

Over frauderende slachtoffers en WAM-verzekeraars

En de vraag of civielrechtelijke sanctionering mogelijk, of zelfs gewenst is

*Mr. F.M. Ruitenbeek en mr. M. de Vries**

1. Inleiding

De aanleiding voor deze bijdrage ligt in het vonnis van de kantonrechter te Amsterdam van 13 oktober 2017 over de rechtspositie van frauderende claimanten¹ jegens een WAM-verzekeraar.² Dit vonnis bevat de principiële rechtsoverweging dat artikel 7:941 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek (BW), dat in geval van frauderende *verzekerden* grond biedt voor verval van het recht op uitkering, niet van toepassing is in verhouding tot frauderende *claimanten*. Deze rechtsoverweging valt op, omdat de kantonrechter ter afwijzing van het beroep van Allianz, de WAM-verzekeraar in kwestie, ook had kunnen volstaan met haar oordeel dat de gestelde fraude niet aannemelijk was gemaakt.³ De kantonrechter koos evenwel voor een principiële overweging en in die overweging klinken elementen door die ook naar voren zijn gebracht in de discussie in de literatuur over de rechtspositie van frauderende claimanten en de mogelijkheden tot sanctioneren van hun gedrag.⁴

In deze bijdrage bezien wij het vonnis in het licht van deze discussie en werpen wij twee vervolgvragen op. In paragraaf 2 beschrijven wij kort de aan het vonnis ten grondslag liggende

casus, om vervolgens in paragraaf 3 de centrale rechtsoverweging ten aanzien van Allianz' beroep op verval van het recht op uitkering nader te beschouwen. Daarna werpen wij in paragraaf 4 de vraag op of Allianz iets zou opschieten met het door haar bepleite verval van het recht op uitkering. Uit ons antwoord op deze eerste vraag vloeit de tweede vraag voort: biedt de fraude mogelijk (wel) grond om te derogeren aan het recht op schadevergoeding dat het slachtoffer in de aansprakelijkheidsverhouding toekomt? Deze vraag staat centraal in paragraaf 5. Onze conclusie is dat artikel 6:2 lid 2 BW daarvoor in beginsel een aanknopingspunt biedt. Wij menen echter dat met deze mogelijkheid zeer behoedzaam moet worden omgegaan en wijzen in dat verband op enkele aspecten die in de discussie in de literatuur tot nu toe onderbelicht zijn gebleven.

2. De uitspraak van de kantonrechter

Het ongeval dat aanleiding was voor de onderhavige procedure vond plaats op 15 oktober 2015 in Amsterdam. Een verzekerde van Allianz wilde met haar auto een parkeergarage inrijden, maar verzuimde daarbij voorrang te verlenen aan een op een fietspad rijdende scooter. De twee opzittenden (eisers in deze procedure) kwamen ten val. Allianz heeft de afwikkeling van de schade van eisers op zich genomen. Een van de schadeposten betrof schade aan de scooter. Deze schade is door een schade-expert in eerste instantie gesteld op € 1.103. In een toedrachtsonderzoek, uitgevoerd in opdracht van Allianz, werd echter geconcludeerd dat weliswaar de schade aan de voor- en linkerzijde van de scooter aan het ongeval kon worden gerelateerd, maar de schade aan de rechterzijde van de scooter niet. Op basis van dit onderzoek heeft de schade-expert van CED aangegeven dat de schade aan de voor- en linkerzijde (bepaald op € 985,50, inclusief btw) het gevolg is van het ongeval. Allianz heeft geweigerd het andere deel van de schade aan de scooter (€ 117,50) te vergoeden.

In de kantonprocedure vorderen eisers onder meer betaling van de volledige schade aan de scooter, dus inclusief het bedrag van € 117,50 dat Allianz niet wilde vergoeden. In de procedure heeft Allianz zich op het standpunt gesteld dat eisers geen aanspraak op schadevergoeding kunnen maken en beroept zich – kort gezegd – op frauderend handelen van eisers. Volgens Allianz hebben eisers ‘opzettelijk geprobeerd haar te

* Mr. F.M. Ruitenbeek is promovenda bij de sectie Burgerlijk Recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. M. de Vries is promovenda aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, bij het Verzekeringsinstituut.

1. Met deze term wordt bedoeld op een benadeelde die op frauduleuze wijze schadevergoeding claimt onder een aansprakelijkheidsverzekering van de aansprakelijke partij. De misleiding kan zien op de aansprakelijkheid (bijv.: het gestelde ongeval vond in werkelijkheid nimmer plaats) of op de gevorderde schade (bijv.: er wordt meer of andere schade geclaimd dan daadwerkelijk geleden werd).

2. Rb. Amsterdam 13 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7355.

3. Zie het slot van r.o. 3.4 (ook geciteerd in par. 2).

4. N. van Tiggele-van der Velde, *Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer. Een status aparte?*, Trema 2015, afl. 8, p. 256-262; N. van Tiggele-van der Velde, G.J. Hoitink & A.M. Verbrugge (red.), *Hoe heurt het eigenlijk? Ethiek in de letselschade*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 36-37; P.C. Knijp, *De buitengerechtigde kosten van de verzekeraar: de keerzijde van de medaille?*, L&S 2016, afl. 4, p. 48-53; C. Banis & L.K. de Haan, *Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering: onze visie op hoe het eigenlijk heurt*, TAV 2016, afl. 7, p. 15-19; N. van Tiggele-van der Velde, *Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden*, AV&S 2017/7; Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, *Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?*, AV&S 2017/12; J. van de Klashorst, *Letselschade en fraude: bezint eer ge begint ...*, MvV 2017, p. 309-313.

bewegen tot het vergoeden van schade die niet bestond, althans niet het gevolg was van de aanrijding⁵, zo vermeldt rechtsoverweging 3.2. Allianz beroept zich op artikel 3:44 BW (bedrog) en artikel 6:162 BW, stelt dat artikel 7:941 lid 5 BW (de verzekeringsrechtelijke sanctie op het niet nakomen van de meldingsplicht bij schade) analoog van toepassing is, dan wel dat op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 en 6:2 lid 2 BW) het recht op uitkering is komen te vervallen. Eisers hebben het betoog van Allianz bestreden en hebben gesteld dat geen sprake is geweest van opzettelijke misleiding.

De kantonrechter beslist ter zake als volgt:

‘3.4 Bij de beoordeling van dit verweer van Allianz is van belang dat zij niet de contractuele wederpartij van eisers is, maar slechts de WAM-verzekeraar van de jegens eisers uit onrechtmatige daad aansprakelijke partij. Naar het oordeel van de kantonrechter is (analoge) toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW niet mogelijk. Eisers kunnen niet worden aangemerkt als de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde als bedoeld in artikel 7:941 BW. Daarmee wordt niet het gevonden slachtoffer zoals hier aan de orde bedoeld. Artikel 7:941 BW mist hier dan ook toepassing. Voor het analoog toepassen van dit artikel bestaat evenmin een juridische basis. Dit verhoudt zich ook niet tot [het; FMR & MdV] kader van artikel 6 WAM. Het volgen van het standpunt van Allianz zou neerkomen op een afwijking van artikel 6 WAM, waarvoor de bevoegdheid ingevolge artikel 16 WAM uit de bepaling zelf zou moeten volgen. Een dergelijke bevoegdheid ontbreekt. Evenmin valt in te zien hoe in de onderhavige situatie – waarin vast staat dat schade door een aanrijding is ontstaan – het bepaalde in artikelen 6:248 en 6:2 BW kan leiden tot het door Allianz gewenste gevolg dat het recht op uitkering van eisers volledig komt te vervallen. Hiervoor heeft Allianz onvoldoende gesteld. Bij dit alles komt nog dat de stelling van Allianz dat eisers fraude hebben gepleegd door eisers gemotiveerd is betwist en door Allianz niet nader is onderbouwd.’

Vervolgens heeft de kantonrechter de vorderingen van eisers inhoudelijk beoordeeld. Naast toewijzing van enkele andere schadeposten wordt ook de gevorderde schade aan de scooter toegewezen, met uitzondering van de bewuste € 117,50. De kantonrechter oordeelt dat deze schade tegenover de betwisting van Allianz onvoldoende onderbouwd is en niet voor vergoeding in aanmerking komt.

3. Bespreking van het vonnis van de kantonrechter

Zoals in de inleiding werd opgemerkt, had de kantonrechter het beroep op fraude eenvoudig kunnen afdoen met het oordeel dat de gestelde fraude niet aannemelijk is gemaakt. Toch koos zij ervoor om aan dit oordeel enkele principiële oordelen over de rechtspositie van ‘de frauderende claimant’ vooraf te laten gaan. In deze paragraaf bespreken wij deze principiële beslissingen, mede in het licht van de in de inleiding vermelde

publicaties. In paragraaf 3.1 staat het oordeel dat artikel 7:941 BW niet (analoog) van toepassing is centraal en besteden wij aandacht aan de andersluidende opvatting van de Geschillencommissie bij het Kifid. In paragraaf 3.2 gaan wij in op de beslissing inzake Allianz’ beroep op artikel 6:2 en/of 6:248 BW en op de betekenis van het feit dat de benadeelden ageren op grond van het eigen recht ex artikel 6 van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM).

3.1 (Analoge) toepassing artikel 7:941 BW

Kan artikel 7:941 lid 5 BW (analoog) worden toegepast indien niet de contractuele wederpartij van de verzekeraar (de verzekerde) fraudeert maar de benadeelde derde, ook wel aangeduid als ‘het gevonden slachtoffer’⁵ of ‘de claimant’?⁶ De kantonrechter beantwoordt deze vraag ontkennd: (analoge) toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW is niet mogelijk. Eisers kunnen niet worden aangemerkt als de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde als bedoeld in artikel 7:941 BW en voor analoge toepassing van het artikel bestaat, mede gelet op artikel 16 WAM, geen juridische basis. Een naar onze mening juist oordeel, dat wij hieronder nader bespreken.

3.1.1 Geen directe toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW

Verval van het recht op uitkering is op grond van artikel 7:941 lid 5 BW alleen toegestaan indien de *verzekeringnemer* of de *tot uitkering gerechtigde* een verplichting uit lid 1 of 2 van artikel 7:941 BW niet is nagekomen, met het opzet de verzekeraar te misleiden. Artikel 7:926 lid 2 BW bepaalt dat de tot uitkering gerechtigde degene is die in geval van verwezenlijking van het risico *krachtens de verzekering* recht heeft op uitkering of door aanvaarding van de aanwijzing recht op uitkering kan krijgen. Het hangt daarmee van de verzekeringsovereenkomst af wie in geval van schade tot vergoeding daarvan onder de verzekeringsovereenkomst gerechtigd is.⁷ Dat kan de verzekeringnemer zijn of de meeverzekerde derde die in de polis wordt aangewezen.⁸ Het is dus niet de claimant, de wederpartij van een aangesproken verzekerde, die de wetgever hier op het oog heeft.

Dat de claimant geen partij is bij de verzekeringsovereenkomst, volgt overigens ook uit het algemene beginsel van de relativiteit van contractswerking: een overeenkomst schept slechts verbintenissen tussen de partijen die haar aangaan.⁹ Bij een verzekeringsovereenkomst gaat het dan om de verzekeringnemer en de verzekeraar.¹⁰ Het zijn immers deze rechtssubjecten die, als *ontstaanspartijen*, over en weer met de verze-

5. Van Tiggele-van der Velde 2015; 2017.

6. Van Dijk & Van Hiel 2017.

7. Van Tiggele-van der Velde & Wansink, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:926 BW, aant. 2a.

8. Stadermann, Commentaar op art. 7:926 BW, in: Sdu Commentaar Vermogensrecht 2015.

9. C.E. du Perron, Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 9 e.v. Zie voor een uitgebreide beschouwing ook J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van het contractenrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

10. Art. 7:925 lid 1 BW.

keringsovereenkomst hebben ingestemd.¹¹ Een eventuele meeverzekerde derde die in de polis wordt aangewezen, is te beschouwen als een *toetredingspartij*: de gebondenheid van de tot uitkering gerechtigde aan de verzekeringsovereenkomst wordt gerechtvaardigd door een toetredingshandeling, zijnde de aanvaarding van de aanwijzing.¹² De ontstaanspartijen en de toetredingspartijen moeten worden onderscheiden van de claimant. Bezien vanuit de betekenis van het beginsel van de relativiteit van contractswerking is laatstgenoemde bij de overeenkomst geen partij.¹³ De door Van Tiggele-van der Velde geïntroduceerde aanduiding ‘gevonden slachtoffer’¹⁴ is tegen die achtergrond te verstaan. Met de verzekeringsovereenkomst als referentiekader is het slachtoffer een voorheen onbekende, willekeurige derde, die eerst vanwege de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis het verzekeringsrechtelijke domein betreedt en zich als claimant manifesteert.

Dat wordt niet anders doordat de feitelijke verschillen tussen de meeverzekerde derde en de claimant soms maar betrekkelijk zijn,¹⁵ daar waar ook de meeverzekerde derde een voor de verzekeraar onbekende (rechts)persoon kan zijn. Rechts bestaat tussen de meeverzekerde derde en de claimant echter een wezenlijk verschil. Juist door de aanvaarding van de aanwijzing wordt de tot uitkering gerechtigde partij bij de verzekeringsovereenkomst. Bovendien is een tot uitkering gerechtigde derde, anders dan de claimant, voorafgaand aan deze toetredingshandeling veelal slechts in relatieve zin onbekend voor de verzekeraar. De verzekeringnemer beantwoordt immers al bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst vragen over eventuele meeverzekerden. Stelt de verzekeraar die vragen niet, dan zal dat in beginsel voor zijn rekening komen, omdat hij niet heeft voldaan aan het verschoonbaarheidsvereiste. En ook gedurende de looptijd van de verzekering blijft een medeverzekerde niet onbekend: de verzekeringsvoorwaarden verlangen immers dat relevante omstandigheden die wijzigen tijdens de looptijd van de verzekering, bijvoorbeeld omtrent de samenstelling van het huishouden of de regelmatig bestuurder van een auto, aan de verzekeraar worden doorgegeven.

Het beginsel van de relativiteit van contractswerking verzet zich niet altijd tegen de mogelijkheid dat uit een overeenkomst ook voor derden rechten of verplichtingen kunnen ontstaan. Echter, voor derdenwerking van een overeenkomst moet een andere grondslag worden aangewezen dan enkel die overeenkomst.¹⁶ Die grondslag kan te vinden zijn in een wettelijke bepaling op basis waarvan de werking van een overeenkomst tot derden wordt uitgebreid.¹⁷ Artikel 6 WAM is een voorbeeld van zo’n wettelijke bepaling op grond waarvan de

werking van (elementen van) de verzekeringsovereenkomst tot derden wordt uitgebreid.¹⁸ Die uitbreiding is evenwel beperkt, zo blijkt uit het artikel zelf, tot de mogelijkheid rechtstreeks schadevergoeding bij de verzekeraar te vorderen. Anders gezegd: ook het eigen recht van artikel 6 WAM maakt het gevonden verkeersslachtoffer nog niet tot *verzekeringnemer of tot uitkering gerechtigde* in de zin van artikel 7:941 lid 5 BW en leidt dus niet tot rechtstreekse toepasselijkheid van deze bepaling.

3.1.2 *Geen analoge toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW*

De kantonrechter ziet ook geen grond voor analoge toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW. Daaraan staat in de weg dat eisers hun eigen recht ex artikel 6 WAM uitoefenen. Allianz’ standpunt dat eisers vanwege de fraude geen aanspraak meer kunnen maken op uitkering impliceert namelijk een afwijking van artikel 6 WAM, waaraan artikel 16 WAM in de weg staat, aldus de kantonrechter. Ingevolge artikel 16 WAM kan van een bepaling van de WAM immers slechts worden afgeweken indien de bevoegdheid daartoe uit die bepaling zelf blijkt; een optie die artikel 6 WAM niet kent.¹⁹ Ook dit oordeel komt ons juist voor.

De strekking van de sterk internationaal gekleurde WAM-wetgeving is de benadeelde zo veel mogelijk zekerheid te geven dat de door hem geleden schade wordt vergoed.²⁰ Artikel 6 WAM geeft het slachtoffer dan ook een rechtstreekse vordering op de verzekeraar, die – in beginsel²¹ – gelijk is aan de vordering die eerstgenoemde op de aansprakelijke partij heeft. De WAM-verzekering beschermt daarmee niet in de eerste plaats het vermogen van de verzekerde, maar is vooral een maatregel ter bescherming van benadeelden: de verzekeraar wordt (mede)schuldenaar van de benadeelde.²² De WAM zoals we die vandaag de dag kennen, is gebaseerd op Europese wetgeving, op basis waarvan inmiddels alle lidstaten zorg hebben moeten dragen voor een rechtstreeks vorderingsrecht voor de benadeelde tegen de verzekeringsonderneming van de wettelijk aansprakelijke partij.²³ Dit moet de rechtspositie van benadeelden bij verkeersongevallen versterken.²⁴ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat, alvorens dit eigen recht kan worden uitgeoefend, sprake moet zijn van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerde jegens de benadeelde. Op die vaststelling is de WAM niet van invloed. Immers, de WAM

11. Du Perron 1999, p. 37.

12. Du Perron 1999, p. 42.

13. Du Perron 1999, p. 46.

14. Van Tiggele-van der Velde 2015.

15. Hierop wordt door Van Dijk en Hiel (2017, par. 5) gewezen. Ook zij komen evenwel tot de slotsom dat art. 7:941 lid 5 BW niet (analoog) van toepassing is op de claimant.

16. Du Perron 1999, p. 71.

17. Du Perron 1999, p. 71.

18. Zie ook BenGH 17 december 1992, NJ 1993/200 (Lambert/Josi en Waarborgfonds), r.o. 12.

19. Dit werd ook signaleerd door Van Tiggele-van der Velde 2017, par. 3.1.

20. Kamerstukken II 1960/61, 6342, 3, p. 10.

21. Het eigen recht is beperkt tot het bedrag waarvoor de verzekeringsovereenkomst dekking biedt. Is dat meer dan het bedrag waarvoor minimaal dekking moet worden geboden, op grond van art. 22 WAM, dan geldt voor dat meerdere dat de verzekeraar wel beperkingen uit de wet of de verzekeringsovereenkomst aan de benadeelde mag tegenwerpen, zie art. 11, tweede volzin, WAM.

22. Trb. 1966, 178, p. 39.

23. Art. 3 Richtlijn 2000/26/EG.

24. Overweging 14 Richtlijn 2000/26/EG.

brengt geen verandering in de nationale regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid.²⁵

Naast dit eigen recht wordt ook de mogelijkheid een beroep te doen op de verzekeringsrechtelijke verweren die de WAM-verzekeraar jegens zijn verzekerde kan invoeren (zoals uitsluitingsgronden) in de verhouding tot het verkeersslachtoffer buiten spel gezet (art. 11 WAM). Zo wordt een sluitend systeem verkregen waarmee wordt gewaarborgd dat het slachtoffer ook daadwerkelijk schadeloos wordt gesteld.²⁶

Het is juist deze combinatie van het eigen recht van artikel 6 WAM en de verweermiddelenregel van artikel 11 WAM die de WAM-verzekeraar, naast zijn verzekerde, tot (hoofdelijk) schuldenaar van het verkeersslachtoffer maakt.²⁷ In het kader van artikel 11 WAM is bovendien opgemerkt dat alleen de in de WAM toegestane beperkingen op de dekking (art. 3 WAM) of uitsluitingen (art. 4 WAM) aan de benadeelde kunnen worden tegengeworpen.²⁸ In de WAM zijn geen beperkingen of uitsluitingen op de dekking opgenomen die een frauderende claimant kunnen worden tegengeworpen. Dit sterkt wat ons betreft de opvatting dat de claimant niet door analoge toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW de mogelijkheid kan worden ontnomen zich op grond van artikel 6 WAM direct tot de verzekeraar te wenden. En daarmee is de overweging van de kantonrechter in lijn met de slachtoffer beschermende strekking van het eigen recht van artikel 6 WAM.

3.1.3 *Het Kifid kiest wél voor analoge toepassing*

Tegen deze achtergrond is het overigens opvallend dat de Geschillencommissie bij het Kifid artikel 7:941 lid 5 BW wél analoog toepast in WAM-zaken.²⁹ Hoewel de kantonrechter er geen aandacht aan besteedt, is het aardig hier wel even bij stil te staan. De Geschillencommissie zoekt namelijk nadrukkelijk aansluiting bij het *fraus omnia corrumpit*-beginsel, dat ook aangehaald wordt in het debat over frauderende claimanten. In haar uitspraak van 27 oktober 2009 overwoog de Geschillencommissie:

25. Kamerstukken II 1961/62, 6342, 5, p. 2. Art. 6 WAM spreekt ook van een eigen recht op schadevergoeding van de benadeelde jegens de verzekeraar door wie de aansprakelijkheid is gedekt.
26. A.J.J.G. Schijns, Naar een verzekerd slachtofferrecht, Amsterdam: ACCL 2017, p. 82.
27. Zie bijv. Trb. 1966, 178, p. 39. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/106, mede onder verwijzing naar Wachter in zijn annotatie onder HR 3 december 1982, NJ 1983/400.
28. Elzas & Weterings, in: T&C Verzekeringsrecht, art. 11 WAM, aant. 1.
29. Dat het hier alleen zaken betreft waarin het vorderingsrecht is gestoeld op de WAM laat zich verklaren door het feit dat de Geschillencommissie slechts bevoegd is klachten van consumenten te behandelen waarbij de consument moet worden aangemerkt als een natuurlijk persoon met een eigen vorderingsrecht ontleend aan een verzekeringsovereenkomst, alsmede degene die als derde-benadeelde aan de wet een eigen recht op schadevergoeding ontleent tegen een verzekeraar. De benadeelde die zich op de voet van de directe actie van art. 7:954 BW tot een aansprakelijkheidsverzekeraar wendt, kan zich daarom niet tot het Kifid wenden (art. 1 jo. art. 60 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid), te raadplegen via: kifid.nl/fileupload/reglementen/Reglement%20Geschillencommissie%20def.pdf). Zie ook Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 9 februari 2010, nr. 2010-23, r.o. 5.2.

‘Artikel 7:941 lid 5 BW (...) kan in dit geval naar analogie worden toegepast. 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 uiting aan het algemeen geldende rechtsbeginsel “*fraus omnia corrumpit*”.’³⁰

Fraus omnia corrumpit – ‘bedrog doorbreekt alles’ – is een beginsel dat in het Nederlandse verzekeringsrecht zijn weerklank heeft gevonden in het hier centraal staande artikel 7:941 lid 5 BW, maar ook in de artikelen 7:928 en 7:930 lid 5 BW.³¹ In tegenstelling tot bij onze zuiderburen³² is in relatie tot het Nederlandse privaatrecht weinig geschreven over de werking van dit beginsel. Afgezien van de zaken waarin het Kifid op grond van dit beginsel de frauderende claimant enig recht op uitkering ontzegde, zijn ons geen zaken bekend waarin er voor dit beginsel zo’n prominente rol is weggelegd. En voor zover het beginsel (tevergeefs, overigens) in rechte werd ingeroepen, ging het steeds om contractuele relaties.³³ Met Van Tiggele-van der Velde³⁴ menen wij dat dit beginsel als zodanig onvoldoende grondslag biedt voor analoge toepassing van de verzekeringsrechtelijke sanctie op het gevonden slachtoffer. Daarmee is niet gezegd dat het beginsel in het geheel geen rol zou kunnen spelen in deze buitencontractuele relatie. Lenaerts merkt in dat verband op dat bedrog onder de noemer van de overkoepelende norm van redelijkheid en billijkheid kan worden gebracht.³⁵ Ook Allianz heeft deze bepalingen in stelling gebracht. De volgende paragraaf gaat in op het hierop betrekking hebbende oordeel van de kantonrechter.

30. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 27 oktober 2009, nr. 2009-94, r.o. 4.5. Eenzelfde overweging wordt gebruikt in: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 29 november 2010, nr. 2010-199, r.o. 4.7. In een derde zaak verwijst de Geschillencommissie ter onderbouwing van het recht op verval van uitkering slechts naar de eerstgenoemde zaak: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 11 oktober 2013, nr. 2013-286.
31. H.J. van Kooten, De beginselen nemo auditur en *fraus omnia corrumpit* in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, WPNR 2011/6901, p. 828.
32. Daarvan getuigen twee recente dissertaties over dit onderwerp. Zie A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?* (diss. Leuven), Brugge: Die Keure 2013 en D. Wuyts, *Verzekeringsfraude* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Intersentia 2014, p. 121.
33. Zie bijv. Rb. Rotterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2599, waarin de rechtbank overwoog dat zelfs als misleiding (hier: ten aanzien van enkele facturen) zou komen vast te staan, dit niet de conclusie rechtvaardigt dat de vorderingen zonder meer dienen te worden afgewezen: ‘Het burgerlijk procesrecht kent niet een zodanige regel’ (r.o. 6.22). In een andere, eveneens contractuele zaak is het beroep op het Belgische *fraus*-beginsel afgewezen omdat de litigieuze overeenkomst niet door Belgisch recht werd beheerst (Rb. ’s-Hertogenbosch 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BO0946, r.o. 6.13).
34. Van Tiggele-van der Velde 2015, par. 2.1.
35. Lenaerts 2013, p. 7.

3.2 Verval van recht op uitkering via artikel 6:2 en/of 6:248 BW?

Ten aanzien van het beroep op artikel 6:2 en 6:248 BW heeft de kantonrechter overwogen dat niet valt in te zien hoe de genoemde artikelen ertoe kunnen leiden dat het recht op uitkering van eisers volledig komt te vervallen. De kantonrechter hecht daarbij aan het feit dat vaststaat dat schade door een aanrijding is ontstaan. Zij overweegt verder dat Allianz hiervoor onvoldoende heeft gesteld.

Gelet op deze overwegingen lijkt de kantonrechter aan te nemen dat artikel 6:2 en 6:248 BW in de onderhavige rechtsverhouding van toepassing zijn. Bovendien lijkt zij een geslaagd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid – want daar komt de stelling dat het recht op uitkering vervalt op neer – niet categorisch uit te sluiten. De overweging dat eisers onvoldoende hebben gesteld, impliceert immers dat bij een andere, betere onderbouwing het beroep op de derogerende werking mogelijk wel kans van slaan zou hebben. Wij plaatsen enkele opmerkingen bij dit oordeel.

3.2.1 Toepasselijkheid van artikel 6:2 en/of 6:248 BW in WAM-zaken

Ten eerste kunnen wij het beroep op artikel 6:248 BW in deze zaak niet goed plaatsen. Dit artikel is immers slechts van kracht tussen contractueel verbonden partijen en dat zijn de claimant en de aansprakelijkheidsverzekeraar eenvoudigweg niet (zie par. 3.1).³⁶ Qua toepasselijkheid heeft artikel 6:2 BW betere papieren, nu dit artikel zich richt tot ‘schuldeiser’ en ‘schuldenaar’, zonder daarbij de eis te stellen van een tussen hen bestaande contractuele verhouding. Zoals hiervoor al werd gememoreerd, staan het verkeersslachtoffer en de WAM-verzekeraar als (zelfstandig) schuldeiser en schuldenaar tegenover elkaar. Hun verhouding is een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding (art. 6:1 BW jo. art. 6 WAM) en wordt dan ook beheerst door artikel 6:2 BW.

3.2.2 Derogeert fraude aan het eigen recht van artikel 6 WAM?

Bij gebrek aan een adequate onderbouwing zag de kantonrechter geen aanleiding om via artikel 6:2 BW (of art. 6:248 BW) te tornen aan het recht op uitkering. Het hier door de kantonrechter beoordeelde betoog van Allianz doet denken aan de suggestie van Banis en De Haan om frauderende claimanten het eigen recht van artikel 6 WAM (of, in voorkomend geval, de directe actie van art. 7:954 BW) te ontzeggen.³⁷ In beginsel biedt het mechanisme van de derogerende werking (art. 6:2 lid 2 BW) daarvoor inderdaad een aanknopingspunt. Gewezen zij in dit verband op artikel 3:12 BW, dat bepaalt dat bij

36. Dat geldt in veel gevallen overigens ook voor de verhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij, nu de schadeveroorzakende gebeurtenis niet per se binnen een contractuele verhouding plaatsvindt. Van een (pre-existente) contractuele verhouding is bijv. wel sprake bij medische aansprakelijkheid of bij werkgeversaansprakelijkheid, maar in de regel niet bij verkeersaansprakelijkheid.

37. Banis & De Haan 2016.

de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, onder meer rekening dient te worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Daaronder kan ook fraude worden geschaard; de opvatting dat fraude niet mag en onbehoorlijk is, mag op brede maatschappelijke instemming rekenen.³⁸ Frauderend gedrag kan inderdaad een bij de toepassing van artikel 6:2 lid 2 BW te verdisconteren omstandigheid zijn. Zo beschouwd klopt het dat de kantonrechter een beroep op de derogerende werking ex artikel 6:2 lid 2 BW niet categorisch uitsluit. Net als met betrekking tot de vraag naar analoge toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW, rijst ook hier echter de vraag of het door Allianz bepleite rechtsgevolg (verval van het eigen recht op uitkering) te rijmen zou zijn met artikel 16 WAM. Mag, met andere woorden, op basis van artikel 6:2 lid 2 BW artikel 6 WAM terzijde worden geschoven? Het betreft de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden, artikel 6 WAM vatbaar is voor derogatie. Daar artikel 6 WAM op Europeesrechtelijke leest geschoeid is, komt het ons voor dat deze vraag niet enkel aan de hand van het nationale recht kan worden beantwoord.

In casu liet de kantonrechter zich niet over deze vraag uit, maar volstond met het oordeel dat zij het beroep op artikel 6:2 (lid 2) BW onvoldoende onderbouwd achtte. Ook langs de lijnen van de redelijkheid en billijkheid zag de kantonrechter geen reden om de vermeende fraude te sanctioneren met volledig verval van het recht op uitkering. Dit verweer van Allianz is dus verworpen. Wij vragen ons echter af of Allianz werkelijk geholpen zou zijn met dit specifieke rechtsgevolg. Deze vraag staat centraal in de volgende paragraaf.

4. Verval van recht op uitkering – wie schiet er iets mee op?

Zowel Allianz' beroep op (analoge) toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW als het beroep op artikel 6:2 en 6:248 BW was, blijkens de bewoordingen van het vonnis, gericht op het rechtsgevolg ‘verval van het recht op uitkering’. Wij vragen ons af of Allianz echt iets zou zijn opgeschoten met verval van het recht op uitkering. Hier wrekt zich dat het verval van het (eigen) recht op uitkering door de verzekeraar op zichzelf geen afbreuk doet aan het (in de aansprakelijkheidsverhouding gelokaliseerde) recht op schadevergoeding. Een aansprakelijke partij is immers aansprakelijk, ongeacht of die aansprakelijkheidslast door verzekering gedekt is.³⁹ Het aansprakelijkheidsrecht is bepalend voor het recht op uitkering: is er geen aansprakelijkheid van de verzekerde, dan is er ook geen dekkings-

38. In dit verband wordt ook wel de uitdrukking ‘we willen geen loterij zonder nieten’ gebezigd (Van Tiggele-van der Velde 2015, met verwijzing naar J.H. Wansink, Partieel verzekeringsbedrog. Het vertrouwensbeginnel herwint terrein!, AV&S 2001, p. 67 e.v.; Banis & De Haan 2016; Van de Klashorst 2017). Vgl. ook Van Dijk & Hiel 2017, die in par. 7 opmerken dat het in strijd is met de in Nederland levende rechtsovertuiging ‘dat een fraudeur zonder consequenties een gokje kan wagen’. In het debat over de frauderende claimant wordt ook het *fraus omnia corrumpit*-beginsel veelvuldig ter sprake gebracht.

39. Iets anders is dat bij afwezigheid van verzekeringsdekking de rechterlijke matigingsbevoegdheid in beeld komt, op grond waarvan de schadevergoedingsplicht verminderd kan worden (art. 6:109 BW).

plicht voor de verzekeraar.⁴⁰ Het omgekeerde (geen dekkingsplicht voor de verzekeraar, dan ook geen aansprakelijkheid van de verzekerde) gaat niet op, ook niet in WAM-zaken.⁴¹

Ervan uitgaande dat het recht op schadevergoeding onaangetaast blijft, kan het door Allianz bepleite verval van het eigen recht ex artikel 6 WAM tot onpraktische verhaalsperikelen leiden, waarbij de niet (rechtstreeks aan de claimant) uitgekeerde schadelast als een boemerang bij de verzekeraar kan terugkeren.⁴² Wanneer een frauderende claimant van de aansprakelijkheidsverzekeraar nul op het rekest krijgt, kan deze zich immers tot de aansprakelijke partij wenden voor vergoeding van de schade. En laatstgenoemde kan zich na vergoeding van de schade alsnog tot zijn verzekeraar wenden. Op de verzekeraar rust immers in verhouding tot de verzekerde nog altijd de contractuele plicht tot dekking van de aansprakelijkheidslast.⁴³ Per saldo is de verzekeraar dan niets opgeschoten met de jegens de claimant ingeroepen fraude.

Het komt ons voor dat oplossingsrichtingen waarbij enkel getornd wordt aan het recht op uitkering met ditzelfde gebrek behept zijn. Verval van het eigen recht op uitkering, of dit nu via (analoge) toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW is of via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, ontslaat de verzekeraar weliswaar van zijn (rechtstreekse) uitkeringsplicht, maar brengt nog geen wijziging in de oorspronkelijke aansprakelijkheidsverhouding noch in de dekkingsplicht van de verzekeraar in zijn verhouding tot de verzekerde. Het is wat ons betreft daarom ook de vraag of een eventuele wijziging van artikel 7:941 lid 5 BW soelaas zal bieden.⁴⁴ Met dit artikel wordt immers slechts de verzekeringsrechtelijke aanspraak aangetast, maar die aantasting tikt niet automatisch door naar de aansprakelijkheidsrechtelijke aanspraak. Ook artikel 6:2 lid 2 BW kan in de verhouding tussen de claimant en de WAM-verzekeraar geen verandering van het recht op schade-

vergoeding bewerkstelligen. In hun onderlinge verhouding kwalificeert dit recht immers niet als een 'tussen partijen geldende regel'.

In zijn eigen verhouding tot de claimant staat de verzekeraar geen andere reële mogelijkheid ter beschikking dan alleen het verhaal van de opsporingskosten en het eventueel terugvorderen van ten onrechte gedane betalingen. Wil men verdergaande maatregelen kunnen treffen, dan moeten mogelijkheden daartoe gezocht worden in de aansprakelijkheidsverhouding tussen het slachtoffer en de aansprakelijke partij. Die route staat centraal in de volgende paragraaf.

5. Derogert fraude dan mogelijk wel aan het recht op volledige schadevergoeding?

Indien fraude kan leiden tot een wijziging in de aansprakelijkheidsrechtelijke verhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij, dan is 'het probleem' meteen opgelost. Zoals hiervoor al werd aangestipt, werkt een wijziging in deze oorspronkelijke rechtsverhouding automatisch door in de verplichting die op de aansprakelijkheidsverzekeraar rust. Het maakt daarbij ook geen verschil of het gaat om een reguliere aansprakelijkheidszaak of om WAM-zaken als de onderhavige, aangezien ook het eigen recht van artikel 6 WAM synchroon loopt met de oorspronkelijke vordering van de benadeelde op de aansprakelijke partij.

Voor een bevestigend antwoord op de vraag of fraude kan derogeren aan het recht op schadevergoeding pleit dat 'de fraude speelt (...) in de onderlinge relatie tot de dader'.⁴⁵ Er wordt gefraudeerd ten aanzien van de in die verhouding gesitueerde schadevergoedingsaanspraak; dan ligt het voor de hand om de fraude ook op dat niveau te sanctioneren. Dat zou kunnen via artikel 6:2 lid 2 jo. artikel 3:12 BW, welke bepalingen uiteraard ook van kracht zijn in de aansprakelijkheidsverhouding. Enkele van de suggesties in de literatuur komen hierop neer. Zo zoeken Banis en De Haan een oplossing in het matigingsrecht van artikel 6:109 BW, dat als *lex specialis* van artikel 6:2 lid 2 BW wordt gezien.⁴⁶ Van Dijk en Hiel zoeken de oplossing ook in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, alwaar zij een 'nieuwe loot aan de stam' van het leerstuk van rechtsverwerking bepleiten.⁴⁷ Volgens hen kan het gedrag van frauderende claimanten in extreme gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar worden geacht met het vervolgens uitoefenen van het recht op schadevergoeding. Deze suggestie stoelt op de opvatting dat het onacceptabel is als claimanten risicoloos een (fraude)gokje kunnen wagen, oftewel op het 'fraude kan en mag niet'

40. Het feit dat er verzekeringsdekking is, kan overigens onder omstandigheden wel bijdragen aan de vestiging van aansprakelijkheid. Hierin is de werking van het 'assurance obligé'-beginsel te herkennen. Over dit beginsel nader: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk, deel VR4), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 1.4.3).

41. De bijzonderheid van de WAM-regeling ligt immers daarin dat het ontbreken van dekking in de contractuele verhouding tussen de verzekeraar en de aangesproken verzekerde niet aan de benadeelde kan worden tegen-gevoerd. Ook deze regeling laat de aansprakelijkheid van de verzekerde onverlet, sterker nog, deze neemt die aansprakelijkheid tot vertrekpunt.

42. Zie Van Tiggele-van der Velde 2015 (par. 2.1); 2017 (par. 2), die het gegeven voorbeeld overigens terecht niet tot verval van het eigen recht ex art. 6 WAM beperkt. De geschetste verhaalsomzwervingen kunnen zich steeds voordoen wanneer de verzekeraar in verhouding tot de claimant aan zijn dekkingsplicht zou kunnen ontkomen met een beroep op diens frauduleuze handelen, ongeacht of het slachtoffer zich kan baseren op art. 6 WAM of op art. 7:954 BW, of op geen van beide.

43. Zie Van Tiggele-van der Velde 2015 (par. 2.1), die opmerkt dat een andersluidende beslissing de onwenselijke consequentie zou hebben dat de verzekerde wordt gestraft voor het gedrag van het gevonden slachtoffer.

44. Van Tiggele-van der Velde 2015 (par. 3) merkt op dat als we zouden willen dat de sanctie van art. 7:941 lid 5 BW ook voor dat slachtoffer geldt, de beperkingen van deze bepaling door de wetgever heroverwogen zouden moeten worden.

45. Van Tiggele-van der Velde 2015 (par. 1), die deze opmerking overigens maakt tegen de achtergrond van haar betoog dat de fraude *niet* speelt in de relatie tussen de benadeelde en de verzekeraar. Zie ook Van Tiggele-van der Velde 2017, par. 2. Zie tevens Van Dijk & Hiel 2017, par. 6.2.4.

46. Wij sluiten ons aan bij de tegenwerpingen van Van Tiggele-van der Velde (2017) en menen dat deze rechtsfiguur in de hier aan de orde zijnde kwestie geen soelaas biedt.

47. Van Dijk & Hiel 2017, par. 6.2.1.

gevoel.⁴⁸ Indachtig het hiervoor al genoemde *fraus omnia corrumpit*-beginsel spreekt die opvatting natuurlijk aan. Er is ook geen reden om te veronderstellen dat het recht op schadevergoeding immuun zou zijn voor de doorwerking van het *fraus omnia corrumpit*-beginsel via de band van de redelijkheid en billijkheid. Toch zien wij aanleiding om enkele kanttekeningen te plaatsen bij deze route, die in het debat wat ons betreft tot op heden onderbelicht zijn gebleven.

5.1 *Fraus omnia corrumpit*: neutraliserend of ook bestraffend?

Zo vragen wij ons ten eerste af of dit beginsel inderdaad, zoals gesuggereerd wordt, ertoe noopt dat wordt getornd aan het recht op schadevergoeding. Lenaerts⁴⁹ merkt op, en Wuyts volgt haar op dat punt,⁵⁰ dat de primaire functie van dit beginsel ligt in het *neutraliseren* van de fraude: de frauderende partij behoort geen voordeel te kunnen halen uit haar misleidende gedrag. Kijken we naar het Nederlandse recht, dan vindt ten aanzien van een frauderende claimant die neutralisatie inderdaad plaats. Immers, de claimant kan worden aangesproken voor de gemaakte opsporingskosten, zijnde de door de fraude ontstane schade. En verder wordt in de verhouding tot de aansprakelijke partij 'de fraude al vereffend doordat zij niet als schade wordt aangemerkt'.⁵¹ Tornen aan de reële schadevergoedingsaanspraak gaat verder dan deze neutralisatie en vertoont punitieve trekken. Volgens Wuyts noopt het *fraus omnia corrumpit*-beginsel daar echter niet toe:

'Aangezien het rechtsbeginsel is opgevat vanuit een privaatrechtelijke neutralisatiedoelstelling, blijft het in principe vreemd aan enige bestraffingsgedachte.'⁵²

Dit citaat, hoewel geschreven in de context van het Belgische verbintenissenrecht, legt precies het spanningsveld bloot dat in deze paragraaf centraal staat. Derogatie aan het recht op schadevergoeding doet afbreuk aan het compensatoire karakter van het aansprakelijkheidsrecht en introduceert daarin een punitief element. De uit fraude bestaande onrechtmatige daad wordt in dat geval immers met méér gesanctioneerd dan de door die fraude ontstane schade.

Dat enkele gegeven hoeft op zichzelf niet te betekenen dat de derogatie aan het recht op schadevergoeding in het geheel niet toelaatbaar is,⁵³ maar het maakt onzes inziens wel dat dit instrument uiterst behoedzaam moet worden ingezet. Nu

noopt artikel 6:2 lid 2 BW uit zichzelf al tot terughoudendheid vanwege de maatstaf van onaanvaardbaarheid. In die maatstaf ligt reeds een waarborg om de sanctie niet verder te laten reiken 'dan de fraude rechtvaardigt'.⁵⁴ De vraag is echter welke sanctie in een concreet geval door de gepleegde fraude gerechtvaardigd wordt. Zoals wij in paragraaf 5.2 toelichten, kunnen wij ons voorstellen dat het antwoord op die vraag mede afhangt van de rol die het (door de fraude geschonden) vertrouwen in de aan de orde zijnde rechtsverhouding heeft.

5.2 *De rol van vertrouwen in de aansprakelijkheidsverhouding*

De krachtige werking die het *fraus omnia corrumpit*-beginsel via artikel 7:941 lid 5 BW in de verzekeringrechtelijke verhouding krijgt, houdt verband met de rol die 'vertrouwen' in die verhouding heeft. De verzekeringverhouding is bij uitstek een op vertrouwen gebaseerde verhouding en dat rechtvaardigt een stevige sanctie op schending van dat vertrouwen.⁵⁵ In aansprakelijkheidsverhoudingen zoals de onderhavige heeft 'vertrouwen' een beduidend andere rol. Dergelijke rechtsverhoudingen vinden hun basis niet in vertrouwen, maar in een tot schadevergoeding verplichtend onrechtmatig handelen. Dat de basis niet ligt in wederzijds vertrouwen (vaak eerder het tegendeel) neemt niet weg dat de afwikkeling van zo'n aansprakelijkheidsverhouding gebaat is bij een zekere mate van vertrouwen, waaronder het vertrouwen dat de schuldeiser zijn schade op reële wijze presenteert. Het algemene aanhechtingspunt voor dit vertrouwen ligt in artikel 6:2 lid 1 BW: de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. En in de fase van procederen ligt dit vertrouwen in artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) nog nadrukkelijker verankerd.

Toch gaat het hier om een wezenlijk andere vertrouwensrelatie dan de vertrouwensrelatie die *ab initio* aan de verzekeringrelatie ten grondslag ligt. Met dit verschil strookt onzes inziens dat in de aansprakelijkheidsverhouding de consequenties van schending van het vertrouwen zwakker zullen zijn dan bij een vertrouwensschending binnen de verzekeringrechtelijke verhouding. Daarom lijkt ons een bewijsrechtelijke consequentie meer in de rede te liggen dan het rechtstreeks derogeren aan de schadevergoedingsaanspraak. In de literatuur is in dit verband reeds bepleit dat in geval van fraude zwaardere eisen gesteld mogen worden aan het bewijs van de daadwerkelijk geleden schade.⁵⁶ De vertrouwensbreuk rechtvaardigt dat het bewijs dat aangedragen wordt ter staving van de reële schade met

48. Van Tiggele-van der Velde 2015; 2017.

49. Lenaerts 2013, onder meer op p. 284 e.v.

50. Wuyts 2014, p. 179.

51. Van Tiggele-van der Velde 2015 (par. 2.1); 2017 (voetnoot 10).

52. Wuyts 2014, p. 179.

53. Vgl. in dit verband art. 6:104 BW (winstafdracht), waarin het compensatoire karakter van het aansprakelijkheidsrecht minder op de voorgrond lijkt te staan, nu niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond, maar voldoende is dat enige vorm van schade aanneemelijk is. De in art. 6:104 BW opgenomen wijze van (abstracte) schadebegroting wordt evenwel uitdrukkelijk niet als punitief aangemerkt (zie HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, r.o. 3.6).

54. Banis & De Haan 2016.

55. Van Tiggele-van der Velde 2015, inleiding (onder verwijzing naar J.H. Wansink, Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in titel 7.17 BW: een nieuw geluid?, in: J.H. Wansink, G. Kamphuisen & T.J. Dorhout Mees (red.), Het nieuwe verzekeringrecht. Titel 7.17 BW belicht, Deventer: Kluwer 2005) en par. 3.

56. Van Tiggele-van der Velde 2015, par. 2, slot; Banis & De Haan 2016 (zij zijn hierover minder expliciet, maar het beroep op art. 21 Rv ligt in die richting); Van Tiggele-van der Velde 2017, par. 1; Van Dijk & Hiel 2017, par. 6.3. Van de Klashorst (2017, par. 4.1) gaat ook in op de invloed van fraude op het bewijs van de daadwerkelijke schade, maar laat zich daarbij niet uit over de gevolgen voor de bewijswaardering.

(meer) argwaan wordt getoetst. Wordt de gerezen argwaan onvoldoende weggenomen, dan kan dit betekenen dat de daadwerkelijk geleden schade niet (volledig) wordt vergoed, omdat deze onvoldoende aannemelijk werd geacht. Bij deze benadering kan het dus zo zijn dat wanneer het aangedragen bewijsmateriaal toch voldoende overtuigend de reële schade aantoonde, de aldus bewezen schade in beginsel gewoonweg vergoed zal moeten worden.

5.3 *Fraude is niet geheel risicoloos*

Door het bewijs van de werkelijk geleden schade met meer argwaan te benaderen kan de claimant dus binnen de aansprakelijkheidsverhouding negatieve consequenties ondervinden van zijn frauduleuze gedrag, die bovendien rechtstreeks doorwerken in de uitkeringslast die krachtens de verzekeringsovereenkomst op de aansprakelijkheidsverzekeraar rust. Reeds daarom – en vanwege de mogelijkheid om de rekening van de opsporingskosten gepresenteerd te krijgen – verdient onzes inziens de aanname dat claimanten ‘risicoloos een gokje kunnen wagen’⁵⁷ nuancering. Met de genoemde bewijsrechtelijke consequenties zijn de mogelijkheden voor de verzekeraar bovendien nog niet uitgeput.

Verzekeraars beschermen zichzelf namelijk tegen ‘gedragingen van (rechts)personen die hebben geleid of kunnen leiden tot benadeling’ door de persoonsgegevens vast te leggen in een Incidentenregister.⁵⁸ Aan dat register is een Extern Verwijzingsregister (EVR) gekoppeld, een databank met gegevens van verzekerden en andere personen of bedrijven die hebben gefraudeerd of daartoe een poging hebben gedaan. Deze gegevens worden bewaard door de Stichting Centraal Informatie Systeem (CIS). Met uitzondering van Van Tiggele-van der Velde⁵⁹ besteden de auteurs in andere bijdragen hier geen aandacht aan. Daarmee wordt onzes inziens voorbijgegaan aan het feit dat een dergelijke registratie voor (aspirant-)verzekeringnemers serieuze gevolgen kan hebben. Het zal niet zonder reden zijn dat alleen al in 2017 bij het Kifid meer dan twintig vorderingen tot doorhaling van een dergelijke registratie zijn ingediend. Ook de volgende passage uit een brief van een – volmacht van – verzekeraar maakt duidelijk dat een registratie in het EVR niet zonder consequenties blijft:

‘Wij ontvingen van u een aanvraag voor een motorrijtuigenverzekering (...). Hier kunnen wij u het volgende over meedelen. Bij de behandeling van de aanvragen voor nieuwe polissen en verzoeken tot mutaties, raadplegen wij de databanken met gegevens inzake het verzekeringsverleden. De gegevens in deze databanken zijn verstrekt door in Nederland werkzame verzekeraars en gevolmachtigden en is in beheer bij de Stichting Centraal Informatie Systeem,

kortweg CIS genoemd. In één van deze databanken troffen wij een registratie aan van London Verzekeringen N.V. van 21 december 2009 in het Extern Verwijzingsregister. (...)

Uit de verkregen informatie is de risicodragers tot de conclusie gekomen dat de vertrouwensbasis die nodig is voor het sluiten van een overeenkomst ontbreekt en wij dus niet tot acceptatie overgaan van de door u aangevraagde verzekering. (...)⁶⁰

Naast een registratie in het EVR staat een frauderende claimant bovendien bloot aan strafrechtelijke vervolging op de voet van artikel 326 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht (Sr).⁶¹ In dit kader verdient vermelding dat verzekeraars een nauwere samenwerking met de politie en het Openbaar Ministerie voorstaan. Naar aanleiding van een interview met de Amsterdamse politiechef Aaldersberg is een stuurgroep opgericht die deze samenwerking verder zal invullen.⁶² Dit initiatief past bij het feit dat vanwege de verwachte omvang van de financiële schade en het gevaar dat aan bepaalde vormen van verzekeringsfraude verbonden is, verzekeringsfraude in het nationaal dreigingsbeeld van 2017 de komende jaren als dreiging is bestempeld.⁶³

Het moge dus zo zijn dat de mogelijkheden van ‘civielrechtelijke bestraffing’⁶⁴ voor verzekeraars bij de huidige stand van zaken beperkt zijn (althans, beperkter dan ten opzichte van de eigen verzekerde), maar de claimant kan wel degelijk substantiële nadelige consequenties ondervinden van zijn frauduleuze gedrag. Dat zijn onzes inziens omstandigheden die moeten worden meegewogen bij beantwoording van de vraag of in een concreet geval de fraude rechtvaardigt dat daarenboven ook het recht op vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade uit onrechtmatige daad kan komen te vervallen.

5.4 *Civielrechtelijke bestraffing via het recht op schadevergoeding; bron voor rechtsongelijkheid?*

Wij signaleren verder dat wanneer aangenomen wordt dat fraude kan derogeren aan het recht op vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade, een vorm van rechtsongelijkheid kan ontstaan. Deze sanctiemogelijkheid impliceert namelijk dat er een reële schadevergoedingsaanspraak is waaraan gederogerd kan worden. Deze sanctiemogelijkheid doet zich dus voor in die zaken waarin er weliswaar een ongeval heeft plaatsgevonden dat tot schade heeft geleid, maar de schadelijke gevolgen worden gemajeoreerd.⁶⁵ In zaken waarin de fraude ziet op het

57. Zowel de bijdrage van Banis en De Haan (2016) als die van Van Dijk en Hiel (2017) leunt sterk op deze aanname.

58. Als verwoord in de preambule van het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen, te raadplegen via: verzekeraars.nl/media/3385/protocol_incidentwaarschuwingssysteem_financiele_instellingen.pdf.

59. Van Tiggele-van der Velde 2015, inleiding.

60. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 10 november 2016, nr. 2017-625, r.o. 2.2.

61. Knijp 2016, p. 49.

62. Voor het interview zij verwezen naar: Verzekerd!, maart 2017, afl. 1, p. 10 e.v., te raadplegen via: verzekeraars.nl/publicaties/verzekerd.

63. Nationaal dreigingsbeeld 2017. Georganiseerde criminaliteit, p. 159, te raadplegen via: rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/06/01/tk-bijlage-nationaal-dreigingsbeeld-2017.

64. Van Dijk en Hiel (2017, par. 1) spreken over ‘civielrechtelijke bestraffing’; Banis en De Haan (2016) menen dat het slachtoffer alleen op die manier ‘gestraft’ wordt voor zijn fraudepoging.

65. Categorie 3 in de door Knijp (2016, p. 49) gehanteerde driedeling.

ongeval zelf⁶⁶ of op het bestaan van enige schade⁶⁷ is er in het geheel geen schadevergoedingsplicht waarop gecorrigeerd kan worden. Dat betekent dat de claimant die daadwerkelijk schade lijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad, maar ‘er nog een schepje bovenop doet’, bestraft kan worden door hem ook zijn (reële) recht op schadevergoeding te ontzeggen, terwijl de claimant die ‘alles bij mekaar fraudeert’⁶⁸ deze dans ontspringt. Dat verschil laat zich wat ons betreft niet goed rijmen met de relatieve ernst van de respectieve frauduleuze gedragingen.⁶⁹

6. Afronding

De mogelijkheid van civielrechtelijke sanctionering van verzekeringsfraude appelleert sterk aan het ‘fraude kan en mag niet’-gevoel. Ten opzichte van hun eigen verzekerden kunnen verzekeraars in geval van fraude ontkomen aan hun dekkingsplicht; in de verhouding tot het gevonden verkeersslachtoffer doet die mogelijkheid zich echter niet voor. In de zaak die aanleiding gaf voor deze bijdrage zag de kantonrechter geen grond voor (analoge) toepassing van artikel 7:941 lid 5 BW of voor verval van het recht op uitkering via de band van de redelijkheid en billijkheid.

In het verlengde van dit oordeel stelden wij de vraag of verval van het recht op uitkering het door verzekeraars gewenste effect sorteert. Onzes inziens is dat niet het geval, omdat met verval van dat recht op uitkering niet tevens de schadevergoedingsplicht van de aangesproken verzekerde van tafel is. Daarom onderzochten wij naar aanleiding van het besproken vonnis of fraude in de aansprakelijkheidsverhouding kan derogeren aan dat recht op schadevergoeding. Daarbij zou immers ook de aansprakelijkheidsverzekeraar rechtstreeks gebaat zijn. Artikel 6:2 lid 2 BW biedt hiertoe weliswaar een aanknopingspunt, maar mede vanwege de aard van de aansprakelijkheidsverhouding mag toepassing daarvan onzes inziens niet snel leiden tot verlies van het recht op vergoeding van daadwerkelijk geleden schade.

Na deze uitvoerige bespreking van de civielrechtelijke sanctioneringsmogelijkheden van frauderende claimanten zou haast uit het oog geraken dat de claimanten in de onderhavige zaak niet als zodanig werden aangemerkt. De vermeende fraude is immers volgens de kantonrechter niet komen vast te staan. De argwaan van Allianz werd in zoverre wel beantwoord, dat het

betwijfelde deel van de schade niet werd toegewezen. En daar moet Allianz het in deze zaak mee doen.

66. Categorie 1: het ongeval wordt geësceneerd of heeft in het geheel niet plaatsgevonden (Knijp 2016, p. 49).

67. Categorie 2: het ongeval heeft plaatsgevonden, maar het geclaimde letsel wordt voorgewend (Knijp 2016, p. 49).

68. Op zo’n situatie ziet de zaak die leidde tot het tussenvonnissen van Rb. Zeeland-West-Brabant 6 december 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:8648. De rechtbank achtte de WAM-verzekeraar voorshands geslaagd in het bewijs dat zijn verzekerde en de claimant het verkeersongeval in scène hebben gezet. In r.o. 3.8 gaf de rechtbank ook een voorschot op de beslissing door te overwegen dat indien de claimant niet slaagt in het te leveren tegenbewijs, hij verplicht is de door de fraude ontstane schade te vergoeden en dat de reeds uitbetaalde bedragen dan onverschuldigd betaald zijn.

69. Knijp wijst op een aflopende ernst in normschending bij de genoemde driedeling (Knijp 2016, p. 49).