

Tot slot

Een schadeverzekering voor inzittenden kan bijdragen aan snellere vergoeding door de eigen verzekeraar en kan een lastig schaderegelingstraject in het buitenland voorkomen. Bij grote schades kan desgewenst een tweesporentraject worden gevolgd als de hoogte van de schadevergoeding als geheel of op bepaalde posten op grond van het Nederlandse recht lager uitvalt dan op grond van het buitenlandse recht het geval zou zijn. Een focus op alleen een regeling met de eigen SVI kan in bepaalde gevallen te beperkt zijn.

Voor die slachtoffers die geen SVI hebben of zich verzekerd wensen van advies en kostendekking voor externe rechtshulp in het geval van letselschade in het buitenland, biedt een rechtsbijstandverzekering in veel geval-

len een goede en betaalbare aanvulling op de verzekeringsportefeuille.

Bronnen:

- Hilde Ulrichs, *Recht en Praktijk: Schadevergoeding in België*, 7^e editie, 2013, Kluwer
- Hubert W. van Bühren, *Unfallregulierung*, 8. Auflage 2016, Deutscher Anwaltvertrag.
- Mayer/Kroiß, *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz: RVG*, 6. Auflage 2013, Nomos.
- Lambert/Porchy, *Droit du dommage corporel*, 8^e édition 2015, Dalloz.

| 501 | De buitengerechtelijke kosten van de verzekeraar: de keerzijde van de medaille?

mr. P.C. Knijp¹

Inleiding

In het Nederlandse letselschadelandschap is in de loop van de jaren een soort waterscheiding ontstaan: een vrij scherpe tweedeling tussen verzekeraarsadvocaten en slachtofferadvocaten. Waar het voorheen – we hebben het dan over meer dan ca 20 jaar geleden – vaker voorkwam dat advocaten zowel voor de belangen van slachtoffers als voor de belangen van (aansprakelijkheids-) verzekeraars opkwamen, is dat tegenwoordig, op een enkele uitzondering na, niet meer het geval.

In dit themanummer is ook ruimte ingeruimd voor een bijdrage die is geschreven vanuit de optiek van de verzekeraarsadvocatuur. Als wordt gesproken over buitengerechtelijke kosten in het kader van de letselschadeafwikkeling, dan gaat de discussie al snel over de kosten van de advocaat (of belangenbehartiger) van het slachtoffer. Daar valt natuurlijk veel over te zeggen, en aan dat onderwerp zullen ongetwijfeld talrijke pagina's in dit themanummer van dit blad gewijd worden. Vanuit de optiek van de advocaten die verzekeraars bijstaan, valt hier in algemene termen echter niet veel zinnigs over te zeggen. Dat is overigens mede een uitvloeisel van het feit dat niet alle verzekeraars in de discussie over buitengerechtelijke kosten in de praktijk hetzelfde standpunt innemen. Deze bijdrage zal daarom niet ingaan op de kosten die van de

zijde van de advocaat of belangenbehartiger van het slachtoffer worden gemaakt.

Nu duidelijk is waar deze bijdrage niet over gaat, is de vraag welk onderwerp in deze bijdrage dan wel zal worden behandeld. Dat is een niet-alledaags, maar wel steeds actueler onderwerp: de kosten – en dus ook de buitengerechtelijke kosten – die een *verzekeraar* maakt en de vraag of en wanneer deze van een wederpartij – een slachtoffer – gevorderd kunnen worden.

Grondslag

Buitengerechtelijke kosten zijn een specifieke, in de wet genoemde schadepost.² Zonder deugdelijke grondslag komt echter geen enkele schadepost voor vergoeding in aanmerking.

Het is dus de vraag, wat de grondslag voor betaling van een schadevergoeding (waaronder buitengerechtelijke kosten) van een slachtoffer aan een verzekeraar zou kunnen zijn.

Voor een vordering tot vergoeding van schade door een slachtoffer aan een verzekeraar komt eigenlijk alleen de onrechtmatige daad als grondslag in beeld. Het woord “slachtoffer” moet dan tussen aanhalingstekens ge-

¹ Peter Knijp is advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten.

² Art. 6:96 lid 2 BW.

plaatst worden, aangezien dat “slachtoffer” dan jegens de verzekeraar juist als dader, als schadeveroorzaker, moet worden gezien.

In de praktijk zal het in verreweg de meeste gevallen neerkomen op een slachtoffer, dat zijn schade overdrijft, voorwendt of wellicht zelfs voorwendt dat hem überhaupt letsel is overkomen.

Meer specifiek valt hier een driedeling te maken:

1. Het ongeval wordt geënceneerd of heeft in het geheel niet plaatsgevonden;
2. Het ongeval heeft weliswaar plaatsgevonden, maar het geclaimde letsel wordt voorgewend;
3. Het ongeval heeft weliswaar plaatsgevonden, en het geclaimde letsel is in beginsel ook ingetreden, alleen worden de gevolgen daarvan overdreven.

Het zal helder zijn, dat de civielrechtelijke normschending tegenover de verzekeraar van het sub 1 genoemde geval het ernstigst is, de normschending van het onder 2 genoemde geval al wat minder erg, en de onder drie genoemde situatie zal nu eens wel, en dan weer niet een civielrechtelijke normschending opleveren.

Cruciaal bij de beoordeling hiervan is de vraag welke *exacte* grondslag de (ten onrechte of voor teveel) aansprakelijk gehouden verzekeraar kiest voor zijn stelling, dat het “slachtoffer” jegens hem aansprakelijk is voor de kosten die de verzekeraar heeft moeten maken.

Oplichting

Dat kan, in sommige gevallen, art. 326 lid 1 Sr zijn. De tekst van dit artikel luidt:

Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtfels, iemand beweegt tot de afgifte van enig goed, tot het verlenen van een dienst, tot het ter beschikking stellen van gegevens, tot het aangaan van een schuld of tot het teniet doen van een inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Het middels listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdichtfels – losjes ‘vertaald’ in modern Nederlands: leugens – een ander bewegen tot het betalen van een geldbedrag met de bedoeling daar zelf beter van te worden, is dus bij wet verboden en dat levert daarom een onrechtmatige gedraging in de zin van art. 6:162 BW op.

Probleem daarbij is echter dikwijls het bewijs. Een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, levert dwingend bewijs op van dat feit.³ Als het “slachtoffer” dat letselschadevergoeding claimt dus, met andere woorden, door de strafrechter veroordeeld is voor oplichting, dan levert dit dwingend bewijs op. “Dwingend bewijs” houdt in dit geval in dat de rechter verplicht is het in het strafvonnis bewezen verklaarde als waar aan te nemen⁴, zij het dat tegenbewijs nog wel openstaat⁵.

Gezien de overbelasting van het justitiële apparaat en het gegeven dat in de praktijk door de strafvorderlijke keten weinig tot niets wordt gedaan met aangiften door of namens verzekeraars, is in de praktijk het effect van het civielrechtelijk bewijsregime met betrekking tot strafrechtelijke vonnissen betrekkelijk gering. Het komt er dus, in de praktijk, telkens op neer wie wat in *civielrechtelijke* zin, op grond van de hoofdregel van stelplicht en bewijslast dus, kan bewijzen. Erg nadelig voor de bewijspositie van verzekeraars is dit niet, nu in het strafrecht de onschuldspresumptie als bewijsvermoeden geldt, terwijl in het civiele bewijsrecht geldt dat de rechter zich kan bedienen van elk bewijsvermoeden dat hij kan motiveren en de bewijsrechtelijke drempels in het civiele proces dus lager (kunnen) liggen. Voordeel van een strafrechtelijk traject is overigens natuurlijk wel, dat dit niet door de verzekeraar zelf hoeft te worden doorlopen; de politie en het Openbaar Ministerie halen dan als het ware de kooltjes voor de verzekeraar uit het vuur. In een civielrechtelijk traject moet de verzekeraar zelf het bewijs leveren.

Het bewijs dat het “slachtoffer” in een letselschadezaak zijn schade gefingeerd heeft, en het oogmerk heeft gehad om de verzekeraar op te lichten, zal in de praktijk lastig te leveren zijn. Over dit begrip is dan ook maar weinig civielrechtelijke jurisprudentie. Bewijs van het *oogmerk* van de dader werd in de dramatische en in het oog springende casus van het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2001⁶ aanwezig geacht. Het ging hier over de vergoeding van ‘ander nadeel dan vermogensschade’; een man bracht het kind van zijn ex-partner om het leven met als oogmerk om haar daarmee schade toe te brengen. De vrouw sprak de man vervolgens op grond van art. 6:106 lid 1 BW aan tot vergoeding van haar immateriële schade; die vordering was alleen toewijsbaar als zij erin zou slagen te bewijzen dat de man met het ombrengen van het kind het oogmerk had om haar dit leed of deze schade toe te brengen. Dat bewijs kreeg de vrouw

³ Art. 161 Rv

⁴ Zie art. 151 lid 1 Rv

⁵ Zie art. 151 lid 2 Rv

⁶ HR 26 oktober 2001, VR 2002/13

rond omdat in het strafvorderlijk onderzoek in de computer van de man documenten waren gevonden waaruit dit bleek.

Is het bewijs van het oogmerk niet zo expliciet te leveren als in de bovengenoemde casus, dan zou kunnen worden aangeknoopt bij de uitspraken van de Hoge Raad van 2 december 2005⁷ en 30 maart 2007.⁸ In die gevallen oordeelde de Hoge Raad dat de bewustheid van een bepaald gedrag naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid uit de gedragingen, en dat voor het bewijs van de bewustheid van een bepaald gevaar het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid mag worden afgeleid, volstaat. Deze arresten kunnen wellicht naar analogie worden toegepast op “oplichtingssituaties”; voor het bewijs dat de dader het oogmerk had zich wederrechtelijk ten koste van de verzekeraar te verrijken zou dan het bewijs van de feiten, waaruit dit naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid, volstaan. De uitspraak van de HR van 15 juni 2016⁹ lijkt bij deze rede-nertrant aan te sluiten. In deze uitspraak oordeelde de HR dat opzet¹⁰ in de zin van art. 7:930 lid 5 BW kan worden aangenomen indien (1) een verzekeringnemer feiten of omstandigheden die hij kent of behoort te kennen en waarvan de beslissing van de verzekeraar of en hoe hij de verzekering zal willen sluiten afhangt niet aan de verzekeraar heeft medegedeeld, terwijl (2) 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. In de laatste feitelijke instantie oordeelde het Hof al dat op grond van de feiten een dergelijk opzet tot misleiding aanwezig was, welk oordeel in cassatie in stand bleef.¹¹

Lukt het niet te voldoen aan deze bewijslast, en kan de verzekeraar niet hard maken dat het slachtoffer zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting in de zin van art. 326 Sr, dan kan van het vorderen van de schade die de verzekeraar heeft geleden door de vermeende (poging tot) oplichting ook geen sprake zijn. Dat betekent overigens niet dat de claim van het slachtoffer dan ook moet worden toegewezen; het kan best zijn dat het slachtoffer het voor toewijzing van zijn vordering noodzakelijke bewijs niet kan leveren.

Ten aanzien van oplichting geldt dus: lastig te bewijzen, maar indien de verzekeraar het bewijs rondkrijgt is dit wel een sterke grondslag voor een vordering tot schadevergoeding (waaronder dus de buitengerechtigde kosten van de verzekeraar) jegens het “slachtoffer”.¹²

Schending van de waarheidsplicht van art. 21 Rv

Een “light” alternatief voor oplichting als grondslag kan worden gevonden in art. 21 Rv Dat artikel bepaalt:

“Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.”

Over dit onderwerp is ca. 15 jaar geleden, toen het betreffende art. 21 Rv werd ingevoerd, door diverse schrijvers het nodige gezegd. Ik verwijs graag naar de bijdrage van Klaassen¹³ uit 2002, waarin een goede uiteenzetting wordt gegeven van welke processuele opstelling nog wel, en welke processuele opstelling niet meer door de beugel kan. Het in het eigen straatje interpreteren van feiten, het

⁷ HR 2 december 2005, JA 2006,12, **ECLI:NL:HR:2005:AU3261**.

⁸ HR 30 maart 2007, NJ 2008,64, **ECLI:NL:HR:2007:AZ7863**.

⁹ **ECLI:NL:HR:2016:507**, besproken in onder meer “De opzet van de verzekeringnemer tot misleiding van de verzekeraar”, E.J. Zippro, in MvV 2016, p 105 e.v.

¹⁰ De kritische lezer merkt hier wellicht op, dat ‘opzet’ iets anders is dan ‘oogmerk’. Dat is natuurlijk juist. Maar de begrippen ‘opzet’, ‘oogmerk’ en ook ‘bewuste roekeloosheid’ hebben wel iets gemeen; namelijk een subjectief bewustzijnselement bij de ‘dader’. Het gaat hier om het bijbrengen van bewijs van dat subjectieve bewustzijnselement.

¹¹ Het hof oordeelde, hier geparafraseerd in de woorden van de HR weergegeven: “Uit de tegenover het onderzoeksbureau afgelegde verklaring volgt dat [eiser] de verzekering sloot terwijl hij zich bewust was van het risico dat nader schade zou worden toegebracht aan het café en van het feit dat het voor [verzekeraar] van belang was om kennis te nemen van dat risico. Door desondanks een op het inschatten van dat risico gerichte, voldoende duidelijk geformuleerde, vraag onjuist te beantwoorden, kan het niet anders zijn dan dat [eiser] heeft gehandeld met het opzet [verzekeraar] te misleiden. Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat [eiser] destijds een startend ondernemer was met gebrek aan ervaring.” Naar mijn mening is de toets die het Hof hier heeft aangelegd feitelijk dezelfde als in het oordeel dat ten grondslag lag aan de uitspraken van de HR van JA 2006,12 (opzet/bewuste roekeloosheid werknemer, zie hierboven noot 6) en NJ 2008,64 (aangereden asielzoeker, zie hierboven noot 7), namelijk dat op grond van de objectieve omstandigheden van het geval wordt geconcludeerd dat sprake is van “opzet”.

¹² In dit kader vermeld ik volledigheidshalve de uitspraak van de rechtbank Assen van 25 juli 2007, **ECLI:NL:RBASS:2007:BH6215**, waarin de rechtbank tot het oordeel komt dat een slachtoffer zich schuldig heeft gemaakt aan opzettelijke misleiding van de verzekeraar en uit dien hoofde op grond van onrechtmatige daad voor de onderzoekskosten van de verzekeraar aansprakelijk is. De rechtbank oordeelt in deze uitspraak dat de onrechtmatigheid gelegen is in het “opzettelijk misleiden”, maar laat verder in het midden met welke specifieke wettelijke plicht dit strijd oplevert, dan wel of dit in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zie in min of meer dezelfde zin de uitspraken van de rechtbank Arnhem van 17 mei 2006 (**ECLI:NL:RBARN:2006:AY0882**) en rechtbank Den Haag 7 december 2011 (RAV 2012, 37).

¹³ C.J.M. Klaassen, ‘Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv’, NJBnr. 30, 2002 p. 1450-1458. Zie ook G. Knigge, Rechtsbescherming en partijautonomie in het civiele proces, RM Themis 2004-4, p. 167

benadrukken van feiten die het eigen standpunt steunen en het bagatelliseren of onvermeld laten van feiten die het eigen standpunt verzwakken, is inherent aan procederen en op zichzelf ook niet verwerpelijk, mede omdat de wederpartij op dezelfde wijze de voor hem gunstige feiten zal selecteren en benadrukken. Dat lijkt dus wel min of meer geoorloofd, aldus Klaassen. Maar het wordt anders als bewust feiten onvermeld gelaten worden die de wederpartij kennelijk niet kent, waardoor de zaak op een onjuiste, met de werkelijkheid strijdige wijze aan de rechter wordt gepresenteerd. En het kan ook niet door de beugel, dat een procespartij, die weet of kan weten dat zijn wederpartij niet volledig met de feiten op de hoogte is, omdat bepaalde voor hem gunstige feiten onvermeld zijn gelaten, stil blijft zitten en er op die manier aan meewerkt dat de zaak door de rechter op basis van deze onjuiste feitenconstellatie beslist gaat worden.

Een schending van art. 21 Rv levert strijd op met een wettelijke plicht, en is dus een onrechtmatige daad.¹⁴ Schending van art. 21 Rv kan dus ook dienen als grondslag voor een onrechtmatige daadsactie van de verzekeraar jegens het slachtoffer.

Een belangrijke kanttekening hierbij is wel dat rechters over het algemeen terughoudend zijn met het verbinden van consequenties aan een schending van art. 21 Rv. Daarover gaat de bijdrage van Seinen die in 2014 is verschenen in TCR, waarnaar ik graag verwijs.¹⁵

Schending van art. 6:2 BW – een laatste grondslag?

Art. 21 Rv kent, als grondslag voor een schadevergoeding van een verzekeraar op een slachtoffer, een belangrijke beperking: het geldt alleen binnen gerechtelijke procedures. Blijkens de uitspraak van de HR van 25 maart 2011¹⁶ geldt dit artikel voor alle (civielrechtelijke) procedures, maar buiten het proces heeft dit artikel geen gelding.

Niettemin valt m.i. in individuele gevallen, waarin een slachtoffer feiten die alleen hij kent, die voor het treffen van een buitengerechtelijke minnelijke regeling van belang zijn, maar die het slachtoffer desalniettemin onder de pet houdt, goed te betogen dat deze opstelling strijdig is met hetgeen in art. 6:2 BW is bepaald: de schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen conform de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat het onder de pet houden van voor de

wederpartij belangrijke, en bij die wederpartij onbekende informatie strijd oplevert met de eisen van redelijkheid en billijkheid lijkt mij goed te betogen. Een dergelijke opstelling levert een onrechtmatig handelen op. Dit is echter onontgonnen gebied, aangezien hierover geen rechtspraak bestaat en een algemene wettelijke verplichting om de waarheid te spreken – of een verbod op het naar buiten brengen van onvolledige of onjuiste stellingen – (anders dan art. 6:2 BW) niet bestaat.¹⁷

Wat kan een verzekeraar van een (valsspelend) slachtoffer vorderen?

Indien de verzekeraar kan hardmaken, dat een slachtoffer zich jegens hem schuldig heeft gemaakt aan oplichting of het verloochenen van de waarheidsplicht¹⁸, dan kan de verzekeraar de schade die hij daardoor lijdt, van het slachtoffer vorderen.

Te denken valt daarbij aan de eigen kosten, die de verzekeraar heeft moeten maken. De dossierbehandeling zal meer tijd hebben geveerd dan een “normale” kwestie. Daarnaast zullen er dikwijls onderzoekskosten zijn gemaakt, en kosten van verweer tegen de vermeende c.q. frauduleuze claim. De kosten gemaakt ter vaststelling van de aansprakelijkheid van het “slachtoffer” en omvang van de schade, alsmede de buitengerechtelijke kosten zijn vorderbaar op grond van art. 6:96 lid 2 BW. Naar mijn mening zal op deze schadepost de gebruikelijke dubbele redelijkheidstoets van toepassing zijn.

Verzekeraars willen, na eerdere initiatieven zoals het “Convenant aanpak verzekeringsfraude”¹⁹ het kostenverhaal op plegers van verzekeringsfraude, waaronder ik hier gemakshalve ook de drie hierboven genoemde malversaties versta, een nieuwe impuls geven. In een brochure van augustus 2016, getiteld “De verzekeraar oplichten? Fraudeurs gaan direct de schade betalen”, kondigen verzekeraars aan dat zij de kosten van het indienen van een valse claim direct op de fraudeur zullen gaan verhalen. Die kosten worden standaard begroot op het minimumbedrag van EUR 532,00.

Wanneer er sprake is van malversaties *binnen* een verzekeringsovereenkomst, staat de verzekeraar overigens nog een aantal andere middelen ten dienste. De wettelijke regeling van de verzekeringsovereenkomst biedt daar

¹⁴ B.T.M. van der Wiel, De rechtsverhouding tussen procespartijen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, § 2.2 en 5.3.

¹⁵ C.J.-A. Seinen, De gevolgtrekking die hij geraden acht, in TCR 2014, p.84 e.v.; zie voor een recent voorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 27 oktober 2016, **ECLI:NL:RBOBR:2016:6180**

¹⁶ NJ 2012/627, **ECLI:NL:HR:2011:BO9675**.

¹⁷ Dat is overigens anders binnen een contractuele relatie, zoals de hierna nog te noemen verzekeringsovereenkomst.

¹⁸ En de rechter bereid is om dit laatste aan te merken als een onrechtmatige daad.

¹⁹ Zie de website van het Verbond van Verzekeraars – https://www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Convenanten/Convenant_aanpak_verzekeringsfraude.pdf

voor diverse handvatten, en in de praktijk worden die in de verzekeringsvoorwaarden verder ingevuld. Voor een goed overzicht hiervan en de verschillen met de situatie waar deze bijdrage over gaat, verwijs ik naar de recente en lezenswaardige bijdrage van Van Tiggele in Trema.²⁰ Zoals Van Tiggele signaleert, staan de verzekeringsrechtelijke sancties die de verzekeraar in het kader van de verzekeringsovereenkomst ten dienste staan, niet aan de (aansprakelijkheids-)verzekeraar die wordt geconfronteerd met een (zoals Van Tiggele het noemt:) “gevonden slachtoffer” ter beschikking. Die verzekeraar moet het dus hebben van de hierboven genoemde onrechtmatige daads-grondslagen.

Een blik over de grens: Engels recht

In Engeland en Wales geldt sinds 2015 artikel 57 van de Criminal Justice and Courts Act 2015, van welk artikel de eerste vijf leden als volgt luiden:

- “Personal injury claims: cases of fundamental dishonesty
- (1) This section applies where, in proceedings on a claim for damages in respect of personal injury (“the primary claim”)—
 - (a) the court finds that the claimant is entitled to damages in respect of the claim, but
 - (b) on an application by the defendant for the dismissal of the claim under this section, the court is satisfied on the balance of probabilities that the claimant has been fundamentally dishonest in relation to the primary claim or a related claim.
 - (2) The court must dismiss the primary claim, unless it is satisfied that the claimant would suffer substantial injustice if the claim were dismissed.
 - (3) The duty under subsection (2) includes the dismissal of any element of the primary claim in respect of which the claimant has not been dishonest.
 - (4) The court’s order dismissing the claim must record the amount of damages that the court would have awarded to the claimant in respect of the primary claim but for the dismissal of the claim.
 - (5) When assessing costs in the proceedings, a court which dismisses a claim under this section must deduct the amount recorded in accordance with subsection (4) from the amount which it would otherwise order the claimant to pay in respect of costs incurred by the defendant.

In Engels Case Law is het ‘dishonesty’-begrip verder uitgewerkt. Boven geciteerd artikel 57 is een wettelijke verankering van de case *Summers v Fairclough Homes* (2012). In deze uitspraak was de mogelijkheid om vorderingen in hun geheel af te wijzen als daarin een element

van ‘dishonesty’ of ‘exaggeration’ een rol speelde al gegeven. In dat geval werd er een bedrag van GBP 840.000 gevorderd, maar oordeelde de rechter dat een bedrag van GBP 88.000 meer in de rede lag. In die uitspraak werd de vordering overigens niet geheel afgewezen.

Er is geen wettelijke definitie van ‘dishonesty’ of ‘exaggeration’. Er moet een afweging plaatsvinden van de ‘dishonest’ of ‘exaggerated’ elementen van de vordering; wanneer plm. 50% van de vordering of meer niet wordt onderbouwd door bewijs, moet er ‘fundamental dishonesty’ worden aangenomen. Ter vergelijking: wanneer 10% van de vordering niet wordt onderbouwd, wordt niet aangenomen dat sprake is van ‘dishonesty’.

Het Engelse recht biedt de verzekeraar, die wordt geconfronteerd met een onterechte of overdreven vordering, dus meer handvatten dan het Nederlandse recht. De sanctie die een ten onrechte claimend slachtoffer in Engeland kan treffen doet daarbij denken aan de sanctie die naar Nederlands recht binnen het kader van de verzekeringsovereenkomst kan worden opgelegd aan de ten onrechte uitkering onder een polis claimende verzekerde²¹, namelijk verval van de integrale vordering. Het enige ‘lichtpunt’ voor de ten onrechte claimende partij schuilt in de leden (4) en (5) van dit artikel; bij de berekening van de (proces-)kostenveroordeling wordt de uitkering/schadevergoeding waarop wel terecht aanspraak gemaakt had kunnen worden, met die kostenveroordeling verrekend.

Afronding

Het zal in de praktijk voor de verzekeraar die zich geconfronteerd ziet met een – naar hij meent – frauduleuze claim niet eenvoudig zijn om aan te tonen, dat sprake is van oplichting.

De meest in het oog springende situatie waarin de verzekeraar daarin zal kunnen slagen, zijn wat ik zou willen aanduiden als de “opzetaanrijdingen”. Die kenmerken zich meestal door een aantal omstandigheden:

- een “katvanger” huurt een auto bij een autoverhuurbedrijf;
- de katvanger maakt beweerdelijk een verkeersfout waardoor de auto van de claimant beschadigd raakt, en de claimant niet-objectiveerbaar letsel oploopt;
- uit schadeonderzoek (en het schadebeeld) blijkt dat de gestelde toedracht zich niet kán hebben voltrokken op de wijze zoals die wordt geclaimd.

In dergelijke gevallen van opzetaanrijdingen zijn er objectieve gegevens voorhanden op basis waarvan kan worden betoogd c.q. aangetoond, dat de gestelde toedracht onjuist is. Dat levert bewijs op dat er iets niet in de haak is.

²⁰ N. Van Tiggele-Van der Velde, Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer. Een status aparte?, Trema 2015 p. 256-261.

²¹ Vergelijk het hiervoor genoemde stuk van Van Tiggele.

Als niet sprake is van een dergelijke opzetaanrijding of soortgelijke gevallen, wordt het bewijs dat er sprake is van oplichting al snel een stuk minder sterk. Oplichting zal daarom in de praktijk in een beperkt aantal gevallen een goede grondslag kunnen zijn om van de claimant een schadevergoeding (waaronder de BGK) te vorderen, maar het toepassingsgebied zal in de praktijk niet al te groot zijn.

Datzelfde geldt voor art. 21 Rv Die grondslag is weliswaar wat makkelijker aan te tonen, maar zal, zo geeft de tot op heden beschikbare jurisprudentie aanleiding te veronderstellen, ook geen hoge vlucht nemen. In heldere gevallen zal ook dit artikel niettemin een grondslag kunnen bieden voor kostenverhaal van de verzekeraar op het ten onrechte (of teveel) claimende slachtoffer. Een

laatste grondslag is, tenslotte, te vinden in handelen dat strijdig is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit is vooralsnog onontgonnen terrein.

Een laatste kanttekening: ook bij een geslaagde kostenverhaalsactie kan er nog een omstandigheid roet in het eten gooien. Die omstandigheid is de draagkracht van de wederpartij. Hier doet zich gelden dat “gelijk hebben”, in de praktijk lang niet altijd “gelijk krijgen” betekent – het kan dus zijn dat het verhaal van een schadevergoedingsveroordeling met betrekking tot de kosten die de verzekeraar heeft moeten maken tegenover een frauduleuze claim, illusoir blijkt. En dan kunnen principes ineens tamelijk kostbaar blijken!

| 502 | 30 jaar redelijkheid bij de BGK: enkele overwegingen van de verzekeraars

mr. A.F.J. Blondeel en mr. A.E. Santen¹

De redelijke kosten zoals omschreven in artikel 6:96 lid 2, sub a, b en c: leidt de door de wetgever gecreëerde “dubbel redelijke” open norm, tot een dubbel redelijk business model, zowel aan de zijde van de verzekeraars als van de belangenbehartigers? Wat is de stand van zaken en waar liggen de grenzen?

Bijna dertig jaar na het Drenth-arrest van de Hoge Raad d.d. 03-04-1987, NJ 1988,275 en bijna vijftwintig jaar na de invoering van het huidig Burgerlijk Wetboek (BW) in 1992, blijken er nog steeds grote verschillen van inzicht tussen de declarerende belangenbehartigers en de tot betaling aangesproken verzekeraars te bestaan over wat redelijk is in de zin van de dubbele redelijkheidstoets welke aan artikel 6:96 BW ten grondslag ligt.

Een discussie die zelf ook weer aanleiding geeft tot olopemde transactiekosten, die uiteindelijk door het collectief van premiebetalers moeten worden betaald.

Ook de rechtspraak levert geen eenduidige uitspraken op, is fragmentarisch, want steeds op dossierniveau. Er is geen sprake van een deugdelijke marktwerking. Het ontbreekt aan een toetsingskader dat duidelijke voorwaarden stelt aan de toegevoegde waarde die de diverse gedeclareerde werkzaamheden dienen te genereren.

Dertig jaar na het Drenth-arrest en vijftwintig jaar na de invoering van het huidig BW, lijkt het dan ook tijd voor een grondige evaluatie van de diverse in de markt vigerende verdienmodellen die aan art. 6:96 BW hun bestaansrecht hebben ontleend.

Een standpunt van verzekeraars...

Als de redactie van het tijdschrift Letsel & Schade (L&S) een themanummer over de buitengerechtelijke kosten (BGK) gaat maken, dan is het logisch dat zij ook aan het Personenschade Instituut van Verzekeraars PIV vraagt om een hoofdstuk te schrijven.

De wetgever heeft middels artikel 6:96 BW in feite een privaat stelsel van financiering van rechtshulp gecreëerd, dat in de praktijk moet worden uitgevoerd door de

verzekeraars. Vergeleken met andere vormen van gefinancierde rechtshulp, bijvoorbeeld die in het straf- of het asielrecht, zijn de verschillen in beloning enorm. Een andere actuele analogie kan gevonden worden in de recente adviezen van voormalig AG Spier over de vrije advocaatkeuze onder de rechtsbijstandpolis, waar Spier zich vooral opwerpt als pleitbezorger van de betaalbaarheid van rechtsbijstandverzekeringen; die weegt voor hem zwaarder dan de vrije advocaatkeuze.²

¹ Armand Blondeel is werkzaam bij ASR, Aernout Santen bij Centramed.

² <http://amweb.nl/news-1218322/adviseur-hoge-raad-kiest-kant-verzekeraars-vrije-advocaatkeuze>
ECLI:NL:PHR:2016:862; ECLI:NL:PHR:2014:302