeraar fraude pleegt, bestaat in art. 7:941 lid 5 BW: als hij partieel fraudeert vervalt in beginsel geheel het recht op uitkering voor zijn werkelijke schade.

Niet in de wet gecodificeerd is wat moet gebeuren indien niet de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde fraudeert, maar degene die de verzekerde wegens een fout aansprakelijk stelt (zoals bij een aansprakelijkheidsverzekering). Dan is, anders dan tussen de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde en de verzekeraar, geen sprake van een verzekeringscontract maar (meestal) van een door de verzekerde jegens een derde gepleegde onrechtmatige daad of een wanprestatie.^[3] Wij zullen in dit artikel deze buiten de verzekeringsovereenkomst staande derde kortweg aanduiden als 'claimant'. In de huidige realiteit is de toegepaste 'sanctie' bij een ontdekte (poging tot) fraude voor hem meestal alleen dat de fraude door de ontdekking niet slaagt. Bovendien zal hij soms de directe onderzoekskosten die gemaakt zijn om de fraude te ontdekken moeten betalen.

Wij kunnen ons erin vinden dat de verschillende posities van de frauderende claimant en de frauderende verzekerde een verschil in benadering vergt. De basis van de vordering van de claimant is immers dat vaststaat dat de verzekerde eerst een fout jegens hem heeft gemaakt terwijl de basis van de vordering van de verzekerde jegens zijn verzekeraar een zuiver contractuele aanspraak is. Bovendien is er voor fraude onder de verzekeringsovereenkomst een specifieke wettelijke regeling, die er niet is voor fraude van een claimant bij een vordering uit onrechtmatige daad of wanprestatie. Dit gezegd hebbende zullen wij in dit artikel betogen dat het verschil in sancties binnen en buiten het verzekeringsrecht op dit moment te groot is en dat verdergaande sancties bij een frauderende claimant nodig en mogelijk zijn.

In paragraaf 2 zullen wij nader ingaan op de redenen waarom vergaande sancties bij fraude noodzakelijk zijn. Daarna zullen wij in paragraaf 3 de regeling in het verzekeringsrecht uiteenzetten, waarna in paragraaf 4 kort aan de orde komt dat deze regeling niet geldt voor de claimant bij aansprakelijkheidsverzekeringen. In paragraaf 5 betogen wij dat het verschil tussen de situaties waarin art. 7:941 lid 5 BW wel en niet toepasselijk is in zekere zin betrekkelijk is. In paragraaf 6 zullen mogelijke sancties worden gesproken. Dit artikel wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 7.

2. Waarom zijn vergaande sancties bij fraude nodig?

De kern van de verzekeringsovereenkomst is vertrouwen.^[4] Door de massaliteit van verzekerden en verzekeringsproducten is het heel beperkt mogelijk voor een verzekeraar om voor het afsluiten van een polis zelf onderzoek te doen naar de moraliteit van een verzekerde.^[5] De verzekeraar moet zowel bij het aangaan van verzekeringen als bij schademeldingen, grotendeels afgaan op de mededelingen van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde zelf. Vanwege de grote aantallen en stringente privacyregelgeving is onderzoek door een verzekeraar ook bij een melding van de verwezenlijking van het risico beperkt mogelijk. Daarbij komt dat een verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde er ontegenzeggelijk belang bij kan hebben om de waarheid geweld aan te doen. Dat dit regelmatig gebeurt, blijkt uit het in de inleiding genoemde cijfer van € 900 miljoen per jaar. Dit is ongeveer 15% van de € 6 miljard die op jaarbasis aan schade-uitkeringen wordt betaald.

Het Verbond van Verzekeraars realiseert zich het probleem uiteraard ook. Zij doet al jarenlang pogingen om fraude zo goed en effectief mogelijk aan te pakken. Zo verscheen in 2006 het Deltaplan Aanpak fraude bij Schadeverzekeringen en in 2011 het Convenant aanpak verzekeringsfraude.^[6] Daarbij lag de nadruk op het verkrijgen van inzicht in verzekeringsfraude en het stroomlijnen van de aanpak ervan. Het aantal fraudes lijkt toe te nemen. In 2015 hebben verzekeraars aan het Centrum Bestrijding Verzekeringscriminaliteit van het Verbond van Verzekeraars (CBV) gemiddeld tien procent meer fraudedossiers gemeld dan het jaar ervoor.^[7] In augustus 2016 is door het Verbond een nieuwe maatregel om fraude te bestrijden geïntroduceerd.^[8] Als blijkt dat sprake was van opzet tot misleiding door de verzekerde wordt deze aansprakelijk gesteld voor de schade, waarna de verzekeraar zijn vordering overdraagt aan de Service Organisatie Directe Aansprakelijkstelling (SODA). Aan deze moet de frauderende verzekerde een vergoeding betalen van € 532,-. Het bedrag van € 532,- representeert de helft van de indirecte kosten die een verzekeraar gemiddeld maakt, gebaseerd op de noodzakelijke werkzaamheden die uitgevoerd worden nadat is vastgesteld dat sprake is van fraude. Op dit moment richt de SODA zich op fraude door verzekerden. Vorenstaande aanpak zal mede vanwege het beperkte bedrag van € 532,- vooral resultaat sorteren bij bestrijding van kleinere fraudes die, zoals bij reisverzekeringen, regelmatig plaats vinden, en niet voor grotere verzekeringsfraudes of fraudes die

plaatsvinden in het kader van een aansprakelijkheidsverzekering.^[9] Daarnaast zal de verzekeraar de al in de inleiding genoemde vergaande sanctie van het volledig verval van de aanspraak van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde onder de verzekeringspolis kunnen inzetten (waarover hierna meer). Dit is ook een probaat sanctiemiddel bij grote fraudes.

Ook buiten het verzekeringsrecht is frauderen betrekkelijk eenvoudig omdat de aangesproken partij en de eventueel daarachter liggende verzekeraar grotendeels zullen moeten afgaan op de mededelingen van de claimant. Ook bij de feitenverzameling bij een aansprakelijkheidsverzekering bestaat een fragiel evenwicht tussen de onderzoeksbelangen van de verzekeraar en de privacy van de claimant. Deze partijen hebben elkaar bovendien niet uitgekozen en niet vooraf kunnen screenen. Daarbij komt dat de rechter regelmatig beperkte eisen stelt en ook maar kan stellen aan bewijs en causaal verband van de schade.

Wellicht het meest illustratief voor de in de vorige alinea geschetste gang van zaken zijn de claims wegens moeilijk objectieveerbare klachten. Het probleem daarbij is dat medisch gezien vaak geen aantoonbare verklaring van de klachten kan worden gevonden en het aannemen daarvan in hoge mate plaatsvindt aan de hand van de anamnese (= het verhaal) van de claimant. Relevant is dat het om klachten gaat die ook zonder ongeval frequent onder de bevolking voorkomen.^[10] Het overgrote deel van de rechters neemt het vereiste oorzakelijke verband tussen het bestaan van die klachten aan als objectief kan worden vastgesteld dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn.^{[11],[12],[13]} Naast het verhaal van de claimant toetst de (meestal) ingeschakelde medisch deskundige of het klachtenpatroon aannemelijk is, en aan de hand van het door deze op te stellen rapport vervolgens evenzo de rechter. De medisch deskundige kijkt daarbij of sprake is van een consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten en of de claimant voorafgaand aan het ongeval deze gezondheidsklachten niet had, de gezondheidsklachten op zich door het ongeval veroorzaakt kunnen worden en een alternatieve verklaring voor de gezondheidsklachten ontbreekt.^[14] De beperkingen die uit de klachten voortvloeien worden op een soortgelijke manier bepaald.^[15] Een methode om de beperkingen echt objectief vast te kunnen stellen is er niet. Bij gebrek aan een reëel alternatief kunnen wij de beschreven werkwijze van de rechter billijken. Wel kan niet ontkend worden dat een dergelijke manier van vaststellen van klachten en beperkingen fraudegevoelig is. Ook de onafhankelijke medisch deskundige, waarop het oordeel van de rechter vaak onvermijdelijk rust, zal, zeker als er geen medische voorgeschiedenis is, immers vrijwel geheel moeten afgaan op het verhaal van de claimant. Dit maakt dat een kwaadwillende claimant hem met enige goede wil om de tuin kan leiden.^[16] Daarbij komt dat feitenonderzoek beperkt mogelijk is en omwille van privacybelangen van een claimant streng gereguleerd is.^{[17],[18]} Terecht houdt de Hoge Raad verzekeraars ook streng aan hun eigen Gedragscode Persoonlijk Onderzoek.^[19] Schending ervan kan bewijsuitsluiting tot gevolg hebben. De boodschap van de Hoge Raad is dat eerst als het vragen van (nadere) medewerking van een claimant – of in die zaak verzekerde – geen zin heeft, tot het inzetten van het zware middel van een persoonlijk onderzoek^[20] mag worden overgegaan en wellicht zelfs dat daarvoor het structureel weigeren van medewerking van deze of een vastgestelde grondige structurele misleiding noodzakelijk is.^[21] Tot slot speelt bij claims wegens moeilijk objectieveerbare klachten nog meer dan in de relatie verzekerde-verzekeraar dat sprake is van een onvermijdelijke onevenwichtigheid tussen de bewijspositie van claimanten en aansprakelijke partijen en hun aansprakelijkheidsverzekeraars. Claimanten kunnen voor het bewijs van hun klachten en beperkingen getuigen selecteren en oproepen. Hoewel aansprakelijke partijen en hun aansprakelijkheidsverzekeraars dat in theorie ook kunnen is dat in de praktijk voor hen meestal niet

mogelijk. Zij kennen de entourage van de claimant immers niet.^[22]

Het vorengaande laat zien dat fraude door een kwaadwillende claimant soms niet zo moeilijk is. De problematiek die daarin wordt geschetst geldt in meer of mindere mate ook buiten moeilijk objectiveerbare klachten en buiten letsel, bijvoorbeeld bij claims wegens materiële schades (zoals autoschades na een aanrijding) of zuivere vermogensschade. Hoewel er bij ons weten geen cijfers beschikbaar zijn over de verhouding tussen fraudes door verzekeringnemers en tot uitkering gerechtigden enerzijds en claimanten anderzijds – het Convenant aanpak verzekeringsfraude maakt geen splitsing – lijkt het niet gewaagd om te veronderstellen dat ook claimanten met enige regelmaat fraude plegen. Fraudes die wij in de praktijk ook met enige regelmaat tegenkomen.

In tegenstelling tot voor de frauderende verzekerde ontbreekt een wettelijke sanctie voor de frauderende claimant. In de praktijk zal deze slechts de onderzoekskosten gemoeid met het opsporen van de fraude moeten vergoeden. De vraag is of het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling voor de frauderende claimant betekent dat de gevolgen van de fraude inderdaad zo (volledig) anders zouden moeten zijn. Daar hebben wij moeite mee. De moraal van dit verhaal is niet dat meer eisen aan het bewijs van de schade van een claimant moeten worden gesteld, ook niet bij moeilijk objectiveerbare klachten. En ook niet dat de regelgeving moet worden aangepast of verzekeraars meer mogelijkheden moeten krijgen tot het doen van onderzoek. Wel pleiten wij ervoor dat er een serieuze(re) civielrechtelijke sanctie moet zijn bij een substantiële fraude door een claimant. Binnen het huidige wettelijke kader zijn die ook mogelijk. Alvorens daarvoor in paragraaf 6 enkele suggesties te doen bespreken wij in paragraaf 3 de wettelijke sanctie die in het leven is geroepen voor de fraude van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde en in paragraaf 4 waarom deze sanctie niet analoog kan worden toegepast voor claimanten. In paragraaf 5 betogen wij dat het verschil tussen fraude in de contractuele verzekeringsrechtelijke situatie en daarbuiten het huidige enorme verschil in de toegepaste sanctie bij fraude niet rechtvaardigt.

Overigens benadrukken wij dat bij fraude natuurlijk ook de strafrechtelijke weg openstaat. In de praktijk is deze weg echter vaak niet goed begaanbaar. Zeker als de fraude niet past binnen het Convenant aanpak verzekeringsfraude heeft het vervolgen daarvan geen hoge prioriteit.^[23] Maar ook als dat wel gebeurt duurt het strafrechtelijke traject meestal te lang om echt effectief te kunnen zijn.

3. Fraude door de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde

In art. 7:941 BW is de meldings- en informatieplicht voor de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde bij verwezenlijking van het verzekeringsrisico opgenomen.^[24] Indien de in dat artikel opgenomen verplichtingen niet worden nagekomen is sprake van een toerekenbare tekortkoming die tot schadevergoeding kan verplichten. De tot uitkering gerechtigde kan, anders dan de verzekeringnemer, een derde zijn die geen partij is bij de overeenkomst. De definitie van ‘de tot uitkering gerechtigde’ is ingevolge art. 7:926 BW:

“degene die ingeval van verwezenlijking van het risico krachtens de verzekering recht heeft op uitkering of door aanvaarding van de aanwijzing recht op uitkering kan krijgen.”

Terecht merkt Van Tiggele-van der Velde op dat niet de denkfout moet worden gemaakt dat onder de tot

uitkering gerechtigde van art. 7:926 BW ook de claimant niet verzekerde zou kunnen vallen. Dat is niet zo. Niet voor niets staan in dat artikel de woorden ‘*krachtens de verzekering*’. Uitsluitend van deze overeenkomst hangt af wie in geval van schade tot vergoeding is gerechtigd. Het gaat daarbij dus om een verzekerde derde in de zin van art. 7:946 BW, in wiens belang een verzekering (mede) is gesloten en niet om een claimant.^[25]

Polisvoorwaarden bepalen regelmatig dat niet-nakoming van bovenstaande verplichtingen leidt tot verval van het recht op uitkering. Dit is echter een zeer verstrekkende sanctie, die ingevolge het vierde lid van 7:941 BW alleen door de verzekeraar bedongen kan worden indien zij daardoor in een redelijk belang is geschaad.

Vroeger heerste de overtuiging dat indien aangetoond kon worden dat de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde fraudeerde, dit niet betekende dat de verzekeraar niet langer hoefde uit te keren of dat hij de verzekeringsovereenkomst kon ontbinden.^[26] De verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde ontving nog steeds zijn geclaimde schade, op het element waarvoor fraude was aangetoond na. Kort gezegd was de achterliggende gedachte dat de verzekeraar door het bedrog niet moest worden bevrijd van een verbintenis die reeds eerder door het voorval was ontstaan.^[27] Het gevolg daarvan was dat een verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde zonder enig risico kon proberen de verzekeraar te bedriegen.

In het kader van de discussie van het (toen nog) wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.17 (Verzekering) en titel 7.18 (Lijfrente) van het Burgerlijk Wetboek ontstond politiek de overtuiging dat het niet wenselijk was dat een verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde door te frauderen zonder enig risico kon proberen om ontoelaatbaar voordeel te behalen.^[28] De Hoge Raad bekeerde zich, al voordat deze politieke discussie gecodificeerd werd, tot deze opvatting. In 2004 wees hij het arrest *Lorushorloge* en overwoog:^[29]

“3.8.1.

(...) Art. 7.17.1.14 lid 5 van het inmiddels door de Tweede Kamer aanvaarde gewijzigde voorstel van wet (...) bepaalt dat het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt. (...)

De Raad van Toezicht Verzekeringen heeft zich in zijn uitspraak van 8 april 2002, nr. 2002/11 Br in de klacht nr. 070 01 (gepubliceerd in *De Praktijkgids* 2002, nr. 5919, blz. 649 en in *AV&S* 2002, p. 84) hierbij aangesloten.

3.8.2

Gelet op het in 3.8.1 overwogene en in aanmerking genomen dat grond bestaat om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het standpunt van de Raad van Toezicht Verzekeringen (...) moet ook voor het thans geldende recht worden uitgegaan van het bepaalde in lid 5 van art. 7.17.1.14.”

Vervolgens oordeelde de Hoge Raad dat het hof geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat het aan de orde zijnde verzekeringsbedrog leidde tot algeheel verval op een schade-uitkering, en dat het gegeven dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof

niet een zodanige bijzondere omstandigheid was dat het verval van het recht op uitkering niet gerechtvaardigd zou zijn. Het gaat hier dus om een in Nederland levende rechtsovertuiging. Art. 3:12 BW bepaalt dat met een dergelijke overtuiging rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eist. In januari 2006 volgde de invoering van art. 7:941 lid 5 BW:

“Het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt.”

Het uitgangspunt is dus dat de – door de verzekeraars te bewijzen – opzet om de verzekeraar te misleiden leidt tot algeheel verval van recht op uitkering, ook al betreft de fraude slechts een klein deel van de claim. Zoals Asser-Wansink, Van Tiggele-van der Velde en Salomons schrijven ligt daaraan ten grondslag:^[30]

“het gegeven dat de verzekeraar niet alleen bij het sluiten van maar ook bij de uitvoering van een verzekeringsovereenkomst in zo sterke mate afhankelijk is van de betrouwbaarheid van de verzekerde en de verzekeringsovereenkomst daarmee een bijzonder vertrouwenskarakter heeft.”

Deze sanctie van algeheel verval van uitkering wordt niet toegepast indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde aantoont dat sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het algehele verval niet gerechtvaardigd zou zijn. In een dergelijk uitzonderingsgeval kan de rechter, in relatie tot de zwaarte van het bedrog een meer proportionele oplossing kiezen.

In de volgende paragraaf wordt kort uitgewerkt dat art. 7:941 lid 5 BW niet geldt voor de frauderende claimant en dat de Geschillencommissie Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) ten onrechte lijkt te menen van wel.

4. De regeling van art. 7:941 lid 5 BW geldt niet voor de claimant

Het Kifid is kennelijk de mening toegedaan dat art. 7:941 lid 5 BW ook van toepassing is op de situatie waarin niet de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, maar een claimant fraude jegens een verzekeraar pleegt. Zij overweegt in diverse uitspraken:^[31]

“Naar het oordeel van de Commissie geldt voor een derde-benadeelde die een schade afhandelt met de verzekeraar van de aansprakelijke verzekerde hetzelfde als voor een verzekerde die in een contractuele relatie met de verzekeraar staat. Artikel 7:941 lid 5 BW geeft immers uitleg [uiting? schr.] aan het algemeen geldende rechtsbeginsel ‘*fraus omnia corrumpit*’.”

Met Van Tiggele-van der Velde menen wij dat de motivering van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening tekort schiet. Het lijkt erop dat zij art. 7:941 lid 5 BW rechtstreeks toepasselijk acht op deze situatie.^[32] En als dat niet bedoeld is, wordt wel erg mager uitgelegd waarom hetzelfde analoog zou gelden. Zoals in de vorige paragraaf al aangegeven is dat onjuist.

De vraag is vervolgens wat ‘*fraus omnia corrumpit*’ voor gevolgen heeft of moet hebben bij fraude door een claimant die niet verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde is nu art. 7:941 lid 5 BW niet

geldt. Voordat wij dat doen leggen wij in de volgende paragraaf uit dat art. 7:941 BW ook niet analoog toegepast kan worden op fraude van de claimant maar dat de verschillen die bestaan bij toepasselijkheid van art. 7:941 BW en daarbuiten wel betrekkelijk zijn.

5. De betrekkelijkheid van het verschil tussen situaties waarin art. 7:941 lid 5 BW wel en niet toepasselijk is.

De regeling van art. 7:941 lid 5 BW voor de frauderende verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde is dus niet rechtstreeks en ook niet analoog van toepassing op de frauderende claimant. Hoewel zij beiden fraude plegen is hun positie niet gelijk. Tegenover de fraude van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, technisch een wanprestatie, staan de verplichtingen uit de polis die door deze fraude in beginsel vervallen. Tegenover de fraude van claimant, technisch gezien een onrechtmatige daad jegens degene die de fout heeft gemaakt en zijn verzekeraar, staat een eigen onrechtmatige daad of wanprestatie van de verzekerde die de claimant schade heeft berokkend. Dit verschil maakt dat niet gezegd kan worden dat ook voor de claimant bij (partiële) fraude zijn recht op vergoeding van de werkelijke schade zonder meer geheel vervalt. Het omgekeerde is echter ook niet gerechtvaardigd: dat de claimant ongeacht de door hem gepleegde fraude en de omvang daarvan zonder meer zijn wél geleden schade volledig vergoed moet krijgen en dat de aansprakelijke partij en de achterliggende aansprakelijkheidsverzekeraar alleen het teveel betaalde, vermeerderd met de door de fraude gemaakte (onderzoeks)kosten terug kan vorderen.

Maar het verschil in positie is ook weer niet zo groot dat, anders dan bij de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde, jegens de claimant een verdergaande sanctie nimmer gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Het lijkt niet al te gewaagd te stellen dat ook buiten de verzekeringsovereenkomst fraude zonder civielrechtelijke sancties ongewenst is, en in strijd is met de in Nederland heersende rechtsovertuiging. Hoewel het hiervoor in paragraaf 4 aangehaalde oordeel van het Kifid niet juist is zou men wel kunnen zeggen dat dit oordeel een uiting is van de gedachte dat de ratio – dus niet de gevolgen – van art. 7:941 lid 5 BW evenzeer geldt buiten de verzekeringsovereenkomst.

Want waarom zou het recht bijvoorbeeld altijd strenger moeten reageren op een poging tot fraude door een verzekerde bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering dan wanneer deze voor hetzelfde ongeval een verzekeraar van een aansprakelijke partij aanspreekt? Waarom zou in die situatie niet evenzeer gelden dat de verzekeraar in zo sterke mate afhankelijk is van de betrouwbaarheid van de claimant dat daardoor sprake is van een bijzondere vertrouwensband tussen hen? Voorts is het verschil tussen een claimant en een claimende verzekerde in de praktijk lang niet altijd zo groot. Allereerst wijzen wij erop dat de verzekerde niet alleen de partij omvat met wie de verzekeringsovereenkomst is gesloten maar ook de uitkeringsgerechtigde, die pas contractspartij wordt als hij door aanvaarding van de aanwijzing een recht op uitkering kan krijgen. De aanvaarding van deze tot dan toe derde kan ook nog geschieden nadat de schade zich heeft voor gedaan.^[33] Weliswaar gelden dan op de voet van art. 7:941 lid 2 en 3 BW al wel de meldings- en informatieverplichtingen. Echter blijft staan dat hij in eerste instantie ook een derde is, die de verzekeraar niet hoeft te kennen.

Voorts wijzen wij op de positie van de WAM-benadeelde die ingevolge art. 6 Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen een eigen zelfstandige vordering tot schadevergoeding

jegens de verzekeraar heeft. Is dat echt zo'n volledig andere positie dan de verzekerde dat laatstgenoemde bij fraude een zware sanctie krijgt en eerstgenoemde in het voor hem ongunstigste geval een beperkte schadevergoeding wegens de gemaakte kosten moet betalen? Wij wijzen ook op een conclusie van A-G Keus uit 2005 bij de Hoge Raad van 4 maart 2005 waarin hij schrijft:^[34]

“Volgens deze bepaling leidt opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de verzekeringnemer of de (krachtens de verzekering) tot uitkering gerechtigde tot algeheel verval van het recht op uitkering, behoudens voor zover de misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt. Weliswaar kan men zich de vraag stellen of in geval van een aan de (WAM-)benadeelde toe te rekenen partieel bedrog hetzelfde heeft te gelden. Dat in zodanig geval het partieel bedrog het recht op vergoeding van dat deel van de schade dat niet door de opzet van de (WAM-)benadeelde is ontstaan hoe dan ook onverlet laat, is naar mijn mening echter niet zó evident, dat de door het hof aan het tussenvonniss gegeven uitleg (volgens welke de rechtbank een algeheel verval van het recht op uitkering heeft aangenomen), al om die reden onbegrijpelijk zou zijn.”

En wat te denken van de directe actie van art. 7:954 BW bij personenschade? De bevoegdheid om betaling te vorderen van de verzekeraar en om dit zo nodig in rechte af te dwingen komt daarbij niet meer aan de verzekerde toe, maar aan de claimant. Hoewel de verzekerde schuldeiser van de verzekeraar blijft, kan het vorderingsrecht nog slechts door de claimant worden uitgeoefend. Een andere positie dan bij art. 7:941 BW, maar wederom niet zodanig dat niet ook een verdergaande sanctie buiten het verzekeringsrecht is gerechtvaardigd.

Verder wijzen wij er op dat de schaderegeling een afzonderlijk te onderscheiden en te benoemen rechtsfiguur is, die wordt beheerst door art. 6:2 BW (*lid 1 'Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.'*)^[35]

Op de voet van art. 6:2 BW, art. 6:248 BW en meer algemeen de redelijkheid en billijkheid moeten de betrokken partijen, claimant, verzekerde en verzekeraar, rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en verwachtingen en kunnen zij aanspraak maken op juistheid en waarheid.^[36] In rechte is dit voor partijen gecodificeerd in art. 21 Wetboek van Rechtsvordering. Partijen behoeven in rechte niet hun zwakke posities te openbaren, en mogen de naar hun oordeel relevante feiten en selecteren en van hun eigen invalshoek interpreteren. Zij mogen echter niet bewust liegen of de feiten verdraaien.^[37] Datzelfde geldt naar onze mening ook voor mededelings- en informatieplichten buiten rechte. De mededelingsplicht geldt voor feiten en omstandigheden waarvan de wederpartij geen weet kan hebben. Juist bij aanspraken van claimanten jegens verzekerden, en vooral ook hun verzekeraars, zal regelmatig aan de orde zijn dat laatstgenoemden alleen op de hoogte kunnen geraken van bepaalde relevante feiten als claimanten aan hun informatie- en mededelingsplichten voldoen. In zo'n geval kan de persoonlijke levenssfeer van de claimant in het gedrang komen. Toch zal een claimant naar onze mening verplicht zijn om bij de schaderegeling al die informatie te verstrekken waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat deze essentieel is voor het beoordelen van de claim, ook als zij een hoogstpersoonlijk karakter heeft.^[38]

Het vorenstaande maakt dat wij de conclusie van Van Tiggele-van der Velde in Trema te verstrekkend vinden:^[39]

“De conclusie van dit alles is mijns inziens dat voor de frauderende benadeelde een status aparte geldt, ingegeven door diens eigen, buitencontractuele positie in de verhouding benadeelde–verzekerde–verzekeraar. We wilden geen loterij zonder nieten en strikt genomen doet de

vaststelling in dit stuk daar niet aan af: voor de verzekerde blijft dat uitgangspunt zonder meer gehandhaafd. Het is alleen het gevonden slachtoffer dat een grotere vrijheid kent en dat een poging tot fraude kan doen zonder verder te worden gestraft dan voor het deel waarop de fraude ziet.”

In de volgende paragraaf komt aan de orde aan welke civielrechtelijke sancties gedacht kan worden bij fraude van de claimant.

6. Mogelijke sancties bij fraude door een claimant

6.1 Inleiding

Zoals wij hebben uiteengezet komen wij tot de conclusie dat verstrekkender civielrechtelijke sancties nodig zijn indien een claimant (partieel) fraude pleegt. Het moet niet zo zijn dat hij de vrijheid heeft ‘risicooloos een gokje te wagen’, omdat hij bij ontdekking toch nog onverkort recht heeft op zijn werkelijke schade. In dat opzicht maakt het niet zo veel uit dat art. 7:941 lid BW niet van toepassing is op de claimant. De ratio binnen en buiten het toepassingsbereik van dit artikel is hetzelfde. Dat de concrete onderzoekskosten die zijn gemaakt om de fraude aan het licht te brengen kunnen worden gevorderd en de onverschuldigd betaalde bedragen van de fraudeur kunnen worden teruggeëist is een onvoldoende sanctie.^[40] Bij fraude en toepasselijkheid van art. 7:941 BW bestaan deze mogelijkheden ook.

Een volgende vraag is wat voor soort sancties wenselijk zijn. Bij deze sancties moet ook recht worden gedaan aan het gegeven dat de werkelijke schade van de claimant juist is veroorzaakt door een fout van de verzekerde. Dat noopt tot enige terughoudendheid. Daarbij komt dat verzekeraars, ook bij aansprakelijkheidszaken, soms wat al te snel en te weinig onderbouwd menen dat sprake is van fraude.

Dit verschil maakt dat in beginsel niet gezegd kan worden dat ook voor de claimant bij (partiële) fraude zijn recht op vergoeding van de werkelijke schade geheel vervalt. Zoals in de vorige paragraaf aangegeven is het omgekeerde ook niet gerechtvaardigd: dat de claimant ongeacht de door hem gepleegde fraude en de omvang daarvan zonder meer zijn wél geleden schade volledig vergoed moet krijgen. Dat maakt dat wij bij de frauderende claimant in zekere zin zouden willen opteren voor het spiegelbeeld van art. 7:941 lid 5 BW: Bij partiële fraude door de claimant is het alleen in bijzondere gevallen mogelijk dat elk recht op het claimen van zijn werkelijke schade vervalt. Een substantiële, systematische en doelbewuste fraude kan zo’n omstandigheid zijn (par. 6.2.1. rechtsverwerking). Als geen sprake is van deze bijzondere omstandigheden zou fraude door de claimant naar onze mening onder omstandigheden nog wel tot andere gematigder materiële sancties kunnen leiden (par. 6.2.2. Een meer abstracte schadeberekening en par. 6.2.3. Punitive damages en andere mogelijke oplossingen). Na bespreking van het antwoord op de vraag of de verhouding tussen verzekerde en claimant in de weg staat aan de voorgestelde oplossingen (par. 6.2.4.) gaan wij tot slot in op de bewijsrechtelijke consequenties die de fraude voor de claimant zouden kunnen hebben, omdat zijn geloofwaardigheid ook bij partiële fraude zeer is aangetast (par. 6.3.)

6.2 Materieelrechtelijke sancties bij substantiële fraude door de claimant

6.2.1 Rechtsverwerking

De meest vergaande sanctie zou zijn het volledig vervallen van het vorderingsrecht van de claimant.

Zeker in geval van ernstige fraude is hier wat voor te zeggen. Wij denken dan aan de claimant die de aansprakelijke verzekerde en/of de verzekeraar op zeer ernstige wijze heeft misleid en sprake is van een substantiële, systematische en doelbewuste fraude en schending van de waarheid. Dit tast immers in algemene zin de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de betreffende partij aan. Het gevolg daarvan is dat het buitengewoon moeilijk is de overige nog opgevoerde schadeposten te beoordelen. Ook voor die posten kan immers de vraag rijzen of het gaat om schade die claimant daadwerkelijk heeft geleden. Hierbij komt dat indien de op zo'n grove manier fraudeplegende claimant de mogelijkheid zou krijgen een 'afgeslankte' vordering in te dienen, dus zonder het deel waarover hij heeft gefraudeerd, dit in feite de mogelijkheid aan een claimant geeft om doelbewust te kiezen voor een strategie waarbij hij in eerste instantie probeert te frauderen. Zoals hierna nog uitgewerkt zal worden kan dergelijke grove fraude in een gerechtelijke procedure ertoe leiden dat een vordering door de rechter geheel wordt afgewezen. Er is geen inhoudelijke rechtvaardiging waarom dit buiten rechte niet ook het geval zou kunnen zijn. Het leerstuk van rechtsverwerking biedt naar ons oordeel hiertoe mogelijkheden.

Rechtsverwerking vereist dat de gerechtigde zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens uitoefenen van het betreffende recht. Van een dergelijke onverenigbaarheid is slechts sprake onder bijzondere omstandigheden. Kort gezegd bestaan er twee gronden voor rechtsverwerking: (1) ofwel bij de wederpartij is het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de gerechtigde zijn recht niet (meer) zal uitoefenen; (2) ofwel de positie van de wederpartij zou onredelijk worden benadeeld of verzaamd indien de gerechtigde zijn recht alsnog zou uitoefenen. Omdat rechtsverwerking gerechtvaardigd vertrouwen of onredelijke benadeling vereist, levert enkel tijdsverloop geen toereikende grond op voor rechtsverwerking. De situatie die wij voor ogen hebben zou een nieuwe loot kunnen zijn aan de bestaande stam van het leerstuk van de rechtsverwerking. Aangenomen zou dan moeten worden dat de frauderende claimant (in extreme gevallen) zijn recht heeft verwerkt om zijn schade (in volle omvang) te vorderen. Hij heeft zich immers gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens (volledig) uitoefenen van het recht op schadevergoeding.

Maar er is mogelijk meer. Het gaat dan om schade die door de fraude wordt veroorzaakt, maar die concreet niet of nauwelijks is vast te stellen. Deze meer abstract berekende schade zou dan verrekend kunnen worden met de uitkering van de verzekeraar.

In de volgende paragraaf (6.2.2.) lichten we toe welke schade wel door fraude van claimanten wordt veroorzaakt, maar vaak niet of nauwelijks concreet te berekenen is, en waarvan daarom in de praktijk meestal geen vergoeding wordt gevorderd. Wij bespreken het juridische kader waarbinnen deze schade ruim zou kunnen worden toegerekend aan de claimende fraudeur.

6.2.2 Een meer abstracte schadeberekening

Bij fraude van een claimant is sprake van twee tegenover elkaar staande onrechtmatige daden, of van een wanprestatie tegenover een onrechtmatige daad. Allereerst heeft degene die terecht aangesproken wordt een fout jegens de claimant gemaakt en vervolgens heeft de claimant door te frauderen een onrechtmatige daad gepleegd tegen de aansprakelijke verzekerde en diens verzekeraar. Uit beide daden vloeit schade voort die de daders over en weer zullen moeten vergoeden. Uiteraard kan dan de ene vergoeding worden verrekend met de andere.

Al in 1950 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat kosten van voorzorgsmaatregelen (reservematerieel) door de Spoorwegen onder omstandigheden kunnen worden verhaald op een aansprakelijke partij.^[41]

De redenering daarvan is dat de op de benadeelde rustende schadebeperkingsplicht meebrengt dat de benadeelde, wanneer een bedrijfsmiddel door beschadiging tijdelijk onbruikbaar is geworden, ter voorkoming van bedrijfsschade gehouden is dit te vervangen door ander ter beschikking staand materieel. De kosten van het gereedhouden van dit materieel, mogen slechts dan voor een evenredig deel ten laste van de aansprakelijke persoon worden gebracht, indien deze kosten zijn gemaakt met het oog op of mede met het oog op de dreiging van schade als gevolg van ongevallen waarvoor derden aansprakelijk zijn. Niet ter zake doet dat deze kosten voorafgaande aan de onrechtmatige daad zijn gemaakt. Een andere wijze van redeneren met hetzelfde resultaat is dat de benadeelde, door het enkele missen van het gebruik van het uitgevallen bedrijfsmiddel, reeds een naar de waarde van dat gebruik te begroten schade heeft geleden. Dan worden de kosten in feite gezien als kosten ter voorkoming of beperking van schade als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd in de zin van art. 6:96 lid 2 onder a BW. Deze redenering zou men ook kunnen doortrekken ten aanzien van de frauderende claimant. Deze pleegt immers een onrechtmatige daad jegens de verzekerde en verzekeraar. Om dit soort fraudes tegen te gaan of op te sporen moet de verzekeraar aanzienlijke voorzorgsmaatregelen nemen. Deze dienen via een bepaalde verdeelsleutel te komen bij hen die frauderen. Probleem bij deze oplossing is natuurlijk het vinden van een juiste verdeelsleutel.^[42] Denkbaar is dat dit nader wordt uitgewerkt in een convenant van verzekeraars.

Een tweede probleem bij het vorderen van de in deze paragraaf genoemde schade is in het algemeen – niet alleen bij fraude – dat de hoogte ervan moeilijk is vast te stellen en dat zij daarom in de praktijk ook niet of nauwelijks gevorderd (kunnen) worden. De vraag is dan of niet een meer abstracte schadeberekening uitkomst zou kunnen bieden voor dit probleem. Wij menen van wel. Uitgangspunt is dat bij de begroting van schade de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert leidend zijn. De benadeelde moet zo veel mogelijk financieel in de toestand worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven.^[43] Dat is niet anders als de verzekerde/verzekeraar de benadeelde van een fraude is. Zowel om praktische redenen als om redenen van billijkheid worden op het uitgangspunt van concrete schadevergoeding door de rechter in bijzondere gevallen uitzonderingen aanvaard.^[44] Art. 6:97 BW biedt wat dat betreft uitkomst en bepaalt:

“De rechter begroot de schade die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.”

Het artikel geeft de rechter een grote mate van vrijheid bij de begroting van de schade, de keuze op welke wijze deze begroting moet plaatsvinden, bij de beantwoording van de vraag of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld en de schatting indien dat laatste niet het geval is.^[45] Het is evident dat art. 6:97 BW, dat ook de basis van abstracte schadebegroting is, allerlei normatieve afwegingen door de rechter mogelijk maakt.^{[46],[47]} Weinig verbazingwekkend is dan ook dat het antwoord op de vraag of een abstractie moet plaats vinden afhangt van alle omstandigheden van het geval, en het antwoord op de vraag of dit het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Voorts spelen de redelijkheid, en de – vaak onuitgesproken – maatschappelijke of rechtspolitieke wenselijkheid van een bepaalde uitkomst een rol.^[48]

Art. 6:97 BW zou ook als vehikel kunnen dienen voor een meer abstracte berekening van de schade waarvan wel vaststaat dat deze (altijd) door fraude wordt veroorzaakt, maar waarvan de hoogte niet goed is vast te stellen. Vervolgens dient bedacht te worden dat het bij fraude gaat om een opzettelijke onrechtmatige daad met het oogmerk om de aansprakelijke verzekerde/verzekeraar te benadelen. Het

behoeft geen betoog dat het redelijk en maatschappelijk wenselijk is dat deze schade geheel wordt vergoed. Verder ligt vanwege de aard van deze aansprakelijkheid – opzettelijk met het oogmerk schade toe brengen – op de voet van art. 6:98 BW een ruime toerekening zonder meer voor de hand.

Dit brengt ons ertoe dat het belangrijk is dat verzekeraars de kosten die in het algemeen gemoeid zijn met fraude door claimanten zo inzichtelijk en goed mogelijk in kaart brengen. Het gaat dan met name om de kosten waarvan iedereen aanvoelt dat die er werkelijk zijn maar die – zeker in een specifieke zaak – niet goed concreet te maken zijn en bovendien een dossier overstijgend karakter hebben. Verdedigbaar lijkt dat die kosten via een bepaalde verdeelsleutel verrekenend moeten worden met de uitkering die een frauderende claimant krijgt voor de daadwerkelijk door hem geleden schade. Hierbij lijkt een ruime toerekening vanwege de opzettelijke onrechtmatige daad (fraude) met het oogmerk te benadelen redelijk. Een vast percentage of bedrag zou een pragmatische benadering zijn waarvoor de SODA voor kleine fraudes van verzekerden ook heeft gekozen. Het percentage of bedrag zal natuurlijk afhangen van genoemd onderzoek naar de kosten van de fraude.

Bij substantiële fraude door claimanten, waarbij een gefixeerd bedrag niet afschrikwekkend genoeg zou kunnen zijn zou, als toepassing van het leerstuk van de rechtsverwerking niet mogelijk is, ook kunnen worden gekozen voor verrekening van een gefixeerd bedrag op basis van een percentage van het bedrag waarop de poging tot fraude zag. Per saldo ontstaat dan een proportionele sanctie bij substantiële fraude door een claimant. Een dergelijke aanpak past ook in de huidige trend in het schadevergoedingsrecht. Er is steeds minder sprake van een alles-of-niets benadering. Zoals A-G Spier al in 2006 in zijn conclusie bij de uitspraak van 17 februari 2006 schrijft:^[49]

“4.38.1

Om nog even te blijven bij de heersende rechtsovertuigingen: daarin is het alles of niets-denken trouwens meer in het algemeen in onbruik geraakt. De proportionele benadering heeft een niet meer te stuiten opmars ingezet. Dat geldt ook in het kader van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Art. 6:248 lid 2 BW brengt dat tot uitdrukking door te spreken van ‘voor zover’.

4.38.2

Deze ontwikkeling kan slechts worden toegejuicht omdat aldus veelal billijker uitkomsten kunnen worden bereikt dan met een ongenueanceerd alles of niets.”

6.2.3 Punitive damages en andere mogelijke oplossingen

Ook zou men nog kunnen denken aan het alternatief van *punitive damages*.^[50] Deze optie, die geen geldend recht is, is besproken door Smeehuijzen met betrekking tot de spiegelbeeldige situatie van onrechtmatige schadeafwikkeling door de verzekeraar. Wij wijzen op zijn artikel met de titel ‘*Some Tentative Thoughts on Punitive Damages in Case of Bad Faith Claim Handling by Insurers*’ in *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out?*.^[51] Hij bespreekt daarin dat de verzekeraar die te kwader trouw uitkering weigert, niets riskeert. In het ergste geval moet hij betalen, wat hij toch al verschuldigd was, en in het beste geval geeft de claimant het moegestreden op en hoeft de verzekeraar niets te betalen. Hij meent daarom dat het voor de hand ligt om op deze kwade trouw, bijvoorbeeld door *punitive damages*, een sanctie te stellen. In deze gedachtenlijn past dat ook in het spiegelbeeld bij (ernstige) fraude van de claimant *punitive damages* kunnen worden gevorderd en per saldo een proportionele oplossing ontstaat. Voor deze oplossing is mogelijk nodig dat de wetgever deze

omarmt, maar een vaststaand gegeven lijkt dat niet.

De Haan en Banis hebben nog de suggestie gedaan om fraude aan te pakken via de weg van matiging of schuldeisersverzuim.^[52] Wij delen uiteraard hun opvatting dat er verdergaande sancties moeten zijn bij fraude door een claimant, maar deze suggesties zijn naar ons idee geen begaanbare weg.^[53]

6.2.4. De verhouding tussen verzekerde en claimant

Wij delen niet de mening van Van Tiggele-van der Velde dat terechte ontzegging door de verzekeraar van (een deel van de) vordering van de claimant wegens fraude als onvermijdelijk gevolg zou hebben dat de claimant nog wel die schade bij de verzekerde zou kunnen claimen.^[54] Ook bij de hiervoor voorgestelde verrekening is dat niet het geval. De norm *‘een claimant mag niet frauderen bij de omvang van de schade’* strekt primair ter bescherming van de aansprakelijke (verzekerde) partij. De bescherming van de verzekeraar is daarvan slechts afgeleid. Dat betekent dat als de claimant fraudeert en de verzekeraar terecht (deels) de vordering ontzegt of de kosten verrekent, deze claimant het verschil niet kan halen bij de verzekerde. In ieder geval tast fraude door de claimant uiteraard in geen geval de dekkingaanspraak van de verzekerde jegens de verzekeraar aan. Die verzekerde zal dus ook altijd bij zijn aansprakelijkheidsverzekeraar kunnen aankloppen indien de claimant zich (met succes) nog zou kunnen omdraaien naar de verzekerde. Maar in onze optiek zou dat dus niet mogen kunnen.

6.3 Procesrechtelijke sancties

Art. 21 Wetboek van Rechtsvordering luidt:^[55]

“Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.”

De rechter heeft hiermee de mogelijkheid om in overeenstemming met de concrete omstandigheden van het geval te reageren. Denkbaar is dat de rechter, die van oordeel is dat een partij op bepaalde onderdelen van de feitelijke stellingen onvolledig of onjuist is geweest, de aannemelijkheid van andere stellingen extra kritisch zal bezien.^[56] Want waarom zou die partij dan op andere onderdelen wel de waarheid spreken? Dit kan ertoe leiden dat de rechter het standpunt van de andere partij voor juist houdt. Ook kan het voor de bewijslastverdeling van belang zijn.^[57] De wetsgeschiedenis zegt daarover:

“Wel is het natuurlijk zo dat de nalatige partij ook processueel moet kunnen worden “afgerekend” op zijn gedrag. Artikel [21 Rv] biedt daartoe ook ruimte. Zo zal de rechter de bewijslast van de nalatige partij kunnen verzwaren, of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag presenteren. Ook kan de rechter, wanneer de onjuistheid of onvolledigheid van de stellingen is gebleken en de nalatige partij zijn stellingen wenst uit te breiden met nieuwe feiten, deze buiten beschouwing laten wegens strijd met de goede procesorde.”^[58]

Het welbekende art. 150 Rv bepaalt dat de partij die zich beroept op bepaalde rechtsgevolgen, de bewijslast draagt. De daaropvolgende nuance is dat een andere verdeling van de bewijslast geraden kan zijn indien die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Bij de vaststelling van wat al dan niet redelijk of billijk is, moet rekening worden gehouden met onder andere de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de betrokken maatschappelijke belangen.^[59]

—

Zoals hiervoor aangegeven is goed verdedigbaar dat het standpunt dat niet risicoloos getracht mag worden om ontoelaatbaar voordeel te behalen en dat daarop een sanctie dient te staan, deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsovertuiging. Voorts lijkt *'fraus omnia corrumpit'* tevens in te houden dat fraude op een deel van de schade meebrengt dat er geen reden is om mild te zijn ten aanzien van het bewijs van andere onderdelen van de schadevordering van de claimant. Dit brengt naar onze mening met zich dat een verzwaarde stel- en bewijslast voor het bewijs van deze overige schade moet gelden. Voor zover bij letsel bijvoorbeeld gelogen is over een (potentieel) relevante medische voorgeschiedenis, deze opzettelijk verborgen is gehouden of de aangegeven beperkingen met het opzet te misleiden onjuist aangegeven zijn, moet de consequentie naar onze mening al snel zijn dat de claimant het voordeel van de twijfel en de daarbij behorende lichtere bewijslast verliest. Juist dient dan een verzwaarde stel- en bewijslast voor hem te gelden. Dat past ook bij het feit dat de relevante informatie zich in het domein van de claimant bevindt.

Andere mogelijke procesrechtelijke sancties zijn matiging of nihilstelling van de proceskosten van de in het gelijkgestelde partij (dus als de claimant alsnog wel een deel van zijn schade vergoed zou krijgen) of juist veroordeling tot de volledige proceskosten van de andere partij (mogelijk alleen ten aanzien van het deel van de kosten die zien op het debat dat ziet op de fraude).^[60]

Er is een aantal uitspraken dat erop wijst dat in zeer extreme gevallen van schending van art. 21 Rv de rechter een vordering zelfs geheel kan afwijzen. Een goed voorbeeld daarvan is het oordeel van het Hof Amsterdam in een zaak waarin eisers in eerste aanleg op zeer ernstige wijze de waarheidsplicht hadden geschonden en de rechtbank alsmede de wederpartijen hadden misleid.^[61] Er was sprake van een substantiële, systematische en doelbewuste schending van de waarheidsplicht op grond waarvan de rechtbank de vorderingen tot schadevergoeding geheel had afgewezen.^[62] Dergelijk processueel optreden is naar het oordeel van het hof zodanig in strijd met doel en strekking van art. 21 Rv, dat het hof het geheel afwijzen van de vordering passend acht en appellanten niet in staat stelt om in hoger beroep opnieuw (een deel van) haar vordering te onderbouwen met naar haar zeggen thans niet vervalste stukken, c.q. op basis van nieuwe uitgangspunten. Het voegt daaraan toe:

“3.15

(...) dat in een civiele procedure als de onderhavige de rechter in grote mate afhankelijk is van de informatievoorziening door partijen. Daarbij gaat de rechter in beginsel uit van de waarheidsgetrouwheid van partijen. Zo pleegt de rechter in beginsel uit te gaan van de echtheid van de door partijen in het geding gebrachte bewijsstukken en controleert de rechter niet de authenticiteit van die stukken. Ook een partij mag in beginsel vertrouwen op de echtheid van de stukken die haar wederpartij in het geding brengt. De gerechtvaardigdheid van dit vertrouwen vloeit voort uit de op partijen rustende waarheidsplicht, maar ook op de goede trouw die partijen jegens elkaar en jegens de rechter in acht dienen te nemen en in het algemeen ook plegen te nemen. Overigens berust het bedoelde vertrouwen ook op praktische argumenten: het is voor de rechter (en ook voor de wederpartij) doorgaans praktisch ondoenlijk om de waarheid van elke uitlating of de echtheid van elk bewijsstuk te verifiëren. Wanneer een van partijen de waarheidsplicht schendt op een dermate ernstige wijze (...), is daarmee de grondslag aan het bedoelde vertrouwen komen te ontvallen. Dit betreft zowel het vertrouwen van de rechter in de waarheidsgetrouwheid van die partij, als het vertrouwen daarin van de wederpartijen. Het

ontvallen van dit basale vertrouwen heeft een breder gevolg dan alleen het buiten beschouwing laten van de stukken waarvan de vervalsing is aangetoond, of de uitgangspunten die onjuist zijn gebleken. Het tast immers in algemene zin de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de betreffende partij aan. Het gevolg daarvan is dat het voor het hof in redelijkheid niet doenlijk is nog een gefundeerde beslissing te nemen over de thans in hoger beroep opgevoerde schadeposten. (...) Ook het enkele (gestelde) feit dat sprake is van schade kan (...) niet zonder meer worden aangenomen. Gelet op de geconstateerde substantiële, systematische en bewuste schending van de waarheidsplicht (...) ziet het hof geen aanleiding om hierover nog nadere bewijsverrichtingen te laten plaatsvinden. Er kan immers niet meer worden vertrouwd op de waarheidsgetrouwheid van hetgeen [appellanten] en de overige vennootschappen hierover naar voren hebben gebracht, hetzij schriftelijk, hetzij mondeling. (...)”

7. Conclusie

Dat fraude met enige regelmaat zowel wordt gepleegd door claimanten die een verzekerde van een aansprakelijkheidsverzekering aanspreken, als door verzekerden jegens hun eigen verzekeraar, is een gegeven. In beide gevallen moet zij effectief worden tegengegaan. Ook geldt in beide gevallen dat een relatief lage drempel bestaat om te frauderen, omdat fraude relatief eenvoudig mogelijk is en moeilijk is te ontdekken. Dat vraagt om effectieve sancties. Art. 7:941 lid 5 BW geeft deze sanctie voor de frauderende verzekerde die het opzet heeft zijn verzekeraar te misleiden. Hij krijgt in beginsel ook zijn werkelijke schade niet meer vergoed. De ratio daarvan is dat de verzekeraar bij de uitvoering van een verzekeringsovereenkomst in zo sterke mate afhankelijk is van de betrouwbaarheid van de verzekerde en de gegevens waarop de verzekeringsovereenkomst is afgesloten, dat sprake is van een bijzondere vertrouwensband. In die relatie moet het niet mogelijk zijn dat een fraudeur zonder consequenties een gokje kan wagen. Dat is in strijd met de in Nederland levende rechtsovertuiging.

Dezelfde ratio geldt evenzeer bij fraude in de context van een aansprakelijkheidsverzekering door een claimant. Daarvoor bestaat echter geen wettelijke sanctie en wordt wel gesteld dat deze onverkort recht houdt op volledige uitkering van de door hem daadwekelijk geleden schade. Naar onze mening is dat niet zonder meer het geval. In gerechtelijke procedures heeft de rechter bij een zeer ernstige fraude al op grond van art. 21 Rv de eisende partij de deksel op zijn neus gegeven en de vordering (ook ten aanzien van de mogelijk werkelijk geleden schade) geheel afgewezen. Buiten rechte kan onder omstandigheden het leerstuk van rechtsverwerking in geval van substantiële, systematische en doelbewuste fraude wellicht tot dezelfde uitkomst leiden.

Maar ook indien de sanctie van geheel verval van de vordering in een bepaalde situatie te vergaand zou zijn, kan de claimant naar ons oordeel niet onverkort zijn daadwerkelijke schade vergoed krijgen. Bij de uitkering daarvan moet dan tenminste de door hem veroorzaakte schade verrekend worden. Wat betreft direct aan de zaak gerelateerde onderzoekskosten (zowel extern en intern) gebeurt dit ook wel, althans is dat relatief eenvoudig te berekenen. Er zijn echter allerlei andere, deels niet direct aan de betreffende zaak gerelateerde, kosten die vanwege de moeilijke bepaalbaarheid niet worden gevorderd. Voor het ook verrekenen daarvan zien wij mogelijkheden. Wij doelen dan op het via een verdeelsleutel in rekening brengen van kosten die verzekeraars/verzekerden in het algemeen lijden maar die in een specifieke zaak moeilijk te kwantificeren zijn. Vanwege de ratio dat fraude niet kosteloos geprobeerd kan worden en dus de aard van de gedraging, het oogmerk om een ander te benadelen, is er veel voor te zeggen om deze door de fraudeur veroorzaakte schade ruim toe te rekenen.

Voetnoten

[1]

De auteurs zijn advocaat bij Kennedy van der Laan te Amsterdam. Citeerwijze: Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017/12, afl. 2.

[2]

Convenant aanpak verzekeringsfraude, 2011 (het Verbond van Verzekeraars, Zorgverzekeraars Nederland, het College van Procureur-Generaal en de Raad van Korpschefs zijn de ondertekenaars). Vier typen fraudeurs worden onderscheiden: 1. fraude door consumenten (verzekerde, verzekeringnemer, tegenpartij en begunstigde); 2. fraude door of met behulp van een intermediair; 3. fraude door dienstverleners (zoals herstelbedrijven, leveranciers van hulpmiddelen, zorgaanbieders, bemiddelingsbureaus PGB); 4. fraude door de eigen medewerkers van de verzekeraar (interne fraude), voor zover betrekking hebbend op verzekeringsproducten.

[3]

In dit artikel zal met claimant worden bedoeld een derde claimende partij dus niet verzekerde.

[4]

Zie bijv. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012, p. 277.

[5]

Zie over deze mogelijkheden bijv. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012, hoofdstuk 3.

[6]

Verbond van Verzekeraars, *Deltaplan Aanpak fraude bij Schadeverzekeringen*, Den Haag, 2006 en Verbond van Verzekeraars, *Convenant aanpak verzekeringsfraude*, 2011.

[7]

CBV Factsheet februari 2016.

[8]

www.verzekeraars.nl – actueel – De verzekeraar oplichten? Fraudeurs betalen zelf de schade, augustus 2016.

[9]

Wel kunnen boven het bedrag van € 532,- ook overige kosten worden verhaald.

[10]

Zie hierover H. de Hek, Whiplash – observaties van een rechter, *TvP* 2011, afl. 2.

[11]

Dit criterium heeft het hof geformuleerd in zijn arrest dat voorafging aan HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/433 (*Zwolsche Algemeene/De Greef*). Tegen deze overwegingen werd bij de Hoge Raad niet gegriefd; met Lindenbergh menen wij dat niet zozeer sprake is van een lagere bewijslast, zoals velen menen, maar dat andere eisen worden gesteld aan de invulling ervan. De norm blijft nog steeds dat de klachten en de gevolgen ervan met een redelijke mate van waarschijnlijkheid vastgesteld moeten kunnen worden, zie S.D. Lindenbergh, 'Zwolsche Algemeene/De Greef', in: T. Hartlief en M.G. Faure, *De Spier-bundel*, Deventer: Kluwer 2016, p. 182.

[12]

A. Kolder, 'Civiele whiplashzaken', *NJB* 2015/813; zie ook A. Kolder, 'WAD I en II: het recht kent inderdaad zijn beperkingen' – Een reactie op: 'Klachten aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend, niet overdreven en dan? WAD I of II' *PIV-Bulletin* 2012-5 en 'Causaal verband in whiplashzaken: een beschouwing vanuit juridisch en medisch perspectief' van P. Oskam en A.M. Reitsma, *TvP* 2014/4.3.

[13]

Zie HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/624, waaruit blijkt dat de rechter beperkte eisen stelt aan het bewijs van schade wegens het derven van arbeidsinkomsten die een claimant zonder ongeval zou hebben genoten.

[14]

Zie bijv. Hof Arnhem Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:BZ0801.

[15]

Zie bijv. Hof Arnhem Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:BZ0801, r.o. 5.4. onder c.

[16]

Een goed voorbeeld daarvan is Rechtbank Oost Brabant van 19 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6575; Overigens zal bij een onterechte attributie door een claimant van zijn klachten aan het ongeval vrijwel nooit sprake zijn van fraude maar zal dit samenhangen met een niet bewuste, onjuiste perceptie van de werkelijkheid, zie H. de Hek, Whiplash – observaties van een rechter, *TvP* 2011, afl. 2.

[17]

Verbond van Verzekeraars, *Gedragscode Persoonlijk onderzoek*, december 2011, zie M. Verheijden, *TvP* 2016/3.4. Google, Facebook & Instagram: internetonderzoek door verzekeraars (noot bij: Rb. Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5695).

[18]

Beiden zijn ook onderworpen aan de regels van de Wet bescherming persoonsgegevens, zie C. Last, P. Oskam en H.H. de Vries, Fraudeonderzoek en googelende verzekeraars, *PIV-Bulletin* juni 2015, p. 8 e.v.

[19]

HR 18 april 2014, *JA* 2014/65; zie over deze uitspraak bijv. H.H. De Vries en P. Oskam, Fraude, Persoonlijk Onderzoek en Googelende verzekeraars, *Letselschademaagazine* 5-6-2015.

[20]

Een persoonlijk onderzoek is het onderzoek, volgend op een feitenonderzoek, naar gedragingen van betrokkene waarbij bijzondere onderzoeksmethoden en of bijzondere onderzoeksmiddelen worden gebruikt, die inbreuk maken of kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene (art. 1 *Gedragscode Persoonlijk onderzoek*).

[21]

Deze laatste mening lijkt het Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn uitspraak van 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:100, toegedaan.

[22]

Een voorbeeld daarvan is Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816. In die zaak claimde een claimant dat hij door het ongeval vrijwel niets meer kon. Uit internetonderzoek kwam naar voren dat hij na het ongeval mee had gedaan aan vele intensieve sportevenementen. Vervolgens riep hij 19 getuigen op, voornamelijk familie en vrienden uit de sportwereld, die dit beeld aanzienlijk relativeerden. De verzekeraar kon geen getuigen voorbrengen. Het hof nam geen fraude aan.

[23]

Zie ook het *Convenant aanpak verzekeringsfraude*, 2011 (www.verzekeraars.nl) waarin staat dat de prioriteit ligt op strafrechtelijke vervolging van zware fraudes die zich met name kenmerken door:

- samenloop van fraude (oplichting, valsheid in geschrifte) met andere, ernstige strafbare feiten (bijvoorbeeld doodslag of brandstichting);
- gepleegd in georganiseerd verband;
- stelselmatigheid (recidive binnen een bepaalde periode);
- omvang (hoog fraudebedrag c.q. wederrechtelijk verkregen voordeel in relatie tot het verzekeringsproduct);
- voorbeeldfunctie dader;
- misbruik van kwetsbare slachtoffers (bijvoorbeeld zorgfraude mede ten nadele van patiënten).

Ook gezien deze opsomming zal civielrechtelijke afdoening meestal prevaleren.

[24]

Zie over art. 7:941 lid 5 uitvoerig *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012, hoofdstuk 6.

[25]

N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer' *Trema* 2015 (8).

[26]

HR 16 januari 1959, *NJ* 1960/46 (*Benzol*).

[27]

J.H. Wansink & N. van Tiggele-van der Velde, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:941 BW, aant. 6.

[28]

Kamerstukken II 1999/00, 19529, 5, p. 27-28

[29]

HR 3 december 2004, NJ 2005/160(*Lorushorloge*).

[30]

Zie Asser/Wansink, van Tiggele & Salomons 7-IX*2012, par. 314.

[31]

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2009-94 r.o. 4.5 en 2013-286 r.o. 5.4.

[32]

N. van Tiggele-van der Velde, 'Boeffies zijn het' in: *Hoe heurt het eigenlijk?*, Den Haag: Boom juridisch, 2016, p. 45 e.v.

[33]

Asser/Wansink, van Tiggele & Salomons 7-IX*2012, p. 344.

[34]

HR 4 maart 2005, ECLI:NLHR:2005:7345, randnr. 2.7b.

[35]

D. Peepkorn, De schaderegelingsverhouding in: *Begroting, schade, verandering en verzekering, Inleidingen LSA-symposium 1994 (nr. 5)*, Vermande Den Haag.

[36]

D.H.M. Peepkorn, 'De weerbarstige waarheid', in: D.H.M. Peepkorn e.a., *Waarheidsvinding en privacy*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 4.

[37]

A.I.M. van Mierlo, *T&C Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 21 Rv., aant. 2; vgl. voor de advocaat ook art. 30 Gedragsregels advocatuur waarin is bepaald dat hij zich dient te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet, althans behoort te weten dat die onjuist zijn.

[38]

Vgl. D.H.M. Peepkorn, 'De weerbarstige waarheid', in: D.H.M. Peepkorn e.a., *Waarheidsvinding en privacy*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 5: '*De vraag rijst of het recht op privacy zo ver strekt dat het een rechtvaardiging zou kunnen opleveren om iets, dat nochtans voor de beoordeling van de schadevergoeding van belang is, niet mee te delen, dus te verzwijgen. Ik ben niet aanstonds bereid die vraag bevestigend te beantwoorden.*'.

[39]

N. van Tiggele-van der Velde, Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer in *Trema* 2015 (8).

[40]

Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816 en www.letselschademagazine.nl – kosten van verwerende partij – Rb. Assen 25 april 2007 en 25 juli 2007 fraude aan het licht gekomen na fraudeonderzoek; verzekeraar verhaalt kosten.

[41]

Zie HR 31 maart 1950, NJ 1950/592, m.nt. Ph.A.N. Houwing, HR 4 oktober 1957, NJ 1958/12 en HR 31 oktober 1958, NJ 1959/29.

[42]

Zie daarover MvA II, p. 335 e.v. en Salomons (*Mon. BW nr. B38*), nr. 2.1.

[43]

Vgl. HR 26 maart 2010, LJN BL0539.

[44]

Vgl. HR 5 december 2008, NJ 2009/387.

[45]

Parl. Gesch. MvA II 6, p. 339.

[46]

HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/624; HR 28 januari 2005, *NJ* 2008/55, m.nt. Jac. Heijma; HR 5 december 2008, *NJ* 2010/579, m.nt. Jac. Heijma.

[47]

Parl. Gesch. MvA II Boek 6, p. 339.

[48]

Zie de analyse van Chr.H. van Dijk in Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht (preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Deventer 2015, p. 58-65.

[49]

HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717; conclusie Spier: ECLI:NL:PHR:2006:AU9717.

[50]

Zie hierover uitvoerig de dissertatie van R.C. Meurkens, *Punitive Damages. The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Kluwer 2014.

[51]

2012 Intersentia Cambridge – Antwerp – Portland, www.intersentia.be/nl/pdf/viewer/download/id/9781780680477_0/; zie ook van J.L. Smeehuijzen Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevergoedingen, *NTBR* 2009/44.

[52]

L.K. De Haan en C. Banis, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt.', *TAV*, oktober 2016, 188.

[53]

Matiging ziet op de omgekeerde situatie. De wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de aansprakelijke partij kan worden gematigd indien volledige vergoeding voor hem tot kennelijk onaantvaardbare gevolgen zou leiden. Van belang voor deze toets zijn onder meer de aard van de aansprakelijkheid van de aangesproken partij, de mate van zijn schuld, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht. Bij fraude is een zelfstandige onrechtmatige daad van de claimant aan de orde. Voor de suggestie van De Haan en Banis zou bovendien veelal (in geval er een aansprakelijkheidsverzekeraar in beeld is) het tweede lid van art. 6:109 BW door de rechter opzij gezet moeten worden. Dat bepaalt immers dat matiging niet mag geschieden tot een lager bedrag dan waartoe de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken. Dat de rechter dat doet ligt niet voor de hand. De artikelen over schuldeisersverzuim (art. 6:58 en 59 BW) zijn evident niet van toepassing. De trigger voor schuldeisersverzuim, dat nakoming van de verbintenis van de schuldenaar verhinderd wordt doordat de schuldeiser daartoe niet de noodzakelijke medewerking verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt doet zich niet voor.

[54]

N. van Tiggele-van der Velde, 'Boeffies zijn het' in: *Hoe heurt het eigenlijk?*, Den Haag: Boom juridisch, 2016, p. 46; in zoverre zijn wij het dus ook niet eens met L.K. De Haan en C. Banis, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt.', *TAV*, oktober 2016, 188, die hetzelfde betogen.

[55]

Vgl. ook C.J. A. Seinen, De gevolgtrekking die hij geraden acht, Sancties op schending van de waarheidsplicht, *TCR* 2014/3.5. A.G.F. Ancery, Informatie-uitwisseling tussen partijen in het civiele geding, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015-2.

[56]

A.I.M. van Mierlo, *T&C Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 21 Rv., aant. 4.

[57]

MvT, *Parl. Gesch. Herz. Rv.*, p. 148.

[58]

[Kamerstukken II 1999/00, 26855, 5](#), p. 25.

[59]

Art. 3:12 BW.

[60]

[\[61\]](#)

Het ging om een vordering van een verzekerde waarbij het hof opmerkelijk genoeg niet art. 7:941 lid 5 BW ten grondslag legde aan algehele afwijzing van de vordering maar schending van art. 21 Rv. Hoe dan ook lijkt ons de redenering ook toepasbaar bij een substantiële, systematische en doelbewuste schending van de waarheidsplicht door een claimant; zie Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:85, waarbij een partij ter onderbouwing van een vordering tot schadevergoeding bewust door hemzelf vervalste bewijsstukken in het geding had gebracht. Dit bracht volgens het hof niet alleen mee dat de bewuste stukken buiten beschouwing moesten blijven. Vanwege de substantiële, systematische en bewuste schending van de waarheidsplicht liet het hof de partij ook niet toe tot nadere bewijslevering.

[\[62\]](#)

Hof Amsterdam 10 februari 2015, ECLI:GHAMS:2015:296; zie over dit arrest ook L.K. De Haan en C. Banis, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt.', *TAV*, oktober 2016, 188.