Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Letselschade en fraude: bezint eer ge begint ...

Over fraude door een benadeelde met letselschade: de (on)mogelijkheden met betrekking tot persoonlijk onderzoek, het bewijzen van fraude en schadevergoeding

*Mr. J. van de Klashorst**

1 Inleiding

Verzekeraars krijgen steeds vaker te maken met fraude. In 2015 zijn 31.034 onderzoeken verricht, waarbij 8336 keer fraude is vastgesteld. In 2016 waren dat 27.257 onderzoeken, waarbij 10.001 keer fraude is vastgesteld.[1] Fraude is niet alleen een probleem voor verzekeraars. Verzekeraars nemen financiële risico's over van derden tegen betaling van premie. Wanneer de schadelast stijgt, stijgen ook de premies. Fraude raakt daarmee dus niet alleen de verzekeraars, maar ook de verzekerden. Dat maakt fraude tot een maatschappelijk probleem.

Het is onbekend in welke mate fraude voorkomt in geval van letselschade. Verzekeraars hebben daarmee op verschillende manieren te maken. Letsel kan worden veroorzaakt *aan* de verzekerde, maar ook *door* de verzekerde. In dat laatste geval heeft de verzekeraar te maken met een derde, de benadeelde die schade lijdt.[2] Tussen de verzekeraar en deze benadeelde bestaat namelijk geen contractuele relatie. In deze bijdrage wordt fraude in deze rechtsverhouding centraal gesteld.

De benadeelde kan de schade van de verzekeraar vorderen op grond van de directe actie van art. 7:954 van het Burgerlijk Wetboek (BW) of in geval van een verkeersongeval op grond van het rechtstreekse recht van art. 6 van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM). Na een erkenning van de aansprakelijkheid door de verzekeraar vindt doorgaans een gesprek plaats tussen enerzijds (een afgevaardigde van) de verzekeraar en anderzijds de benadeelde en zijn belangenbehartiger. Tijdens dit gesprek probeert de verzekeraar een beeld te krijgen van de schade en stelt hij op grond hiervan een plan van aanpak op. De gesprekken tussen de verzekeraar en de benadeelde worden incidenteel herhaald. De verzekeraar is grotendeels afhankelijk van de informatie die de benadeelde hem geeft. Dat maakt dat het voor hem, zeker in geval van moeilijk objectiveerbaar letsel, belangrijk is om juist en volledig te worden geïnformeerd. Als de verzekeraar op enig moment meent dat een benadeelde tot meer in staat is dan hij stelt, of er anderszins twijfels rijzen over de betrouwbaarheid van de informatie die de benadeelde verstrekt, roept dat vragen op. Kan er dan onderzoek naar de benadeelde worden verricht? Zo ja, wat is dan de aard van dit onderzoek en hoe ver mag dit onderzoek gaan? En wat te doen als de fraude is vastgesteld? Tijd voor een overzicht.

2 Het vermoeden van fraude; persoonlijk onderzoek?

Voor de beantwoording van de opgeworpen vragen is van belang om te weten wat onder fraude moet worden verstaan. Het Verbond van Verzekeraars (hierna: het Verbond) heeft de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek[3] (hierna: de Gedragscode) opgesteld. Hierin wordt fraude gedefinieerd als het opzettelijk misleiden van een verzekeraar bij de totstandkoming en/of uitvoering van een verzekeringsovereenkomst met de bedoeling om onrechtmatig verzekeringsdekking, -uitkering, -prestatie of dienstverlening te krijgen. De verzekeraar verricht eerst feitenonderzoek. Dat is het onderzoek dat wordt ingesteld naar de feiten, omstandigheden en gedragingen van betrokkene die nodig zijn voor de beoordeling van de aanspraak op uitkering.[4] Vervolgens kan de verzekeraar besluiten tot een persoonlijk onderzoek: een onderzoek naar gedragingen van de benadeelde waarbij bijzondere onderzoeksmethoden en/of bijzondere onderzoeksmiddelen worden gebruikt.[5] Het persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld als het feitenonderzoek geen of onvoldoende uitsluitsel geeft voor het nemen van een beslissing bij een aanspraak op uitkering, of wanneer gerede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, waardoor bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van fraude is ontstaan. Een persoonlijk onderzoek kan bestaan uit een interview van de benadeelde, het inwinnen van informatie bij derden en het

* Mr. J. van de Klashorst is advocaat bij Joosten Advocaten te Amsterdam.

1. Verbond van Verzekeraars (www.verzekeraars.nl/Paginas/Home.aspx).
2. Ook wel genoemd het gevonden slachtoffer of de claimant.
3. De Gedragscode is in werking getreden op 1 september 1997 en voor het laatst herzien op 21 december 2011. De Gedragscode is te raadplegen op www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Gedragscodes/Gedragscode_Persoonlijk_Onderzoek.pdf.
4. Zie p. 3 Gedragscode.
5. Zie p. 3 Gedragscode.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

observeren van de benadeelde, waarbij gebruik kan worden gemaakt van een camera.[6]

De Gedragscode geeft de beginselen aan die een verzekeraar in acht moet nemen bij het uitvoeren van een persoonlijk onderzoek. Het betreft een vorm van zelfregulering en geen 'recht' in de zin van art. 79 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Belangrijke onderdelen van de Gedragscode zijn de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.[7] Op grond van het proportionaliteitsbeginsel moet de verzekeraar die een persoonlijk onderzoek wil instellen een belangenafweging maken tussen de belangen van de verzekeraar en de benadeelde. Het gaat daarbij enerzijds om het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde en de mate van inbreuk op de integriteit en de veiligheid van de benadeelde en anderzijds om het bij de zaak betrokken financiële belang, het belang bij waarheidsvinding en het belang bij een snelle en zorgvuldige besluitvorming van de verzekeraar. Op grond van het subsidiariteitsbeginsel moet de verzekeraar beoordelen of een persoonlijk onderzoek het enige middel is, of dat er ook andere mogelijkheden zijn om onderzoek te doen die tot minder inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde leiden, maar wel hetzelfde resultaat kunnen opleveren. Pas als het vragen van medewerking van de benadeelde geen zin (meer) heeft, mag naar het oordeel van de Hoge Raad worden overgegaan tot het inzetten van een persoonlijk onderzoek.[8]

Een persoonlijk onderzoek maakt inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde. Het recht daarop is vastgelegd in art. 10 van de Grondwet, art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), art. 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en art. 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Hoewel het EVRM als hoofdregel geldt tussen en jegens (bij het EVRM aangesloten) staten, heeft art. 8 EVRM ook werking tussen burgers onderling.[9] Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is naar vaste rechtspraak in beginsel onrechtmatig, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Of hiervan sprake is, dient naar het oordeel van de Hoge Raad te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij de ernst van de inbreuk enerzijds en de betrokken belangen van de verzekeraar anderzijds tegen elkaar moeten worden afgewogen.[10] De Gedragscode geeft met name door de hiervoor genoemde beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit nadere invulling aan deze belangenafweging. Als een verzekeraar in strijd handelt met de Gedragscode, zal sprake zijn van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde.[11] Met die inbreuk verkregen bewijsmateriaal wordt als onrechtmatig aangemerkt, hoewel dat niet per definitie betekent dat het bewijs wordt uitgesloten. Op grond van art. 152 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geldt namelijk een vrije bewijsleer, zodat bewijs kan worden geleverd door alle middelen; de waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten. Het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben om hun stellingen in rechte aannemelijk te mogen maken, kunnen zwaarder wegen dan het belang van benadeelde om onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten. Slechts bijkomende omstandigheden kunnen uitsluiting van het bewijs rechtvaardigen.[12] Een voorbeeld van bijkomende omstandigheden die uitsluiting van bewijs rechtvaardigen, is wanneer er slechts een wankele basis was voor een vermoeden van fraude en daarmee achteraf wordt geoordeeld dat voor een persoonlijk onderzoek geen rechtvaardiging bestond.[13] Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden laat meewegen dat de benadeelde als slachtoffer van het onrechtmatig handelen van de verzekerde (van de verzekeraar) er niet voor heeft gekozen om zich tot de betreffende verzekeraar te verhouden.[14]

3 Waar rook is, is vuur?

Als uit het persoonlijk onderzoek volgt dat de benadeelde meer (b)lijkt te kunnen dan hij stelt of op enig moment heeft gesteld, betekent dat dan per definitie dat hij fraudeert? Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat de positie van de benadeelde een andere is dan die van de eigen verzekerde. Tussen de verzekeraar en de verzekerde bestaat een contractuele relatie waarin wederzijds vertrouwen een belangrijke rol speelt. Op grond van art. 7:941 lid 2 BW is de *verzekerde* verplicht om de verzekeraar alle inlichtingen te verstrekken die voor de verzekeraar van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Als de verzekerde deze meldingsplicht niet nakomt, kan zijn recht op uitkering op grond van art. 7:941 lid 3 en 5 BW verminderen of vervallen en kan hij op grond van art. 6:74 BW zelfs schadeplichtig zijn jegens de verzekeraar. De verzekeraar kan de meldingsplicht in de polisvoorwaarden nader uitwerken en hieraan sancties verbinden. Tussen de verzekeraar en de *benadeelde* gelden deze bepalingen en regels niet. Het enkel niet of niet juist informeren van de verzekeraar door de benadeelde heeft daardoor niet dezelfde gevolgen als wanneer de *verzekerde* dat doet. Waar dat in het geval van een *verzekerde* veelal lijkt te leiden tot de vaststel-

6. Zie p. 3 Gedragscode. Zie ook M.M.R. van Ardenne-Dick, Privacy en de uitwerking van persoonlijk onderzoek in de rechtspraak, Het Verzekerings-Archief 2014, afl. 2, p.79-89.
7. Art. 2 en 3 Gedragscode.
8. HR 18 april 2014, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).
9. HR 9 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5500 m.nt. E.A. van der Alkema (Bespiede bijstandsmoeder, Edamse bijstandsvrouw).
10. HR 31 mei 2002, NJ 2003/589 m.nt. Vranken; HR 18 april 2014, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).
11. HR 18 april 2014, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).
12. Zie o.a. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860 en HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942.
13. Rb. Noord-Nederland 14 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2211.
14. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1004.

 doi: 10.5553/MvV/157457672017015010004

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ling dat de meldingsplicht is geschonden,[15] lijkt het niet of niet juist informeren door de *benadeelde* minder snel gevolgen te hebben.[16] De vraag of een verzekerde feitelijk (al dan niet) aan zijn contractuele meldingsplicht heeft voldaan, is immers gemakkelijker en objectiever te beantwoorden dan de vraag of een benadeelde heeft gefraudeerd, te weten: of hij de verzekeraar opzettelijk heeft misleid. Dat er bijvoorbeeld momenten zijn waarop de benadeelde zichzelf (toch) belast, kan naar het oordeel van de Rechtbank Noord-Nederland niet zonder meer tot de conclusie leiden dat hij opzettelijk zijn klachten overdrijft om de verzekeraar te misleiden.[17] De rechter lijkt bij de beoordeling rekening te houden met de bijzondere positie van de benadeelde en de effecten die een (langdurige) letselschadezaak op hem kunnen hebben. Discrepanties tussen wat de benadeelde feitelijk nog kan en hoe hij zich daarover uitlaat, kunnen deels verklaarbaar zijn door een verschil in beleving en onderpresteren kan een effect zijn van het letselschadeproces op het slachtoffer.[18] Ook kan een benadeelde zijn klachten en beperkingen enigszins overdrijven zonder dat hij beseft of moet beseffen dat zijn verklaringen onjuist en misleidend zijn, overweegt de Rechtbank 's-Hertogenbosch.[19] Fraude zal in veel gevallen eerder worden aangenomen wanneer er 'steunbewijs' is, bijvoorbeeld in de vorm van objectieve medische informatie, waaruit blijkt dat benadeelde niet naar waarheid verklaart over zijn klachten of beperkingen.

Overigens moet ook de *advocaat* van de verzekeraar voorzichtig zijn met het trekken van conclusies enkel op basis van bijvoorbeeld een observatieonderzoek. In een zaak waarin de advocaat van de verzekeraar na een persoonlijk onderzoek stelde dat de benadeelde 'kennelijk middels bedrog en een onjuiste voorlichting van de rechters' de verzekeraar 'een aanzienlijke geldsom ten onrechte afhandig wenste te maken', oordeelde de Raad van Discipline dat de advocaat zich hiermee onnodig grievend over de benadeelde heeft uitgelaten. Het onderzoeksrapport gaf naar het oordeel van de Raad enkel observaties weer van de momenten dat de benadeelde zichzelf belastte, maar niet van de momenten waarop hij zichzelf niet belastte. De Raad overwoog dat het onderzoeksrapport alleen niet voldoende is om de stellige, beschuldigende uitlating van de advocaat te onderbouwen en legt aan de advocaat de maatregel van waarschuwing op.[20]

15. Zie bijv. Rb. Middelburg 29 september 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BR3943; Rb. Arnhem 12 september 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8182; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1698.
16. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816; Rb. 's-Hertogenbosch 14 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU7836; Rb. 's-Hertogenbosch 14 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN1385.
17. Zie ook Rb. Noord-Nederland 14 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2211.
18. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816.
19. Rb. 's-Hertogenbosch 14 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU7836.
20. Raad van Discipline Amsterdam 20 februari 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:39.

4 Heeft fraude gevolgen?

Als fraude is vastgesteld, zal de verzekeraar hieraan gevolgen willen verbinden. Wat is de invloed van fraude op het recht op schadevergoeding van de benadeelde? Heeft de verzekeraar recht op schadevergoeding? En kan de benadeelde worden bestraft?

4.1 Het recht op schadevergoeding van de benadeelde

Op grond van art. 150 Rv dient de benadeelde te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij schade lijdt. Het kan zijn dat de fraude tot gevolg heeft dat de benadeelde niet (meer) slaagt in het leveren van dat bewijs en daardoor geen recht (meer) heeft op schadevergoeding. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.[21] In deze zaak stelt de benadeelde dat zij door letsel aan haar linkerarm en -hand niet meer kan werken, voor de kleinste dingen afhankelijk is van anderen, zichzelf nauwelijks kan verzorgen en hulp nodig heeft bij de persoonlijke verzorging. De expertisearts stelt aanzienlijke beperkingen vast. Uit persoonlijk onderzoek blijkt echter onder meer dat de benadeelde haar kind met beide handen tilt, zij de autodeur met haar linkerhand opent en sluit, terwijl zij haar kind in de andere arm draagt, en dat zij met haar linkerhand een buggy tilt. De rechtbank stelt op basis daarvan vast dat de benadeelde onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade lijdt als gevolg van het ongeval én dat deze schade de reeds door de verzekeraar uitgekeerde schadevergoeding overstijgt.

Het kan echter ook zijn dat de fraude betrekking heeft op slechts een specifiek deel van de schade, zoals het verlies aan verdienvermogen. In dat geval heeft de fraude tot gevolg dat de benadeelde niet slaagt in het leveren van het bewijs van dat deel van de schade, maar dient de verzekeraar andere schadeposten, waarop de fraude geen betrekking heeft, wel te vergoeden.

Het plegen van fraude op enig moment betekent voorts niet dat de benadeelde per definitie van meet af aan heeft gefraudeerd en dat hij in het geheel geen schade lijdt of recht heeft op vergoeding daarvan. In een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch vond bijvoorbeeld zes jaar na het ongeval een persoonlijk onderzoek plaats. Die videobeelden en overige observaties duidden naar het oordeel van de rechtbank niet op de aanwezigheid van de gestelde klachten en beperkingen. De behandelaars en onderzoekers van de benadeelde hadden zijn klachten in de periode daarvoor echter serieus genomen en het ongeval als oorzaak daarvan gezien; uit de medische informatie bleek ook niet dat benadeelde steeds had verklaard dat hij niets meer kon. De rechtbank acht derhalve aannemelijk dat de benadeelde *tot aan* het persoonlijk onderzoek de gestelde klachten en beperkingen heeft gehad; de verzekeraar mag daarvan tegenbewijs leveren. De benadeelde krijgt op zijn beurt de opdracht te bewijzen dat hij *ook na* het

21. Rb. Oost-Brabant 24 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6575.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

persoonlijk onderzoek (nog steeds) de gestelde klachten en beperkingen heeft.[22]

4.2 Het recht op schadevergoeding van de verzekeraar

Fraude leidt tot schade bij de verzekeraar. Hij heeft behandelingskosten gemaakt, mogelijk te veel uitgekeerd en betaald aan regresnemers en onderzoekskosten gemaakt om de fraude vast te stellen. Als de fraude eenmaal is vastgesteld, zal de verzekeraar de frauderende benadeelde laten registeren in de verschillende (interne en externe) waarschuwingsregisters, maar hij zal ook zijn schade op hem willen verhalen. De grondslag hiervoor ligt in art. 6:162 BW en de aansprakelijkheid van de benadeelde jegens de verzekeraar zal met de vaststelling van fraude, in de definitie van 'opzettelijk misleiden', reeds zijn gevestigd. Het is echter niet eenvoudig om vast te stellen wat de omvang van de schade van de verzekeraar als gevolg van de fraude is. Voor het bepalen hiervan gelden in beginsel de gewone bewijsregels. De rechter is op grond van art. 6:97 BW bevoegd om de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is, of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.[23] In het geval van een onrechtmatige daad wordt de omvang van de schade bepaald door een vergelijking te maken tussen de situatie zoals deze in werkelijkheid is met de situatie zoals die (in het hypothetische geval) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden.[24] Bij fraude moet de omvang van de schade van de verzekeraar worden vastgesteld door een vergelijking te maken van – kort gezegd – de situatie met fraude en de situatie zonder fraude. Dat betekent dat er, naast de onderzoekskosten, aan de zijde van de verzekeraar pas sprake is van schade als hetgeen de benadeelde niet juist of niet volledig heeft meegedeeld de omvang van de werkelijke schade van de benadeelde te boven gaat én dat (onterechte) surplus ook aan de benadeelde is betaald. Terugbetaling van al hetgeen aan of voor de benadeelde is betaald, lijkt dan ook niet juist.[25] Eventuele fraude van een benadeelde jegens de verzekeraar doet immers niet af aan de gevestigde aansprakelijkheid van de aansprakelijke verzekerde jegens de benadeelde. Die rechtsgrond blijft intact, en daarmee ook het recht op schadevergoeding van de benadeelde jegens de aansprakelijke verzekerde.

4.3 Het bestraffen van de benadeelde

Ook bij het beantwoorden van de vraag of de benadeelde kan worden bestraft, moet worden vooropgesteld dat de positie van de benadeelde een andere is dan die van de eigen verzekerde. Als de *verzekerde* zijn meldingsplicht niet is nagekomen met de opzet om de verzekeraar te misleiden, dan vervalt het recht op uitkering op grond van art. 7:941 lid 5 BW. Dit is alleen anders als de misleiding het verval van recht op uitkering niet rechtvaardigt, maar dat is slechts het geval bij bijzondere omstandigheden.[26] Ook bij partiële fraude is er een algeheel verval van recht op uitkering.[27] Het zijn verstrekkende maatregelen, maar bij een welbewust beschamen van het vertrouwen dat aan een verzekeringsovereenkomst ten grondslag ligt, past een zware sanctie.[28] Hier geldt dat de verzekeringsovereenkomst geen 'loterij is zonder nieten'.[29] Nu er geen contractuele relatie bestaat tussen de verzekeraar en de benadeelde, gelden deze bepalingen en regels niet ten aanzien van de benadeelde.

In de literatuur zijn verschillende mogelijkheden onderzocht om (ook) de *frauderende benadeelde* te kunnen bestraffen.[30] De hierbij komende uitdaging is erin gelegen dat de onrechtmatige daad van de benadeelde jegens de verzekeraar (fraude) – zoals hiervoor vermeld – niet afdoet aan de gevestigde aansprakelijkheid van de aansprakelijke verzekerde jegens de benadeelde, noch aan het recht op schadevergoeding van deze laatste. De aansprakelijke verzekerde zal ter zake aanspraak maken op dekking onder zijn verzekering en de verzekeraar zal in de verhouding tot zijn eigen verzekerde gehouden zijn om uitkering te doen aan de frauderende benadeelde.[31] Enkele voorbeelden van de in de literatuur genoemde mogelijkheden zijn matiging van het recht op schadevergoeding, een beroep op schuldeisersverzuim,[32] het volledig vervallen van het vorderingsrecht van de benadeelde en het opleggen van *punitive damages*,[33] ofwel de privaatrechtelijke boete. Deze laatste mogelijkheid is interessant om hier te bespreken. Een privaatrechtelijke boete is het bedrag dat aan de eiser in een civiele zaak wegens onrechtmatig gedrag van de gedaagde boven op de 'normale' schadevergoeding wordt toegewezen, en dat strekt tot vergelding van het onrecht en tot preventie van toekomstig onrecht van de dader en anderen.[34] Van Dijk en Hiel geven met juistheid aan dat deze optie nog geen geldend recht is en dat voor toepassing mogelijk nodig is dat de wetgever deze omarmt. Toch is het opleggen van *punitive damages* een mogelijkheid die wellicht nu al, zij het beperkt, toepasbaar is. Een verzekeraar kan onzorgvuldig handelen bij de afwikkeling van de schade (denk hierbij aan zaken als onheuse bejegening,

22. Rb. 's-Hertogenbosch 14 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN1385.
23. Vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483.
24. Vgl. HR 18 januari 2002, NJ 2002/168 en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830.
25. Vgl. Rb. Limburg 30 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10506, waarin de rechtbank de benadeelde veroordeelde tot betaling van een schadevergoeding bestaande uit al hetgeen aan of voor hem was betaald.
26. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 27-28.
27. HR 3 december 2004, NJ 2005/160 m.nt. M.M. Mendel.
28. J.H. Wansink, Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst. Titel 7.17 BW: een nieuw geluid?, in: J.H Wansink, G. Kamphuisen & T.J. Dorhout Mees (red.), Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht, Deventer: Kluwer 2005, p. 15-18.
29. J.H. Wansink, Partieel verzekeringsbedrog. Het vertrouwensbeginsel herwint terrein!, AV&S 2001, p. 67 e.v.
30. L.K. de Haan & C. Banis, Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering: onze visie op hoe het eigenlijk heurt, TAV 2016/188; Chr.H. van Dijk & M.F.J. Hiel, Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?, AV&S 2017/12.
31. N. van Tiggele-van der Velde, Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer. Een status aparte?, Trema 2015, afl. 8, p. 256-262.
32. De Haan & Banis 2016, p. 18-19.
33. Van Dijk & Hiel 2017, p. 67-69.
34. A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, Privaatrechtelijke boete (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 48), Deventer: Kluwer 1993, p. 5.

 doi: 10.5553/MvV/157457672017015010004

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

vertraagde afwikkeling en bevoorschotting, en het ontkennen van de aansprakelijkheid tegen beter weten in). Smeehuijzen stelt dat onrechtmatige schadeafwikkeling door een verzekeraar een omstandigheid is die kan meewegen bij het vaststellen van de hoogte van het smartengeld.[35] Er is een aantal uitspraken bekend waarin de opstelling van de verzekeraar inderdaad heeft meegewogen bij het vaststellen van de hoogte van het smartengeld.[36] Bij de frauderende benadeelde doet zich de spiegelbeeldige situatie voor. Als de onzorgvuldige wijze waarop de verzekeraar zich opstelt, kan leiden tot *verhoging* van het smartengeld, dan zou fraude door de benadeelde naar mijn mening spiegelbeeldig moeten kunnen leiden tot *verlaging* van het smartengeld. Bij vaststelling van het smartengeld moet de rechter immers rekening houden met alle omstandigheden van het geval; hij heeft zelfs de bevoegdheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig acht, geen vergoeding toe te kennen.[37] Wanneer de benadeelde fraudeert, kan dat mogelijk op deze wijze worden bestraft. Het is een oplossing met een beperkt resultaat, maar het maakt dat de schade van de benadeelde is vergoed, zodat hij zich niet meer kan wenden tot de aansprakelijke verzekerde.

5 Conclusie

Bezint eer ge begint. Dat geldt niet alleen voor de frauderende benadeelde, maar ook voor de verzekeraar. De verzekeraar moet steeds voor ogen houden dat de positie van de benadeelde een andere is dan die van de eigen verzekerde. Daar waar het niet of niet juist informeren in het geval van een *verzekerde* veelal snel kan leiden tot de vaststelling dat de meldingsplicht is geschonden, en deze schending negatieve gevolgen zal hebben op het recht op uitkering van de verzekerde, lijkt het niet of niet juist informeren door een *benadeelde* minder snel gevolgen te hebben. Enerzijds is het moeilijker om daadwerkelijk fraude in de zin van opzettelijk misleiden te bewijzen; anderzijds doet fraude van een benadeelde jegens een verzekeraar niet af aan het recht op schadevergoeding van een benadeelde jegens de aansprakelijke verzekerde. De verzekeraar moet zich derhalve steeds realiseren dat soortgelijke feiten bij een benadeelde tot een geheel andere uitkomst kunnen leiden dan bij de eigen verzekerde.

Fraude kan ertoe leiden dat de benadeelde niet langer een vordering tot schadevergoeding heeft op de verzekeraar en diens verzekerde, omdat de benadeelde fraudeerde ten aanzien van de hoogte van de (gestelde) schade en de daadwerkelijke schade reeds aan hem is uitgekeerd of achteraf bezien niet heeft bestaan. Maar het plegen van fraude op enig moment betekent niet dat de benadeelde per definitie van meet af aan heeft gefraudeerd, en dat hij in het geheel geen schade lijdt of recht heeft op vergoeding daarvan, in zijn verhouding tot de aansprakelijke verzekerde.

Een ander gevolg van fraude is dat de verzekeraar hierdoor schade kan lijden, zodat sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van de benadeelde jegens de verzekeraar. Het is niet eenvoudig om deze schade vast te stellen. Een schadevergoeding zal niet verder reiken dan het (mogelijk slechts beperkte) deel waarop de fraude ziet. Voor het daarnaast bestraffen van een frauderende benadeelde lijken de mogelijkheden vooralsnog beperkt. Een oplossing kan wellicht worden gevonden in het opleggen van *punitive damages* door de vordering van de frauderende benadeelde tot vergoeding van de immateriële schade te beperken of af te wijzen. Deze oplossing brengt met zich dat de schade van de benadeelde is vergoed, zodat hij zich niet meer kan wenden tot de aansprakelijke verzekerde. Het is mogelijk een concrete eerste stap naar de wenselijke situatie waarin de vergoeding van de schade aan de benadeelde geen 'loterij zonder nieten' (meer) lijkt te zijn.

35. J.L. Smeehuijzen, Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen, NTBR 2009/44, p. 328.
36. Zie bijv. Rb. Rotterdam 19 oktober 1990, VRS 1997/76; Rb. Alkmaar 15 december 1988, rolnr. 81/2038 (ongepubliceerd), Rb. Amsterdam 29 maart 1995, VR 1996/124; Rb. Zutphen 7 november 2007, JA 2008/13.
37. HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337 m.nt. C.J.H. Brunner. Het arrest is naast Brunner ook bekritiseerd door Lindenbergh. Zie S.D. Lindenbergh, Smartengeld, tien jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 20.