

NJ 2019/118

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

6 juli 2018, nr. 17/02410

(Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze; A-G mr. L. Timmerman)
m.nt. S.D. Lindenberg

Art. 150 Rv; art. 7:941 BW; art. 6 WAM

NJB 2018/1433

RAV 2018/82

RvdW 2018/836

ECLI:NL:PHR:2018:305

ECLI:NL:HR:2018:1103

Verzekeringsrecht. Is art. 7:941 lid 5 BW (verval van recht bij opzettelijke misleiding verzekeraar) analoog van toepassing bij opzettelijke misleiding door de (beweerdelijk) benadeelde die zich beroept op eigen recht ex art. 6 WAM? Bewijsdeel: betekenis veroordelingen voor plegen/uitlokken van valsheid in geschrift en meened.

Op grond van art. 7:941 lid 5 BW vervalt het recht op uitkering indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een van de uit art. 7:941 leden 1 en 2 BW voortvloeiende 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 vertrouwens karakter van de verzekeringsovereenkomst. 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 is geen plaats.

Dat de zoon niet strafrechtelijk is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van verweerster in de aangereden Nissan betreft, betekent nog niet dat de getuigenverklaring van — de wel op andere punten ter zake van valsheid in geschrift en meened veroordeelde — zoon op dit punt voldoende betrouwbaar is om daaraan bewijskracht toe te kennen. In het licht van dit een en ander is het oordeel van het hof dat de verklaringen van eiser sub 1 en betrokkene 8 — van wie het hof niet heeft vastgesteld dat zij een eigen belang hebben bij hun verklaringen — het door verweerster geleverde bewijs niet ontzenuwen, onvoldoende gemotiveerd.

1. [eiser 1],
2. Allianz Nederland Schadeverzekeringen N.V., te Rotterdam,
eisers tot cassatie, adv.: mr. R.S. Meijer,
tegen
[verweerster], verweerster in cassatie, adv.: mr. J. Streefkerk.

Hof:

De verdere beoordeling van het hoger beroep

1. Aan de orde is of [verweerster] als inzittende in de auto zat die betrokken was bij het ongeval dat heeft plaatsgevonden op 17 september 2001 in Rotterdam. Het ongeval betrof een aanrijding tussen een door [eiser 1] bestuurde auto (hierna: de Mazda) en een door de heer [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), de zoon van [verweerster], bestuurde bestelauto (hierna: de Nissan). Tussen partijen staat vast dat [eiser 1] die dag als bestuurder van de Mazda op de Mathenesserlaan voor rood stoplicht stond te wachten achter de door [betrokkene 1] bestuurde Nissan, dat beide partijen rechtsaf wilden slaan naar de Claes de Vrieselaan, dat de Nissan toen het stoplicht groen werd is opgetrokken en enige tijd later, toen de bocht naar de Claes de Vrieselaan was gemaakt, tot stilstand is gekomen, waarna de Mazda achter op de Nissan is gebotst. Vast staat voorts dat [eiser 1] aansprakelijk is voor het ongeval, en dat [eiser 1] ten tijde van het ongeval verzekerd was bij de rechtsvoorganger van Allianz, Zwolsche Algemeene Schadeverzekering N.V. (hierna: Zwolsche).
2. [verweerster] stelt dat zij als passagier in de Nissan zat, dat zij door de aanrijding letselschade heeft geleden en dat zij daardoor arbeidsongeschikt is geraakt. [verweerster] heeft ter onderbouwing van haar stelling dat zij ten tijde van de aanrijding in de Nissan zat diverse (door het hof in het tussenarrest van 14 april 2015 opgesomde) stukken in het geding gebracht. Voorts zijn (ingevolge een door de rechtbank gegeven bewijsopdracht) getuigen gehoord. Voorafgaand aan de door het hof gelaste comparitie van partijen en bij de memorie na comparitie heeft [verweerster] nadere stukken in het geding gebracht ten bewijze van haar stelling. Allianz c.s. betwist (onder andere) dat [verweerster] in de Nissan zat op het moment van de aanrijding.
3. Allianz c.s. heeft zich in de memorie van antwoord na comparitie op het standpunt gesteld dat het hof geen acht mag slaan op de bij memorie na comparitie in het geding gebrachte stukken, omdat dat in strijd zou zijn met de twee-conclusieregel. Dat is naar het oordeel van het hof niet juist. Het gaat hier om stukken die in het geding zijn gebracht ter (nadere) onderbouwing van de door [verweerster] — tijdig, in de memorie van grieven — opgeworpen grieven tegen het vonnis van de rechtbank.
4. Zoals in het tussenarrest van 14 april 2015 is overwogen is geen grief gericht tegen de bewijsopdracht van de rechtbank waarbij [verweerster] is opgedragen te bewijzen dat zij zich als passagier in

de Nissan bevond ten tijde van de aanrijding op 17 september 2001, zodat het hof daarvan zal uitgaan, en is in hoger beroep onder meer aan de orde of [verweerster] is geslaagd in haar bewijslevering. Het hof is van oordeel dat [verweerster] heeft bewezen dat zij in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding.

5. [verweerster] heeft korte tijd na de aanrijding de achterzijde van het aanrijdingsformulier (mede) ingevuld (de voorzijde is op de dag van de aanrijding door [eiser 1] en [betrokkene 1] gezamenlijk ingevuld). Zij heeft onder andere geschreven dat zij als inzittende in de auto zat en dat zij letsel heeft opgelopen, namelijk "kneuzing aan schouder rug en nek".

6. Uit de huisartsenkaart blijkt dat [verweerster] zich op 18 september 2001, de dag na de aanrijding, bij de huisarts heeft gemeld. Op de huisartsenkaart staat onder "S" (vermelde gegevens): "Van achter aangereden. Vandaag last van rug/schouders/hoofdpijn." Onder "O" (objectieve bevindingen) staat: "Whiplash". [verweerster] is voor deze klachten een aantal keer teruggekomen bij de huisarts, onder meer op 2 oktober 2001 en 26 oktober 2001 en ook diverse malen in 2002, 2003 en 2004. Zij is door de huisarts op 18 oktober 2004 doorverwezen naar de neuroloog.

7. In een telefoonnotitie van de zijde van Zwolsche van 26 september 2001 (gehecht aan het proces-verbaal van het hierna te noemen getuigenverhoor van [betrokkene 1]) staat vermeld dat er telefonisch contact is geweest met [verweerster]. In de notitie staat onder meer vermeld:

"Gaat om zoon en moeder die letsel hebben opgelopen.

[verweerster] [[verweerster], toevoeging hof]: pijn elleboog, nek, schouder, rug, bij vlagen hevige hoofdpijn, klachten nemen toe. Zij is tot nu toe éénmaal bij de HA geweest maar ze moest bij aanhoudende klachten opnieuw terugkomen."

8. Verder heeft [verweerster] op 30 oktober 2001 een verklaring afgelegd aan het door Allianz ingeschakelde expertisebureau ITEB. Aldaar heeft zij verklaard (zie het rapport van ITEB van 2 november 2001) dat zij naast [betrokkene 1] in de Nissan zat en dat de Mazda achterop de Nissan is gereden. Zij heeft voorts verklaard dat ze de volgende ochtend wakker werd met een pijnlijke stijve nek, rug en schouders en diezelfde dag de huisarts heeft gecoconsulteerd.

9. Op 15 februari 2002 heeft [verweerster] in het kader van een kennismakingsgesprek met haar nieuwe huisarts te kennen gegeven dat ze een whiplash trauma heeft doorgemaakt bij een auto-ongeval. Dit staat in een door deze nieuwe huisarts opgestelde brief van 17 april 2015.

10. In een rapportage van de verzekeringsarts van de uitvoeringsinstelling van 20 februari 2002 (in het kader van de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid voor de WAO) is de diagnose "somatoforme pijnstoornis na whiplash" gesteld. Het rapport maakt (onder het kopje Onderzoek) melding

van een volledig herstel na eerdere arbeidsongeschiktheid, waarna [verweerster] "door een verkeersongeval [nadien] volledig [is] uitgevallen met whiplashklachten". Voorts wordt in het rapport (onder het kopje Anamnese) een trauma in september 2001 genoemd, waarna [verweerster] neklklachten ontwikkelde, en over dit trauma meer in het bijzonder:

"[verweerster] zat naast [betrokkene 1] (...) toen ze stilstaand voor stoplicht in centrum R'dam van rechts achter werd aangereden. Aanvankelijk geen pijn, pas dag erop, welke sindsdien alleen maar erger geworden."

11. Op 16 november 2002 heeft [betrokkene 1] schriftelijk verklaard dat zijn moeder ten tijde van het ongeval bij hem in de auto zat en dat zij na het ongeval is uitgestapt om eten te gaan halen bij de Chinees.

12. Op 17 november 2002 heeft [verweerster] schriftelijk verklaard dat zij tijdens de aanrijding als passagier in de auto zat samen met haar zoon en dat zij direct na de aanrijding uit de auto is gestapt om Chinees eten af te halen.

13. Op 25 mei 2005 is [verweerster] als getuige gehoord door de rechtbank in de onderhavige (civiele) zaak. Zij heeft onder meer verklaard dat zij met [betrokkene 1] in de auto zat toen zij werden aangereden door [eiser 1], dat [betrokkene 1] na de aanrijding de auto op de middenberm heeft geparkeerd en is uitgestapt om eten te gaan halen en dat ze op dat moment nog geen last van letsel had. Ze heeft verklaard dat ze pas 's avonds last kreeg van hoofdpijn en van de schouders en de nek, dat ze toen de huisartsenpost heeft gebeld en de volgende dag naar de huisarts is gegaan.

14. Op 25 mei 2005 is [betrokkene 1] gehoord als getuige door de rechtbank in de onderhavige (civiele) zaak. Hij heeft, voor zover thans van belang, verklaard dat hij met zijn moeder in de auto zat ten tijde van de aanrijding, dat hij zijn moeder na de aanrijding heeft gevraagd alvast eten te gaan halen terwijl hij de formaliteiten zou afhandelen, dat hij zijn auto na de aanrijding heeft geparkeerd in de middenberm, en dat [eiser 1] zijn auto links van de Nissan heeft geparkeerd.

15. De echtgenoot van [verweerster], de heer [naam], is op 4 februari 2011 als getuige gehoord in de strafzaak tegen [verweerster] en [betrokkene 1]. Hij heeft onder meer verklaard dat [verweerster] hem heeft gebeld dat er een ongeluk was gebeurd, dat zij, nadat ze was thuisgekomen, tegen hem heeft gezegd dat het niet zo goed met haar ging en dat zij de volgende ochtend naar de dokter is gegaan.

16. Ook de dochter van [verweerster], mevrouw [naam], is als getuige gehoord in de strafzaak tegen [verweerster] en [betrokkene 1]. Zij heeft verklaard dat toen zij op 17 september 2001 thuis kwam, zij haar moeder op de bank zag liggen en zag dat zij pijn had, en dat haar moeder toen vertelde over een ongeluk.

17. Op 14 februari 2013 is [verweerster] gehoord in de strafzaak tegen haarzelf en [betrokkene

1]. Ze heeft verklaard dat de Nissan als gevolg van de aanrijding naar voren is geschoten en dat zij na de aanrijding is uitgestapt en weggegaan. Ze heeft, nadat de advocaat-generaal het hof had verzocht een onderzoek te bevelen aangaande meeneed (bij het afleggen van de verklaring bij het hof) en nadat de voorzitter haar nogmaals had voorgehouden dat zij onder ede stond, naar aanleiding van een vraag van het hof wederom verklaard dat zij samen met [betrokkene 1] in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding.

18. [verweerster] heeft in haar schriftelijke verklaring, in haar verklaring aan ITB, in haar verklaring naar de verzekeringsarts en als getuige in de civiele zaak en in de strafzaak, consequent verklaard over de gebeurtenissen op 17 september 2001, namelijk dat zij naast [betrokkene 1] in de Nissan zat toen deze van achteren werd aangereden en dat zij de volgende ochtend last kreeg van klachten. Dit blijkt ook uit de verklaring die zij ten overstaan van het hof heeft afgelegd tijdens de voornoemde comparitie van 12 juni 2015.

Anders dan Allianz c.s. naar voren heeft gebracht, kan zowel de door [verweerster] afgelegde schriftelijke verklaring als haar getuigenverklaring dienen als bewijs. [verweerster] is immers noch in verband met haar eigen schriftelijke verklaring, noch voor haar getuigenverklaring strafrechtelijk veroordeeld, voor zover deze verklaringen betrekking hebben op de vraag of [verweerster] in de Nissan zat. Naar het oordeel van het hof in de strafrechtelijke procedure stond niet als boven redelijke twijfel verheven vast dat [verweerster] niet in de auto zat. [verweerster] is veroordeeld voor meeneed en valsheid in geschrifte voor zover zij heeft verklaard en doen verklaren (samengevat) dat [betrokkene 2], [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), [betrokkene 5] en [betrokkene 6] getuige zijn geweest van de aanrijding. In hoeverre deze veroordelingen afdoen aan de betrouwbaarheid van [verweerster] als getuige en van de overige bewijsstukken komt hierna aan de orde, onder 28.

Aan de betrouwbaarheid van de verklaring van [verweerster] doet in ieder geval niet af de enkele stelling van Allianz c.s. dat de door [verweerster] gestelde reden van uitstappen (eten halen bij de Chinees) niet voor de hand ligt. Voor zover het al niet voor de hand ligt dat [verweerster] rond vier uur 's middags eten is gaan halen, betekent dat nog niet dat het niet juist kan zijn. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat [verweerster] vrijwel direct na de aanrijding is uitgestapt, omdat [verweerster] op dat moment nog geen klachten had. Zij kon er dus van uit gaan dat de aanrijding alleen administratief afgewikkeld hoefde te worden, hetgeen, zo hebben zowel [verweerster] als [betrokkene 1] verklaard, [betrokkene 1] voor zijn rekening zou nemen.

19. Voor [verweerster] als partijgetuige geldt (wat haar getuigenverklaring betreft) de beperking

van artikel 164 lid 2 Rv: haar verklaring kan geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Er is naar het oordeel van het hof voldoende overtuigend aanvullend bewijs. Het hof hecht daarbij bijzonder belang aan de voormelde aantekening op de huisartsenkaart, bezien in combinatie met het ingevulde aanrijdingsformulier. Beide documenten zijn van net na de aanrijding en ondersteunen de verklaring van [verweerster] dat zij als passagier in de Nissan zat en de volgende ochtend klachten had. Het hof hecht ook belang aan het telefoongesprek dat ongeveer een week na de aanrijding heeft plaatsgevonden tussen Zwolsche en [verweerster], waarbij de klachten van [verweerster] aan de orde zijn geweest. Voor de hand ligt dat dit telefoongesprek is gevoerd naar aanleiding van het door [verweerster] ingevulde schadeformulier, in combinatie met het gegeven dat [eiser 1] aansprakelijk is voor de aanrijding en verzekerd was bij Zwolsche. In dit gesprek wordt bevestigd dat [verweerster] bij [betrokkene 1] in de Nissan zat ("Gaaf om zoon en moeder die letsel hebben opgenomen") en dat [verweerster] naar aanleiding van de aanrijding klachten heeft opgelopen. Een bevestiging van de verklaring van [verweerster] vindt het hof ook in de onder 8, 9 en 10 genoemde documenten. Uit al deze documenten volgt een consistente lijn, namelijk dat [verweerster] na een aanrijding op 17 september 2001 whiplashklachten heeft ontwikkeld. Deze consistente lijn wordt bevestigd door de verklaringen van de echtgenoot en dochter van [verweerster]. Als aanvullend bewijs strekt hier ten slotte de schriftelijke verklaring en de getuigenverklaring van [betrokkene 1], die op essentiële elementen de verklaring van [verweerster] ondersteunt. Ook ten aanzien van deze verklaringen geldt dat, anders dan Allianz c.s. naar voren heeft gebracht, [betrokkene 1] niet is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van [verweerster] in de Nissan betreft. Dat [betrokkene 1], als zoon van [verweerster], een belang heeft bij zijn verklaring doet aan de geloofwaardigheid van zijn verklaring niet af, nu zijn verklaring wordt ondersteund door de hiervoor genoemde verklaringen en documenten.

20. Op zichzelf brengt Allianz c.s. terecht naar voren dat het bij vrijwel alle hiervoor genoemde elementen uit de bewijsvoering uiteindelijk gaat om verklaringen van [verweerster] zelf. Zo is de huisarts zelf geen getuige geweest van de aanrijding en de verzekeringsarts evenmin, en moeten zij het doen met wat [verweerster] hen vertelt. Ook het aanrijdingsformulier is uiteindelijk niet meer dan een weergave van de verklaring van [verweerster]. Dat is voor het hof evenwel geen reden aan deze stukken niet de overtuiging te ontnemen dat [verweerster] als passagier in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding. Bij deze overtuiging is voor het hof met name van belang dat [verweerster] zich al de volgende dag bij de huisarts heeft gemeld met letsel dat passend is bij een aanrijding en daar ook over de aanrijding heeft verteld. Als, zoals Allianz c.s. impli-

ceert, deze bij de huisarts afgelegde verklaring onjuist zou zijn (in de zin dat [verweerster] tegen de huisarts heeft gelogen over het letsel en/of de aanrijding), moet [verweerster] dit letsel vrijwel direct na de aanrijding hebben verzonnen, althans hebben verzonnen dat dit letsel is opgetreden bij de aanrijding, en daarbij hebben bedacht om de volgende dag naar de huisarts te gaan om het gefingeerde letsel en/of de gefingeerde betrokkenheid bij de aanrijding te onderbouwen. Er zijn geen aanknopingspunten gesteld of gebleken om van dit scenario, waarbij dus sprake is van een uitgewerkt, vooropgesteld plan om schadevergoeding te verkrijgen, uit te gaan. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat uit de medische stukken voldoende blijkt dat sprake is van consistente whiplash-gerelateerde klachten. Ter comparatie van 12 juni 2015 heeft zij in dit verband nog verklaard dat zij door de huisarts medicijnen kreeg voorgeschreven om de pijn te stillen en naar een caesartherapeut is verwezen, en dat zij drie maanden een nekkraag heeft gedragen om de nek te ontlasten. Voorts betreft het hof hierbij de verklaringen die de man en de dochter van [verweerster] als getuige in de strafzaak hebben afgelegd. Deze getuigen bevestigen dat [verweerster] kort na de aanrijding klachten ontwikkelde en daarmee naar de huisarts is gegaan. Voorts neemt het hof hierbij in aanmerking dat [verweerster] de huisartsenkaart in eerste aanleg niet eens heeft overgelegd als bewijs van haar stelling, omdat zij dit, zo is in hoger beroep naar voren gebracht, niet nodig heeft geacht. Als van een vooropgezet plan in de hiervoor bedoelde zin sprake was geweest, had voor de hand gelegen dat de kaart in eerste aanleg in het geding was gebracht. Ten slotte acht het hof hierbij van belang dat [verweerster] er tot 14 november 2002 nog van uit kon gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden. Aanvankelijk heeft Zwolsche immers op basis van bevoorschotting de letselshade van [verweerster] vergoed. Pas per brief van 14 november 2002 heeft Zwolsche [verweerster] bericht dat zij geen aansprakelijkheid erkent voor de letselshade van [verweerster]. De reden hiervoor was dat [eiser 1] in april 2002 aan zijn verzekeraar had bericht dat er geen passagier was betrokken bij de aanrijding. [verweerster] had derhalve tot november 2002 in beginsel geen reden om valse verklaringen af te leggen, behalve dan voor zover aangenomen zou moeten worden dat het letsel is verzonnen althans is verzonnen dat dit letsel bij de aanrijding is opgetreden. Zoals hiervoor aan de orde kwam heeft het hof daarvoor geen enkele concrete aanwijzing.

21. Tegenover de hiervoor genoemde documenten en verklaringen die de stelling van [verweerster] ondersteunen staan de verklaring van [eiser 1] en van zijn zoon, de heer [betrokkene 8] (hierna: [betrokkene 8]). Zij hebben op 23 september 2002 ([eiser 1]) resp. op 2 oktober 2002 ([betrokkene 8]) aan Zwolsche verklaard dat zij na de aanrijding niemand hebben zien uitstappen. Zwolsche heeft [eiser 1] vervolgens per brief van 4 no-

vember 2002 een aantal aanvullende vragen gesteld, waaronder:

“Heeft u voorafgaande of direct na ongeval een persoon waargenomen op de passagiersstoel? [[eiser 1] vult hierachter met pen in: ‘Nee’]

Bent u direct na ongeval naar het voertuig van [betrokkene 1] gelopen? [[eiser 1] vult hierachter met pen in: ‘ja’]

22. [eiser 1] heeft op 9 december 2002 aan het door Zwolsche ingeschakelde [B] verklaard dat hij direct na de aanrijding is uitgestapt, naar de voorzijde van de Mazda is gelopen om naar eventuele schade te kijken en vervolgens tussen de auto's is doorgelopen naar de rechter zijkant van de Nissan, waar hij niemand aantrof. Vervolgens is hij teruggelopen naar zijn auto, waar hij aan de linkerzijde van de auto [betrokkene 1] aantrof. [eiser 1] heeft daarbij verklaard dat hij niemand heeft zien wegllopen. Ook [betrokkene 8] heeft die dag een verklaring afgelegd aan [B]. Hij heeft verklaard dat hij direct na de aanrijding is uitgestapt, naar de voorzijde van de Mazda is gelopen en zich vervolgens bij zijn vader en [betrokkene 1] heeft gevoegd. Ook hij heeft verklaard niemand te hebben zien uitstappen.

23. [eiser 1] heeft als getuige in de onderhavige (civiele) zaak op 19 augustus 2005 verklaard dat hij na de botsing de auto een stukje naar achteren heeft gereden, daarna direct is uitgestapt, naar voren is gelopen tussen de twee auto's door naar de rechterkant van de Nissan, waar hij niemand zag zitten, dat hij niemand heeft zien uitstappen of wegllopen en dat hij weer naar de achterkant van de Nissan is gelopen en daar [betrokkene 1] trof. [eiser 1] heeft voorts verklaard dat ze enige tijd daarna de auto hebben verplaatst, waarna zij de schadeformulieren zijn gaan invullen.

24. [betrokkene 8] heeft als getuige in de onderhavige (civiele) zaak op 19 augustus 2005 verklaard dat hij en zijn vader direct na de aanrijding zijn uitgestapt, zijn vader naar de linkerkant van de Nissan naar de bestuurder is gelopen en hij via de rechterkant van de Nissan naar de voorkant van die Nissan is gelopen, en dat hij behalve de bestuurder [betrokkene 1] niemand in de Nissan heeft zien zitten en ook niet heeft gezien dat er iemand uitstapte. Hij heeft voorts verklaard dat de auto's niet direct na de aanrijding zijn verplaatst.

25. [eiser 1] is op 14 februari 2013 (door het hof) gehoord in de strafzaak tegen [verweerster] en [betrokkene 1]. Hij heeft aldaar verklaard dat hij na de aanrijding een stukje achteruit is gereden, toen is uitgestapt en via de rechterkant van de Nissan naar de voorkant van de Nissan is gelopen en daar niemand zag zitten. Op een vraag van de advocaat van [verweerster] (mr. Taekema) waarom [eiser 1] via de rechterkant is gelopen heeft hij geantwoord:

“Volgens mij stond het busje [de Nissan, toevoeging hof] nogal dicht tegen de stoeprand aan de linkerzijde van de Claes de Vrieselaan. Waarschijnlijk kon ik daar niet langs lopen. Misschien had het ook wel gekund. Het is allemaal erg lang geleden.”

Op de vraag hoe de Nissan aan de linkerkant van de weg is gekomen heeft [eiser 1] geantwoord:

“Ik hoor de advocaat-generaal zeggen dat ik daaromtrent niet uit eigen waarneming kan verklaren. Mr. Taekema vraagt mij of het busje als gevolg van de aanrijding aan de linkerkant van de weg is terechtgekomen. Nee, ik heb het busje van achteren aangereden. Mr. Taekema merkt op dat de rijstrook ongeveer drie à vier auto's breed is. Die rijstrook is niet zo breed als mr. Taekema zegt. Het is mogelijk om langs een geparkeerd staande auto te rijden. Het is echter niet mogelijk om op de weg te draaien en terug te rijden. Er is daar alleen eenrichtingsverkeer mogelijk. Mr. Taekema vraagt mij wat ik na het moment van de aanrijding als eerste heb gezien. Ik ben ongeveer anderhalve meter naar achteren gereden en vervolgens uitgestapt. Als gevolg van de klap van de aanrijding was de beveiliging van de motorkap afgegaan en was de motorkap omhooggekomen. Hij was in elkaar gedrukt en vervolgens opengeklapt. Ik kon niet over die motorkap heen kijken. (...) Ik ben aan de bestuurderskant van mijn auto, de linkerkant dus, uitgestapt en voorlangs mijn auto via de rechterkant naar de voorkant van het bestelbusje gelopen om met de bestuurder te praten.”

26. Ook [betrokkene 8] is op 14 februari 2013 door het hof in de strafzaak tegen [verweerster] en [betrokkene 1] als getuige gehoord. Hij heeft verklaard dat zijn vader na de aanrijding via de linkerkant, in rechte lijn naar de bestuurder van de Nissan is gelopen, en dat hijzelf via de rechterkant is gelopen. Hij heeft voorts verklaard dat de Nissan aan de linkerkant van de rijstrook van de Claes de Vrieselaan is gestopt, waarbij hij heeft verklaard dat hij niet heeft gezien dat de Nissan is doorgeschoten als gevolg van de aanrijding.

27. De verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] zijn over de mogelijke verplaatsing van de Nissan en over de vraag of en zo ja wanneer [eiser 1] naar de passagierszijde van de Nissan is gelopen, niet consequent. Mede om die reden sluiten de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] de stelling van [verweerster] geenszins uit. Niet kan worden uitgesloten dat [eiser 1], mede door de omhooggekomen motorkap en mede omdat er ook volgens de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] enige tijd is verstreken tussen de aanrijding en het moment dat zij naar de Nissan zijn gelopen, niet heeft gezien dat [verweerster] intussen was uitgestapt en weggegaan. Daarbij is ook van belang dat de aandacht van [eiser 1] op dat moment met name zal zijn uitgegaan naar de schade en de toedracht van het ongeval, en niet zozeer naar de vraag of er iemand als passagier in de auto zat. In dit verband tekent het hof nog aan dat [eiser 1] (als getuige bij de rechtbank) onder meer heeft verklaard dat hij na het ongeval wilde gaan kijken of er iemand was aangereden door het busje en dat hij – voordat de politie was gekomen – de schade aan de voertuigen heeft bekeken. Nu de verklaring van [betrokkene 8] niet tot een ander oordeel leidt kan in het midden

blijven of, zoals [verweerster] betwist, hij bij zijn vader in de auto zat ten tijde van de aanrijding.

28. Zoals uit het voorgaande volgt betreft het hof bij het bewijsoordeel niet de verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 6]. Of zij wel of niet de aanrijding hebben gezien en wel of niet [verweerster] hebben zien uitstappen althans weglopen na de aanrijding is voor de bewijsbeoordeling niet relevant. Het hof acht immers op grond van de hiervoor genoemde stukken en verklaringen voldoende overtuigend bevestigd dat [verweerster] ten tijde van de aanrijding in de Nissan zat. Het hof ziet geen aanleiding voor een ander oordeel omdat [verweerster], [betrokkene 1] en [betrokkene 3] zijn veroordeeld voor meened en (uitlokking van) valsheid in geschrifte in verband met de (schriftelijke) verklaringen van genoemde vier personen. Hierbij is voor het hof met name van belang dat deze getuigen, volgens de getuigenverklaring van [verweerster] op 25 mei 2005 en ook volgens de schriftelijke verklaring van [betrokkene 3] van 6 september 2004 (zoals overgelegd als productie 21 bij conclusie van repliek) eind 2002 door [verweerster] zijn benaderd, nadat [verweerster] de brief van Zwolsche (van 14 november 2002) had ontvangen waarin de aansprakelijkheid voor het letsel van [verweerster] van de hand werd gewezen. Zoals hiervoor aan de orde kwam acht het hof voor het oordeel dat de stelling van [verweerster] is bewezen met name van belang verklaringen (vastgelegd in documenten) die voor die tijd zijn afgelegd, op een moment dat [verweerster] er nog van uit mocht gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden.

29. Allianz c.s. heeft zich overigens nog op het standpunt gesteld dat [verweerster] misbruik maakt van procesrecht doordat zij zich beroept op “bewijsstukken waarvan hetzij vast staat dat die vals zijn, hetzij waarvan [verweerster] weet, of redelijkerwijs moet weten dat die bewijsstukken niet juist zijn of niet juist kunnen zijn”. Allianz c.s. heeft die stelling verder niet gespecificeerd. Voor zover Allianz c.s. hierbij het oog heeft op de schriftelijke verklaringen en getuigenverklaringen ten aanzien waarvan [verweerster] en [betrokkene 1] zijn veroordeeld wegens (aanzetten tot) valsheid in geschrifte en meened, wordt aan dit verweer voorbij gegaan omdat het hof deze verklaringen niet bij de bewijsbeoordeling heeft betrokken. Voor zover Allianz c.s. hier andere stukken bedoelt die wel zijn betrokken in de bewijsbeoordeling heeft Allianz c.s. niets gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het gaat om vals opgemaakte stukken. Voor zover Allianz c.s. bedoelt dat deze stukken zijn gebaseerd op verklaringen van [verweerster] en die verklaringen vals (in de zin van gelogen) zijn, wordt verworpen naar hetgeen onder 20 is overwogen. Het hierop betrekking hebbende bewijsaanbod van Allianz c.s. zal worden gepasseerd, nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding geven.

30. De conclusie is dat als vaststaand wordt aangenomen dat [verweerster] als passagier in de Nissan zat toen deze werd aangereden door de Mazda. Voor de vordering van [verweerster] tot verwijzing naar de schade staat betekent dat het volgende. Allianz c.s. heeft zowel de schade als het causaal verband tussen de schade en het ongeval betwist. Voor verwijzing naar de schade staat is (noodzakelijk maar ook) voldoende dat aannemelijk is dat er schade is geleden als gevolg van de aanrijding. Naar het oordeel van het hof is op grond van de overgelegde stukken voldoende aannemelijk dat [verweerster] schade heeft geleden als gevolg van de aanrijding. Dit volgt uit de huisartsenkaart, de rapportage van de verzekeringsarts van 20 februari 2002, de brieven van het UWV van 1 maart 2002 en van 27 juni 2002, en de verklaring van de FARR van 25 juli 2006. De verweren van Allianz tegen de schade en het causaal verband tussen de aanrijding en de schade kunnen voor het overige aan de orde komen in de schadestaatprocedure. Ook de gevorderde wettelijke rente kan in de schadestaatprocedure worden beoordeeld.

31. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven. Nu [eiser 1] aansprakelijk is voor het ongeval en [eiser 1] ten tijde van het ongeval verzekerd was bij Allianz, zal de gevraagde verwijzing naar de schade staat worden toegewezen. [verweerster] heeft bij die stand van zaken geen belang bij behandeling van de grieven 1, 3, 9 en 10.

32. Allianz c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten in eerste aanleg worden veroordeeld, alsmede in de proceskosten in hoger beroep. Wat de proceskosten in eerste aanleg betreft zal de taxe van de getuige [betrokkene 5] voor rekening van [verweerster] blijven, in verband met de strafrechtelijke veroordeling in dit verband. De gevorderde nakosten zijn toewijsbaar als in het dictum vermeld. De vordering van [verweerster] tot terugbetaling van hetgeen zij uit hoofde van het vonnis van de rechtbank aan Allianz c.s. heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het moment van betaling, zal als door Allianz c.s. inhoudelijk niet bestreden worden toegewezen.

Cassatiemiddel:

Allianz c.s. voeren tegen het eindarrest het volgende middel van cassatie aan:

Schending van het recht en/of verzuim van wettelijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in het eindarrest is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden.

A. Inleiding

A.1. Vaststaande feitelijke toedracht¹

a. In deze zaak vordert [verweerster] vergoeding – geheel en uitsluitend op te maken bij staat – voor door haar als beweerd passagier van een door haar zoon [betrokkene 1] bestuurd busje ten gevolge van een aanrijding in Rotterdam op 17 september 2001 ondervonden whiplash-letsel en de daaruit voortvloeiende materiële en immateriële schade.

b. [eiser 1] (hierna ook: senior) was de bestuurder van de auto die achterop het busje van [betrokkene 1] is gereden en Allianz (als rechtsopvolger van Zwolsche Algemeene Schadeverzekering N.V.²) de WAM-verzekeraar van diens auto. De schade aan het busje ad circa f 800 is door Allianz vergoed.³ Ter zake van [verweerster]s beweerd letselschade heeft Allianz, zonder ter zake aansprakelijkheid te erkennen, voorschotten van in totaal f 2.500 en € 5.000 betaald.⁴

c. Nadat [eiser 1] – naast Allianz – bij brief d.d. 12 april 2002 voor het eerst in privé tot schadevergoeding namens [verweerster] was aangesproken,⁵ hebben hij en zijn destijds met hem meerijsende zoon (hierna ook: junior) aan Allianz resp. het door haar ingeschakelde onderzoeksbureau⁶ verklaard – en zulks naderhand als beëdigde getuigen bevestigd – dat er volgens hen na de botsing geen persoon uit [betrokkene 1]s busje is gestapt en weggelopen.⁷

d. Naar aanleiding van de daardoor ingegeven weigering van Allianz om nog letselschade aan [verweerster] te vergoeden, hebben [verweerster] en [betrokkene 1] vervolgens [betrokkene 2] en [betrokkene 3] benaderd. Deze beide kennissen van [verweerster] en [betrokkene 1] hebben vervolgens op 15 november 2002 – na vooroverleg met [verweerster]⁸ – als beweerd getuigen schriftelijk in identieke bewoordingen verklaard dat zij, in dezelfde auto gezeten, de botsing hebben zien gebeuren, vervolgens [verweerster] uit het busje hebben zien stappen en zien weglopen, waarna door hen nog aan [verweerster] is gevraagd of zij hulp behoefde.⁹

1 Deze feiten zijn voornamelijk ontleend aan TA rov. 3, 6 en 16–19, alsmede EA rov. 5–17 en 21–26.

2 Eenvoudshalve wordt ook De Zwolsche hierna als Allianz aangeduid.

3 Zie CvA § 5.5 jo. A-prod. 5 en 6.

4 TA rov. 3 sub e; zie voorts Rb TV rov. 5.2, in appel onbestreden.

5 Zie A-prod. 8 bij CvA.

6 [B], m.n. handelende via haar onderzoeker dhr. [Allianz' onderzoeker]; hierna kort: 'Allianz' onderzoeker'.

7 Zie Rb EV rov. 2.10.4/5 en 2.14; voorts EA rov. 21 e.v. Zie voor de eerste voor Allianz' onderzoeker afgelegde schriftelijke verklaringen van senior d.d. 23 september 2002 resp. junior d.d. 2 oktober 2002 A-producties 11a en 11b bij CvA. Beiden legden een nadere verklaring af op 9 december 2002 (A-prod. 14 bij CvA). Hun beëdigde getuigenverklaringen zijn te vinden in het civiele enquête-P-V d.d. 19 augustus 2005, A-prod. 35–36 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013 en in de strafzaak in het zitting-P-V d.d. 14 februari 2013, p. 7–17, N-prod. bij MnC d.d. 25 augustus 2015.

8 Zie MvA § 17 met citaat uit het P-V van [verweerster]s getuigenverhoor op 25 mei 2005, overgelegd als N-prod. 32 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

9 Zie N-prod. 1 en 2 bij inl. dagv.

[verweerster] en [betrokkene 1] hebben deze en hun eigen hiermee overeenstemmende verklaringen van 16 en 17 november 2002 op 18 november 2002 door [verweerster]s advocaat aan Allianz laten toesturen.¹⁰

e. Bij kortgedingdagvaarding van 2 april 2003 heeft [verweerster] van [eiser 1] en Allianz een voorschot van € 5.000 gevorderd onder overlegging van de onder d genoemde verklaringen alsmede van twee nieuwe, zakelijk hiermee overeenstemmende verklaringen van een nicht resp. een kennis van [verweerster] en [betrokkene 1] – [betrokkene 5] en [betrokkene 6] – van 12 resp. 6 december 2002, die ook weer vooraf met [verweerster] zijn afgestemd.¹¹ Dit kort geding is – na herhaaldelijk verzoekt beraad (zonder uitsluitel) zijdens [verweerster] – ambtshalve door de rechtbank geroyeerd.¹²

f. De onderhavige bodemprocedure is door [verweerster] ingeleid met een dagvaarding van 14 mei 2004. Daarbij heeft zij als producties 1 t/m 4 de hierboven onder d en e genoemde verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 6] overgelegd, alsmede bij repliek (producties 2 t/m 5) nadere verklaringen van [betrokkene 5] en [betrokkene 3], alsmede van haarzelf en haar zoon [betrokkene 1].¹³

g. [betrokkene 5] en [betrokkene 6] hebben hun verklaringen als door [verweerster] voorgedragen getuigen bevestigd in een op 10 maart 2005 gehouden enquête.¹⁴ Deze verklaringen zijn door [verweerster] en [betrokkene 1] onder ede in de voortgezette enquête op 25 mei 2005 voor de rechtbank bevestigd, net als de sub d bedoelde verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 3].¹⁵

h. Bij brief van 6 september 2004 heeft [betrokkene 2] verklaard dat hij door [verweerster] – met vooruitzicht op een beloning – was overgehaald om een valse verklaring af te leggen over haar betrokkenheid bij het ongeval en zijn waarneming daarvan. Zijn verklaring – inhoudende dat zijn eerdere verklaring vals was – heeft [betrokkene 2] aan Allianz' onderzoeker op 16 september 2004 mondeling en schriftelijk bevestigd.¹⁶

i. [verweerster] heeft zich nog beroepen op een *beweerde* verklaring van [betrokkene 2] in een brief van 27 september 2004 aan o.a. haar eigen advocaat, waarin [betrokkene 2] de valsheid van zijn eerder op verzoek van [verweerster] afgelegde verklaring zou hebben ontkend. Echter, in een door

[betrokkene 2] op 8 oktober 2004 aan Allianz' onderzoeker afgelegde verklaring bevestigt [betrokkene 2] dat die brief van 27 september 2004 niet door hem is opgesteld en dat ook de daaronder geplaatste handtekening niet van hem is.¹⁷

j. Op 24 augustus en 2 september 2005 heeft ook [betrokkene 6] aan Allianz' onderzoeker resp. aan de politie verklaard dat de door haar eerder schriftelijk en later onder ede afgelegde verklaringen inzake haar waarneming van de botsing (enz.) vals waren en dat zij die op verzoek van [verweerster] had afgelegd.¹⁸

k. [betrokkene 5] heeft op 25 augustus 2005 en 10 april 2007 aan Allianz' onderzoeker eveneens verklaard dat zij op verzoek van [verweerster] valse verklaringen over de aanrijding heeft afgelegd.¹⁹ Zij is op 5 juli 2007 door de Rechtbank Rotterdam ter zake van haar eerdere schriftelijke verklaringen veroordeeld voor het plegen van valsheid in geschrift en voor meenede gepleegd bij haar hierboven genoemde getuigenverhoor door de civiele kamer van de rechtbank.²⁰

l. [betrokkene 2] is op 13 februari 2007 door de rechtbank te Rotterdam onder meer veroordeeld voor medeplichtigheid aan valsheid in geschrift ter zake van zijn eerste verklaring (zie sub d hierboven) waarin hij zijn waarneming 'in groepsverband' van de botsing en het contact met [verweerster] had vastgelegd.²¹

m. [verweerster] en haar zoon [betrokkene 1] zijn beiden bij vonnissen van 25 oktober 2007 door de rechtbank te Rotterdam veroordeeld wegens het medeplegen van valsheid in geschrift en oplichting, het plegen van meenede en het uitlokken ervan. Deze veroordelingen hadden betrekking op zowel hun uitlokking en bevestiging van de verklaringen van [betrokkene 5], [betrokkene 6], [betrokkene 2] en [betrokkene 3], als op hun eigen verklaringen dat [verweerster] als passagier van het busje bij de botsing betrokken was.²²

n. [betrokkene 5] en [betrokkene 2] hebben geen hoger beroep ingesteld tegen hun veroordeling. [verweerster] en, haar zoon [betrokkene 1] hebben dat wel gedaan. Het hof heeft hen bij arres-

10 Zie TA rov. 3 sub j en o.a. N-prod. 1 (a-f) bij MvG.

11 Zie N-prod. 3 en 4 bij inl. dagv. en N-prod. 1 bij MvG. Zij zouden beiden bij [betrokkene 2] en [betrokkene 3] in de auto hebben gezeten en hetzelfde hebben gezien als deze twee vrienden van hen en [betrokkene 1]. Zie voorts de vindplaatsen in voetnoot 8 hierboven.

12 Zie CvA § 1.3 jo. N-prod. 1 en 2.

13 Dezelfde verklaringen als reeds genoemd onder d, slot.

14 Zie het enquête-P-V, A-prod. 30 en 31 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

15 Zie het enquête-P-V, A-prod. 32 en 33 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

16 Zie – ook voor het hierna sub i gestelde – CvD § 3 jo. A-prod. 23 t/m 28.

17 Zie voetnoot 16.

18 Zie A-prod. 40 en 41 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013; zie voorts voetnoot 8 hierboven.

19 Zie N-prod. 42 en 43 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

20 Zie sub e en f hierboven; zie voorts A-prod. 38 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

21 Zie A-prod. 39 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

22 Zie voor de strafrechtelijke veroordelingen van [betrokkene 5], [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 1] en [verweerster] zelf A-prod. 37, 38, 39, 44 en 45 bij A-CnE. [betrokkene 3], die door de rechtbank voor zijn schriftelijke verklaring d.d. 15 november 2002 was veroordeeld, is door het hof vrijgesproken. Voor Allianz c.s. is dit in zoverre raadselachtig nu vaststaat dat [betrokkene 3] niet samen met [betrokkene 5], [betrokkene 6] en [betrokkene 2] vanuit een auto de botsing heeft waargenomen en [verweerster] daarop het busje heeft zien verlaten. De verklaring voor de vrijspraak in appel is waarschijnlijk dat [betrokkene 3] aan schizofrenie lijdt; zie het Hof P-V in de strafzaak d.d. 14 februari 2013, p. 3 e.v., overgelegd bij N-Memorie na comparitie d.d. 25 augustus 2015.

ten van 17 oktober 2013 beiden vrijgesproken ter zake van valsheid in geschrift, meened en oplichting, doch *uitsluitend* voor wat betreft hun verklaring dat [verweerster] als passagier in [betrokkene 1]'s busje zat op het moment dat dit werd aangereiden door [eiser 1]. Het hof heeft deze vrijpraak gemotiveerd met de overweging dat het *'mede gelet op de hierover door de getuige [eiser 1] en [betrokkene 8] afgelegde verklaringen niet als boven redelijke twijfel verheven kan uitsluiten dat [verweerster] bij [betrokkene 1] toen [bij de botsing] als passagier in de auto van [betrokkene 1] heeft gezeten.*²³

o. [eiser 1] senior en junior zijn beiden door de rechtbank in eerste aanleg op 19 augustus 2005 als getuigen in de contra-enquête gehoord. Zij hebben beiden, overeenkomstig hun eerder aan Allianz' onderzoeker afgelegde verklaringen,²⁴ getuigd dat zij (vrijwel) direct na de aanrijding uit de auto zijn gestapt en naar het busje zijn gelopen en geen passagier hebben zien zitten, uitstappen of weglopen. Senior heeft als getuige in de strafzaak op 14 februari 2013 verklaard dat hij na de botsing ongeveer 1 à 1½ meter achteruit is gereden, dat zijn motorkap door de botsing omhoog was geklapt, waar hij niet overheen kon kijken en dat hij rechts langs het busje naar de cabine was gelopen. Junior heeft verklaard dat hij wel over de motorkap kon kijken en dat hij zelf rechts en zijn vader links langs het busje was gelopen.²⁵

p. In de strafzaak zijn op 4 februari 2011 ook de echtgenoot en dochter van [verweerster] als getuigen gehoord.²⁶ Beiden verklaren dat [verweerster] zich al bij haar thuiskomst op 17 september 2001 niet goed voelde resp. pijn had. [verweerster] zelf heeft echter vaker verklaard dat zij pas de volgende dag klachten kreeg.²⁷

A.2. Het eerdere procesverloop

q. In de eerste aanleg van deze procedure heeft de rechtbank — na een opschorting van de (contra-)enquête in verband met de verdenking van oplichting, valsheid in geschrift en meened door o.a. [verweerster] en [betrokkene 1], leidende tot aangifte hiervan door de rechtbank zelf — bij eindvonnis van 19 februari 2014 de vorderingen van [verweerster] integraal afgewezen.²⁸ Daarbij heeft

de rechtbank onder meer zwaar gewicht toegekend aan:

(i) de op [verweerster] ex art. 150 Rv rustende bewijslast;

(ii) de beperkte bewijskracht van [verweerster]'s eigen getuigenverklaringen op grond van art. 164 lid 2 Rv;

(iii) de onherroepelijke veroordelingen door de strafrechter van [betrokkene 2] en [betrokkene 5], naast de erkenning door [betrokkene 6] van de valsheid van haar eigen schriftelijke verklaring ten overstaan van Allianz' onderzoeker en de politie;

(iv) de niet door [betrokkene 3] resp. [betrokkene 2] ondertekende stukken die door [verweerster] bij conclusie na enquête zijn overgelegd (d.d. 8 april 2005 resp. 28 december 2005) met als suggestie dat [betrokkene 2] zou zijn omgekocht en bedreigd door Allianz en dat [betrokkene 2] op zijn beurt [betrokkene 3] zou hebben bedreigd;

(v) de geloofwaardigheid en belangeloosheid van de verklaringen van [eiser 1] senior en junior.

r. Het hof beslist in EA rov. 4 en 30 dat [verweerster] — met inachtneming van de ex art. 150 Rv op haar rustende bewijslast en van de door art. 164 lid 2 Rv beperkte bewijskracht van haar eigen getuigenverklaringen — voldaan heeft aan haar bewijslast. Dit oordeel motiveert het hof in zijn eindarrest — kort samengevat — als volgt:

(i) rov. 5: Op de achterzijde van het aanrijdingsformulier heeft [verweerster] zelf kort na de ongevalsdag ingevuld dat zij ten gevolge van de botsing een kneuzing heeft aan schouder, rug en nek, en daarom de volgende dag de huisarts heeft bezocht;²⁹

(ii) rov. 6: [verweerster]'s huisarts heeft op haar patiëntenkaart op 18 september 2001 ingevuld: 'S. Van achter aangereden. Vandaag last van rug/schouders/hoofdpijn. O. 'Whiplash'.³⁰

(iii) rov. 7: In een telefoonnotitie van een Allianz-medewerker d.d. 26 september 2001 staat o.a. vermeld dat [verweerster] opgeeft: 'pijn elleboog, nek, schouder, rug, bij vlagen hevige hoofdpijn'.³¹

(iv) rov. 8: In de rapportage van ITEB d.d. 30 oktober 2001 staat vermeld (p. 2):

'Na de aanrijding was gelaedeerde erg geschrokken. Op dat moment waren er nog geen lichamelijke klachten. De volgende ochtend werd gelaedeerde wakker met een pijnlijke stijve nek, rug en schouders. Tevens was er sprake van

23 Zie voor deze deels 'verminderde' veroordelingen van [verweerster] en [betrokkene 1] in de straffappellen: TA rov. 16 en prod. 27 bij MvG resp. prod. 1 bij MvA.

24 Zie voor de vindplaatsen voetnoot 7 hierboven.

25 [verweerster] en [betrokkene 1] hebben betwist dat Junior in de auto van zijn vader heeft gezeten en hen aldus van meened beschuldigd. Het hof heeft — anders dan de rechtbank — de aanwezigheid van Junior in het midden gelaten (zie Rb EV rov. 2.10.5 en 2.14 tegenover Hof EA rov. 27, slot).

26 Zie N-prod. 2 en 3 bij MvG.

27 Zie o.a. de huisartskaart van 18 september 2001 (N-prod. 2 bij N-akte d.d. 12 juni 2015); het ITEB-rapport van 30 oktober/2 november 2001 (N-prod. 29 bij MvG); het rapport van de verzekeringsarts d.d. 20 februari 2002 (N-prod. 7 bij MvG).

28 Weliswaar dateren de iets mildere oordelen in het straffappel van [verweerster] en [betrokkene 1] gegeven van oktober 2013, maar de civiele stukkenwisseling was al op 24 juli 2013 voltooid.

29 Zie o.a. N-prod. 12 bij MvG.

30 Zie N-prod. 2 bij N-Akte d.d. 12 juni 2015.

31 Zie bijlage 1 bij enquête-P-V d.d. 25 mei 2005, A-prod. 32/33 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013. In dit telefoonbericht staat tevens: 'Zal al thuis. Ruim zes mnd AO i.v.m. allergie aan beide knieën. Daardoor stijve knieën. Zij werkte inmiddels op arbeidstherap. basis 2 ochtenden p/w. De knieklachten waren inmiddels geweken. De werkzaamheden op arbeidstherap. basis waren erop gericht om te wennen aan een fulltime werkweek van 37 uur. Mel de bedrijfsarts was afgesproken dat zij m.i.v. 1-10-2001 volledig haar werk zou hervatten.' Zie evenzo prod. 11 bij N-Akte d.d. 12 juni 2015.

hoofdpijn. Dezelfde dag werd de huisarts gecon-
sulteerd.³²

(v) rov. 9: Op 15 februari 2002 heeft [verweer-
ster] aan haar toen nieuwe huisarts verteld dat ze
een whiplashtrauma heeft doorgemaakt bij een au-
to-ongeval.³³

(vi) rov. 10: In een rapportage van de algemeen
verzekeringsarts (UWV) in het kader van de WAO
d.d. 20 februari 2002³⁴ staat als diagnose: *'somato-
forme pijnstoornis na whiplash (primair een forse
psychiatrisch/psychische component in de ervaren on-
vermogens)* en voorts *'(...) aanvankelijk arbeidson-
geschikt sedert 21-02-2001 wegens epicondylitis late-
ralis klachten links [tennisarm] welke volledig
herstelden middels rust en injecties, zodat ze eind au-
gustus/begin september na een geleidelijke eerdere
hervatting twee weken volledig in eigen werk werkte.
Echter nadien door een verkeersongeval volledig uit-
gevallen met whiplashklachten (...) Daags na trauma
in september 2001 ontwikkelde belanghebbende nek-
klachten, pijn in de nek (...) Betrokkene zat naast be-
stuurder (auto zoon) toen ze stil-0 staand voor stop-
licht in centrum Rdam van rechtsachter werd
aangereden. Aanvankelijk geen pijn, pas dag erop,
welke sindsdien alleen maar erger is geworden.'*

(vii) rov. 11 en 12: Zoon [betrokkene 1] heeft op
16 november 2002 schriftelijk verklaard dat [ver-
weester] tijdens de botsing bij hem in de auto zat
en daarna is uitgestapt om eten te halen bij de Chi-
nees. Op 17 november 2002 heeft [verweester] zelf
de verklaring van haar zoon (hierboven) bevestigd.³⁵

(viii) rov. 13: [verweester] heeft als getuige op
25 mei 2005 in deze zaak verklaard als hierboven
(sub (vii)) reeds weergegeven, ook dat [betrokkene
1] dadelijk na de aanrijding het busje op de midden-
berm heeft geparkeerd en dat zij 's avonds last kreeg
van hoofdpijn en van de schouders en nek, toen de
huisartsenpost heeft gebeld en de volgende dag
naar de huisarts is gegaan.³⁶

(ix) rov. 14: [betrokkene 1] heeft op 25 mei
2005, eveneens als getuige in deze zaak, in dezelfde
zin als [verweester] verklaard (zie hierboven) en te-
vens dat [eiser 1] zijn auto links van het busje heeft
geparkeerd.³⁷

(x) rov. 15 en 16: Zowel de echtgenoot als de
dochter van [verweester] hebben op 4 februari
2011 als getuige in de strafzaak verklaard dat [ver-

weester] toen ze in de middag van 17 september
2001 thuis was gekomen, hun verteld heeft over de
botsing en dat ze zich niet goed voelde resp. met
pijn op de bank lag.³⁸

(xi) rov. 17: Toen [verweester] op 14 februari
2013 is gehoord in de strafzaak heeft zij in essentie
— maar zeker niet integraal — haar eerdere verkla-
ringen over de toedracht van de botsing herhaald
alsmede dat [betrokkene 8] junior die dag er niet bij
was en dat het die middag niet regende, alsook dat
zij [eiser 1] senior naast de auto tegen haar zoon
heeft zien schelden. Voor het overige beriep zij zich
op haar verschoningsrecht en handhaafde zij haar
verklaring na een waarschuwing van de advo-
caat-generaal en voorzitter inzake meeneed.³⁹

(xii) rov. 18: Het hof vat hier samen: [verweer-
ster] heeft in haar schriftelijke verklaring (RSM:
17 november 2002), in haar verklaringen aan ITEB,
aan de verzekeringsarts, tijdens de comparitie van
12 juni 2015 en als getuige in de civiele zaak en in de
strafzaak consequent verklaard over de gebeurte-
nissen op 17 september, namelijk dat zij naast haar
zoon in het busje zat toen dit werd aangereden en
dat zij pas de volgende ochtend last kreeg van klach-
ten.

In rov. 18 overweegt het hof tevens dat de eigen ver-
klaringen van [verweester] als bewijs kunnen die-
nen, nu zij daarvoor niet strafrechtelijk is veroor-
deeld voor *zover* het betreft de vraag of zij in het
busje zat, hetgeen immers volgens het hof in de
strafzaak niet buiten redelijke twijfel verheven kan
warden uitgesloten. Zij is (slechts) veroordeeld voor
meeneed en valsheid in geschrift resp. het uitlokken
hiervan, voor zover zij heeft verklaard en doen ver-
klaren dat het door haar geïntroduceerde 'vortal'
getuige is geweest van de aanrijding. Voor de vraag
in hoeverre deze veroordelingen afdoen aan de be-
trouwbaarheid van haar als getuige en van de overige
bewijsstukken verwijst het hof naar rov. 28 (zie
onder (xvi) hierna).

Aan de betrouwbaarheid van [verweester]s verklar-
ing doet — volgens het hof — in elk geval niet af dat
volgens Allianz de door haar gestelde reden van uit-
stappen (eten halen) niet voor de hand ligt, nu dat
niet betekent dat dit niet juist kan zijn, temeer nu
[verweester] verklaard heeft waarom zij zo vroeg
eten ging halen, zij op dat moment nog geen klach-
ten had en ervan uit kon gaan dat [betrokkene 1] de
administratieve afwikkeling van de aanrijding zou
verzorgen

(xiii) rov. 19: Voor de toepassing van de uitzon-
dering in art. 164 lid 2 Rv in [verweester]s voordeel
verwijst het hof naar het zijns inziens 'voldoende
overtuigend aanvullend bewijs': de aantekening op
de huisartsenkaart; haar invulling van het aanrij-
dingsformulier; het telefoongesprek met een mede-

32 Zie N-prod. 29 bij MvG. Op p. 4 staat nog vermeld: 'In verband met de allergieklacht en de daaropvolgende knieklachten heeft gelaedeerde zich in april 2001 ziek gemeld. (...) Gelaedeerde stelt dat de klachten omstreeks juli/augustus waren verdwenen en in eerste instantie deelt zij mee dat zij zich per september 2001 weer volledig beter had gemeld. Gelet op uw telefoonnotitie heb ik nog enigszins doorgevraagd. Het blijkt dat gelaedeerde vanaf september zelf haar uren mocht inde-
len om uiteindelijk te komen tot een volledige werkhervat-
ting (...)'

33 Zie brief van de nieuwe huisarts d.d. 17 april 2015, N-prod. 1
bij N-Akte d.d. 12 juni 2015.

34 Prod. 7 bij MvG = prod. 3 bij N-Akte d.d. 12 juni 2015.

35 Zie N-producties 4 en 5 bij CvR.

36 Zie A-prod. 32 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

37 Zie A-prod. 33 bij A-CnE d.d. 20 februari 2013.

38 Zie N-prod. 3 en 4 bij MvG.

39 Zie het zitting-P-V bij het hof, m.n. p. 18, overgelegd bij
N-MnC d.d. 25 augustus 2015. Opvallend is onder meer dat
[verweester] hier verklaart dat ze is uitgestapt om bood-
schappen voor haar aanstaande verjaardagsfeest te gaan doen
(niet Chinees eten halen).

werker van Allianz van 26 september 2001; de in rov. 8, 9 en 10 genoemde documenten; de verklaringen van haar echtgenoot en dochter vermeld in rov. 15 en 16; en de schriftelijke verklaring (van 16 november 2002) van haar zoon [betrokkene 1], waarbij van belang is dat [betrokkene 1] niet veroordeeld is ter zake van zijn verklaring dat [verweerster] bij de botsing in het busje zat, terwijl het feit dat hij de zoon van [verweerster] is, niet aan de geloofwaardigheid van zijn verklaring afdoet nu die wordt ondersteund door de hiervoor genoemde verklaringen en documenten.

(xiv) rov. 20: Aan zijn bewijsoordeel ten gunste van [verweerster] doet volgens het hof niet af dat het, zoals Allianz op zich terecht heeft aangevoerd, bij vrijwel alle in rov. 5 t/m 17 genoemde bewijselementen uiteindelijk gaat om verklaringen van [verweerster] zelf. Daartoe acht het hof met name van belang dat [verweerster] zich al de volgende dag bij haar huisarts heeft gemeld met letsel dat past bij een aanrijding, terwijl er geen aanknopingspunten zijn gesteld of gebleken om een scenario aan te nemen waarin [verweerster] dit letsel als aanrijdingsgevolg vrijwel direct na de botsing zou hebben verzonnen en met een uitgewerkt, vooropgesteld plan om schadevergoeding te verkrijgen naar de huisarts is gegaan.

Daarbij neemt het hof tevens in aanmerking dat uit de medische stukken voldoende blijkt van consistente whiplash-gerelateerde klachten en dito behandelingen, naast de verklaringen van haar echtgenoot en dochter.

Voorts acht het hof hiervoor van belang dat [verweerster] de huisartsenkaart in eerste aanleg niet heeft overgelegd, hetgeen volgens het hof in tegenspraak is met het door Allianz gestelde bedrog-scenario. Bovendien, aldus het hof, kon [verweerster] vanwege de reeds aan haar verstrekte voorschotten er tot medio november 2002 nog van uitgaan dat Allianz haar schade zou blijven vergoeden, zodat zij – vóór de afwijzende reactie van Allianz naar aanleiding van de verklaringen van [eiser 1] – in beginsel geen reden had om valse verklaringen af te leggen, behalve dan voor zover Allianz' bedrogscenario aangenomen zou moeten worden, waarvoor echter geen concrete aanwijzing bestaat.

(xv) rov. 21 t/m 27: Tegenover de eerdergenoemde documenten en verklaringen die [verweerster]s stelling ondersteunen, staan de schriftelijke verklaringen van [eiser 1] senior en junior d.d. 23 september, 2 oktober, 4 november en 9 december 2002, en hun getuigenverklaringen in de civiele zaak van 19 augustus 2005 resp. in de strafzaak van 24 februari 2013. Beiden hebben steeds verklaard dat er volgens hen geen passagier in het busje was resp. dat zij na de botsing niemand hebben zien uitstappen, terwijl zij volgens hun verklaring vrijwel direct na de botsing naar de voorkant van het busje

zijn gelopen.⁴⁰ [eiser 1] senior en junior hebben voorts beiden verklaard dat de motorkap van hun auto door de botsing omhoog is geschoten; volgens hun eigen verklaringen kon senior hier niet overheen kijken en junior wel.

Het hof kent in rov. 27 per saldo geen doorslaggevende betekenis toe aan de verklaringen van [eiser 1] senior en junior omdat zij onderling niet consequent zijn over de vraag langs welke kant [eiser 1] senior naar het busje is gelopen (volgens senior langs rechts; volgens junior langs links), terwijl niet kan worden uitgesloten dat zij [verweerster] niet hebben opgemerkt vanwege i) de opstaande motorkap, ii) het tijdsverloop tussen de aanrijding en het moment dat zij naar het busje zijn gelopen en iii) het eerder uitgaan van de aandacht naar de schade en toedracht van de botsing dan naar een eventuele passagier van het busje.

Overigens laat het hof in het midden of junior überhaupt bij de botsing aanwezig is geweest – hetgeen [verweerster] en [betrokkene 1] betwisten – nu juniors verklaring volgens het hof niet tot een ander (eind)oordeel leidt.

(xvi) rov. 28 en 29: Het hof benadrukt hier dat het bij zijn bewijsoordeel niet de verklaringen betrekt van [betrokkene 3], [betrokkene 2], [betrokkene 5] en [betrokkene 6], noch die van [verweerster] zelf en haar zoon [betrokkene 1], voor zover die betrekking hebben op de vraag of dit viertal al dan niet [verweerster] na de botsing uit het busje heeft zien stappen, noch het feit dat [verweerster] en [betrokkene 1] zijn veroordeeld wegens (aanzetten tot) valsheid in geschrift en meeneed ter zake van (hun bevestiging van) de verklaringen van dit viertal. Het hof geeft hiervoor als reden dat [verweerster] dit viertal pas eind 2002 heeft benaderd – naar aanleiding van de gewijzigde opstelling van Allianz in haar brief d.d. 14 november 2002 – terwijl het hof zijn oordeel dat de stelling van [verweerster] is bewezen met name stoelt op verklaringen (vastgelegd in documenten) die, voordien zijn afgelegd, dus toen [verweerster] er nog van uit mocht gaan dat Allianz haar schade zou vergoeden.

Aan Allianz' verwijt aan [verweerster] van misbruik van procesrecht (kort gezegd: desbewust beroep op valse bewijsstukken), gaat het hof voorbij omdat het die volgens Allianz valse verklaringen niet bij zijn bewijsoordeling heeft betrokken. Voor het overige verwijst het hof voor dit punt naar zijn rov. 20 (zie sub (xiv) hierboven) en passeert het Allianz' bewijsaanbod ter zake, nu zij niets heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het bij de wel voor zijn bewijsoordeel gebruikte stukken gaat om vals opgemaakte stukken gaat of om stukken die gebaseerd zijn op valse verklaringen van [verweerster], terwijl Allianz geen feiten heeft gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding geven.

⁴⁰ [eiser 1] senior heeft verklaard dat hij na de botsing circa 1½ meter achteruit is gereden. [betrokkene 1] heeft verklaard dat hij het busje links op de middenberm/stoep had gezet en dat [eiser 1] zijn auto links daarnaast heeft geplaatst.

B. Klachten

Schending althans ontoereikend gemotiveerde toepassing van de artt. 21, 150, 161 en 164 Rv, alsmede van art. 6:2 jo. 3:12 BW en miskenning van de analoge toepasselijkheid (van de ratio) van art. 7:941 lid 5 BW.⁴¹

1. 's hofs oordeel in *EA rov. 4 en rov. 30* dat [verweerster] heeft bewezen dat zij als passagier in het door [betrokkene 1] bestuurde busje zat op het moment dat dit door [eiser 1] werd aangereden, is onjuist, onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd.

2. Vaststaat immers dat – kort samengevat – zowel [verweerster] zelf als haar zoon [betrokkene 1], zowel in eerste aanleg als in appel, strafrechtelijk zijn veroordeeld voor het meermalen plegen en uitlokken van valsheid in geschrift en het meermalen plegen en uitlokken van meened door opzettelijk in strijd met de waarheid, zowel schriftelijk als onder ede zelf te verklaren alsmede te laten verklaren dat een viertal kennissen van hen de botsing en haar betrokkenheid daarbij als passagier had waargenomen, zulks om daarmee Allianz en [eiser 1] te bewegen tot het vergoeden van haar – beweerdelijk – als gevolg van de botsing geleden letselschade.

3. Ten onrechte en/of zonder begrijpelijke althans toereikende motivering oordeelt het hof in *EA rov. 18* dat deze veroordelingen niet in de weg staan aan het als bewijs kunnen dienen van [verweerster] s eigen schriftelijke verklaring en getuigenverklaring dat zij als passagier tijdens de botsing in het busje zat, nu zij – aldus het hof – daarvoor niet is veroordeeld; immers het hof in de strafzaak heeft (anders dan de strafrechter in eerste aanleg) geoordeeld dat niét als boven redelijke twijfel verheven vaststond dat zij niét ten tijde van de botsing in het busje zat.

4. Aldus miskent het hof dat dit strafrechtelijke bewijsoordeel (uitgaand van – kort gezegd – het voordeel van de twijfel voor de verdachte) niet afdoet aan de in confesso krachtens burgerlijk procesrecht (art. 150 Rv) op [verweerster] rustende – *positive* – bewijslast ter zake van haar stelling dat zij passagier was van het busje tijdens de botsing. Daarbij geldt bovendien op grond van art. 164 lid 2 Rv dat de eigen getuigenverklaringen van een partij die de bewijslast ten aanzien van bepaalde feiten draagt – zoals in casu [verweerster] ten aanzien van haar hier cruciale stelling – in beginsel geen bewijs in haar voordeel kunnen opleveren. Daaraan kan niet afdoen, laat staan zonder meer, dat [verweerster] een volgens het hof *niet per se* onaannemelijke verklaring heeft gegeven voor haar *beweerde* dade-

lijk na de botsing uitstappen uit het busje voordat [betrokkene 8] junior en/of senior haar hebben kunnen waarnemen (nl. haast bij het halen van avondeten).⁴²

5. Naar analogie van art. 7:941 lid 5 BW, op grond waarvan voor een verzekeringnemer of tot uitkering gerechtigde in de regel het recht op uitkering vervalt indien hij met het opzet de verzekeraar te misleiden onjuiste of onvolledige informatie aan hem verschaft ten aanzien van voor diens uitkeringsplicht relevante gegevens, moet – zo bepleit Allianz in navolging van de bij de kop van het middel aangehaalde literatuur en rechtspraak – in de regel ook het recht op schadevergoeding geheel, althans grotendeels, vervallen indien een beweerdelijk bij een auto-ongeval gelaedeerde partij, zich mede beroepend op haar rechtstreekse aanspraak uit art. 6 WAM (zie ook art. 7:954 BW), aan de betreffende WAM-verzekeraar en diens verzekerde – alsmede aan de rechter – opzettelijk onjuiste informatie verschaft ten aanzien van de gegevens die van belang zijn voor het bepalen van haar eventuele recht op schadevergoeding.

6. Ook al rusten op zo'n pretens gelaedeerde partij niet de rechtsplichten van de leden 1 en 2 van art. 7:941 BW, zij moet wel degelijk jegens zo'n WAM-verzekeraar en diens verzekerde op grond van art. 6:2 lid 1 (jo. art. 3:12) BW zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid gedragen. Dit impliceert ten minste het niet opzettelijk mogen doen van onware mededelingen met het oog op het krijgen van een – nog ter discussie staande – aanspraak op schadevergoeding door die verzekeraar en diens verzekerde.

7. Deze analogie wordt ook gesteund door de 'waarheidsplicht' van art. 21 Rv. Weliswaar geeft schending van die verplichting, ook indien dat opzettelijk gebeurt, de rechter 'slechts' de discretionaire bevoegdheid om de pretense benadeelde diens eventuele aanspraak op schadevergoeding geheel te ontfeggen, maar het hof heeft er ten onrechte geen blijk van gegeven dat het aan de vaststaande opzet van [verweerster] (en haar zoon en hun kennissen) tot misleiding van Allianz, [eiser 1] en de rechter een dergelijke consequentie mocht verbinden, zodat een overweging te dien aanzien hier niet had mogen ontbreken.

8. Aan bovenstaande klachten doen niet – althans niet zonder nadere motivering – af de bronnen die het hof in *EA rov. 19* noemt als 'onvolledig bewijs' waarop [verweerster] s verklaring een 'aanvulling' vormt in de zin van art. 164 lid 2 Rv. Voor de toepassing van deze uitzondering is vereist dat er sprake is van aanvullende bewijzen die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de litigieuze partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken. De documenten resp. verklaringen die het hot daartoe in rov. 19 noemt, gaan alle

41 Het middel is mede geïnspireerd door het artikel van Van Dijk en Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017/12. Daarin worden de volgende ook voor dit middel relevante uitspraken aangehaald: HR 3 december 2004, *NJ* 2005/160; CPG (A-G Keus) *ECLI:NL:PHR:2005:AR7345* met afdoening door de HR 4 maart 2005, op art. 81 RO; Hof Amsterdam 13 januari en 10 februari 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:85* resp. 296; *KiFiD* 27 oktober 2009, nr. 94 en 11 oktober 2013, nr. 86.

42 In het strafappell verklaarde [verweerster] overigens dat zij boodschappen ging doen voor haar aanstaande verjaardagsfeest.

direct terug — zoals het hof ook in rov. 20 erkent, in navolging van het betoog van Allianz — op verklaringen van [verweerster] zelf aan de betrokkenen. Zo heeft zij zelf de achterzijde van het aanrijdingsformulier ingevuld (EA rov. 5), en gaat ook de aantekening op de huisartsenkaart (EA rov. 6) terug op haar eigen mededeling aan haar toenmalige huisarts. Hetzelfde geldt voor het telefoongesprek dat zij zelf met een medewerker van Allianz heeft gevoerd (EA rov. 7), haar verklaring aan ITEB (EA rov. 8), haar verklaring aan haar nieuwe huisarts (EA rov. 9) en die aan de verzekeringsarts (EA rov. 10). De verklaringen van [verweerster] echtgenoot en dochter (EA rov. 15 en 16) gaan eveneens terug op haar mededelingen resp. gedragingen ten opzichte van deze gezinsleden.

9. Geen van alle bovengenoemde 'bronnen' kan uit eigen waarneming over de al dan niet aanwezigheid van [verweerster] in het busje tijdens de botsing verklaren. De enige uitzondering hierop is [verweerster]s zoon [betrokkene 1]. Voor hem geldt echter eveneens dat hij in twee instanties strafrechtelijk veroordeeld is voor het (mede)plegen van valsheid in geschrift en het uitlokken daarvan. Op [betrokkene 1] moet dan ook, mede gezien zijn eigen belang bij een uitkering van schadevergoeding aan zijn moeder resp. bij het eerder vermijden van een *extra* veroordeling wegens meened en valsheid in geschrift, dezelfde correctie van toepassing zijn als die hierboven is bepleit op basis van analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW, art. 6:2 lid 1 jo. 3:12 BW en art. 21 Rv. Hieraan doet niet — althans niet zonder nadere motivering — af hetgeen het hof in de slotzin van EA rov. 19 overweegt, namelijk dat de geloofwaardigheid van [verweerster]s verklaring voldoende wordt ondersteund door de daar — en hierboven onder 8 aangehaalde — verklaringen en documenten, nu die immers alle op haar eigen verklaringen teruggaan en haar plegen/uitlokken van meened en valsheid in geschrift geheel onverlet laten.

10. Aan dit alles doet evenmin af dat het hierbij niet alleen gaat om een *getuigen*verklaring van [verweerster] zoals bedoeld in art. 164 lid 2 Rv, omdat zij ook daarmee grotendeels overeenstemmende schriftelijke verklaringen en buiten eed-verband gedane mededelingen heeft verstrekt. Het zou immers in strijd zijn met een goede procesorde en de eisen van redelijkheid en billijkheid als in hetzelfde geschil grotere bewijskracht zou toekomen aan een informele verklaring van de partij op wie de bewijslast rust, dan aan haar onder ede tegenover de rechter afgelegde verklaring.

11. In EA rov. 20 geeft het hof aan wat het 'met name van belang' acht om aan deze in EA rov. 19 genoemde stukken de overtuiging te ontnemen dat [verweerster] als passagier tijdens de botsing in het busje zat. Dat is namelijk het gegeven dat [verweerster] zich al de dag na de botsing bij de huisarts heeft gemeld met letsel dat passend is bij een aanrijding en ook over de botsing aan de huisarts heeft verteld. Zou, zoals Allianz impliceert, [verweerster] hierover tegen haar huisarts hebben gelogen, dan

moet zij — aldus het hof, kort gezegd — die leugen al Vrijwel direct na de aanrijding hebben verzonnen om haar gefingeerde betrokkenheid bij de aanrijding met behulp van dit huisartsenbezoek te onderbouwen. Daarvoor zijn echter, aldus het hof, geen aanknopingspunten gesteld of gebleken, temeer nu uit de medische stukken blijkt dat er sinds de botsing al vele jaren sprake is van consistente whiplash-achtige klachten en zij daarvoor ook langdurig behandeling heeft gekregen (pijnstilling, nek kraag, cesartherapie).

12. Hierbij hecht het hof tevens belang aan de verklaringen van [verweerster]s echtgenoot en dochter, afgelegd meer dan 9 jaar na de botsing, inhoudende dat zij in de namiddag van de botsing whiplashachtige pijnen zou hebben gehad, hoewel dit in tegenspraak is met de (vroegste en meeste) verklaringen van [verweerster] zelf, namelijk dat zij pas in de ochtend na de middag van de botsing voor het eerst klachten ervaarde.

13. Van belang voor zijn overtuiging acht het hof voorts dat [verweerster] niet al in de eerste aanleg de huisartsenkaart (met de aantekening van 18 september 2001) heeft overgelegd, hetgeen bij een vooropgezette leugen volgens het hof voor de hand had gelegen. Ten slotte acht het hof voor zijn overtuiging van belang dat — kort gezegd — [verweerster] pas vanaf medio november 2002 aanleiding had om valse verklaringen af te (laten) leggen over het viertal *vermeende* getuigen van de botsing [*sic!*], omdat Allianz tot die tijd — namelijk vóór zij de verklaring van [eiser 1] had ontvangen — voorschotten aan [verweerster] ter zake van haar letsel schade had betaald. Volgens Allianz is het onjuist of onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd om aldus het vaststaande gebruik van valse verklaringen als 'gerechtvaardigd' te zien althans dit bezoek aan de huisarts te laten bijdragen tot 's hofs overtuiging dat voordien wel van waarheidsgetrouwe verklaringen van [verweerster] (en [betrokkene 1]) sprake zou zijn geweest. Hetzelfde geldt — mutatis mutandis — voor het 'late' beroep op de huisartsenkaart, nu [verweerster] kennelijk zelf meer vertrouwen had in de door haar toedoen afgelegde valse verklaringen van het bevriende viertal dan in het enkele feit dat zij zich de dag na de botsing met whiplash-achtige klachten bij haar huisarts had vervoegd.

14. In EA rov. 21 *t/m* 27 bespreekt en fileert het hof de verklaringen van [eiser 1] senior en junior door op enkele onderlinge discrepanties te wijzen. Zo heeft senior verklaard dat hij rechts langs het busje is gelopen, terwijl junior heeft verklaard dat senior links langs het busje is gelopen. Zo heeft junior verklaard dat de auto's niet direct na de aanrijding zijn verplaatst, terwijl senior heeft verklaard dat hij na de botsing circa 1 á 1½ meter achteruit is gereden. Zo heeft senior verklaard dat hij niet over de door de botsing omhooggeklapte motorkap kon kijken, terwijl junior heeft verklaard dat hij dat zelf wel kon. Volgens het hof is voorts van belang om in hun verklaringen geen voldoende tegenbewijs tegen de stelling van [verweerster] bevat te achten,

dat niet kan worden uitgesloten dat *senior* door die omhooggeklapte kap, door het achteruitrijden en door het niet dadelijk naar de voorkant van het busje lopen simpelweg het uitstappen en weglopen van [verweerster] niet heeft opgemerkt. Daarbij is volgens het hof nog van belang dat *seniors* aandacht veeleer zal zijn uitgegaan naar de toedracht en schade van de botsing dan naar de vraag of er een passagier in het busje zat.

15. Bij zijn hierboven (14) weergegeven oordeel heeft het hof miskend dat verklaringen die door verschillende getuigen pas ruim 1, bijna 4 resp. ruim 11 jaren na zo'n op zich simpele kop-staartbotsing worden afgelegd, onvermijdelijk – zeker op ondergeschikte punten – enigszins uiteen zullen lopen (zie ook onder 16 hierna), zonder dat dit iets hoeft af te doen aan de herinnering van een zo saillant gegeven als de al dan niet aanwezigheid van een uitstappende en weglopende passagier van de aangereden auto. Dit klemmt temeer nu dat door [verweerster] gestelde uitstappen niet binnen enkele seconden na de botsing zal zijn geschied, het achteruitrijden binnen enkele seconden kan en junior volgens zijn verklaring steeds vrij zicht op de passagiersdeur van het busje heeft gehad.

16. Voorts laat het hof ten onrechte althans zonder toereikende motivering in het midden of junior, zoals door [verweerster]⁴³ en [betrokkene 1] betwist, bij senior tijdens de botsing als passagier in diens auto zat, omdat – aldus het hof – de verklaring van junior niet tot een ander oordeel zou kunnen leiden. Daarmee miskent het hof dat junior heeft verklaard dat hij wél over de omhooggeslagen motorkap kon heen kijken en bovendien dat hij op de passagiersstoel rechts in de auto zat en dus vrij zicht had op de passagiersdeur van het busje en zelf (vrijwel) direct langs de rechterkant van het busje naar voren is gelopen. Het is bovendien volstrekt onaannemelijk dat [verweerster] als *vermeend* passagier dadelijk 'op de seconde' na de botsing zou zijn uitgestapt. Zij heeft bovendien verklaard dat zij heeft gezien dat senior haar zoon [betrokkene 1] stond uit te schelden, hoewel dit niet te rijmen valt met haar relaas over het dadelijk na de botsing gehaast uitstappen en weglopen. Enige zinnige reden waarom senior en junior over de aanwezigheid van junior in de auto tijdens de botsing, meinedige verklaringen zouden hebben afgelegd, is bovendien noch in 's hofs arrest, noch in de stukken van [verweerster] te vinden. Dit bevreemdt temeer, nu senior noch junior, mede gezien de WAM-verzekering van Allianz, enig eigen belang kan worden toegedicht om over zo'n volstrekt neutraal en normaal gegeven te liegen. Hier wreekt zich tevens dat het hof niet zelf de heren [eiser 1] heeft gehoord.

17. Afgezet tegen het door Allianz en [eiser 1] (slechts) te hoeven leveren tegenbewijs (derhalve

het ondermijnen van de aannemelijkheid van het door [verweerster] aangedragen bewijs, zonder het tegendeel daarvan te hoeven aantonen) is het onjuist althans onbegrijpelijk hoe – in tegenstelling tot de in zijn arrest zo sterk benadrukte geringe discrepanties tussen de verklaringen van [eiser 1] senior en junior – gemakkelijk het hof voorbijgaat aan de vele discrepanties tussen de verklaringen van [verweerster] en [betrokkene 1], zowel ieder op zich als onderling, alsmede ten opzichte van de verklaringen van de heren [eiser 1].

18. Zo was er volgens [verweerster] nu eens sprake van droog weer, dan weer van regen, terwijl er volgens de [eiser 1]s sprake was van zware regen of een wolkbreuk. Zo liep [verweerster] volgens haar eigen verklaringen nu eens dadelijk weg, dan weer heeft zij nog gezien dat [eiser 1] senior tegen haar zoon stond te schelden. Aanvankelijk verklaarden [verweerster] en [betrokkene 1] dat [verweerster] gehaast Chinees eten ging halen, maar bij het hof verklaarde [verweerster] dat zij boodschappen ging doen voor een veel later gepland verjaardagsfeest. Tegenover de verklaring van senior en junior dat junior bij de botsing aanwezig was en dadelijk is uitgestapt en langs rechts naar de voorkant van het busje is gelopen, zou – indien waar – de stellige betwisting hiervan door [verweerster] en [betrokkene 1] een extra leugen, meenede en valsheid in geschrift opleveren. Ook ten aanzien van het moment en de wijze van verplaatsing van de beide auto's na de botsing bestaan duidelijke discrepanties. Bij de beoordeling van dit een en ander is het van belang in het oog te houden dat [verweerster] de volle bewijslast voor haar stelling droeg en daarbij ook groot financieel belang had, terwijl Allianz en [eiser 1] slechts tegenbewijs behoeften te leveren en de [eiser 1]s bij de uitkomst ervan geen enkel eigen belang hadden. Ten aanzien van Allianz en de [eiser 1]s is ook niet vastgesteld dat zij enige onwaarheid hebben gesproken of geschreven. Ten slotte is van belang, waarvan evenmin blijkt dat het hof dit heeft verdisconteerd, dat whiplashklachten naar hun aard gemakkelijk zijn te simuleren en qua oorzaak niet objectief vaststelbaar zijn, en dat [verweerster] reeds voor de botsing vergelijkbare langdurige klachten had naast ernstige financiële problemen.⁴⁴ Dit een en ander maakt het afgaan op de geheel aan [verweerster]s eigen klachtenweergave ontleende rapportages van de medische en sociale sector, zoals het hof voor het 'steunbewijs' heeft gedaan, eens te meer een onzekere aangelegenheid.

19. In EA rov. 28 stelt het hof bij zijn bewijsoordeel niet te hebben betrokken de verklaringen van [betrokkene 3], [betrokkene 2], [betrokkene 5] en [betrokkene 6] omdat die voor zijn bewijsbeoordeling niet relevant zijn. Daarmee miskent het hof ten onrechte althans zonder begrijpelijke motivering dat op grond van het herhaalde beroep van Allianz op art. 161 Rv, uitgegaan had moeten worden van de

43 [verweerster] zou het niet aanwezig zijn van een passagier naast senior dadelijk na de botsing, vóór het uitstappen, in de achteruitkijkspiegel hebben gezien, hoewel volgens haar en [betrokkene 1]s verklaring het busje door de botsing 3 à 4 meter vooruit zou zijn geschoten.

44 Zie voor het beroep van Allianz hierop o.a. CvA § 6 en CvD § 5 met de bijbehorende producties.

valsheid van de verklaringen van dit viertal. Dit klemte temeer nu het hof niet aangeeft dat door [verweerster] relevant tegenbewijs is geleverd tegen de strafrechtelijke veroordelingen ter zake. Hierbij is nog te bedenken dat [verweerster]s memorie van grieven pas dateert van na die definitieve strafrechtelijke veroordelingen, zonder dat die haar ervan hebben weerhouden om ook in appel weer een beroep te doen op de — naar als vaststaand moet worden aangenomen — valse verklaringen van dit viertal *vermeende* getuigen. De voor dit negeren van die valsheid en van de veroordelingen ter zake in EA rov. 28 door het hof geboden motivering verwijst naar zijn hierboven reeds als onvoldoende bestreden motivering van EA rov. 20, namelijk dat [verweerster] pas van die valsheid door haar uitgelokte en mede door haarzelf opgestelde verklaringen gebruik heeft gemaakt, nadat [verweerster] vanaf medio november 2002 door de brief van Allianz geen vertrouwen meer mocht hebben dat haar schade vergoed zou blijven worden. Voor [verweerster]s voortgezette beroep in appel op deze valse verklaringen kan dit eerdere ‘verlies aan vertrouwen’ in Allianz eens te meer geen enkele rechtvaardiging vormen.

20. In EA rov. 29 stelt het hof dat Allianz haar stelling dat [verweerster] misbruik heeft gemaakt van procesrecht — door zich te beroepen op bewijsstukken waarvan hetzij vaststaat dat die vals zijn, hetzij waarvan zij weet of redelijkerwijs moet weten dat die bewijsstukken niet juist zijn of niet juist kunnen zijn — ‘verder niet heeft gespecificeerd.’ Niet duidelijk is wat het hof ter zake aan verdere specificatie mocht verlangen dan de in elk processtuk van Allianz vanaf de eerste aanleg van de strafzaak geuite verontwaardiging over het desbewuste gebruik in rechte door [verweerster] van door haarzelf uitgelokte valse verklaringen. Ten onrechte althans zonder begrijpelijke of toereikende motivering gaat het hof bovendien aan dit verwijt van Allianz voorbij voor zover het betreft de veroordeling van [verweerster] en [betrokkene 1] wegens (aanzetten tot) valsheid in geschrift en meened, enkel omdat het hof deze verklaringen niet bij zijn bewijsbeoordeling heeft betrokken. Die constatering van het hof ten aanzien van zijn eigen bewijsbeoordeling miskent echter — mede gezien art. 150, 161 en 164 Rv — dat de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van [verweerster] (en [betrokkene 1]) door die strafrechtelijke veroordelingen in twee instanties wezenlijk waren ondermijnd en dat ter zake hiervan minst genomen een sanctie naar analogie van art. 7:941 lid 5 en art. 21 (slot) Rv uitdrukkelijk in overweging had moeten worden genomen.

Conclusie A-G mr. L. Timmerman:

Aanleiding voor deze (opmerkelijke) zaak is een aanrijding waarbij [eiser 1] en [betrokkene 1], de zoon van [verweerster], als bestuurders van een auto betrokken waren. [eiser 1] is aansprakelijk en de materiële schade is door zijn WAM-verzekeraar,

Allianz, afgewikkeld. Daags na het ongeval heeft [verweerster] zich gemeld bij Allianz en gesteld dat zij schade heeft als gevolg van een bij het ongeval opgelopen whiplash. Aanvankelijk is Allianz overgegaan tot betaling van (voorschotten op) een uitkering. Op het moment dat ook [eiser 1] persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld en deze zich op het standpunt stelt dat [verweerster] geen passagier was, weigert Allianz over te gaan tot (verdere) uitkering. Ter onderbouwing van haar stelling dat zij wel degelijk inzittende was ten tijde van het ongeval heeft [verweerster] verschillende verklaringen overgelegd en getuigen laten horen. De verklaringen zijn echter onwaar gebleken. De betreffende getuigen zijn strafrechtelijk veroordeeld wegens meened. Ook [betrokkene 1] en [verweerster] zijn veroordeeld in verband met het aanzetten tot meened. De rechtbank heeft de vordering van [verweerster] jegens Allianz c.s. afgewezen, omdat niet is aangetoond dat [verweerster] inzittende was ten tijde van het ongeval. Het hof is echter tot een ander oordeel gekomen en heeft de vordering van [verweerster] toegewezen. Daarbij heeft het hof de valse verklaringen buiten beschouwing gelaten en heeft het op basis van het overige bewijs geoordeeld dat [verweerster] inzittende was ten tijde van de aanrijding. In cassatie voeren Allianz c.s. in de eerste plaats aan dat een algemene regel van verval van recht via (een vorm van) analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW dient te worden aangenomen bij (poging tot) misleiding c.q. oplichting van de aansprakelijkheidsverzekeraar door een derde-claimant. Verder wordt geklaagd dat het bewijsoordeel onjuist of onbegrijpelijk zou zijn.

1 Feiten

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

1.2 Op 17 september 2001 heeft op de kruising van de Mathenesserlaan met de Claes de Vrieslaan te Rotterdam een aanrijding plaatsgevonden tussen een door [eiser 1] bestuurde auto (Mazda 626, kenteken [AA-00-BB]) en een door [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) bestuurde bestelauto (Nissan Vanetta met kenteken [CC-00-DD]) (hierna: het ongeval). [betrokkene 1] is een zoon van [verweerster].

1.3 Het ongeval was te wijten aan [eiser 1] die ten tijde van de aanrijding was verzekerd bij de rechtsvoorganger van Allianz, Zwolsche Algemeene Schadeverzekering N.V. (hierna: Zwolsche dan wel Allianz).² [eiser 1] heeft de aansprakelijkheid voor het ongeval erkend. De reparatiekosten van de bestelauto ad f 797,30 met wettelijke rente (totaal f 806,04) zijn door Zwolsche voldaan.

1.4 Op 18 september 2001 heeft [verweerster] zich gemeld bij haar huisarts. Op de huisartsenkaart staat het volgende: ‘S: Van achteren aangereden.

¹ De feiten zijn ontleend aan rov. 3. van het tussenarrest van het Hof Den Haag van 14 april 2015.

² Per 6 december 2004 is Allianz Nederland Schadeverzekering N.V. de rechtsopvolgster van Zwolsche Algemeene Schadeverzekering N.V.

Vandaag last van ru[g]/schouder/hoofdpijn. De huisarts zet onder O: 'whiplash'. [verweerster] was op 17 september 2001 op arbeidstherapeutische basis weer aan het werk gegaan na in februari 2001 in de Ziektewet te zijn gekomen vanwege een zenuwpeesontsteking in de linker elleboog.

1.5 Op 30 oktober 2001 is [verweerster] bezocht door het door Zwolsche ingeschakelde schade­regelingsbureau ITEB. In het rapport d.d. 2 november 2001 is onder andere het volgende opgenomen:

"(...)

MEDISCH:

Na de aanrijding was gelaedeerde erg geschrokken. Op dat moment waren er nog geen lichamelijke klachten. De volgende ochtend werd gelaedeerde wakker met een pijnlijke stijve nek, rug en schouders. Tevens was er sprake van hoofdpijn. Diezelfde dag werd de huisarts gecom­­sult­eerd. Deze schreef pijnstillers voor (...)"

1.6 Allianz heeft de schade ontstaan aan de door [betrokkene 1] bestuurde auto vergoed en heeft vooruitlopend op een definitieve schadeafwikkeling voorschotten van respectievelijk f 2.500 (na 6 november 2001) en € 5.000 (na 17 april 2002) aan [verweerster] betaald.

1.7 [verweerster] is met ingang van 2002 voor 80-100% arbeidsongeschikt geacht in het kader van de WAO.

1.8 Naar aanleiding van de aansprakelijkstelling bij brief van 12 april 2002 door de toenmalige raadsman van [verweerster] laat [eiser 1] via zijn assurantietussenpersoon bij brief van 17 april 2002 weten dat alleen [betrokkene 1] in de auto zat en dat er geen passagiers aanwezig waren.

1.9 Zwolsche schakelt een schaderegelingsbureau in, waarna schriftelijke verklaringen van [eiser 1] en zijn zoon worden verkregen.

1.10 Bij brief van 14 november 2002 aan de toenmalige raadsman van [verweerster] laat Zwolsche weten dat zij van [eiser 1] heeft vernomen dat ten tijde van het ongeval slechts één persoon in de auto zat, namelijk de bestuurder [betrokkene 1] en vraagt zij kort gezegd om bewijsstukken dat [verweerster] ten tijde van het ongeval aanwezig was in de auto. Daarnaast worden bedenkingen geuit over diverse schadeposten en wordt verzocht om medische informatie, waaronder verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige rapporten in het kader van de WAO/WAZ-aanvraag.

1.11 Bij brief van 18 november 2002 aan Zwolsche stuurt voormelde raadsman van [verweerster] schriftelijke verklaringen van [verweerster] zelf gedateerd '17-11-2002', haar zoon [betrokkene 1] gedateerd '16-11-2002', [betrokkene 2] gedateerd '15-11-2002' en [betrokkene 3] gedateerd '15-11-2002' (beiden vrienden van [betrokkene 1]) en [betrokke-

ne 4] gedateerd '14-11-2002', een collega van [verweerster].³

1.12 Op 2 april 2003 dagvaardt [verweerster] [eiser 1] en Zwolsche in kort geding en vordert ter zake van schade door haar geleden ten gevolge van het ongeval een voorschot van € 15.000. [eiser 1] en Zwolsche voeren verweer. Enkele uren voor de zitting op 9 april 2003 worden schriftelijke verklaringen overgelegd van [betrokkene 5] (gedateerd '12-12-2002', productie 3 bij inleidende dagvaarding) en [betrokkene 6] (gedateerd '6-12-2002', productie 4 bij inleidende dagvaarding). Deze zaak is door de rechtbank op 1 juli 2003 ambtshalve geroyeerd.

1.13 [betrokkene 3], [betrokkene 2], [betrokkene 5] en [betrokkene 6] verklaren in de onder­rand­nummers 1.11 en 1.12 bedoelde verklaringen – kort samengevat – dat zij bij elkaar (althans bij vrienden) in de auto zaten, in de buurt van de plek waar de aanrijding heeft plaatsgevonden reden en [verweerster] kort na het ongeval uit de auto hebben zien stappen, althans hebben zien weglopen van de plaats van de aanrijding. [betrokkene 4] verklaart dat zij heeft gezien dat [verweerster] door haar zoon [betrokkene 1] rond 12.00 uur van haar werk is opgehaald.

1.14 Blijkens het rapport van 26 maart 2003 aan Zwolsche heeft [B] (hierna ook: [betrokkene 7]) hierop geprobeerd (veelal telefonisch) contact te krijgen met [betrokkene 3], [betrokkene 2] en [betrokkene 1]. Dit is niet gelukt. Op 17 februari 2003 is [betrokkene 7] telefonisch benaderd door voormelde raadsman van [verweerster], waarbij gesproken is over de wijze waarop de getuigen gehoord zouden kunnen worden. Omdat de raadsman bezig zou zijn met het entameren van een voorlopig getuigenverhoor heeft Zwolsche opdracht gegeven verder af te zien van het benaderen van de getuigen.

2 Procesverloop

2.1 Het procesverloop kan als volgt worden weergegeven.⁴

2.2 [verweerster] heeft [eiser 1] en de rechtsvoorganger van Allianz, Zwolsche, bij dagvaarding van 13 mei 2004 in rechte betrokken.⁵ [verweerster] heeft in eerste aanleg gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad, gedaagden hoofdelijk te veroordelen:

- aan [verweerster] te vergoeden de door haar geleden en te lijden schade ten gevolge van het verkeersongeval van 17 september 2001 te Rotterdam, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente over de vast te stellen schade vanaf de schadedatum – tot de dag der algehele voldoening;
- in de kosten van het geding.

3 Zie producties 1, 2 en 5 bij inleidende dagvaarding voor de verklaringen van [betrokkene 3], [betrokkene 2] en [betrokkene 4] en producties 15a en 15b bij conclusie van antwoord voor de verklaringen van [verweerster] en [betrokkene 1].

4 De weergave van het procesverloop is mede ontleend aan het tussenarrest, rov. 4.-12.

5 De aan Allianz gericht dagvaarding is op 14 mei 2004 aan haar betekend.

2.3 [verweerster] legt aan haar vordering ten grondslag dat [eiser 1] onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar. Zij is op 17 september 2001 bij het ongeval betrokken geweest als inzittende van de door [betrokkene 1] bestuurde auto, aldus [verweerster]. Als gevolg van de aanrijding heeft [verweerster] letsel schade geleden, onder meer staande in ernstige pijn aan hoofd, nek, armen, schouders en wervelkolom. Daarnaast is zij volledig arbeidsongeschikt geraakt voor haar werkzaamheden bij [A] B.V. en bij haar zelfstandige bemiddelingsbureau Cupido.

2.4 Ter onderbouwing van haar vordering heeft [verweerster] bij inleidende dagvaarding de hiervoor in randnummer 1.11 en 1.12 genoemde verklaringen overgelegd.⁶ Bij repliek zijn ongedateerde nadere verklaringen in het geding gebracht van [betrokkene 5], [betrokkene 2], [betrokkene 1] en [verweerster].⁷

2.5 Met het toekennen van de voorschotten aan [verweerster] heeft Allianz aansprakelijkheid erkend, aldus [verweerster].⁸

2.6 Allianz c.s. hebben *primair* betwist dat [verweerster] als inzittende in de door [betrokkene 1] bestuurde auto was betrokken bij het ongeval. *Subsidiair* hebben zij de hoogte van de schade als gevolg van het ongeval en het causale verband tussen de schade en het ongeval betwist.⁹

2.7 Bij dupliek hebben Allianz c.s. nog de volgende stukken overgelegd:

- a. een brief van 6 september 2004 aan mr. Hummels¹⁰ waarin [betrokkene 3] – kort gezegd – schrijft dat hij door [verweerster] is overgehaald om een valse verklaring af te leggen over de betrokkenheid van [verweerster] bij het ongeval;
- b. een verslag van 'bezoek getuige', opgesteld door [betrokkene 7], dat een ondertekende en op 16 september 2004 gedateerde verklaring van [betrokkene 3] bevat, waarin [betrokkene 3] verklaart – kort gezegd – dat zijn eerder afgelegde verklaring, zoals bij inleidende dagvaarding door [verweerster] in het geding is gebracht, valselijk is opgesteld, omdat [verweerster] de verzekering wilde oplichten;
- c. een brief aan (onder meer) de Zwolsche van [betrokkene 3] gedateerd '2004-09-27' waarin is opgenomen – kort gezegd – dat hij zijn eerdere verklaring dat hij een valse verklaring heeft afgelegd en dat [verweerster] hem geld heeft aangeboden voor het afleggen van een valse verklaring, weer intrekt. Als reden wordt in de brief opgegeven dat [betrokkene 3] wraak wilde nemen, nadat de dochter van [verweerster] de relatie met hem had beëindigd;
- d. een 'bezoek getuige'-verslag van [betrokkene 7] van 8 oktober 2004 waarin [betrokkene 3] verklaart dat hij deze verklaring/brief niet heeft opgemaakt

en dat de handtekening op de verklaring niet van hem is.

Tussenvonnis van 2 februari 2005. Bewijsopdracht aan [verweerster]

2.8 In het tussenvonnis van 2 februari 2005 heeft de rechtbank vooropgesteld dat niet in geschil is dat, zo [verweerster] zich als passagier ten tijde van het ongeval in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond, [eiser 1] aansprakelijk is voor de door [verweerster] geleden schade. In dat geval is Allianz op grond van art. 6 WAM jegens [verweerster] verplicht de schade te vergoeden (rov. 5.1).

2.9 De rechtbank heeft voorts overwogen dat met het toekennen van voorschotten door Allianz aan [verweerster] geen aansprakelijkheid is erkend (rov. 5.2).

2.10 Voor aansprakelijkheid bij [eiser 1] en Allianz dient vast te staan dat [verweerster] als passagier van de door [betrokkene 1] bestuurde auto betrokken was bij het ongeval. Door Allianz c.s. is dit gemotiveerd betwist. Op [verweerster] rust, aldus de rechtbank, de bewijslast. De rechtbank heeft [verweerster] dan ook opgedragen om te bewijzen dat zij zich als passagier in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond ten tijde van de aanrijding (rov. 5.3).

2.11 De rechtbank heeft daarbij overwogen dat in geval [verweerster] niet slaagt in het haar opgedragen bewijs haar vordering zal worden afgewezen. Mocht zij wel slagen in de bewijslast dan zijn [eiser 1] en Allianz hoofdelijk aansprakelijk voor de door de aanrijding veroorzaakte schade bij [verweerster] (rov. 5.4).

2.12 Om redenen van proceseconomie is de rechtbank voor dat laatste geval nog ingegaan op de betwisting door Allianz c.s. van het causale verband tussen het ongeval en de schade alsmede van de aard en hoogte van de schade. Zij hebben daarbij onder meer aangevoerd dat de aanrijding een relatief licht verkeersongeval was, waarbij slechts geringe schade aan de voertuigen is ontstaan (eerste alinea, rov. 5.5). Daarnaast was [verweerster] reeds in februari 2001 arbeidsongeschikt voor haar werk. Volgens [verweerster] dienen deze aspecten pas in de schadestaatprocedure aan de orde te komen (tweede alinea, rov. 5.5). Het komt de rechtbank echter voor dat reeds sprake is van een eindtoestand, zodat de eventueel te vergoeden schade in de onderhavige procedure kan worden vastgesteld in plaats van in een schadestaatprocedure (rov. 5.5). Daarbij krijgen partijen de gelegenheid zich hierover uit te laten bij het eerstvolgende processtuk. Mocht het tot een verwijzing naar de schadestaatprocedure komen dan zal, zo heeft de rechtbank aangegeven, het verweer inzake het causaal verband in die procedure worden behandeld. In afwachting van de bewijsoverlevering heeft de rechtbank iedere verdere beslissing aangehouden (rov. 5.6).

6 Zie producties 1 tot en met 5 bij inleidende dagvaarding.

7 Zie producties 2 tot en met 5 bij conclusie van repliek.

8 Zie conclusie van repliek, randnummer 4.

9 Zie de conclusie van antwoord, randnummers 6.6., 8.6., 8.7. en 10.4.

10 Mr. Hummels is de advocaat van [betrokkene 3].

Getuigenverhoren en verdere ontwikkelingen

2.13 Ter voldoening aan haar bewijsopdracht heeft [verweerster] op 10 maart 2005 [betrokkene 6] en [betrokkene 5] als getuigen doen horen en op 25 mei 2005 zichzelf en [betrokkene 1]. Op 19 augustus 2005 hebben Allianz c.s. in contra-enquête [eiser 1] en zijn zoon, die als bijrijder in de auto van [eiser 1] eveneens getuige is geweest van het ongeval, (hierna: [betrokkene 8]) als getuigen doen horen.

2.14 Blijkens het proces-verbaal van het niet gehouden getuigenverhoor van 28 oktober 2005 is er vervolgens namens Allianz aangifte gedaan van oplichting en valsheid in geschrifte door de getuigen, waaraan meeneed is toegevoegd. De rechtbank heeft hierop de zaak aangehouden, totdat het strafrechtelijk traject zou zijn afgerond. De contra-enquête is hierna geruime tijd aangehouden. Mede op initiatief van de rechtbank Rotterdam, sector civiel, is een strafrechtelijk onderzoek gestart naar mogelijke meeneed van c.q. oplichting door een aantal betrokken personen. In chronologische volgorde is in ieder geval het volgende gebeurd:

a. [betrokkene 6] heeft op 24 augustus 2005 ten overstaan van een onderzoeker van [B] (productie 40 bij conclusie na enquête van 20 februari 2013) laten weten dat zij op verzoek van [verweerster], de moeder van haar vriendin [betrokkene 9], een valse verklaring over de aanrijding heeft afgelegd en dat zij niets van de aanrijding had gezien. Zij heeft bij de politie tijdens haar verhoor als verdachte op 2 september 2005 deze verklaring bevestigd (productie 42 bij conclusie na enquête van 20 februari 2013);

b. [betrokkene 3] is op 13 februari 2007 door de politierechter te Rotterdam onder meer veroordeeld voor medeplichtigheid aan valsheid in geschrifte op 15 november 2002 (productie 38 bij conclusie na enquête van 20 februari 2013).¹¹ Deze veroordeling heeft betrekking op de verklaring van [betrokkene 3] gedateerd 15 november 2002 (hiervoor randnummer 1.11);

c. [betrokkene 5] heeft op 10 april 2007 ten overstaan van een onderzoeker van [B] (productie 43 bij conclusie na enquête van 20 februari 2013) kort samengevat eveneens verklaard dat zij op verzoek van haar tante [betrokkene 10] een valse verklaring over de aanrijding heeft afgelegd. Zij is op 5 juli 2007 door de rechtbank Rotterdam strafrechtelijk veroordeeld voor (1) het medeplegen van valsheid in geschrifte, meermalen gepleegd in de periode 12 december 2002 tot en met 3 april 2006 en (2) meeneed gepleegd op 10 maart 2005;¹²

d. [betrokkene 2] is eveneens op 5 juli 2007 door de rechtbank Rotterdam veroordeeld tot een werkstraf voor het medeplegen van valsheid in geschrifte, meermalen gepleegd in de periode van 15 nov-

vember 1992 tot en met 24 maart 1996. Hij heeft van deze veroordeling hoger beroep ingesteld;¹³

e. [verweerster] is op 25 oktober 2007 veroordeeld tot 12 maanden gevangenisstraf waarvan 3 voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar ter zake van 1) medeplegen van valsheid in geschrifte (in de periode van 17 november 2002 tot en met 30 september 2004), 2) medeplegen van oplichting (in de periode van 17 september 2001 tot en met 23 maart 2005), 3) meeneed op 25 mei 2005, medeplegen van uitlokking van valsheid in geschrifte (in de periode van 15 maart 2002 tot en met 15 november 2003) en medeplegen van uitlokking van meeneed (op 10 maart 2005). Zij is voorts veroordeeld tot betaling van € 12.897,86 aan Allianz als benadeelde partij.¹⁴ Zij heeft van deze veroordeling hoger beroep ingesteld;

f. [betrokkene 1] is bij vonnis van diezelfde datum veroordeeld tot 8 maanden gevangenisstraf, waarvan 3 voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar ter zake van 1) medeplegen van valsheid in geschrifte (in de periode van 16 november 2002 tot en met 30 september 2004) en 2) oplichting (in de periode van 17 september 2001 tot 23 maart 2005) en van 3) meeneed op 25 mei 2005.¹⁵ Hij is voorts veroordeeld tot betaling van € 12.897,86 aan Allianz als benadeelde partij (productie 38 bij conclusie na enquête van 20 februari 2013). Ook hij is in hoger beroep gekomen van zijn veroordeling.

2.15 Bij brief van 20 december 2012 hebben Allianz c.s. laten weten af te zien van het horen van nadere getuigen. Hierna is de zaak naar de rol verwezen voor conclusie na enquête. De discussie tussen partijen zijn eerst Allianz c.s. door de rechtbank in de gelegenheid gesteld te concluderen.

2.16 Allianz c.s. hebben op 20 februari 2013 een conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties genomen. De producties betreffen onder andere de processen-verbaal van de getuigenverhoren en de strafvonnissen.

2.17 [verweerster] heeft op 3 april 2013 een conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties tevens verzoek verwijzing genomen. Zij heeft daarbij onder andere verzocht de zaak aan te houden, omdat de strafzaken tegen [verweerster], [betrokkene 1] en [betrokkene 2] op dat moment nog aanhangig zouden zijn bij het hof. Bij de conclusie heeft zij tevens een transcript van een gesprek tussen [verweerster] en [betrokkene 3] in het geding gebracht.¹⁶

11 Productie 39 bij conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties van 20 februari 2013 van Allianz c.s.

12 Productie 44 bij conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties van 20 februari 2013 van Allianz c.s.

13 Productie 45 bij conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties van 20 februari 2013 van Allianz c.s.

14 Het bedrag betreft de uitbetaling van de voorschotten, de onderzoekskosten en kosten voor ingeschakelde schaderegelingsbureaus, zo blijkt uit het strafvonnis. Zie productie 25 bij memorie van grieven.

15 Producties 37 en 38 bij conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties van 20 februari 2013 van Allianz c.s.

16 Conclusie na enquête tevens houdende akte overlegging producties tevens verzoek verwijzing van [verweerster], randnummers 2-5.

2.18 Bij akte van 8 mei 2013 hebben Allianz c.s. zich verzet tegen het verzoek tot aanhouding. [verweerster] heeft bij akte van 5 juni 2013 haar stellingen gehandhaafd en wederom aangegeven dat de onderhavige procedure dient te worden aangehouden voor nadere conclusie na einde strafzaak. Bij laatste akte van 24 juli 2013 zijn de laatste producties door Allianz c.s. betwist. De zaak is hierna naar de rol gegaan voor vonnis.

Eindvonnis van 19 februari 2014

2.19 In haar eindvonnis heeft de rechtbank geen aanleiding gezien om de zaak aan te houden dan wel te verwijzen naar een andere rechtbank (rov. 2.6 en 2.7.).

2.20 In rov. 2.9. komt de rechtbank tot de kern van het geschil: de vraag of [verweerster] heeft voldaan aan de gegeven bewijsopdracht. De verklaringen van de door haar voorgebrachte getuigen dienen te worden afgewogen tegen de verklaringen van de getuigen die door Allianz c.s. zijn voorgebracht. Aangaande de waardering van de getuigenverklaringen stelt de rechtbank het volgende voor:

“2.9. (...) Allianz c.s. hebben ter onderbouwing van hun stelling dat [verweerster] niet in het haar opgedragen bewijs is geslaagd, onder meer verwezen naar door de rechtbank Rotterdam jegens [verweerster], [betrokkene 1], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 2] gewezen strafrechtelijke vonnissen die zij bij conclusie na enquête in het geding hebben gebracht (producties 37, 38, 39, 44 en 45).

Niet gesteld of gebleken is dat [betrokkene 3] en/of [betrokkene 5] in hoger beroep zijn gegaan van het tegen hen op 13 februari 2007 respectievelijk 5 juli 2007 gewezen strafrechtelijke vonnis. [betrokkene 3] is strafrechtelijk veroordeeld wegens medeplichtigheid aan valsheid in geschrift op 15 november 2002. [betrokkene 5] is strafrechtelijk veroordeeld wegens medeplegen van valsheid in geschrift in de periode 12 december 2002 tot en met 3 april 2006 en voor het plegen van meened op 10 maart 2005.

De strafvonnissen leveren vanaf het moment dat deze onherroepelijk zijn geworden ingevolge artikel 161 Rv dwingend bewijs op van die feiten. Dit betekent dat, behoudens tegenbewijs, ervan moet worden uitgegaan dat de schriftelijke verklaring van [betrokkene 3] d.d. 15 november 2002 (productie 1, dagvaarding) en die van [betrokkene 5] d.d. 12 december 2002 (productie 3, dagvaarding) valselijk zijn opgemaakt en dat [betrokkene 5] op 10 maart 2005 meened heeft gepleegd betreffende de door haar in deze zaak afgelegde getuigenverklaring. De tegen [verweerster], [betrokkene 1] en [betrokkene 2] gewezen strafrechtelijke vonnissen zijn nog niet in kracht van gewijsde gegaan omdat zij daartegen hoger beroep hebben ingesteld. Die strafvonnissen hebben dus niet de bewijskracht die in

artikel 161 Rv is bedoeld, maar vrije bewijskracht.”

2.21 De rechtbank heeft voorts overwogen dat [verweerster] partijgetuige is:

“2.10. [verweerster] heeft, kort samengevat, verklaard dat zij zich ten tijde van de aanrijding in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond. [verweerster] is partij in de zin van artikel 164 lid 2 Rv. Dat artikel bepaalt dat een verklaring van een partijgetuige omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs in haar voordeel kan opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Deze beperking van de bewijskracht van een verklaring van een partijgetuige geldt ten aanzien van feiten waarvan die partij ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de bewijslast draagt. De in artikel 164 lid 2 Rv bedoelde aanvullende bewijzen dienen zodanig sterk te zijn en zodanig essentiële punten te betreffen dat deze de partijverklaring voldoende geloofwaardig maken. Nu de bewijsopdracht in het tussenvonnis van 2 februari 2005 aan [verweerster] is gegeven met toepassing van de hoofdregel van artikel 150 Rv geldt ten aanzien van haar verklaring de beperkte bewijskracht van artikel 164 lid 2 Rv. Om die reden onderzoekt de rechtbank eerst de overige bewijsmiddelen.”

2.22 Omdat [verweerster] partijgetuige is, dient haar verklaring te worden ondersteund met aanvullend bewijs. In rov. 2.10.1. tot en met 2.10.5. heeft de rechtbank de getuigenverklaringen van [betrokkene 6], [betrokkene 5], [betrokkene 1], [eiser 1] en [betrokkene 8] weergegeven. De rechtbank komt vervolgens tot het volgende oordeel:

“2.11. De rechtbank is van oordeel dat, naast de verklaring van [verweerster] als partijgetuige, het verlangde bewijs niet in voldoende mate is te vinden in de verklaringen van de getuigen [betrokkene 6] en [betrokkene 5] die, in onderling verband en samenhang beschouwd, niet zodanig betrouwbaar zijn dat zij de partijverklaring van [verweerster] voldoende geloofwaardig maken. Zoals hiervoor onder 2.9 is overwogen, moet, behoudens tegenbewijs, ervan worden uitgegaan dat [betrokkene 5] meened [heeft] gepleegd betreffende de door haar in deze zaak afgelegde getuigenverklaring. [betrokkene 5] heeft naar aanleiding van de tegen haar gedane aangifte van meened ten overstaan van [B] verklaard dat zij geen getuige was geweest van de aanrijding en niet had gezien dat [verweerster] ten tijde van de aanrijding in de auto zat. Dat [betrokkene 5] zulks onder druk van [B] heeft gedaan, zoals [verweerster] heeft gesteld, acht de rechtbank niet aannemelijk. Hierbij betreft de rechtbank het feit dat niet gesteld of gebleken is dat [betrokkene 5] die verklaring heeft ingetrokken en/of anderszins op haar verklaring is teruggekomen. Voorts is gesteld noch gebleken dat [betrokkene 5] hoger beroep heeft ingesteld tegen het jegens haar gewezen strafvonnis d.d.

5 juli 2007. Gelet op dit alles gaat de rechtbank er (zoals hiervoor onder 2.9 al is overwogen) vanuit dat de schriftelijke verklaring van [betrokkene 5] d.d. 12 december 2002 (productie 3, dagvaarding) valselijk is opgemaakt en dat [betrokkene 5] op 10 maart 2005 meeneed heeft gepleegd betreffende de door haar in deze zaak afgelegde getuigenverklaring.

Voorts acht de rechtbank niet aannemelijk dat [betrokkene 6] onder druk van [B] anders is gaan verklaren dan hetgeen zij tijdens het op 10 maart 2005 gehouden getuigenverhoor heeft verklaard. Bij dit oordeel acht de rechtbank van belang dat uit het door Allianz c.s. als productie 41 bij conclusie na enquête overgelegde proces-verbaal van verhoor van verdachte d.d. 2 september 2005 blijkt dat [betrokkene 6] op die datum ten overstaan van de politie Rotterdam heeft verklaard dat zij niets van de aanrijding had gezien, dat zij daarover een valse schriftelijke getuigenverklaring had afgelegd en dat zij die verklaring tijdens het getuigenverhoor op 10 maart 2005 had bevestigd. Deze verklaring van [betrokkene 6] komt overeen en is consistent met de (inhoud van de) door haar op 24 augustus 2005 ten overstaan van Schade- en [O]nderzoeksbureau [B] afgelegde verklaring (productie 40, conclusie na enquête)."

2.23 Ook de overgelegde verklaringen van [betrokkene 3], [betrokkene 2] en [betrokkene 4] bieden volgens de rechtbank geen soelaas:

"2.12. Ook in de overgelegde schriftelijke verklaringen van [betrokkene 3], [betrokkene 2] en [betrokkene 4] (producties 1, 2 en 5, dagvaarding) is het verlangde bewijs niet in voldoende mate te vinden. Zoals hiervoor onder 2.9 is overwogen, is [betrokkene 3] strafrechtelijk veroordeeld wegens medeplichtigheid aan valsheid in geschrift op 15 november 2002 (productie 39, conclusie na enquête Allianz c.s.) en moet ervan worden uitgegaan dat zijn schriftelijke verklaring van 15 november 2002 valselijk is opgemaakt. [betrokkene 3] heeft tegen het vonnis waarbij hij is veroordeeld geen hoger beroep ingesteld en heeft erkend dat hij een valse verklaring heeft afgelegd. Ook [betrokkene 2] is strafrechtelijk veroordeeld wegens medeplegen van valsheid in geschrift in de periode 15 november 2002 tot en met 24 maart 2006 (productie 45, conclusie na enquête Allianz c.s.). Weliswaar is het tegen [betrokkene 2] gewezen strafrechtelijke vonnis, omdat hij daartegen hoger beroep heeft ingesteld, nog niet in kracht van gewijsde gegaan, maar aan de betrouwbaarheid van zijn schriftelijke verklaring bestaat ernstige twijfel. Zo heeft [betrokkene 2] verklaard dat hij en [betrokkene 3] de aanrijding hebben zien gebeuren. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, vloeit evenwel voort dat [betrokkene 3] de aanrijding niet heeft zien gebeuren.

De schriftelijke verklaring van [betrokkene 4] is niet relevant voor de vraag of [verweerster] zich

ten tijde van de aanrijding in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond."

2.24 Vervolgens is de rechtbank ingegaan op de stelling van [verweerster] dat de door haar opgevoerde getuigen financieel voordeel is aangeboden en op hen druk is uitgeoefend om af te zien van hun aanvankelijke getuigenverklaringen. Ter onderbouwing daarvan heeft zij nog verwezen naar producties 1 tot en met 4¹⁷ bij conclusie na enquête van 3 april 2013. Volgens de rechtbank kan de juistheid van die stelling niet, althans onvoldoende uit de overgelegde producties worden afgeleid. Zij heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat de schriftelijke verklaringen van [betrokkene 2] en de overgelegde transcriptie van het gesprek tussen [verweerster] en [betrokkene 3] niet door de betreffende getuigen voor akkoord zijn ondertekend (rov. 2.13.).

2.25 Daarna is de rechtbank ingegaan op de consequenties van een eventuele vrijspraak van [betrokkene 1] in hoger beroep:

"2.14. De rechtbank is van oordeel dat ook indien [betrokkene 1] in hoger beroep wordt vrijgesproken van valsheid in geschrift en/of meeneed, er ernstige twijfel bestaat aan de betrouwbaarheid van de door hem afgelegde getuigenverklaring. Zo heeft [betrokkene 1] verklaard dat toen hij uitstapte om de schade op te nemen een auto met vier vrienden van hem, te weten [betrokkene 3], [betrokkene 5], [betrokkene 6] en [betrokkene 2], kwam langsgereden. Uit hetgeen hiervoor onder 2.11 is overwogen, vloeit evenwel voort dat [betrokkene 6] en [betrokkene 5] zich niet in de door [betrokkene 1] bedoelde auto bevonden. Tegenover de getuigenverklaring van [betrokkene 1] staan bovendien de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8]. Voor de getuigenverklaring van [eiser 1] geldt niet de beperking van artikel 164 lid 2 Rv. [eiser 1] en [betrokkene 8] hebben als getuigen stellig en gedetailleerd ontkend dat [verweerster] zich ten tijde van de aanrijding in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond en hebben verklaard dat het ten tijde van de aanrijding noodweer was waardoor er vrijwel niemand op straat liep. Dit maakt hun verklaringen geloofwaardig. Hierbij betreft de rechtbank mede het feit dat [eiser 1] geen belang had om over de exacte toedracht van de aanrijding onjuistheden te vertellen aangezien hij aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) de aanrijding heeft erkend en zijn verzekering hiervoor dekking verleent. Ten aanzien van [betrokkene 8] valt nog minder in te zien dat deze bij het vertellen van onwaarheden enig belang zou hebben."

2.26 De rechtbank heeft ten slotte geoordeeld dat [verweerster] niet is geslaagd in haar bewijsopdracht (rov. 2.15.) en haar vordering afgewezen.

¹⁷ Deze producties betreffen een begeleidend schrijven van [verweerster] aan Allianz (productie 1), een cd met een opgenomen gesprek met [betrokkene 3] (productie 2), een uitgewerkt gespreksverslag met verklaring van [betrokkene 2] (productie 3) en een transcriptie van een gesprek tussen [verweerster] en [betrokkene 3] (productie 4).

Hoger beroep

2.27 In hoger beroep is [verweerster] opgekomen tegen het vonnis van 19 februari 2014. Zij heeft hierbij 16 grieven geformuleerd. Voor zover in casu van belang zijn de volgende grieven aangevoerd. Grief 2 is gericht tegen het meewegen van de getuigenverklaring van [betrokkene 8]. Grief 3 betreft de overweging van de rechtbank dat de getuigenverklaringen van [verweerster] en [betrokkene 1] niet als bewijs kunnen dienen, omdat de rechtbank in de strafrechtelijke procedure bewezen heeft verklaard dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan medeplegen van valsheid in geschrifte. Grief 4 betreft het oordeel van de rechtbank dat er behoudens tegenbewijs van moet worden uitgegaan dat de verklaringen van [betrokkene 3] van 15 november 2002, van [betrokkene 5] van 12 december 2002 en van [betrokkene 5] van 10 maart 2005 valselijk zijn opgemaakt. De rechtbank heeft echter, aldus de grief, slechts een viertal bewijsmiddelen beoordeeld. Bewijs dat de verklaringen van [betrokkene 3] en [betrokkene 5] ondersteunt, heeft zij buiten beschouwing gelaten. Grief 5 is gericht tegen rov. 2.10. van het vonnis waarin de rechtbank verklaart eerst de overige bewijsmiddelen te onderzoeken, maar dat vervolgens maar gedeeltelijk heeft gedaan. De bewijsmiddelen die volgens de toelichting op de grief niet zijn onderzocht, zijn onder meer de verklaringen van de huisarts, de forensisch arts en de verzekeringsarts. Grief 6 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de schriftelijke verklaring van [betrokkene 4] niet relevant is. Grief 7 en 8 betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat [eiser 1] en [betrokkene 8] geen belang hadden om anders te verklaren dan dat zij hebben gedaan. Volgens grief 11 heeft de rechtbank ten onrechte gewicht toegekend aan het feit dat [eiser 1] heeft verklaard dat er slechts een jongeman in het busje zat en niemand anders. Volgens grief 12 en 13 heeft de rechtbank de verklaringen van [betrokkene 6] en [betrokkene 5] ten onrechte slechts selectief beoordeeld. Grief 14 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat [betrokkene 5] meened heeft gepleegd, omdat zij niet aannemelijk acht dat [betrokkene 5] haar verklaring (die afwijkt van haar eerdere verklaringen) onder druk van [B] heeft gedaan. [betrokkene 5] zou wel degelijk onder druk van [betrokkene 11] van het [B] een andere verklaring hebben afgelegd dan haar aanvankelijke verklaringen, die als de waarheid hebben te gelden. Grief 15 betreft het oordeel dat in de schriftelijke verklaringen van [betrokkene 3], [betrokkene 2] en [betrokkene 4] het verlangde bewijs niet voldoende is te vinden.

Tussenarrest van 14 april 2015

2.28 In zijn tussenarrest van 14 april 2015 heeft het hof in rov. 4. tot en met 12. het verloop van de procedure in eerste aanleg weergegeven.

2.29 Omdat [verweerster] geen grief heeft gericht tegen de bewijsopdracht dat zij zich als passagier in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond ten tijde van het ongeval, gaat ook het hof

daarvan uit. In hoger beroep bestrijdt [verweerster] het oordeel van de rechtbank dat zij niet geslaagd is in het leveren van het aan haar opgedragen bewijs (rov. 14.). De grieven zijn onder meer gericht tegen het feit dat de rechtbank niet alle door [verweerster] in het geding gebrachte bewijsstukken heeft besproken (rov. 15.).

2.30 [verweerster] heeft in appel ook aandacht gevraagd voor het hoger beroep in haar strafzaak. In dit verband heeft het hof als volgt overwogen:

“16. [verweerster] legt in hoger beroep onder meer het arrest van dit hof van 17 oktober 2013 in haar eigen strafzaak over, waaruit blijkt dat de hiervoor onder 9) sub e) genoemde uitspraak van de politierechter in Rotterdam (gedeeltelijk) is vernietigd. In genoemd arrest heeft het hof overwogen dat niet als boven redelijke twijfel verheven valt uit te sluiten dat [verweerster] tijdens het ongeval als passagier in de auto van [betrokkene 1] heeft gezeten en heeft haar dan ook vrijgesproken van een deel van de (zie hiervoor onder 9. sub e) onder 1 en 3) ten laste gelegde valsheid in geschrifte en meened en volledig van de onder 2) ten laste gelegde oplichting. Zij is vervolgens, mede gelet op het tijdsverloop, veroordeeld tot – kort gezegd – 200 uur taakstraf, waarvan 50 uur voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar.

In de strafmotivering heeft het hof onder meer het volgende opgenomen:

Vrijspraak

Het gaat bij de beoordeling van de tenlastelegging in de onderhavige zaak allereerst om de vraag of de verdachte als passagier in de auto van medeverdachte [betrokkene 1] heeft gezeten toen deze werd aangereden door de auto van [eiser 1].

Het hof kan, mede gelet op de hierover door de getuigen [eiser 1] en [betrokkene 8] afgelegde verklaringen, niet als boven redelijke twijfel verheven uitsluiten dat de verdachte toen als passagier in de auto van medeverdachte [betrokkene 1] heeft gezeten.

(...)

Strafmotivering

(...)

De verdachte heeft – kort en zakelijk weergegeven – bewerkstelligd dat derden ter ondersteuning van een bij een verzekeringsmaatschappij ingediende schadeclaim ter verkrijging van vergoeding van schade als gevolg van een daarbij beweerdelijk opgelopen letsel, schriftelijk hebben verklaard dat zij zagen dat de verdachte als slachtoffer betrokken was bij een auto-ongeluk, terwijl die derden dit ongeval niet hebben waargenomen. Zij heeft ook zelf een dergelijke valse verklaring opgesteld en ingestuurd. Bovendien heeft de verdachte vervolgens zelf een meenedige verklaring afgelegd in een civiele procedure gericht op honorering van eerder genoemde schadeclaim en heeft bovendien samen met een ander ook twee anderen aangezet om zulks te doen.”

2.31 Het hof heeft in rov. 17. overwogen dat bij arrest van 17 oktober 2013 ook [betrokkene 1] gedeeltelijk is vrijgesproken en voor het overige is veroordeeld tot een werkstraf van 160 uur vanwege het medeplegen van valsheid in geschrift en het afleggen van een meinedige verklaring. Uit de memorie van antwoord blijkt dat [betrokkene 2] in hoger beroep is vrijgesproken.

2.32 In rov. 18. heeft het hof aangegeven welke stukken, naast alle stukken en verklaringen die in eerste aanleg door partijen zijn overgelegd, in hoger beroep door [verweerster] zijn overgelegd. Behalve de zojuist genoemde uitspraken van het hof in de strafzaken van [verweerster] en [betrokkene 1] zijn dat:

“a) de verklaringen met betrekking tot de avond van 17 september 2001 door de echtgenoot en de dochter van [verweerster] bij de rechter-commissaris afgelegd in het kader van de strafzaken in hoger beroep (producties 3 en 4 bij memorie van grieven);

b) de als productie 6 bij memorie van grieven en tevens als productie 5 (met nadere toelichting) overgelegde medische informatie/letselbeschrijving van de forensisch arts L.C. Los (FARR)¹⁸ van 25 juli 2006, met daarbij een brief van 14 juli 2006 van Pom (huisarts) aan Van Leeuwen (forensisch arts), en een (deel van de) huisartsenkaart van 2001. Uit de huisartsenkaart blijkt dat [verweerster] op 18 september 2001 bij de huisarts heeft gemeld ‘*Van achteren aangevallen. Vandaag last van rug/schouder/hoofdpijn*’. De huisarts zet onder O: ‘whiplash’. Hierna heeft zij zich nog een aantal maal bij de huisarts gemeld met whiplashklachten c.q. nekklachten en is zij in 2005 naar de neuroloog geweest met klachten van hoofdpijn, nekpijn, schouderpijn en tintelingen in armen en benen.

c) De huisartsenkaart vanaf januari 2002.”

2.33 Het hof heeft vervolgens overwogen dat de inhoud van de onder rov. 18. sub b) en c) genoemde medische stukken niet door Allianz is betwist. Vast staat dan ook dat [verweerster] zich op 18 september 2001 met voormelde klachten bij de huisarts heeft gemeld en dat zij voorts gelet op de overige medische informatie zich meermalen daarna bij de huisarts heeft gemeld met klachten die door de huisarts worden omschreven als whiplashklachten. Ook de onder rov. 18. sub a) genoemde verklaringen van de echtgenoot en dochter van [verweerster] zijn niet betwist, zodat het hof ook van de juistheid hiervan dient uit te gaan (rov. 19.). Vervolgens heeft het hof aangegeven behoefte te hebben aan een nadere toelichting:

“20. [verweerster] doet in hoger beroep expliciet een beroep op voormelde stukken. Gelet op de wijze waarop de onderhavige zaak is verlopen en de diverse veroordelingen terzake meined en valsheid in geschrifte, heeft het hof behoefte aan een nadere toelichting van [verweerster] op de hiervoor genoemde stukken en

wil het hof de zaak met partijen bespreken. Hiertoe zal het hof een meervoudige comparitie van partijen bepalen, waarbij het hof zal bevelen dat in ieder geval [verweerster] in persoon dient te verschijnen.

Indien [verweerster] niet verschijnt deelt het hof thans reeds mede dat het daaruit de gevolgtrekkingen zal trekken die het geraden acht.”

2.34 Het hof heeft [verweerster] verzocht uiterlijk voor de te houden comparitie de huisartsenkaart over de jaren 2000 en 2001 alsmede de informatie van het UWV met betrekking tot haar uitkering in het geding te brengen (rov. 21.).

2.35 Op 12 juni 2015 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden. [verweerster] heeft vervolgens op 25 augustus 2015 een memorie na comparitie genomen en Allianz c.s. op 6 oktober 2015 een memorie van antwoord na comparitie.

Eindarrest van 14 februari 2017

2.36 In zijn eindarrest heeft het hof in rov. 4. meent al zijn bewijsoordeel gegeven:

“Zoals in het tussenarrest van 14 april 2015 is overwogen is geen grief gericht tegen de bewijsopdracht van de rechtbank waarbij [verweerster] is opgedragen te bewijzen dat zij zich als passagier in de Nissan bevond ten tijde van de aanrijding op 17 september 2001, zodat het hof daarvan zal uitgaan, en is in hoger beroep onder meer aan de orde of [verweerster] is geslaagd in haar bewijsoverlegging. Het hof is van oordeel dat [verweerster] heeft bewezen dat zij in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding.”

2.37 De toelichting is te vinden in rov. 5. tot en met 17. Het hof heeft zijn conclusie als volgt gemotiveerd:

- [verweerster] heeft korte tijd na het ongeval de achterzijde van het aanrijdingsformulier ingevuld met de opmerking dat zij als inzittende letsel heeft opgelopen (rov. 5.);

- uit de huisartsenkaart blijkt dat [verweerster] zich op 18 september 2001, de dag na het ongeval, bij de huisarts heeft gemeld met whiplashklachten. Voor deze klachten is zij meerdere malen teruggekomen bij de arts en doorverwezen naar de neuroloog (rov. 6.);

- in de telefoonnotitie van de Zwolsche d.d. 26 september 2001 staat vermeld dat [verweerster] de klachten heeft gemeld bij de Zwolsche (rov. 7.);

- [verweerster] heeft op 30 oktober 2001 een verklaring afgelegd aan het door Allianz ingeschakelde expertisebureau ITEB. Zij heeft onder meer verklaard dat zij naast [betrokkene 1] in de Nissan zat (rov. 8.);

- uit de brief van 17 april 2015 van de nieuwe huisarts van [verweerster] blijkt dat zij bij het intakegesprek van de nieuwe huisarts op 15 februari 2002 heeft aangegeven dat ze een whiplashtrauma heeft doorgemaakt bij een auto-ongeval (rov. 9.);

- uit de rapportage van de verzekeringsarts van de uitvoeringsinstelling van 20 februari 2002 volgt dat de diagnose “somatoforme pijnstoornis na whip-

¹⁸ Forensisch arts Rotterdam Rijnmond.

lash" is gesteld. Verwezen wordt ook naar een trauma uit september 2001 (rov. 10.);

- op 16 november 2002 heeft [betrokkene 1] schriftelijk verklaard dat [verweerster] bij hem in de auto zat, na het ongeval is uitgestapt en Chinees is gaan halen (rov. 11.);

- op 17 november 2002 heeft [verweerster] verklaard dat zij bij [betrokkene 1] in de auto zat en na het ongeval is uitgestapt om Chinees te halen (rov. 12.);

- uit de getuigenverklaringen van [verweerster] d.d. 25 mei 2005 in de onderhavige (civiele) zaak volgt dat [verweerster] heeft verklaard dat zij ten tijde van het ongeval met [betrokkene 1] in de auto zat en pas 's avonds last kreeg van hoofdpijn en van de schouders en de nek, dat ze toen de huisartsenpost heeft gebeld en de volgende dag naar de huisarts is gegaan (rov. 13.);

- uit de getuigenverklaring van [betrokkene 1] d.d. 25 mei 2005 in de onderhavige (civiele) zaak volgt dat [betrokkene 1] heeft verklaard dat [verweerster] bij hem in de auto zat en dat zij eten is gaan halen, terwijl hij de formaliteiten afhandelde (rov. 14.);

- de echtgenoot van [verweerster] heeft als getuige in de strafzaak verklaard dat [verweerster] hem gebeld heeft na het ongeval, dat het niet goed ging met haar en dat ze de volgende ochtend naar de dokter is gegaan (rov. 15.);

- de dochter van [verweerster] heeft als getuige in de strafzaak verklaard dat zij op 17 september 2001 thuis kwam, haar moeder op de bank zag liggen en zag dat zij pijn had en dat [verweerster] vertelde over het ongeval (rov. 16.);

- op 14 februari 2013 heeft [verweerster] in de strafzaak jegens haar en [betrokkene 1] verklaard dat de Nissan als gevolg van de aanrijding naar voren is geschoten en dat zij na de aanrijding is uitgestapt en weggegaan. Ze heeft, nadat de advocaat-generaal het hof had verzocht een onderzoek te bevelen aangaande meeneed en nadat de voorzitter haar nogmaals had voorgehouden dat zij onder ede stond, naar aanleiding van een vraag van het hof wederom verklaard dat zij samen met [betrokkene 1] in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding (rov. 17.).

2.38 Het hof heeft voorts overwogen dat [verweerster] steeds consequent heeft verklaard over de gebeurtenissen op 17 september 2001 en vervolgens de vraag of haar verklaringen als bewijs kunnen dienen bevestigend beantwoord:

"18. [verweerster] heeft in haar schriftelijke verklaring, in haar verklaring aan ITEB, in haar verklaring naar de verzekeringsarts en als getuige in de civiele zaak en in de strafzaak, consequent verklaard over de gebeurtenissen op 17 september 2001, namelijk dat zij naast [betrokkene 1] in de Nissan zat toen deze van achteren werd aangereden en dat zij de volgende ochtend last kreeg van klachten. Dit blijkt ook uit de verklaring die zij ten overstaan van het hof heeft afgelegd tijdens de voornoemde comparitie van 12 juni 2015. Anders dan Allianz c.s. naar voren heeft gebracht, kan zowel de door [verweerster]

afgelegde schriftelijke verklaring als haar getuigenverklaring dienen als bewijs. [verweerster] is immers noch in verband met haar eigen schriftelijke verklaring, noch voor haar getuigenverklaring strafrechtelijk veroordeeld, voor zover deze verklaringen betrekking hebben op de vraag of [verweerster] in de Nissan zat. Naar het oordeel van het hof in de strafrechtelijke procedure stond niet als boven redelijke twijfel verheven vast dat [verweerster] niet in de auto zat. [verweerster] is veroordeeld voor meeneed en valsheid in geschrifte voor zover zij heeft verklaard en doen verklaren (samengevat) dat [betrokkene 2], [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), [betrokkene 5] en [betrokkene 6] getuige zijn geweest van de aanrijding. In hoeverre deze veroordelingen afdoen aan de betrouwbaarheid van [verweerster] als getuige en van de overige bewijsstukken komt hierna aan de orde, onder 28. Aan de betrouwbaarheid van de verklaring van [verweerster] doet in ieder geval niet af de enkele stelling van Allianz c.s. dat de door [verweerster] gestelde reden van uitstappen (eten halen bij de Chinees) niet voor de hand ligt. Voor zover het al niet voor de hand ligt dat [verweerster] rond vier uur 's middags eten is gaan halen, betekent dat nog niet dat het niet juist kan zijn. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat [verweerster] ook heeft verklaard waarom zij al vroeg eten is gaan halen (namelijk in verband met afspraken voor haar werk). Het hof weegt hierbij voorts mee dat op zichzelf bezien niet onlogisch is dat [verweerster] vrijwel direct na de aanrijding is uitgestapt, omdat [verweerster] op dat moment nog geen klachten had. Zij kon er dus van uit gaan dat de aanrijding alleen administratief afgewikkeld hoefde te worden, hetgeen, zo hebben zowel [verweerster] als [betrokkene 1] verklaard, [betrokkene 1] voor zijn rekening zou nemen."

2.39 Het hof heeft ten aanzien van het feit dat [verweerster] als partijgetuige dient te worden aangemerkt het volgende overwogen:

"19. Voor [verweerster] als partijgetuige geldt (wat haar getuigenverklaring betreft) de beperking van artikel 164 lid 2 Rv: haar verklaring kan geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Er is naar het oordeel van het hof voldoende overtuigend aanvullend bewijs. Het hof hecht daarbij bijzonder belang aan de voormelde aantekening op de huisartsenkaart, bezien in combinatie met het ingevulde aanrijdingsformulier. Beide documenten zijn van net na de aanrijding en ondersteunen de verklaring van [verweerster] dat zij als passagier in de Nissan zat en de volgende ochtend klachten had. Het hof hecht ook belang aan het telefoongesprek dat ongeveer een week na de aanrijding heeft plaatsgevonden tussen Zwolsche en [verweerster], waarbij de klachten van [verweerster] aan de orde zijn geweest. Voor de hand ligt dat

dit telefoongesprek is gevoerd naar aanleiding van het door [verweerster] ingevulde schadeformulier, in combinatie met het gegeven dat [eiser 1] aansprakelijk is voor de aanrijding en verzekerd was bij Zwolsche. In dit gesprek wordt bevestigd dat [verweerster] bij [betrokkene 1] in de Nissan zat ('Gaat om zoon en moeder die letsel hebben opgenomen') en dat [verweerster] naar aanleiding van de aanrijding klachten heeft opgelopen. Een bevestiging van de verklaring van [verweerster] vindt het hof ook in de onder 8, 9 en 10 genoemde documenten. Uit al deze documenten volgt een consistente lijn, namelijk dat [verweerster] na een aanrijding op 17 september 2001 whiplashklachten heeft ontwikkeld. Deze consistente lijn wordt bevestigd door de verklaringen van de echtgenoot en dochter van [verweerster]. Als aanvullend bewijs strekt hier ten slotte de schriftelijke verklaring en de getuigenverklaring van [betrokkene 1], die op essentiële elementen de verklaring van [verweerster] ondersteunt. Ook ten aanzien van deze verklaringen geldt dat, anders dan Allianz c.s. naar voren heeft gebracht, [betrokkene 1] niet is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van [verweerster] in de Nissan betreft. Dat [betrokkene 1], als zoon van [verweerster], een belang heeft bij zijn verklaring doet aan de geloofwaardigheid van zijn verklaring niet af, nu zijn verklaring wordt ondersteund door de hiervoor genoemde verklaringen en documenten."

2.40 Vervolgens is het hof in rov. 20. ingegaan op de omstandigheid dat het bij vrijwel alle elementen uit de bewijsvoering uiteindelijk gaat om verklaringen van [verweerster] zelf:

"Op zichzelf brengt Allianz c.s. terecht naar voren dat het bij vrijwel alle hiervoor genoemde elementen uit de bewijsvoering uiteindelijk gaat om verklaringen van [verweerster] zelf. Zo is de huisarts zelf geen getuige geweest van de aanrijding en de verzekeringsarts evenmin, en moeten zij het doen met wat [verweerster] hen vertelt. Ook het aanrijdingsformulier is uiteindelijk niet meer dan een weergave van de verklaring van [verweerster]. Dat is voor het hof evenwel geen reden aan deze stukken niet de overtuiging te ontnemen dat [verweerster] als passagier in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding. Bij deze overtuiging is voor het hof met name van belang dat [verweerster] zich al de volgende dag bij de huisarts heeft gemeld met letsel dat passend is bij een aanrijding en daar ook over de aanrijding heeft verteld. Als, zoals Allianz c.s. impliceert, deze bij de huisarts afgelegde verklaring onjuist zou zijn (in de zin dat [verweerster] tegen de huisarts heeft gelogen over het letsel en/of de aanrijding), moet [verweerster] dit letsel vrijwel direct na de aanrijding hebben verzonnen, althans hebben verzonnen dat dit letsel is opgetreden bij de aanrijding, en daarbij hebben bedacht om de volgende dag naar de huisarts te

gaan om het gefingeerde letsel en/of de gefingeerde betrokkenheid bij de aanrijding te onderbouwen. Er zijn geen aanknopingspunten gesteld of gebleken om van dit scenario, waarbij dus sprake is van een uitgewerkt, vooropgesteld plan om schadevergoeding te verkrijgen, uit te gaan. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat uit de medische stukken voldoende blijkt dat sprake is van consistente whiplash-gerelateerde klachten. Ter comparitie van 12 juni 2015 heeft zij in dit verband nog verklaard dat zij door de huisarts medicijnen kreeg voorgeschreven om de pijn te stillen en naar een caesartherapeut is verwezen, en dat zij drie maanden een nekkraag heeft gedragen om de nek te ontlasten. Voorts betreft het hof hierbij de verklaringen die de man en de dochter van [verweerster] als getuigen in de strafzaak hebben afgelegd. Deze getuigen bevestigen dat [verweerster] kort na de aanrijding klachten ontwikkelde en daarmee naar de huisarts is gegaan. Voorts neemt het hof hierbij in aanmerking dat [verweerster] de huisartsenkaart in eerste aanleg niet eens heeft overgelegd als bewijs van haar stelling, omdat zij dit, zo is in hoger beroep naar voren gebracht, niet nodig heeft geacht. Als van een vooropgezet plan in de hiervoor bedoelde zin sprake was geweest, had voor de hand gelegen dat de kaart in eerste aanleg in het geding was gebracht. Ten slotte acht het hof hierbij van belang dat [verweerster] er tot 14 november 2002 nog van uit kon gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden. Aanvankelijk heeft Zwolsche immers op basis van bevoorschotting de letselschade van [verweerster] vergoed. Pas per brief van 14 november 2002 heeft Zwolsche [verweerster] bericht dat zij geen aansprakelijkheid erkent voor de letselschade van [verweerster]. De reden hiervoor was dat [eiser 1] in april 2002 aan zijn verzekeraar had bericht dat er geen passagier was betrokken bij de aanrijding. [verweerster] had derhalve tot november 2002 in beginsel geen reden om valse verklaringen af te leggen, behalve dan voor zover aangenomen zou moeten worden dat het letsel is verzonnen althans is verzonnen dat dit letsel bij de aanrijding is opgetreden. Zoals hiervoor aan de orde kwam heeft het hof daarvoor geen enkele concrete aanwijzing."

2.41 Daarna heeft het hof in rov. 21. tot en met rov. 27. aandacht besteed aan de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] nu deze tegenover de eerdergenoemde documenten en verklaringen die de stelling van [verweerster] ondersteunen staan. Het hof heeft, kort gezegd, een aantal consequenties geconstateerd in de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] in rov. 27. heeft het hof ten slotte overwogen:

"De verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] zijn over de mogelijke verplaatsing van de Nissan en over de vraag of en zo ja wanneer [eiser 1] naar de passagierszijde van de Nissan is gelopen, niet consequent. Mede om die reden sluiten de

verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] de stelling van [verweerster] geenszins uit. Niet kan worden uitgesloten dat [eiser 1], mede door de omhooggekomen motorkap en mede omdat er ook volgens de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] enige tijd is verstreken tussen de aanrijding en het moment dat zij naar de Nissan zijn gelopen, niet heeft gezien dat [verweerster] intussen was uitgestapt en weggelopen. Daarbij is ook van belang dat de aandacht van [eiser 1] op dat moment met name zal zijn uitgegaan naar de schade en de toedracht van het ongeval, en niet zozeer naar de vraag of er iemand als passagier in de auto zat. In dit verband tekent het hof nog aan dat [eiser 1] (als getuige bij de rechtbank) onder meer heeft verklaard dat hij na het ongeval wilde gaan kijken of er iemand was aangereden door het busje en dat hij – voordat de politie was gekomen – de schade aan de voertuigen heeft bekeken. Nu de verklaring van [betrokkene 8] niet tot een ander oordeel leidt kan in het midden blijven of, zoals [verweerster] betwist, hij bij zijn vader in de auto zat ten tijde van de aanrijding.”

2.42 In rov. 28. heeft het hof nadrukkelijk overwogen dat bij het zijn bewijsoordeel de verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 6] niet heeft betrokken. Het hof heeft overwogen:

“28. Zoals uit het voorgaande volgt betreft het hof bij het bewijsoordeel niet de verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 6]. Of zij wel of niet de aanrijding hebben gezien en wel of niet [verweerster] hebben zien uitstappen althans weglopen na de aanrijding is voor de bewijsoordeling niet relevant. Het hof acht immers op grond van de hiervoor genoemde stukken en verklaringen voldoende overtuigend bewezen dat [verweerster] ten tijde van de aanrijding in de Nissan zat. Het hof ziet geen aanleiding voor een ander oordeel omdat [verweerster], [betrokkene 1] en [betrokkene 3] zijn veroordeeld voor meenede en (uitlokking van) valsheid in geschrifte in verband met de (schriftelijke) verklaringen van genoemde vier personen. Hierbij is voor het hof met name van belang dat deze getuigen, volgens de getuigenverklaring van [verweerster] op 25 mei 2005 en ook volgens de schriftelijke verklaring van [betrokkene 3] van 6 september 2004 (zoals overgelegd als productie 21 bij conclusie van repliek) eind 2002 door [verweerster] zijn benaderd, nadat [verweerster] de brief van Zwolsche (van 14 november 2002) had ontvangen waarin de aansprakelijkheid voor het letsel van [verweerster] van de hand werd gewezen. Zoals hiervoor aan de orde kwam acht het hof voor het oordeel dat de stelling van [verweerster] is bewezen met name van belang verklaringen (vastgelegd in documenten) die voor die tijd zijn afgelegd, op een moment dat [verweerster]

er nog van uit mocht gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden.”

2.43 Het hof heeft het betoog van Allianz c.s. dat [verweerster] misbruik heeft gemaakt van procesrecht verworpen. Het hof heeft in dit verband overwogen:

“29. Allianz c.s. heeft zich overigens nog op het standpunt gesteld dat [verweerster] misbruik maakt van procesrecht doordat zij zich beroept op ‘bewijsstukken waarvan hetzij vast staat dat die vals zijn, hetzij waarvan [verweerster] weet, of redelijkerwijs moet weten dat die bewijsstukken niet juist zijn of niet juist kunnen zijn’. Allianz c.s. heeft die stelling verder niet gespecificeerd. Voor zover Allianz c.s. hierbij het oog heeft op de schriftelijke verklaringen en getuigenverklaringen ten aanzien waarvan [verweerster] en [betrokkene 1] zijn veroordeeld wegens (aanzetten tot) valsheid in geschrifte en meenede, wordt aan dit verweer voorbij gegaan omdat het hof deze verklaringen niet bij de bewijsoordeling heeft betrokken. Voor zover Allianz c.s. hier andere stukken bedoelt die wel zijn betrokken in de bewijsoordeling heeft Allianz c.s. niets gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het gaat om vals opgemaakte stukken. Voor zover Allianz c.s. bedoelt dat deze stukken zijn gebaseerd op verklaringen van [verweerster] en die verklaringen vals (in de zin van gelogen) zijn, wordt verwezen naar hetgeen onder 20 is overwogen. Het hierop betrekking hebbende bewijsoffer van Allianz c.s. zal worden gepasseerd, nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding geven.”

2.44 Het hof heeft uiteindelijk geconcludeerd dat als vaststaand kan worden aangenomen dat [verweerster] passagier was in de door de Mazda aangereden Nissan. Voor de vordering van [verweerster] tot verwijzing naar de schadestaatprocedure betekent dat het volgende:

“30. (...) Allianz c.s. heeft zowel de schade als het causaal verband tussen de schade en het ongeval betwist. Voor verwijzing naar de schadestaat is (noodzakelijk maar ook) voldoende dat aannemelijk is dat er schade is geleden als gevolg van de aanrijding. Naar het oordeel van het hof is op grond van de overgelegde stukken voldoende aannemelijk dat [verweerster] schade heeft geleden als gevolg van de aanrijding. Dit volgt uit de huisartsenkaart, de rapportage van de verzekeringsarts van 20 februari 2002, de brieven van het UWV van 1 maart 2002 en van 27 juni 2002, en de verklaring van de FARR van 25 juli 2006. De verweren van Allianz tegen de schade en het causaal verband tussen de aanrijding en de schade kunnen voor het overige aan de orde komen in de schadestaatprocedure. Ook de gevorderde wettelijke rente kan in de schadestaatprocedure worden beoordeeld.”

2.45 Het hof heeft het bestreden vonnis van 19 februari 2004 vernietigd, en opnieuw rechtdoende, Allianz c.s. hoofdelijk veroordeeld:

- om aan [verweerster] de door haar als gevolg van de aanrijding op 17 september 2001 geleden en te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

- in de kosten van het geding in beide instanties en tot terugbetaling van hetgeen [verweerster] reeds uit hoofde van het vonnis van de rechtbank heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf de dag de betaling tot aan de dag der algehele voldoening. Het arrest is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

2.46 Allianz c.s. hebben bij procesinleiding van 15 mei 2017 – en daarmee tijdig¹⁹ – cassatieberoep ingesteld tegen het door het Hof Den Haag gewezen arrest van 14 februari 2017. [verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun stellingen schriftelijk toegelicht. Allianz c.s. hebben afgezien van repliek. [verweerster] heeft gedupliceerd.

3 Inleidende opmerkingen

3.1 De procesinleiding vangt aan met een uitgebreide beschrijving van de toedracht en het verdere verloop van de gebeurtenissen (A. Inleiding). Daarna worden de klachten geformuleerd (B. Klachten).

3.2 In hun procesinleiding onderstrepen Allianz c.s. niet alleen hoe het (spreekwoordelijke) balletje na aanvankelijke bevoorschotting aan [verweerster] in deze zaak is gaan rollen, maar ook hoe de vork wat hen betreft precies in elkaar steekt waar het de strafrechtelijk relevante verwijten aan het adres van [verweerster] en [betrokkene 1] betreft.

3.3 Allianz c.s. benadrukken in dit verband dat [eiser 1], nadat hij, naast Allianz, bij brief van 12 april 2002 in privé aansprakelijk is gesteld door [verweerster], heeft verklaard dat er volgens hem en ook volgens zijn zoon na de aanrijding geen andere persoon dan [betrokkene 1] uit het busje is gestapt. Na deze verklaring van [eiser 1] en [betrokkene 8] heeft Allianz uitkering geweigerd aan [verweerster]. Daarop zijn [betrokkene 3] en [betrokkene 2] door [verweerster] en [betrokkene 1] benaderd om (valse) verklaringen af te leggen. In het kader van de uiteindelijk geroyeerde kort geding-procedure (hiervoor randnummer 1.12) zijn ook [betrokkene 5] en [betrokkene 6] benaderd om (valse) verklaringen af te leggen.

3.4 Allianz c.s. leggen vervolgens de nadruk op de verschillende strafrechtelijke procedures en veroordelingen van de diverse getuigen. [verweerster] en [betrokkene 1], eveneens strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld, zijn in hoger beroep vrijgesproken, maar niet van alle hen tenlastegelegde feiten. Het hof heeft hen bij arrest van 17 oktober 2013 weliswaar vrijgesproken van valsheid in geschrifte, mein-

eed en oplichting, doch uitsluitend voor wat betreft hun verklaring dat [verweerster] als passagier in [betrokkene 1]'s busje zat op het moment dat dit werd aangereden door [eiser 1]. De veroordeling voor het aanzetten en medeplegen voor valsheid in geschrifte is in hoger beroep bevestigd.

3.5 Allianz c.s. verwijten het hof schending althans ontoereikend gemotiveerde toepassing van de art. 21, 150, 161 en 164 Rv alsmede van art. 6:2 jo. 3:12 BW en miskenning van de analoge toepasselijkheid (van de ratio) van art. 7:941 lid 5 BW. Uit de procesinleiding in cassatie blijkt dat de klachten zich richten op 's hofs oordeel in rov. 4. en rov. 30. van het eindarrest dat [verweerster] heeft bewezen dat zij als passagier in het door [betrokkene 1] bestuurde busje zat op het moment dat dit door [eiser 1] werd aangereden en de daaraan ten grondslag liggende motivering in rov. 18. tot en met 29. Tot de kern teruggebracht stelt de procesinleiding een tweetal thema's aan de orde. In de eerste plaats zou het hof met zijn oordeel hebben miskend dat art. 7:941 lid 5 BW analoog moet worden toegepast in die zin dat het recht op uitkering van een derde-claimant in het geval van fraude vervalt. In de tweede plaats zou het bewijsoordeel van het hof onjuist of onbegrijpelijk zijn. Voor de inhoud en strekking van de klachten over het bewijsoordeel verwijs ik naar de randnummers 5.10 e.v. van deze conclusie.

3.6 In de schriftelijke toelichting wordt aangegeven dat ervoor gekozen is het cassatiemiddel niet te laten uiteenvallen in verschillende onderdelen en wordt benadrukt dat het hoofdthema dat in cassatie aan de orde wordt gesteld de analoge toepassing van (de ratio van) art. 7:941 lid 5 BW (overigens in verbinding met art. 6:2 BW en art. 21 Rv) betreft.²⁰ In de schriftelijke toelichting (randnummers 4.1. e.v.) wordt (in aansluiting op de procesinleiding in cassatie, randnummers 14. e.v.) weliswaar door Allianz c.s. zelfstandige aandacht gegeven aan de in haar ogen onaanvaardbaar onevenwichtige waardering van het bewijs door het hof (hierna randnummers 5.8 e.v.), maar meer dan in de procesinleiding in cassatie ligt de nadruk in de schriftelijke toelichting op de noodzaak tot het opleggen van een zware sanctie, 'verval van recht', bij (een poging tot) misleiding en/of oplichting, naar analogie van art. 7:941 lid 5 BW.²¹

3.7 Allianz c.s. zetten in op een oordeel van Uw Raad hieromtrent, waarbij zij zich realiseren dat de bewijswaardering aan de feitenrechter is en de ruimte voor toetsing in cassatie van het bewijsoordeel zeer beperkt is. Datzelfde geldt, zo benadrukken Allianz c.s. in hun schriftelijke toelichting (randnummer 1.12.), ook voor de wijze van toepassing van de discretionaire bevoegdheid van art. 21 Rv en voor het 'gemengde oordeel' omtrent de vraag of in een concreet geval aan de vereisten voor toepassing van art. 6:2 lid 2 BW is voldaan. Allianz c.s. zien

¹⁹ Immers, 14 mei 2017 viel op een zondag en in art. 1 lid 1 van de Algemene Termijnenwet is geregeld dat een in een wet gestelde termijn die op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag eindigt, wordt verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is.

²⁰ Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 1.15. e.v.

²¹ Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 1.2. e.v.

daarin echter geen beletsel voor de door het middel bepleite analoge toepassing van (de ratio van) art. 7:941 lid 5 BW en vernietiging op die grond van het bestreden arrest van het Hof Den Haag.²²

3.8 Allianz c.s. bepleiten dat op grond van art. 6:2 jo. 3:12 BW en art. 21 jo. 164 Rv, naar analogie met de ratio van art. 7:941 lid 5 BW, het vaststaande bedrog van een claimant, eerst buiten en daarna in rechte, om zijn pretense vordering jegens zijn directe wederpartij en haar WA(M)-verzekeraar te onderbouwen, in beginsel moet en in ieder geval mag leiden tot de algehele ontzegging van haar vordering. Zij zien geen goede grond voor het beperken van deze sanctie tot het in art. 7:941 lid 5 BW geregelde geval van de contractueel met de verzekeraar verbonden bedriegers (verzekeringnemer en/of uitkeringsgerechtigde) en dat nog minder bij een door de derde-claimant rechtstreeks (ex art. 6 WAM of art. 7:954 BW) aangesproken verzekeraar en diens verzekerde als de (beweerdelijk) primair aansprakelijke persoon. In zo'n geval zou analogische toepassing juist voor de hand liggen.²³

3.9 In de schriftelijke toelichting wordt 'verval van recht' als sanctie op (poging tot) misleiding en/of oplichting in de eerste plaats onderbouwd met verwijzing naar uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD²⁴ waarin dat rechtsgevolg inderdaad wordt aangenomen.²⁵ Verder zoekt de toelichting aansluiting bij enkele arresten van gerechtshoven waarin een vergelijkbaar rechtsgevolg aan de orde is en ten slotte wordt steun gevonden in de literatuur.²⁶ Tegelijkertijd klinkt ook door dat niet van een onomstreden leerstuk kan worden gesproken.²⁷ Dat beeld wordt bevestigd in de schriftelijke toelichting en in de dupliek van [verweerster] die zich tegen (het aannemen van) een zware sanctie zoals door Allianz c.s. wordt bepleit, verzet.²⁸

3.10 De centrale inzet van het middel is dat — niet alleen in het belang van Allianz c.s. maar ook in het 'gemeenschappelijk belang van alle aansprakelijkheidsverzekeraars' — aan (poging tot) misleiding en/of oplichting de sanctie van 'verval van recht' moet worden verbonden. Voordat ik aan bespreking van de klachten toekom, zal ik hierna eerst ingaan op de merites van dit pleidooi.

4 'Verval van recht' na (poging tot) fraude door derde-claimanten?

Inleidende opmerkingen

4.1 Bij de verzekeringsovereenkomst is het onderlinge vertrouwen tussen partijen van nog groter

belang dan bij andere contracten, het is een contract *uberrimae fidei*.²⁹ De verzekeraar is zowel bij het sluiten van de verzekering als na het plaatsvinden van het verzekerde evenement in sterke mate afhankelijk van informatie van de verzekeringnemer en/of de verzekerde die vaak moeilijk te controleren is.³⁰ Juist bij het verzekeringscontract is het zaak het zogenoemde *moreel risico* te beteugelen, het risico dat een belanghebbende bij verzekering het lot een handje helpt of de zaak fleest om een uitkering in de wacht te slepen. Het verbaast daarom niet dat zware sancties worden gesteld op (poging tot) misleiding en/of oplichting en evenmin dat stevig optreden extra aandacht krijgt in een tijd als deze waarin oplichting en verzekeringsfraude regelmatig aan de orde blijken te zijn en hiermee honderden miljoenen euro's gemoed zijn.³¹ Behalve bij reisverzekeringen en zorgverzekeringen komt fraude, zowel door verzekerden als door derde-benadeelden, nadrukkelijk ook in beeld bij motorrijtuigverzekeringen.³² Voor de onderhavige zaak is van belang dat in de doctrine wordt gedebatteerd over de mogelijkheden voor verzekeraars om in aanvulling op mogelijke strafrechtelijke sanctionering, civielrechtelijk op te tre-

29 Zie onder meer Asser/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 314, N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 5.2.6 en P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 8.

30 P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 8, de oratie van N. van Tiggele-van der Velde die is gepubliceerd als N. van Tiggele-van der Velde, 'De foute verzekerde. Over verzekering & fraude', *Het Verzekerings-Archief* 2013, p. 67 e.v. en J.H. Wansink, 'Verval van een recht of een recht in verval?', in P. Abas e.a. (red.), *Omwillen van de consument* (Clausing-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 205. Zie verder onder meer HR 8 juni 1962, NJ 1962/366 m.nt. J.H. Beekhuis (*Tillemas' duim*), HR 10 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC1194, NJ 1969/190 m.nt. G.J. Scholten (*De Zeven Provinciën*) en HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8089, NJ 2005/160 m.nt. M.M. Mendel (*Lorus-horloge*).

31 Zie onder meer C. Banis en L.K. de Haan, 'Ongewenst gedrag in verzekeringsland, gezien vanuit de positie van de verzekeraar', *MvV* 2017, p. 227 en Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017, p. 61 en ook nog Centrum Bestrijding Verzekeringscriminaliteit, *Fraudeurs gevangen in facts en figures. Onderzoek naar EVR meldingen op leeftijd, geslacht, provincie en branche*, Verbond van Verzekeraars 2016, p. 3 en CBV Factsheet, Verbond van Verzekeraars, maart 2017 maar ook www.verzekeraars.nl — actueel — De verzekeraar oplichten? Fraudeurs betalen zelf de schade, augustus 2016.

32 Zie bijvoorbeeld N. van Tiggele-van der Velde, 'De foute verzekerde. Over verzekering & fraude', *Het Verzekerings-Archief* 2013, p. 67.

22 Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 1.12. en 1.13.

23 Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 1.4.-1.7.

24 Klachteninstituut Financiële Dienstverlening.

25 Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 2.1. e.v.

26 Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 2.2. e.v. respectievelijk 3.1. e.v.

27 Schriftelijke toelichting Allianz c.s., randnummers 3.2. e.v.

28 Schriftelijke toelichting [verweerster], randnummers 3.7. e.v. en dupliek [verweerster], randnummers 2.1. e.v.

den tegen (poging tot) verzekeringsfraude.³³ Wat kan het privaatrecht bijdragen?³⁴

4.2 Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat de fraude of poging daartoe niet alleen in de verhouding tussen de rechtstreeks bij het verzekeringscontract betrokkenen (verzekeringnemer en/of verzekerde aan de ene kant en verzekeraar aan de andere kant) aan de orde kan zijn, maar ook in de verhouding tussen een verzekeraar en een derde-claimant, iemand die op grond van wetgeving de verzekeraar rechtstreeks kan aanspreken zoals het geval is bij toepassing van art. 6 WAM en van art. 7:954 BW. Wanneer de (poging tot) fraude aan de orde is in de verhouding tussen de rechtstreeks bij het verzekeringscontract betrokkenen (verzekeringnemer en/of verzekerde vs. verzekeraar), komt het contractenrechtelijk sanctiearsenaal in beeld, waar dat in het tweede geval uiteraard in principe, bij gebreke van een contractuele relatie tussen verzekeraar en derde-claimant, niet mogelijk is. Toch zoekt een deel van de literatuur zijn toevlucht tot (vormen van) analoge toepassing van het contractenrechtelijk arsenaal. Gelet op de inzet in de onderhavige zaak laat ik de problematiek van oplichting en misleiding bij het *aangaan* van het verzekeringscontract hierna verder buiten beschouwing en beperk ik mij tot uitvoeringsperikelen.³⁵

Sanctionering in de contractuele relatie

4.3 In de contractuele verhouding komt uiteraard het 'gemene' contractenrechtelijke sanctiearsenaal in beeld voor zover daarvan in titel 7:17 BW niet wordt afgeweken, maar daarnaast ook het bijzondere sanctiearsenaal uit diezelfde titel, waarbij art. 7:941 BW speciale vermelding verdient.

4.4 Vóór invoering van titel 7:17 BW bood de wettelijke regeling als zodanig de verzekeraar weinig bescherming tegen fraude bij de vaststelling van de omvang van de uitkering. De wettelijke regeling voorzorg niet in de mogelijkheid van verval van ieder recht op uitkering en uit het *Benzol*-arrest volgde dat de verzekeraar ondanks de terugwerkende

kracht van ontbinding wegens wanprestatie naar oud recht niet met een beroep op art. 1302 BW (oud) kon ontkomen aan de gevolgen van een reeds ontstaan recht op uitkering.³⁶ In de praktijk moesten verzekeraars daarom hun toevlucht zoeken in polisvoorwaarden waarin specifieke fraudeclausules werden opgenomen.³⁷

4.5 Met titel 7:17 BW³⁸ beschikken we inmiddels over een specifieke wettelijke regeling: wanneer het risico zich verwezenlijkt heeft, rust op grond van art. 7:941 BW op de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een meldingsplicht en dient hij alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor de beoordeling van de uitkeringsplicht van de verzekeraar van belang zijn.³⁹ Wanneer de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, hierna spreek ik gemakshalve over 'verzekerde', deze verplichting met 'kwade bedoelingen' schendt, loopt hij mogelijk in het mes van art. 7:941 lid 5 BW dat als volgt luidt:

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.

4.6 Het enkele feit dat de verzekerde heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden, is voldoende aanleiding voor de ingrijpende sanctie van het verval van het recht op uitkering.⁴⁰ Althans 'behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt', een tournure die de rechter de mogelijkheid geeft om bij het opleggen van een sanctie rekening te houden met de bijzonderheden van het geval. Ook dan echter is uitgangspunt dat alleen in bijzondere omstandigheden aangenomen kan worden dat (geheel) verval van uitkering te ver gaat.⁴¹ In een dergelijk ge-

33 Zie M.L. Hendrikse, 'Redelijk handelen' en titel 7:17 BW: een verborgen criterium in het huidige verzekeringsrecht', *NTHR* 2011, p. 71 e.v., N. van Tiggele-van der Velde, 'De foute verzekerde. Over verzekering & fraude', *Het Verzekerings-Archief* 2013, p. 67 e.v., C. Banis & L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering: onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *JAV* 2016/7, p. 15-19, C. Banis en L.K. de Haan, 'Ongewenst gedrag in verzekeringsland, gezien vanuit de positie van de verzekeraar', *MvV* 2017, p. 227 e.v., N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 44 e.v. en Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de fraudeurende claimant?', *AV&S* 2017, p. 61 e.v.

34 Vermelding verdient dat verzekeraars sinds kort ook een 'boete' op fraude hebben gesteld. Zie daarover K. Engel & J.I. Roos, 'Verzekeringsfraude: een standaard schadevergoeding van 532 euro', *Het Verzekerings-Archief* 2017, p. 6-14. Zie ook D.P. van Strien, 'Doorstaat het lik-op-stukbeleid van verzekeraars de dubbele redelijkheidstoets? Een korte bespreking van de boete bij fraude', *NTHR* 2017, p. 364-368.

35 Zie daarover onder meer C. Banis en L.K. de Haan, 'Ongewenst gedrag in verzekeringsland, gezien vanuit de positie van de verzekeraar', *MvV* 2017, p. 227 e.v.

36 HR 16 januari 1959, *NJ* 1960/46 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh. Zie in dit verband onder meer F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss., Deventer: Kluwer 1993, p. 229-230, T. Hartief, *Ontbinding*, diss., Deventer: Kluwer 1994, par. 3.10 en F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde*, diss., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, par. 7.5.

37 Zie bijvoorbeeld M.L. Hendrikse, 'De medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 387.

38 Helemaal juist is dat niet. Uw Raad heeft immers op art. 7:941 BW geanticipeerd in HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8089, *NJ* 2005/160 m.nt. M.M. Mendel (*Lorus-horloge*).

39 Zie nader M.L. Hendrikse, 'Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, par. 11.5.3.

40 Asser/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 314.

41 *Kamerstukken II* 1999-2000, 19 529, nr. 5 (NvW), p. 27-28. Zie ook HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8089, *NJ* 2005/160 m.nt. M.M. Mendel (*Lorus-horloge*) en Asser/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 315.

val is een meer proportionele sanctie op haar plaats.⁴²

4.7 Art. 7:941 BW strekt zich ook uit over aansprakelijkheidsverzekeringen. Het bijzondere bij aansprakelijkheidsverzekeringen is uiteraard dat de verzekering dekking geeft voor aansprakelijkheid van de verzekerde. In geval van verval van dekking⁴³ is de aansprakelijkheid van de verzekerde strikt genomen niet van tafel; de sanctie van art. 7:941 lid 5 BW laat haar ongemoeid.

4.8 Of de verzekerde zelf daadwerkelijk gehouden is tot vergoeding van schade aan de getroffene, zal uiteindelijk afhangen van het type fraude dat aan de orde is. Spelen 'getroffene' en verzekerde onder één hoedje en was van schade of van aansprakelijkheid daarvoor helemaal geen sprake, dan is de zaak duidelijk. Het kan ook zijn dat er wel degelijk schade en aansprakelijkheid is, maar dat getroffene en verzekerde nog steeds samenspannen om de verzekeraar meer dan de werkelijke schade te laten vergoeden. In dat geval leidt het verlies van dekking op de aansprakelijkheidsverzekering niet zonder meer tot het verlies van het recht op schadevergoeding van de getroffene jegens de 'partner in crime'. Nog weer anders is het geval waarin er wel degelijk schade en aansprakelijkheid is, maar de verzekerde om er zelf beter van te worden een poging doet zijn aansprakelijkheidsverzekeraar te bewegen om meer dan de werkelijke schade te laten vergoeden. In dat geval blijft bij verval van dekking op de aansprakelijkheidsverzekering het recht op schadevergoeding van de getroffene zonder meer bestaan.

4.9 Hiermee is een brug geslagen naar de problematiek van de (poging tot) fraude in de relatie tussen derde-claimant en rechtstreeks door hem aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar, omdat juist daar niet alleen de vraag aan de orde is welke privaatrechtelijke sancties de verzekeraar, bij gebreke van een contractuele relatie, bij (poging tot) fraude ten dienste staan, maar ook wat de mogelijke effecten van het opleggen van sancties zijn op de verhouding tussen de tegen aansprakelijkheid verzekerde en de derde-claimant.

De positie van de rechtstreeks aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar

4.10 De meer recente literatuur over het verbinden van een sanctie aan fraude betreft in het bijzonder de vraag welke privaatrechtelijke sancties in beeld komen wanneer een benadeelde, verder te noemen: derde-claimant, krachtens wettelijke bevoegdheid de aansprakelijkheidsverzekeraar aanspreekt en fraude pleegt of een poging daartoe onderneemt. Deze vraag kan aan de orde komen zowel bij toepassing van art. 6 WAM als bij toepassing van

art. 7:954 BW, ook al mogen deze twee gevallen niet over één kam worden geschoren.

4.11 Art. 6 WAM geeft de benadeelde een *eigen recht* jegens de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke WAM-verzekerde.⁴⁴ Van het eigen recht van art. 6 WAM te onderscheiden is de *directe actie* van art. 7:954 BW. In geval van personenschade (schade door dood of letsel) heeft de benadeelde krachtens deze bepaling het recht om, kort gezegd, rechtstreeks van de aansprakelijkheidsverzekeraar die tot een uitkering gehouden is, betaling aan hem te vorderen.⁴⁵ Het is dan dus de benadeelde die vergoeding ontvangt en niet de verzekerde. Art. 6 WAM biedt de benadeelde een verdergaande bescherming dan art. 7:954 BW, nu bij art. 6 WAM de verzekeraar de benadeelde niet de verweermiddelen kan tegenwerpen die hij tegen de verzekerde zou kunnen aanvoeren.⁴⁶ Zo ver gaat de *action directe* van art. 7:954 BW niet: de bescherming die deze bepaling beoogt te bieden, heeft eerst en vooral betrekking op het risico van insolventie van de verzekerde.

4.12 Beide gevallen hebben echter gemeen dat de benadeelde de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker rechtstreeks aanspreekt, zonder dat van een contractuele band sprake is. Dat is uiteraard een belangrijk gegeven wanneer de derde-claimant in de verhouding tot de door hem aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar fraude pleegt of een poging daartoe doet (door het evenement (bijvoorbeeld een aanrijding) te fingeren of in scene te zetten,⁴⁷ door betrokkenheid bij het evenement (bijvoorbeeld als in- of opzittende) te fingeren of door de schade 'op te blazen' en dus omvangrijker te pre-

44 Zie Asser/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 605. Zie over het 'eigen recht' onder meer H.J.J. de Bosch Kemper en R. Gruben, *De WAM in werking*, Deventer: Kluwer 2015, p. 49 e.v. en F.J. Blees, *De weg naar schadevergoeding in het internationale gemotoriseerde verkeer*, diss., Deventer: Kluwer 2010, p. 104 en 106.

45 Zie onder meer Asser/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 605 e.v.

46 Zie onder meer Asser/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 605, P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 89 en E.F.D. Engelhard & I. Koudstaal, 'Directe actie en gevolg van erkenningen', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 471 e.v.

47 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 28 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7421, VR 2017/165, Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8950, VR 2017/163, Rb. Rotterdam 30 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10392, Hof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7544, NJF 2017/495, Rb. Limburg 22 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11271 en Rb. Gelderland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:940.

42 Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017, p. 65.

43 En strikt genomen ook wanneer dekking van meet af aan heeft ontbroken.

senteren dan zij in werkelijkheid is).^{48, 49} Welke sancties kan de aansprakelijkheidsverzekeraar dan hanteren?

4.13 Niet in discussie is dat de verzekeraar de derde-claimant tot vergoeding van schade kan aanspreken.⁵⁰ Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan kosten gemaakt in verband met het onderzoek naar de fraude.⁵¹ Juist omdat de vraag is of (potentiële) fraudeurs wel voldoende worden aangepakt en afgeschrikt, wordt nagedacht over verdergaande sancties. Van Dijk en Hiel bijvoorbeeld gaan in op de vraag of toewijzing van (een vorm van) abstracte schadevergoeding en zelfs *punitive damages* niet mogelijk zou moeten zijn.⁵² Vooralsnog realistisch lijkt het bepleiten van verval van het recht op dekking naar het voorbeeld van art. 7:941 lid 5 BW. Bij gebreke van een contractuele relatie tussen derde-claimant en aansprakelijkheidsverzekeraar kan van *rechtstreekse* toepassing van art. 7:941 lid 5 BW uiteraard geen sprake zijn.⁵³ Dat neemt niet weg dat in de doctrine hardop wordt nagedacht over (vormen van) analoge toepassing.

4.14 In hun schriftelijke toelichting hebben Allianz c.s. onder meer gewezen op de conclusie van A-G Keus voor een arrest van Uw Raad van 4 maart 2005.⁵⁴ Deze zaak betreft een aanrijding waarvan de verzekeraar beweert dat deze in scene is gezet dan wel dat de schade (opzettelijk) is vergroot door de derde-claimant. Deze spreekt de WAM-verzekeraar aan op grond van art. 6 WAM. Het hof acht bewezen dat de derde-claimant bedrog heeft gepleegd en heeft diens vordering daarom afgewezen. De derde-claimant betoogt vervolgens in cassatie dat art. 6 WAM ondubbelzinnig bepaalt dat de WAM-verze-

keraar in ieder geval voor de aanrijdingsschade van vóór het bedrog aansprakelijk is, zodat hooguit de vergoedingsplicht van de WAM-verzekeraar voor de schade die aan het bedrog toe te rekenen is, vervalt. Het restant zou volgens hem dan ondanks het bedrog buiten schot blijven. A-G Keus lijkt het daar in zijn conclusie niet zonder meer mee eens te zijn.⁵⁵

"(...) Anders dan [eiser] wil doen voorkomen, valt uit art. 6 WAM niet zonder meer af te leiden wat rechtens heeft te gelden als de benadeelde de WAM-verzekeraar partieel bedriegt. (...) Volgens deze bepaling (art. 7:941 lid 5 BW, A-G) leidt opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de verzekeringnemer of de (krachtens de verzekering) tot uitkering gerechtigde tot geheel verval van het recht op uitkering (...) 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 geheel verval van het recht op uitkering heeft aangenomen), al om die reden onbegrijpelijk zou zijn."

Uit deze conclusie, in een zaak die door Uw Raad is afgedaan met toepassing van art. 81 RO, valt af te leiden dat Keus van oordeel is dat de fraude of het bedrog wel degelijk van invloed k n zijn op het recht op vergoeding in de relatie derde-claimant versus WAM-verzekeraar. Daarbij zij opgemerkt dat Keus wel verschil maakt tussen de relatie tussen verzekerde en verzekeraar die door het vertrouwensbeginsel wordt beheerst en de relatie verzekeraar vs benadeelde waar dit aspect minder evident is. Hij laat daarom doorklinken dat de op te leggen sancties bij fraude in de diverse verhoudingen niet zonder meer gelijk zouden behoeven te zijn.⁵⁶ De juridische grondslag daarvoor alsmede de vraag welke invloed de fraude op het recht op vergoeding heeft, wordt in de conclusie verder niet uitgewerkt. Mogelijk geven de meer recente ontwikkelingen in literatuur en feitenrechtpraak daarop wat meer zicht.

Kan de frauderende derde-claimant civielrechtelijk voldoende worden aangepakt?

4.15 In de literatuur wordt in ieder geval, zo brengt ook de schriftelijke toelichting van Allianz c.s. in beeld, wel gepleit voor (een vorm van) analoge toepassing van (de ratio van) art. 7:941 lid 5 BW in

48 In de literatuur lijkt vooral aandacht uit te gaan naar het geval van de 'opgeblazen schade'. Dat is in die zin niet onbelangrijk dat in dat geval wel degelijk aansprakelijkheid bestaat voor de werkelijke schade, terwijl aansprakelijkheid in de andere gevallen (in werkelijkheid) ontbreekt.

49 Zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 23 februari 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP6009, Rb. Noord-Nederland 14 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2211, Rb. Amsterdam 13 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7355 (art. 6 WAM) en Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1844, NJF 2016/479 (art. 7:954 BW).

50 Zie onder meer N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 48, Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017, p. 63 e.v. en J. van de Klashorst, 'Letsel schade en fraude: bezint eer ge begint...', *MvV* 2017, p. 312.

51 Vaste rechtspraak is dat deze voor vergoeding in aanmerking komen. Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY1124, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:494, JA 2016/49 m.nt. H. Verdam, Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8950, VR 2017/163 en Rb. Gelderland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:940.

52 Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017, p. 67 e.v.

53 Datzelfde geldt uiteraard voor specifieke polisbepalingen. Zie N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 44.

54 HR 4 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7345, JOL 2005/143 (*X/Forum*).

55 A-G Keus in zijn conclusie voor HR 4 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7345, JOL 2005/143 (*X/Forum*), randnummer 2.7.

56 A-G Keus in zijn conclusie voor HR 4 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7345, JOL 2005/143 (*X/Forum*), voetnoot 7.

een dergelijke situatie.⁵⁷ Zij zou dan meebrengen dat het recht op uitkering van de derde-benadeelde jegens de WA(M)-verzekeraar zou vervallen. Belangrijkste pleitbezorger lijkt Hendrikse te zijn.⁵⁸ In dit verband kan behalve op enkele publicaties van zijn hand worden gewezen op een drietal uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD waarin deze, in een samenstelling waarvan Hendrikse deel uitmaakte, de sanctie van art. 7:941 lid 5 BW inderdaad heeft aangewend buiten het directe toepassingsgebied van deze bepaling. Onomstreden is deze benadering echter niet.

4.16 De discussie richt zich niet alleen op de vraag of, en zo ja wanneer, voor toepassing van een op art. 7:941 lid 5 BW geënte sanctie aanleiding bestaat, maar ook op de vraag hoe zij vervolgens gestalte krijgt: gaat het om analoge toepassing als zodanig of om 'doorwerking' van de ratio van art. 7:941 lid 5 BW bij toepassing van een ander leerstuk zoals dat van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of rechtsverwerking bijvoorbeeld? Over de vraag of voldoende aanleiding bestaat voor (een vorm van) analoge toepassing is de doctrine verdeeld. Voorstanders zoeken hun heil vooral in toepassing van art. 6:2 lid 2 BW, al dan niet in de rechtsverwerkingsvariant. Dat art. 6:2 BW in beeld komt, is natuurlijk niet zo gek. Uiteraard wordt de verhouding tussen gelaedeerde (schuldeiser) en aansprakelijke partij (schuldenaar) beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Het ligt niet voor de hand anders te oordelen over de verhouding tussen gelaedeerde en aansprakelijkheidsverzekeraar die ex art. 6 WAM dan wel ex art. 7:954 BW wordt aangesproken. Ook al is die verhouding er strikt genomen, althans bij art. 7:954 BW, eerder een tussen *quasi*-schuldeiser en *quasi*-schuldenaar, zij zal toch worden beheerst

door de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵⁹ Van een andere orde, maar ik vermeld het hier volledigheidshalve alvast, is de verwijzing van voorstanders van een stevige sanctie op (poging tot) fraude naar art. 21 Rv en de bevoegdheden die rechter bij schending van de waarheidsplicht heeft (hierna randnummers 4.25 e.v.).

4.17 De discussie in de literatuur is sterk bepaald door enkele uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD en van daarmee in lijn zijnde publicaties van Hendrikse aan de ene kant (vergelijk hiervoor reeds randnummer 4.15) en enkele publicaties van Van Tiggele-van der Velde aan de andere kant. Waar de Geschillencommissie en Hendrikse de sanctie van art. 7:941 lid 5 BW doortrekken naar fraudegevallen die buiten het directe bereik van deze bepaling vallen, ziet Van Tiggele-van der Velde daarvoor geen aanleiding en acht zij de consequenties daarvan ook ongewenst. Haar publicaties hebben vervolgens weer reacties uitgelokt en aanleiding gegeven tot voortzetting van het debat.

Verval van dekking buiten het toepassingsgebied van art. 7:941 lid 5 BW?

4.18 Zoals aangegeven heeft de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD in enkele uitspraken (de gedachte achter) art. 7:941 lid 5 BW toegepast buiten zijn directe toepassingsbereik. De uitspraak van 27 oktober 2009 betreft een claim van een derde-benadeelde jegens een WAM-verzekeraar die aansprakelijkheid had erkend. De derde-benadeelde heeft voor de schade een gespecificeerde reparatierekening gestuurd. De door de verzekeraar ingeschakelde expert heeft echter geconstateerd dat de werkzaamheden, die op de factuur stonden vermeld, nooit zijn uitgevoerd. De WAM-verzekeraar weigert daarop uitkering. De Geschillencommissie oordeelt als volgt:⁶⁰

"4.5 De Commissie is van oordeel dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) in dit geval een geheel verval van het recht op uitkering voor Consument meebrengt: voornoemd handelen van Consument jegens Aangeslotene rechtvaardigt het gehele verval van zijn recht op uitkering van de door hem geleden schade. Artikel 7:941 lid 5 BW – dat in beginsel uitgaat van een geheel verval van het recht op uitkering in geval een verzekering zijn medewerkingsplichten na het plaatsvin-

⁵⁷ Het is niet zo dat verzekeraars thans niets kunnen ondernemen tegen frauderende claimanten. Behalve aangifte doen (zoals in casu ook gebeurd is), kunnen zij de schade (bestaande uit onderzoekskosten bijvoorbeeld) verhalen (hiervoor randnummer 4.13) en overgaan tot registratie van persoonsgegevens. Zie in verband met het laatste B.J. Bethlehem & M. Van Pelt, 'Registratie van persoonsgegevens door verzekeraars in geval van verzekeringsfraude', *NTHR* 2016, p. 1-17 en M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, p. 35 voetnoot 165 en par. 3.5.1 en 4.5.3. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8950, VR 2017/163.

⁵⁸ Hendrikse beperkt zich in zijn betoog weliswaar tot art. 6 WAM, maar het lijkt door te trekken naar art. 7:954 BW. Onduidelijk is overigens of Hendrikse zuivere analogie van art. 7:941 lid 5 BW voorstaat of dat hij 'doorwerking' via art. 6:2 lid 2 BW bepleit. Hij spreekt weliswaar van analoge toepassing, maar verwijst daarbij naar uitspraak nr. 2009/94 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD waarin toepassing van de sanctie van art. 7:941 lid 5 BW over de band van art. 6:2 BW wordt gespeeld (hierna randnummer 4.18). Zie M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, p. 119-120 en M.L. Hendrikse, 'Redelijk handelen' en titel 7:17 BW: een verborgen criterium in het huidige verzekeringsrecht', *NTHR* 2011, p. 72.

⁵⁹ Zie over de toepasselijkheid ('minst genomen bij analogie') van art. 6:2 BW op de verhouding tussen claimant en aansprakelijkheidsverzekeraar ook de op art. 7:954 BW betrekking hebbende conclusie van A-G Van Peursem van 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:148 (*X/Nationale Nederlanden*), randnummers 2.10 en 2.12 e.v. waarin onder meer wordt verwezen naar Rb. Gelderland 22 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4179, rov. 4.5. en Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658, rov. 4.18. en D.H.M. Peepkorn, 'De weerbarstige waarheid', in D.H.M. Peepkorn e.a. (red.), *Waarheidsvinding en privacy*, LSA, Den Haag: Sdu 2005, p. 4.

⁶⁰ BA 27 oktober 2009, nr. 2009/94.

den van het evenement ex artikel 7:941 lid 1 en 2 BW niet nakomt met het opzet de verzekeraar te misleiden – 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'.

4.19 In een tweetal latere uitspraken oordeelt de Geschillencommissie, onder verwijzing naar haar uitspraak uit 2009, op vergelijkbare wijze.⁶¹ Een uitspraak van 29 november 2010 betreft een (beweerde) aanrijding waarbij schade zou zijn ontstaan aan de auto van de derde-benadeelde. De expert van de WAM-verzekeraar komt tot de conclusie dat de aanrijding zich niet kan hebben voorgedaan en de geclaimde schade niet aldus kan zijn veroorzaakt. Ook in dit geval is desondanks bewust vergoeding van schade geclaimd bij de WAM-verzekeraar, maar wijst de Geschillencommissie de vordering af met analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW. In een zaak van 11 oktober 2013 komt vast te staan dat opzettelijk onjuiste informatie is verstrekt door de derde-benadeelde met als doel de WAM-verzekeraar te misleiden. Er zijn naar aanleiding van de aanrijding verschillende fictieve schadeposten opgevoerd. Ook in dit geval wordt, onder verwijzing naar de eerdere uitspraak uit 2009, de gehele claim van de derde-benadeelde door de Geschillencommissie afgewezen op basis van analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW.⁶²

4.20 Hendrikse heeft zich ook in de literatuur sterk gemaakt voor (een vorm van) analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW op (poging tot) misleiding door de derde-claimant van de ex art. 6 WAM aangesproken WAM-verzekeraar.⁶³ Analoge toepassing komt bij hem in feite neer op toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid: zij verzet zich tegen een beroep van de derde-claimant op uitkering jegens de WAM-verzekeraar.⁶⁴ Dit beroep op art. 6:2 lid 2 BW baseert

Hendrikse dan weer op het 'internationaal erkende algemene rechtsbeginsel' *fraus omnia corrumpit* dat onder meer, maar niet alleen, tot uitdrukking komt in art. 7:941 lid 5 BW en dat ook door de Geschillencommissie wordt aangehaald (hiervoor randnummer 4.18).⁶⁵ De concrete uitwerking in deze bepaling heeft alles te maken met het belang van vertrouwen dat juist het verzekeringscontract kenmerkt (hiervoor randnummer 4.1). Weliswaar ontbreekt een verzekeringsrelatie tussen derde-claimant en WAM-verzekeraar, maar de laatste is bij de afwikkeling van de schade op een vergelijkbare manier afhankelijk van door de derde-claimant te verstrekken informatie.⁶⁶

4.21 Van Tiggele-van der Velde ziet juist weinig ruimte voor sancties in de richting van de derde-claimant.⁶⁷ Tot de kern teruggebracht is haar opvatting dat er geen plaats is voor toepassing van een sanctie geënt op art. 7:941 lid 5 BW, waarmee zij zich verzet zich tegen de lijn van de Geschillencommissie en van Hendrikse die zij onvoldoende doordacht vindt.⁶⁸ Daarbij weegt zwaar voor Van Tiggele-van der Velde dat de basis ontbreekt voor een dergelijk optreden: art. 7:941 BW gaat immers uit van de voor het verzekeringscontract kenmerkende vertrouwensband. De toevallige ontmoeting tussen wat zij noemt 'het gevonden slachtoffer' en de (tegen aansprakelijkheid verzekerde) laedens maakt niet dat die zware contractenrechtelijke sanctie ook voor het slachtoffer heeft te gelden.⁶⁹ Daar komt bij dat verval van dekking ertoe leidt dat de verzekerde, die immers wel aansprakelijk is jegens de benadeelde, dan tot vergoeding zou worden aangesproken om zich vervolgens tot zijn aansprakelijkheidsverzekeraar te wenden die in dat geval aan hem toch geen 'nee' zou moeten kunnen verkopen. Als dat de consequentie is, schieten we uitein-

61 BA 29 november 2010, nr. 2010/199, overweging 4.7 en BA 11 oktober 2013, nr. 2013/286, overweging 5.4 waarin overigens ook wordt gewezen op de mogelijkheid voor de verzekeraar de onderzoekskosten in rekening te brengen.

62 De GIFID-benadering lijkt ook Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5463, rov. 3.9.3, te hebben geïnspireerd. Zie inmiddels ook het vervolg in 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1206. Anders echter Rb. Amsterdam 13 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7355, rov. 3.4.

63 M.L. Hendrikse, 'Redelijk handelen' en titel 7:17 BW: een verborgen criterium in het huidige verzekeringsrecht', *NTHR* 2011, p. 71 e.v. Zie ook M.L. Hendrikse, 'Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 387.

64 M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, p. 120. Zie ook M.L. Hendrikse, 'Redelijk handelen' en titel 7:17 BW: een verborgen criterium in het huidige verzekeringsrecht', *NTHR* 2011, p. 72.

65 M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, p. 120. Het Nederlandse recht kent in tegenstelling tot dat van België, geen (qua toepassing en rechtsgevolgen) duidelijk *fraus omnia corrumpit*-beginsel. Zie in dit verband bijvoorbeeld D. Wuyts, *Verzekeringsfraude*, diss., Antwerpen: Intersentia 2014, randnummer 590 en A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, diss., Brugge: Die Keure 2013, randnummer 306.

66 M.L. Hendrikse, 'Redelijk handelen' en titel 7:17 BW: een verborgen criterium in het huidige verzekeringsrecht', *NTHR* 2011, p. 72. Zie ook J.H. Wansink, 'Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomsten in titel 7:17 BW: een nieuw geluid?', in P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7:17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 3-4.

67 Het begint met haar oratie (N. van Tiggele-van der Velde, 'De foute verzekerde. Over verzekering & fraude', *Het Verzekerings-Archief* 2013, p. 67 e.v.) waarop volgen: N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 261 e.v., N. van Tiggele-van der Velde 'Boeffies zijn het', in L. Snoek e.a., *Hoe heurt het eigenlijk? Ethiek in de letsel schade*, LSA, Den Haag: Bju 2016, p. 35 e.v. en N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AVES* 2017, p. 44 e.v.

68 N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 261.

69 N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 261.

delijk niets op met de zware sanctie. Als de verzekeraar wel nul op het rekest zou mogen geven aan zijn verzekerde, wordt deze de dupe van de poging tot fraude van de derde-claimant. Dat resultaat veroorzaakt zichzelf. Zo komt Van Tiggele-van der Velde tot de conclusie dat de derde-claimant, zolang de wetgever niet heeft ingegrepen,⁷⁰ een soort *status aparte* heeft en zich gezien zijn buitencontractuele positie in ieder geval (veel) meer kan veroorloven dan de verzekerde.⁷¹ Afgezien van aansprakelijkheid voor schade zoals de kosten van het (fraude)onderzoek jegens de verzekeraar ziet Van Tiggele-van der Velde geen reële civielrechtelijke sancties voor zich.⁷² De consequentie is dat de derde-claimant, in geval van een 'opgeblazen schade', het fraude-deel van zijn schade niet uitgekeerd krijgt, maar de rest van zijn schade (de werkelijke schade) wel. Daarvoor moet de verzekeraar dekking verlenen, aldus Van Tiggele-van der Velde, die er daarbij wel op wijst dat aan het bewijs ten aanzien van de werkelijke schade in zo'n geval hogere eisen mogen worden gesteld,⁷³ juist omdat is komen vast te staan dat de derde-benadeelde het niet al te nauw met de waarheid neemt. Onder dergelijke omstandigheden zou de uitkeringsplicht van de verzekeraar wat haar betreft moeten worden beperkt tot de schade die langs andere weg dan de eigen verklaring van de verzekerde is komen vast te staan.⁷⁴

4.22 Uitgedaagd door de terughoudendheid van Van Tiggele-van der Velde hebben Banis en De Haan niet alleen in kaart gebracht wat er volgens hen civielrechtelijk wél kan worden ondernomen tegen een frauderende derde-claimant, maar ook een zelfde standpunt als Hendrikse ingenomen.⁷⁵ Ook zij nemen als vertrekpunt dat de verhouding tussen derde-claimant en WA(M)-verzekeraar op grond van art. 6:2 BW wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:2 lid 2 BW zou volgens hen een frauderende derde-claimant, die gebruik zou willen maken van de directe actie van art. 7:954 BW c.q. van het eigen recht van art. 6 WAM, de pas moeten

afsnijden.⁷⁶ Ook Banis en De Haan⁷⁷ zoeken de rechtvaardiging voor een dergelijk verval van recht uiteindelijk in het *fraus omnia corrumpit*-beginsel.⁷⁸ Van Tiggele-van der Velde is hierdoor echter niet overtuigd. In een latere bijdrage blijft zij daarom bij haar terughoudende standpunt.⁷⁹

4.23 De meest recente bijdrage is van Van Dijk en Hiel die op hetzelfde spoor zitten als Van Tiggele-van der Velde met dien verstande dat zij uiteindelijk nog enige ruimte zien voor verval van het recht op dekking én van het recht op schadevergoeding in geval van ernstige fraude.⁸⁰ Ook Van Dijk en Hiel wijzen erop dat verval van dekking als zodanig nog niet de aansprakelijkheid van de verzekerde voor de werkelijke schade wegneemt. Gelijktijdig verval van de schadevergoedingsplicht van de verzekerde is echter niet steeds, ongeacht aard en omvang van de (poging tot) fraude, gerechtvaardigd. Omdat risicoloos frauderen zonder dat de omvang van de uitkering ter zake van de werkelijke schade in gevaar komt, ook niet mogelijk zou moeten zijn (dan wordt het 'een spel zonder nieten'), opteren Van Dijk en Hiel voor een soort spiegelbeeld van art. 7:941 lid 5 BW, waarbij alleen in bijzondere gevallen hard optreden gerechtvaardigd is. In die gevallen vervalt dan niet alleen het recht op uitkering jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar maar ook het recht van de derde-claimant op vergoeding van zijn werkelijke schade. Van Dijk en Hiel denken hierbij aan substantiële, systematische en doelbewuste fraude. Naar ik aanneem, bedoelen de auteurs met 'doelbewuste fraude' dat sprake is van opzet als oogmerk en niet van lichtere opzetgradaties, zoals opzet met waarschijnlijkheidsbewustzijn of

70 N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 261.

71 N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 261.

72 N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 48.

73 N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 261 en N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 45.

74 N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer', *Trema* 2015, p. 260.

75 C. Banis & L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *TAV* 2016/7, p. 15-19. Anders dan Hendrikse beperken Banis & Haan zich niet tot het geval van art. 6 WAM, maar betrekken zij ook het geval van art. 7:954 BW in hun beschouwingen.

76 C. Banis & L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *TAV* 2016/7, p. 16. Daartegen, onder meer met een beroep op het dwingendrechtelijke karakter van de regelingen, N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 45-46.

77 Banis en De Haan laten het overigens niet bij de verwijzing naar art. 6:2 lid 2 BW. Zij zien ook voor zich dat de frauderende derde-benadeelde eventueel wél schadevergoeding wordt toegekend, zij het een gedeeltelijke, zodat in wezen een korting op de schadevergoeding wordt opgelegd waarvan de omvang zou moeten corresponderen met aard en ernst van de gepleegde fraude. In dit verband wijzen zij art. 6:109 BW (de rechterlijke matigingsbevoegdheid bij schadevergoeding) en art. 6:58-59 BW uit de regeling met betrekking tot schuld-eisersverzuim als eventuele grondslag aan. Zie C. Banis & L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *TAV* 2016/7, p. 18. Hier-tegen in het bijzonder N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 45 e.v. en Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017, p. 69.

78 Zie C. Banis & L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *TAV* 2016/7, p. 15-19 en C. Banis en L.K. de Haan, 'Ongewenst gedrag in verzekeringsland, gezien vanuit de positie van de verzekeraar', *MvV* 2017, p. 230-231.

79 N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AV&S* 2017, p. 44 e.v.

80 Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AV&S* 2017, p. 63-64.

voorwaardelijk opzet. In ieder geval hebben zij tot uitdrukking willen brengen dat zij het oog hebben op ernstige fraudegevallen. In zo'n geval is de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de derde-claimant dermate aangetast, dat het lastig is de overige opgevoerde schadeposten te beoordelen. Het leerstuk van rechtsverwerking zou dan kunnen worden benut om de claim geheel af te wijzen. In dat geval blijft de derde-claimant dus werkelijk met zijn schade zitten, omdat niet alleen het recht op uitkering jegens de WA(M)-verzekeraar, maar ook zijn recht op schadevergoeding jegens de veroorzaker vervalt. In de regel gaat deze sanctie Van Dijk en Hiel echter te ver. Daarom onderzoeken zij onder meer (uitbreiding van) de mogelijkheden tot vergoeding van schade aan de verzekeraar (hiervoor randnummer 4.13)⁸¹ en bepleiten zij, net als Van Tiggele-van der Velde dus, in ieder geval het verbinden van voor de derde-claimant nadelige bewijsrechtelijke consequenties aan (poging tot) fraude. Dat laatste zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de rechter (al dan niet met toepassing van art. 21 Rv) besluit het bewijs van andere onderdelen van de schadevordering van de derde-claimant strenger te beoordelen dan hij anders zou hebben gedaan.⁸²

Tussenbalans

4.24 Waar Van Tiggele-van der Velde een status aparte voor de frauderende derde-claimant constateert en geen ruimte ziet voor toepassing van een sanctie naar het voorbeeld van art. 7:941 lid 5 BW, bepleiten anderen dat fraude door de derde-claimant jegens de WA(M)-verzekeraar, afgezien van eventuele aansprakelijkheid voor schade jegens de verzekeraar, ook gevolgen moet (kunnen) hebben voor zijn recht op uitkering. Hendrikse zet zijn geld daarbij, in het spoor van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD in een aantal uitspraken, op (een vorm van) analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW. Ook Banis en De Haan en Van Dijk en Hiel zien ruimte voor een stevige sanctie door toepassing van art. 6:2 lid 2 BW al dan niet in de rechtsverwerkingsvariant. Van Dijk en Hiel reserveren verval van het recht op uitkering én van het recht op schadevergoeding jegens de veroorzaker echter voor (kort gezegd) ernstige fraudegevallen. Van belang is bovendien dat Van Dijk en Hiel buiten die bijzondere gevallen, net als Van Tiggele-van der Velde, het aannemen van voor de derde-claimant nadelige bewijsrechtelijke consequenties van zijn (poging tot) fraude bepleiten.

Art. 21 Rv

4.25 We raken hier aan de mogelijkheden die art. 21 Rv biedt voor het opleggen van sancties in

rechte: afgezien van het zojuist genoemde stellen van zwaardere eisen aan het te leveren bewijs, kan daarbij ook weer worden gedacht aan zwaardere sancties zoals verlies van het recht om in hoger beroep verder te procederen over de werkelijke schade. In de feitenrechtspraak zijn in dit verband enkele hierna nog te bespreken gevallen aan de orde geweest (randnummers 4.27 e.v.), die weliswaar niet steeds betrekking hebben op schadeclaims en/of verzekeringsclaims, maar wel de aandacht hebben getrokken van auteurs die zich bekommeren om civielrechtelijk optreden tegen frauderende derde-claimanten.

4.26 Ook hier is het beeld echter niet eenduidig. Waar Banis en De Haan bijvoorbeeld eerder positief staan tegenover de mogelijkheden die art. 21 Rv rechte biedt,⁸³ toont Van Tiggele-van der Velde zich ook hier terughoudend.⁸⁴ Haar belangrijkste punt, en dat heeft alles met haar terughoudende materieelrechtelijke standpunt te maken (hiervoor randnummer 4.21), is dat het niet voor de hand ligt langs de weg van art. 21 Rv vergaande sancties aan (poging tot) fraude te verbinden waar deze materieelrechtelijk niet mogelijk zijn: de bedoeling van art. 21 Rv kan niet zijn dat het materiële recht zodanig wordt 'overruled' dat een derde-benadeelde die zich geconfronteerd ziet met een verzekeraar die hem van fraude beticht, de stap naar de rechter uiteindelijk niet meer durft te maken, omdat hij het risico loopt dat hij dan niets ontvangt. Daar komt bij dat zij wil waken voor toepassing van (vergaande sancties via) art. 21 Rv bij (poging tot) fraude die eerst en vooral *buiten rechte* is gepleegd: uiteindelijk ziet art. 21 Rv immers op proceshandelingen en beoogt de bepaling een zuivere en efficiënte procesgang te waarborgen.⁸⁵

4.27 In de feitenrechtspraak is in een enkel geval de vordering betreffende de werkelijke schade van de derde-benadeelde na gebleken fraude met toepassing van art. 21 Rv afgewezen. In het arrest van 13 januari 2015 van het Hof Amsterdam is door de eigenaar van een jachtwerf en een gebruiker daarvan geprocedeerd over de vraag of sprake was van een huurovereenkomst. De kantonrechter oordeelde in eerste aanleg dat dat niet het geval was, wees de ontruiming toe en veroordeelde de gebruiker tot betaling van achterstallige gebruikersvergoeding. In hoger beroep heeft het hof echter wel een huur-

83 C. Banis & L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering: onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *TAV* 2016/7, p. 17-18.

84 N. van Tiggele-van der Velde, 'Het gevonden slachtoffer dat fraudeert, blijft de gemoederen bezig houden', *AVES* 2017, p. 46-47.

85 Zij verwijst hierbij overigens naar W.E. Haak en A.S. Hartkamp, *Advies van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht van 27 februari 2004*, te raadplegen op www.rechtspraak.nl, p. 4 die onder het kopje 'principiële aspecten' betogen dat de rechter zuinig moet zijn met het toepassen van sancties op de grond dat partijen niet (volledig) aan hun processuele verplichtingen hebben voldaan.

81 Zie Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AVES* 2017, p. 67 e.v.

82 Andere mogelijkheden zijn matiging of nihil-stelling van de proceskosten van de in het gelijkgestelde partij of juist veroordeling in de volledige proceskosten van de andere partij. Zie Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?', *AVES* 2017, p. 69 e.v.

overeenkomst aangenomen. Vervolgens hebben partijen geprocedeerd over vergoeding van de schade als gevolg van de onrechtmatige ontruiming. Ter onderbouwing van zijn schade heeft de voormalige huurder vervalste facturen in het geding gebracht. Nadat de fraude aan het licht was gekomen, heeft de kantonrechter geoordeeld dat de voormalige huurder niet aan de waarheidsplicht van art. 21 Rv heeft voldaan. Vanwege de ernst van deze schending heeft de kantonrechter de gehele vordering afgewezen. In hoger beroep wenst de voormalige huurder verder te procederen over vergoeding van de werkelijke schade. Het hof gaat hierin echter niet mee en overweegt:⁸⁶

“3.10 Uitgaande van de schending van de waarheidsplicht door [appellant] tijdens de procedure in eerste aanleg, rijst dan de vraag of [appellant], gelet op de herkansingsfunctie van het hoger beroep, de gelegenheid zou moeten krijgen om in hoger beroep een ‘afgeslankte’ vordering aan het hof voor te leggen, die beperkt is tot ‘schadeposten voor bedragen die gemakkelijk te bewijzen zijn’ (memorie van grieven, punt 54) en niet op de gewraakte facturen zijn gebaseerd (pleitnota, onder 3). Naar ‘s hofs oordeel moet die vraag ontkennend worden beantwoord. Weliswaar is het uitgangspunt van de herstellfunctie van het hoger beroep dat het een partij vrij staat haar eerdere stellingen in hoger beroep te verbeteren en aan te vullen, maar die vrijheid (en de herstellfunctie) gaat niet zover dat een partij, die in eerste aanleg doelbewust meerdere vervalste bewijsstukken in het geding brengt om zich ten koste van haar wederpartij substantieel te bevoordelen, de gelegenheid zou moeten krijgen om, na ontdekking van die vervalsingen, opnieuw (een deel van) haar vordering te onderbouwen met naar haar zeggen thans niet vervalste stukken. Het hof verwijst op dit punt ook naar de wetsgeschiedenis, waarin is opgemerkt dat de rechter, wanneer de onjuistheid of onvolledigheid van stellingen is gebleken en de nalatige partij zijn stellingen wenst uit te breiden met nieuwe feiten, deze buiten beschouwing kan laten wegens strijd met de goede procesorde (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 149).”

Het hof wijst de vordering in hoger beroep dan ook af.

4.28 In een arrest van 10 februari 2015 komt het Hof Amsterdam onder verwijzing naar het zojuist besproken arrest tot eenzelfde oordeel.⁸⁷ In deze zaak staat een stroomstoring centraal die schade tot gevolg heeft gehad. De betrokken derde-benadeelde voert echter vervalste bewijsmiddelen op met als doel een hogere uitkering te krijgen. In eerste aanleg is de vordering na ontdekking om die reden op

grond van art. 21 Rv volledig afgewezen. Bij het hof vindt betrokkene evenmin gehoor: het in hoger beroep voorleggen van een ‘afgeslankte’ vordering is niet meer aan de orde.

4.29 Ook het Hof ‘s-Hertogenbosch heeft in een arrest van 14 december 2004 sancties verbonden aan schending van de waarheidsplicht van art. 21 Rv.⁸⁸ Centraal staat een huurzaak waarin de kantonrechter de comparitie op grond van art. 201 Rv voortwenste te zetten in de huurwoning. Appellante verzette zich hiertegen met ongeloofwaardige argumenten. De kantonrechter heeft vervolgens de vordering van de woningcorporatie toegewezen. In hoger beroep wordt aangevoerd dat art. 201 Rv zelf geen verplichting kent om mee te werken aan een plaatsopneming en bezichtiging ambtshalve. Het hof overweegt dat de door de kantonrechter toegepaste sanctie in dit geval proportioneel, passend en geboden is. De weigering om mee te werken levert een ernstige inbreuk op van de goede procesorde. Zo is het onder meer niet meer mogelijk de situatie ten tijde van de comparitie te bekijken.⁸⁹

4.30 Uit deze feitenrechtspraak valt af te leiden dat art. 21 Rv de ruimte biedt voor het verbinden van stevige sancties aan (een poging tot) misleiding c.q. oplichting. Na gebleken fraude kan onder omstandigheden worden geoordeeld dat niet langer de weg vrij is om alsnog over de werkelijke schade (verder) te procederen. Voor zover de nalatige partij, nadat de onjuistheid van haar stelling is gebleken, haar stellingen wil uitbreiden met nieuwe feiten, kan een zodanig oordeel mede worden gegrond op art. 130 Rv (eisen van een goede procesorde bij wijziging van eis of grondslag).

Slotsom

4.31 Het beeld is duidelijk. De vraag is of er, buiten het directe toepassingsgebied van art. 7:941 lid 5 BW, aanleiding bestaat voor het opleggen van een zware sanctie als (al dan niet gedeeltelijk) verval van het recht op uitkering of het recht op schadevergoeding wegens (een poging tot) fraude. Deze vraag is van praktische betekenis in verband met (het toegenomen aantal vastgestelde)⁹⁰ fraudegevallen onder meer in het kader van motorrijtuigenverzekering en meer specifiek wanneer een derde-claimant een aansprakelijkheidsverzekeraar rechtstreeks kan aanspreken zoals bij art. 6 WAM en art. 7:954 BW.

⁸⁸ Hof ‘s-Hertogenbosch 14 december 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS6385, *JBPR* 2005/26 m.nt. J.G.A. Linssen.

⁸⁹ Hof ‘s-Hertogenbosch 14 december 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS6385, *JBPR* 2005/26 m.nt. J.G.A. Linssen, rov. 4.2.7.

⁹⁰ Dagblad NRC schrijft hierover op 28 juli 2017: “Verzekeraars hebben in 2016 precies 10.001 fraudeplegers opgespoord. Dat is een stijging van 20 procent ten opzichte van een jaar eerder. (...) Nog nooit was het aantal mensen dat werd betrapt op verzekeringsfraude zo hoog. (...) Het is volgens het Verbond van Verzekeraars niet zeker of het aantal fraudeurs ook daadwerkelijk toeneemt. ‘We weten alleen van de gevallen die we betrappen’, aldus een woordvoerder. De flinke toename kan ook te maken hebben met de effectievere opsporingstechnieken van verzekeraars.”

⁸⁶ Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:85, *NJF* 2015/157.

⁸⁷ Hof Amsterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:296, *NJF* 2015/191.

De doctrine is verdeeld. Voorstanders als Hendrikse en Banis en De Haan hechten belang aan een stevige sanctie in aanvulling op strafrechtelijke sanctiëring en op de (beperkte) schadevergoedingsmogelijkheden. Zij vinden steun in enkele uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD en denken bij uitwerking aan (een vorm van) analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW die feitelijk meestal neerkomt op het laten doorwerken van de ratio van deze bepaling via art. 6:2 lid 2 BW al dan niet in de rechtsverwerkingsvariant. Ook enkele pittige rechterlijke uitspraken die in het teken staan van schending van de waarheidsplicht ex art. 21 Rv worden naar voren geschoven. Andere geluiden klinken echter ook: het meest terughoudend, zowel waar het analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW als het benutten van de ruimte die art. 21 Rv biedt betreft, is Van Tiggele-van der Velde. Van Dijk en Hiel nemen een tussenpositie in: zij reserveren analoge toepassing, zij het via art. 6:2 lid 2 BW, voor ernstige gevallen, door hen aangeduid als 'substantiële, systematische en doelbewuste fraude'. Daarbuiten is de verzekeraar vooral aangewezen op schadevergoeding, waarbij opmerking verdient dat Van Dijk en Hiel gechoormeerd zijn van uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheden. Ten slotte is van belang dat zowel Van Tiggele-van der Velde als Van Dijk en Hiel de voordelen zien van het verbinden van nadelige consequenties aan (poging tot) fraude voor de derde-claimant.

4.32 Mijn eigen standpunt wordt uiteindelijk bepaald door de volgende aspecten:

- art. 7:941 lid 5 BW is geschreven voor een hele specifieke contractuele verhouding hetgeen op zich terughoudendheid bij het doortrekken naar andere situaties meebrengt;
- tegelijkertijd is niet onwaar dat in die gevallen waarin de aansprakelijkheidsverzekeraar rechtstreeks wordt aangesproken door een benadeelde die niet zijn contractuele wederpartij is, zoals het geval is bij art. 6 WAM en art. 7:954 BW, tot op zekere hoogte parallellen te trekken zijn met (de verhouding tussen partijen bij) een verzekeringscontract. Dat geldt bijvoorbeeld de afhankelijkheid van de verzekeraar van (de juistheid van) informatie afkomstig van de benadeelde en het belang van het beteugelen van het moreel risico; dat maakt dat (een vorm van) analoge toepassing niet uitgesloten is;
- fraude kan betrekking hebben op verschillende situaties (zij kan betrekking hebben op het evenement (er was geen ongeval), op betrokkenheid daarbij (claimant was geen in- of opzittende bijvoorbeeld), maar ook op de omvang van de schade ('opgeblazen schade')); zij kan bovendien, bijvoorbeeld in het laatste geval, meer of minder ernstig zijn; deze diversiteit pleit eerder tegen dan voor een algemene regel;
- 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.⁹¹ Een andersluidende opvatting zou er immers toe leiden dat de verzekeraar de schade indirect alsnog dient te dragen omdat hij door zijn verzekerde tot uitkering wordt aangesproken en/of dat de verzekerde door de fraude van derde-claimant gedupeerd wordt, omdat de verzekerde deze fraude niet aan de derde-claimant zou kunnen tegenwerpen. Verval van het recht op uitkering zal, als gezegd, om die reden meestal tevens moeten leiden tot verlies van het recht op schadevergoeding jegens de laedens. Het verval van zowel het recht op uitkering jegens de verzekeraar als het recht op schadevergoeding jegens de laedens is een zeer verstrekkend rechtsgevolg. Deze vergaande gevolgen pleiten voor het beperken van de sanctie tot sprekende gevallen van fraude.

4.33 Per saldo zit ik daarmee dicht tegen het standpunt van Van Dijk en Hiel. Daarbij zij benadrukt dat ik, net als Van Dijk en Hiel en Van Tiggele-van der Velde, buiten de genoemde bijzondere gevallen waarin een vorm van analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW aan de orde is, de meerwaarde zie zowel van aansprakelijkheid jegens de verzekeraar als (vooral ook) van het verbinden van bewijsrechtelijke consequenties aan de (poging tot) fraude. Hier kan ook art. 21 Rv van pas komen.

4.34 Mijn terughoudendheid ten aanzien van analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW (hiervoor randnummer 4.32) werkt in eerste instantie door naar art. 21 Rv: het ligt immers niet voor de hand om langs die weg alsnog een soort algemene regel aan te nemen die bijvoorbeeld inhoudt dat de frauderende derde-claimant het recht verliest om verder te procederen over zijn werkelijke schade. Daarmee is overigens niet uitgesloten dat dit rechtsgevolg in een *incidenteel geval* wel wordt aangenomen. Art. 21 Rv geeft de rechter nu eenmaal veel ruimte.

4.35 Wordt de waarheidsplicht immers niet nageleefd dan kan de rechter daaruit de gevolgtrek-

91 Zie bijvoorbeeld D. Wuyts, *Verzekeringsfraude*, diss., Antwerpen: Intersentia 2014, randnummer 590. In dit verband zou ik inspiratie willen zoeken bij die gevallen waarin rechtsverwerking wordt aangenomen, omdat de rechthebbende door zijn gedrag bij de weder- of tegenpartij aanleiding heeft gegeven tot verlies van dekking althans van de mogelijkheid op de financiële gevolgen van aansprakelijkheid te anticiperen. Ik noem in dit verband HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89 (*Van den Bos/Provincial Insurance*) en HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2381, NJ 1997/544 (*Van Beelen/Applied Chemicals*).

king maken die hij geraden acht.⁹² Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 21 Rv blijkt dat de rechter de ruimte heeft om de gevolgtrekkingen toe te snijden op de omstandigheden van het geval, zoals de hoedanigheid van partijen, de vraag of zij worden bijgestaan door een advocaat en de mate van verwijtbaarheid van de schending.⁹³ Seinen constateert na een rechtspraakanalyse dat de waarheidsplicht regelmatig de basis is van een 'corrigerende tik' onder meer ten aanzien van slordigheid en veel-procedureers.⁹⁴ In die zin is art. 21 Rv ook te gebruiken bij gebleken fraude. Ik herhaal echter dat ik geen *algemene regel* voor me zie die bijvoorbeeld inhoudt dat de fraudeerende derde-claimant het recht verliest om verder te procederen over zijn werkelijke schade.

4.36 Een meer reëel en ook zinvoller 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).⁹⁵ Idealiter ligt er bewijs dat niet louter is terug te voeren op de eigen verklaring(en) van de derde-claimant.

5 Bespreking van de klachten

5.1 Zoals reeds is opgemerkt in randnummer 3.6, hebben Allianz c.s. er bewust voor gekozen het cassatiemiddel niet uitteken te laten vallen in verschillende (sub)onderdelen. In hun schriftelijke toelichting geven zij aan dat een opdeling is vermeden om kunstmatige onderscheidingen te voorkomen.

5.2 Het middel richt zich in hoofdzaak op 's hofs oordeel in rov. 4. en rov. 30. van het eindarrest waarin het hof heeft geoordeeld dat [verweerster] heeft bewezen dat zij als passagier in het door [betrokkene 1] bestuurde busje zat op het moment van het ongeval en de daaraan ten grondslag liggende motivering in rov. 18. tot en met 29. Deze overwegingen zijn onjuist, onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd, aldus het middel.

5.3 De door Allianz c.s. gekozen opzet rechtvaardigt een geconcentreerde behandeling van het middel, die dan, gelet op de wijze waarop het middel door Allianz c.s. is gepresenteerd, meebrengt dat de klachten zoveel mogelijk gezamenlijk en naar de

kern zullen worden besproken. Ik merk daarbij op dat het cassatiemiddel in de kern twee thema's aan de orde stelt (hiervoor randnummer 3.5):

(1) het hof zou een algemene regel hebben miskend, die hierop neerkomt dat 'verval van recht' bij fraude door de derde-claimant meebrengt, door dat rechtsgevolg in casu niet aan te nemen en niet eens uitdrukkelijk in overweging te nemen;

(2) het bewijsoordeel zou onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn.

5.4 Voordat ik aan bespreking van deze thema's en de in dit verband geformuleerde klachten toekom, lijkt het mij goed een enkele inleidende opmerking te maken met betrekking tot de beperkte ruimte voor toetsing in cassatie. Het middel heeft terecht vooropgesteld dat de wijze van uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter op grond van art. 21 Rv in cassatie slechts zeer beperkt kan worden getoetst.⁹⁶ Of partijen aan de waarheidsplicht hebben voldaan en welke sancties bij schending dienen te volgen, berust op een aan de feitenrechter voorbehouden uitleg van de gedingstukken en op waarderingen van feitelijke aard die in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht. De feitenrechter is vrij in het verbinden van een sanctie aan een schending van art. 21 Rv.⁹⁷ In cassatie kan uiteraard wel aandacht worden besteed aan de rechtsklacht met betrekking tot (mis)kenning van) een algemene regel dat sprake dient te zijn van 'verval van recht' bij (een poging tot) fraude door de derde-claimant, naar analogie van art. 7:941 lid 5 BW (hierna randnummers 5.6 en 5.7).

5.5 Beperkte ruimte voor toetsing in cassatie treft ook de klachten met betrekking tot de bewijswaardering (hierover nader randnummer 5.10). Zoals reeds is opgemerkt (randnummer 3.7), realiseren Allianz c.s. zich terdege dat, daar waar het middel ziet op bewijswaardering, het terrein van de feitenrechter betreden wordt en dat de ruimte voor toetsing in cassatie zeer beperkt is.⁹⁸ Dan kom ik nu toe aan de inhoudelijke bespreking.

Thema (1). Algemene regel verval van recht bij fraude

5.6 Zoals opgemerkt betreft één van de kernklachten van het middel de rechtsklacht dat de (po-

92 *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 52.

93 *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 855, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het Verslag), p. 25-28.

94 C.J.-A. Seinen, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht. Sancties op schending van de waarheidsplicht', *TCR* 2014, p. 93.

95 Zie ook B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss., Deventer: Kluwer 2004, par. 5.5.3.3. Zie in dit verband ook *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002 p. 147-148: "De rechter die van oordeel is dat een partij op bepaalde onderdelen van zijn feitelijke stellingen onvolledig is geweest, zal daardoor wellicht de aannemelijkheid van andere stellingen extra kritisch bezien, hetgeen in bepaalde gevallen voor de verdeling van de bewijslast van belang kan zijn."

96 Zie in dit verband HR 14 december 2001,

ECLI:NL:HR:2001:AD3967, *NJ* 2002/105 m.nt. D.W.F. Verkade (*Maars/Nordprofil*). Zie ook C.J.-A. Seinen, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht. Sancties op schending van de waarheidsplicht', *TCR* 2014, p. 84 e.v., Asser *Procesrecht*/I. Giesen, *Deel 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 77 en W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Bju 2003, p. 88 e.v.

97 Zie HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, *NJ* 2012/627 m.nt. H.J. Snijders en HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1706, *RvdW* 2011/1422 (*ISG Holding N.V./Meropa B.V.*).

98 Zie HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3967, *NJ* 2002/105 m.nt. D.W.F. Verkade (*Maars/Nordprofil*) en Asser *Procesrecht*/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 26.

ging tot) misleiding en oplichting van Allianz door [verweerster] niet zonder gevolgen kan blijven. In dit verband zet het middel erop in dat art. 7:941 lid 5 BW naar analogie had moeten worden toegepast. Het recht op schadevergoeding dient daarom geheel, althans grotendeels, te vervallen indien een beweerdelijk bij een auto-ongeval gelaedeerde partij, zich mede beroepend op haar rechtstreekse aanspraak uit art. 6 WAM aan de verzekeraar en diens verzekerde – alsmede aan de rechter – opzettelijk onjuiste informatie verschaft ten aanzien van de gegevens die van belang zijn voor het bepalen van het eventuele recht op schadevergoeding. Op de gelaedeerde partij rusten, aldus het middel, weliswaar niet de uit art. 7:941 BW voortvloeiende en op de verzekeringnemer of krachtens de verzekering tot uitkering gerechtigde rustende rechtsplichten, maar op grond van art. 6:2 lid 1 jo 3:12 BW dient de gelaedeerde partij zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen. Deze analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW wordt, aldus nog steeds het middel, ondersteund door art. 21 Rv (de waarheidsplicht). Het hof heeft daarom de analoge toepasselijkheid van (de ratio) van art. 7:941 lid 5 BW, die dient te leiden tot verval van recht, miskend.

5.7 Uit de beschouwing in randnummers 4.1 e.v. hiervoor volgt dat een dergelijke algemene regel naar mijn oordeel niet geldt en evenmin zou moeten worden aangenomen. Ik zie geen aanleiding voor het aannemen van een algemene regel voor 'verval van recht' ingeval van (een poging tot) fraude naar analogie van art. 7:941 lid 5 BW (randnummers 4.32 e.v.). 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. Of deze uitkomst in een specifiek geval aangewezen is, is echter voorbehouden aan de rechter in feitelijke instantie. Voor zover de rechtsklacht inhoudt dat het hof de algemene regel die 'verval van recht' bij fraude zou meebrengen buiten het toepassingsgebied van art. 7:941 lid 5 BW heeft geschonden, faalt zij. Een dergelijke algemene regel kent ons recht niet. Het middel wijst niet op een met feiten en omstandigheden onderbouwd beroep op verval van recht in de feitelijke instanties. Het hof behoeft daarom geen overweging te wijden aan de mogelijkheid van verval van recht als sanctie op de onwaarheden.

Thema (2). Onjuist of onbegrijpelijk bewijsoordeel

5.8 De procesinleiding komt eveneens op tegen het in de ogen van Allianz c.s. onjuiste en/of onbegrijpelijke bewijsoordeel in rov. 4. en 30. van het eindarrest en de daaraan ten grondslag liggende motivering in rov. 18.-29. van dat arrest.

5.9 Bij de bespreking van deze klachten stel ik het volgende voorop. De waardering van het bewijs is, zo volgt uit art. 152 lid 2 Rv, voorbehouden aan

het oordeel van de (feiten-)rechter.⁹⁹ De keuze voor deze vrije bewijswaardering vloeit voort uit de gedachte dat de rechter zoveel mogelijk de materiële waarheid dient te achterhalen.¹⁰⁰ De bewijswaardering kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Wel kan in cassatie worden beoordeeld of de bewijswaardering zodanig is gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan de beslissing ten grondslag liggende gedachtegang om haar voor partijen en voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.¹⁰¹

5.10 Het hof heeft zijn bewijsoordeel in rov. 18.-29. van het eindarrest uitvoerig gemotiveerd. Allianz c.s. komen daartegen op met de navolgende klachten:

- (a) het hof had de rol van [verweerster] bij de valse verklaringen moeten betrekken in zijn bewijswaardering;
- (b) het hof heeft een te strenge maatstaf aangelegd bij de beoordeling van de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8];
- (c) het hof heeft miskend dat de gedeeltelijke strafrechtelijke vrijspraak niet afdoet aan de op [verweerster] rustende bewijslast *in civilibus*;
- (d) het hof heeft onvoldoende acht geslagen op de beperkingen van de waardering van een verklaring van een partij-getuige (art. 164 lid 2 Rv);
- (e) het hof heeft teveel gewicht toegekend aan discrepanties in de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] en te weinig aan inconsistenties in de verklaringen van [verweerster] en [betrokkene 1];
- (f) het hof zou ingevolge art. 161 Rv betekenis hebben moeten toekennen aan de omstandigheid dat valse verklaringen zijn afgelegd; en
- (g) het hof heeft de verwerping van het beroep op misbruik van procesrecht onvoldoende gemotiveerd.

- (a) De rol van [verweerster] bij de valse verklaringen

5.11 Ik concentreer mij nu eerst op de klachten die zijn gericht tegen rov. 20. en 28. en betogen dat het hof de rol van [verweerster] bij de valse verklaringen had moeten betrekken bij de bewijswaardering. In rov. 20. heeft het hof onder meer overwogen:

“Er zijn geen aanknopingspunten gesteld of gebleken om van dit scenario, waarbij dus sprake is van een uitgewerkt, vooropgesteld plan om schadevergoeding te verkrijgen uit te gaan.”

Het hof overweegt in rov. 20. voorts onder meer:

“[verweerster] had derhalve tot november 2002 in beginsel geen reden om valse verklaringen af te leggen, behalve dan voor zover aangenomen zou moeten worden dat het letsel is verzonnen althans is verzonnen dat dit letsel bij de aanrijding is opgetreden. Zoals hiervoor aan de orde

⁹⁹ HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478, NJ 2004/74 (Stichting Nieuw Vredenburg/NHL).

¹⁰⁰ Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, Deventer: Kluwer 1988, p. 99.

¹⁰¹ HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2743, NJ 1999/7 (Finkenburgh/Van Mansum).

kwam heeft het hof daarvoor geen enkele concrete aanwijzing.”

Het hof heeft hierbij bovendien nog in aanmerking genomen dat [verweerster] de huisartsenkaart in eerste aanleg niet in het geding heeft gebracht, hetgeen bij een vooropgezet plan wel in de rede had gelegen.

5.12 In rov. 28. heeft het hof daarop voortgebouwd met de volgende overwegingen:

“Zoals uit het voorgaande volgt betreft het hof bij het bewijsoordeel niet de verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 6]. Of zij wel of niet de aanrijding hebben gezien en wel of niet [verweerster] hebben zien uitstappen althans wegllopen na de aanrijding is voor de bewijsbeoordeling niet relevant. (...) Zoals hiervoor aan de orde kwam acht het hof voor het oordeel dat de stelling van [verweerster] is bewezen met name van belang verklaringen (vastgelegd in documenten) die voor die tijd zijn afgelegd, op een moment dat [verweerster] er nog vanuit mocht gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden.”

5.13 In de kern komen de hiervoor geciteerde passages uit rov. 20. en 28. van het eindarrest hierop neer dat de door het hof gebruikte bewijsmiddelen dateren van vóór de onware verklaringen en van vóór het moment dat Zwolsche uitkering heeft geweigerd. Volgens het hof behoeft daarom bij de waardering van deze bewijsmiddelen geen rekening te worden gehouden met de nadien door toedoen van [verweerster] afgelegde valse verklaringen.

5.14 In randnummers 13. en 19. van de procesinleiding wordt deze motivering onder meer als onbegrijpelijk bestreden. In dat kader wordt in de kern betoogd dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom bij de bewijswaardering voorbij wordt gegaan aan het valse karakter van de verklaringen en de veroordelingen. Met betrekking tot de overweging ten aanzien van het moment van overlegging van de huisartsenkaart wordt erop gewezen dat [verweerster] in eerste aanleg kennelijk meer vertrouwen had in de door haar toedoen afgelegde valse verklaringen dan in het enkele feit dat zij zich de dag na de botsing met whiplash-achtige klachten bij de huisarts heeft vervoegd. In randnummer 20. van de procesinleiding is daaraan onder meer toegevoegd dat het hof met zijn oordeel miskent dat de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van [verweerster] door de strafrechtelijke veroordelingen in twee instanties wezenlijk is ondermijnd.

5.15 Mijns inziens wordt – niettegenstaande het tot terughoudendheid nopen de toetsingskader (hiervoor randnummer 5.9) – terecht geklaagd over het buiten beschouwing laten van de rol van [verweerster] bij de valse verklaringen. Het is op zich juist dat de door het hof gebruikte bewijsmiddelen dateren van vóór de onware verklaringen en van vóór het moment dat Zwolsche uitkering heeft geweigerd. Daar staat echter tegenover dat het bij vrijwel alle elementen uit de bewijsvoering naar de ei-

gen vaststelling van het hof uiteindelijk gaat om verklaringen van [verweerster] zelf (rov. 20.). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, acht ik onbegrijpelijk waarom bij de waardering van de bewijsmiddelen, die vrijwel allemaal zijn terug te voeren op eigen verklaringen van [verweerster], niet is meegewogen dat nadien door toedoen van [verweerster] valse verklaringen zijn afgelegd. Die omstandigheid kan namelijk van betekenis zijn voor de betrouwbaarheid van de eigen verklaringen van [verweerster] en (dus) voor het gewicht dat aan de daarop terug te voeren bewijsmiddelen wordt toegekend. De vaststelling dat deze bewijsmiddelen dateren van vóór de onware verklaringen en van vóór het moment dat Zwolsche uitkering heeft geweigerd, kunnen 's hofs andersluidende oordeel niet dragen. Deze vaststelling vormt – naar Allianz c.s. in cassatie terecht betogen (randnummer 13. van de procesinleiding) – geen rechtvaardiging voor de rol van [verweerster] bij de valse verklaringen; die rol blijft dus relevant voor de waardering van de verklaringen van [verweerster] en de daarop terug te voeren bewijsmiddelen.

5.16 De in randnummers 13. en 19.-20. van de procesinleiding geformuleerde klachten treffen in zoverre doel.

(b) Maatstaf beoordeling verklaringen [eiser 1] en [betrokkene 8]

5.17 In rov. 27. heeft het hof de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] beoordeeld. Het hof heeft in dat verband onder meer overwogen als volgt:

“De verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] zijn over de mogelijke verplaatsing van de Nissan en over de vraag of en zo ja wanneer [eiser 1] naar de passagierszijde van de Nissan is gelopen, niet consequent. Mede om die reden sluiten de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] de stelling van [verweerster] geenszins uit. Niet kan worden uitgesloten dat [eiser 1], mede door de omhooggekomen motorkap en mede omdat er ook volgens de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] enige tijd is verstreken tussen de aanrijding en het moment dat zij naar de Nissan zijn gelopen, niet heeft gezien dat [verweerster] intussen was uitgestapt en weggelopen.”

5.18 In randnummer 17. van de procesinleiding wordt deze overweging als onjuist of onbegrijpelijk bestreden. Er wordt onder meer op gewezen dat Allianz c.s. slechts tegenbewijs behoeven te leveren. Derhalve, aldus de procesinleiding, hoeven Allianz c.s. niet het tegendeel van de stelling van [verweerster] aan te tonen, maar kunnen zij ermee volstaan de aannemelijkheid van het door [verweerster] aangedragen bewijs te ondermijnen.

5.19 Bij de bespreking van deze klacht is het volgende van belang.

5.20 De rechtbank heeft in rov. 5.3 van haar tussenvonnis onder meer overwogen:

“Aangezien [verweerster] heeft gesteld dat zij zich ten tijde van de aanrijding als passagier in de auto die [betrokkene 1] bestuurde bevond en

zij zich op de rechtsgevolgen hiervan beroept, rust op haar de bewijslast. De rechtbank zal [verweerster] in de gelegenheid stellen vorenbedoeld bewijs te leveren.”

Tegen deze overweging is — naar het hof ten aanzien van de bewijsopdracht uitdrukkelijk vaststelt (rov. 14. uit het tussenarrest en rov. 4. uit het eindarrest) — geen grief gericht. Dit betekent dat in rechte vaststaat dat de bewijslast op [verweerster] rust.

5.21 De bewijslast rust in deze zaak dus niet op Allianz c.s., zodat zij in beginsel kunnen volstaan met het ontzenuwen van het door [verweerster] geleverde bewijs. Hiervoor is niet nodig dat bewijs wordt geleverd van het tegendeel.¹⁰² Door louter te beoordelen of de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] de stelling van [verweerster] uitsluiten, en niet tevens (kenbaar) te onderzoeken of deze verklaringen twijfel zaaien over de stelling van [verweerster], heeft het hof mijns inziens een te stringente maatstaf aangelegd. De in randnummer 17. van de procesinleiding verwoorde klacht slaagt in zoverre.

5.22 De overige klachten van Allianz c.s. met betrekking tot het bewijsoordeel treffen naar mijn mening geen doel. Ik licht dat hierna nader toe.

(c) Betekenis van de gedeeltelijke strafrechtelijke vrijspraak

5.23 In randnummers 3. en 4. van de procesinleiding betogen Allianz c.s. dat het hof zou hebben miskend dat de gedeeltelijke vrijspraak van [verweerster] in de strafprocedure niet afdoet aan de, aldus de procesinleiding, in confesso op [verweerster] rustende positieve bewijslast ter zake van haar stelling dat zij passagier was van de Nissan tijdens de botsing. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Blijkens rov. 4. en 30. van zijn eindarrest en de daaraan ten grondslag liggende motivering in rov. 18.-29. heeft het hof onderzocht of [verweerster] in civielrechtelijke zin heeft bewezen dat zij ten tijde van de aanrijding in de Nissan zat.

(d) Beperkingen waardering verklaring partij-getuige (art. 164 lid 2 Rv)

5.24 Randnummers 4. en 8. van de procesinleiding bevatten verder de klacht dat het hof eraan voorbij zou hebben gezien dat een partijgetuigenverklaring ingevolge art. 164 lid 2 Rv slechts kan dienen ter aanvulling van onvolledig bewijs en dat daarvan alleen sprake is als er aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken. De aangehaalde rechtsregel vindt inderdaad grond in

de rechtspraak van Uw Raad.¹⁰³ Het hof heeft mijns inziens blijkens rov. 19. toepassing gegeven aan deze rechtsregel. Het hof heeft in die overweging immers vastgesteld dat voor [verweerster] als partijgetuige de beperkingen van art. 164 lid 2 Rv gelden en heeft vervolgens beoordeeld of er voldoende overtuigend aanvullend bewijs is.

5.25 In randnummers 8.-10. van de procesinleiding wordt er verder op gewezen dat vrijwel alle overige bewijsmiddelen naar 's hofs vaststelling zijn terug te voeren op de verklaring van [verweerster] en dat geen van de 'bronnen' uit eigen waarneming over de aanwezigheid van [verweerster] in de Nissan kan verklaren. Dat is op zich juist, maar deze omstandigheid maakt het oordeel van het hof niet onjuist. Er is geen rechtsregel die meebrengt dat het aan te vullen onvolledige bewijs niet zou mogen bestaan uit bewijsmiddelen die uiteindelijk zijn terug te voeren op de verklaring van de partij-getuige. Het aannemen van een dergelijke rechtsregel ligt ook niet voor de hand. Zoals mijn ambtgenoot Van Peurseem in zijn conclusie voor een arrest van Uw Raad van 7 juli 2017 heeft uiteengezet, gaat de huidige rechtsontwikkeling in de richting van het afzwakken van de beperkingen die de wet stelt aan de (waarde) van partijgetuigenverklaringen.¹⁰⁴ In het rapport van Hammerstein, Asser en De Bock uit 2017 over de modernisering van het burgerlijk bewijsrecht wordt zelfs gepleit voor afschaffing van de beperkingen die art. 164 lid 2 Rv stelt aan de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring.¹⁰⁵ Zo ver is het (nog) niet, maar het geeft wel aan dat een verdere aanscherping van de beperkingen van de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring niet voor de hand ligt. Ook de motivering van het hof acht ik op dit punt toereikend. Het hof heeft onder ogen gezien dat vrijwel alle hiervoor genoemde elementen uit de bewijsvoering uiteindelijk teruggaan op de verklaringen van [verweerster] zelf en in rov. 18.-29.

¹⁰³ Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 263, HR 10 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1178, NJ 1994/667 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Ittersum/Rabobank*), HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*), HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5404, NJ 2001/32 m.nt. W.D.H. Asser en G.R. Rutgers, 'Partij-getuige bij tegenbewijs', *Ars Aequi* 2000, p. 881 e.v. (*M&B BV/Meijer Vastgoed*), HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1057, NJ 2002/391 m.nt. H.J. Snijders (*Moes cs./Muijlaert*) en HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7933, RvdW 2006/335 (*Ibro/Newinco cs.*), rov. 4.5.2.

¹⁰⁴ A-G Van Peurseem in zijn conclusie voor HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1271, RvdW 2017/812, randnummers 2.10 e.v. (*Ikea*). Hij verwijst onder meer naar Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 169 en 263, R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss., Deventer: Kluwer 2011, par. 6.8. en H.B. Krans en P. Taelman, 'Partijgetuigen in het civiele recht: België en Nederland', in Jac. Hijma e.a. (red.), *Een kwart eeuw later* (H.J. Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 287-288.

¹⁰⁵ A. Hammerstein, W.D.H. Asser en R.H. de Bock, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht: advies van de expertgroep*, 2017, <https://www.rikssoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/04/11/adviesrapport-modernisering-burgerlijk-bewijsrecht>, nr. 157.

¹⁰² HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3857, NJ 2003/468 en daarover onder meer Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 266 en H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civil bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2013, nr. 41.

omstandig gemotiveerd waarom deze elementen van de bewijsvoering (toch) overtuigend zijn. Dat het bewijsoordeel desalniettemin naar mijn oordeel niet toereikend is gemotiveerd (hiervoor randnummers 5.15 e.v.), heeft een andere reden.

(e) Waardering inconsistenties in de diverse verklaringen

5.26 Randnummers 14.-16. en 18. van de procesinleiding verwijten het hof kort gezegd dat te veel gewicht wordt toegekend aan discrepanties in de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] en te weinig aan inconsistenties in de verklaringen van [verweerster] en [betrokkene 1]. Dat zou onbegrijpelijk zijn, zeker nu [eiser 1] en [betrokkene 8] geen belang hebben bij de uitkomst van de procedure. Deze klachten betreffen de waardering van de verklaringen van de getuigen. Die waardering is voorbehouden aan de feitenrechter en leent zich niet voor toetsing in cassatie. Ik verwijs daartoe kortheidshalve naar randnummer 5.9 van deze conclusie. In dit verband wordt verder nog gewezen op de stellingen dat whiplashklachten naar hun aard gemakkelijk te simuleren zijn en dat [verweerster] reeds vóór de botsing vergelijkbare langdurige klachten had naast ernstige financiële problemen. Ook in zoverre faalt de klacht. Het hof was namelijk niet gehouden om deze stellingen — die niet rechtstreeks zien op de (betrouwbaarheid van de) verklaringen van [verweerster] — in zijn waardering te betrekken.

(f) Gevolgtrekkingen aan valse verklaringen op grond van art. 161 Rv

5.27 In randnummer 19. van hun procesinleiding hebben Allianz c.s. een rechtsklacht geformuleerd inhoudende dat sprake is van miskenning van art. 161 Rv. Deze klacht treft evenmin doel. Art. 161 Rv bepaalt dat een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een bepaald feit heeft begaan, dwingend bewijs oplevert van dat feit. Het hof heeft die regel niet miskend. Het hof heeft immers de verklaringen, waarvan de valsheid door de strafrechter is vastgesteld, buiten beschouwing gelaten. Art. 161 Rv verplichtte het hof niet aan deze valse verklaringen verderstrekkende gevolgen te verbinden. Het hof heeft in de strafzaak tegen [verweerster] namelijk overwogen dat niet als boven redelijke twijfel verheven valt uit te sluiten dat [verweerster] bij de aanrijding als passagier in de auto van [betrokkene 1] heeft gezeten (hiervoor randnummer 2.30). In de strafzaak is dus niet komen vast te staan of [verweerster] zich ten tijde van de aanrijding (al dan niet) in de auto van [betrokkene 1] bevond. Dit betekent dat het hof op dit punt niet ingevolge art. 161 Rv gebonden is aan een oordeel van de strafrechter.

(g) Verwerping beroep op misbruik van procesrecht

5.28 In randnummer 20. van de procesinleiding komen Allianz c.s. op tegen de verwerping van het beroep op misbruik van procesrecht. Het hof heeft de hiertoe strekkende stelling van Allianz c.s. verworpen, omdat die stelling niet verder is gespecificeerd. Volgens Allianz c.s. zou niet duidelijk zijn wat het hof aan verdere specificatie van dat standpunt verlangt dan de in elk processtuk van Allianz vanaf de eerste aanleg van de strafzaak geuite verontwaardiging over het desbewuste gebruik in rechte door [verweerster] van door haarzelf uitgelokte valse verklaringen.

5.29 In het kader van de bespreking van deze klacht stel ik het volgende voorop. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht is — gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM — grote terughoudendheid geboden.¹⁰⁶ Van misbruik van procesrecht is, voor zover hier van belang, pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Dit kan pas aan de orde zijn wanneer eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.¹⁰⁷ Het uitoefenen van een processuele bevoegdheid, zodanig dat van misbruik sprake is, kan de rechter ertoe aanleiding geven het ermee beoogde rechtsgevolg te onthouden of, als het gaat om het instellen van een vordering of het doen van een verzoek, de vordering of het verzoek af te wijzen.¹⁰⁸ De rechter heeft in zoverre dus beoordelingsvrijheid.

5.30 Het hof heeft in rov. 29. voor zover hier van belang overwogen als volgt:

“Voor zover Allianz c.s. hierbij het oog heeft op de schriftelijke verklaringen en getuigenverklaringen ten aanzien waarvan [verweerster] en [betrokkene 1] zijn veroordeeld wegens (aanzetten tot) valsheid in geschrifte en meened, wordt aan dit verweer voorbij gegaan omdat het hof deze verklaringen niet bij de bewijsbeoordeling heeft betrokken.”

5.31 In die overweging ligt besloten dat het hof aan (het gebruik van) de valse verklaringen geen verstrekkende gevolgen verbindt dan het buiten beschouwing laten van die verklaringen. Gezien zijn beoordelingsvrijheid mocht het hof in die zin beslissen.

¹⁰⁶ Zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*) en ook HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, RvdW 2017/947, JBPR 2018/3 m.nt. P.M. Vos en JIN 2017/180 m.nt. E.J.H. Zandbergen en J.H.L. Damen (*.../...*), rov. 5.3.3.

¹⁰⁷ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516, NJ 2007/353 (*Waterschap Regge en Deinkel/Milieutech Beheer BV*), HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, RvdW 2017/947, JBPR 2018/3 m.nt. P.M. Vos en JIN 2017/180 m.nt. E.J.H. Zandbergen en J.H.L. Damen (*.../...*), rov. 5.3.3.

¹⁰⁸ Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 149.

sen. De geuite verontwaardiging over het gebruik van door [verweerster] uitgelokte valse verklaringen – hoezeer ook voorstelbaar – noopte niet tot een nadere motivering.

Slotsom

5.32 Dit alles brengt mij tot de volgende slotsom. Naar mijn mening falen de klachten die als algemene regel bepleiten dat het recht op uitkering van een derde-claimant in het geval van fraude vervalt. De genoemde klachten van randnummers 13, 17, en 19.-20. van de procesinleiding ten aanzien van het bewijsoordeel slagen echter wel. Het slagen van die klachten brengt naar mijn mening mee dat het eindarrest niet in stand kan blijven. In de procedure na verwijzing zal bij de waardering van de bewijsmiddelen, die zijn terug te voeren op eigen verklaringen van [verweerster], moeten worden betrokken dat in een later stadium door toedoen van [verweerster] valse verklaringen zijn afgelegd. Verder zal in de procedure na verwijzing dienen te worden onderzocht of met de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] het door [verweerster] geleverde bewijs is ontzenuwd.

6 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak C/10/413957/HA ZA 12-1062 (voorheen 217299/HA ZA 04-1494) van de rechtbank Rotterdam van 2 februari 2005 en 19 februari 2014;
- b. de arresten in de zaak 200.149.775/01 van het gerechtshof Den Haag van 14 april 2015 en 14 februari 2017.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 14 februari 2017 hebben Allianz c.s. beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerster] heeft een verweerschrift tot verwerving ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Allianz c.s. mede door mr. M.E. Loomeyer.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging en verwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Op 17 september 2001 heeft een aanrijding plaatsgevonden op de kruising van de Mathenesserlaan met de Claes de Vrieslaan te Rotterdam tussen een door [eiser 1] bestuurde auto en een door [be-

trokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) bestuurde bestelauto (een Nissan). [betrokkene 1] is een zoon van [verweerster].

- (ii) [eiser 1], die ten tijde van de aanrijding was verzekerd bij de rechtsvoorgangster van Allianz, Zwolsche Algemeene Schadeverzekering N.V. (hierna: Zwolsche of Allianz), heeft de aansprakelijkheid voor het ongeval erkend.

- (iii) [verweerster] was op 17 september 2001 op arbeidstherapeutische basis weer aan het werk gegaan na in februari 2001 in de Ziektewet te zijn gekomen door een zenuwpeesontsteking in de linker elleboog.

- (iv) Op 18 september 2001 heeft [verweerster] zich gemeld bij haar huisarts. Op de huisartsenkaart staat het volgende vermeld: 'S: Van achteren aangereden. Vandaag last van ru[g]/schouders/hoofdpijn.' De huisarts zet onder O: 'whiplash'.

- (v) Op 30 oktober 2001 is [verweerster] bezocht door het door Zwolsche ingeschakelde schadebureau ITEB. In het rapport van 2 november 2001 is onder meer het volgende vermeld:

"MEDISCH:

Na de aanrijding was gelaedeerde erg geschrokken. Op dat moment waren er nog geen lichamelijke klachten. De volgende ochtend werd gelaedeerde wakker met een pijnlijke stijve nek, rug en schouders. Tevens was er sprake van hoofdpijn. Diezelfde dag werd de huisarts geconsulteerd. Deze schreef pijnstillers voor (...)."

- (vi) Zwolsche heeft de schade ontstaan aan de door [betrokkene 1] bestuurde auto vergoed en voorschotten uitgekeerd aan [verweerster] van respectievelijk f 2.500 en € 5.000.

- (vii) [verweerster] is met ingang van 2002 voor 80-100% arbeidsongeschikt geacht in het kader van de WAO.

- (viii) Naar aanleiding van de aansprakelijkstelling door de toenmalige raadsman van [verweerster] heeft [eiser 1] laten weten dat alleen [betrokkene 1] in de auto zat en dat er geen passagiers in de auto aanwezig waren.

- (ix) In reactie op een brief van Zwolsche, waarin onder meer wordt gevraagd om bewijsstukken dat [verweerster] ten tijde van het ongeval aanwezig was in de auto, heeft voormelde raadsman van [verweerster] onder meer schriftelijke verklaringen toegezonden van [verweerster] en [betrokkene 1], en van [betrokkene 2] en [betrokkene 3], beiden vrienden van [betrokkene 1].

- (x) [verweerster] heeft in kort geding een voorschot op de schadevergoeding gevorderd van [eiser 1] en Zwolsche. In dat verband heeft zij schriftelijke verklaringen overgelegd van [betrokkene 5] en [betrokkene 6].

- (xi) In de hiervoor in (ix) en (x) genoemde verklaringen hebben [betrokkene 3], [betrokkene 2], [betrokkene 5] en [betrokkene 6] verklaard, kort samengevat, dat zij bij elkaar (althans bij vrienden) in de auto zaten, in de buurt van de plek waar de aanrijding heeft plaatsgevonden en [verweerster] kort na het ongeval uit de auto hebben zien stappen, al-

thans hebben zien weglopen van de plaats van de aanrijding.

3.2.1 In deze procedure vordert [verweerster] veroordeling van Allianz c.s. tot vergoeding van de door [verweerster] geleden en te lijden schade ten gevolge van het ongeval, op te maken bij staat.

Ter onderbouwing van haar vordering heeft [verweerster] in eerste aanleg de hiervoor in 3.1 onder (ix) en (x) genoemde verklaringen overgelegd en tevens ongedateerde nadere verklaringen van [betrokkene 5], [betrokkene 2], [betrokkene 1] en [verweerster] in het geding gebracht.

Allianz c.s. hebben verweer gevoerd en een stuk overgelegd waarin [betrokkene 3] verklaart dat zijn door [verweerster] in het geding gebrachte verklaring valselijk is afgelegd. Voorts hebben zij overgelegd een brief aan (onder meer) Zwolsche, gedateerd '2004-09-27', waarin [betrokkene 3] zijn eerdere verklaring, inhoudende dat hij een valse verklaring heeft afgelegd, weer intrekt, alsmede een 'bezoek getuige'-verslag van schade- en onderzoeksbureau [B] (hierna: [B]) van 8 oktober 2004 waarin [betrokkene 3] verklaart dat de hiervoor vermelde brief niet van hem afkomstig is en dat de handtekening op die brief niet van hem is.

3.2.2 Bij tussenvonnis heeft de rechtbank [verweerster] opgedragen te bewijzen dat zij zich als passagier in de door [betrokkene 1] bestuurde auto bevond ten tijde van de aanrijding. Ter voldoening aan die bewijsopdracht heeft [verweerster] [betrokkene 6], [betrokkene 5], [betrokkene 1] en zichzelf als getuigen doen horen.

3.2.3 [betrokkene 6] heeft op 24 augustus 2005 ten overstaan van een onderzoeker van [B], later herhaald ten overstaan van de politie, laten weten dat zij een valse verklaring over de aanrijding heeft afgelegd.

3.2.4 Namens Allianz is aangifte gedaan van oplichting, valsheid in geschrift en meened door diverse getuigen. Naar aanleiding hiervan zijn door de rechtbank veroordelingen uitgesproken tegen [betrokkene 3], [betrokkene 5], [betrokkene 2], [verweerster] en [betrokkene 1]. De drie laatstgenoemden hebben hoger beroep ingesteld.

3.2.5 Bij eindvonnis van 19 februari 2014 heeft de rechtbank geoordeeld dat [verweerster] niet is geslaagd in het hiervoor in 3.2.2 genoemde bewijs, en haar vordering afgewezen.

3.2.6 Het hof heeft bij tussenarrest een comparatie gelast. In het tussenarrest is onder meer vastgesteld dat [verweerster] in de strafzaak in hoger beroep is vrijgesproken van een deel van de ten laste gelegde valsheid in geschrift en meened en volledig van de ten laste gelegde oplichting, het laatste op de grond dat het hof niet als boven redelijke twijfel verheven kan uitsluiten dat [verweerster] tijdens het ongeval als passagier in de auto van [betrokkene 1] heeft gezeten. In het tussenarrest is voorts vastgesteld dat [betrokkene 1] en [betrokkene 2] in het hoger beroep van hun strafzaken (gedeeltelijk) zijn vrijgesproken.

3.2.7 Bij eindarrest heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en Allianz c.s. hoofdelijk veroordeeld om aan [verweerster] de door haar als gevolg van de aanrijding geleden en te lijden schade, nader op te maken bij staat, te vergoeden. Het hof heeft daartoe overwogen dat [verweerster] is geslaagd in het bewijs dat zij in de auto zat ten tijde van de aanrijding. Dit oordeel heeft het hof als volgt gemotiveerd:

"18. [verweerster] heeft in haar schriftelijke verklaring, in haar verklaring aan ITEB, in haar verklaring naar de verzekeringsarts en als getuige in de civiele zaak en in de strafzaak, consequent verklaard over de gebeurtenissen op 17 september 2001, namelijk dat zij naast [betrokkene 1] in de Nissan zat toen deze van achteren werd aangereken en dat zij de volgende ochtend last kreeg van klachten. Dit blijkt ook uit de verklaring die zij ten overstaan van het hof heeft afgelegd tijdens de voornoemde comparatie van 12 juni 2015. Anders dan Allianz c.s. naar voren heeft gebracht, kan zowel de door [verweerster] afgelegde schriftelijke verklaring als haar getuigenverklaring dienen als bewijs. [verweerster] is immers noch in verband met haar eigen schriftelijke verklaring, noch voor haar getuigenverklaring strafrechtelijk veroordeeld, voor zover deze verklaringen betrekking hebben op de vraag of [verweerster] in de Nissan zat. Naar het oordeel van het hof in de strafrechtelijke procedure stond niet als boven redelijke twijfel verheven vast dat [verweerster] niet in de auto zat. [verweerster] is veroordeeld voor meened en valsheid in geschrifte voor zover zij heeft verklaard en doen verklaren (samengevat) dat [betrokkene 2], [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), [betrokkene 5] en [betrokkene 6] getuige zijn geweest van de aanrijding. In hoeverre deze veroordelingen afdoen aan de betrouwbaarheid van [verweerster] als getuige en van de overige bewijsstukken komt hierna aan de orde, onder 28.

Aan de betrouwbaarheid van de verklaring van [verweerster] doet in ieder geval niet af de enkele stelling van Allianz c.s. dat de door [verweerster] gestelde reden van uitstappen (eten halen bij de Chinees) niet voor de hand ligt. Voor zover het al niet voor de hand ligt dat [verweerster] rond vier uur 's middags eten is gaan halen, betekent dat nog niet dat het niet juist kan zijn. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat [verweerster] ook heeft verklaard waarom zij al vroeg eten is gaan halen (namelijk in verband met afspraken voor haar werk). Het hof weegt hierbij voorts mee dat op zichzelf bezien niet onlogisch is dat [verweerster] vrijwel direct na de aanrijding is uitgestapt, omdat [verweerster] op dat moment nog geen klachten had. Zij kon er dus van uit gaan dat de aanrijding alleen administratief afgewikkeld hoefde te worden, hetgeen, zo hebben zowel [verweerster] als [betrokkene 1]

verklaard, [betrokkene 1] voor zijn rekening zou nemen.

19. Voor [verweerster] als partijgetuige geldt (wat haar getuigenverklaring betreft) de beperking van artikel 164 lid 2 Rv: haar verklaring kan geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Er is naar het oordeel van het hof voldoende overtuigend aanvullend bewijs. Het hof hecht daarbij bijzonder belang aan de voormelde aantekening op de huisartsenkaart, bezien in combinatie met het ingevulde aanrijdingsformulier. Beide documenten zijn van net na de aanrijding en ondersteunen de verklaring van [verweerster] dat zij als passagier in de Nissan zat en de volgende ochtend klachten had. Het hof hecht ook belang aan het telefoongesprek dat ongeveer een week na de aanrijding heeft plaatsgevonden tussen Zwolsche en [verweerster], waarbij de klachten van [verweerster] aan de orde zijn geweest. Voor de hand ligt dat dit telefoongesprek is gevoerd naar aanleiding van het door [verweerster] ingevulde schadeformulier, in combinatie met het gegeven dat [eiser 1] aansprakelijk is voor de aanrijding en verzekerd was bij Zwolsche. In dit gesprek wordt bevestigd dat [verweerster] bij [betrokkene 1] in de Nissan zat ('Gaaf om zoon en moeder die letsel hebben opgenomen') en dat [verweerster] naar aanleiding van de aanrijding klachten heeft opgelopen. Een bevestiging van de verklaring van [verweerster] vindt het hof ook in de onder 8, 9 en 10 genoemde documenten. Uit al deze documenten volgt een consistente lijn, namelijk dat [verweerster] na een aanrijding op 17 september 2001 whiplashklachten heeft ontwikkeld. Deze consistente lijn wordt bevestigd door de verklaringen van de echtgenoot en dochter van [verweerster]. Als aanvullend bewijs strekt hier ten slotte de schriftelijke verklaring en de getuigenverklaring van [betrokkene 1], die op essentiële elementen de verklaring van [verweerster] ondersteunt. Ook ten aanzien van deze verklaringen geldt dat, anders dan Allianz c.s. naar voren heeft gebracht, [betrokkene 1] niet is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van [verweerster] in de Nissan betreft. Dat [betrokkene 1], als zoon van [verweerster], een belang heeft bij zijn verklaring doet aan de geloofwaardigheid van zijn verklaring niet af, nu zijn verklaring wordt ondersteund door de hiervoor genoemde verklaringen en documenten.

20. Op zichzelf brengt Allianz c.s. terecht naar voren dat het bij vrijwel alle hiervoor genoemde elementen uit de bewijsvoering uiteindelijk gaat om verklaringen van [verweerster] zelf. Zo is de huisarts zelf geen getuige geweest van de aanrijding en de verzekeringsarts evenmin, en moeten zij het doen met wat [verweerster] hen vertelt. Ook het aanrijdingsformulier is uiteindelijk niet meer dan een weergave van de

verklaring van [verweerster]. Dat is voor het hof evenwel geen reden aan deze stukken niet de overtuiging te ontnemen dat [verweerster] als passagier in de Nissan zat ten tijde van de aanrijding. Bij deze overtuiging is voor het hof met name van belang dat [verweerster] zich al de volgende dag bij de huisarts heeft gemeld met letsel dat passend is bij een aanrijding en daar ook over de aanrijding heeft verteld. Als, zoals Allianz c.s. impliceert, deze bij de huisarts afgelegde verklaring onjuist zou zijn (in de zin dat [verweerster] tegen de huisarts heeft gelogen over het letsel en/of de aanrijding), moet [verweerster] dit letsel vrijwel direct na de aanrijding hebben verzonnen, althans hebben verzonnen dat dit letsel is opgetreden bij de aanrijding, en daarbij hebben bedacht om de volgende dag naar de huisarts te gaan om het gefingeerde letsel en/of de gefingeerde betrokkenheid bij de aanrijding te onderbouwen. Er zijn geen aanknopingspunten gesteld of gebleken om van dit scenario, waarbij dus sprake is van een uitgewerkt, vooropgesteld plan om schadevergoeding te verkrijgen, uit te gaan. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat uit de medische stukken voldoende blijkt dat sprake is van consistente whiplash-gerelateerde klachten. Ter comparatie van 12 juni 2015 heeft zij in dit verband nog verklaard dat zij door de huisarts medicijnen kreeg voorgeschreven om de pijn te stillen en naar een caesartherapeut is verwezen, en dat zij drie maanden een nekraag heeft gedragen om de nek te ontlasten. Voorts betreft het hof hierbij de verklaringen die de man en de dochter van [verweerster] als getuigen in de strafzaak hebben afgelegd. Deze getuigen bevestigen dat [verweerster] kort na de aanrijding klachten ontwikkelde en daarmee naar de huisarts is gegaan. Voorts neemt het hof hierbij in aanmerking dat [verweerster] de huisartsenkaart in eerste aanleg niet eens heeft overgelegd als bewijs van haar stelling, omdat zij dit, zo is in hoger beroep naar voren gebracht, niet nodig heeft geacht. Als van een vooropgezet plan in de hiervoor bedoelde zin sprake was geweest, had voor de hand gelegen dat de kaart in eerste aanleg in het geding was gebracht. Ten slotte acht het hof hierbij van belang dat [verweerster] er tot 14 november 2002 nog van uit kon gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden. Aanvankelijk heeft Zwolsche immers op basis van bevoorschotting de letselschade van [verweerster] vergoed. Pas per brief van 14 november 2002 heeft Zwolsche [verweerster] bericht dat zij geen aansprakelijkheid erkent voor de letselschade van [verweerster]. De reden hiervoor was dat [eiser 1] in april 2002 aan zijn verzekeraar had bericht dat er geen passagier was betrokken bij de aanrijding. [verweerster] had derhalve tot november 2002 in beginsel geen reden om valse verklaringen af te leggen, behalve dan voor zover aangenomen zou moeten worden dat het letsel is verzonnen

althans is verzonnen dat dit letsel bij de aanrijding is opgetreden. Zoals hiervoor aan de orde kwam heeft het hof daarvoor geen enkele concrete aanwijzing.
(...)

27. De verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] [die erop neerkomen dat zij na de aanrijding zijn uitgestapt, naar de bestelbus zijn toegelopen, daar alleen [betrokkene 1] aantreffen en verder niemand hebben zien weglopen; HR] zijn over de mogelijke verplaatsing van de Nissan en over de vraag of en zo ja wanneer [eiser 1] naar de passagierszijde van de Nissan is gelopen, niet consequent. Mede om die reden sluiten de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] de stelling van [verweerster] geenszins uit. Niet kan worden uitgesloten dat [eiser 1], mede door de omhooggekomen motorkap en mede omdat er ook volgens de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 8] enige tijd is verstreken tussen de aanrijding en het moment dat zij naar de Nissan zijn gelopen, niet heeft gezien dat [verweerster] intussen was uitgestapt en weggelopen. Daarbij is ook van belang dat de aandacht van [eiser 1] op dat moment met name zal zijn uitgegaan naar de schade en de toedracht van het ongeval, en niet zozeer naar de vraag of er iemand als passagier in de auto zat. In dit verband tekent het hof nog aan dat [eiser 1] (als getuige bij de rechtbank) onder meer heeft verklaard dat hij na het ongeval wilde gaan kijken of er iemand was aangereden door het busje en dat hij – voordat de politie was gekomen – de schade aan de voertuigen heeft bekeken. Nu de verklaring van [betrokkene 8] niet tot een ander oordeel leidt kan in het midden blijven of, zoals [verweerster] betwist, hij bij zijn vader in de auto zat ten tijde van de aanrijding.

28. Zoals uit het voorgaande volgt betreft het hof bij het bewijsoordeel niet de verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 5] en [betrokkene 6]. Of zij wel of niet de aanrijding hebben gezien en wel of niet [verweerster] hebben zien uitstappen althans weglopen na de aanrijding is voor de bewijsbeoordeling niet relevant. Het hof acht immers op grond van de hiervoor genoemde stukken en verklaringen voldoende overtuigend bewezen dat [verweerster] ten tijde van de aanrijding in de Nissan zat. Het hof ziet geen aanleiding voor een ander oordeel omdat [verweerster], [betrokkene 1] en [betrokkene 3] zijn veroordeeld voor meeneed en (uitlokking van) valsheid in geschrifte in verband met de (schriftelijke) verklaringen van genoemde vier personen. Hierbij is voor het hof met name van belang dat deze getuigen, volgens de getuigenverklaring van [verweerster] op 25 mei 2005 en ook volgens de schriftelijke verklaring van [betrokkene 3] van 6 september 2004 (...) eind 2002 door [verweerster] zijn benaderd, nadat [verweerster] de brief van Zwolsche (van 14 november 2002) had ontvangen

waarin de aansprakelijkheid voor het letsel van [verweerster] van de hand werd gewezen. Zoals hiervoor aan de orde kwam acht het hof voor het oordeel dat de stelling van [verweerster] is bevestigd met name van belang verklaringen (vastgelegd in documenten) die voor die tijd zijn afgelegd, op een moment dat [verweerster] er nog van uit mocht gaan dat Zwolsche haar schade zou vergoeden.”

3.3.1 Het middel klaagt dat het hof ten onrechte niet aan het vaststaande opzet van [verweerster] tot misleiding van Allianz c.s. en van de rechtbank, het gevolg heeft verbonden van een 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.

3.3.2 Het middel voert niet aan dat Allianz c.s. zich in 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. Voor zover het middel bedoelt te klagen dat het hof ten onrechte geen sanctie heeft verbonden aan [verweerster] schending van de waarheidsplicht van art. 21 Rv, miskent het dat het de rechter vrijstaat aan een dergelijke schending de gevolgtrekkingen te verbinden die hij geraden acht en dat de uitoefening van die bevoegdheid in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden onderzocht. Ook voor het beroep dat het middel doet op art. 6:2 BW geldt dat de toepassing hiervan in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden onderzocht. Nu bovendien het middel in dit verband niet wijst op stellingen waarop het hof had moeten responderen, kan het ook in zoverre niet tot cassatie leiden.

3.3.3 De Hoge Raad ziet aanleiding om ten overvloede nog het volgende te overwegen.

3.3.4 Op grond van art. 7:941 leden 1 en 2 BW dient de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, wanneer het verzekerde risico zich heeft verwezenlijkt, zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk de verwezenlijking aan de verzekeraar te melden. De verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde zijn bovendien verplicht binnen redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen.

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 verwezen-

lijking 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) verstreckende 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 verval, is derhalve geen plaats.

3.4.1 Het middel komt voorts op tegen het oordeel van het hof dat [verweerster] heeft bewezen dat zij ten tijde van de aanrijding in de Nissan zat. Het klaagt onder meer dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het bij de bewijswaardering is voorbijgegaan aan het valse karakter van diverse verklaringen en de rol van [verweerster] bij de totstandkoming daarvan. Tevens klaagt het middel dat Allianz c.s. slechts tegenbewijs behoeften te leveren en dat daarom onbegrijpelijk is dat het hof de discrepanties tussen de verklaringen van [eiser 1 en betrokkene 8] zo benadrukt.

3.4.2 Deze klacht slaagt. De bewijslast rust in dit geval op [verweerster]. Naar het hof heeft vastgesteld, zijn, behoudens de verklaring van haar zoon [betrokkene 1], alle naast de partijverklaring van [verweerster] gebezigde bewijsmiddelen terug te voeren op de eigen verklaringen van [verweerster]. Wat betreft de verklaring van [betrokkene 1] heeft het hof in rov. 19 overwogen dat hij niet strafrechtelijk is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van [verweerster] in de Nissan betreft. 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 meened veroordeelde – [betrokkene 1] op dit punt voldoende betrouwbaar is om daaraan bewijskracht toe te kennen (vgl. rov.

2.14 van het eindvonnis van de rechtbank). In het licht van dit een en ander is het oordeel van het hof dat de verklaringen van [eiser 1 en betrokkene 8] – van wie het hof niet heeft vastgesteld dat zij een eigen belang hebben bij hun verklaringen – het door [verweerster] geleverde bewijs niet ontzenuwen, onvoldoende gemotiveerd.

3.5 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 14 februari 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Allianz c.s. begroot op € 961,49 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

Gevolgen van fraude in een verzekeringsrelatie

1. Deze uitspraak betreft een achterop-aanrijding in Rotterdam in 2001 als gevolg waarvan een vrouw stelt als inzittende van de aangereden auto whiplash-letsel te hebben opgelopen. De aangesproken bestuurder heeft evenwel verklaard dat zich in de door hem aangereden auto geen passagiers bevonden. Daarop zijn, op instigatie van de vrouw en van haar zoon, die de aangereden auto bestuurde, door derden getuigenverklaringen afgelegd ten behoeve van het bewijs dat de vrouw zich ten tijde van de aanrijding in de aangereden auto bevond. Die getuigenverklaringen zijn vals gebleken. De vraag is wat hiervan de betekenis is voor het (eigen) vorderingsrecht in de zin van art. 6 WAM van de vrouw op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de automobilist. Daarnaast speelt de vraag wat de betekenis is van de gepleegde fraude voor het bewijs van de toedracht.

Geen analoge toepassing art. 7:941 lid 5 BW

2. De kern van de uitspraak is de overweging ten overvloede (3.3.5) dat art. 7:941 lid 5 BW, dat voorziet in de mogelijkheid van verval van de aanspraak op uitkering in het geval dat de verzekerde onjuiste informatie verstrekt aan de verzekeraar, geen toepassing vindt in de verhouding tussen de aansprakelijkheidsverzekeraar en de benadeelde die op grond van art. 6 WAM zijn eigen recht uitoefent. De benadeelde is geen verzekerde, zodat rechtstreekse toepassing, die wordt gerechtvaardigd door de bijzondere vertrouwensrelatie tussen verzekerde en verzekeraar, is uitgesloten. De relatie tussen benadeelde en verzekeraar, die samenhangt met de relatie tussen de benadeelde en de aansprakelijke is

een andere. Het in de praktijk mogelijk verstrekken van de sanctie karakter van art. 7:941 lid 5 BW (verval van aanspraak) brengt mee dat voor een algemene buitenwettelijke regel die meebrengt dat bij opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de benadeelde diens eigen recht op grond van art. 6 WAM vervalt, geen plaats is. De Hoge Raad hakt hiermee in het voetspoor van A-G Hartlief de knoop door in een in de literatuur levende, in de conclusie onder 4 uitvoerig weergegeven, controverse.

3. Deze kwestie illustreert het moeilijk te duiden karakter van de 'derde zijde' van de driehoeks-verhouding tussen aansprakelijkheidsverzekeraar, verzekerde (aansprakelijke) en (beweerdelijk) benadeelde (hierna ook: derde-claimant). Van die driehoek zijn immers slechts twee zijden 'geregeld': de contractuele verhouding tussen verzekeraar en verzekerde enerzijds en de door het (buitencontractuele of contractuele) aansprakelijkheidsrecht beheerste verhouding tussen verzekerde (aansprakelijke) en derde-claimant anderzijds. Anders dan bij een first party-verzekering bestaat er tussen de verzekeraar en de derde-claimant geen contractuele band. Dat wil echter niet zeggen dat deze verhouding vrijblijvend is. In de eerste plaats voorziet de wet op enkele punten in een nadere invulling. Zo biedt art. 6 WAM de benadeelde een eigen recht en voorziet art. 7:954 BW onder omstandigheden in een directe actie van de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar. Voorts geldt hier het normenkader van art. 6:162 BW, dat over en weer verplichtingen tot schadevergoeding kan gronden (bijvoorbeeld tot vergoeding van door de verzekeraar wegens bedrog door de derde-claimant gemaakte onderzoekskosten of voor door de benadeelde als gevolg van toerekenbare vertraging in de afwikkeling of schending van de privacy geleden schade). Men zou bovendien kunnen zeggen dat niet alleen bij het eigen recht van art. 6 WAM, waarin de verzekeraar feitelijk schuldenaar van de benadeelde is, maar ook in geval van de directe actie en zelfs daarbuiten, het tussen verzekeraar en derde-claimant geldende normenkader wordt 'verdicht' door art. 6:2 BW, omdat zij jegens elkaar als (quasi)schuldenaar en (quasi)schuldeiser kunnen worden aangemerkt. Zie, met verwijzingen, de conclusie van A-G Van Peursem van 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:148 (*X/Nationale Nederlanden*) onder 2.10 en 2.12 e.v. Bij dit een en ander moet worden bedacht dat in de praktijk van afwikkeling de derde-claimant en de aansprakelijkheidsverzekeraar doorgaans feitelijk meer betrokken zijn dan de aansprakelijke verzekerde, die hooguit een rol op de achtergrond vervult.

4. De Hoge Raad benadrukt om te beginnen het ontbreken van de specifieke contractuele rechts-verhouding, zoals die wel bestaat tussen verzekeraar en verzekerde en die 'van een geheel andere aard' is dan die tussen WAM-verzekeraar en benadeelde. Dat sluit *analoge* toepassing van art. 7:941 lid 5 BW op de verhouding WAM-verzekeraar/derde-claimant evenwel niet uit. Verder is het juist dat

de rechtsverhouding tussen WAM-verzekeraar en benadeelde samenhangt met de niet-contractuele relatie tussen benadeelde en verzekerde, maar de relevantie van deze observatie blijft in de redenering van de Hoge Raad in het midden. Zij hebben wel (van) alles met elkaar te maken en ik zal hierna (onder 6) nog ingaan op de mogelijke gevolgen van schending van normen in de ene verhouding voor de uitoefening van rechten in de andere.

5. Zwaarwegender lijkt het argument dat art. 7:941 lid 5 BW een sanctie karakter heeft met potentieel verstrekken gevolgen (verval van het recht op uitkering). Volgens de Hoge Raad vergt dat een wettelijke grondslag. 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 daarom geen plaats. Dat lijkt op het eerste oog overtuigend, maar ik merk twee dingen op. In de eerste plaats brengt art. 7:941 lid 5 BW niet zonder meer mee dat het recht op uitkering vervalt, laat het ruimte voor proportionaliteit, hetgeen betekent dat verstrekken gevolgen kunnen worden beperkt tot verstrekken misleiding. (Bestond de misleiding overigens uit het fingeren van een aanspraak, dan is verval niet aan de orde, omdat de aanspraak niet bestond.) In de tweede plaats lijkt het erop dat de Hoge Raad hier zijn eerder in de overweging gegeven oordeel, dat er voor analoge toepassing *geen plaats is*, enigszins nuanceert door te zeggen dat *geen algemene* buitenwettelijke regel geldt dat bij opzettelijke misleiding het recht op uitkering vervalt. Als gezegd: die regel stelt art. 7:941 lid 5 BW niet zo strikt, en de argumentatie van de Hoge Raad biedt mijns inziens ruimte om in concrete gevallen wel tot resultaten te komen die met toepassing van die bepaling ook zouden zijn bereikt. Ik werk dat hierna nog uit. Zoveel is volgens mij wel duidelijk: art. 7:941 lid 5 BW, althans de daarin vervatte sanctie van verval van het recht op uitkering, leent zich niet voor *automatische* analoge toepassing in de verhouding tussen (WAM)verzekeraar en derde-claimant.

Maar wat dan wel?

6. Geen 'algemene buitenwettelijke regel' van het verval van het recht op uitkering dus, maar de bedrogen verzekeraar staat niet met lege handen. Om te beginnen komt de verzekeraar een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad toe, die ertoe strekt de door hem gemaakte onderzoekskosten te verhalen. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, VR 2017/163. Ook een recht op volledige vergoeding van proceskosten kan dan in de rede liggen. Zie voor de maatstaf HR 6 april 2012, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*), die ook voor verweerdens geldt, HR 15 september 2017, NJ 2018/165, m.nt. S.D. Lindenbergh. En hoewel de relatie tussen benadeelde en verzekeraar veelal geen contractuele relatie is kan zij, als gezegd, volgens mij zeker in de gevallen van art. 6 WAM (eigen recht) en art. 7:954 BW (directe) actie, wel worden aangemerkt als een

verhouding tussen (quasi)schuldeiser en (quasi)schuldenaar, waarvoor art. 6:2 BW een normenkader biedt. Dat betekent dat een beroep op (volledige) uitkering onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, terwijl het 'voor zover' in art. 6:2 lid 2 BW bovendien proportionering van de gevolgen mogelijk maakt. Vgl. voor toepassing van 6:248 lid 2 BW in deze zin in een verzekeringsrechtelijke verhouding HR 17 februari 2007, NJ 2007/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal/Universal Pictures*). Bedrog kan dus wel degelijk gevolgen hebben voor het recht op uitkering in de relatie tussen (beweerdelijk) benadeelde en verzekeraar. Waar die gevolgen bestaan uit een verval of vermindering van het recht op uitkering jegens de verzekeraar, is het redelijk om aan te nemen dat dit in feite ook 'doortikt' naar de relatie met de verzekerde aansprakelijke. Ook in deze zin A-G Hartlief, conclusie onder 4:32, slot. Ik zie dat aldus, dat het bedrog meebrengt dat de 'benadeelde' zijn recht op (volledige) vergoeding jegens de aansprakelijke door zijn eigen onoorbare gedrag heeft verspeeld (verwerkt) en dat het geldend maken van zijn aanspraak in de gegeven omstandigheden daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat geldt volgens mij niet alleen in gevallen waarin een contractuele verhouding tussen benadeelde en aansprakelijke bestaat (arbeids-overeenkomst, overeenkomst van geneeskundige behandeling) die door redelijkheid en billijkheid wordt aangevuld en beperkt (art. 6:248 lid 2, art. 7:611 BW), maar ook voor gevallen waarin benadeelde en aansprakelijke op grond van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht als schuldeiser en schuldenaar tegenover elkaar staan (art. 6:2 lid 2 BW). Men kan in een voorkomend geval natuurlijk ook met deze route 'beginnen', dan volgen de consequenties daarvan in de verzekeringsverhouding als vanzelf (waar geen aansprakelijkheid meer bestaat, is verzekeringsdekking immers ook niet aan de orde).

7. Tot zover de meer materieelrechtelijke verhoudingen en hun mogelijkheden. Daarnaast biedt art. 21 Rv de rechter nog de mogelijkheid om consequenties te verbinden aan schending van de waarheidsplicht. Zie uitvoerig met verwijzingen A-G Hartlief, conclusie onder 4.25 e.v. Ten slotte kan bedrog doorwerken in de bewijswaardering.

Bedrog en bewijswaardering

8. De Hoge Raad vernietigt het hofarrest, omdat hij de motivering van de bewijswaardering onbegrijpelijk vindt. Waar A-G Hartlief tot vernietiging concludeerde omdat het hof buiten beschouwing had gelaten dat de vrouw meinedige verklaringen had afgelegd, vernietigt de Hoge Raad omdat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd dat de verklaring van de zoon voldoende betrouwbaar was om daaraan bewijskracht toe te kennen en in dat licht niet begrijpelijk is waarom de verklaringen van de aangesprokene en diens zoon onvoldoende waren om het door de vrouw geleverde bewijs te ontzenu-

wen. Hier zien we dat het op bepaalde punten bedrieglijk verklaren gevolgen kan hebben voor de betrouwbaarheid en bewijskracht van verklaringen op andere punten. En zo loopt degene die zich op bedrieglijke verklaringen beroept toch de kans een uitkering uit verzekering mis te lopen. Men kan zich afvragen of in geval van bedrog gemotiveerde afwijzing van de vordering via de materieelrechtelijke weg van (analoge toepassing van) art. 7:941 lid 5 of art. 6:2 lid 2 BW, juist vanwege het dan evidente sanctie karakter, niet de voorkeur verdient boven de minder inzichtelijke route van bewijswaardering. Anderzijds: wie het met de waarheid niet zo nauw neemt, loopt bij bewijswaardering juist het risico dat de vaststelling van de waarheid niet in zijn voordeel uitpakt.

S.D. Lindenbergh

NJ 2019/119

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

18 januari 2019, nr. 17/03964
 (Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, C.E. du Perron,
 M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff;
 A-G mr. L. Timmerman)
 m.nt. C.M.J. Ryngaert*

VN-Resoluties 1970 (2011) en 1973 (2011); EU-Verordening 204/2011 (thans 44/2016)

NJB 2019/208
 RvdW 2019/165
 ECLI:NL:HR:2019:67
 ECLI:NL:PHR:2018:1145

Ondernemingsrecht. Internationaal publiekrecht. Kort geding. Uitoefening stemrecht op aandelen in beleggingsfonds van Libisch vermogen; VN-sancties inzake bevriezing van Libisch vermogen; uitleg begrip 'bevriezing van tegoeden' VN-Resolutie 1970 (2011), VN-Resolutie 1973 (2011) en EU-Verordening 204/2011 (thans: Verordening 44/2016).

Uit de structuur van de VN-resoluties 1970 (2011) en 1973 (2011), en van Verordening 204/2011, waarin de bevriezing van tegoeden het uitgangspunt is en waarop enkele limitatief bedoelde uitzonderingen zijn geformuleerd, waarbij bovendien een procedure moet worden gevolgd om van die uitzonderingen gebruik te kunnen maken, volgt dat een ruime uitleg van het begrip bevriezing van tegoeden in de rede ligt. Een beperkte uitleg zou immers afbreuk doen aan de limitatieve aard van de toegelaten uitzonderingen. Ook zou een beperkte uitleg afbreuk kunnen doen aan het doel van de resoluties om de tegoeden ten goede te laten komen aan de bevolking van Libië. In art. 1 onder b

* Prof. dr. C.M.J. Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht.