



Loont fraude?

door **Chris van Dijk** | advocaat bij
Kennedy Van Der Laan

De wettelijke sanctie voor verzekeringsfraude (art. 7:941 lid 5 BW) geldt volgens de Hoge Raad niet voor de frauderende (derde)benadeelde. Wat voor sancties zijn wel mogelijk?

1 | Inleiding

Bij personenschade nemen de discussies over (vermeende) fraudegevallen in en buiten rechte sterk toe. Vooral speelt deze discussie bij claims wegens moeilijk objectiveerbare klachten. Zoals bekend, is het probleem daarbij 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 benadeelde. Relevant is dat het om klachten gaat die ook zonder ongeval frequent onder de bevolking voorkomen. 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".¹ Naast het verhaal van de benadeelde 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 benadeelde 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. De beperkingen die uit de klachten voortvloeien worden op een soortgelijke manier bepaald. Een methode om de beperkingen echt objectief vast te kunnen stellen is er niet.

Een dergelijke manier van vaststellen van klachten en beperkingen is fraudegevoelig. Ook de onafhankelijke medisch deskundige, op wiens rapport 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 benadeelde. Dit maakt dat een kwaadwillende benadeelde hem met een beetje geluk om de tuin kan leiden. Daarbij komt dat feitenonderzoek beperkt mogelijk is en omwille van de

privacybelangen van de benadeelde streng gereguleerd is. De boodschap van de Hoge Raad en de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek is dat pas als het vragen van (nadere) medewerking van een benadeelde geen zin heeft, tot het inzetten van het zware middel van een persoonlijk onderzoek mag worden overgegaan en wellicht zelfs dat daarvoor het structureel weigeren van medewerking van de benadeelde of een vastgestelde grondige structurele misleiding noodzakelijk is. Tot slot speelt bij claims wegens moeilijk objectiveerbare klachten dat sprake is van een onvermijdelijke onevenwichtigheid tussen de bewijspositie van benadeelden en aansprakelijke partijen en hun aansprakelijkheidsverzekeraars. Benadeelden 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 benadeelde immers niet.

Kortom, fraude door een kwaadwillende benadeelde is niet zo moeilijk en lijkt gezien de vele discussies hierover een reëel probleem te zijn, waarbij ik mij haast op te merken dat ik er zonder meer vanuit ga dat verreweg de meeste benadeelden echte benadeelden met

reële claims zijn en dat niet snel moet worden aangenomen dat sprake is van fraude bijvoorbeeld als benadeelden hun klachten wat overdrijven.

Aan de hand van een recent door de Hoge Raad gewezen arrest van 8 juli 2018 en de daarbij behorende conclusie van de A-G Hartlief ga ik in dit artikel in op de vraag aan wat voor consequenties men in het recht zou kunnen denken bij een vaststaande substantiële fraude. In paragraaf 2 bespreek ik eerst de wettelijke oplossing die is gekozen bij fraude door een verzekerde tegenover zijn verzekeraar, en het oordeel van het Kifid en sommige rechters dat deze oplossing gebruikt zou kunnen worden bij fraude door een benadeelde die geen partij bij de verzekeringsovereenkomst is en in zoverre de positie heeft van een derde (hierna spreek ik kortweg van 'benadeelde'). In paragraaf 3 ga ik in op de uitspraak van de Hoge Raad die over deze lijn de staf breekt. Mede aan de hand van de conclusie van Hartlief noem ik in paragraaf 4 enige andere mogelijke oplossingsrichtingen om fraude door een benadeelde civielrechtelijk te bestraffen. In paragraaf 5 sluit ik af met een aantal conclusies.

2 | De wettelijke bestraffing van fraude in de verhouding tussen de verzekerde en de verzekeraar

De civielrechtelijke bestraffing van de verzekerde die fraudeert staat in art. 7:941 BW lid 5 BW: ook als hij 'maar' bij een deel van zijn claim fraudeert vervalt zijn recht op een schadeuitkering geheel. Hij krijgt dan ook de schade die hij wel heeft geleden niet meer van zijn verzekeraar. Alleen in uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld als sprake is van een heel kleine fraude, zou de fraude het verval op uitkering niet kunnen rechtvaardigen.²

Dit uitgangspunt van verval van het recht op de gehele uitkering wordt, aldus ook de Hoge Raad in zijn beslissing van 7 juli 2018,³ gerechtvaardigd door het vertrouwens karakter van de verzekeringsovereenkomst. De verzekeraar is na de verwezenlijking van het risico namelijk in sterke mate afhankelijk van

inlichtingen en bescheiden van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, waarvan hij de juistheid niet altijd kan controleren

Niet staat in de wet wat moet gebeuren indien niet de verzekerde fraudeert, maar degene die stelt letselschade te hebben opgelopen door een fout van een verzekerde.⁴ Dan is, anders dan bij een beroep van verzekerde op zijn polis, geen sprake van een verzekeringsovereenkomst maar (meestal) van een door de verzekerde tegenover een benadeelde gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie (verder 'een fout').

Tot op heden is in de personenschade-praktijk vrijwel de enige sanctie voor de benadeelde dat hij de schade die hij frauduleus heeft opgevoerd niet krijgt vergoed. Bovendien zal hij soms de directe onderzoekskosten die gemaakt zijn om de fraude te ontdekken moeten betalen.⁵ De literatuur, rechtspraak en in het algemeen de praktijk worstelt met het antwoord op de vraag of deze sancties afdoende zijn.⁶ Een vraag die daarbij opkwam is of art. 7:941 lid 5 BW ook voor frauderende benadeelden zou kunnen gelden. Deze gedachte werd gevoed door uitspraken van de Geschillencommissie Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) die in diverse uitspraken overwoog:⁷

'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 aan het algemeen geldende rechtsbeginsel 'fraus omnia corrumpit'.

Sommige rechters omarmden het standpunt van het Kifid, anderen niet.⁸

Volgens diverse schrijvers was dit oordeel onjuist en kon art. 7:941 lid 5 BW noch rechtstreeks, noch analoog

worden toegepast op de situatie van een benadeelde.⁹ Zij wezen daarbij op dat de verschillende posities van de frauderende benadeelde en de frauderende verzekerde die een verschillende aanpak rechtvaardigt. De vordering van de benadeelde is – althans als hij niet (ook) op dat punt fraudeert – immers dat de verzekerde een fout jegens hem heeft gemaakt terwijl de basis van de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar de verzekeringsovereenkomst is. Bovendien bestaat alleen voor fraude onder de verzekeringsovereenkomst een specifieke wettelijke regeling.

Op 6 juli 2018 heeft de Hoge Raad inderdaad geoordeeld dat art. 7:941 lid 5 BW noch rechtstreeks, noch analoog kan worden toegepast bij fraude door benadeelden.¹⁰ Deze uitspraak die ook illustratief is voor de worsteling van de praktijk met fraude zal ik wat verder uitdiepen in de volgende paragraaf.

3 | De uitspraak van de Hoge Raad van 6 juli 2018, ECLI:NL:2018:1103

Op 17 september 2001 rond 16.00 uur heeft in Rotterdam een aanrijding plaats gevonden tussen een auto en een bestelbus. De bestuurder van de bij (een rechtsvoorganger van) Allianz verzekerde auto, A, is hiervoor aansprakelijk. De moeder van bestuurder B van de bestelbus, C, stelt naast haar zoon te hebben gezeten en door de aanrijding een postwhiplashsyndroom te hebben opgelopen. C claimt haar schade bij Allianz.

Nadat Allianz enige voorschotten heeft verstrekt blijkt dat haar verzekerde A betwist dat C in de bestelwagen heeft gezeten. Na de aanrijding zou hij met zijn zoon, D, naar de bestelbus zijn gelopen en daar alleen bestuurder B hebben aangetroffen. Ook hebben zij niemand zien weglopen. C laat het er niet bij zitten en legt in de loop van de discussie diverse schriftelijke verklaringen over van haarzelf, haar zoon B (bestuurder bestelbus) en een aantal anderen. Laatstgenoemden verklaren dat zij in de buurt waar de aanrijding plaats had bij elkaar in de auto zaten, en kort

daarna C hebben zien weglopen. Over dat weglopen stelt C zelf dat zij Chinees eten ging halen en op dat moment nog geen klachten had.

Nadat Allianz aangifte heeft gedaan wegens oplichting, valsheid in geschrifte en meined door diverse getuigen veroordeelt de strafrechter B, C en een aantal anderen wegens (uitlokking van) valsheid in geschrifte en meined. In hoger beroep wordt C door de strafrechter echter vrijgesproken van de ten laste gelegde oplichting. De strafrechter kan niet boven redelijke twijfel verheven uitsluiten dat C tijdens het ongeval als passagier in de bestelbus van B heeft gezeten.

In de civiele zaak oordeelt de rechtbank dat C niet heeft bewezen dat zij tijdens de aanrijding in de bestelbus van B zat en wijst haar vordering af. Het hof ziet dat anders. Het baseert zich daarbij onder meer op het gegeven dat C vanaf het begin consequent heeft verklaard dat zij ten tijde van de aanrijding passagier was in de bestelbus, zij direct daarna naar de huisarts is gegaan, door de strafrechter niet wegens meined is veroordeeld ten aanzien van haar verklaring dat zij bij de aanrijding in de bestelauto zat, zij kort na de aanrijding tegenover haar man en dochter over haar klachten heeft verklaard en in de medische stukken consistent wordt gesproken van een whiplashsyndroom. Dat bestuurder A van de bij Allianz verzekerde auto en zijn zoon D eiseres C niet na de aanrijding hebben aangetroffen doet daaraan volgens het hof niet af, omdat enige tijd verstreken is tussen de aanrijding en het moment dat zij naar de bestelauto zijn gelopen. Daardoor kan het zijn dat zij niet hebben gezien dat C is uitgestapt en weggelopen. Het hof vindt dus dat de verklaringen van A en D de stellingen van C niet uitsluiten. Bij zijn oordeel betreft het hof niet dat onder andere B en C zijn veroordeeld voor meined en (uitlokking van) valsheid in geschrifte. Dat zou niet relevant zijn omdat er voor het overige voldoende bewijs is dat eiseres C tijdens de aanrijding in de bestelauto heeft gezeten.

Inzet van het bewijsdebat was de vraag of het schade-evenement wel of niet had plaatsgevonden: zat C

nu wel of niet in de bestelbus op het moment van de aanrijding. Dit is een alles-of-niets-discussie: als het oordeel is dat zij in het bewijs daarvan niet is geslaagd, heeft zij uiteraard geen enkel recht op schadevergoeding. Dat is geen 'sanctie' maar gewoon het gevolg van het feit dat het er rechtens voor moet worden gehouden dat zij niet is aangereden. Wat Allianz in feite aanvocht was het oordeel van hof dat, ondanks de bewezen fraude, het verhaal van C en haar zoon dat C op het moment van de aanrijding in de auto zat, toch de facto als voldoende aannemelijk werd geoordeeld.

In cassatie klaagt Allianz dat het hof ten onrechte niet aan het vaststaande opzet tot misleiding van C, het gevolg heeft verbonden van volledig verval van het recht op schadevergoeding. In dat verband betoogt het middel dat art. 7:941 lid 5 BW, mede gezien de eisen van art. 6:2 lid 1 BW in verbinding met art. 3:12 BW en art. 21 Rv, bij wijze van analogie van toepassing is op gevallen waarin een (beweerdelijk) benadeelde bij een auto-ongeval zich beroept op zijn rechtstreekse aanspraak uit art. 6 WAM.

Naar mijn mening deed Allianz hoe dan ook ten onrechte een beroep op artikel 7:941 lid 5 BW. Dit artikel ziet niet op een casus zoals in deze zaak, waar de alles-of-niets-vraag aan de orde is of het schade-evenement heeft plaats gevonden. Als het schade-evenement in werkelijkheid niet blijkt te hebben plaatsgevonden, speelt artikel 7:941 lid 5 BW ook geen rol in de relatie verzekerde-verzekeraar. Concreet: zonder inbraak geen uitkering. Dat is geen kwestie van een 'sanctie' maar gewoon het onvermijdelijke gevolg van het mislukken van de betreffende poging tot fraude. Artikel 7:941 lid 5 BW ziet naar zijn strekking onvermijdelijk op een andere situatie, namelijk waarin frauduleus meer of anders wordt geclaimd dan gerechtvaardigd is. Dat dit artikel geschreven is voor fraude na verwezenlijking van het risico volgt ook uit de hierna nog weer te geven overweging 3.3.4. van de Hoge Raad Deze situatie is bij fraude van benadeelden in een personenschadezaak ook meestal de discussie.

Naar aanleiding van de cassatieklacht van Allianz merkt de Hoge Raad allereerst op dat Allianz zich niet de feitelijke instanties hebben beroepen op een algemene regel van verval van recht bij (poging tot) misleiding en oplichting, zodat de klacht reeds om die reden niet tot cassatie kan leiden. Slechts ten overvloede maakt de Hoge Raad enkele (algemene) opmerkingen over art. 7:941 lid 5 BW en de niet toepasselijkheid daarvan ten aanzien van claims van benadeelden:

'3.3.4. (...) Op grond van art. 7:941 lid 5 BW vervalt het recht op uitkering indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een van deze verplichtingen 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 van verval van het recht op uitkering wordt gerechtvaardigd door het vertrouwenskarakter van de verzekeringsovereenkomst, in dit verband tot uitdrukking komend in de omstandigheid dat de verzekeraar na de verwezenlijking van het risico in sterke mate afhankelijk is van inlichtingen en bescheiden van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, waarvan hij de juistheid niet altijd kan controleren.'

'3.3.5. Bij personenschade veroorzaakt door een motorrijtuig heeft een benadeelde jegens de verzekeraar door wie de aansprakelijkheid voor de schade van de benadeelde wordt gedekt op grond van de WAM, ingevolge art. 6 WAM een eigen recht op schadevergoeding. Bij gebreke van een contractuele verhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar is van rechtstreekse toepasselijkheid van art. 7:941 lid 5

BW geen sprake. Ook voor analoge toepassing van deze bepaling op de hiervoor bedoelde rechtsverhouding is geen plaats. Art. 7:941 lid 5 BW is geschreven voor een specifieke contractuele rechtsverhouding. De rechtsverhouding tussen de WAM-verzekeraar en de benadeelde is van geheel andere aard dan die rechtsverhouding en hangt bovendien samen met een andere (niet-contractuele) rechtsverhouding, te weten die tussen de benadeelde en de verzekerde. Voorts heeft art. 7:941 lid 5 BW een sanctie karakter. Deze bepaling kan toepassing vinden bij uiteenlopende gevallen van misleiding, ook gevallen waarbij de misleiding minder ernstig is of alleen betrekking heeft op de omvang van de schade. De (potentieel) verstrekende gevolgen van deze sanctie brengen mee dat zij een wettelijke basis dient te hebben. Voor het aanvaarden van een algemene buitenwettelijke regel die meebrengt dat bij opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de benadeelde het eigen recht van art. 6 WAM vervalt, is derhalve geen plaats.'

In het oordeel dat art. 7:941 lid 5 BW niet rechtstreeks of analoog kan worden toegepast op de situatie van de frauderende benadeelde kan ik mij vinden. De positie van de frauderende verzekerde en frauderende benadeelde zijn te verschillend om gelijk te behandelen. Als vast staat dat de verzekerde een onrechtmatige daad/wanprestatie (fout) heeft gepleegd jegens een benadeelde is volstrekt begrijpelijk dat een 'hard and fast rule' als art. 7:941 lid 5 BW een te grofmazig instrument is. De consequentie zou dan bijvoorbeeld zijn dat de frauderende dwarslaesie patiënt die (deels) fraudeert bij de omvang van de schade in beginsel geen vergoeding meer krijgt van de (verzekeraar van de) automobilist die hem deze dwarslaesie onrechtmatig heeft aangedaan. Dat resultaat veroordeelt zichzelf. Het zal sterk van de omstandigheden afhangen of en zo ja welke sanctie gerechtvaardigd is bij een benadeelde die fraudeert over de omvang van de schade.

Gezien de hiervoor weergegeven inzet van het partijdebat kwam de kern van de zaak in zoverre pas echt aan de orde in de volgende klacht van Allianz, namelijk dat het hof zich er onvoldoende rekenschap van had gegeven dat de bewijslast op C rustte en dat Allianz slechts tegenbewijs behoefde te leveren en dat het bij de bewijswaardering is voorbijgegaan aan het valse karakter van diverse verklaringen en de rol van C bij de totstandkoming daarvan.

De Hoge Raad gaat mee met dit cassatiemiddel en overweegt:

"3.4.2. (...) De bewijslast rust in dit geval op C. Naar het hof heeft vastgesteld, zijn, behoudens de verklaring van haar zoon B, alle naast

in zijn verklaringen op andere punten, volgt hieruit nog niet dat de getuigenverklaring van – de wel op andere punten ter zake van valsheid in geschrift en meened veroordeelde – B op dit punt voldoende betrouwbaar is om daaraan bewijskracht toe te kennen (...) is het oordeel van het hof dat de verklaringen van [A en betrokkene D] – van wie het hof niet heeft vastgesteld dat zij een eigen belang hebben bij hun verklaringen – het door C geleverde bewijs niet ontzenuwen, onvoldoende gemotiveerd."



de partijverklaring van C gebezigde bewijsmiddelen terug te voeren op de eigen verklaringen van C. Wat betreft de verklaring van B heeft het hof (...) overwogen dat hij niet strafrechtelijk is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van C in de Nissan betreft. Tegen de achtergrond van gebleken onwaarheden

Ook met dit oordeel kan ik instemmen. Uitgangspunt in deze zaak was dat het bewijs niet op Allianz rustte maar op eiseres C, zodat Allianz in beginsel kon volstaan met het onzenuwen van het door C geleverde bewijs. Dat de verklaringen van A en D de stellingen van eiseres C en verklaring van haar zoon B niet uitsluiten, is dan onvoldoende voor het oordeel dat C haar stellingen bewezen heeft. Temeer, omdat de verklaringen van A en D wel erg gemakkelijk door het hof worden weggezet. Ook omdat er alle redenen zijn om de verklaringen

van B en C met een gezonde dosis scepsis te benaderen, nu vaststaat dat zij eerder hebben gelogen.

Met het oordeel van de Hoge Raad dat art. 7:941 lid BW niet – ook niet analoog – toepasselijk is, is nog niets gezegd over het antwoord op de vraag of sancties bij frauderende benadeelden (in uitzonderingsgevallen) gerechtvaardigd zijn. In de volgende paragraaf laat ik kort enkele gedachten hierover de revue passeren.

4 | Wat voor sancties zouden kunnen passen bij de frauderende benadeelde?

Artikel 7:941 lid 5 BW is dus noch rechtstreeks noch analoog van toepassing bij de frauderende benadeelde. Toch moet het naar mijn mening niet zo zijn dat de benadeelde de vrijheid heeft 'risicoloos 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 benadeelde. 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 bij ernstige fraude een onvoldoende sanctie.¹¹ Overigens bestaan bij fraude en toepasselijkheid van art. 7:941 BW deze mogelijkheden ook.

Voorop staat dat, anders dan wel geschreven is, terechte ontzegging door de verzekeraar van (een deel van de) vordering van de benadeelde wegens fraude maakt dat hij die schade ook niet meer bij de verzekerde kan claimen.¹² De norm 'een benadeelde 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 benadeelde fraudeert en de verzekeraar terecht (deels) de vordering ontzegt of de kosten verrekent, deze benadeelde het verschil niet kan halen

bij de verzekerde.¹³ Hartlief deelt dit oordeel in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 6 juli 2018:

'4.3.2. (...) verval van het recht op uitkering in verband met fraude van de derde-claimant zal mijns inziens meestal tevens resulteren in verlies van het recht op schadevergoeding jegens de laedens en is daarmee zeer verstrekkend. De betrokken partijen, verzekerde-laedens, derde-claimant en aansprakelijkheidsverzekeraar, staan in een soort driehoeksverhouding tot elkaar waarbij hetgeen in de ene verhouding wordt aangenomen weer effect kan sorteren in een andere verhouding. In het geval het recht op uitkering in verband met fraude van de derde-claimant vervalt, ligt het in de rede dat de derde-claimant (gezien art. 6:2 BW) ook geen aanspraak kan effectueren op schadevergoeding jegens de laedens. (...)'

Een volgende vraag is wat voor soort sancties wenselijk zijn. Bij deze sancties moet recht worden gedaan aan het gegeven dat de werkelijke schade van de benadeelde juist is veroorzaakt door een fout van de verzekerde. Dat brengt terughoudendheid met sancties met zich. Ook om te voorkomen dat wat al te snel en te weinig onderbouwd wordt geroepen dat sprake is van fraude.

Dit verschil maakt dat in beginsel niet gezegd kan worden dat ook voor de benadeelde bij (partiële) fraude zijn recht op vergoeding van de werkelijke schade geheel vervalt. Het omgekeerde is echter ook niet gerechtvaardigd: dat de benadeelde ongeacht de door hem gepleegde fraude en de omvang daarvan zonder meer zijn wél geleden schade volledig vergoed moet krijgen.

Het lijkt allereerst 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. De consequentie van vastgestelde fraude door de benadeelde ten aanzien van een deel van de schade zou naar mijn

mening in beginsel als gevolg moeten hebben dat hij bij het bewijs van de omvang van zijn schade het voordeel van de twijfel verliest ten aanzien van de overige door hem geclaimde schade. Dit schaaft immers zijn geloofwaardigheid. Of zoals de Hoge Raad het in rov. 3.4.2 van het hier besproken arrest voorzichtig formuleert: 'Tegen de achtergrond van gebleken onwaarheden in zijn verklaringen op andere punten, volgt hieruit nog niet dat de getuigenverklaring van – de wel op andere punten ter zake van valsheid in geschrift en meined veroordeelde – B op dit punt voldoende betrouwbaar is om daaraan bewijskracht toe te kennen (...)'

Dit verlies aan geloofwaardigheid moet naar mijn mening met zich brengen dat in beginsel een verzwaarde stel- en bewijslast voor het bewijs van deze overige schade moet gelden. Wat dit precies met zich brengt, hangt van de omstandigheden van het geval af. In de inleiding zette ik uiteen dat de rechter bij moeilijk objectiveerbare klachten de benadeelde vaak een lichtere bewijslast



geeft en een zeker voordeel van de twijfel gunt bij onder meer het vaststellen van de omvang van zijn schade. Als zou blijken dat door de benadeelde, die stelt dergelijke klachten te hebben, bijvoorbeeld gelogen is over een (potentieel) relevante medische voorgeschiedenis, deze opzettelijk verborgen is gehouden of de aangegeven beperkingen door hem met het opzet te misleiden onjuist aangegeven zijn, is het redelijk uit te gaan van een verzwaarde stel- en bewijslast en hem in ieder geval niet meer het gebruikelijke voordeel van de twijfel te gunnen. Datzelfde geldt ook bij fraude voor de diverse door de benadeelde schadeposten. Deze lijn past ook bij het

feit dat de relevante informatie zich in het domein van de benadeelde bevindt.

Hartlief noemt in zijn conclusie voor HR 6 juli 2018 deze lijn een reëel gezichtspunt:

'4.36 Een (...) reëel (...) gezichtspunt althans rechtsgevolg lijkt mij in dit verband dat de (poging tot) fraude de geloofwaardigheid van de claimant aantast, zodat zware althans zwaardere eisen dan normaal kunnen worden gesteld aan het bewijs van de opgegeven schadeposten c.q. bewijsmiddelen waarop de fraude op zich geen betrekking had (de werkelijke schade, de bewijsmiddelen waarmee op zich niets mis is). Idealiter ligt er bewijs dat niet louter is terug te voeren op de eigen verklaring(en) van de derde-claimant.'

In zeer extreme fraudegevallen zou ik mij voorts kunnen voorstellen dat, zelfs bij personenschade, het recht op schadevergoeding geheel vervalft. Anders dan D. van Velzen in de Beursbengel betoogt, volgt in ieder geval uit de uitspraak van de Hoge Raad dat algeheel verlies van alle recht op schadevergoeding er dus niet inzit voor aansprakelijkheidsverzekeraars bij frauderende tegenpartijen.¹⁴ Dat staat simpelweg niet in de uitspraak.

Zoals mijn collega Hiel en ik eerder betoogden zouden wij in zekere zin willen opteren voor het spiegelbeeld van art. 7:941 lid 5 BW: Bij partiële fraude door de benadeelde is het alleen in zeer bijzondere gevallen mogelijk dat elk recht op het claimen van zijn werkelijke schade vervalft. Een substantiële, systematische en doelbewuste fraude met opzet als oogmerk kan zo'n omstandigheid zijn.¹⁵ In zo'n extreme situatie zou men kunnen zeggen dat frauderende benadeelde 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. Het zou hier dan gaan om een nieuwe variant van het bestaande leerstuk van rechtsverwerking.

Hartlief is, net als wij, zeer terughoudend over het algeheel verval van recht van de frauderende benadeelde, maar sluit dit in een extreem geval niet uit:

'5.7. (...) Ik wil echter niet uitsluiten dat in een incidenteel geval (een poging tot) fraude wel tot verval van recht leidt bijvoorbeeld door toepassing van art. 6:2 lid 2 BW al dan niet in de rechtsverwerkingsvariant dan wel via art. 21 Rv.

["Partijen zijn verplicht de voor de beslis-sing 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."] (...)

Ook zijn matiging en schuldeiserverzuim in de literatuur aangedragen om fraude verdergaand te sanctioneren.¹⁶ Naar mijn idee zijn deze instrumenten hiervoor niet geschikt. 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 onaanvaardbare 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 benadeelde aan de orde. Voor de suggestie zou bovendien veelal (in geval er een aansprakelijkheidsverzekeraar in beeld is) het tweede lid van art. 6:109 BW door de rechter opzijgezet 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.

5 | Conclusie

Op grond van art. 7:941 lid 5 BW de frauderende verzekerde die het opzet heeft zijn verzekeraar te misleiden ook zijn werkelijke schade in beginsel niet meer vergoed. De ratio van dit artikel 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 benadeelde. Daarvoor bestaat echter geen wettelijke sanctie. Artikel 7:941 lid 5 BW is niet – ook niet analoog – van toepassing bij de frauderende benadeelde. Bij de frauderende benadeelde kunnen op hem de directe onderzoekskosten die gemaakt zijn om de fraude te ontdekken wel worden verhaald. In dit artikel kwam aan de orde dat onder omstandigheden meer sancties nodig zijn. Allereerst lijkt het logisch om bij vastgestelde fraude door een benadeelde zwaardere eisen te stellen aan het bewijs van schadeposten waarop de fraude niet zag. Door de fraude is zijn geloofwaardigheid immers aangetast. Alleen in zeer extreme gevallen, waarbij sprake is van substantiële, systematische en doelbewuste fraude met opzet als oogmerk, zou algeheel verval van aanspraken ook mogelijk moeten zijn. Als juridisch vehikel zou men dan kunnen denken aan rechtsverwerking.¹⁷