



Fraude bij de vaststelling van de uitkering van een (handels)verzekering

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse



Inleiding (1)

- Het verschijnsel verzekeringsfraude is al zo oud als de weg naar Rome. De transportverzekering wordt beschouwd als de oudste vorm van verzekering. Gezien dit laatste wekt het geen verbazing dat de eerste beschreven gevallen van verzekeringsfraude betrekking hebben op het dekken van transportrisico's. Zie bijvoorbeeld Livius in zijn magnum opus *Ab urbe condita* Boek XXIII hoofdstuk III.

Inleiding (2)

- Art. 7:941 lid 5 BW bepaalt dat het recht op verzekeringsuitkering vervalt indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde de medewerkingsplicht ex art. 7:941 lid 1 en 2 BW niet is nagekomen met het opzet te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt. Mijnsen merkt over art. 7:941 lid 5 BW terecht op dat deze bepaling breekt met het uitgangspunt van de Hoge Raad in het Benzol-arrest – HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 - dat een eenmaal ontstane verbintenis tot het doen van een uitkering niet wordt aangetast door misleiding die nadien heeft plaatsgevonden.

Inleiding (3)

- Art. 7:941 lid 5 roept evenwel enige vragen op. In het vervolg van deze publicatie wil ik twee van deze vragen aan de orde stellen. Het betreft de volgende vragen: 1) Wat wordt bedoeld met “opzet” ex art. 7:941 lid 5 BW? 2) Is het voor toepassing van de verval van recht-sanctie ex art. 7:941 lid 5 BW van belang of de fraude (opzet tot misleiding) achteraf gezien niet relevant is voor de vaststelling van de verzekeringsuitkering?



Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (1

- In de literatuur en de rechtspraak is er discussie over de vraag wat de reikwijdte is van het begrip opzet ex art. 7:941 lid 5 BW. Ik zal deze discussie chronologisch weergeven en vervolgens een eigen standpunt formuleren.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (2)

- De Geschillencommissie Kifid heeft in diverse uitspraken benadrukt dat onder opzet ex art. 7:941 lid 5 BW ook voorwaardelijk opzet – valt. Zie onder andere GC Kifid 2010/59, GC Kifid 2010/200 en GC Kifid 2011/5.
- Onder het begrip voorwaardelijk opzet vallen de opzetgradaties opzet als mogelijkheidsbewustzijn en opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn. Zie J.C. van Eijk-Graveland, Verzekerberaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 42.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (3)

- Wansink heeft kritiek geuit op onderhavige uitspraken van de GC Kifid. Zie J.H. Wansink, AV&S 2011-4, p. 164-166. Zie in gelijke zin Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 316.
- Wansink stelt dat de Geschillencommissie Kifid zich moet aansluiten bij de wijze waarop het wilsgebrek bedrog in art. 3:44 BW wordt uitgelegd en Wansink merkt op – onder verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/251 – dat het wilsgebrek bedrog ziet op opzet als oogmerk en niet op voorwaardelijk opzet.
- Het standpunt van Wansink heeft in enige rechterlijke uitspraken navolging gekregen. Zie r.o. 3.16 van Rechtbank Gelderland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4196; r.o. 4.15 van Rechtbank Den Haag 2 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2370 en r.o. 4.14 van Hof Arnhem-Leeuwarden locatie Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6761.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (4)

- Ik kan het betoog van Wansink en de bovengenoemde rechtspraak niet goed volgen. Nog afgezien van de vraag waarom bij het wilsgebrek bedrog (3:44 BW) aansluiting moet worden gezocht, kan men opmerken dat het wilsgebrek bedrog in de literatuur en de rechtspraak niet zo beperkt wordt uitgelegd zoals Wansink en de bovengenoemde uitspraken doen voorstellen.
Indien men de door Wansink aangehaalde vindplaats in Asser-Hartkamp & Sieburgh 2010 raadpleegt, ziet men niets over de reikwijdte van het het begrip bedrog ex art. 3:44 BW. Als men in deze uitgave één nummer verder kijkt, constateert men juist het tegenovergestelde. Voor de duidelijkheid citeer ik de laatste alinea uit onderhavig nummer (nr. 252): “Bedrog impliceert de bedoeling om te misleiden, om bij iemand een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid op te wekken, en hem daardoor tot het verrichten van een rechtshandeling te bewegen. Voor zover dit opzet niet uit de handeling zelf voortvloeit, zal het gesteld en bewezen moeten worden. Onder opzet zal men hier voorwaardelijk opzet begrepen mogen achten; vgl. Hijma, Nieuwenhuis-bundel, 1992, p. 66 e.v., Cahen, Bundel Stein, 1992, p. 71 e.v.”. Inmiddels is er van de aangehaalde Asser een druk uit 2014. Deze druk is op onderhavig punt ongewijzigd.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (5)

- Iets minder ver dan Wansink gaat Van Tiggele-Van der Velde - N. van Tiggele-Van der Velde, VA 2013, p. 73-75 - maar zij komt uiteindelijk tot dezelfde conclusie als Wansink. Zij erkent – anders dan Wansink – dat in de literatuur het begrip opzet ex art. 3:44 BW ruim wordt uitgelegd, merkt vervolgens op dat de auteurs in het betoog niet de verzekeringsovereenkomst voor ogen hebben gehad, geeft vervolgens aan dat de ruime uitleg voor art. 7:941 lid 5 niet passend is nu het evenement buiten schuld van de verzekerde zich heeft voorgedaan en het recht op uitkering dus het uitgangspunt moet zijn, om vervolgens in navolging van Wansink te concluderen dat aangesloten moet worden bij de uitleg van opzet ex art. 3:44 BW, te weten opzet als oogmerk. Gezien mijn bovengenoemde vaststelling is deze conclusie niet juist.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (6)

- Een arrest van de Hoge Raad van 25 maart 2016 - HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507 - is aanleiding geweest voor een nieuwe ontwikkeling. In r.o. 3.3.3 van dit arrest overweegt de Hoge Raad: “Mede gelet op de tussen de art. 7:928 BW en 7:930 BW bestaande samenhang dient onder opzet tot misleiding in de zin van art. 7:930 lid 5 BW te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft medegedeeld die hij kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de *bedoeling* (curs, MLH) de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.” Uit dit citaat is af te leiden dat het begrip opzet ex art. 7:930 lid 5 BW is beperkt tot opzet als oogmerk en dat voorwaardelijk opzet niet is inbegrepen. Zie voor een recente navolging van deze uitspraak in de lagere rechtspraak r.o. 4.6 van Rechtbank Gelderland 20 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6736.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (7)

- In haar vonnis van 12 juli 2017 gebruikt de Rechtbank Gelderland in r.o. 3.17 bovengenoemd Hoge Raad-arrest als argument om het begrip opzet ex art. 7:941 lid 5 BW te beperken tot opzet als oogmerk: “ De rechtbank ziet in het door de Hoge Raad op 25 maart 2016 gewezen arrest (ECLI:NL:HR:2016:507) evenmin reden om van haar oordeel (dat het opzetbegrip niet mede voorwaardelijk opzet bevat) terug te komen, voor zover De Amersfoortse dit al heeft verzocht. De Hoge Raad heeft in die zaak overwogen dat, mede gelet op de tussen de artikelen 7:928 BW en 7:930 BW bestaande samenhang, onder opzet tot misleiding in de zin van artikel 7:930 lid 5 BW dient te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft meegedeeld die hij kent of behoort te kennen of, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen afsluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.
Er is met andere woorden slechts sprake van het opzet om te misleiden indien de mededelingsplicht is geschonden met de bedoeling om de verzekeraar op het verkeerde been te zetten teneinde een (hogere) uitkering te krijgen. Daarbij is geen ruimte voor voorwaardelijk opzet.”

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (8)

- Over deze nieuwe ontwikkeling kan – in tegenstelling tot de benadering op grond van 3:44 BW - worden opgemerkt dat de referentie *op zichzelf* juist is. Vastgesteld kan immers worden dat de Hoge Raad het begrip opzet ex art. 7:930 lid 5 BW heeft beperkt tot opzet als oogmerk.

De vraag die open blijft, is evenwel waarom bij de invulling van het begrip opzet ex art. 7:941 lid 5 BW aansluiting zou moeten worden gezocht bij de wijze waarop het begrip opzet ex art. 7:930 lid 5 BW wordt ingevuld.

Onduidelijk blijft waarom aansluiting dient te worden gezocht bij art. 7:930 lid 5 BW en bijvoorbeeld niet bij het opzetbegrip ex art. 7:952 (verzekeringsrechtelijke eigen schuld). Uit art. 7:952 BW volgt immers dat in het kader van het verzekeringsrechtelijke leerstuk eigen schuld *alle* opzetgradaties onder het begrip opzet vallen.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (9

- Opvallend is in dit kader de volgende passage in r.o. 3.16 van het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 12 juli 2017: “Dat het gerechtshof Den Haag in zijn arrest van 17 november 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:3916) heeft geoordeeld dat onder opzet in de zin van artikel 7:952 BW dient te worden verstaan opzet als oogmerk, als zekerheidsbewustzijn en als waarschijnlijkheidsbewustzijn (en daarmee dus voorwaardelijk opzet) maakt het voorgaande niet anders. Artikel 7:952 BW, dat is geplaatst in afdeling 2 van titel 17 van boek 7, heeft betrekking op opzet ten aanzien van het intreden van het verzekerd risico, hetgeen niet zonder meer gelijk is te stellen aan opzet om de verzekeraar te misleiden om tot (een hogere) uitkering over te gaan.” R.o. 3.17 van Rechtbank Gelderland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4196.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (10)

- Het is inderdaad juist dat het opzet ten aanzien van het intreden van het verzekerd risico (art. 7:952-opzet) niet zonder meer gelijk te stellen is met het opzet de verzekeraar te misleiden om tot een (hogere) uitkering over te gaan (art. 7:941 lid 5 BW-opzet) maar in dat kader kan ook gezegd worden dat het opzet tot misleiding om de verzekeraar te bewegen een verzekeringsovereenkomst aan te gaan niet zonder meer gelijk te stellen is met het opzet de verzekeraar te misleiden om tot een (hogere) uitkering over te gaan (art. 7:941 lid 5 BW-opzet). Kortom, bovengenoemd argument van de Rechtbank Gelderland snijdt naar mijn mening geen hout.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (11)

- In r.o. 4.14 van Hof Arnhem-Leeuwarden locatie Leeuwarden 9 april 2013 is nog een ander argument te lezen voor het beperken van opzet ex art. 7:941 lid 5 BW tot opzet als oogmerk: “Bij de beoordeling van de vordering van Delta Lloyd stelt het hof het volgende voorop. De vergaande gevolgen voor de dekking die op grond van artikel 7:941 lid 5 BW aan handelen met opzet tot misleiding worden verbonden, rechtvaardigt dat strenge eisen mogen worden gesteld aan de vaststelling of het handelen van de verzekerde was ingegeven door het opzet tot misleiden van de verzekeraar. Het hof is in dat verband van oordeel dat ook in verzekeringsrechtelijke zin de betekenis van bedrog in artikel 3:44 BW heeft te gelden, waarbij bedrog impliceert een handelen of een nalaten met het oogmerk een ander te misleiden.” Zie Hof Arnhem-Leeuwarden locatie Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6761. Anders gezegd: gezien de verstrekkende gevolgen van de verval van recht-sanctie ex art. 7:941 lid 5 BW kan een verzekeraar voor een beroep op onderhavige bepaling alleen volstaan met het aantonen van opzet als oogmerk van de verzekerde.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (12)

- Op het eerste gezicht is dit uitgangspunt wel te volgen maar bij nadere beschouwing kom ik toch tot een andere conclusie. Ik zal dit nader onderbouwen. Startpunt van mijn argumentatie zijn de volgende interessante zinnen in de Asser-verzekeringsrecht: “Voor een omschrijving van het begrip ‘opzet’ in het schadeverzekeringsrecht wordt aangesloten bij de strafrechtelijke karakterisering daarvan. Daartoe behoort niet alleen opzet als oogmerk (..), maar ook opzet als zekerheidsbewustzijn.” Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 456.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW

(13)

- Naar mijn mening is het begrip opzet in het strafrecht ruimer: ook voorwaardelijk opzet valt daaronder. Zie ook Van Eijk-Graveland 1999, p. 43-50. Dit komt onder andere naar voren in het beroemde Cicero-arrest uit 1954: HR 9 november 1954, NJ 1955, 55. In het monumentale, magistrale strafrecht-handboek van Hazewinkel-Suringa/Remmeling wordt het arrest bondig als volgt samengevat: “De vraag was nu, of het onder deze omstandigheden geacht kon worden opzettelijk inbreuk te hebben gemaakt op het auteursrecht (art. 31 Auteurswet). Ja, zei de Hoge Raad tenslotte – zo parafraseren wij duidelijkheidshalve de kern van het arrest – jullie hebt je willens en wetens blootgesteld aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans, dat die eis van die tekstboekjes niet zonder grond was gesteld en dat levert op: voorwaardelijk opzet.” D. Hazewinkel-Suringa/J. Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 207.

Reikwijdte opzet ex art. 7:941 lid 5 BW (14)

- Strafrechtelijke sancties, zoals bijvoorbeeld gevangenisstraf, zijn zeer ingrijpend en naar mijn mening veel ingrijpender dan de privaatrechtelijke verval van recht-sanctie. Als in het strafrecht voorwaardelijk opzet van de verdachte volstaat om het bewijs van een delictsomschrijving met een opzetbestanddeel rond te maken, zou dat in geval van een privaatrechtelijke verval van recht-sanctie naar mijn mening ook voldoende moeten zijn. Het verstrekkende karakter van de strafrechtelijke sancties staat immers een beroep op voorwaardelijk opzet toe om opzet te bewijzen zodat bij de minder ingrijpende privaatrechtelijke verval van recht-sanctie dat naar mijn mening zeker mogelijk zou moeten zijn. Ik zou kortom willen verdedigen dat onder opzet ex art. 7:941 lid 5 BW ook voorwaardelijk opzet is begrepen.

Bijkomstige leugen (1)

- Is het voor toepassing van de verval van recht-sanctie ex art. 7:941 lid 5 BW van belang of de fraude (opzet tot misleiding) achteraf gezien niet relevant is voor de vaststelling van de verzekeringsuitkering?
- Deze vraag is actueel geworden door de baanbrekende uitspraak van de Supreme Court of the UK in de zaak *Versloot Dredging e.a vs. HDI Gerling Industrie Versicherung A.G.*, [2016] UKSC 45. Over deze zaak straks meer.

Bijkomstige leugen (2)

- Van een schending van de precontractuele mededelingsplicht door de aspirant-verzekeringnemer ex art. 7:928 BW is pas voldaan indien aan vier vereisten – waaronder het relevantievereiste - is voldaan.
- Uit art. 7:941 BW – en in het bijzonder lid 5 – is geen relevantievereiste af te leiden waaraan voldaan zou moeten zijn alvorens een verzekeraar een beroep kan doen op de verval van recht-sanctie van fraude bij de vaststelling van de uitkering. Ook de parlementaire geschiedenis zwijgt op dit punt.

Bijkomstige leugen (3)

- In de zaak *Versloot Dredging e.a vs. HDI Gerling Industrie Versicherung A.G. e.a.* heeft de Supreme Court of the United Kingdom een interessant antwoord gegeven op de vraag of een *collateral lie* (bijkomstige leugen) een algeheel verval van het recht op uitkering rechtvaardigt. Of anders gezegd is de *common law* regel aangaande *fraudulent claims* ook van toepassing in geval van een *collateral lie (fraudulent device)*?
- Zie voor deze common law regel de standaard-zaak *Britton vs. Royal Insurance Co (1866) 4 F &F 905*. Willis J overwoog in de uitspraak onder andere: “The law is, that a person who has made such a fraudulent claim could not be permitted to recover at all.”

Bijkomstige leugen (4)

- Interessant is de volgende overweging van Lord Sumption: “(..) Where a claim has been fraudulently exaggerated, the insured’s dishonesty is calculated to get him something to which he is not entitled. The reason why the insured cannot recover even the honest part of the claim is that the law declines to sever it from the invented part. (..)The position is different where the insured is trying to obtain no more than the law regards as his entitlement and the lie is irrelevant to the existence or amount of that entitlement. In this case the lie is dishonest, but the claim is not. The immateriality of the lie to the claim makes it not just possible but appropriate to distinguish between them. I do not accept that a policy of deterrence justifies the application of the fraudulent claim rule in this situation. (..) Zie r.o. 25-26 van de onderhavige uitspraak.

Bijkomstige leugen (5)

- Interessant is de *dissenting opinion* van Lord Mance – de stemverhouding was 4-1 - die geen heil ziet in het bovengenoemde subtiele onderscheid tussen een *fraudulent device* (zonder enige sanctie) en een *fraudulent claim* (met als gevolg verval van het recht op uitkering): Of course, insurers do not always pay claims as speedily as would be desired, but that is not an excuse for fraud, and is something for which a separate remedy is under current legislative scrutiny. (..) Abolishing the fraudulent devices rule means that claimants pursuing a bad, exaggerated or questionable claim can tell lies with virtual impunity. The same logic governs fraudulent devices as it does fraudulent claims generally. It is, as Lord Hobhouse said in *The Star Sea*, para 62: “... simple. The fraudulent insured must not be allowed to think: if the fraud is successful, then I will gain; if it is unsuccessful, I will lose nothing.” Zie r.o. 114 en 128 van de onderhavige uitspraak.

Bijkomstige leugen (6)

- Naar Nederlands recht is er – naar mij is bekend – weinig rechtspraak over deze kwestie. Er is een vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland van 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2956, waarin in r.o. 5.6 ten aanzien van de onderhavige rechtsvraag het volgende wordt overwogen: “ De rechtbank is voorts van oordeel dat op grond van artikel 7:941 lid 5 BW het recht op uitkering is vervallen wegens de hiervoor bedoelde tekortkoming. Weliswaar heeft [gedaagde in conventie/eiser in reconventie] aangevoerd dat alle op de facturen vermelde inboedelzaken daadwerkelijk aanwezig waren ten tijde van de brand en dat deze zaken ook de waarden vertegenwoordigden die op de facturen waren vermeld en dat ten aanzien van de opstalschade de op de facturen vermelde materialen ook daadwerkelijk zijn geleverd en de daarop vermelde werkzaamheden ook daadwerkelijk zijn uitgevoerd, maar - nog afgezien van de omstandigheid dat Aegon dit gemotiveerd heeft weersproken - is het naar het oordeel van de rechtbank voor het verval van het recht op uitkering in de zin van artikel 7:941 lid 5 *niet relevant of de misleiding achteraf gezien relevant was voor de schadevaststelling door de verzekeraar (curs., MLH).(..)*”

Bijkomstige leugen (7)

- Ik kan mij geheel vinden in de benadering van de Rechtbank Noord-Nederland. De rechtbank had via de behoudens-zin van art. 7:941 lid 5 BW de mogelijkheid om dezelfde weg als de Supreme Court in de Versloot-case te bewandelen maar heeft daar naar mijn mening terecht niet voor gekozen. Naar mijn mening brengt het rechtsbeginsel “*fraus omnia corrumpit*” mee dat in beginsel *alle* gevallen van fraude bij de vaststelling van de verzekeringsuitkering geheel verval van het recht op uitkering meebrengen.

Bijkomstige leugen (8)

- Wuyts wijst er op dat achter onderhavig rechtsbeginsel een neutralisatiedoelstelling zit. In geval van fraude bij de vaststelling van de uitkering is *the duty of utmost good faith* aangetast. De enige correcte sanctie in dezen is volgens Wuyts een volledige afwijzing van de verzekeringsclaim aangezien een partieel herstel van de ‘goede trouw’ door bijvoorbeeld een gedeeltelijke afwijzing van de claim niet mogelijk is. De ‘goede trouw’ als gedragsnorm kan immers niet ‘voor een deeltje’ worden geschonden. Wuyts concludeert dan ook: “Zodra fraude is vastgesteld liggen bijgevolg ook de gevolgen vast. De sanctie is daarbij verbonden aan de frauduleuze intentie en niet aan de concrete verschijningsvormen van de fraude.” Zie Wuyts 2014, p. 518.

Bijkomstige leugen (9)

- Wuyts raakt naar mijn mening een essentieel punt. Zowel bij een *fraudulent claim* als een *fraudulent device (collateral lie)* is er sprake van een schending van de 'goede trouw' met als gevolg dat in beide gevallen de sanctie ook gelijk is: geheel verval van het recht op uitkering. Er is naar mijn mening geen rechtvaardiging voor een verschillende behandeling van beide gevallen. Zo is het argument dat een algeheel verval van het recht op uitkering in geval van een *fraudulent device (collateral lie)* disproportioneel zou zijn niet overtuigend want zou hetzelfde dan niet gelden voor een *fraudulent claim* waarbij bijvoorbeeld sprake is van van daadwerkelijke schade van 99,5% en een frauduleuze verhoging van 0,5%? Kortom, zodra is vastgesteld dat er sprake is van opzet tot misleiding is het niet meer van belang in welke gedaante de fraude zich voordoet: de *fraude an sich* wordt bestraft en niet de *verschijningsvorm daarvan*.