



**NTHR symposium 2019 De frauderende derde-
benadeelde en zijn recht op uitkering in geval
van een WAM-verzekering
Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse**

Inleiding (1)

- Mijn stelling van vandaag is dat het criterium ‘redelijk handelend verzekeraar’ ook buiten het leerstuk van de verzwijging van betekenis is en dat de ‘redelijk handelen’-norm ook toepasbaar is op de verzekeringnemer, de verzekerde, de derde-benadeelde en de tussenpersoon. De onderhavige norm is een verscholen criterium in het verzekeringsrecht dat in vele gevallen sturing kan geven. Zie uitgebreid over dit onderwerp Hendrikse, NTHR 2011-2. Een voorbeeld van een dergelijk geval is de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) in het geval van een frauderende derde-benadeelde in geval van een WAM-claim.

Inleiding (2)

- Het begrip ‘redelijk handelen’ brengt ons al snel bij de ethiek.
- Het woord ethiek is immers een samenstelling van de (oud-)griekse woorden ‘ευ’ (goed) en ‘θειν’ (doen/handelen).
- Voor de onderhavige kwestie biedt de ethiek van Kant interessante aanknopingspunten.
- Een onderdeel van de ethiek van Kant is de *categorische imperatief*.

Inleiding (3)

- De categorische imperatief van Kant kan als volgt verwoord worden: men dient alleen te handelen volgens de maxime waarvan men kan zeggen dat deze een algemene wet wordt. Of anders gezegd: men dient te handelen volgens de wijze waarop men zou willen dat iedereen zo zou handelen. Zie I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1786, p. 44.

De norm 'redelijk handelen' en het leerstuk van de redelijkheid en de billijkheid in het verz. recht (1)

- Het onderhavige leerstuk speelt in het verzekeringsrecht een (steeds) grote(re) rol.
- Bij de toepassing van het leerstuk wordt aangehaakt bij rechtsbeginselen en uitgangspunten. Zie art. 3:12 BW.
- Deze rechtsbeginselen en uitgangspunten sluiten niet altijd goed aan bij het bijzondere karakter van het handelsrecht.

De norm 'redelijk handelen' en het leerstuk van de redelijkheid en de billijkheid in het verz. recht (2)

- Een goed voorbeeld van dit laatste is het proportionaliteitsbeginsel. Dat sluit goed aan bij het *burgerlijk recht* dat gericht is op bescherming van het *individueel* belang maar minder bij het *handelsrecht* in welk rechtsgebied het *collectief* belang van een efficiënt en effectief handelsverkeer en betalingsverkeer voorop staat. Zie van Huizen, Inleiding Handelsrecht 2016, p. 1-2.
- Opvallend is dan ook dat de mogelijkheid van het proportioneel toepassen van een verval van recht-sanctie nu juist is erkend in een arrest dat over een bedrijfsverzekering ging. Zie HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Polygram).

De norm ‘redelijk handelen’ en het leerstuk van de redelijkheid en de billijkheid in het verz. recht (3)

- Men zal dus terughoudend dienen te zijn met de toepassing van rechtsbeginselen en uitgangspunten die niet goed aansluiten bij het eigen karakter van het handelsrecht.
- Een en ander betekent niet dat het leerstuk van de redelijkheid en de billijkheid voor het handelsrecht van geringe betekenis is: ‘De (beperkende werking van) de redelijkheid en de billijkheid is in het handelsverkeer ook van niet te onderschatten belang in tijden die gekenmerkt worden door ingrijpende veranderingen”
Zie Mendel Preadvies Ver. Handelsrecht 2000, p. 227.

De norm ‘redelijk handelen’ en het leerstuk van de redelijkheid en de billijkheid in het verz. recht (4)

- De norm ‘redelijk handelen’ kan een brug slaan tussen het (abstracte) rechtsbeginsel/uitgangspunt en de betrokken casuspositie waardoor de toepassing van het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid een goed (dogmatisch) fundament krijgt. Het woord ‘redelijk’ in het begrip ‘redelijk handelen’ maakt ook een duidelijke verbinding met het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid’. Het woord ‘handelen’ in de onderhavige combinatie is meer verbonden met de casuspositie, met de praktijk.

De norm ‘redelijk handelen’ en de (verzekerings)praktijk (1)

- Toepassing van de norm ‘redelijk handelen’ impliceert dus oog voor de (verzekerings)praktijk. Zie voor dit laatste in algemene zin al Hijmans in zijn oratie uit 1910: “ De werkelijkheid te leren kennen in hare bonte verscheidenheid, in hare dooreengeweeft samenstelling van bedrijven en beroepen, van arbeid en verkeer, van persoonlijke en maatschappelijke verhoudingen, zie hier dus de eerste taak van den rechtsgeleerde. Wie eenmaal dien kijk heeft gekregen, zal bij de rechtszoeking geheel anders te werk gaan, als tevoren. Voor hem wordt de verhouding tusschen het recht der werkelijkheid en dat der wet een geheel andere. Niet eens meer zal hij spreken van lacunes in de wet, die de wetgever dan bij wijze van gunst verlooft aan te vullen, onder voorwaarde nog wel dat die aanvulling zooveel mogelijk in zijn geest geschiedt.

De norm ‘redelijk handelen’ en de (verzekerings)praktijk (2)

- Neen, steeds en overal, ook waar de wet spreekt, zal in de eerste plaats worden gezocht naar het recht, dat uit de werkelijkheid zelve voortvloeit, en al heel sterk zal de stem van de wet moeten zijn, om over de eischen der werkelijkheid te kunnen triumpheeren. (...) Maar gewoonlijk zal het aldus verkregen recht dat zijn, hetwelk de werkelijkheid heeft verlangd, en gemeend door opstelling van wetsbepalingen te moeten bevorderen." Hijmans 1910, p. 14-15.
- Een en ander sluit goed aan bij het uitgangspunt dat het handelsrecht een dienende functie heeft. Zie o.a. van Huizen 2016, p. 3.

De norm ‘redelijk handelen’ en de (verzekerings)praktijk (3)

- Stadermann heeft in zijn proefschrift overtuigend aangetoond dat in belangrijke uitspraken van de Hoge Raad van de afgelopen jaren de (verzekerings)praktijk een centrale rol heeft gespeeld bij het beantwoorden van verzekeringsrechtelijke vragen. Zie Stadermann 2011, diss. Heerlen, p. 28-32. Zie onder andere HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Polygram) in welke uitspraak voor de uitleg van het begrip “accident” de opvattingen in de Londense verzekeringsbranche van groot belang werden geacht nu het een verzekeringsovereenkomst was die op de Londense beurs was gesloten.

De norm ‘redelijk handelen’ en de (verzekerings)praktijk (4)

- Dit betekent overigens niet dat men blind de (verzekerings)praktijk dient te volgen. Het is heel wel mogelijk dat er in de verzekeringsbranche een algemeen beleid op een bepaald punt door verzekeraars wordt gevoerd maar dat dat beleid evenwel moeilijk als redelijk kan worden gezien met als gevolg dat handelen volgens dat beleid niet meebrengt dat de verzekeraar als een ‘redelijk handelen’ verzekeraar is aan te merken.

De norm ‘redelijk handelen’ en de (verzekerings)praktijk (5)

- Een en ander brengt mee dat bij de beantwoording van de vraag of een verzekeraar handelt volgens de ‘redelijk handelen’-norm er altijd zowel naar de dagelijkse (verzekerings)praktijk als de ethische en/of rechtsbeginselen kant wordt gekeken van de kwestie. Zo zal in geval een bepaalde handelwijze wordt ondersteund door het feit dat deze handelwijze in de verzekeringsbranche algemeen wordt aanvaard vervolgens dienen te worden getoetst of de handelwijze ook gedragen wordt door ethische grondslagen of rechtsbeginselen.

De norm ‘redelijk handelen’ en de (verzekerings)praktijk (6)

- In het algemeen kan naar mijn mening worden opgemerkt dat ingeval een verzekeraar handelt conform hetgeen in de verzekeringsbranche gebruikelijk is én men vaststelt dat dit een handelwijze is waarop men zou willen dat iedereen zo zou handelen – de categorische imperatief van Kant – in ieder geval sprake is van een handelen van de verzekeraar volgens de ‘redelijk handelen’-norm.

De norm ‘redelijk handelen’ als sturingsinstrument in het kader van de toepassing van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid in het verzekeringsrecht

- In de praktijk komt het nogal eens voor dat er sprake is van een toepassing van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid in het verzekeringsrecht waarbij enige van de in het geding zijnde rechtsbeginselen/uitgangspunten met elkaar botsen. Aan de hand van een voorbeeld zal nu onderzocht worden in hoeverre de norm ‘redelijk handelen’ een rol kan spelen als rechtvaardiging voor de gekozen oplossing in de genoemde ‘botsingsvraagstukken’

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (1)

- Art. 7:941 lid 5 BW bepaalt – kortweg gezegd - dat het recht op uitkering van de verzekerde in geval van fraude bij de vaststelling van de omvang van de uitkering in beginsel in zijn geheel komt te vervallen. De onderhavige bepaling is strikt genomen niet van toepassing op de situatie waarin een derde-benadeelde fraudeert bij de afhandeling van een WAM-schade met een WAM-verzekeraar van de aansprakelijke WAM-verzekerde. Ook kent de WAM geen bijzondere (aanvullende) bepaling op dit punt. Betekent een en ander nu dat ingeval de derde-benadeelde bij de afwikkeling van de WAM-schade fraudeert en tegen de lamp loopt deze alsnog recht houdt op vergoeding van de daadwerkelijke schade? Zie recentelijk over deze problematiek Hendrikse, NTHR 2019-2/3, p. 86-97.

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (2)

- GC Kifid 2009/94: “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 (...) 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’.” In gelijke zin GC Kifid 2010-199 en Hof Den Bosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5463

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (3)

- In zijn arrest van 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103 overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.3.5 het volgende aangaande de hoofdvraag van mijn bijdrage: “ 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. (..) Voor het aanvaarden van een algemene buitenwettelijke regel die meebrengt dat bij opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de benadeelde het eigen recht van art. 6 WAM vervalt, is derhalve geen plaats.”
- Met het arrest van 6 juli 2018 lijkt het doek te zijn gevallen voor de analogische toepassing van art. 7:941 lid 5 BW in geval van fraude van de derde-benadeelde in een WAM-zaak. Geldt dat ook voor de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW)? Wel als dit neerkomt op een *algemene* regel maar niet als er een omstandigheden-afweging heeft plaatsgevonden zou ik menen. In ongeveer gelijke zin Lindenbergh, nr. 6, in zijn NJ-boot onder dit arrest, NJ 2019, 118.

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (4)

- In de uitspraak GC Kifid 2009/94 wordt de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid opgehangen aan het rechtsbeginsel ‘fraus omnia corrumpit’. Nadere bestudering van de casus leert dat er in casu (minimaal) nog een ander rechtsbeginsel/uitgangspunt speelt: het uitgangspunt van slachtofferbescherming bij een WAM-verzekering. De grondgedachte van de WAM is te waarborgen dat schade toegebracht door een gemotoriseerde weggebruiker, de aansprakelijke WAM-verzekerde, zoveel mogelijk door de derde-benadeelde kan worden verhaald.

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (5)

- De norm ‘redelijk handelen’ kan naar mijn mening uitkomst bieden bij de rechtvaardiging van de in dezen gekozen oplossing voor de onderhavige botsing van rechtsbeginselen/uitgangspunten.
- Het uitgangspunt van slachtofferbescherming bij een WAM-verzekering brengt mee dat voor het verval van het recht op uitkering van de derde-benadeelde een *bijzondere* rechtvaardiging vereist is. Deze rechtvaardiging is naar mijn mening aanwezig bij fraude door de derde-benadeelde ingeval van afwikkeling van een WAM-schade: van een ‘redelijk handelende derde-benadeelde’ is geen sprake ingeval deze fraudeert bij de afwikkeling van een WAM-schade met de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke verzekerde.

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (6)

- Uit ethisch oogpunt kan worden opgemerkt dat het geheel verval van het recht op uitkering in geval van fraude bij de afwikkeling van een WAM-schade door een derde-benadeelde naar mijn mening voldoet aan de categorische imperatief van Kant. Verzekeringsfraude is onder alle omstandigheden ongewenst gedrag: een ieder wil dat men dergelijk gedrag nalaat en dat dergelijk gedrag niet onbestraft blijft.

Voorbeeld 1: Fraude door een derde-benadeelde bij de afwikkeling van een WAM-schade (7)

- Een geheel verval van het recht op uitkering sluit ook goed aan bij de (verzekerings)praktijk. Het rechtsbeginsel ‘fraus omnia corrumpit’ is een uitwerking van het meer algemene vertrouwensbeginsel. Een verzekeraar moet bij de afwikkeling van een schade kunnen vertrouwen op de juistheid van de informatie die verstrekt wordt door de verzekerde of de derde-benadeelde omdat de verzekeraar in de praktijk in hoge mate afhankelijk is van die informatie. In geval van fraude bij de vaststelling van de omvang van de uitkering door een verzekerde of derde-benadeelde ontvalt in feite de basis van de verzekeringsovereenkomst c.q. de verplichting van de WAM-verzekeraar om de WAM-schade met de derde-benadeelde af te handelen.