

# VERZEKERINGSRECHTELIJKE ACTUALITEITEN IN PERSONENSCHADEPRAKTIJK

Door: mr. P klein Gunnewiek

In deze editie van het Groninger Civilistenblad staat het verzekeringsrecht centraal. In mijn bijdrage neem ik u graag mee naar de personenschadepraktijk waarin naast het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, het verzekeringsrecht uitdrukkelijk een rol heeft. In het kader van dit artikel wil ik een tweetal recente uitspraken bespreken. Een arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 28 april 2020<sup>1</sup> over misleiding en fraude en een arrest van de Hoge Raad van 15 mei 2020<sup>2</sup> over verjaring van een regresvordering.

## **Gerechtshof Den Bosch 28 april 2020**

In deze procedure gaat het om een rijinstructeur die op 3 oktober 2014 betrokken is geraakt bij een verkeersongeval, een achteropaanrijding. Er zou daarna sprake zijn van nek- en schouderklachten, hoofdpijn, misselijkheid en cognitieve klachten, zogenaamde niet-objectiveerbare klachten. In dergelijke zaken is de aansprakelijkheid bijna nooit een twistpunt, maar de causaliteit tussen de gestelde klachten en beperkingen en het ongeval des te meer. Op enig moment gedurende het schaderegelingstraject is de WAM-verzekeraar gaan twijfelen aan de oprechtheid van de benadeelde. De verzekeraar heeft er vervolgens voor gekozen om een persoonlijk onderzoek te laten verrichten. In dit onderzoek hebben ook observaties plaatsgevonden gedurende 3 dagen (72 uur).

Op basis van de bevindingen - naar aanleiding van deze observaties - meende de verzekeraar dat de benadeelde onjuiste verklaringen had afgelegd over zijn letsel en zijn beperkingen. Hij zou zijn werk als rijinstructeur niet meer kunnen uitvoeren, terwijl volgens de verzekeraar op de beelden zichtbaar was dat de benadeelde lange autoritten kon maken en rijles kon geven. De benadeelde stelde zich echter op het standpunt dat hij zijn klachten en beperkingen niet onjuist had voorgesteld.

<sup>1</sup> Gerechtshof Den Bosch 28 april 2020, ECLI: NL:GHSHE:2020:1448.

<sup>2</sup> Hoge Raad 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:889.

De activiteiten zouden in overeenstemming zijn met de verkregen medische adviezen om actief te blijven en op arbeidstherapeutische basis weer eens rijles te geven.

De verzekeraar vorderde de reeds betaalde voorschotbedragen terug op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) c.q. ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Er is door de verzekeraar een beroep gedaan op het bepaalde in art. 7:941 lid 5 BW. Volgens de benadeelde zou de verzekeraar zich niet hebben gehouden aan de vereisten zoals die zijn neergelegd in de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (GPO), het toetsingskader, en om die reden zou geen beroep gedaan kunnen worden op het onderzoek en het beeldmateriaal. Hoewel het nog niet om een eindarrest gaat schetst het gerechtshof een duidelijk juridisch kader in navolging op de rechtsregels die reeds door de Hoge Raad waren overwogen.

## **Verval van het recht op uitkering**

In art. 7:941 lid 5 BW is opgenomen dat het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 (melding en informatieverschaffing) niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt.

Het gerechtshof heeft in dit tussenarrest uitgelegd waarom de verzekeraar in deze kwestie geen beroep kan doen op verval van het recht op uitkering. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat de benadeelde een eigen recht op schadevergoeding heeft op grond van art. 6 lid 1 WAM (Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen). Dat betekent dat een benadeelde van een verkeersongeval de verzekeraar rechtstreeks kan benaderen en kan verzoeken om zijn vordering in behandeling te nemen en zijn schade te vergoeden.

Hij hoeft niet eerst aan te kloppen bij degene die het ongeval heeft veroorzaakt. Ook in een gerechtelijke procedure hoeft de verzekerde niet zelf te worden betrokken, zoals wel noodzakelijk is op grond van de directe actie van art. 7:954 BW.

Het gerechtshof verwijst naar een arrest van de Hoge Raad uit 2018<sup>3</sup> waarin de vraag naar de (analoge) toepasselijkheid van art. 7:941 lid 5 BW is voorgelegd. De Hoge Raad was duidelijk; daarvoor is geen ruimte. Het artikel in het verzekeringsrecht is geschreven voor een specifieke contractuele rechtsverhouding (die niet aanwezig is tussen een WAM-verzekeraar en een benadeelde). Daarnaast heeft het verval van het recht op uitkering een sanctie karakter en 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 geen plaats, aldus de Hoge Raad. Daarmee is deze route voor de WAM-verzekeraar afgesloten.

Interessant is nog wel om te bezien wat nu precies wordt verstaan onder het begrip 'opzet tot misleiding', want ook daar heeft de Hoge Raad zich dit jaar over uitgelaten. Het gaat om het arrest van 21 februari 2020<sup>4</sup>. Dit betrof geen letselschadezaak, maar een kwestie waarin het draaide om de schending van de informatieplicht van een verzekerde die aanspraak maakt op een uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidsverzekering.

De Hoge Raad heeft in dit arrest de visie van het gerechtshof bevestigd dat voor de uitleg van het begrip 'opzet tot misleiding' aansluiting moet worden gezocht bij de wijze waarop het bepaalde in art. 7:930 lid 5 BW (schending mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst) wordt uitgelegd. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 maart 2016<sup>5</sup> overwogen dat de woorden 'met het opzet de verzekeraar te misleiden' aldus uitgelegd dat het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer niet aan zijn in art. 7:928 BW bedoelde mededelingsplicht heeft voldaan 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.

Voor art. 7:941 lid 5 BW gaat dan gelden dat onderzocht dient te worden of de uitkeringsgerechtigde de bedoeling heeft gehad de verzekeraar te bewegen tot het verstrekken van een uitkering, die hij zonder die schending niet zou hebben verstrekt.

### **De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek**

Zoals gezegd heeft de benadeelde zich op het standpunt gesteld dat de verzekeraar niet conform de GPO heeft gehandeld. Het gerechtshof heeft op dit punt nog geen definitieve uitspraak gedaan, maar in het arrest wordt al wel reeds een beoordelingskader geschetst. Het instellen van een persoonlijk onderzoek in de vorm van observatie vormt een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en dit is in beginsel onrechtmatig. Er kan echter een rechtvaardigingsgrond bestaan, die het onrechtmatige karakter wegneemt. Voorts wordt overwogen dat als niet zou zijn voldaan aan de vereisten van de GPO dat dit zal betekenen dat de verzekeraar geen beroep kan doen op de resultaten van de observatie met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014<sup>6</sup>.

De GPO is een gedragscode geformuleerd door het Verbond van Verzekeraars<sup>7</sup> en is bestemd voor haar leden bij het uitvoeren van persoonlijke onderzoeken. In deze code worden de uitgangspunten beschreven voor het (mogen) instellen van een persoonlijk onderzoek. De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn daarin leidend. Aan deze code wordt gebruikelijk door een rechter - wanneer de rechtmatigheid van een onderzoek in het geding is - getoetst.

Het startpunt is de reden waarom een persoonlijk onderzoek wordt ingezet. De verzekeraar kan daartoe overgaan als een ingesteld feitenonderzoek geen of onvoldoende uitsluitel geeft voor het nemen van een beslissing bij een verzekeringaanvraag, lopende verzekeringsovereenkomst, schademelding of andere aanspraak op uitkering of prestatie. Een andere beweegreden kan zijn dat er gereede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan.

3 HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103.

4 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311.

5 HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507.

6 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942

7 [https://www.verzekeraars.nl/media/3241/gedragscode\\_persoonlijk\\_onderzoek.pdf](https://www.verzekeraars.nl/media/3241/gedragscode_persoonlijk_onderzoek.pdf)

Dan volgt een belangenafweging ten aanzien van de belangen van de benadeelde en de belangen van de verzekeraar (proportionaliteit), alsmede ten aanzien van het onderzoeksmiddel (subsidiariteit).

Vervolgens is er nog een aantal praktische vereisten, bijvoorbeeld ten aanzien van de persoon die goedkeuring moet verlenen voor het onderzoek en de aanvang en duur van het onderzoek, alsmede de informatieplicht die geldt.

In de uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch is dus nog geen inhoudelijk oordeel over het ingestelde onderzoek. Eerder dit jaar kon het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden<sup>8</sup> wel een inhoudelijk oordeel geven in een zaak waarin het ook ging om gesteld whiplashletsel en waarin de verzekeraar een feitenonderzoek had ingesteld. Daarin werd geoordeeld dat het feitenonderzoek niet rechtmatig was hetgeen een inbreuk opleverde op de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde. Echter was het volgens het gerechtshof nog geen gegeven dat tot bewijsuitsluiting diende te worden beslist. Het gerechtshof overwoog dat naar vaste jurisprudentie het enkele feit dat bewijs als onrechtmatig verkregen wordt gekwalificeerd niet vanzelf leidt tot uitsluiting van dit bewijs. De door de benadeelde gestelde feiten en omstandigheden waren onvoldoende om bewijsuitsluiting te rechtvaardigen. Deze overweging is overigens in lijn met het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2014, want deze ruimte werd daarin wel geboden. Mogelijk dat de beperkte schending, het ging slechts om het opzoeken van openbare en voor iedereen toegankelijke informatie die de benadeelde zelf op het internet had geplaatst, voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden reden was om het bewijs niet uit te sluiten.

### **Hoge Raad 15 mei 2020**

Aan deze cassatieprocedure ligt een schadevergoeding vanwege medisch onzorgvuldig handelen ten grondslag. De patiënt had in de periode van 1989 tot in ieder geval 1998 onder behandeling gestaan van een internist werkzaam in het ziekenhuis. Gedurende deze behandelingsperiode waren er twee verzekeraars bij wie het ziekenhuis de beroepsaansprakelijkheid had ondergebracht. Degene bij wie het ziekenhuis tot 1 april 1990 was verzekerd is overgegaan tot het verrichten van voorschotbetalingen in 2001 en 2005.

In 2006 werd de kwestie middels een slotbetaling minnelijk geregeld met de patiënt. Vervolgens heeft deze verzekeraar getracht de betaalde schadevergoeding te verhalen bij de verzekeraar die het ziekenhuis vanaf 1 april 1990 had verzekerd, omdat men zich op het standpunt stelde dat de schade van de patiënt was ontstaan tijdens de behandeling in de periode na 1 april 1990. De eerste verzekeraar deed daarbij een beroep op art. 7:961 BW. De tweede verzekeraar stelde zich op het standpunt dat de vordering is verjaard.

### **De verjaring van een regresvordering ex art. 7:961 lid 3 BW**

In art. 7:961 lid 3 BW is bepaald dat indien dezelfde schade door meer dan een verzekering wordt gedekt of indien de schade door een verzekeraar verplicht wordt vergoed, terwijl deze schade door een andere verzekering wordt gedekt, hebben verzekeraars onderling verhaal opdat ieder zijn deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken. De Hoge Raad vervolgt met de overweging dat de strekking van art. 7:961 lid 3 met zich meebrengt dat de regresvordering van de ene op de andere verzekeraar als bedoeld in die bepaling, ontstaat op het moment dat een verzekeraar de schade vergoedt voor meer dan zijn deel. Het is immers aan een dergelijke betaling dat de wet het ontstaan van de regresvordering verbindt. Een regresvordering ex art. 7:961 lid 3 BW dient daarbij te worden beschouwd als een rechtsvordering tot vergoeding van schade in de zin van art. 3:310 lid 1 BW. Op grond van dit artikel verjaart een vordering door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag dat de benadeelde bekend is geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke partij.

Dit betekent dat een regresvordering ontstaat op het moment dat een verzekeraar de schade (gedeeltelijk) vergoedt voor meer dan zijn deel, dat is ook het moment waarop de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 5 BW aanvangt. Een en ander is in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2012<sup>9</sup> waarin vergelijkbaar werd geoordeeld in het kader van regres in de verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren onderling als bedoeld in de zin van art. 6:10 BW in verbinding met art. 6:102 lid 1 BW.

<sup>8</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1560

<sup>9</sup> Hoge Raad 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea)

## Slotopmerkingen

In dit artikel heb ik diverse arresten met interessante overwegingen - die voor de verzekeringsrechtelijke praktijk (ook meer in het algemeen) van belang zijn - de revue laten passeren. Een WAM-verzekeraar kan geen beroep doen op verval van het recht op een uitkering ingevolge art. 7:941 lid 5 BW. Voor beoordeling van de rechtmatigheid van een persoonlijk onderzoek wordt geoordeeld conform het toetsingskader van de GPO. In een arrest waarin het ging om een geschil over een uitkering uit een arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat voor de uitleg van het begrip 'opzet tot misleiding' aansluiting moet worden gezocht bij de wijze waarop het bepaalde in art. 7:930 lid 5 BW wordt uitgelegd. En ten slotte is inmiddels ook door de Hoge Raad bepaald dat de verjaringstermijn van vijf jaar op basis van art. 3:310 lid 1 BW ook voor regresvorderingen ex art. 7:961 lid 3 BW geldt en aanvangt op het moment



## Mr. P. klein Gunnewiek

---

Petra klein Gunnewiek is advocaat bij Van Benthem & Keulen in Utrecht. Petra heeft zich binnen het aansprakelijkheidsrecht met name toegelegd op de personenschadepraktijk. Zij treedt daarin slechts op voor de aansprakelijk gestelde partij, te weten de verzekeraar, een ziekenhuis of een bedrijf.