



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Brouwer, H.M.B.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Brouwer, H. M. B. (2017). *Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam]. Paris.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Sinaasappelen die rot aankomen op de plaats van bestemming; lederen handschoenen die beschimmeld blijken; tabak die waardeloos is geworden maar ook een lekkende container en een gat in de romp van een schip. Sprekende voorbeelden van casus waarbij mogelijkwijs een eigen gebrek de schade heeft veroorzaakt.

De uitleg van het leerstuk eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht staat centraal in dit boek. Een belangrijk onderwerp dat aan bod komt, is hoe eigen gebrek wordt uitgelegd en vastgesteld in het transportverzekeringsrecht.

Wat zijn de criteria die men hanteert om te bepalen of de ontstane schade haar oorzaak vindt in een eigen gebrek van de verzekerde zaak?

Welke criteria worden gebruikt om te bepalen of een oorzaak is te herleiden tot een eigen gebrek van het vervoermiddel?

Welke rol spelen algemene beginselen als het onzekerheidsvereiste en causaliteit bij de uitleg van eigen gebrek?

Deze algemene beginselen bepalen in grote mate het perspectief van waaruit de uitleg van het leerstuk eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht kan worden beschouwd. Zij nemen een prominente plaats in dit boek in.

Gezien de nauwe verbondenheid met het transportverzekeringsrecht komt ook eigen gebrek in het vervoerrecht aan bod.

OVER DE AUTEUR

Harmke Brouwer (1974) studeerde met onderscheiding af aan het Koninklijk Conservatorium Brussel en studeerde tevens af in de Muziekwetenschap aan de Universiteit Utrecht. Gedurende haar loopbaan als harpiste en musicologe studeerde ze aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Zij deed met goed gevolg haar doctoraal examen Nederlands recht, leerpad Privaatrecht en internationale handel. Daarna heeft zij onder meer gewerkt als Professional Support Lawyer en als docent en onderzoeker aan de UvA. Momenteel is zij werkzaam als Secretaris Geschillencommissie Kifid.

 UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Amsterdam Centre for Insurance Studies

ISBN 978-94-6251-154-5



9 789462 511545

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Mr. drs. H.M.B. Brouwer

Mr. drs. H.M.B. Brouwer



UITGEVERIJ Paris

NTHR-reeks

Deel 22

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Serie-informatie

Dit boek is het tweeëntwintigste deel van een boekenreeks van Uitgeverij Paris: de NTHR-reeks. NTHR staat voor het Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht. Dit tijdschrift biedt praktische doch gedegen informatie op onder andere de volgende rechtsgebieden: verzekeringsrecht, vervoerrecht, betalingsverkeer/zekerheden, handelskoop, internationaal contracteren, IPR en handelsrecht, e-commerce, geschillenbeslechting in het handelsrecht, hulp- en tussenpersonenrecht, WTO, Europese ontwikkelingen in het handelsrecht en waardepapierenrecht. Doelstelling van de NTHR-reeks is om praktische doch wetenschappelijk verantwoorde, niet al te omvangrijke handelsrechtelijke titels uit te brengen.

De NTHR-reeks staat onder redactie van: prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, prof. mr. Ph.H.J.G. van Huizen, prof. mr. J.G.J. Rinkes en prof. mr. J.B. Wezeman

In de serie zijn reeds verschenen:

1. Mr. drs. M.L. Hendrikse, mr. ing. N.J. Margetson & prof. mr. J.G.J. Rinkes, *Overzicht Verzekeringsrecht 1998-2004*
2. Mr. J.A. Kruit, *Avarij-grosse en de aanwezigheid van schuld*
3. Mr. drs. M.L. Hendrikse & prof. mr. Ph.H.J.G. van Huizen (red.), *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg. Een praktische en rechtsvergelijkende benadering*
4. Mr. M.J. Bruins Slot, *De overeenkomst van goederenvervoer per spoor*
5. Mr. I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer*
6. Mr. B.H.G. Kruissen, *Retentierechten in het vervoer*
7. Mr. A.L.H. Ernes, *Tussenpersonen in het handelsverkeer*
8. Mr. dr. H.P.A.J. Martius, *Elektronisch handelsrecht*
9. Dr. M.L. Hendrikse & prof. dr. J.G.J. Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht*
10. Prof. mr. F.G.M. Smeele (red.), *Conflictenrecht in ontwikkeling*
11. Dr. M.L. Hendrikse & prof. dr. J.G.J. Rinkes, *Knelpunten in het verzekeringsrecht - deel 2*
12. Mr. P.A.M. Seck, *Reisbevrachting en cognossementsvervoer: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de verhouding tussen de reisbevrachting en het cognossementsvervoer als gevolg van de uitgifte en de overdracht van een order-cognossement bij de uitvoering van een reisbevrachting*
13. Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, proportionaliteitsbeginsel en causaliteits-toerekening: een proportionele benadering bij eigen schuld in het (schade)verzekeringsrecht*
14. Mr. H. Logmans, *Zekerheid op lading*
15. Mr. dr. A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*
16. Prof. dr. M.L. Hendrikse & prof. dr. J.G.J. Rinkes, *Knelpunten in het verzekeringsrecht - deel 3*
17. Mr. drs. R. Zwitser, *De rol van het cognossement als waardepapier in het handelsverkeer*
18. Mr. M. Spanjaart, *Vorderingsrechten uit cognossement*
19. Mr. S.E. van Hall, prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, mr. dr. ing. N.J. Margetson, mr. H.P.D. den Teuling en mr. dr. G.J.P. de Vries, *Capita Internationaal Handelsrecht*
20. Mr. dr. J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling. Een onderzoek naar vereenzelviging en klassieke vormen van redres*
21. Mr. J. Eckoldt, *De forumkeuze in het zeevervoer*

Eigen gebrek in het transport- verzekeringsrecht

Deel 22 NTHR-reeks

Mr. drs. H.M.B. Brouwer

Zutphen 2017



UITGEVERIJ *Paris*

Afgesloten 1 september 2016. Latere ontwikkelingen zijn in beginsel niet meer toegevoegd.

ISBN 978-94-6251-154-5
NUR 822

© 2017 H.M.B. Brouwer en Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

EIGEN GEBREK IN HET TRANSPORTVERZEKERINGSRECHT

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus
prof. dr. ir. K.I.J. Maex
ten overstaan van een door het College voor Promoties
ingestelde commissie,

in het openbaar te verdedigen in de Aula
op woensdag 22 november 2017, te 13:00 uur

door

Harmke Marieken Brechtje Brouwer

geboren te Boxtel

Promotiecommissie:

Promotores:	prof. mr. C.E. du Perron	Universiteit van Amsterdam
	prof. mr. M.L. Hendrikse	Universiteit van Amsterdam
Overige leden:	prof. dr. J.G.J. Rinkes	Universiteit van Amsterdam
	prof. mr. F.A.W. Bannier	Universiteit van Amsterdam
	prof. dr. P.H.J.G. van Huizen	Universiteit Utrecht
	prof. dr. M.A. Huybrechts	KU Leuven
	prof. dr. M.J. Kroeze	Erasmus Universiteit Rotterdam

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Voor Bregitte en Jons

Inhoudsopgave

1	Inleiding / 9
1.1	Eigen gebrek in het verzekeringsrecht / 9
1.2	Doel en belang van het onderzoek / 10
1.3	Onderzoeksvragen, opzet en indeling van het onderzoek / 12
1.4	Rechtsvergelijking / 16
2	Naar een <i>dominant-cause</i>-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht? / 19
2.1	Inleiding / 19
2.2	Causaliteitsleren / 20
2.2.1	<i>Condicio-sine-qua-non</i> -theorie (CSQN-theorie) / 20
2.2.2	Adequatieleer / 23
2.2.3	<i>Causa-proxima</i> -leer / 27
2.2.4	<i>Dominant-cause</i> -leer / 27
2.3	Causaliteit in de Engelse rechtsleer / 30
2.4	Causaliteit in de Nederlandse rechtsleer / 39
2.5	Balans/Conclusie / 47
3	(On?)zekerheid over het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht: artikel 7:925 BW nader bekeken / 51
3.1	Inleiding / 51
3.2	Hoofdverbintenis verzekeringsovereenkomst / 54
3.2.1	Algemeen / 54
3.2.2	Rechtsvergelijking / 57
3.2.3	Balans / 61
3.3	Wanneer geldt het onzekerheidsvereiste? / 62
3.3.1	Algemeen / 62
3.3.2	Rechtsvergelijking / 66
3.3.3	Balans / 69
3.4	Interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het oude recht / 69
3.4.1	Algemeen / 69
3.4.1.1	Subjectieve leer / 70
3.4.1.2	Objectieve leer / 71
3.4.2	Jurisprudentie / 71
3.4.3	Balans / 72
3.5	Interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het nu geldend recht / 72
3.5.1	Algemeen / 72
3.5.2	Huidige stand van zaken / 73
3.5.3	Balans / 77

3.5.4	Rechtsvergelijking / 79
3.5.4.1	België / 79
3.5.4.2	Duitsland / 80
3.5.4.3	Engeland / 82
3.5.4.4	Frankrijk / 83
3.5.4.5	Zwitserland / 84
3.5.4.6	PEICL / 85
3.5.5	Balans / 86
3.6	Is afwijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar geoorloofd? / 86
3.7	Fundamentele wijziging? / 87
3.8	Voorstel voor een nieuw artikel 7:925 BW / 88
4	Eigen gebrek en causaliteit in het vervoerrecht / 89
4.1	Inleiding / 89
4.1.1	Een staaltje vervoerrechtspraktijk / 89
4.1.2	De definitie van eigen gebrek / 89
4.1.3	De kwestie eigen gebrek in het vervoerrecht / 93
4.1.4	Rechtsvergelijking en internationale regelingen / 94
4.2	Eigen gebrek in het wegvervoerrecht / 95
4.3	Eigen gebrek in het zeevervoerrecht / 102
4.4	Eigen gebrek in het luchtvervoerrecht / 114
4.5	Eigen gebrek in het recht van het vervoer per spoor / 117
4.6	Eigen gebrek van de container / 119
4.6.1	Inleiding / 119
4.6.2	Verplichtingen voortvloeiend uit de H(V)R / 120
4.6.3	Container als verpakking van de goederen / 124
4.6.3.1	Hoge Raad / 124
4.6.3.2	Ondeugdelijke container een eigen gebrek van de zaak of van een container sui generis? / 124
4.6.3.3	Visie op containerkwestie in het transportverzekeringsrecht / 125
4.6.3.4	Balans / 125
4.7	Conclusie en aanbevelingen / 126
5	Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht / 129
5.1	Inleiding / 129
5.1.1	Een praktijkvoorbeeld / 129
5.1.2	Geschilpunten / 129
5.1.3	Het belang van een rechtsvergelijkende component / 131
5.2	Eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond / 132
5.2.1	De definitie van eigen gebrek / 132
5.2.2	Vormen van eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht / 134
5.3	Rechtsvergelijking / 135
5.3.1	Eigen gebrek in het Nederlandse verzekeringsrecht / 135
5.3.2	Eigen gebrek in het Belgische verzekeringsrecht / 143
5.3.3	Eigen gebrek in het Duitse verzekeringsrecht / 148
5.3.4	Eigen gebrek in het Engelse verzekeringsrecht / 151
5.3.5	Balans / 159

5.4 Conclusie en aanbevelingen / 160

6 Conclusies en aanbevelingen / 165

6.1 Causaliteit / 165

6.2 Onzekerheid / 168

6.3 Eigen gebrek in het vervoerrecht / 171

6.4 Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht / 173

Samenvatting / 177

Summary: Inherent vice in transport insurance law / 179

Overzicht geraadpleegde literatuur / 181

Overzicht geraadpleegde jurisprudentie / 191

Dankwoord / 195

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Eigen gebrek in het verzekeringsrecht

Sinaasappelen die rot aankomen op de plaats van bestemming; handschoenen die beschimmeld blijken; tabak die waardeloos is geworden maar ook een lekkende container en een gat in de romp van een schip. Sprekende voorbeelden van casus waarbij mogelijkwerwijs een eigen gebrek de schade heeft veroorzaakt. Van oudsher is schade ontstaan door een eigen gebrek van dekking uitgesloten of althans door de verzekeraar uit te sluiten.¹ Niet zelden levert dit een geschil op. Deze tot de verbeelding sprekende kwestie heeft mij destijds geprikkeld en doen besluiten me er nader in te verdiepen. Met veel plezier heb ik mijn onderzoek daaraan gewijd. Daarenboven werd ik geconfronteerd met aangrenzende vraagstukken die daarbij een rol spelen. Ook daar heb ik me met enthousiasme over gebogen in mijn promotieonderzoek. Juist ook door die bijkomende (algemene) beginselen, bleef ik geboeid door het onderwerp en overtuigd van het belang van het onderzoek.

De uitleg van het leerstuk eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht staat centraal in dit onderzoek. Een van de hoofdvragen daarbij is hoe eigen gebrek wordt uitgelegd en vastgesteld in het transportverzekeringsrecht. Daarnaast besteed ik bij het onderzoek eveneens enige aandacht aan eigen gebrek in het vervoerrecht omdat dit rechtsgebied nauw verbonden is met het transportverzekeringsrecht. Bij elke vorm van zaaksverzekering speelt de kwestie van eigen gebrek. Geschillen over eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond doen zich echter vooral voor in het transportverzekeringsrecht. Juist gedurende het vervoer – met al zijn bijkomende risico's – is het namelijk lastig om de precieze schadeoorzaak aan te wijzen. Bij de CAR-verzekering zou dit eveneens een geschilpunt kunnen zijn (doordat zich daar veel risico's voordoen tijdens de bouwwerkzaamheden). Maar daar is de kwestie niet of nauwelijks aan de orde omdat men eigen gebrek pleegt mee te verzekeren.² De transportverzekering leent zich goed om het vraagstuk te illustreren en daarom beperk ik me in onderhavig onderzoek hoofdzakelijk tot de transportverzekering. In deze inleiding zet ik de onderzoeksvragen kort uiteen en beschouw ik de samenhang tussen de gepubliceerde bijdragen. Het proefschrift is namelijk

-
1. De regel dat de verzekeraar de schade als gevolg van een eigen gebrek niet behoeft te vergoeden is afkomstig uit het zeerecht. Zie hierover in gelijke zin H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998 (hierna: Scheltema & Mijnsen 1998), p. 192. De ratio van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond was dat het risico van het ontstaan van de schade groter is dan de verzekeraar bij het sluiten van de verzekering had kunnen inschatten. Zie hierover uitvoerig Ph.H.J.G. van Huizen, *Het Transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 245.
 2. Zie hierover uitgebreid T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: Dorhout Mees 1996), p. 217-227.

een resultaat van het samenvoegen van artikelen van mijn hand die eerder zijn gepubliceerd omdat dit een promotieonderzoek op artikelen betreft.

Bij het verzekeringsrecht richt het onderzoek zich met name op de (nationale) wetgeving, rechtspraak en literatuur. De criteria die men hanteert om te bepalen of de ontstane schade haar oorzaak vindt in eigen gebrek van de verzekerde zaak zullen hierbij aan de orde komen. Door middel van een rechtsvergelijkend literatuur- en jurisprudentieonderzoek heb ik de reikwijdte en de definitie van het begrip 'eigen gebrek' aangegeven. Voor het vervoerrecht is het onderzoek met name toegespitst op de internationale vervoerrechtelijke verdragen, zoals onder meer de Hague (Visby) Rules (hierna: H(V)R) en de CMR.

Verder behandel ik algemene beginselen als het onzekerheidsvereiste en het causaal verband in het verzekeringsrecht. Het vaststellen van het causaal verband tussen de schade en rechtens relevante oorza(a)k(en) blijkt immers steeds essentieel bij het al dan niet aan eigen gebrek toekennen van de schade. Daarbij rijst vervolgens de vraag welke causaliteitsleer gehanteerd dient te worden. Als bepaalde oorzaken wel en andere niet onder de dekking vallen, is het van belang te onderzoeken welke oorza(a)k(en) is (zijn) aan te merken als de rechtens relevante oorza(a)k(en). Op die manier kan men bepalen of de verzekeraar wel of niet dient uit te keren. Voorts is een onderzoek naar een ander algemeen beginsel, te weten het onzekerheidsvereiste, eveneens essentieel. Dit is onder meer van belang bij het bepalen van de verzekerbaarheid van eigen gebrek.

1.2 Doel en belang van het onderzoek

Doel van het onderzoek is het beschrijven van de werking van het leerstuk eigen gebrek en aanverwante leerstukken zoals causaliteit en het onzekerheidsvereiste, het aangeven van problemen bij de toepassing en het aandragen van oplossingen daarvoor al dan niet door voorstellen tot wijziging van regelgeving.

In maatschappelijke zin is het van groot belang om onderzoek naar het leerstuk eigen gebrek te doen, gezien het feit dat het leerstuk in de praktijk veelvuldig aan de orde is. De resultaten van mijn onderzoek zullen bruikbaar zijn bij praktische vraagstukken, op beide onderzoeksterreinen, ergo het verzekeringsrecht en het vervoerrecht. Het onderzoek is verder van belang omdat in Nederland op het onderhavige gebied (eigen gebrek in het verzekeringsrecht en in het vervoerrecht) nog niet eerder een (rechtsvergelijkend) onderzoek is gedaan, hoewel de problematiek in de rechtspraktijk regelmatig aan de orde is. De kwestie van uitleg van de internationale regelingen die ik betrek bij mijn onderzoek is niet alleen interessant voor het Nederlandse verzekeringsrecht en vervoerrecht maar is (in)direct ook van belang voor de internationale handelspraktijk.

Voor de praktijk is het bovendien belangrijk te onderzoeken of men dezelfde criteria hanteert in het verzekeringsrecht als in het vervoerrecht om te bepalen of de ontstane schade te wijten is aan een eigen gebrek. Het is mogelijk dat de verzekeraar in de polis bepaalde oorzaken uitsluit van dekking. Ook de wet sluit bepaalde oorzaken van dekking uit, zoals bijvoorbeeld schade als gevolg van eigen gebrek.

Als bepaalde oorzaken wel en andere niet onder de dekking vallen, is het relevant te onderzoeken welke oorza(a)k(en) is (zijn) aan te merken als de rechtens relevante oorza(a)k(en). Men kan immers op die manier bepalen of de verzekeraar wel of niet dient uit te keren. Onderzoek naar de reikwijdte en de definitie van het begrip ‘eigen gebrek’ is daarbij derhalve van betekenis. Voor het transportverzekeringsrecht is het niet onbelangrijk het leerstuk eigen gebrek te onderzoeken op het terrein van zowel het vervoerrecht als het verzekeringsrecht.

Hypothetisch zou het zo kunnen zijn dat de vervoerder in geval van schade aan de vervoerde goederen geen beroep kan doen op het eigen gebrek van de goederen van de afzender omdat hij op grond van een vervoerrechtelijke regeling aansprakelijk is. Op het moment dat hij dan aansprakelijk blijkt (vanuit vervoerrechtelijk perspectief), zal hij zijn verzekeraar aanspreken.

In het meest extreme geval hanteert de verzekeraar een ruimer begrip van eigen gebrek. De verzekeraar zal dan niet behoeven uit te keren met een succesvol beroep op die dekkingsuitsluitingsgrond. De vervoerder is dan echter wel aansprakelijk op basis van het vervoerrechtelijk aansprakelijkheidsregime. Deze hypothetische kwestie doet zich wellicht zelden voor. Het is echter wel een feit dat de dekkingsvraag binnen het vervoerrecht en het transportverzekeringsrecht op dit punt vaak tot een discussie leidt.³

Het is dus ook voor de Nederlandse verzekeringsrechtspraktijk waardevol om onderzoek te doen naar het leerstuk eigen gebrek. De verzekeraar is, tenzij anders is bedongen, nimmer gehouden schade te vergoeden die is veroorzaakt door de aard of het gebrek van de verzekerde zaak volgens de wettelijke regeling.⁴ Deze bepaling is echter van regelend recht en kan op drie manieren terzijde worden geschoven: door uitdrukkelijk in de polis te bepalen dat schade veroorzaakt door eigen gebrek is gedekt, door een renunciatieclausule op te nemen en doordat uit de aard of strekking van de verzekering soms voortvloeit dat eigen gebrek is verzekerd. Het is daarbij van groot belang voor het inschatten van het risico dat in kaart is gebracht in welke gevallen men aanneemt dat de schade te wijten is aan een eigen gebrek. Zowel verzekeraar als verzekerde heeft hier per slot van rekening baat bij.

Het Nederlandse vervoerrecht is eveneens gebaat bij dit onderzoek. De internationale en nationale vervoerrechtelijke regelingen die bij dit onderzoek aan de orde komen, kennen veelal een aansprakelijkheidsuitsluiting voor de vervoerder indien hij kan aantonen dat de schade is veroorzaakt door een eigen gebrek bij de lading ofwel van de te vervoeren goederen. Voor de (rechts)praktijk is het dan ook van belang te onderzoeken in welke gevallen men in het vervoerrecht aanneemt dat er sprake is van eigen gebrek. De problematiek komt in de (rechts)praktijk immers veelvuldig aan de orde. Er is weinig onderzoek gedaan naar de relatie tussen eigen gebrek in het verzekeringsrecht en eigen gebrek in het vervoerrecht terwijl dit relevant kan zijn voor de huidige (transport)verzekeringspraktijk, juist nu de twee terreinen zo nauw met elkaar verweven zijn.

3. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532 en Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542. In de hoofdstukken over eigen gebrek in het vervoerrecht en eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht komen de voorbeelden uitgebreid aan de orde.

4. Zie artikel 7:951 BW: ‘De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak.’

1.3 Onderzoeksvragen, opzet en indeling van het onderzoek

Zoals gezegd vormt een promotieonderzoek op artikelen de basis van deze dissertatie. De artikelen zijn geplaatst in *NTHR*, *RMThemis* en *TVR*. Deze drie tijdschriften zijn wetenschappelijk erkend.⁵ De artikelen zijn min of meer integraal opgenomen in de hoofdstukken (een uitzondering daargelaten).⁶ De volgorde van de hoofdstukken is zo gekozen dat eerst de algemene beginselen aan bod komen. Dit zijn achtereenvolgens causaliteit in het verzekeringsrecht en het onzekerheidsvereiste in het verzekeringrecht. Daarna volgen respectievelijk eigen gebrek in het vervoerrecht en eigen gebrek in het transportverzekeringrecht. Bewust komen eerst de algemene beginselen aan de orde omdat deze hoofdstukken bijdragen aan het vormen van een kader waarbinnen men de eigen-gebrek-kwestie kan plaatsen; zij bepalen voor een groot gedeelte het perspectief van waaruit het vraagstuk kan worden beschouwd.

Aan het promotieonderzoek, dat heeft geleid tot de publicatie van de artikelen, lagen enkele vragen ten grondslag. Bewust waren het deze vragen die als uitgangspunt voor het onderzoek dienden. Bij de bestudering van een civielrechtelijke kwestie, lijkt het immers niet opportuun om van een probleemstelling te spreken. Men is weliswaar geneigd om zich met handen en voeten vast te klampen aan het bètamodel, ook bij de niet-bètawetenschappen.⁷ Een vraagstuk van privaatrecht leent zich daar echter niet toe. ‘The clarity of problem definition’ volgt niet uit een heldere probleemstelling maar komt naar voren door de onderzoeksvragen die men beantwoordt in de dissertatie. Nieuwenhuis omschrijft het treffend: ‘Waarom sterven stekelbaarsjes als je ze laat zwemmen in een vijver vol jenever? Dit is een heldere probleemstelling, maar geen vraagstuk van burgerlijk recht. Bij geen van de civielrechtelijke proefschriften, (...) thans nog waard te worden gelezen, werd de start gemarkeerd door een heldere probleemstelling. Integendeel, een heldere probleemstelling als startblok van het proefschrift is een garantie voor de onbenuligheid van het resultaat.’⁸

De vragen die de basis van het onderzoek vormen zijn:

- Wat is de reikwijdte van het begrip ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringrecht en van dat begrip in het vervoerrecht?
- Ligt de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringrecht in één lijn met die in het vervoerrecht?
- In hoeverre kan eigen gebrek worden verzekerd? In het verzekeringrecht moet sprake zijn van onzekerheid. Valt eigen gebrek te plaatsen binnen de grenzen hiervan?
- Hoe dient men het causaal verband vast te stellen tussen de schade of het verlies en het eigen gebrek? In het geval dat er sprake is van een causaal ver-

5. Het colofon van *TVR* vermeldt expliciet de term A-tijdschrift terwijl *RMThemis* artikelen publiceert na een peerreview. *NTHR* wordt algemeen aangemerkt als A-tijdschrift na de onderzoeksvisitatie 2010 door de Raad van Decanen Rechtsgeleerdheid.

6. Het artikel uit 2014 in het hoofdstuk over causaliteit is in uitgebreide vorm weergegeven in dit proefschrift.

7. Zie over deze discrepantie eveneens J.H. Nieuwenhuis, *Brief aan een jonge academisch gevormde vrouw*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009 (hierna: Nieuwenhuis 2009), p. 43-44. Nieuwenhuis eindigt pakkend met: ‘Pas tegen sluitingstijd rijst het inzicht: “Was dit het, wat ik wilde zeggen?”’.

8. Nieuwenhuis 2009, p. 43-44.

band, is er dan ruimte voor proportionele toerekening of gaat men er bij vaststelling van eigen gebrek van uit dat het een kwestie is van ‘alles of niets’?

In de hoofdstukken afzonderlijk beantwoord ik steeds een aantal onderzoeksvragen. Dit draagt bij tot de afbakening van de kwestie. De vragen waarop de artikelen zijn gefundeerd, hebben voor een groot gedeelte de volgorde van de hoofdstukken bepaald. Zonder eerst meer zekerheid te creëren omtrent het onzekerheidsvereiste, is het, bijvoorbeeld, niet mogelijk om te kunnen antwoorden op de vraag of eigen gebrek verzekeraar is in het licht van dat vereiste. Evenzo is onderzoek naar causaliteit essentieel voorafgaand aan de vraag hoe men in het transportverzekeringsrecht het causaal verband vaststelt tussen een eigen gebrek en de schade. Sommige vragen hebben zich ook uitgekristalliseerd door voortschrijdend inzicht. Zo diende, bijvoorbeeld, een aantal vragen zich pas aan naarmate ik me meer geconfronteerd zag met de containerproblematiek en bleek het ergo van belang om ook op dat punt nader onderzoek te verrichten en (soms) stelling te nemen.

In hoofdstuk 2 behandel ik causaliteit in het verzekeringsrecht. Het is gebaseerd op een artikel dat is gepubliceerd in *NTHR*.⁹ Met opzet is in dit proefschrift de uitgebreide versie van het artikel opgenomen. Er staan inhoudelijk geen noviteiten in deze versie. Een aantal citaten is evenwel meer uitgebreid opgenomen en de (geschiedenis van de) causaliteitsleren (is) zijn daarmee iets uitvoeriger aan de orde. Dit hoofdstuk beschouwt causaliteit in het verzekeringsrecht in brede zin.¹⁰

Het causaliteitsvraagstuk speelt een belangrijke rol bij het onderzoeken van het leerstuk eigen gebrek omdat het essentieel is bij de vraag of de verzekeraar wel of niet dient uit te keren. De verzekeraar kan immers in de polis bepaalde oorzaken uitsluiten van dekking en ook de wet sluit specifieke oorzaken van dekking uit. Schade als gevolg van eigen gebrek is daar een belangrijk voorbeeld van. Als sommige oorzaken wel en andere niet onder de dekking vallen, is het van wezenlijk belang te onderzoeken welke oorza(a)k(en) is (zijn) aan te merken als de rechtens relevante oorza(a)k(en). Men dient dan het causaal verband vast te stellen tussen de schade en deze rechtens relevante oorza(a)k(en), die al dan niet onder de dekking vallen. Automatisch roept dat de vraag op welke causaliteitsleer daarbij moet worden toegepast. Daarom beslaat causaliteit in het algemeen ook een apart hoofdstuk. Hierin staat centraal hoe men omgaat met causaliteit in verschillende landen en regelingen. Ik heb dit in kaart gebracht aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Het onderzoek heb ik zowel verricht vanuit algemeen theoretisch perspectief als vanuit praktisch oogpunt.

9. H.M.B. Brouwer, ‘Naar een *dominant-cause*-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht?’, *NTHR* 2014, afl. 1, p. 1-13.

10. Eerder deed ik onderzoek naar causaliteit in het zee(verzekerings)recht. Zie H.M.B. Brouwer, ‘Enige overwegingen over causaliteit in het verzekeringsrecht en het zeerecht’, *NTHR* 2006, afl. 4, p. 138-142. Eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond kent zijn oorsprong in het zeerecht. Zeeverzekering is een karakteristieke vorm van verzekering tegen van buiten komende onheilen. In het Wetboek van Koophandel was hiervoor ook een aparte regeling (artikel 637 WvK). Zie in gelijke zin Scheltema & Mijnsen 1998, p. 192. Inmiddels vindt men de regeling van eigen gebrek in het verzekeringsrecht terug in titel 7.17 BW maar net als in het Wetboek van Koophandel is deze bepaling nog steeds regelen van karakter.

De volgende onderzoeksvragen staan centraal in hoofdstuk 2:

- Welke causaliteitsleer moet gehanteerd worden bij het vaststellen van het causaal verband in het verzekeringsrecht?
- Welke causaliteitsleren zijn te onderscheiden?
- Welke causaliteitsleer pleegt men in Engeland voor verzekeringsrechtelijke kwesties te hanteren en welke in Nederland?
- Is de Engelse keuze voor de *dominant-cause*-leer eveneens in Nederland waarneembaar?
- Wat is de praktische uitwerking van de *dominant-cause*-leer in het verzekeringsrecht?
- Is er een mogelijkheid om de schade aan meerdere oorzaken toe te rekenen?

Hoofdstuk 3 behandelt het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht. Een artikel uit 2013, gepubliceerd in *RMThemis*, vormt de basis voor dit hoofdstuk.¹¹

In het Nederlandse verzekeringsrecht was eerder een onzeker voorval vereiste, wilde er sprake zijn van een geldig tot stand gekomen verzekeringsovereenkomst. Sinds titel 7.17 BW van toepassing is op verzekeringsovereenkomsten, dient er nog slechts sprake te zijn van onzekerheid met betrekking tot het doen van enige uitkering. Voor dit onderzoek is het dus belangrijk om vast te stellen of een eigen gebrek is te plaatsen binnen de grenzen van deze onzekerheid.¹² Analyse en vergelijking van rechtspraak uit verschillende jurisdicties en literatuuronderzoek spelen een cruciale rol bij het beantwoorden van deze vraag.

De Nederlandse situatie geldt als uitgangspunt en krijgt de meeste aandacht in het hoofdstuk. Vastgesteld kan worden dat er, bijvoorbeeld, een discrepantie aanwezig is tussen de overwegingen van de Hoge Raad in het *Cox*-arrest uit 1993 en de mening van sommige Nederlandse auteurs over de toepasselijkheid van dit arrest onder het huidige verzekeringsrecht.¹³ Het is interessant om na te gaan hoe men in andere rechtsstelsels met deze kwestie omgaat. Rechtsvergelijking is van belang om met brede blik te kunnen bepalen of eigen gebrek binnen de grenzen van de vereiste onzekerheid zou kunnen vallen. Door de rechtsvergelijking kan bovendien inspiratie ontstaan om wettelijke bepalingen aan te passen of om de huidige bepalingen

11. H.M.B. Brouwer, '(On?)zekerheid over het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht: art. 7:925 BW nader bekeken', *RMThemis* 2013, afl. 4, p. 155-176.

12. Onder het oude recht sprak de Hoge Raad zich daar wel al over uit. In het *Monoliet*-arrest/*Corrosie*-arrest (HR 4 januari 1980, NJ 1984/305) overwoog de Hoge Raad dat eigen gebrek wel als voorval in de zin van artikel 246 WvK kon worden aangemerkt. Hij overwoog dat, in geval van schade die is veroorzaakt door een eigen gebrek, het onzekere voorval dat de schade doet ontstaan moet worden gezocht in het aan het licht komen van het eigen gebrek.

13. Zie HR 26 november 1993, NJ 1994/126 (*Cox*). Hieruit volgt dat het criterium is of naar *objectieve maatstaven* bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het verwezenlijken van het risico al dan niet een normaal te verwachten gebeurtenis was. In onderhavige uitspraak overwoog de Hoge Raad dat schade die het gevolg is van een normaal te verwachten gebeurtenis, niet door de verzekering wordt gedekt. Mijnsen en Van Huizen zijn van mening dat deze uitleg van het onzekerheidsvereiste overeind kan blijven en beschouwen het *Cox*-arrest als gecodificeerd in artikel 7:925 BW. Blom en Wansink vinden daarentegen dat niet zonder meer naar objectieve maatstaven onzekerheid dient te worden vastgesteld onder het nieuwe recht. Zie F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2012, p. 6; Ph.H.J.G. van Huizen, 'De transportverzekering als venster op (de verzekeraarbaarheid van) het eigen gebrek', in: *Free on board* (Liber amicorum Marc A. Huybrechts), Antwerpen: Intersentia 2011, p. 682; J.H. Wansink, *Het nieuwe schadeverzekeringsrecht en oude olielampjes en dwaallichtjes* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006, p. 5 en A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006, p. 155-156.

eventueel vanuit een ander perspectief te beschouwen, zodat een bestaande bepaling anders geïnterpreteerd kan worden.

In hoofdstuk 3 beantwoord ik de volgende onderzoeksvragen:

- Kan artikel 7:925 BW worden beschouwd als een fundamentele wijziging voor het onzekerheidsvereiste of als een codificatie van ontwikkelingen onder het oude recht?
- Wat is de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbindingen bij de verzekeringsovereenkomst?
- Is er sprake van een voortdurende eis van onzekerheid?
- Dient het onzekerheids criterium objectief of subjectief te worden uitgelegd?
- Is het rechtens geoorloofd om van het onzekerheidsvereiste af te wijken?
- Zou het onzekerheidsvereiste in artikel 7:925 BW kunnen worden aangepast om beter te kunnen aansluiten bij de verzekeringspraktijk en, in het bijzonder, bij de aard van de verzekeringsovereenkomst? Zo ja, hoe?

In hoofdstuk 4 aangaande eigen gebrek in het vervoerrecht zijn verschillen en gelijkenissen met betrekking tot het leerstuk eigen gebrek in diverse vervoersmodaliteiten aan de orde. Een artikel, gepubliceerd in *TVR*, vormt hiervoor het uitgangspunt.¹⁴ Een belangrijke rol speelt de vraag hoe men eigen gebrek definieert in de internationale regelingen. Om deze te kunnen beantwoorden is rechtsvergelijkend onderzoek van belang. Een andere vraag die speelt, is wanneer, en onder welke omstandigheden, sprake is van eigen gebrek in het vervoerrecht. Verder is het hoofdstuk over causaliteit van betekenis bij dit onderwerp, vooral in het kader van de bewijslast en op een aantal punten blijken verwijzingen naar hoofdstuk 2 dan ook niet te vermijden.

In het hoofdstuk over eigen gebrek in het vervoerrecht beantwoord ik de volgende vragen:

- Welk criterium hanteert men in het vervoerrecht om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek? Maakt men per verdragsrechtelijk regime gebruik van een verschillend criterium om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek?
- Gebruikt men in de landen die ik bij mijn onderzoek betrek, gelijke criteria om eigen gebrek vast te stellen?
- Is de verpakking een onderdeel van de zaak en, in het verlengde daarvan, kan een gebrekkige verpakking worden gekwalificeerd als een eigen gebrek van de zaak?
- Kan men een container beschouwen als verpakking van de goederen?
- Zo ja, kan een container dan ook worden beschouwd als een onderdeel van de zaak?
- Zo ja, kan een ondeugdelijke container dan worden gezien als een eigen gebrek van de zaak?

In hoofdstuk 5 betreffende eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht ligt begrijpelijkerwijs de nadruk op de transportverzekering. Dit hoofdstuk is gebaseerd op een artikel van mijn hand dat, net als het artikel over causaliteit, is geplaatst

14. H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het vervoerrecht', *TVR* 2015, afl. 3, p. 71-91.

in *NTHR*.¹⁵ De vraag hoe eigen gebrek op dit terrein wordt geregeld, beantwoord ik aan de hand van (nationale) wettelijke regelingen en de uitleg daarvan in de jurisprudentie. Voorts is in dit hoofdstuk eveneens de verzekeraarbaarheid van eigen gebrek in relatie tot het onzekerheidsvereiste aan de orde evenals causaliteit.

Hoofdstuk 5 stelt de volgende vragen centraal:

- Hoe definieert men eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht?
- Wanneer kan de verzekeraar met succes een beroep doen op de dekkingssluitingsgrond eigen gebrek?
- Komen de definitie en interpretatie van eigen gebrek in het verzekeringsrecht overeen met die van eigen gebrek in het vervoerrecht?
- Gaat men op beide terreinen hetzelfde of juist afwijkend om met de uitleg van eigen gebrek en wat zijn de eventuele consequenties voor het transportverzekeringsrecht?
- Is het mogelijk zich te verzekeren tegen eigen gebrek in het licht van het onzekerheidsvereiste?
- Aan welke eisen moet het causaal verband tussen schade en eigen gebrek voldoen in het transportverzekeringsrecht en hoe wordt het vastgesteld?
- Bestaat de mogelijkheid van proportionele toerekening in situaties waarbij eigen gebrek ten minste een oorzaak is?

In hoofdstuk 6 maak ik de balans op en zet ik nog eens beknopt de antwoorden op de onderzoeksvragen op een rijtje. Tevens bevat het hoofdstuk een recapitulatie van de eerder gedane voorstellen met betrekking tot het aanpassen of toevoegen van wettelijke bepalingen.

1.4 Rechtsvergelijking

Rechtsvergelijking vormt een belangrijk onderdeel in de hoofdstukken. Het is van belang om verschillende wettelijke regimes met elkaar te vergelijken. Het vergelijken met andere landen kan van belang zijn bij het concipiëren van nieuwe nationale wetgeving of althans voor het doen van voorstellen daartoe. Soms reikt het een oplossing aan voor nieuwe of aanvullende wettelijke bepalingen en daarnaast kan het leiden tot het vormen van nieuwe opvattingen. Verder kan rechtsvergelijking simpelweg dienen als referentiekader.¹⁶

Ik ben me ervan bewust dat het besluit om te kiezen voor het vergelijken van bepaalde wettelijke systemen en verschillende nationale regimes arbitrair is. Eerst is het van belang om te bepalen wat men verstaat onder een wettelijk regime. Vervolgens is het essentieel om vast te stellen of en zo ja, hoe deze regimes met elkaar kunnen worden vergeleken.¹⁷ Een wettelijk systeem kan zowel een nationale wet zijn als een internationale regeling of een verdrag. In mijn onderzoek vergelijk ik verschillende wettelijke systemen. Het is in sommige gevallen onvermijdelijk om

15. H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht', *NTHR* 2016, afl. 3, p. 121-141.

16. Zie eveneens T. Koopmans, 'Het nut van de rechtsvergelijking', *NJB* 2013, afl. 2, p. 86.

17. Zie hierover uitgebreid M. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *RabelsZ* 79, 2015 (hierna: Oderkerk 2015), p. 602-608.

de uitleg in verschillende landen van internationale regelingen te vergelijken om na te gaan hoe deze worden geïnterpreteerd. In andere gevallen is het interessant te onderzoeken hoe een bepaalde kwestie in de nationale wetgeving van verschillende landen is geregeld. Ik heb steeds mijn keuze voor de door mij vergeleken wettelijke systemen in het desbetreffende hoofdstuk verantwoord. Dat geldt ook voor de vervolgvraag. Ik heb getracht steeds te rechtvaardigen waarom ik die specifieke wettelijke regimes en de uitleg daarvan in uitdrukkelijk die landen heb geselecteerd. Doorgaans is de keuze voornamelijk gebaseerd op het onderwerp dat ik in de wettelijke regimes vergelijk.

Een aantal richtlijnen kan helpen bij rechtsvergelijking. Voor mijn onderzoek heb ik me vooral laten leiden door de volgende richtlijnen:

- onderwerp en doel van het onderzoek,
- de ervaring en kennis van de onderzoeker,
- de beschikbare tijd en middelen.¹⁸

Rechtsvergelijking is bij dit onderzoek tevens van belang daar waar het de interpretatie van internationale regelingen betreft, die veelvuldig van toepassing zijn in het internationale verzekerings- en vervoerrecht. Het is uiteraard interessant om te onderzoeken hoe de relevante bepalingen worden uitgelegd in diverse rechtssystemen.

Bij het rechtsvergelijkend onderzoek maak ik gebruik van buitenlandse jurisprudentie, wetgeving en literatuur. In beginsel raadpleeg ik die uit Nederland, België, Duitsland en Engeland. Deze landen hebben gemeen dat zij binnen Europa een belangrijke rol spelen op vervoerrechtelijk gebied door hun economische en geografische positie. België en Duitsland zijn van belang bij onderzoek naar eigen gebrek in het verzekeringsrecht. Het is het recht van onze buurlanden, die tevens zeer belangrijke handelspartners van Nederland zijn. In België is recentelijk een wetswijziging op het gebied van het verzekeringsrecht doorgevoerd. De oude wet van 11 juni 1874 is ook opgenomen in de wet van 4 april 2014. Na invoering is vooraansnog op de niet-landverzekeringsovereenkomsten, zoals de transportverzekering, het algemene deel van de oude wet van 11 juni 1874 van toepassing. Daarnaast is er het Blauwboek 9 van de Ontwerp Zeewet voor de vervoerverzekering in het algemeen dat in de nabije toekomst het wettelijke kader moet vormen voor de vervoerverzekering.¹⁹ Bovendien zijn deze twee landen belangrijk voor het vervoerrechtelijk gedeelte omdat daarmee vanuit Nederland vaak vervoerovereenkomsten worden gesloten.

Engeland is interessant om bij dit onderzoek te betrekken daar een van de belangrijkste internationale, vervoerrechtelijke regelingen (namelijk de H(V)R) haar oorsprong in Engeland vindt. Het is van belang literatuur en jurisprudentie uit Engeland te betrekken bij dit onderzoek om tot een zuivere vergelijking van de uitleg en toepassing van die regeling te komen. Ook verzekeringsrechtelijk is Engeland van belang omdat de (oorspronkelijk Engelse) Marine Insurance Act 1906 veelvuldig van toepassing is op internationale (zee)transportverzekeringsovereenkomsten.

18. Deze richtlijnen ontleen ik aan de guidelines die Oderkerk aandraagt. Zie Oderkerk 2015, p. 604.

19. Zie [www.zeerecht.be/Documenten/COMAR Blauwboek 9.pdf](http://www.zeerecht.be/Documenten/COMAR%20Blauwboek%209.pdf).

Evenzeer ligt er ook een praktische reden ten grondslag aan mijn keuze deze landen te betrekken bij mijn onderzoek. De jurisprudentie en literatuur uit deze landen is voldoende toegankelijk om te kunnen raadplegen en gebruiken.

Ik heb steeds in de hoofdstukken afzonderlijk mijn keuze toegelicht voor het hanteren van bepaalde landen bij het rechtsvergelijkend onderzoek.

In de hoofdstukken over causaliteit en het onzekerheidsvereiste ben ik afgeweken van de vergelijking tussen de vier eerdergenoemde landen. Bij het hoofdstuk over causaliteit heb ik slechts Engeland en Nederland vergeleken omdat de *dominant-cause*-theorie, die een belangrijk uitgangspunt vormt voor het hoofdstuk, haar oorsprong vindt in Engeland. In het hoofdstuk over onzekerheid is het aantal landen waarop ik de rechtsvergelijking heb toegepast juist uitgebreid omwille van de uitleg van dit algemeen verzekeringsrechtelijk beginsel zoals ik hieronder zal toelichten.²⁰

Ik vergelijk daar het Belgische, Duitse, Engelse, Franse en Zwitserse verzekeringsrecht. Voorts heb ik het regime van de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) bestudeerd op het punt van de eis van onzekerheid. Dat ik bij de bestudering van dit beginsel naast het Duitse recht ook het Franse recht betrek, kan overigens mede verklaard worden door het feit dat het Nederlandse recht tot stand is gekomen 'in samenspraak met vooral Frans en Duits recht'.²¹ De toevoeging van het Zwitserse recht en de PEICL leek zinvol voor het wetenschappelijk debat. Door het recentelijke ontstaan van de bepalingen van de PEICL en de discussie rondom de revisie van het Zwitserse recht kan aan het perspectief op en de ontwikkeling van het onzekerheidsvereiste meer helderheid worden verschaft. Het is immers, om met de woorden van Schnitzer te spreken, zo dat het recht ook maar een techniek is en die kan in het ene land een theoretisch meer duidelijke of praktisch meer gelukkige formulering opleveren dan in het andere.²²

20. In hoofdstuk 3 verantwoord ik uitgebreid mijn keuze voor de rechtsvergelijking omdat het een belangrijk onderdeel is van het hoofdstuk. Ook gezien de uitbreiding van het aantal landen dat ik gebruik voor de vergelijking ten opzichte van de andere hoofdstukken, is het noodzakelijk hierover expliciet verantwoording af te leggen. Om de integriteit van het artikel niet aan te tasten, heb ik ervoor gekozen om de verantwoording daar te laten staan zoals zij ook is gepubliceerd.

21. Zie eveneens Nieuwenhuis 2009, p. 17.

22. 'Auch das Recht ist eine Technik, und rein technisch kann ein Land eine theoretisch klarere oder praktisch glücklichere Formulierung gefunden haben als ein anderes.' Zie A.F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel: 1945, p. 43.

Hoofdstuk 2

Naar een *dominant-cause*-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht?²³

2.1 Inleiding

Het is zwaar weer en een schip vergaat op de Noordzee. Het blijkt echter dat het schip lekt omdat er een gat is ontstaan in de romp van het schip. De oorzaak van het vergaan van het schip kan gelegen zijn in een van buiten komend onheil (de zware weersomstandigheden), maar ook kan het vergaan zijn feitelijke oorzaak vinden in de omstandigheid dat het schip reeds bij aanvang van de reis lekte en dus water maakte en ten gevolge daarvan verging.²⁴

Doorgaans gaan in de praktijk meer gebeurtenissen vooraf aan een schade, zoals bijvoorbeeld, blijkt uit bovenstaande casus. De eis van het oorzakelijk verband tussen een bepaald, al dan niet gedekt, voorval en de schade blijkt in de verzekeringspraktijk regelmatig reden voor een dispuut. Deze discussie betreft nogal eens de vraag welke oorzaak nu uiteindelijk tot welk gevolg heeft geleid, maar ook komt veel voor een meningsverschil over welke causaliteitsleer gehanteerd moet worden bij de vaststelling van het causaal verband tussen een schade en (een) mogelijke oorza(a)k(en).

De schadeverzekeraar²⁵ verbindt zich om, in geval van schade die het gevolg is van de verwezenlijking van het risico waartegen de verzekering dekking biedt, de schade in beginsel geheel of gedeeltelijk²⁶ te vergoeden. Indien de polis tegen bepaalde evenementen/gevaren dekking biedt, zal een causaal verband tussen (een van deze) gevaren/evenementen en de door de verzekerde geleden schade moeten worden aangetoond om aanspraak te kunnen maken op de verzekeringsuitkering.²⁷ Als de verzekeraar evenwel een beroep doet op een uitsluiting of beperking zal deze op zijn beurt een causaal verband dienen aan te tonen tussen de omstandigheid waarvoor de uitsluiting of beperking geldt en de schade. Steeds blijkt in deze omstandigheden het belang van het vaststellen van het causaal verband en daarbij rijst dan de vraag welke causaliteitsleer gehanteerd dient te worden. De volgende hoofdvraag zal beantwoord worden: welke causaliteitsleer moet gehanteerd worden bij het vaststellen van het causaal verband in het verzekeringsrecht? Een onderdeel van mijn onderzoek is rechtsvergelijkend onderzoek tussen de situatie in Nederland

23. Dit artikel werd in een verkorte versie reeds gepubliceerd in *NTHR* 2014, afl. 1, p. 1-13.

24. Al eerder gebruikte ik dit voorbeeld om de kwestie van het aanwijzen van het oorzakelijk verband te illustreren. Zie H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Brouwer 2011), p. 373. Dit voorbeeld is overigens bijna identiek aan de casus in het arrest HR 23 april 1982, NJ 1982/520 (*Che Guavara*).

25. Het causaliteitsvraagstuk is zowel bij schadeverzekeringen als bij sommenverzekeringen aan de orde. Ik richt me in dit hoofdstuk echter voornamelijk op de schadeverzekering.

26. Een gedeeltelijke vergoeding van de schade is bijvoorbeeld aan de orde in geval van een eigen risico of in de situatie dat de verzekerde som ontoereikend is.

27. Zie eveneens N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, in: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX, Deventer: Kluwer 2012/502.

en de situatie in Engeland. Ik kies specifiek voor een vergelijking met Engeland omdat de *dominant-cause*-leer, een belangrijke causaliteitsleer in het verzekeringsrecht, daar haar oorsprong kent. Voorafgaand aan het antwoord op de hoofdvraag, zal ik tevens antwoorden proberen te geven op de volgende deelvragen:

1. Welke causaliteitsleren zijn te onderscheiden?
2. Welke causaliteitsleer pleegt men in Engeland voor verzekeringsrechtelijke kwesties te hanteren?
3. Welke causaliteitsleer pleegt men in Nederland voor verzekeringsrechtelijke kwesties te hanteren?
4. Is de Engelse keuze voor de *dominant-cause*-leer eveneens in Nederland waarneembaar?

Reeds eerder besteedde ik in een *NTHR*-bijdrage aandacht aan dit laatste onderwerp.²⁸ In die verkennende bijdrage ging ik met name in op de praktische uitwerkingen van de *dominant-cause*-leer in het verzekeringsrecht en op welke punten het verzekeringsrecht en het zeerecht verschillen voor wat betreft de mogelijkheid van het toerekenen van schade aan meerdere oorzaken. In de onderhavige bijdrage staat de causaliteitskwestie in het verzekeringsrecht meer algemeen centraal.

2.2 Causaliteitsleren

In de literatuur vindt men een aantal theorieën om het oorzakelijk verband in het verzekeringsrecht te kunnen vaststellen.²⁹ Te noemen zijn de leer van de *condicio sine qua non*; de leer van de adequate veroorzaking; de *causa-proxima*-leer en de leer van de *dominant cause*. Deze theorieën zal ik achtereenvolgens hieronder kort toelichten.

2.2.1 *Condicio-sine-qua-non*-theorie (CSQN-theorie)

De CSQN-theorie gaat ervan uit dat elke gebeurtenis die niet kan worden weggedacht zonder dat ook de schade wegvalt, een oorzaak van de schade is.³⁰ Het uitgangspunt van deze theorie is, met andere woorden, steeds de noodzakelijke voorwaarde zonder welke de schade niet was ontstaan. Aan deze maatstaf moet feitelijk steeds worden voldaan, wil men überhaupt kunnen bepalen wie of wat de schade heeft veroorzaakt. De CSQN-theorie geldt overigens in beginsel niet als doorslaggevende maatstaf in het schadeverzekeringsrecht.³¹ Men kan wel stellen dat feitelijk steeds aan het CSQN-criterium voldaan moet zijn, wil men toekomen aan een doorslaggevende theorie die het causaal verband vaststelt. Het CSQN-verband is steeds een

28. H.M.B. Brouwer, 'Enige overwegingen over causaliteit in het verzekeringsrecht en het zeerecht', *NTHR* 2006, afl. 4 (hierna: Brouwer 2006), p. 138-142.

29. Dit is eveneens beknopt aan de orde in H.M.B. Brouwer, 'Kroniek causaliteit in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2013/25, p. 226.

30. Zie ook over het CSQN-verband H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie Amsterdam UvA 1962), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963 (hierna: Köster 1962), p. 7. Zie ook H.J. Scheltema/F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1998 (hierna: Scheltema/Mijnsen 1998), p. 183.

31. Zie hierover ook T.J. Dorhout Mees, *Verzekering en Dorhout Mees, Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap* 1998, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 (hierna: Dorhout Mees 1998), p. 37-39.

eerste eis, een bodemvereiste,³² waaraan voldaan moet zijn om het oorzakelijk verband te kunnen bepalen.

Deze theorie kon voor het schadeverzekeringsrecht niet zonder meer overeind blijven. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat niet elke voorwaarde zonder welke een bepaald resultaat niet zou zijn ingetreden, kan worden beschouwd als *de* doorslaggevende factor die tot een bepaald gevolg (schade) leidt. Waarom lange tijd de CSQN-theorie wel werd gehanteerd in de praktijk en steeds tot bevredigende resultaten leidde, schrijft Van Schellen toe aan het feit dat men zich in de rechtspraak steeds bezighield met de vraag of zonder deze storende gedraging de schade niet tóch zou zijn ontstaan. De rechtsprekende macht hanteerde dan ook niet de *fysieke* benadering maar de *juridische* benadering van de CSQN-theorie.³³ De *fysieke* benadering gaat uit van een *fysieke* basis en benadrukt het 'logisch-mechanisch-fysiek karakter' terwijl de *juridische* benadering een *normatieve* grondslag heeft en ervan uitgaat dat het recht beschikt over een eigen werkelijkheid.³⁴ Van Schellen concludeert uit de rechtspraak dat via de CSQN-theorie lang niet altijd met zekerheid vastgesteld kan worden of de primaire storing ten aanzien waarvan men het procedé van de CSQN-leer toepast, al of niet causaal is voor de schade. Van Schellen heeft hiervoor de rechtspraak op dit punt geanalyseerd. Hij bestudeerde daartoe de resultaten van het antwoord op de vraag 'of zonder deze storende gedraging de schade niet tóch zou zijn geleden'. Eerste vereiste is daarbij vanzelfsprekend steeds dat de schade vaststaat. Door deze methode komt wel helder naar voren of er wellicht nog andere juridisch-causale factoren zijn. In feite stelt men dan toch de relevantie van de verschillende factoren vast. De laedens gaat derhalve bij een *juridische* benadering van de CSQN-theorie alleen dan vrijuit als hij kan bewijzen dat er een juridisch-causale factor aan de zijde van de gelaedeerde is die van zodanig gewicht is dat daardoor de juridische causaliteit van de laedens ondergeschikt raakt aan die andere oorzaak. De *juridische* benadering van de CSQN-theorie werkt men hier derhalve *praktisch* uit omdat men relevantie toekent aan bepaalde juridisch-causale factoren. Verder betreft men bij het antwoord op de vraag of 'zonder deze storende gedraging de schade niet tóch zou zijn geleden' eveneens de schade die eruit ontstaan is. Ik kom later nog terug op het onderscheid tussen de *praktische* uitwerking van de *juridische* benadering van de CSQN-theorie enerzijds en de *strikte* benadering ervan anderzijds. Van Schellen voegt daaraan voorts nog toe dat men bij de *juridische* benadering van de CSQN-theorie uitgaat van een — in de woorden van Van Schellen — 'normatief partis pris', dus dat men op voorhand een oordeel vormt zonder dat een zorgvuldige bewijsvoering daaraan voorafgaat. Voordat men de CSQN-theorie gaat toepassen, heeft men de gedragingen al van een juridisch-causaal etiket voorzien.³⁵ Deze theorie wijst eigenlijk alle oorzaken aan die hebben bijgedragen aan het intreden van het schadeveroorzakende gevolg. Bij toepassing van enkel de CSQN-theorie zou reeds dan de verzekeraar gehouden zijn tot vergoeding van de schade als maar ten minste is verzekerd tegen de gevolgen van een van de gebeurtenissen in de reeks van gebeurtenissen die niet kunnen worden weggedacht zonder dat ook de schade wegvalt. Deze reeks ontstaat immers als iedere gebeurtenis die

32. Zie voor dit vereiste J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972 (hierna: Van Schellen 1972), p. 40.

33. Zie hierover uitgebreid Van Schellen 1972, p. 39-63.

34. Zie eveneens Van Schellen 1972, p. 39.

35. Van Schellen 1972, p. 62.

als *condicio sine qua non* voor het ontstaan van de schade is te beschouwen, een relevante oorzaak is.³⁶

De strikte toepassing binnen de *juridische* benadering van de CSQN-theorie leek lang uitkomst te bieden. Als men immers maar kon aantonen dat zonder een bepaalde storende gedraging de schade tóch zou zijn ontstaan, dan was geen sprake van een causaal verband op basis van de CSQN-theorie. Dit leverde echter bizarre en onredelijke situaties op. Een treffend voorbeeld is een onrechtmatige overheidsdaad waarbij een sluis werd geopend op basis van een onprofessioneel oordeel waardoor polders onderliepen. De eigenaar van de polders leed begrijpelijkerwijs hierdoor fikse schade aan zijn land doordat de sluis niet gerechtvaardigd was geopend. Door strikte toepassing van de CSQN-theorie overwoog het Hof Arnhem in casu: 'dat het polderdistrict zijn Waaldijk met de zich daarin bevindende sluis geheel zou kunnen wegruimen zonder jegens eiser een onrechtmatige daad te plegen of tot schadevergoeding gehouden te zijn, ook wanneer aldan het water van de rivier de Waal bij hoge stand op natuurlijke wijze zijn eigendommen overstroomde.' De eiser moest vervolgens bewijzen dat hij nu meer schade leed 'dan indien de gehele Waaldijk (...) ware weggeruimd geworden.'³⁷ Deze strikte toepassing vergde van de rechtsprekende macht dus dat zij zich afvroeg of als men deze gedraging weg zou denken, het gevolg dan toch gevolgd zou zijn. Deze toepassing van de strikte leer leverde anno 1880 wellicht in de ogen van de overheid een billijk resultaat op maar zou tegenwoordig op geen enkele wijze meer bijval uit politieke of maatschappelijke hoek krijgen. Als in bovenstaand geval de CSQN-theorie *praktisch* zou zijn toegepast, zou men onmiddellijk kunnen stellen dat voor het ontstaan van *deze* schade een noodzakelijke voorwaarde was dat de sluis onterecht was opengezet. Als die storende gedraging niet had plaatsgevonden, was de schade in deze omvang niet ingetreden. Deze nuancering bleek essentieel bij de toepassing van de CSQN-theorie. Na dergelijke ongelukkige uitspraken aan het einde van de negentiende eeuw, voortvloeiend uit een (te) strikte toepassing van de CSQN-theorie, ontstond behoefte aan een *praktische* uitwerking van de CSQN-theorie in het begin van de twintigste eeuw. Deze *praktische* uitwerking prevaleerde vanaf dan ook in de jurisprudentie boven de strikte toepassing van de juridische benadering van de CSQN-theorie. Uiteindelijk leidde deze behoefte overigens tot de benadering van het CSQN-verband als basisvereiste en de toepassing van een andere theorie (zoals, bijvoorbeeld, de adequatieleer, waarop ik hierna nog terugkom) in de jaren twintig van de vorige eeuw. Van Schellen haalt verder in zijn dissertatie verschillende voorbeelden aan waarbij de strikte toepassing van de juridische benadering van de CSQN-theorie niet overeind kan blijven.³⁸ Zo geeft hij een aantal voorbeelden waarbij een beroepsfout is gemaakt. Steeds komt naar voren dat het CSQN-verband dan wel als basisvereiste kan worden gezien maar dat men aan het bewijs ervan niet al te strenge eisen kan stellen. Bijvoorbeeld in het geval dat een dokter verzuimt bij een ernstige patiënt te komen, die daarna overlijdt. Het kan in zo'n geval niet zo zijn dat de nabestaanden de bewijslast hebben om aan te tonen dat de patiënt niet zou zijn overleden als de dokter wel een bezoek aan hem had gebracht. Van Schellen haalt hierbij ook Wolfsbergen aan die stelt dat bij beroepsfouten nimmer een bewijs mag worden

36. Zie hierover eveneens Scheltema/Mijnssen 1998, p. 183.

37. Hof Arnhem 31 maart 1880, W 4533. Zie tevens Van Schellen 1972, p. 42.

38. Zie Van Schellen 1972, p. 43-47.

verlangd, dat zonder de fout de schade niet zou zijn geleden.³⁹ Wolfsbergen ziet het CSQN-verband als basisvereiste maar vindt eveneens dat aan het bewijs ervan niet al te zware eisen dienen te worden gesteld. Wolfsbergen geeft hierbij het volgende voorbeeld: '(...) als bijvoorbeeld een medicus een zieke niet bezoekt, en deze sterft, behoeft nooit *bewezen*, dat de dood anders niet zou zijn ingetreden; voldoende is dat de aard der ziekte een letale afloop niet deed verwachten. Van het tegendeel behoort dan de bewijslast op de medicus te rusten.'⁴⁰

In de praktijk vindt derhalve gebruikelijk een praktische correctie plaats op de strikte leer van de CSQN-theorie; zij wordt wat ruimer uitgelegd omdat toepassing anders tot onaanvaardbaar onredelijke uitkomsten zou leiden. In bovenstaande casus zou, bijvoorbeeld, een strikt gebruik van de CSQN-theorie ertoe kunnen leiden dat geen sprake was van een beroepsfout van de arts. De noodzakelijke voorwaarde zonder welke de patiënt niet zou zijn overleden is immers het feit dat hij ernstig ziek was. Als het vervolgens aan de eisende partij zou zijn om het oorzakelijk verband te bewijzen tussen het verzuim van de dokter en het overlijden van de patiënt, zouden van haar uitvoerige, zeer specifieke en soms ondoenlijke bewijskwesaties gevraagd worden. In dergelijke situaties heeft men besloten dit te vermijden. Nog steeds geldt dan weliswaar het CSQN-verband als basisvereiste maar is het sterk opgerekt ter voorkoming van een onuitvoerbare (en pijnlijke) bewijslast.

In de rechtspraak over de onrechtmatige daad en in de strafrechtelijke jurisprudentie treft men trouwens het CSQN-verband wel regelmatig aan als maatstaf waarmee men het causaal verband vaststelt. Het woord 'dientengevolge' in artikel 6:162 BW ziet men dan ook doorgaans als directe verwijzing naar het CSQN-verband. In artikel 6:74 BW keert deze zelfde eis van het CSQN-verband overigens eveneens terug, hetgeen tot uitdrukking komt door het woord 'daardoor'. Tussen de onrechtmatige daad (of de wanprestatie) en de schade bestaat derhalve alleen dan een oorzakelijk verband als aannemelijk is dat zonder die onrechtmatige daad (of de wanprestatie) de schade niet zou zijn ontstaan. Men dient dus te onderzoeken of de schade ook zonder de onrechtmatige daad zou zijn ontstaan: alleen als dit onderzoek negatief uitvalt, mag men het oorzakelijk verband aanwezig achten.⁴¹ De causaliteitsmaatstaf blijkt trouwens eveneens uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:162 BW. Daarin wordt expliciet gesproken over het CSQN-verband.⁴²

Feit is dat de CSQN-theorie gezien kan worden als 'moeder' van de later ontstane theorieën. De voorwaarde van het CSQN-verband zal steeds eerst vervuld moeten zijn voordat men toekomt aan de toepassing van een andere causaliteitstheorie. Die zal men vervolgens aanvullend moeten toepassen om een causaal verband verder vast te stellen.

2.2.2 Adequatieleer

Bij de adequatieleer komt het er in het kort op neer dat een gebeurtenis of daad die in *adequaat* verband staat tot de schade, die, met andere woorden, het redelijk

39. Zie Van Schellen 1972, p. 44 en zie ook A. Wolfsbergen, *WPNR* 1940, afl. 3655, p. 14.

40. Zie A. Wolfsbergen, *WPNR* 1940, afl. 3655, p. 14.

41. Zie in gelijke zin C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 39.

42. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, Deventer: Kluwer 1990, p. 340.

te verwachten gevolg is, wordt beschouwd als een rechtens relevante schadeoorzaak van de schade.⁴³

P. Scholten en D. Simons introduceerden in Nederland de adequatieleer.⁴⁴ Scholten hangt de theorie aan van de 'objectieve kansverhoging', die hij otleende aan de Duitse jurisprudentie. Scholten verwoordde dit in 1902 als volgt: '(...) dat hier een juridiek algemeen geldige leer wordt gegeven, dat *dus oorzaak – als grond van aansprakelijkheid – is die voorwaarde, welke de mogelijkheid van het gevolg objectief heeft vergroot.*'⁴⁵

Scholten legt voorts uit dat het begrip van voorwaarde wordt aangevuld doordat men bepaalt 'of achteraf eenig causaal verband voor ons denken bestaat, maar eene ruime omvatter af beschouwing zal naast dit verband a posteriori naar een a priori zoeken, even objectief als het eerste, maar dat voor ons denken nauwer oorzaak en gevolg bindt, dat het geval in concreto als type van een grootere groep opvat.'⁴⁶ En hij vult nog aan in het kader van het schuldbegrip 'Gelijk dat naar ethische zijde het geval terugbrengt tot eene abstractie – schuld of niet – zoo doet de leer, dat juridiek slechts datgene oorzaak is van eenig feit, dat objectief de mogelijkheid daarvan vergrootte, naar logische zijde. Eerst dan is het causaal verband adequaat, zooals v. Kries zegt, *volledig*, naar mij duidelijker voorkomt.'⁴⁷

Scholten bouwde bij zijn theorie voort op de theorie van Von Kries. Van Schellen citeert Von Kries als volgt: het is vereist 'dasz das rechtswidrige Verhalten mit dem verursachten Erfolg in einem generellen Zusammenhange stehe, dasz es, gemäsz den allgemeinen Verhältnissen der menschlichen Gesellschaft, generell geeignet sei, derartige Verletzungen herbeizuführen'.⁴⁸ Von Kries bouwde echter op zijn beurt weer voort op de theorie van Von Bar. Deze laatste stelt: 'Das Princip, nach welchem rechtlich nur eine der Regel des Lebens widersprechende Thätigkeit als Ursache eines eingetretenen Schadens betrachtet werden kann und, abgesehen von dem Falle eines gerade auf die betreffende Folge gerichteten Dolus, immer nur die regelmäßigen Folgen solcher Handlung dem Causalzusammenhange zuzurechnen sind, bewährt sich auch in anderen civilrechtlichen Beziehungen, (...)'.⁴⁹

Van welke adequatieleer Simons zou willen uitgaan is Van Schellen niet duidelijk.⁵⁰ Hij verwijst hier overigens naar de dissertatie van Voetelink.⁵¹ Deze laatste leest in

43. Zie ook over rechtens relevante gebeurtenissen in het kader van juridisch causaal verband G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 70. Volgens Schut kan van causaliteit worden gesproken wanneer naar het inzicht van de gemeenschap twee of meer objectieve verschijnselen zo met elkaar samenhangen, dat zij met een zekere mate van waarschijnlijkheid op en uit elkaar volgen. In juridische zin moet dit echter worden gespecificeerd om voor het recht bruikbaar te zijn. De objectieve gebeurtenissen moeten daartoe tot de rechtens relevante worden beperkt en voorts moet worden aangegeven welke waarschijnlijkheid in de verschillende gevallen is vereist, aldus Schut.

44. Zie ook Van Schellen 1972, p. 89.

45. Zie P. Scholten, 'De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract, 1902', in: *Verzamelde geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten, IV*, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1954 (hierna: Scholten 1902), p. 26.

46. Scholten 1902, p. 30.

47. Scholten 1902, p. 30.

48. Van Schellen 1972, p. 88 met een citaat uit J. von Kries, 'Über den Begriff der objektiven Möglichkeit', *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* Bnd. XII (1888), p. 179vv.

49. Zie L. v. Bar, *Causalzusammenhänge im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz 1871, p. 150.

50. Zie Van Schellen 1972, p. 89.

51. H.M. Voetelink, *Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Uitgeversmaatschappij Diligentia 1952 (hierna: Voetelink 1952).

de leer die Simons aanhangt, de leer van Rümelin.⁵² Voetelink zegt in zijn proefschrift over de adequatietheorie onder meer: ‘De leer der adequate veroorzaking, die aan deze beslissingen ten grondslag ligt, was te voren in 1902 te onzent in Duitsland geïntroduceerd door Simons en Scholten. (...) Simons baseert zich daarbij op de jurist Rümelin.’ Simons merkt op in deze context: ‘(...) welke voorwaarden waren objectief aanwezig op het tijdstip der handeling en waartoe kon, met die voorwaarden in verband, de verrichte handeling leiden? Dit is de leer der zogenaamde “nachträgliche objective Prognose”, door Rümelin zelf verdedigd en uitvoerig ook voor het civiele recht uitgewerkt.’⁵³ Simons stelt verder dat daar waar bij het strafrecht de eis kan worden gesteld dat men voor geen gevolg aansprakelijk wordt gehouden, tenzij ten opzichte van dat gevolg schuld aanwezig is, dit voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ondenkbaar is. Hij stelt voorts dat er bij onrechtmatigedaadkwesities altijd gevallen overblijven, ‘waarin aansprakelijkheid voor enig gevolg wordt aangenomen, zonder dat het bewijs van schuld te dien opzichte bij den dader geleverd is’.⁵⁴ Simons illustreert zijn gedachtegang met het volgende voorbeeld:

‘Een hofhond springt plotseling van den hof op den openbaren weg tegen een aankomenden fietsrijder op en werpt dezen omver. De berijder krijgt eene op zichzelf lichte verwonding, maar de schrik brengt zijn reeds geschokt zenuwgestel zoodanig in den war, dat hij voor maanden buiten staat geraakt zich aan zijne gewone bezigheden te wijden. Naar mijne mening is ook in zoodanig geval het causaal verband aanwezig, en dus de eigenaar van den hond ook voor de laatstbedoelde gevolgen aansprakelijk.’⁵⁵

En later merkt hij op:

‘Ik geloof niet, dat het ooit gelukken zal tusschen voorwaarde en oorzaak een zoodanig onderscheid te vinden, dat daaruit als het ware van zelf de beslissing voor elk concreet geval zal voortvloeien. Ook het beginsel van de adäquate veroorzaking geeft zoodanige vaste scheidslijn niet; ook met dat beginsel blijven er vele gevallen, waarin de beslissing gemakkelijk naar de eene of naar de andere zijde kan vallen. Het stellen van een regel is gemakkelijk genoeg, maar moeilijker is het een regel te vinden, die in de toepassing redelijkerwijze twijfel buitensluit.’⁵⁶

Kort gezegd komt de leer die door Rümelin werd voorgestaan, erop neer dat de rechter steeds het gebeuren achteraf beziet en het voorzienbaarheids criterium ex post hanteert. Dat Rümelin voorstander is van de ‘nachträgliche objective Prognose’ blijkt wanneer hij schrijft:

52. Voetelink 1952, p. 23.

53. D. Simons, ‘Ons burgerrechtelijk delictsrecht’, *Themis* 1902, deel 63 (hierna: Simons 1902), p. 23-24.

54. Zie Simons 1902, p. 29.

55. Simons 1902, p. 31.

56. Simons 1902, p. 32.

‘Bei der Frage nun, ob der adäquate Causalzusammenhang im v. Kries’ichen subjectiven Sinn oder vom Standpunkt der nachträglichen objectiven Prognose aus zu bestimmen ist, scheinen mir, abgesehen von einer später noch genauer zu besprechenden Billigkeitsmodifikation, ganz überwiegende Gründe für die letztere Alternative zu sprechen.’⁵⁷

Verder in zijn verhandeling stelt Rümelin:

‘Auch innerhalb des Begriffs adäquater Causalzusammenhang vermag noch einmal eine engere Bestimmung gegeben zu werden. Nur der adäquate Causalzusammenhang vom Standpunkt der objectiven nachträglichen Prognose kann als grundsetzlicher Ausgangspunkt (von Modifikationen wiederum abgesehen) in Frage kommen. Der subjektiv-adäquate Causalzusammenhang im v. Kries’ichen Sinn ist ausgeschlossen durch die allgemeine Uebereinstimmung in der Richtung, daß auf Vorhersehbarkeit des Schadens nichts ankommen könne. Diese Uebereinstimmung bildet offenbar auch den Grund, der v. Kries selbst veranlast hat, von einer Verwerthung seines Begriffes für das Civilrecht Abstand zu nehmen.’⁵⁸

Zowel Scholten als Simons gaat dus uit van de voorwaarden, aanwezig op het tijdstip van de handeling, die objectief de kans hebben verhoogd op een adequaat causaal verband.

In 1918 aanvaardde de Hoge Raad voor het eerst de adequatieleer. In het arrest van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad overwoog deze in een zaak waar het gaat om schadeloosstelling volgens artikel 40 van de Ontheigeningswet: ‘(...) dus de kans op schade, grond tot vergoeding zou geven, in strijd is met het beginsel dat de schadeloosstelling alleen mag strekken tot betering van werkelijk te lijden, althans redelijkerwijze te verwachten nadeel’.⁵⁹ Daarna werd de adequatieleer door de Hoge Raad toegepast in een onrechtmatigedaadzaak in 1927 en tot slot volgde ook de strafkamer in 1933.⁶⁰ Met de aanvaarding door de Hoge Raad was de adequatieleer derhalve de heersende leer. De adequatieleer bleef in Nederland de heersende leer tot 1970. Lange tijd hanteerde de Hoge Raad dus het adequatiecriterium om het causaal verband te achterhalen tussen de onrechtmatige daad of wanprestatie en de geleden schade. In 1970 ‘ging’ de Hoge Raad ‘om’. De Hoge Raad hanteert sindsdien voor het algemeen verbintenissenrecht de leer van de redelijke toerekening die ook in artikel 6:98 BW is gecodificeerd. Het was Köster die in zijn oratie in 1962 de toepassing van de leer van de redelijke toerekening in algemeen verbintenissenrechtelijke casus bepleitte.⁶¹

57. M. Rümelin, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, Tübingen: Verlag von I.C.B. Mohr (Paul Ziebeck) 1900 (hierna: Rümelin 1900), p. 52.

58. Rümelin 1900, p. 90.

59. HR 29 november 1918, NJ 1919, p. 131-133.

60. Respectievelijk HR 13 januari 1927, NJ 1927, p. 279 en HR 30 oktober 1933, NJ 1933, p. 1777.

61. Köster 1962.

2.2.3 *Causa-proxima-leer*

Bij de *causa-proxima*-leer wordt de gebeurtenis die in tijd het dichtst tegen de schade aanligt als een schadeoorzaak aangewezen.⁶² Kort gezegd komt de *causa-proxima*-leer erop neer dat alleen de laatste schakel in de keten, de rechtstreekse – dichtstbijzijnde – oorzaak, die tot het gevolg leidde, relevant is.⁶³

Men dient volgens die leer dus op zoek te gaan naar de meest nabijgelegen juridische oorzaak (en niet naar de fysieke oorzaak die het meest dichtbij gelegen is). Van Schellen is het niet eens met de strikte scheiding die men in Nederland maakt tussen de adequatieleer en de *causa-proxima*-leer. De toepassing van de laatste in de Anglo-Amerikaanse landen wijkt namelijk niet fundamenteel af van die van de eerste in Nederland. Voor wat betreft de hanteerbaarheid van de *causa-proxima*-leer dient men een onderscheid te maken tussen gevallen waarin de schade is voorafgegaan door één fout en die waarin de schade is voorafgegaan door twee of meer fouten. In het eerste geval kan de *causa-proxima*-leer goed samengaan met de adequatieleer (het gaat immers om de laatste fout die het ongeval adequaat heeft veroorzaakt). In het tweede geval zou een consequente toepassing van de leer veel te vaak tot gevolg hebben dat de minst schuldige de gehele schade moet dragen alleen maar omdat zijn fout de laatste was in de reeks die leidde tot het ongeval.⁶⁴ Oorzaak van de schade is ook dan immers die gebeurtenis welke in de causale reeks van gebeurtenissen naar chronologische volgorde het dichtst bij de schade staat. Een mooi voorbeeld van de toepassing van de *causa-proxima*-leer is het geval waarbij een auto op klaarlichte dag onder de trein komt op een onbewaakte overweg. In dit geval oordeelde de rechtbank dat ‘de eigen onvoorzichtigheid i.c. de naaste oorzaak is van het ongeval’.⁶⁵

2.2.4 *Dominant-cause-leer*

In de literatuur is de leer van de *dominant cause* wel omschreven als het principe dat een gebeurtenis als een oorzaak van de schade kan worden aangemerkt wanneer de daaropvolgende gebeurtenissen geen zelfstandige betekenis hebben en deze zijn terug te voeren op die ene gebeurtenis.⁶⁶ De leer van de *dominant cause* is mijns inziens echter veel ruimer: bij toepassing van de *dominant cause* kan men een gebeurtenis of meer gebeurtenissen als oorza(a)k(en) van de schade aanwijzen wanneer zij effectief de schade rechtens relevant heeft (hebben) veroorzaakt.⁶⁷ De *dominant cause* wordt vastgesteld met behulp van het gezond verstand.⁶⁸ Naar mijn mening

62. De leer gaat uit van het adagium ‘*causa proxima non remota spectatur*’ (= de naaste – laatste –, niet de verst verwijderde oorzaak wordt beschouwd). Zie ook P.L. Wery/M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (elfde druk; hierna Wery/Mendel 2017), p. 75.

63. Zie ook uitgebreid over de *causa-proxima*-leer Van Schellen 1972, p. 82-86.

64. Zie ook Van Schellen 1972, p. 85 en 86.

65. Rb. Utrecht 7 februari 1923, NJ 1923, p. 1301. Zie hierover ook Van Schellen 1972, p. 83-84.

66. Zie Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn: Maklu 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 152. Zie eveneens D. O’May/J. Hill, *Marine Insurance Law and Policy*, Londen: Sweet & Maxwell 1993, p. 315-320 en Wery/Mendel 2017, p. 75.

67. Zie ook over de juridisch relevante oorzaak Voetelink 1952, p. 87-132.

68. Zie hierover eveneens M.L. Hendrikse, ‘Eigen schuld, proportionaliteitsbeginsel en causaliteitstoe-rekening: een proportionele benadering bij eigen schuld in het (schade)verzekeringsrecht’ (oratie Heerlen), *RMThemis* 2011, afl. 2 (hierna: Hendrikse 2011), p. 66. Ik kom hier zelf ook nog op terug in paragraaf 3 van dit hoofdstuk aangezien de toepassing van de *dominant-cause*-leer afkomstig is uit Engeland. Zie ook Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2476, r.o. 5.2.

kunnen zich situaties voordoen waar meer dan één oorzaak als rechtens relevant valt aan te duiden.

Men spreekt van samenwerkende oorzaken als meer oorzaken zijn aan te wijzen die *samen* de schade hebben veroorzaakt; er is een schade, waarvoor meer dan één ‘proximate’ oorzaak is aan te wijzen.⁶⁹ Samenwerkende oorzaken is derhalve een vorm van meervoudige causaliteit waarbij vaststaat dat zonder de oorzaken de schade niet zou zijn ontstaan maar waarbij men de oorzaken ‘niet uit elkaar kan halen’. Het is derhalve onmogelijk om vast te stellen voor welk percentage iedere oorzaak afzonderlijk heeft bijgedragen aan de schade. Van samenwerkende oorzaken is sprake, met andere woorden,⁷⁰ wanneer twee gebeurtenissen een gevolg teweegbrengen, dat door beide gebeurtenissen afzonderlijk *niet* ingetreden zou zijn.⁷¹ Behalve van samenwerkende oorzaken kan, in geval van meervoudige causaliteit, ook sprake zijn van alternatieve causaliteit.⁷²

Van Huizen pleit ervoor om in geval van samenwerkende oorzaken op zoek te gaan naar de (meest) dominante oorzaak.⁷³ Als kan worden vastgesteld welke oorzaak zich onderscheidt als de (meest) dominante oorzaak, dient de gehele schade te worden toegerekend aan die oorzaak. Dat kan dan zijn een gedekt evenement of een van dekking uitgesloten evenement (zoals eigen gebrek). Uit de zaak *Cendor Mopu*⁷⁴ waarop ik in paragraaf 3 nog uitvoerig terugkom, blijkt dat men in Engeland deze opvatting niet deelt ingeval er sprake is van schade ontstaan door samenwerking van enerzijds een van buiten komend onheil en anderzijds eigen gebrek. Het Supreme Court ging er in deze zaak van uit dat als een van buiten komend onheil heeft bijgedragen aan het ontstaan van schade die samenhangt met, een eigen gebrek (dat uitgesloten is van dekking), het van buiten komend onheil kan worden beschouwd als enige juridisch relevante oorzaak.⁷⁵ Van Huizen stelt voorts dat indien in een dergelijke situatie bij samenwerkende oorzaken het niet mogelijk is om een oorzaak aan te wijzen, die het meest dominant is geweest voor het ontstaan van de schade, de schade voor een gelijk deel dient te worden toegerekend aan de samenwerkende oorzaken. Wanneer het echter wel mogelijk blijkt de (meest) dominante oorzaak te bepalen in zo’n geval dan moet, volgens Van Huizen, de hele schade ofwel aan het van buiten komend onheil ofwel aan het eigen gebrek worden toegerekend.⁷⁶ Als daarentegen is te bepalen welke oorzaak welk deel van de schade heeft veroorzaakt (er is dan dus geen sprake meer van samenwerkende oorzaken), zou ook Van Huizen proportionele toerekening willen bepleiten. Voor de Nederlandse rechtspraktijk is het mijns inziens interessant indien men ervan uitgaat dat ook meer dan een aspect kan domineren over de andere aspecten en

69. Zie in gelijke zin J. Gilman e.a., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, Londen: Sweet & Maxwell 2013 (achttiende druk; hierna: Arnould 2013), nr. 22-18.

70. Zoals Van Schellen het omschrijft in zijn proefschrift. Zie Van Schellen 1972, p. 298.

71. Zie hierover tevens Hendrikse 2011, p. 69.

72. Bij alternatieve causaliteit zou elke oorzaak op zichzelf voldoende kunnen zijn geweest om de schade te veroorzaken. Zie in gelijke zin Van Schellen 1972, p. 272. In dit hoofdstuk beperk ik me tot het onderscheid tussen enerzijds meervoudige causaliteit in het algemeen en anderzijds samenwerkende oorzaken.

73. Zie Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht’, *NTHR* 2013, afl. 5 (hierna: Van Huizen 2013), p. 265.

74. *Syarikat Takaful Malaysia vs. Global Process*, UK Supreme Court 1 februari 2011, [2011] UKSC 5 (hierna: *Cendor Mopu*).

75. Zie Van Huizen 2013, p. 265.

76. Van Huizen 2013, p. 265.

deze dominerende factoren kunnen worden aangewezen als rechtens relevante oorzaken die de schade effectief hebben veroorzaakt.⁷⁷ Bij samenwerkende oorzaken kan men de oorzaken niet 'uit elkaar trekken' en is het derhalve niet mogelijk te bepalen voor welk percentage welke oorzaak heeft bijgedragen aan de schade. In zo'n geval zou ik willen pleiten voor toerekening naar gelijke delen. Maar bij meervoudige causaliteit in het algemeen, ligt dat anders. Indien, bijvoorbeeld, water door een poreuze wand het schip binnenstroomt onder zware weersomstandigheden, zou gesteld (en berekend) kunnen worden dat onder normale weersomstandigheden eveneens water zou zijn binnengestroomd maar dat het nu exponentieel harder binnenstroomde. Er is derhalve sprake van meer dominante oorzaken, te weten een van buiten komend onheil (zware weersomstandigheden) en een eigen gebrek (poreuze wand van het schip), die schade hebben veroorzaakt. Zonder het van buiten komend onheil was deze zelfde schade niet ontstaan maar ook zonder het eigen gebrek was deze zelfde schade niet ontstaan. De twee oorzaken hebben gezorgd voor een bepaalde omvang van de schade en aangezien fysiek te bepalen is welke oorzaak, welk percentage van de schade teweeg zal hebben gebracht, is in dit geval proportionele verdeling van de aansprakelijkheid mogelijk.

De *dominant-cause*-theorie is afkomstig uit Engeland en is van toepassing op verzekeringskwesties in het algemeen.⁷⁸ Een voorbeeld in dit kader is een zaak uit 2001.⁷⁹ In deze zaak waren een bouwverzekering en een aansprakelijkheidsverzekering in het geding. Hon. Mr. Justice Steel overwoog hier: 'In my judgment, it is plain that an effective, if not dominant, cause of the damage was the defective work which preceded the date of practical completion. Indeed any other approach would neuter the exception from the exclusion.'⁸⁰ En voorts: 'It may not have been proximate in time, but it was proximate in efficiency.'⁸¹ Het gaat, met andere woorden, niet om 'proximate in time' maar om 'proximate in efficiency'. Steel volgt hiermee het criterium dat Lord Denning heeft aangelegd in de zaak *Leyland vs. Norwich*,⁸² die in paragraaf 3 uitgebreid aan de orde komt.⁸³ Het criterium is door Legh-Jones, Birds en Owen als volgt beschreven 'A proximate cause is not the first, or the last or the sole cause of the loss; it is the dominant or *effective* [cursivering HMBB] or operative cause. The insurer is liable if such a cause is within the risks covered by the policy and is not liable if it is within the perils excepted.'⁸⁴ De *dominant cause* kan volgens Engels recht gevonden worden door toepassing van 'common sense standards', zoals ik in paragraaf 3 nog uitgebreid zal bespreken.

77. Op de *dominant-cause*-leer in geval van samenwerkende oorzaken kom ik in paragraaf 3 van dit hoofdstuk nog terug.

78. Zie M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, Londen: Informa 2009 (zesde druk; hierna Clarke 2009), 25-1 en R. Merkin, *Colinvaux's: Law of Insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 2010 (hierna: Colinvaux 2010), nr. 5-029.

79. *Bovis Construction Ltd. and Another vs. Commercial Union Assurance Co.*, [2001] 1 Lloyd's Rep. 416 (hierna: *Bovis Construction Ltd. and Another vs. Commercial Union Assurance Co.*).

80. *Bovis Construction Ltd. and Another vs. Commercial Union Assurance Co.*, nr. 20.

81. *Bovis Construction Ltd. and Another vs. Commercial Union Assurance Co.*, nr. 21.

82. *Leyland Shipping Company, Limited Appellants vs. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited Respondents*, House of Lords 31 januari 1918, [1918] A.C. 350 (hierna: *Leyland vs. Norwich*).

83. Zie tevens uitgebreid over de zaak *Leyland vs. Norwich* en de invulling van de proximate cause als proximate in efficiency Arnould 2013, nr. 22-04.

84. Zie N. Legh-Jones, J. Birds & D. Owen, *MacGillivray on Insurance Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2008 (elfde druk; hierna: *MacGillivray* 2008), p. 513.

Men merkt wel op dat de *dominant-cause*-leer voortvloeit uit de adequatieleer.⁸⁵ Mijns inziens gaat deze gevolgtrekking echter niet op omdat de adequatieleer vooral uitgaat van degene die handelt en op die manier bepaalt wat de rechtens relevante oorzaak is terwijl de *dominant-cause*-leer de situatie in haar geheel betreft bij het bepalen van de rechtens relevante oorzaak. In veel gevallen zullen beide theorieën overigens wel tot hetzelfde resultaat leiden.

2.3 Causaliteit in de Engelse rechtsleer

In Engeland geldt voor de zeeverzekering de Marine Insurance Act 1906 (hierna: MIA 1906). Bij de vaststelling of sprake is van schade veroorzaakt door een gedekt of niet-gedekt evenement op grond van s. 55 van de MIA 1906 gaat men uit van de *proximate-cause*-leer, zoals blijkt uit de tekst van de bepaling.⁸⁶ De MIA 1906 geeft geen definitie van ‘*proximate cause*’. Wel ging men er in de doctrine lange tijd van uit dat het hierbij moest gaan om de meest dichtbij zijnde oorzaak in tijd.⁸⁷ Voorafgaand aan en bij de invoering van de MIA 1906, ging men bij de toepassing van s. 55 MIA 1906 derhalve eerst uit van een strikte *causa-proxima*-leer om de causaliteit vast te stellen. Men hanteerde in eerste instantie, zoals in de negentiende eeuw gebruikelijk was, steeds de laatste oorzaak in tijd voor het ontstaan van de schade als de *proximate cause*. Een mooi voorbeeld waaruit blijkt dat dit destijds gebruikelijk was, is de zaak *Pink vs. Fleming* uit 1890.⁸⁸ De opvatting dat alleen de laatste oorzaak beschouwd kan worden als de *proximate cause*, komt hierin goed tot uitdrukking. In onderhavige zaak waren goederen verzekerd onder een ‘marine policy’ tegen – onder meer – schade volgend op een aanvaring. Het schip waarin de goederen vervoerd werden, kwam in aanvaring met een ander schip waardoor het werd beschadigd en gerepareerd moest worden in de haven. Om het schip te kunnen repareren moesten sommige verzekerde goederen tijdelijk van het schip worden gelost en na reparatie weer in het schip geladen. Het schip heeft daarna zijn reis vervolgd en bij aankomst bleken de goederen, bederfelijke waar, beschadigd door het lossen en laden en de vertraging. De verzekerde deed een beroep op zijn verzekering om een deel van de schade vergoed te krijgen onder de ‘marine policy’. De Court of Appeal oordeelde echter dat de aanvaring niet de *proximate cause* van de schade was en derhalve niet onder de verzekeringsdekking viel.⁸⁹ Deze zaak fungeerde – samen met een eerder gewezen zaak,⁹⁰ die tevens door Lord Esher in *Pink and Others vs.*

85. Deze zou dan voortvloeien uit de objectieve vorm van de adequatieleer. Deze werd voorgestaan door M. Rümelin en kwam er in het kort op neer dat de rechter steeds het gebeuren achteraf beziet en het voorzienbaarheids criterium *ex post* hanteert. Zie M. Rümelin, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, Tübingen: Verlag von I.C.B. Mohr (Paul Ziebeck) 1900, p. 52. Zie hierover eveneens uitgebreid Van Schellen 1972, p. 88-103. Zie over de dunne scheidingslijn tussen de adequatieleer en andere theorieën om de rechtens relevante oorzaak(en) vast te stellen eveneens A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 245-246.

86. Lid 1 van dit artikel luidt: ‘Subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against.’

87. Zie onder andere Arnould 2013, nr. 22-03.

88. *Pink and Others vs. Fleming*, Court of Appeal 15 juli 1890, (1890) 25 Q.B.D. 396.

89. Lord Esher MR in *Pink and Others vs. Fleming*.

90. *Taylor vs. Dunbar*, (1869) L.R. 4 C.P. 20.6.

Fleming wordt aangehaald – als basis voor de bepaling in s. 55 (2) (b) van de MIA 1906.⁹¹ De Court of Appeal overwoog:

‘(...) but in cases of marine insurance only the cause proxima can be regarded. This question can only arise where there is a succession of causes, which must have existed in order to produce the result. Where that is the case, according to the law of marine insurance, the last cause only must be looked to and the others rejected, although the result would not have been produced without them. Here there was such a succession of causes. First, there was the collision. Without that no doubt the loss (...) would not have happened. But would such loss have resulted from the collision alone? Is it the natural result of a collision that the ship should be taken to a port for repairs, and that the cargo should be removed for the purposes of the repairs, and that, the cargo being of a kind that must be injured by handling, it should be injured in such removal? A collision might happen without any of these consequences. If it had not been for the repairs, and for the removal of the cargo for the purposes of such repairs, and for the consequent delay and handling of the fruit, the loss would not have happened. The collision may be said to have been a cause, and an effective cause, of the ship’s putting into a port and of repairs being necessary. For the purpose of such repairs it was necessary to remove the fruit, and such removal necessarily caused damage to it. The agent, however, which proximately caused the damage to the fruit was the handling, though no doubt the cause of the handling was the repairs, and the cause of the repairs was the collision. According to the English law of marine insurance only the last cause can be regarded. There is nothing in the policy to say that the underwriters will be liable for loss occasioned by that. To connect the loss with any peril mentioned in the policy, the plaintiffs must go back two steps, and that, according to English law, they are not entitled to do.’⁹²

Factoren die eerder mogelijkwijs van invloed waren geweest op het ontstaan van de schade werden bij toepassing van deze *proximate-cause*-leer steeds afgedaan als slechts de ‘remote’ cause.⁹³ Dit leidde regelmatig tot merkwaardige uitspraken. In geval van ‘barratry’⁹⁴ bracht men in de rechtspraak al snel een nuancering aan op de toepassing van de *proximate-cause*-leer. Men benaderde het causaal verband hier steeds moderner en ging daarbij uit van ‘barratry’ als een ‘cause of continuing proximate efficiency’.⁹⁵ Arnould verwijst hierbij onder meer naar de zaak John

91. Deze bepaling luidt: ‘Unless the policy otherwise provides, the insurer on ship or goods is not liable for any loss proximately caused by delay, although the delay be caused by a peril insured against.’ Zij expliciteert derhalve dat schade ontstaan door vertraging (tenzij uitdrukkelijk in de polis opgenomen) in principe niet wordt gedekt, ook al vloeit de vertraging voort uit een verzekerd evenement. Zie hierover eveneens Arnould 2013, nr. 22-03.

92. Lord Esher M.R. in *Pink and Others vs. Fleming*.

93. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-03.

94. Dit betekent in *Maritime Law*: ‘An act committed by the master or mariners of a vessel, for some unlawful or fraudulent purpose, contrary to their duty to the owners, whereby the latter sustain injury. It may include negligence, if so gross as to evidence fraud.’ Zie <http://thelawdictionary.org> (laatst geraadpleegd voor deze definitie op 11 december 2013).

95. Arnould 2013, nr. 22-03.

Cory & Sons vs. Albert Edward Burr.⁹⁶ In deze zaak haalt Lord Blackburn een eerdere editie van Arnould aan: ‘He has there laid down that whilst it is very true that the general rule is that in insurance you look to the proximate cause and not the remote one, there is an exception in the case of barratry and that the remote cause may be looked to there.’⁹⁷ En voorts oordeelt hij: ‘The very instances which are given in the passage from Arnould are instances in which the Courts thought rightly or wrongly (I think rightly) that the cause of loss was barratry, and that the consequence for which the parties were entitled to be indemnified was not a remote consequence.’ Lord Blackburn geeft dus weliswaar aan dat de zoektocht naar de *proximate cause* breder is en de overige mogelijke oorzaken niet behoeven te worden afgedaan als ‘remote causes’ maar bepaalt niet uitdrukkelijk dat men zou moeten zoeken naar de ‘*proximate cause in efficiency*’ noch dat de mogelijkheid bestaat dat er sprake is van meer dan een *proximate cause*.

Over de mogelijkheid van meer dan een *proximate cause* sprak men echter wel expliciet in de zaak Reischer vs. Borwick.⁹⁸ In deze zaak ontstond schade doordat in een schip wegens aanvaring (een verzekerd evenement) een gat was ontstaan en na reparatie dat gat wederom openging door de te grote waterdruk (peril of the sea waartegen niet was verzekerd). Lindley LJ overwoog in deze zaak:

‘The sinking of this ship was proximately caused by the internal injuries produced by the collision, and by water reaching and getting through the injured parts whilst she was being towed to a place of repair. The sinking was due as much to one of these causes as to the other; *each was as much a proximate cause of her sinking as the other* [cursivering HMBB], and it would, in my opinion, be contrary to good sense to hold that the damage by the sinking was not covered by this policy.’⁹⁹

Nadat de MIA 1906 in werking was getreden veranderde de houding ten opzichte van het bepalen van het oorzakelijk verband fundamenteel. Het arrest Leyland vs. Norwich¹⁰⁰ bracht met name een grote verandering teweeg voor het vaststellen van causaliteit en zorgde voor een nieuwe benadering. In dit arrest werd het bepalen van de *proximate cause(s)* op grond van s. 55 MIA 1906 namelijk ‘gemasseerd’ tot het nagaan van ‘the cause which is proximate in efficiency’ en wordt definitief de ‘Victoriaanse leer’¹⁰¹ verlaten. Met deze verandering verdwijnt ook de noodzaak van het vaststellen van een enkele dominante oorzaak wanneer meer oorzaken kunnen worden aangewezen die de schade effectief teweeg hebben gebracht.¹⁰² Lord Shaw of Dunfermline overweegt hierover het volgende:

‘What does “proximate” here mean? To treat proximate cause as if it was the cause which is proximate in time is, as I have said, out of the question. The cause which is truly proximate is that which is proximate in efficiency.

96. John Cory & Sons vs. Albert Edward Burr, House of Lords 30 april 1883, (1883) 8 App. Cas. 393.

97. Lord Blackburn, John Cory & Sons vs. Albert Edward Burr.

98. Reischer vs. Borwick, Court of Appeal 2 juli 1894, [1894] 2 Q.B. 548.

99. Reischer vs. Borwick, Court of Appeal 2 juli 1894, [1894] 2 Q.B. 548, Lindley LJ.

100. Leyland vs. Norwich.

101. De Victoriaanse leer beschouwde ‘the last cause in point of time’ als de ‘proximate cause’.

102. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-04.

That efficiency may have been preserved although other causes may meantime have sprung up which have yet not destroyed it, or truly impaired it, and it may culminate in a result of which it still remains the real efficient cause to which the event can be ascribed.¹⁰³

Men beschouwt deze uitspraak als *leading case* en men haalt deze regelmatig aan bij zaken waar de uitleg van s. 55 MIA 1906 een rol speelt.¹⁰⁴ Doordat men het idee had verlaten dat de *proximate cause* gezocht moest worden in de laatste oorzaak in tijd, was het vinden van de *proximate cause* echter lastiger dan tevoren. Nu was het criterium van ‘common sense of a business or seafaring man’ het hulpmiddel bij het zoeken naar de *dominant cause*.¹⁰⁵ Vanzelfsprekend is de toepassing van dit criterium aan discussie onderhevig, hoewel men in de jurisprudentie beoogt om het toe te passen als een objectief criterium. Dit zou overigens ook mogelijk moeten zijn:

‘We must not think of a common-sense notion as necessarily a matter of mere impression, or so intuitive that it cannot be further elucidated, at least in its application to standard cases, however vague a penumbra may surround it. Common sense is not a matter of inexplicable or arbitrary assertions, and the causal notions which it employs, though flexible and complex and subtly influenced by context, can be shown to rest, at least in part, on statable principles; (...).’¹⁰⁶

Sinds de zaak *Leyland vs. Norwich* is regelmatig punt van disputen hoe de *proximate cause* moet worden vastgesteld. Het staat immers sedertdien weliswaar vast dat niet langer moet worden gezocht naar ‘the last cause in point of time’ maar dat deze gezocht moet worden in ‘the cause which is proximate in efficiency’, maar hoe dit criterium moet worden gehanteerd, spreekt niet vanzelf.¹⁰⁷ Gilman¹⁰⁸ gaat in op de problematiek rondom het vaststellen van de *proximate cause* in de zaak *Miss Jay Jay*. In deze zaak is aan de orde de mogelijkheid van het bestaan van twee ‘*proximate causes of loss*’. De *Miss Jay Jay* wordt als klassiek voorbeeld en *leading case* beschouwd in dergelijke situaties. In casu was sprake van een onzeewaardig schip dat te maken

103. Lord Shaw of Dunfermline in *Leyland vs. Norwich*, 369.

104. Zoals, bijvoorbeeld, in *Cendor Mopu, Lord Saville*, 19 en JJ *Lloyd Instruments Ltd vs. Northern Star Insurance Co Ltd*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 32 CA (hierna: *Miss Jay Jay*), Lord Justice Lawton.

105. Zie voor dit criterium House of Lords 19 mei 1942, *Yorkshire Dale Steamship Company, Limited Appellants vs. Minister of War Transport Respondent*, [1942] A.C. 691, 706. Lord Wright omschrijft het daar op deze manier: ‘This choice of the real or efficient cause from out of the whole complex of the facts must be made by applying commonsense standards. Causation is to be understood as the man in the street, and not as either the scientist or the metaphysician, would understand it. Cause here means what a business or seafaringman would take to be the cause without too microscopic analysis but on a broad view.’ En zie bijvoorbeeld eveneens Bingham LJ in *T.M. Noten B.V. vs. Harding* [1990] Lloyd’s Rep. 283, 286-287: ‘Unchallenged and unchallengeable authority shows that this is a question to be answered applying the common sense of a business or seafaring man.’ Dit citaat is een ‘classic illustration of inherent vice in modern times’ waarbij Lord Bingham ‘famously remarked (...) the question of proximate cause is to be answered (...)’ volgens Arnould 2013, nr. 22-27.

106. H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law*, Oxford: Oxford University Press 1985 (tweede druk; hierna: Hart & Honoré 1985), p. 26.

107. Zie hierover eveneens Colinvaux 2010, p. 178.

108. Arnould 2013, nr. 22-18.

kreeg met slechte zee- en weersomstandigheden, waaraan het (onzeewaardige) schip geen weerstand kon bieden. Een combinatie van deze twee factoren heeft de schade veroorzaakt:

‘What has to be decided in this case is whether on the evidence the unseaworthiness of the cruiser due to the design defects was such a dominant cause that a loss caused by the adverse sea could not fairly and on commonsense principles be considered a proximate cause at all. In my judgment, the evidence did not establish anything of the kind. What it did establish was that, but for a combination of unseaworthiness due to design defects and an adverse sea, the loss would not have been sustained. One without the other would not have caused the loss. In my judgment, both were proximate causes.’¹⁰⁹

En voorts werd benadrukt dat zij allebei even – of althans bijna even – efficiënt de schade hebben veroorzaakt:

‘(...) I think it clear on any commonsense view that the sea conditions at the relevant time must be regarded as at least a cause, whether or not the proximate cause, of the damage to the yacht, (...) I think it no less clear that the faulty design and construction of the boat must also be regarded as at least a cause, whether or not the proximate cause of the damage. On a commonsense view of the facts both these two causes were, in my opinion, equal, or at least nearly equal, in their efficiency in bringing about the damage.’¹¹⁰

In dit geval was sprake van twee ‘proximate causes of loss’ en nu een van de twee een verzekerd gevaar was en de andere weliswaar niet onder de polis werd gedekt maar ook niet expliciet was uitgesloten, was de verzekerde gerechtigd tot de uitkering.¹¹¹ Het is overigens opmerkelijk dat Lord Justice Lawton expliciet de *dominant cause* benoemt om de *proximate cause* aan te geven. En hij voegt daar nog aan toe dat hier dient te worden beoordeeld ‘on a commonsense view’ de ‘efficiency in bringing about the damage’. Hiermee lijkt de *proximate-cause*-maatstaf definitief ingevuld te moeten worden door de *dominant-cause*-leer.

In de meer recente zaak *Cendor Mopu*¹¹² uit 2011 zoekt het Supreme Court aansluiting bij deze uitspraak.¹¹³ Uit deze zaak blijkt dat als de schade is veroorzaakt door ‘perils of the seas or other external fortuities’ waaraan het verzekerde schip of de verzekerde lading geen weerstand kon bieden vanwege ‘inherent weakness’, niet langer kan (of zou moeten) worden uitgegaan van de twee-oorzaken-analyse.¹¹⁴ In

109. Judgment of Lord Justice Lawton in *Miss Jay Jay*.

110. Judgment of Lord Justice Slade in *Miss Jay Jay*.

111. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-18.

112. In Arnould 2013 wordt de *Cendor Mopu*-zaak aangeduid als de meest belangrijke uitspraak op het gebied van de MIA 1906 sinds de Tweede Wereldoorlog, zie Arnould 2013, Preface, p. VII-VIII.

113. In deze zaak wordt *Miss Jay Jay* aangehaald in het kader van de vaststelling van de *dominant cause*. Zie bijvoorbeeld *Cendor Mopu*, Lord Mance, nr. 79.

114. Zie ook over deze zaak Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht’, *NTHR* 2013, afl. 5 (hierna: Van

deze zaak stapt het Supreme Court af van het onderscheid zoals dat werd gemaakt in de zaak *Soya vs. White* uit 1980.¹¹⁵ In die zaak ontstond schade aan bonen door samenwerkende oorzaken, ‘a casualty by proving that damage was not inevitable’ en eigen gebrek ‘namely that the goods were shipped with an excessive moisture content (...)’. In onderhavige zaak werd overwogen dat er een verschil is tussen wel en niet expliciete uitsluiting van dekking van schade veroorzaakt door een eigen gebrek. In casu was dit niet expliciet uitgesloten en moest de verzekeraar derhalve volledig uitkeren. Voor deze uitleg is geen ruimte meer in de zaak *Cendor Mopu*, waar het Supreme Court uitgaat van volledige toerekening aan het gedekte onzeker voorval ook als een andere oorzaak gevonden zou kunnen worden in eigen gebrek.¹¹⁶

In casu was sprake van vervoer van een boorplatform (*Cendor Mopu*) over zee van Texas, VS, naar Maleisië. Hierbij staken de drie grote, buisvormige poten boven het platform uit zodat ze 300 voet (dat is ongeveer 90 meter) in de lucht staken. De koper van het boorplatform had een verzekering afgesloten bij de verzekeraar op basis van een polis, waarin de Institute Cargo Clauses waren geïncorporeerd en dus ook de clause die uitsluit de dekking van schade ontstaan door ‘inherent vice’ (eigen gebrek). Het schip was vanuit Texas vertrokken en kwam twee maanden later aan in Saldanya Bay, net iets ten noorden van Kaapstad. Daar vond een aantal reparaties aan de poten plaats. Vervolgens ging de reis verder maar korte tijd later brak onderweg een van de poten af en viel in zee. De volgende avond gebeurde met de twee andere poten hetzelfde. De koper heeft zijn schade bij de verzekeraar geclaimd, stellende dat het verlies veroorzaakt was door een peril of the sea (namelijk ‘the fortuitous intervention of the waves’). De verzekeraar heeft echter tegenworpen dat de echte oorzaak van het ongeval de zwakheid van de poten was. Dit hield in dat het veroorzaakt zou zijn door een van dekking uitgesloten oorzaak, te weten ‘inherent vice’ (eigen gebrek). Daarmee zou op de verzekeraar dus geen uitkeringsplicht rusten. In *Cendor Mopu* hebben zowel Lord Saville als Lord Clarke de mogelijkheid van het bestaan van twee oorzaken in dergelijke situaties expliciet van de hand gewezen.¹¹⁷

Lord Saville overweegt in dezen:

‘(...) In my judgment in the present case the proximate cause of the loss, applying commonsense principles, was not inherent vice nor indeed ordinary wear or tear or the ordinary action of the wind and waves, but an external fortuitous accident or casualty of the seas. This took the form of the rolling and pitching of the barge in the sea conditions encountered catching the first leg at just the right moment to produce stresses sufficient to cause the leg to break off, thereby leading to increased stresses on the remaining legs and their subsequent breakage. (...) if, (...) the proximate cause of the loss was inherent vice because the legs were not capable of

Huizen 2013), p. 258-265; N.J. Margetson, ‘Cendor Mopu – Inherent Vice or Peril of the Sea?’, *EJCL* 2011, afl. 2 (hierna: Margetson 2011), p. 58-62 en H.M.B. Brouwer, ‘Inherent vice als dekkinguitsluitingsgrond aanzienlijk begrensd. UK Supreme Court 1 februari 2011, *Cendor Mopu*’, *TVR* 2012, afl. 3 (hierna: Brouwer 2012), p. 69-73.

115. [1980] 1 Lloyd’s Rep. 491.

116. Zie hierover eveneens Van Huizen 2013, p. 263-264.

117. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-18.

withstanding the normal incidents of the insured voyage (...), including the weather reasonably to be expected, it difficult to see how the case could be one where there were two proximate causes, since ex hypothesi it would be the inability of the legs to withstand the stresses, not the stresses themselves, that would be the proximate cause. Thus in my judgment this is not a case in which it could be concluded that there was more than one proximate cause of the loss.¹¹⁸

Lord Clarke overweegt voorts:

‘The approach of the insured seems to me to have the virtue of simplicity. The sole question in a case where loss or damage is caused by a combination of the physical condition of the insured goods and conditions of the sea encountered in the course of the insured adventure is whether the loss or damage is proximately caused, at least in part, by perils of the seas (or, more generally, any fortuitous external accident or casualty). If that question is answered in the affirmative, it follows that there was no inherent vice, thereby avoiding the causation issues that arise where there are multiple causes of loss, one of which is an insured risk and one of which is an uninsured or excluded risk.’¹¹⁹

En hij vervolgt:

‘The approach also seems to me to accord with commonsense, at any rate in a case like this. It would be commercially unacceptable if cover for loss arising as a result of the interaction of perils of the seas and the nature of the goods were reduced to situations where the conditions of the sea were not reasonably foreseeable.’¹²⁰

Deze toevoeging van Clarke acht ik bijzonder doeltreffend. Als de dekking van schade, die is veroorzaakt door interactie van ‘perils of the sea’ en ‘nature of the goods’, zou worden teruggebracht tot die situaties waarbij de zee- en/of weersomstandigheden niet redelijkerwijs voorzienbaar waren, dan zou mijns inziens de verzekerde nog slechts zeer sporadisch in aanmerking komen voor uitkering van het door hem geleden verlies. Een dergelijke ontwikkeling zou de handelspraktijk te veel belemmeren.¹²¹

In deze zaak werd de schade dus wel geacht onder de verzekeringsdekking te vallen. Wanneer een van de oorzaken gedekt is en de andere oorzaak een eigen gebrek (en dus uitgesloten), komt men derhalve niet (meer) toe aan de vraag of er twee (samenwerkende/dominante) oorzaken zijn aan te wijzen. Het gedekte evenement, het onzeker voorval, wordt door het Supreme Court dan beschouwd als de *dominant*

118. *Cendor Mopu*, 46 en 47.

119. *Cendor Mopu*, 137. Margetson heeft dit standpunt van Lord Clarke overigens treffend samengevat in zijn bespreking van deze uitspraak: ‘(...) the issue of concurring causes is not relevant because it is not possible that the same damage would result from a peril of the sea and inherent vice. It is either one or the other.’ Zie Margetson 2011, p. 60.

120. *Cendor Mopu*, 138.

121. Zie hierover eveneens Brouwer 2012, p. 71-72.

cause waaraan de hele schade wordt toegerekend. Het onzeker voorval wordt opge-rekt in die zin dat weersomstandigheden die ‘may or may not happen’ worden gezien als ‘accident/fortuitous event’.¹²² Bij toepassing van de MIA 1906 zoekt men inmiddels standaard naar de *dominant cause* bij de vaststelling van de *proximate cause*. Ook in situaties waar de MIA 1906 niet van toepassing is, hanteert men steeds vaker de *dominant-cause*-leer om het oorzakelijk verband vast te stellen tussen het voorval en de schade. Volgens de literatuur dient er zelfs geen onderscheid gemaakt te worden tussen ‘marine insurance law’ en ‘non-marine insurance law’: ‘The proximity rule is based on the presumed intention of the parties, and means that if the insured cause is within the risks covered, the insurers are liable in respect of the loss but if it is within the perils excepted the insurers are not liable.’¹²³ Merkin voegt daar bovendien aan toe dat het weliswaar eenvoudig is de *proximate-cause*-leer van toepassing te verklaren maar dat het lastig is om deze toe te passen. Daarbij is vaak de gevolgtrekking van de gegeven feiten een groter probleem dan de juridische onderbouwing.¹²⁴

In geval van samenwerkende oorzaken¹²⁵ is een aantal situaties denkbaar en dat is van belang voor het al dan niet gedekt zijn onder de polis. In Engeland gold als hoofdregel dat alleen dan van dekking sprake kan zijn als een van de ‘concurrent proximate causes’ een ‘insured peril’ is en de andere een ‘uninsured peril’.¹²⁶ Een ‘uninsured peril’ is een gebeurtenis die slechts impliciet van dekking is uitgesloten (doordat zij in de overeenkomst niet uitdrukkelijk wordt genoemd in een opsomming van gedekte evenementen) of omdat zij niet wettelijk van dekking is uitgesloten (en dus ook niet uitdrukkelijk in de overeenkomst wordt genoemd). Bij een ‘excluded peril’ daarentegen wordt de gebeurtenis wel expliciet van dekking uitgesloten in de verzekeringsovereenkomst.¹²⁷ Van samenwerkende oorzaken in de zin van ‘concurrent proximate causes’ waarbij de één een ‘insured peril’ is en de andere een ‘uninsured peril’, was sprake in de reeds hierboven besproken zaak *Miss Jay Jay*: ‘(...) a combination of unseaworthiness due to design defects and an adverse sea, (...)’.¹²⁸ Deze hoofdregel werd overigens al eerder toegepast in de zaak *Reischer vs. Borwick*.¹²⁹ Daarna is de toepassing van de hoofdregel nog eens bevestigd in *Miss Jay Jay*, die zoals reeds vermeld, geldt als leading case. Als echter een van deze ‘concurrent proximate causes’ was uitgesloten van dekking (‘excluded’), dan was de verzekeraar niet tot uitkering verplicht.¹³⁰ Van Huizen benadrukt dat deze kwestie pas aan de orde was op het moment dat een van de gebeurtenissen niet gedekt was onder de polis.¹³¹ Hij voegt daaraan toe dat naar Engels recht onderscheid werd gemaakt tussen een gebeurtenis die ‘uninsured’ is en een die ‘excluded’ is.

122. Zie hierover uitgebreid Van Huizen 2013, p. 264.

123. Colinvaux 2010, nr. 5-029.

124. Colinvaux 2010, nr. 5-029.

125. Er is sprake van ‘concurrent causes’ als het niet mogelijk is om aan te wijzen welke van de twee of meer oorzaken de ‘proximate cause’ is. En Colinvaux voegt hieraan toe: ‘There can, however be concurrent causes only where the two causes are of equal efficiency and each of them operating alone is capable of causing the loss.’ Zie Colinvaux 2010, nr. 5-033.

126. Zie in gelijke zin Colinvaux 2010, nr. 5-033.

127. Zie in gelijke zin Van Huizen 2013, p. 260 en Arnould 2013, nr. 22-18.

128. Judgment of Lord Justice Lawton in *Miss Jay Jay*.

129. *Reischer vs. Borwick*, [1894] 2 Q.B. 548.

130. Zie in gelijke zin Colinvaux 2010, nr. 5-034.

131. Zie Van Huizen 2013, p. 260.

Als de eerste (een ‘uninsured’) gebeurtenis ‘concurrerende’ met een gedekt evenement, moest de schade in haar geheel worden vergoed. Als echter in de polis een expliciete uitsluiting was opgenomen (een gebeurtenis ‘excluded’ was) en de onder die uitsluiting vallende gebeurtenis ‘concurrerende’ met een gedekt evenement, dan moest de schade in haar geheel worden toegerekend aan de uitgesloten gebeurtenis en dus niet worden gedekt door de verzekering.¹³² Voorbeelden van samenwerkende oorzaken waarbij de ene oorzaak gedekt was onder de polis en de andere ‘excluded’ zijn *Leyland vs. Norwich*¹³³ en *Wayne Tank & Pump*^{134, 135}. In de laatste, meest recente uitspraak van de twee deed een installatiebedrijf een beroep op zijn aansprakelijkheidsverzekering omdat schade was ontstaan tijdens werkzaamheden. De schade was zowel ontstaan door een fout van de werknemers (gedekt onder de polis) en doordat het bedrijf geen gebruik had gemaakt van pijpleidingen die voldoende hittebestendig waren voor de uitvoering van het werk (expliciet uitgesloten van dekking in de overeenkomst). Omdat sprake was van concurrent causes en een van de twee een ‘excluded peril’ was, rustte er op de verzekeraar geen uitkeringsplicht. Lord Denning onderbouwt deze redenering overwegende dat:

‘The result is that, although this accident comes within the general words at the opening of the policy, nevertheless seeing that there is a particular exception, the exception takes priority over the general words. General words always have to give way to particular provisions. In the present case one of the causes which was efficient to produce the damage was the nature of the goods supplied by the insured. The insurers are exempt from liability for it. Their exemption is not taken away by the fact that there was another cause equally efficient also operating to cause the loss.’¹³⁶

Sinds de uitspraak van het Supreme Court in de zaak *Cendor Mopu* ligt dit echter anders. Als een van de oorzaken een gedekt evenement is en gezien kan worden als ‘casualty’ dan zal dit gelden als *dominant cause* en komt men niet meer toe aan de kwestie van samenwerkende oorzaken wanneer deze ‘casualty’ concurreert met een eigen gebrek.¹³⁷ Dit uitgangspunt verwoordt Lord Clarke als volgt:

‘The approach of the insured seems to me to have the virtue of simplicity. The sole question in a case where loss or damage is caused by a combination of the physical condition of the insured goods and conditions of the sea encountered in the course of the insured adventure is whether the loss or damage is proximately caused, at least in part, by perils of the seas (or, more generally, any fortuitous external accident or casualty). If that question is answered in the affirmative, it follows that there was no inherent vice, thereby avoiding the causation issues that arise where there are

132. Zie in gelijke zin Van Huizen 2013, p. 260-261.

133. *Leyland Shipping Company, Limited Appellants vs. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited Respondents*, House of Lords 31 januari 1918, [1918] A.C. 350.

134. *Wayne Tank & Pump Co Ltd. vs. Employers’ Liability Assurance Corp Ltd.*, [1973] 2 Lloyd’s Rep. 237.

135. Zie in gelijke zin *Colinvaux* 2010, nr. 5-034 en Van Huizen 2013, p. 260-261.

136. *Wayne Tank & Pump Co Ltd. vs. Employers’ Liability Assurance Corp Ltd.*, [1973] 2 Lloyd’s Rep. 237, nr. 67-68.

137. Zie hierover eveneens Van Huizen 2013, p. 264.

multiple causes of loss, one of which is an insured risk and one of which is an uninsured or excluded risk.¹³⁸

In deze zaak maakt men dus niet langer het onderscheid tussen de situatie waarin eigen gebrek niet uitdrukkelijk is uitgesloten en de situatie waarin eigen gebrek expliciet is uitgesloten van dekking. Dit onderscheid werd, zoals hierboven al aan de orde, nog wel gemaakt in de zaak *Soya vs. White* uit 1980.¹³⁹ In onderhavige zaak werd overwogen dat er een verschil is tussen wel en niet expliciete uitsluiting van dekking van schade veroorzaakt door een eigen gebrek maar in de zaak *Cendor Mopu* is voor deze uitleg geen ruimte meer. Het Supreme Court gaat daar uit van volledige toerekening aan het gedekte onzeker voorval ook als een andere oorzaak gevonden zou kunnen worden in eigen gebrek.¹⁴⁰ Van Huizen pleit er overigens, onder verwijzing naar zijn proefschrift, voor om in dergelijke gevallen in Nederland te kiezen voor een gelijke verdeling: de ene helft zal dan door de verzekeraar vergoed dienen te worden en de andere helft niet.¹⁴¹ Ik zou voor de gevallen waarbij het onmogelijk is om na het intreden van de schade vast te stellen welke gebeurtenis welk gedeelte van de schade effectief heeft veroorzaakt (dus bij samenwerkende oorzaken), in navolging van Van Huizen, willen pleiten voor een gelijke verdeling. Bij meervoudige causaliteit in het algemeen moet het mijns inziens evenwel mogelijk zijn proportioneel toe te rekenen. Indien is vast te stellen welke gebeurtenis welk gedeelte van de schade effectief heeft veroorzaakt, zou dan naar rato een uitkeringsverplichting ontstaan respectievelijk sprake zijn van uitsluiting van dekking, ongeacht of die uitsluiting uitdrukkelijk is uitgesloten of niet. Clarke bepleit overigens ook dat in geval van twee ‘concurrent and proximate causes, one peril and the other an exception’ waarbij deze gebeurtenissen onafhankelijk van elkaar – in die zin dat de ene gebeurtenis zonder de andere de schade ook effectief zou hebben veroorzaakt – kunnen worden beschouwd, dat de verzekerde recht heeft op vergoeding van dat deel van de schade dat is te wijten aan de ‘peril covered’.¹⁴² Clarke is dus ook voorstander van de mogelijkheid van proportionele toerekening bij meervoudige causaliteit in het algemeen.

2.4 Causaliteit in de Nederlandse rechtsleer

Voor het algemeen verbintenissenrecht bepaalt artikel 6:98 BW dat men de leer van de redelijke toerekening moet hanteren bij het vaststellen van het causaal verband.¹⁴³ Deze bepaling geldt evenwel niet voor het verzekeringsrecht gezien het arrest *Hogenboom/Unigarant*.¹⁴⁴ De Hoge Raad heeft overwogen dat:

(...) tegen de navolgende overweging van het hof: “Hogenboom heeft nog wel doen opmerken dat de gestelde persoonlijke gepredisponneerdheid

138. *Cendor Mopu*, 137.

139. [1980] 1 Lloyd’s Rep. 491.

140. Zie hierover eveneens Arnould 2013, nr. 22-25 en Van Huizen 2013, p. 263-264.

141. Zie Van Huizen 2013, p. 265.

142. Clarke 2009, p. 833.

143. Zie uitgebreid over de leer van de redelijke toerekening Van Schellen 1972, p. 125-162 en Köster 1962, p. 16-23.

144. HR 8 juli 1993, NJ 1994/210 (hierna: *Hogenboom/Unigarant*).

voor hysterie niet afdoet aan het feit dat de functiestoornis aan de rechterschouder, -arm en -hand *in redelijkheid* aan de veroorzaker ervan moet worden toegerekend, maar daarbij ziet Hogenboom eraan voorbij dat bedoeld *causaliteitscriterium* op een geval als dit, dat *niet op wettelijke* maar op *contractuele aansprakelijkheid* betrekking heeft, niet voor toepassing in aanmerking komt.” Het onderdeel verwijt het hof dat het, aldus oordelend, een *onjuist causaliteitscriterium* heeft aangelegd door niet te beoordelen of de gestelde invaliditeit in redelijkheid aan (de veroorzaker van) het ongeval moet worden toegerekend. (...) *niet* aan de orde is de vraag of, in het kader van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, een bepaalde schade als gevolg van de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, aan de aansprakelijke kan worden *toegerekend*, doch de vraag of een *causaal verband* aanwezig is, dat in een *overeenkomst* voor een *bepaald overeengekomen rechtsgevolg* wordt geëist tussen twee gebeurtenissen van andere aard, hier het voormelde ongeval en de hiervoor bedoelde functiestoornis. (...) het hof dit dan ook tot uitgangspunt genomen. Het is derhalve uitgegaan van een juiste rechtsopvatting [cursivering HMBB].¹⁴⁵

Het uitgangspunt van de Hoge Raad komt overigens overeen met de systematiek van het BW nu artikel 6:98 BW deel uitmaakt van afdeling 6.1.10 BW met als opschrift wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en het bij een verzekeringsovereenkomst daarentegen gaat om een contractuele verplichting tot uitkering. Het onderhavige arrest betrof de uitleg van een sommenverzekering maar algemeen wordt aangenomen dat het arrest ook betekenis heeft voor het schadeverzekeringsrecht.¹⁴⁶

De Hoge Raad overwoog verder in bovengenoemd arrest: ‘Bij de beoordeling of een dergelijk in een overeenkomst geëist *causaal verband* aanwezig is, komt het in de eerste plaats aan op inhoud en strekking van die overeenkomst en, zo daarover geschil bestaat, op uitleg van die overeenkomst.’¹⁴⁷

De aangehaalde overweging maakt duidelijk dat als in de verzekeringsovereenkomst voor een bepaalde causaliteitsleer wordt gekozen, deze leer het uitgangspunt is bij het vaststellen van een verzekersrechtelijk *causaal verband*. Men moet in dat

145. Zie hierover, bijvoorbeeld ook K. Bernauw, ‘De herziening van de wetgeving op de vervoerverzekeringsovereenkomst’, in: *Free on board. Liber amicorum Marc A. Huybrechts*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 40. In België bood de wetgeving eveneens lange tijd geen oplossing. Daar werd, net als in Nederland, aanknoping gezocht bij een contractbeding dienaangaande en als dat ontbrak, is het nog niet duidelijk waarbij moet worden aangesloten. Bernauw merkte in dit verband op: ‘De Nederlandse hoge rechtspraak besloot in ieder geval dat de causaliteitsleer inzake onrechtmatige daad niet transposeerbaar is naar het verzekeringscontractenrecht.’ In België lijkt daar sinds kort een oplossing voor in de wetgeving gekomen: de Ontwerp Zeewet bevat een bepaling waarin expliciet verwezen wordt naar een te hanteren causaliteitsmaatstaf. ‘Het oorzakelijk verband tussen gevaar en schade wordt beoordeeld overeenkomstig de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid.’ Zie [www.zeerecht.be/Documents/COMAR Blauwboek 9.pdf](http://www.zeerecht.be/Documents/COMAR%20Blauwboek%209.pdf). Deze regeling geldt voor de vervoerverzekering in het algemeen.

146. Zie onder meer M.L. Hendrikse, ‘Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering’, in: S.E. van Hall e.a., *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 227; Wery/Mendel 2017, p. 73; Scheltema/Mijnssen 1998, p. 185 en N. van Tiggelevan der Velde & J.H. Wansink, in: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX, Deventer: Kluwer 2012/503.

147. Zie HR 8 juli 1993, *NJ* 1994/210, r.o. 3.2. Eerder ben ik hier uitvoerig op ingegaan, zie Brouwer 2011, p. 374-376.

kader dus allereerst zoeken naar een causaliteitsmaatstaf in de polis zoals bijvoorbeeld een verwijzing naar de *causa-proxima*-theorie.¹⁴⁸ Een verwijzing naar de *causa-proxima*-maatstaf is bijvoorbeeld te herkennen aan toevoegingen als ‘rechtstreeks’.¹⁴⁹

Maar welke maatstaf moet worden toegepast indien in de verzekeringsovereenkomst niet voor een bepaalde causaliteitsmaatstaf is gekozen? In dat geval zal men moeten kiezen voor de causaliteitsmaatstaf die het meest recht doet aan de inhoud en strekking van de verzekeringsovereenkomst.¹⁵⁰ Mijns inziens dient dat in beginsel de *dominant-cause*-theorie te zijn omdat deze naar mijn mening steeds leidt tot het meest billijke resultaat.¹⁵¹ Het gezond verstand speelt immers een belangrijke rol in de vaststelling van de rechtsrelevante oorzaak bij de toepassing van de onderhavige causaliteitsmaatstaf. Het gebruikmaken van het gezond verstand bij het hanteren van deze theorie is overigens afkomstig uit de Engelse rechtspraak¹⁵² waar sprake is van ‘common sense of a business or seafaring man’.¹⁵³ Men beoogt in de jurisprudentie het criterium objectief toe te passen. Objectieve toepassing van het criterium moet ook mogelijk zijn. Zo stellen Hart en Honoré hierover: ‘Common sense is not a matter of inexplicable or arbitrary assertions, and the causal notions which it employs, though flexible and complex and subtly influenced by context, can be shown to rest, at least in part, on storable principles; (...)’.¹⁵⁴ Ik maak hierbij graag de kanttekening dat het vaststellen van het causaal verband, welke theorie daarbij ook wordt gebruikt, altijd arbitrair is. Letterlijk. Het is per slot van rekening toch steeds afhankelijk van de rechter(s) welke oorzaak hij (zij) aanwijst(zen).¹⁵⁵

In de literatuur denkt men daar echter ook wel anders over. Franken merkt bijvoorbeeld op dat bij objectverzekeringen de aard van het verzekerd belang veelal meebrengt ‘dat een nauwer causaal verband wordt aangenomen: de *causa proxima* of meest dominante oorzaak is maatgevend.’¹⁵⁶ Bij aansprakelijkheidsverzekeringen geldt volgens hem evenwel de leer van de toerekening naar redelijkheid en bij persoonsverzekeringen lijkt een ruime toerekening billijk door de aard van het belang.¹⁵⁷ Franken legt slechts beperkt uit waarom hij dit onderscheid maakt. Franken stelt hierover: ‘(...) partijbedoeling respectievelijk -verwachting de voor-

148. Zie eveneens over (de interpretatie van) dit arrest Hendrikse 2011, p. 66-67.

149. Zie ook over de *causa proxima* Blom 2006, p. 245-246.

150. Zie Hendrikse 2011, p. 42. Zie in ongeveer gelijke zin Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 125-126; T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 264 en N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, in: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX, Deventer: Kluwer 2012/504.

151. Zie in gelijke zin Hendrikse 2011, p. 42; Van Huizen 1988, p. 152 en uitgebreid Brouwer 2011, p. 375-380.

152. De *dominant-cause*-leer blijkt in Engeland te prevaleren bij het vaststellen van het causaal verband tussen het voorval en de schade, zelfs als de wettelijke bepaling (s. 55 MIA 1906) expliciet de *causa proxima* voorschrijft. Zie paragraaf 3 van dit hoofdstuk.

153. Zie, bijvoorbeeld, Bingham LJ in T.M. Noten B.V. vs. Harding, [1990] Lloyd’s Rep. 283, 286-287: ‘Unchallenged and unchallengeable authority shows that this is a question to be answered applying the common sense of a business or seafaring man.’

154. Hart & Honoré 1985, p. 26.

155. Zie hierover eveneens Hart & Honoré 1985, p. 321-324.

156. Zie A.Ch.H. Franken, ‘Schadeverzekering en schadevergoeding’, in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000 (hierna: Franken 2000), p. 152.

157. Franken 2000, p. 152.

zienbaarheid uitgangspunt is. De aard (“inhoud en strekking”) van de overeenkomst kan anders meebrengen. Naast de tekst moet dan met name gedacht worden aan de aard van het verzekerde belang en de aard van de bepaling.¹⁵⁸ Overigens zijn meer auteurs voorstander van het aansluiten bij verschillende causaliteitscriteria, afhankelijk van het soort verzekering.¹⁵⁹ Vanuit dat perspectief is mijns inziens de keuze voor een bepaald criterium echter gebaseerd op overwegend algemene gronden (de aard van het verzekerd belang) en raakt de specifieke verzekeringsovereenkomst (en de inhoud en strekking ervan) meer op de achtergrond. De keuze voor een bepaald causaliteitscriterium komt op die manier verder weg te liggen van de benadering die in het arrest *Hogenboom/Unigarant* werd gehanteerd en die in de rechtspraak nog steeds als uitgangspunt wordt genomen. Ook Blom heeft moeite met de toepassing van de *dominant-cause*-leer. Volgens hem geeft deze ‘vooral het uiteindelijke resultaat van de causaliteitsafweging weer, maar biedt geen richtsnoer voor de afweging zelf’.¹⁶⁰ Naar mijn mening vloeit echter het resultaat van de afweging wel degelijk voort uit de toepassing van de leer waarbij het gezond verstand, zoals reeds eerder opgemerkt, een belangrijke rol speelt in de vaststelling van de rechtens relevante oorzaak bij de toepassing van de onderhavige causaliteitsmaatstaf. Het zou mijns inziens de theorie tekortdoen om haar af te doen als een etiket dat a posteriori op de toegepaste leer wordt geplakt. Mijn standpunt dat de *dominant-cause*-leer gehanteerd dient te worden wanneer geen causaliteitsmaatstaf is opgenomen in de overeenkomst vindt ook in de Nederlandse rechtspraak steun. Daar heeft men in de loop der tijd immers eveneens afstand genomen van de strikte *causa-proxima*-leer en daarvoor in de plaats zoekt men dikwijls aansluiting bij de *dominant-cause*-leer om het causaal verband vast te stellen. Allereerst kan gewezen worden op een uitspraak van de Hoge Raad uit 1982.¹⁶¹ In casu maakte het schip ‘Che Guavara’ water tijdens een reis van Enschede naar Norddeich en is daardoor gezonken. Het schip was verzekerd tegen schipbreuk maar deze vond haar oorzaak in een eigen gebrek van het schip. Door een succesvol beroep op de wettelijke uitsluiting in geval van een eigen gebrek hoeft de verzekeraar niet uit te keren. In deze zaak verwierp de Hoge Raad het cassatiemiddel waarin werd betoogd dat in casu het hof ten onrechte de *causa-proxima*-leer had toegepast en had verzuimd te onderzoeken wat de adequate oorzaak van de ondergang van het schip is geweest en of de schade niet redelijkerwijs aan de verzekeraar moest worden toegerekend overwegende:

‘(...), heeft het Hof zich aldus niet gebaseerd op de gedachte dat de ondergang van het schip “onmiddellijk voortspoot uit de lekkage dan wel daarin haar naaste oorzaak heeft gevonden”, door het onderdeel aangeduid als “causa proxima”. De onderdelen (...) missen derhalve feitelijke grondslag. (...) Evenmin is het Hof door te oordelen dat het water maken, en daarmee het zinken van het schip, zijn oorzaak vond in eigen gebrek van het schip, in strijd gekomen met enige rechtsregel omtrent oorzakelijk verband, (...) vermelde omstandigheden doen daaraan niets af, nu deze omstandigheden naar ‘s Hof’s boven reeds gereleveerde oordeel niet kun-

158. Franken 2000, p. 152.

159. Zie, bijvoorbeeld, Dorhout Mees 1998, p. 46.

160. Blom 2006, p. 246.

161. HR 23 april 1982, NJ 1982/520 (*Che Guavara*).

nen worden gezien als een evenement waartegen de polis dekking gaf, (...).¹⁶²

In cassatie wordt het hof (volgens de Hoge Raad onterecht) verweten ten onrechte de *causa-proxima*-leer te hebben toegepast. Wachter merkt in zijn noot op: ‘Dit verklaart wellicht dat reeds tientallen jaren vaak niet gesproken wordt van de “proximate”, doch van de “dominant”, “direct”, “determining” of “efficient cause”’. De Hoge Raad sluit zich derhalve aan bij de overweging van het hof dat ondanks het slechte weer de schade wordt toegeschreven aan het eigen gebrek omdat het water maken, waardoor het schip is gezonken, is veroorzaakt door het feit dat het schip ernstig lekte en dus door een eigen gebrek.

Meer recentelijk wijzen uitspraken nog sterker in de richting van de toepassing van de *dominant-cause*-leer in de situatie waarbij geen causaliteitsmaatstaf is opgenomen in de verzekeringsovereenkomst. In een uitspraak van het Kifid d.d. 25 april 2013 wordt de toepassing van de *dominant-cause*-leer in het onderhavige geval expliciet als uitgangspunt genoemd.¹⁶³

In casu was schade ontstaan aan een woonhuis. Door harde wind was een aantal dakpannen op de uitbouw van het woonhuis van verzekerde gevallen. De verzekerde had een woonhuisverzekering. In de polis waren de volgende bepalingen opgenomen: ‘Begripsomschrijvingen (...) storm (...) wind (...) ten minste 14 meter per seconde’ en ‘Verzekerd is schade door (...) storm (...) een andere plotselinge onvoorziene gebeurtenis onverminderd de (...) genoemde beperkingen’. De toedracht had verzekerde omschreven als ‘storm daardoor dakpannen naar beneden gevallen en door de dakbedekking gegaan van opbouw’. Later vorderde verzekerde echter schadevergoeding voor schade die het gevolg was van een ‘andere plotselinge onvoorziene gebeurtenis’ stellende dat het vallen van dakpannen gezien kan worden als een van buiten komend onheil.

Vaststond dat er geen sprake was van storm (dit was ook geen punt van geschil tussen partijen) nu de windsnelheid maximaal 8 meter per seconde was op de schadedatum. Ook stond vast dat het vallen van de dakpannen kon worden beschouwd als de *causa proxima* van de schade. De vraag was echter of dit ook de rechtens relevante oorzaak was.

De commissie overwoog hierover:

‘De commissie zal allereerst vaststellen wat de verzekeringsrechtelijke oorzaak van de onderhavige schade is. Zij stelt op grond van het procesdossier vast dat er (...) als gevolg van harde wind dakpannen op de uitbouw van de woning van consument zijn gevallen en dat daardoor schade is ontstaan. Consument stelt zich op het standpunt dat de schade is ontstaan door het vallen van de dakpannen. Het vallen van de dakpannen is aan te merken als *causa proxima* van de schade. Aangeslotene stelt zich evenwel op het standpunt dat de beslissende oorzaak in dezen de harde wind is geweest. Nu in de verzekeringsvoorwaarden geen causaliteitsmaatstaf is

162. *Che Guavara*, r.o. 3.2 en 3.3.

163. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 25 april 2013, 2013-125. Zie hierover eveneens H.M.B. Brouwer, ‘Kroniek causaliteit in het verzekeringsrecht’, *AV&S* 2013/25, afl. 6, p. 230-232.

opgenomen, zal uitleg van de onderhavige verzekeringsovereenkomst een causaliteitsmaatstaf moeten opleveren. De commissie is van oordeel dat de *dominant-cause-leer* in dezen het meest voor de hand ligt. Zie ook HR 23 april 1982, NJ 1982, 520, r.o. 3.3. De onderhavige causaliteitsmaatstaf houdt in dat vastgesteld moet worden wat de rechtens relevante oorzaak is of wat de rechtens relevante oorzaken zijn. Dit brengt mee – zie voor het Engelse recht, uit welk rechtstelsel de *dominant-cause-leer* afkomstig is, Lord Wright in de zaak *Yorkshire Dale SS Co vs. Minister of Transport* (1925) 22 Ll.L.L. Rep. 37 – dat de daadwerkelijke oorzaak uit het feitencomplex moet worden afgeleid door toepassing van regels van gezond verstand. In het onderhavige geval is de rechtens relevante oorzaak de harde wind. Deze is van beslissende invloed geweest voor de schade die Consument heeft geleden.¹⁶⁴

De commissie hanteert feitelijk dus de causaliteitsmaatstaf zoals die volgt uit de arresten *Hogenboom/Unigarant* en *Che Guavara*. Het hangt af van de strekking van de verzekeringsovereenkomst welke causaliteitsleer moet worden toegepast. Daarmee past de commissie dus impliciet het criterium van *Hogenboom/Unigarant* toe. De commissie verwijst bovendien expliciet naar het arrest *Che Guavara* bij haar verklaring voor het hanteren van de *dominant-cause-leer*.

De Rechtbank Den Haag heeft in haar uitspraak van 15 mei 2013 zich eveneens uitgesproken over de te hanteren causaliteitsmaatstaf in de richting van de *dominant-cause-leer*.¹⁶⁵ In deze zaak was aan de orde een arbeidsongeval en ontstond de vraag of verzekeraar gehouden is dekking te verlenen onder een AVB-polis. De verzekeraar beweert geen uitkeringsplicht te hebben terwijl hij zich beroept op polisbepaling 2.7.3: ‘Motorrijtuigen, (lucht)vaartuigen, aanhangwagens. Niet gedekt is de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig, (lucht) vaartuig of aanhangwagen, die een verzekerde in eigendom heeft, bezit, houdt, bestuurt, gebruikt of doet gebruiken.’

In casu was in het geding of verzekeraar ter zake van de gevolgen van het ongeval dat verzekerde op haar werk is overkomen, gehouden is dekking te verlenen onder de AVB-verzekering.

De rechtbank heeft vastgesteld dat verzekerde ‘(...) werkzaamheden [moest] verrichten boven een afzuigkast, waarvan de bovenkant zich op ongeveer 2.2 m bevond. Met behulp van een vorkheftruck, bestuurd door haar collega (...), is zij op de juiste hoogte gebracht. Op de vorken (...) van de vorkheftruck was namelijk een stalen draadmand geplaatst van circa 1 meter diep en 1.50 meter breed waarin zij was gaan staan en die gebruikt werd als werkplateau. (...)’. Ten tijde van het ongeval stond de vorkheftruck stil en stond de bestuurder naast de vorkheftruck. Hij gaf de verzekerde namelijk voorwerpen aan die deze nodig had voor de boven de afzuigkast uit te voeren werkzaamheden. Bij een van de voorwerpen die de bestuurder

164. Zie Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 25 april 2013, 2013-125, r.o. 5.2. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) hanteerde de *dominant-cause-theorie* eveneens in haar uitspraak van 2 januari 2017, 2017-017, r.o. 4.3-4.4 en in die van 11 juli 2017, 2017-455, r.o. 4.4.

165. Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385. Anders Rb. Rotterdam 26 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3569, r.o. 4.14 en 4.15.

haar aanreikte – een verlengsnoer – boog verzekerde zich voorover. Zij leunde ver over de rand van de mand waardoor het gewicht plotseling verschoof, de mand over en van de vorken gleed waarop zij met mand en al naar beneden kwam en bovenop de bestuurder is gevallen.¹⁶⁶ Vervolgens heeft verzekerde ten gevolge van het ongeval lichamelijke klachten ontwikkeld, waaronder pijn aan heup en schouder. Anders dan de verzekeraar betoogt, is niet nodig dat precies inzicht bestaat in het opgelopen letsel. ‘(...) kan worden opgemaakt dat er sprake is van personenschade zoals gedefinieerd in artikel 1.6.1 respectievelijk artikel 11.1 Rubriek II van de polisvoorwaarden en derhalve dat in beginsel sprake is van een gedekt evenement.’¹⁶⁷

De rechtbank oordeelt voorts:

‘[D] heeft de vorkheftruck bestuurd en heeft dit op zichzelf goed gedaan. Het ongeluk had plaats toen de vorkheftruck stil stond en [D], staande naast de vorkheftruck, aan [B] spullen aangaf. [B] heeft een oneigenlijk gebruik gemaakt van de vorkheftruck doordat zij in een draadmand, die daartoe op de vorken was gezet, is gaan staan teneinde op een bepaalde hoogte te kunnen komen om daar werkzaamheden te kunnen verrichten. Het ongeval is veroorzaakt doordat zij te ver voorover leunde waardoor de draadmand is gekanteld. Het gevaar dat [B] ten val zou kunnen komen door op deze wijze te werken, is dan ook niet gelegen in een gebrek aan de vorkheftruck of in het gebruik van de vorkheftruck als motorrijtuig. Weliswaar heeft het heftruckmechanisme de draadmand tot een zekere hoogte gebracht, maar dit is bij het ontstaan van de val van ondergeschikte betekenis geweest. De handelwijze van [B] is dan ook de *dominante* [cursivering HMBB] factor van de schade geweest en is een oorzaak die los staat van het motorrijtuig. Dat bij het werk gebruik is gemaakt van een vorkheftruck is een omstandigheid die als veroorzakende factor hierbij in het niet valt. [A] behoefde dan ook niet te verwachten dat zij de op de AVB-polis vanwege de op zichzelf in ruime bewoordingen gestelde uitsluitingsclausule geen dekking heeft voor schade die weliswaar enig verband heeft met een motorrijtuig maar waarbij een andere fout die niets te maken heeft met de staat of de bediening van het motorrijtuig veel meer in het oog springt. (...) niet kan worden geconcludeerd dat de schade waarvoor [A] door [B] aansprakelijk is gesteld, is veroorzaakt “met of door een motorrijtuig” (de vorkheftruck) als bedoeld in artikel 2.7.3 van de polisvoorwaarden.’¹⁶⁸

De verzekeraar kan zich dus niet met succes beroepen op de uitsluitingsclausule. Volgens de rechtbank biedt de polis dekking ten aanzien van de aansprakelijkheid van [A] tegenover [B] voor de schade die verband houdt met het door [B] overkomen arbeidsongeval.

166. Zie Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385, r.o. 4.4.

167. Zie Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385, r.o. 4.5.

168. Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385, r.o. 4.9 en 4.10. In de overwegingen staat overigens viermaal motorrijtuig in plaats van motorrijtuig. Ik heb me bij het citeren gehouden aan de oorspronkelijke tekst.

De rechtbank stelt ook hier dus het causaal verband vast door de dominante factor aan te wijzen. En weegt daarbij af dat de ene oorzaak ‘weliswaar enig verband’ houdt maar dat de andere oorzaak ‘meer in het oog springt’. De schade is dus niet effectief ontstaan door een oorzaak die valt onder de dekkingsuitsluiting die ‘op zichzelf in ruime bewoordingen gesteld’ is.

Meer recent was het vaststellen van het causaal verband aan de orde in een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 30 juli 2013.¹⁶⁹ In deze zaak laat het hof echter helaas achterwege om expliciet te benoemen welke causaliteitsmaatstaf het hanteert. In casu was een woonark gezonken en was in het geding of sprake was van een onder de polis vallend evenement: ‘Indien een verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst van zijn verzekeraar een uitkering vordert, dient hij feiten en omstandigheden te stellen en bij voldoende betwisting te bewijzen waaruit volgt dat zich een gebeurtenis heeft voorgedaan voor de gevolgen waarvan de verzekering dekking verleent.’¹⁷⁰ Het hof overweegt dat hiervan geen sprake is:

‘Van een plotseling van buiten komend onheil is in deze zaak geen sprake. Het betoog van [geïntimeerde] dat scheurvorming als een dergelijk onheil heeft te gelden, faalt. De scheuren vonden hun oorzaak niet in een van buiten komende oorzaak, maar in het volgende. Doordat de verwarming aan boord tijdelijk niet was ingeschakeld (uitgevallen dan wel in het geheel niet ingeschakeld), is een waterleiding bevroren en gaan lekken, zodat één van de drijvers ten dele is gevuld met water en lager is komen te liggen dan de andere drijver. Daardoor heeft de verbinding tussen de drijvers scheuren in de drijver(s) veroorzaakt. (...) De oorzaak van de scheurvorming is derhalve het niet verwarmen van de boot bij vorst. Deze oorzaak is bovendien niet als “plotseling optredend” te kwalificeren.’¹⁷¹

Vervolgens was aan de orde de vraag of sprake was van een eigen gebrek in de zin van artikel 9 van de verzekeringsvoorwaarden.¹⁷² Verzekerde betoogde in dat kader dat als het ‘zinken’ niet zijn oorzaak vond in een ‘van buiten komende’ oorzaak, die oorzaak daarmee van binnen komt en derhalve een ‘eigen gebrek’ vormt. Volgens het hof faalt dit betoog omdat de genoemde aanduidingen (‘een van buiten komend onheil’ en een ‘eigen gebrek’) specifieke begrippen geven ‘waarvan de betekenis dient te worden vastgesteld door uitleg van de polis en waarbij met “van buiten komend onheil” niet alles wordt aangeduid wat van buiten het vaartuig komt en met “eigen gebrek” niet alles wat aan boord van het vaartuig mis gaat’.¹⁷³ Voorts oordeelt het hof:

‘Volgens [geïntimeerde] zijn “de scheurvorming en het feit dat boot niet bleef drijven” het eigen gebrek van de ark. Ten aanzien van het niet blijven

169. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720.

170. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720, r.o. 6.4.1.

171. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720, r.o. 6.5.2.

172. Dat artikel luidt: ‘Het eigen gebrek van een verzekerde vaartuig, alsmede hieruit voortvloeiende gevolgschade, is medeverzekerd.’

173. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720, r.o. 6.6.2.

drijven (ofwel zinken) heeft het hof in het voorgaande uiteen gezet dat dit diverse oorzaken kan hebben. Het enkele zinken is geen evenement in de zin van de polis, waarin het zinken zonder meer niet als evenement is genoemd. Het enkele zinken is, gezien de polis, zelfs onvoldoende om te concluderen dat sprake is van enig verzekerd evenement. Scheurvorming is niet altijd een eigen gebrek in vorenbedoelde zin. Slechts als de kwaliteit van het materiaal en/of de constructie van het vaartuig tot scheurvorming heeft geleid is sprake van een eigen gebrek. (...) Uit deze feiten en omstandigheden volgt echter niet dat het materiaal van het vaartuig of de constructie daarvan kwalitatief minderwaardig was. Van een eigen gebrek in de zin van de polis is derhalve geen sprake.¹⁷⁴

Het hof komt dan ook tot de volgende slotsom:

‘Nu geen sprake is van een van buiten komend onheil en/of een eigen gebrek kan [geïntimeerde] geen aanspraak maken op dekking van zijn schade.’¹⁷⁵

Het is opvallend dat het hof zich niet expliciet uitlaat over de causaliteitsmaatstaf die het hanteert voor het vaststellen van het causaal verband. De oorzaken die niet de schade als gevolg hebben gehad, worden van de hand gewezen maar daarbij blijft onvermeld op basis van welk criterium. Bij de uitleg van begrippen die (uitsluiting van) dekking bepalen, wordt wel aanknopingspunt gezocht bij de bewoordingen van de polis maar bij het kiezen voor een specifiek causaliteitscriterium blijft dit achterwege, althans expliciteert het hof dit niet. Zolang hierover echter niets is opgenomen in de wetgeving, lijkt het me van belang dat de rechtsprekende macht steevast uitdrukkelijk aangeeft welke maatstaf zij hanteert.

Uit recente jurisprudentie blijkt dus dat, net als in Engeland, ook in Nederland veelvuldig de *dominant-cause*-leer wordt gebruikt om het causaal verband vast te stellen indien de overeenkomst zwijgt over een te hanteren causaliteitscriterium. Het lijkt erop dat de *dominant-cause*-leer de heersende leer is voor die gevallen dat in de verzekeringsovereenkomst geen causaliteitsmaatstaf is opgenomen.

2.5 Balans/Conclusie

Het is naar mijn mening wenselijk om in titel 7.17 BW een causaliteitsbepaling op te nemen. Op die manier wordt *definitief* de discussie beslecht welke causaliteitsmaatstaf moet worden gekozen ingeval in de verzekeringsovereenkomst geen causaliteitsmaatstaf is opgenomen. Naar mijn mening zou in dezen voor de *dominant-cause*-leer dienen te worden gekozen, niet in de laatste plaats omdat deze in de recente jurisprudentie steeds vaker wordt toegepast. Het artikel zou derhalve een codificatie van de huidige rechtspraak zijn en een einde maken aan het gissen naar het juiste criterium dat moet worden aangelegd bij het bepalen van het causaal verband. Bovendien zou het naar mijn mening wenselijk zijn in die betreffende

174. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720, r.o. 6.6.4 en 6.6.5.

175. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720, r.o. 6.6.6.

bepaling op te nemen de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan een rechtens relevante oorzaak gebaseerd op de *dominant-cause*-leer. Daarbij moet het mogelijk zijn om bij meer dominante oorzaken een onderscheid te maken tussen die gevallen waarin exact duidelijk is welk percentage van een oorzaak verantwoordelijk is voor welk percentage van de schade (de meervoudige causaliteit in het algemeen) enerzijds en anderzijds die gevallen waarin men op grond van de *dominant-cause*-leer aansluiting moet zoeken bij de verdeling in gelijke delen (samenwerkende oorzaken). Een dergelijke wettelijke bepaling is dan het sluitstuk van een ontwikkeling in de rechtspraak waarbij oorspronkelijk de CSQN-leer als uitgangspunt gold maar waar men via allerlei omvormingen nu is uitgekomen bij de *dominant-cause*-leer. De wetgever heeft overigens eerder voor het algemeen verbintenissenrecht een ontwikkeling op het gebied van causaliteit gecodificeerd. Zo is artikel 6:98 BW een codificatie van het *Waterwingebied*-arrest van de Hoge Raad uit 1970.¹⁷⁶ In dit arrest nam de Hoge Raad afscheid van de adequatieleer als causaliteitsmaatstaf en ging deze over op de leer van de toerekening naar redelijkheid.¹⁷⁷ Niet langer is derhalve onduidelijk welke causaliteitsmaatstaf gebruikt moet worden voor het algemeen verbintenissenrecht.

Het is verder in rechtsvergelijkend opzicht niet ongebruikelijk om in het verzekeringsrecht een dergelijke wettelijke bepaling op te nemen. Zo is in België bijvoorbeeld een bepaling hierover opgenomen in het Ontwerp Belgisch Scheepvaartwetboek dat ook een regeling kent aangaande de vervoerverzekering.¹⁷⁸ Door deze bepaling is de equivalentieleer van toepassing. Dit is een zeer breed criterium, vergelijkbaar met de CSQN-theorie, waarbij men rekening houdt met de specifieke kenmerken van het schadegeval om de causaliteit te bepalen. Het enige vereiste is dat de fout een noodzakelijke voorwaarde voor de schade was.¹⁷⁹ Mijns inziens is deze leer te weinig specifiek en kan zij, net als bij het CSQN-verband, weliswaar dienen als eerste vereiste maar niet als enige, doorslaggevende vereiste om het oorzakelijk verband aan te tonen.

In Engeland bepaalt de regeling in s. 55 van de MIA 1906 eveneens expliciet welke causaliteitsleer gehanteerd moet worden bij het vaststellen van het oorzakelijk verband, zoals blijkt uit paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk.¹⁸⁰ Deze bepaling in s. 55 (1) MIA 1906 bevat dus weliswaar een verwijzing naar de *proximate cause* maar inmiddels blijkt uit de rechtspraak dat doorgaans de *dominant-cause*-leer in dezen doorslaggevend is.

176. HR 20 maart 1970, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten.

177. Zie hierover eveneens G.J. Scholten in zijn noot bij dit arrest.

178. Artikel 9.11 lid 2 luidt: 'Het oorzakelijk verband tussen gevaar en schade wordt beoordeeld overeenkomstig de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid.' Zie Ontwerp Zeewet dat ook een regeling kent voor de transportverzekering (artikel 9.19.21). De regeling geldt dus niet alleen voor de zeeverzekering maar voor de vervoerverzekeringsovereenkomst in het algemeen; www.zeerecht.be/Documents/COMAR_Blauwboek_9.pdf.

179. 'Er wordt m.a.w. niet toegelaten dat de rechter een keuze zou maken tussen de verschillende foutieve oorzaken van eenzelfde (contractuele) schade.' Zie L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000, nr. 460. Zie eveneens over de in België geldende equivalentietheorie L. Cornelis, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 1989, nr. 43.

180. Lid 1 van de relevante s. 55 MIA 1906 vermeldt immers: '(...) liable for any loss proximately caused by a peril insured against (...)'.
 48

In België is derhalve een standaardmaatstaf opgenomen in een separaat artikel terwijl in de MIA 1906 het criterium slechts is opgenomen in het artikel dat de dekking (en uitsluiting daarvan) in een aantal specifieke gevallen regelt. Mijn voorstel is om een nieuw artikel toe te voegen aan titel 7.17 BW dat de te gebruiken causaliteitsmaatstaf aangeeft voor de gevallen waarin de verzekeringsovereenkomst hierover zwijgt. Ik zou daarbij graag, naar Belgisch voorbeeld, willen uitgaan van het opnemen van een separaat artikel in afdeling 1 van titel 7.17. In deze afdeling staan immers de algemene bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomst. Het artikel zou kunnen worden geplaatst meteen na artikel 7:926 BW omdat dit immers bepalingen bevat over de tot uitkering gerechtigde. Wil sprake zijn van recht op uitkering, dient het causaal verband te worden vastgesteld. Het in te voegen artikel duidt dan het te hanteren causaliteitscriterium aan indien dit niet, of niet voldoende helder, uit de verzekeringsovereenkomst blijkt. Voor het nieuw toe te voegen artikel zouden de volgende bewoordingen in dit kader voor de hand liggen:

Artikel 7:926a, lid 1: 'Het causaal verband tussen een al dan niet door de verzekering gedekte oorzaak en het intreden van een door de verzekeringsovereenkomst gedekte gebeurtenis, wordt beoordeeld overeenkomstig de dominant-cause-leer. Deze leer houdt in dat een gebeurtenis of meer gebeurtenissen als oorza(a)k(en) van de schade kan (kunnen) worden aangewezen wanneer zij effectief de schade rechtens relevant heeft (hebben) veroorzaakt.'

Artikel 7:926a, lid 2: 'Als op basis van lid 1 sprake is van meer dan één rechtens relevante oorzaak, dient – voor zover dit mogelijk is – te worden vastgesteld in hoeverre de aanwezige oorzaken hebben bijgedragen aan het intreden van een door de verzekeringsovereenkomst gedekte gebeurtenis.'

Artikel 7:926a, lid 3: 'Als een proportionele verdeling zoals bedoeld in lid 2, niet mogelijk is, hebben de aanwezige oorzaken voor gelijke delen bijgedragen aan het intreden van een door de verzekeringsovereenkomst gedekte gebeurtenis.'

Hoofdstuk 3

(On?)zekerheid over het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht: artikel 7:925 BW nader bekeken¹⁸¹

3.1 Inleiding

Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.¹⁸²

Inherent aan een verzekeringsovereenkomst is het onzekerheidselement dat aanwezig moet zijn.

De aanleiding van dit hoofdstuk is allereerst de opzet van artikel 7:925 BW, die voor het onzekerheidsvereiste afwijkt van de opzet van artikel 246 WvK (oud).¹⁸³

De wetgever is weliswaar afgeweken van de opzet onder het oude recht maar is daarmee artikel 7:925 BW voor het onzekerheidsvereiste te zien als een fundamentele wijziging of als een codificatie van ontwikkelingen onder het oude recht? Deze hoofdvraag probeer ik te beantwoorden aan de hand van de antwoorden op achterenvolgens de volgende deelvragen.

- a. Wat is de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsovereenkomst?
- b. Is er sprake van een voortdurend onzekerheidsvereiste?
- c. Dient het onzekerheids criterium objectief of subjectief te worden uitgelegd?
- d. Is afwijken van het onzekerheidsvereiste rechtens geoorloofd?
- e. Zou het onzekerheidsvereiste in artikel 7:925 BW kunnen worden aangepast om beter te kunnen aansluiten bij de verzekeringspraktijk en, in het bijzonder, bij de aard van de verzekeringsovereenkomst? Zo ja, hoe?

Het onderhavige onderzoek bevat ook een rechtsvergelijkende component. Vergelijken met (de ons omringende) landen is interessant omdat een dergelijke vergelijking kan fungeren als referentiekader.¹⁸⁴ Het is mogelijk dat een dergelijke verge-

181. Reeds eerder gepubliceerd in *RMThemis* 2013, afl. 4, p. 155-176.

182. Artikel 7:925 lid 1 BW.

183. Artikel 246 WvK luidde: 'Assurantie of verzekering is eene overeenkomst bij welke de verzekeraar zich aan den verzekerde, tegen genot eener premie, verbindt om derzelven schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht voordeel, welke derzelve, door een onzeker voorval zou kunnen leiden.'

184. Zie hierover T. Koopmans, 'Het nut van de rechtsvergelijking', *NJB* 2013, afl. 2, p. 86. Hij stelt dat de rechtsvergelijking 'een schat aan rechtspraak en literatuur' oplevert 'die de onderzoeker in staat stelt zijn probleem deugdelijk te doorgronden'. En voorts 'In het privaatrecht is het gemakkelijker dit soort nauwkeurig af te grenzen deelonderwerpen te vinden dan in het staatsrecht. (...), de voorbeelden zullen de lezer gemakkelijk te binnen schieten. Dat komt waarschijnlijk doordat de grondslagen van het privaatrecht in onze hoek van de wereld wel ongeveer dezelfde zijn, (...).'

lijking nieuwe inzichten oplevert of wellicht oplossingen biedt voor een nieuwe opzet van artikel 7:925 BW.¹⁸⁵

Ik heb voor de vergelijking gekozen voor bestudering van het Belgische, Duitse, Engelse, Franse en Zwitserse verzekeringsrecht op onderhavig punt. Verder heb ik het regime van de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) bestudeerd.

De keuze voor Belgisch recht hangt samen met het feit dat België in 1992¹⁸⁶ zijn landverzekeringswetgeving heeft herzien en er op dit moment een hercodificatieproject loopt ten aanzien van de transportverzekering waaronder ook de zeeverzekering¹⁸⁷. Het is interessant of deze herzieningen nieuwe inzichten hebben opgeleverd die bruikbaar zijn voor de Nederlandse rechtspraak betreffende de uitleg van het onzekerheidsvereiste. Bovendien is het van belang – als voorgaande het geval blijkt – te onderzoeken in hoeverre daar ook gebruik van is gemaakt door de Nederlandse wetgever bij de invoering van titel 7.17 BW per 1 januari 2006.

Het Duitse recht is onderwerp van onderzoek nu Duitsland in 2008 zijn verzekeringsrechtelijke wetgeving heeft herzien.¹⁸⁸ Interessant is of deze herziening op het gebied van het onzekerheidsvereiste nog tot nieuwe inzichten/aanpassingen heeft geleid welke mogelijk ook toepasbaar zijn binnen de Nederlandse rechtspraak.

Bij het onderhavige onderzoek dient naar mijn mening het Engelse recht betrokken te worden omdat het Engelse recht voor de zeeverzekering een wettelijke regeling kent in de vorm van de Marine Insurance Act 1906 welk regime door middel van rechtskeuze ook op veel zeeverzekeringsovereenkomsten buiten Engeland van toepassing is.¹⁸⁹ Daarmee is die regeling grosso modo gebruikelijk op internationaal niveau.¹⁹⁰

185. Schnitzer verwoordde dit als volgt: 'Auch das Recht ist eine Technik, und rein technisch kann ein Land eine theoretisch klarere oder praktisch glücklichere Formulierung gefunden haben als ein anderes'. Zie A.F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel: 1945, p. 43. Over de voor- en nadelen van rechtsvergelijkend onderzoek verwijs ik onder andere naar M.L. Hendrikse, 'De en-bloc-clausule: een vreemde eend in de verzekeringsrechtelijke bijt', *NTHR* 2012, afl. 1, p. 2.

186. Het betreft de Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992. Op grond van artikel 2 § 1 Verz. W. is de onderhavige wet niet van toepassing op zeeverzekeringen, herverzekeringen en verzekeringen van goederenvervoer met uitzondering van bagage- en verhuisverzekeringen. Op de uitgezonderde verzekeringen blijft de oude Verzekeringwet van 1874 van toepassing. Zie over deze kwestie onder andere Ph. Colle, *Algemene Beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna Colle 2011), p. 21; M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 2016 (hierna Fontaine 2016), p. 101 en L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008 (hierna Schuermans 2008), p. 227-228.

187. Het betreft het Ontwerp Zeewet dat ook een regeling kent voor de transportverzekering (artikel 9.1 tot en met 9.21). De regeling geldt dus niet alleen voor de zeeverzekering maar voor de vervoerverzekeringsovereenkomst in het algemeen. Zie artikel 9.2 § 1 Ontwerp Zeewet. Zie voor dit Ontwerp www.zeerecht.be/Documents/COMAR_Blaauwboek_9.pdf. Het Negende Blauwboek over de herziening van het Belgisch scheepvaartrecht betreft de vervoerverzekering.

188. Zie over deze herziening onder andere Th. Langheid, *NJW* 2007, afl. 51, p. 3665-3672.

189. Zie bijvoorbeeld R. Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance Law*, Londen: Thomson Reuters/Sweet & Maxwell 2010 (hierna Colinvaux's 2010), p. 201: 'It is beyond argument that the principles set out in the Marine Insurance Act 1906 apply equally to marine and non-marine insurance.' Zie ook 'The Star Sea', [2001] *Lloyd's Rep. I.R.* 247.

190. Vergelijk voor dit laatste ook M.A. Huybrechts, 'Is er noodzaak aan een internationale overeenkomst inzake maritieme verzekeringen?', in: *Over grenzen* (Liber amicorum Herman Cousy), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna Huybrechts 2011), p. 141: 'Eigenlijk is de Engelse Marine Insurance Act van 1906 gedurende vele decennia de enige "officieuze" internationale norm voor de maritieme

Het Franse recht komt aan de orde nu dit rechtsstelsel naar mijn mening niet mag ontbreken in een rechtsvergelijkende studie waarin diverse rechtsstelsels uit Noordwest-Europa worden betrokken. Belangrijk is verder dat de oude Franse Code de Commerce model heeft gestaan voor het Wetboek van Koophandel uit 1838.¹⁹¹

De keuze voor het Zwitserse recht sluit aan bij het feit dat Zwitserland nieuwe verzekeringsrechtelijke wetgeving voorbereidt.¹⁹² Op 21 januari 2009 is door het Zwitserse Ministerie van Financiën een ontwerp voor een nieuw VVG (hierna Entwurf VVG 2009) gepresenteerd dat de basis was voor een brede maatschappelijke discussie: een Vernehmlassungsvorlage.¹⁹³ Het onderhavige consultatiestuk heeft tot allerlei reacties geleid, variërend van de verschillende Zwitserse kantons tot verzekeraars en maatschappelijke organisaties. Het Entwurf VVG 2009 is naar aanleiding van de binnengekomen reacties op een paar punten aangepast en door de Bundesrat (Zwitserse regering) op 7 september 2011 aangenomen (hierna Entwurf VVG 2011). Op 13 december 2012 heeft de Nationalrat van het Zwitserse parlement (Bundesversammlung) het Entwurf VVG 2011 teruggestuurd naar de Bundesrat met de opdracht de herziening te beperken tot enige nader omschreven onderwerpen.¹⁹⁴ Het hercodificatieproject heeft dus wederom enige vertraging opgelopen. Bij mijn rechtsvergelijkend onderzoek zal ik steeds het Entwurf VVG 2011 betrekken. Het is mogelijk dat dit ontwerp eveneens nieuwe inzichten op het punt van het onzekerheidsvereiste meebrengt.

Ten slotte zijn ook de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) onderwerp van onderzoek op dit punt. Door de Project Group 'Restatement of European

verzekeringsrechtelijke wetgeving voorbereidt. De hele beschaafde commerciële wereld heeft er zich naar gericht en deze Britse Wet werd in vele landen overgeplant.'

191. Zie, bijvoorbeeld, J.C. Voorduin, 'Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken', *Wetboek van Koophandel, Boek I, titel IX, Van Assurantie*, Utrecht: 1841 (eerste druk, hierna Voorduin 1841), p. 133 en J.C. Voorduin, 'Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken', *Wetboek van Koophandel, I.deel, I.stuk, Algemeene inleiding*, Utrecht: 1837 (hierna Voorduin 1837), p. XIII, XIX (voorede H.M.A.J. van Asch van Wijck) en p. 1, 2, 75 en 321 (Inleiding).
192. Zie ook over deze ontwikkeling S. Fuhrer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zürich/Basel/Geneve: Schulthess 2011 (hierna Fuhrer 2011), p. 9-10.
193. Het onderhavige ontwerp bouwde voort op het ontwerp dat in augustus 2006 door de commissie van experts onder leiding van Anton Schnyder aan het Zwitserse Ministerie van Financiën was overhandigd.
194. Deze onderwerpen zijn: 'Es sollen nur notwendige Änderungen auf Grundlage des geltenden Rechts im Rahmen einer (weiteren) Teilrevision des VVG vorgenommen werden. Die Teilrevision soll umfassen bzw. berücksichtigen: 1. Das geltende VVG ist beizubehalten und nur punktuell zu optimieren. Dabei sind insbesondere bewährte Bestimmungen und solche, die bereits im Rahmen der Teilrevision 2006/07 geändert wurden, unverändert beizubehalten. 2. Änderungen des geltenden VVG nur soweit nötig (auch angesichts der Kostenfolgen), wie z. B.: – angemessenes Widerrufsrecht (vgl. Art. 7 der Vorlage); – gesetzliche Regelung der vorläufigen Deckung (vgl. Art. 23 der Vorlage); – Zulassung der Rückwärtsversicherung (vgl. Art. 24 der Vorlage); – Beseitigung der konsumentenfeindlichen Genehmigungsfiktion (Art. 12 VVG); – angemessene Verlängerung der Verjährungsfristen; – ordentliches Kündigungsrecht (vgl. Art. 52 der Vorlage; Verhinderung von "Knebelverträgen"). Dabei sind unnötige Eingriffe in die Vertragsfreiheit zu vermeiden. 3. Angemessene Eingrenzung des Schutzbereichs (vgl. Grossrisiken gemäss Vorlage als Schritt in diese Richtung). 4. Es sind generell anerkannte, nicht auslegungsbedürftige Begriffe zu verwenden (VVG als Ergänzungserlass zum OR; Einheit der Rechtsordnung). 5. Dem elektronischen Geschäftsverkehr ist Rechnung zu tragen. Bei der Erarbeitung der Teilrevision sollen die Gesetzesadressaten (Versicherungsnehmer und Versicherungsgesellschaften bzw. ihre Interessenvertreter) angemessen einbezogen werden.' Zie Amtliches Bulletin – Die Wortprotokolle von Nationalrat und Ständerat – 11057 Wintersession 2012 (13 december 2012).

Insurance Contract Law' is een 'DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE CHAPTER III, SECTION IX INSURANCE CONTRACT' gemaakt, beter bekend onder de afkorting (en hierna te noemen als) 'PEICL'. Het is mogelijk de PEICL van toepassing te verklaren op een overeenkomst en idealiter wordt daarmee een Europese uniformiteit gecreëerd op het gebied van de bepalingen die van toepassing zijn op een verzekeringsovereenkomst. De bepalingen, indien van toepassing, zijn (gedeeltelijk) dwingendrechtelijk van aard. In veel gevallen is sprake van consumentenbescherming in die zin dat niet ten nadele van de verzekeringnemer of de verzekerde kan worden afgeweken. Dit juridische product van Europese verzekeringrechtelijke samenwerking is per slot van rekening een recent voorbeeld van nieuwe verzekeringrechtelijke regelgeving in Europa.¹⁹⁵ Het is van belang te ontdekken of het immer voortschrijdende inzicht van de rechtswetenschap en de praktijk nog bijzondere opvattingen hebben opgeleverd voor het onzekerheidsvereiste. Bij de beantwoording van de (deel)vragen, die ik hierboven heb aangekondigd, zal ik steeds proberen aan te geven wat het rechtsvergelijkend onderzoek op de respectievelijke vragen heeft opgeleverd. Dat draagt, naar verwachting, bij aan een meer compleet beeld van het onzekerheidsvereiste.

3.2 Hoofdverbintenis verzekeringsovereenkomst

3.2.1 Algemeen

In dit hoofdstuk zal ik me bij het onderzoek betreffende het onzekerheidsvereiste beperken tot de schadeverzekering. Voor deze verzekering geldt dat onzekerheid moet bestaan ten aanzien van de vraag of er een uitkering dient te worden gedaan door de verzekeraar. Onzekerheid met betrekking tot het verwezenlijken van het risico is ook onder het regime van titel 7.17 BW nog altijd onontbeerlijk.

De kern van het verzekeren wordt wel omschreven als het overnemen van een bepaald risico door de verzekeraar tegen betaling van premie door de verzekeringnemer, kort gezegd de 'handel in onzekerheid'.¹⁹⁶ Verzekeren heeft te maken met 'een combinatie van dekkingsomvang, actuariële- en risicobeheersingstrategieën, rechtseconomische overwegingen en zekerheid die geboden moet worden (...)'.¹⁹⁷ Ook Van Eijk-Graveland gaat er in haar proefschrift van uit dat de verzekeringsovereenkomst een overeenkomst tot risico-overdracht is: '(...) de verzekeraar neemt het risico dat de verzekerde als gevolg van een onzekere gebeurtenis schade zou kunnen lijden, van de verzekerde over.'¹⁹⁸ Anders geformuleerd: tegenover de verbintenis van de verzekeringnemer om de premie te betalen aan de verzekeraar staat de verbintenis van de verzekeraar om het risico te dragen. Dat zijn feitelijk de twee hoofdverplichtingen die volgen uit een verzekeringsovereenkomst: het

195. Zie uitgebreid over de PEICL, J. Basedow e.a., *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, München: Sellier 2009 (hierna Basedow e.a. 2009). De onderhavige regeling is een *Optional Instrument*: 'it would not replace national contract law, but instead provide the parties with an alternative.' Zie Basedow e.a. 2009, p. lxi.

196. Zie in gelijke zin P.M. Leerink, *NTHR* 2009, afl. 4 (hierna Leerink 2009), p. 176.

197. Zie J.G.J. Rinkes, 'Transparantie in het verzekeringrecht: een verkenning', in: *Verzekering en Consument*, Preadvis 2005, Amsterdam: DeLex 2007, p. 84.

198. J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (hierna Van Eijk-Graveland 1998), p. 128.

overnemen van het risico versus het betalen van premie.¹⁹⁹ De verbintenis tot uitkering ontstaat pas na verwezenlijking van het risico en vloeit voort uit de bij het aangaan van de verzekering ontstane verbintenis om het risico te dragen.²⁰⁰ Het is van belang om die verschillende verbintenissen (tot uitkering en tot het dragen van het risico) van elkaar te onderscheiden, juist met het oog op de eis van onzekerheid, die geldt voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst.

Clausing omschrijft verzekering in economische zin als ‘het spreiden van op geld waardeerbare risico’s die personen lopen, over groepen van personen’.²⁰¹

Het staat partijen vrij om over elk risico een verzekeringsovereenkomst te sluiten. Uit het zich verbinden aan respectievelijk de voorwaarden en de premie blijkt vervolgens het verwachtingspatroon van beide partijen.²⁰² Helaas gebeurt het, volgens Meijer, regelmatig dat achteraf blijkt dat het risico te ruim is omschreven in de overeenkomst. In zulke gevallen probeert de verzekeraar onder zijn uitkeringsplicht uit te komen met het beroep op het ontbreken van een onzeker voorval.²⁰³ Dat is echter een typisch geval van ‘mosterd na de maaltijd’. Bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst moeten over en weer voldoende noodzakelijke gegevens worden uitgewisseld. Meijer wijst in dat kader op een betere uitwerking van aspecten als, bijvoorbeeld, risicoverzwaarig, garanties, gradaties van eigen schuld en de kring van daarvoor relevante personen. Pas daarna kunnen partijen oordelen of zij deze overeenkomst willen aangaan.²⁰⁴ De door Meijer aangehaalde dekkingskwesaties (ontstaan door te ruime omschrijving van het risico) zouden dan niet door verzekeraars kunnen worden omzeild met een beroep op de afwezigheid van onzekerheid bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst.

Zoals Leerink het mooi omschrijft, is de verzekeringsovereenkomst bij uitstek zowel maatschappelijk als economisch gezien het instrument om (toekomstige) financiële risico’s beheersbaar te maken.²⁰⁵ De verzekeraar kan bepalen welk bedrag hij vraagt voor overname van het risico. Statistisch zal worden vastgesteld wat de kans is op verwezenlijking van het risico. Daarbovenop komen dan nog gemaakte kosten en winst. Verplichtingen die voortvloeien uit de overgenomen risico’s kan de verzekeraar dan betalen uit een daartoe gereserveerd gedeelte van de premies.

199. Dit blijkt ook uit de toelichting bij artikel 7:925 BW zoals die door Mijnsen wordt gegeven. F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2012 (hierna Mijnsen 2012), p. 6. Ook R.S. Meijer omschrijft het kansaspect als een essentiale voor de overeenkomst van schadeverzekering en de onzekerheid voor partijen over (de modaliteit van) een uitkering bij het sluiten van de overeenkomst als wezenskenmerk van de verzekering. Zie R.S. Meijer, ‘Het onzeker voorval; een onzekere voorwaarde’, in: *Verzekering en kans: Preadvies 1997*, Deventer: Kluwer 1998 (hierna Meijer 1998), p. 10. Meijer citeert verderop de kernachtige zeggwijze van Lord Herschel in dit kader: ‘the purpose of the policy is to secure an indemnity against accidents which may happen, not against events which must happen’. Ibid. p. 13.

200. Zie eveneens Leerink 2009, p. 180.

201. P. Clausing, *Inleiding verzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 13. Zie eveneens Leerink 2009, p. 176.

202. Zie in gelijke zin Meijer, p. 21.

203. Bij verzekeraars (blijkt het gevoel te leven dat soms wel heel makkelijk een beroep wordt gedaan op verzekeringsdekking, aldus Padberg. M.A.R.C. Padberg, ‘Eigen gebrek, van buiten komend onheil, onzeker voorval en verzekeraar belang in het licht van de goederenverzekering’, *NTHR* 2009, afl. 5, p. 217.

204. Zie hierover eveneens Meijer 1998, p. 22.

205. Zie Leerink 2009, p. 176.

In de literatuur is een aantal auteurs de mening toegedaan dat de verzekeraar een *voorwaardelijke* verbintenis aangaat. De definitie van verzekering wordt juridisch geïnterpreteerd.²⁰⁶ Het hangt af van een toekomstige onzekere gebeurtenis of de verzekeraar tegenover de verzekerde een prestatie moet verrichten. Het aleatoire karakter van de verzekeringsovereenkomst blijkt uit het onzekerheidslement aan de uitkeringskant of, in sommige gevallen aan de premiekant.²⁰⁷ Als het aan de uitkeringskant voorkomt, hetgeen meestal het geval is, is er om die reden sprake van een *voorwaardelijke* verbintenis van de verzekeraar.²⁰⁸ Door de verwezenlijking van het verzekerde risico krijgt de verbintenis haar werking en ontstaat er een onvoorwaardelijke verbintenis om uit te keren.²⁰⁹ Dit is de zogenoemde juridische benadering. Daartegenover staat de economische benadering.²¹⁰ Wat vanuit economisch oogpunt wordt gezien als ‘het dekken van risico’ of ‘het lopen van gevaar’, is vanuit juridisch perspectief de verplichting tot het verrichten van een bepaalde prestatie indien zich een onzekere gebeurtenis voordoet. Op grond daarvan is dit vanuit die juridische benadering dus een *voorwaardelijke* verbintenis in de zin van artikel 6:21 BW.²¹¹

Een andere groep auteurs vindt dat de verzekeraar een *onvoorwaardelijke* verbintenis aangaat, te weten de verbintenis om het verzekerde risico te dragen met als gevolg dat er sprake is van, zoals Mijnsen het uitdrukt: ‘een volmaakt wederkerige overeenkomst’.²¹² Deze auteurs gaan ervan uit dat de hoofdverbintenis van de verzekeraar is het dragen van risico en dat als gevolg daarvan de verbintenis tot uitkeren ontstaat zodra het risico intreedt. De verbintenis van de verzekeraar om het risico te dragen bestaat vanaf het begin van de verzekeringsovereenkomst net als de *voorwaardelijke* verbintenis tot uitkeren maar de werking van deze laatste verbintenis is opgeschort. De facto is het dus de vraag of de verbintenis van de verzekeraar onmiddellijk werking heeft. Volgens Leerink is dit zeker het geval in economische zin omdat de verzekeraar het risico draagt en daarvoor reserves opbouwt. Zowel economisch als maatschappelijk presteert de verzekeraar meteen bij het ingaan van de verzekeringsdekking nu ook de verzekerde erop rekent dat de verzekeraar het risico heeft overgenomen bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst.²¹³

206. Zie in gelijke zin J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012/22 (derde druk, hierna Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012) en ook J.S. Overes, ‘Onzekerheid bij schadeverzekering: de schone lei van titel 7.1.7 BW’, *AVS* 2017/28 (hierna: Overes 2017), p. 6.

207. Bij de sommenverzekering kan er, bijvoorbeeld, onzekerheid aan de premiekant zijn over de duur van de premiebetaling.

208. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012/26.

209. Auteurs die uitgaan van deze *voorwaardelijke* verbintenis zijn P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 6-7; W.J. Oostwouder & N. Vloemans, ‘Inleiding’, in: *Verzekeringsrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna Oostwouder & Vloemans 2011), p. 12-14 en Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012/22 en 26.

210. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012/22.

211. Artikel 6:21 BW luidt immers: ‘Een rechtshandeling is *voorwaardelijk*, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld.’

212. Zie Mijnsen 2012, p. 3-5. En zie ook H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 20-22 en Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 3. Zie hierover eveneens uitgebreid P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 (hierna Leerink 2011), p. 54.

213. Zie hierover uitgebreid Leerink 2011, p. 54.

De verzekeringnemer betaalt premie die is bedoeld voor het overnemen van het risico door de verzekeraar.

Leerink gaat dus ook – en mijns inziens op basis van overtuigende argumenten – uit van een onvoorwaardelijke verbintenis van de verzekeraar (risico lopen). Hij haalt hierbij Mijnsen aan die wijst op de wetsgeschiedenis waaruit eveneens deze onvoorwaardelijke verbintenis blijkt en Van der Feltz die in 1973 al aangaf dat het risico lopen de hoofdverplichting was van de verzekeraar.²¹⁴ Mijnsen voert ter ondersteuning van zijn opvatting overtuigende argumenten aan die ik in dit kader graag kort wil noemen: '(...) art. 7:938 lid 1 BW, waar is bepaald dat geen premie verschuldigd is indien in het geheel geen risico is gelopen (...)'; '(...) MvT bij 7:926 BW, waar wordt opgemerkt dat onder voorval moet worden verstaan het voorval waarvan de verzekeraar het risico op zich heeft genomen (...)'; '(...) art. 7:934 BW betreffende de niet betaling van de vervolgpremie. De verzekeraar kan dan de dekking schorsen. De Hoge Raad lijkt deze opvatting ook tot uitgangspunt te hebben genomen waar hij in het arrest van 6 november 1992, NJ 1994, 150 (m.nt. M.M. Mendel) spreekt van gehoudenheid van de verzekeraar het risico te lopen. Dit is ook het geval waar de Hoge Raad in het arrest van 11 april 1997, NJ 1998, 111 (m.nt. M.M. Mendel) overweegt dat essentie van de verzekeringsovereenkomst is dat de verzekeraar het overeengekomen risico loopt.' Mijnsen haalt ook een praktijkvoorbeeld aan om zijn argumenten kracht bij te zetten: 'Wat de praktijk betreft, (...) Verzekeraars of tussenpersonen plegen in hun premienota's te vermelden dat wanneer de premie niet tijdig wordt betaald geen rechten aan de verzekering kunnen worden ontleend. In artikel 7:934 BW wordt voorts gesproken van schorsing van de verzekeringsovereenkomst of de dekking na het uitblijven van betaling van de vervolgpremie. Zie ook HR 16 januari 1987, NJ 1987, 554 (m.nt. W.C.L. van der Grinten) waar de verzekeraar zich op het standpunt stelde dat hij gedurende de niet-betaling van premie geen risico liep en dat de dekking pas weer zou ingaan nadat de verschuldigde premie was betaald. Klaarblijkelijk gaan verzekeraars ervan uit dat er iets op te schorten valt wanneer de verzekeringnemer met betaling van de premie in gebreke blijft.'²¹⁵

3.2.2 Rechtsvergelijking

Op onderhavig punt is het van belang om te onderzoeken wat als hoofdverbintenis van de verzekeraar wordt beschouwd in de ons omringende landen.

In België wordt de verzekeringsovereenkomst gedefinieerd als: '(...) Verzekeringsovereenkomst: een overeenkomst, waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij, naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet.'²¹⁶

214. Zie Leerink 2011, p. 57-59.

215. Zie Mijnsen 2012, p. 4-5.

216. Artikel 1.1 WLVO (Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992). De oude definitie in de wet van 11 juni 1874 (die nog geldt voor verzekeringen waarop de WLVO niet van toepassing is) luidt: 'De verzekering is een contract waarbij de verzekeraar zich, tegen betaling van een premie, verbindt de verzekerde schadeloos te stellen wegens het verlies of de schade door deze geleden ten gevolge van zekere onvoorzienbare gebeurtenissen of gevallen van overmacht. Een verwacht

En voorts de verzekeringsprestatie als: ‘het door de verzekeraar uit te betalen bedrag of de door hem te verstrekken dienst ter uitvoering van de verzekeringsovereenkomst.’²¹⁷ In niet mis te verstane bewoordingen wordt duidelijk uit de definitie dat men in België uitgaat van premiebetaling tegenover de voorwaardelijke verbintenis om de toegezegde prestatie te leveren bij de verwezenlijking van het risico.²¹⁸ Ook in de literatuur is men het erover eens dat de verzekeraar een prestatie verschuldigd is wanneer een gedekt schadegeval zich voordoet.²¹⁹ In het handboek van Fontaine staat dit, bijvoorbeeld, expliciet: ‘Le caractère aléatoire du contrat d’assurance réside dans le fait que la prestation de l’assureur n’est due qu’en cas de réalisation d’un risque. Il s’agit d’un élément essentiel du contrat, non d’une simple modalité (condition suspensive); le contrat d’assurance est inconcevable sans risque.’²²⁰ Inmiddels ligt er een voorstel voor de herziening van het Belgische scheepvaartrecht van de Commissie Maritiem Recht klaar, dat ook bepalingen bevat betreffende de vervoerverzekering.²²¹ Ook dit voorstel bevat verklarende artikelen die van belang zijn in de gevallen waarop de WLVO niet van toepassing is (vervoer- verzekeringen).²²² Het Belgisch Burgerlijk Wetboek bevat de bepaling: ‘Een kanscontract is een wederkerige overeenkomst, waarvan de gevolgen, met betrekking tot winst en verlies, hetzij voor alle partijen, hetzij voor een of meer van hen, van een onzekere gebeurtenis afhangen. Van dien aard zijn: Het verzekeringscontract, De bodemerij, Spel en weddenschap, Het contract van lijfrente. De eerste twee worden door het zeerecht geregeld.’²²³ Vervolgens staat in de voorgestelde nieuwe wettekst: ‘Artikel 9.1. Begripsomschrijvingen (...) 1° “vervoer- verzekeringsovereenkomst”: de overeenkomst waarbij een partij, verzekeraar genoemd, zich er tegen betaling van een premie tegenover een andere partij, verzekeringnemer genoemd, toe verbindt bij de verwezenlijking van een vervoerrisico een verzekeringsprestatie te leveren, met inbegrip van de overeenkomst van onderlinge verzekering tegen vervoerrisico’s doch met uitsluiting van de overeenkomst betreffende de herverzekering van vervoerrisico’s; (...) 4° “vervoerrisico”: een onzeker schadeverwekkend voorval dat kenmerkend is voor een vervoer of een vervoergerelateerde activiteit; (...)’²²⁴ Vervolgens staat in de toelichting bij de omschrijving van vervoerrisico: ‘(...) Het element “-risico” geeft reeds aan dat het moet gaan om een onzekere gebeurtenis, en dat ook de vervoerverzekeringsovereenkomst wezenlijk een aleatoir karakter heeft.’²²⁵ Hoewel uit het Belgisch Burgerlijk Wetboek derhalve letterlijk blijkt dat de verzekeringsovereenkomst een wederkerige overeenkomst is, sluit de definitie uit het voorstel voor de herziening van het Belgische scheepvaartrecht weer aan bij de definities uit zowel de wet van 1874 als de WLVO. Kort gezegd gaat de Belgische wetgever uit van een premiebetaling tegenover de voorwaardelijke

voordeel kan worden verzekerd in de bij de wet bepaalde gevallen.’ Zie over de definitie uit 1874 uitgebreid M. Fontaine, *Droit des assurances*, Brussel: Larcier 1975, p. 53-55.

217. Eveneens in artikel 1.1 WLVO.

218. Zie eveneens over het karakter van de verzekeringsovereenkomst Schuermans 2008, p. 247-252.

219. Zie Schuermans 2008, p. 369 en Fontaine 2016, p. 155.

220. Fontaine 2016, p. 157.

221. Negende Blauwboek over de herziening van het Belgisch Scheepvaartrecht, www.zeerecht.be (hierna Negende Blauwboek).

222. Artikel 2 WLVO: ‘(...) Zij is niet van toepassing op (...) noch op verzekeringen van goederenvervoer, (...)’.

223. Artikel 1964 BW.

224. Zie artikel 9.60 Negende Blauwboek.

225. Artikel 9.64 Negende Blauwboek.

verbintenis om de toegezegde prestatie te leveren bij de verwezenlijking van het risico.

In Duitsland is § 1 VVG²²⁶ voor onderhavig onderwerp van belang. Daarin staat de verzekeringsovereenkomst omschreven als: ‘Der Versicherer verpflichtet sich mit dem Versicherungsvertrag, ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine Leistung abzusichern, die er bei Eintritt des vereinbarten Versicherungsfalles zu erbringen hat. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, an den Versicherer die vereinbarte Zahlung (Prämie) zu leisten.’ Deze definitie geeft aan dat de verzekeraar vanaf de aanvang van de verzekeringsovereenkomst een prestatie verricht, te weten het risico overnemen (‘ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine Leistung abzusichern’) tegenover de premiebetaling door de verzekeringnemer. Er was, en is nog steeds, een discussie gaande in Duitsland over de verbintenis van de verzekeraar. Sommigen (zoals Lorenz en Pohlmann²²⁷) gaan uit van het risico overnemen door de verzekeraar als hoofdverbintenis (‘Gefahrtragungstheorie’) terwijl anderen (onder anderen Haymann en Siebert²²⁸) vinden dat de hoofdverbintenis is de verbintenis om uit te keren als het risico zich voor zou doen (‘Geldleistungstheorie’).²²⁹ De definitie uit het VVG biedt echter mijns inziens voldoende draagkracht om te stellen dat onder Duits recht de hoofdverbintenis van de verzekeraar is het overnemen van het risico, het risico veilig te stellen (‘ein bestimmtes Risiko (...) abzusichern’).

In Engeland is de kwestie minder helder dan in eerdergenoemde landen, België en Duitsland. Voor de zeeverzekeringsovereenkomst is er een definitie in de Marine Insurance Act 1906 (MIA 1906). Deze omschrijving luidt: ‘A contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the assured, in manner and to the extent thereby agreed, against marine losses, that is to say, the losses incident to marine adventure.’²³⁰ De Nederlandse wetgever heeft deze definitie gevolgd in artikel 7:925 BW (‘(...) verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, (...’). Bij beide definities is sprake van de verplichting van de verzekeraar om de verzekeringnemer schadeloos te stellen.²³¹ De verbintenis van de verzekeraar is derhalve uitkeren en niet het dekken van het risico: ‘its sole and exclusive object is to procure for the assured indemnity, (...)’.²³²

Voor de landverzekeringsovereenkomst kent Engeland geen definitie die in de wetgeving is vastgelegd. Clarke schrijft dit toe aan het feit dat de beschrijving van de belangrijkste kenmerken van een verzekeringsovereenkomst mede afhangt van de context waarin de vraag naar een dergelijke beschrijving naar voren komt.²³³

226. Versicherungsvertragsgesetz.

227. Zie J. Prölss, in: C. Armbrüster e.a., *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2010 (hierna Prölss/Martin 2010), p. 89.

228. J. Prölss, in: Prölss/Martin 2010, p. 89.

229. Zie hierover uitgebreid M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010 (vijfde druk, hierna Wandt 2010), p. 238-239 en J. Prölss, in: Prölss/Martin 2010, p. 88-91.

230. Artikel 1 MIA 1906.

231. Zie in gelijke zin Basedow e.a. 2009, p. 52.

232. Zie J. Gilman & R. Merkin, *Arnould: Law of Marine Insurance and Average*, Londen: Sweet & Maxwell 2013 (achttiende druk, hierna Arnould 2013), 1-06, p. 6.

233. Zie M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, Londen: Informa 2009 (hierna Clarke 2009), nr. 1-1.

De verzekeringsovereenkomst wordt in Engeland veelvuldig omschreven aan de hand van de definitie zoals die in 1904 is geformuleerd en nog steeds gangbaar is: 'A contract of Insurance is one whereby one party (the insurer) promises in return for a money consideration (the premium) to pay to the other party (the assured) a sum of money or to provide him with corresponding benefit upon the occurrence of one or more specified events.'²³⁴ Deze courante definitie geeft weliswaar helder aan dat de verbintenis tot uitkering een voorwaardelijke is maar laat in het midden of er voorafgaand aan de verwezenlijking van het risico sprake is van een (onvoorwaardelijke) verbintenis van het lopen van risico.²³⁵

In Frankrijk is de onderhavige kwestie veel duidelijker. De Franse wetgeving gaat in artikel 1964 Code Civil uit van twee verbintenissen: de (onvoorwaardelijke) verbintenis om dekking te bieden voor het verzekerde risico vanaf het sluiten van de verzekeringsovereenkomst en daarnaast de (voorwaardelijke) verbintenis om uit te keren als het risico zich verwezenlijkt.²³⁶ In Lamy des Assurances verwoordt Kullmann dit als volgt: 'L'assureur est la partie au contrat d'assurance qui prend l'engagement de garantir le risque, objet du contrat. Son obligation revêt un double aspect: obligation de couverture par la garantie du risque pour la durée convenue et obligation de règlement par le versement de l'indemnité d'assurance en cas de sinistre.'²³⁷ Door Kullmann wordt het dubbele aspect van de verzekeringsovereenkomst derhalve expliciet benoemd. Dat geldt ook voor, bijvoorbeeld, het boek van Leveneur en Lambert-Faivre: 'La détermination temporelle de la garantie est aussi ambivalente: au moment de la souscription du contrat, c'est un engagement conditionnel de l'assureur, soumis à l'aléa de l'événement incertain; à partir de sinistre, la garantie est l'obligation de l'assureur.'²³⁸

In Zwitserland is men niet eensgezind over de verbintenis(en) die voortvloeit (voortvloei(en)) uit de verzekeringsovereenkomst. Net als in Duitsland zijn ook hier de meningen verdeeld over wat als hoofdverbintenis beschouwd kan worden: het risico overnemen of het uitkeren wanneer het risico zich voordoet. Fuhrer zet beide theorieën uiteen en sluit zich aan bij die van risico-overname als hoofdverbintenis van de verzekeraar.²³⁹ Hij voert daarbij het argument aan dat risico-overname een 'marktgängigen Preis' heeft en bovendien het 'Wesensmerkmal' van de verzekeringsovereenkomst aangeeft met als 'Pendent' het betalen van premie door de verzekeringnemer. Voorts merkt hij op dat deze benadering ook meer aansluit bij de verzekeringsovereenkomst als duurovereenkomst. Deze kenmerkt zich 'dass der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die

234. Clarke parafraseert feitelijk Channel J uit een zaak van de King's Bench Division d.d. 28, 29 juni 1904. Zie *Prudential Insurance co. vs. Inland Revenue Commissioners*, [1904] 2 K.B. 658. Zie, bijvoorbeeld, ook N. Legh-Jones, J. Birds & D. Owen, *MacGillivray on Insurance Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2008 (elfde druk, hierna MacGillivray 2008), p. 3.

235. Zie hierover eveneens Clarke 2009, p. 1-11 en MacGillivray 2008, p. 3-8.

236. Zie Y. Lambert-Faivre & L. Leveneur, *Droit des assurances*, Parijs: Dalloz 2011 (dertiende druk, hierna Lambert-Faivre & Leveneur 2011), p. 266 en J. Kullmann, in: J. Kullmann (red.), *Lamy Assurances*, Parijs: Wolters Kluwer France 2012 (druk 2013, hierna Lamy 2013), nr. 28.

237. J. Kullmann, in: Lamy 2013, nr. 28.

238. Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 266.

239. Fuhrer 2011, p. 21.

Leistungen fortgesetzt werden sollen. (...) Massgebend ist dabei die Hauptleistung, beim Versicherungsvertrag also der Risikotransfer.’

Kuhn denkt hier echter heel anders over. Hij gaat ervan uit dat het zeer goed mogelijk is dat bij een wederkerige overeenkomst enerzijds sprake is van een voorwaardelijke prestatie en anderzijds een onvoorwaardelijke. Hij is van mening dat weliswaar in het dagelijks leven ‘Gefahrtragung und Risikoübernahme’ een courante uitdrukking is maar dat daarmee bedoeld wordt dat de verzekeraar uitkeringsplichtig is indien het risico zich verwezenlijkt.²⁴⁰ Er is dus duidelijk verdeeldheid in Zwitserland over welke verbintenis gezien kan worden als hoofdverbintenis van de verzekeraar. Een definitie, die mogelijkterwijs voor duidelijkheid zou kunnen zorgen, ontbreekt helaas zowel in het VVG van 1908²⁴¹ als in het ontwerp van het nieuwe VVG²⁴².

Op basis van de definitie in de PEICL verbindt de verzekeraar zich om uit te keren, afhankelijk van de overeenkomst in geld of anderszins.²⁴³ Dit kan als hoofdverbintenis volgens de European Principles beschouwd worden: ‘(...) “Insurance contract” means a contract under which one party, the insurer, promises another party, the policyholder, cover against a specified risk in exchange for a premium;’.²⁴⁴ Tegenover de verbintenis van het betalen van een premie staat, met zoveel woorden, de verbintenis om het risico te dekken.²⁴⁵ In de toelichting ligt, zoals Leerink terecht opmerkt, overigens meer de nadruk op het feit dat ‘cover’ niet alleen geldt maar ook andere vormen van dekking in kan houden. In mindere mate wordt stilgestaan bij het feit dat de hoofdverbintenis is het overnemen van risico en niet het uitkeren.

3.2.3 Balans

Naar mijn mening is de hoofdverbintenis van de verzekeraar: overnemen van het risico van de verzekerde tegenover de verbintenis van de verzekeringnemer om premie te betalen. Deze uitleg stemt het meest overeen met de economische en maatschappelijke realiteit omtrent verzekeren. De essentie van verzekeren is immers, ook volgens de Hoge Raad, dat de verzekeraar het overeengekomen risico loopt:

‘(...) De essentie van de verzekeringsovereenkomst is dat de verzekeraar het overeengekomen risico loopt. Daaraan is inherent dat onzeker is of de schade waartegen de verzekering dekking biedt, zal ontstaan. De verzekeraar zal zich, voordat hij zich verbindt het risico te lopen, een oordeel vormen omtrent de kans dat het zich tijdens de looptijd van de verzekering zal verwezenlijken. Weliswaar kunnen partijen overeenkomen dat de verzekering zal ingaan op een tijdstip dat is gelegen vóór het tijdstip

240. Zie hierover uitgebreid M.W. Kuhn, R.L. Müller-Studer & M.K. Eckert, *Privatversicherungsrecht*, Zürich/Basel/Geneve: Schulthess Juristische Medien AG 2010 (hierna Kuhn, Müller-Studer & Eckert 2010), p. 219-222 en Leerink 2011, p. 64.

241. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (vom 2. April 1908).

242. Entwurf Totalrevision VVG 2011.

243. Zie Basedow e.a. 2009, p. 52.

244. Artikel 1:201 PEICL, www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf.

245. Leerink is dezelfde mening toegedaan. Zie Leerink 2011, p. 65.

waarop de verzekering tot stand komt, in welk geval niet is uitgesloten dat het risico zich op laatst vermeld tijdstip reeds heeft verwezenlijkt, maar niet kan worden aanvaard dat de verzekering ook schade dekt die het gevolg is van verwezenlijking van het risico voordat de verzekering tot stand is gekomen indien de verzekeringnemer en/of de verzekerde daarvan toen reeds kennis droeg/droegen. In dat geval zou voor hen of een van hen, op het tijdstip waarop de verzekeraar zich verbond om het risico te lopen, immers geen onzekerheid meer bestaan over de verwezenlijking van het risico.²⁴⁶

Zoals ik reeds eerder aanhaalde, verwoordt Mijnsen bijzonder overtuigend dat de hoofdverbintenis van risico overnemen in de gehele regeling van titel 7.17 BW als uitgangspunt geldt en bovendien aansluit bij de regeling van de wederkerige overeenkomst, zoals geregeld in Boek 6 BW.²⁴⁷ De verzekeringsovereenkomst kent derhalve de volgende twee hoofdverbintenissen: de hoofdverbintenis van de verzekeraar om het overeengekomen risico te dekken. Dat de hoofdverbintenis van de verzekeraar is het overeengekomen risico te dekken is ook het meest in lijn met de praktijk. Als, bijvoorbeeld, een brandverzekering is afgesloten, maar de brand uitblijft, heeft de verzekeraar toch aan zijn verplichtingen voldaan als de hoofdverbintenis van de verzekeraar is het dekken van het overeengekomen risico. Dit zou echter geen stand houden indien het uitkeren als de hoofdverbintenis van de verzekeraar zou hebben te gelden in plaats van het risico overnemen. Hij zou dan immers pas aan zijn verplichting hebben voldaan wanneer hij een uitkering aan de verzekerde had gedaan.

De hoofdverbintenis van de verzekeringnemer is om de overeengekomen premie te betalen. Overigens is de verplichting om premie te betalen in het geval van de levensverzekering iets gecompliceerder. Meestal is de risicodekking afhankelijk van de eerste premiebetaling maar ook dan geldt dat als aan die verplichting niet is voldaan, de overeenkomst bepaalt dat de verzekering niet ingaat. Als de risicodekking direct bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst ingaat, moet ook de risicopremie worden voldaan. Het is vervolgens afhankelijk van de overeenkomst of gedurende de looptijd van de verzekering steeds binnen een bepaalde termijn opnieuw premie (vervolgpremie) betaald moet worden. Dit neemt niet weg dat de plicht tot het betalen van premie wel degelijk de hoofdverbintenis van de verzekeringnemer is.²⁴⁸

3.3 Wanneer geldt het onzekerheidsvereiste?

3.3.1 Algemeen

In artikel 7:925 BW is sprake van de onzekerheidseis bij het *aangaan* van de verzekeringsovereenkomst. Het ontstaan van de schade moet ook voor de verzekerde een niet normaliter te verwachten gevolg zijn.²⁴⁹ De onzekerheidseis is echter,

246. HR 11 april 1997, NJ 1998/111, r.o. 3.4, m.nt. M.M. Mendel.

247. Mijnsen 2012, p. 4-5.

248. Zie hierover uitgebreid Leerink 2011, p. 71-73.

249. Zie Ph.H.J.G. van Huizen, in: *Free on board* (Liber amicorum Marc A. Huybrechts), Antwerpen: Intersentia 2011 (hierna Van Huizen 2011), p. 684.

mijns inziens, niet slechts beperkt tot het moment van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst maar geldt ook *gedurende* de verzekeringsovereenkomst. Gedurende de overeenkomst is de verzekerde gedekt tegen een bepaald risico.²⁵⁰ De verzekeraar geniet bescherming door de onzekerheidseis. Het ontstaan van de schade dient ook voor de verzekerde tijdens de looptijd van de overeenkomst een risico, en dus onverwacht, te zijn.²⁵¹ Gezien de aard van de verzekeringsovereenkomst moet dus ook na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog onzekerheid ten aanzien van het evenement bestaan. Het is immers een overeenkomst tot risico-overdracht.²⁵² Het risico dient buiten de verzekerde te liggen.²⁵³ Het moet de verzekerde overvallen.

Deze onzekerheid gedurende de looptijd van de verzekeringsovereenkomst speelt met name bij de kwestie van verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht.²⁵⁴ Artikel 7:952 BW²⁵⁵ is immers van regelend recht. Dit zou kunnen betekenen dat alle schuldgradaties ook meeverzekerd zouden kunnen worden. Deze regeling wordt echter 'gecorrigeerd' door de onzekerheidseis. Van Huizen stelt hierover in zijn proefschrift: 'Het ontstaan van de schade dient ook voor de verzekerde onverwacht te zijn. Zolang hieraan voldaan is acht ik vergoeding van schade veroorzaakt door de verzekerde zelf toelaatbaar. In termen van opzet is de grens van verzekeraarbaarheid van eigen gedragingen bereikt waar zich opzet met zekerheidsbewustzijn van de schade voordoet.'²⁵⁶ Het komt er derhalve op neer dat opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn juridisch niet verzekeraarbaar zijn omdat er *geen enkele* onzekerheid is ten aanzien van het plaatsvinden van het verzekerde evenement. De verzekerde weet in die situaties 100% zeker dat de schade zal intreden. De verzekerde wordt, met andere woorden, dus niet overvallen door het intreden van het risico. Bij opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn en opzet als mogelijkheidsbewustzijn ligt dit anders omdat daar sprake is van *enige* onzekerheid ten aanzien van het plaatsvinden van het verzekerde evenement.²⁵⁷ De vereiste onzekerheid bij het aangaan van de overeenkomst betreft feitelijk de geldigheid van de overeenkomst terwijl het onzekerheidsvereiste gedurende de overeenkomst invloed heeft op het al dan niet ontstaan van de uitkeringsplicht voor de verzekeraar.

Onder het oude recht gold, ingevolge artikel 269 WvK, dat bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst reeds aanwezige schade verzekeraarbaar was mits de verzekeringnemer/verzekerde met die schade onbekend was.²⁵⁸ Van Eijk-Graveland

250. Steeds moet dus sprake zijn van een risico; artikel 7:934 en 7:938 BW wijzen ook in die richting. Deze artikelen borduren namelijk voort op de aanname dat de hoofdvlichting van de verzekeraar is het risico lopen. Zie nader over deze kwestie Mijnsen 2012, p. 4-5.
251. Zie in gelijke zin Van Eijk-Graveland 1998, p. 138.
252. Zie ook M.L. Hendrikse, 'Een rechtsvergelijkende analyse aangaande de verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht', in: *Over grenzen* (Liber amicorum Herman Cousy), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna Hendrikse 2011), p. 473; Van Eijk-Graveland 1998, p. 139 en Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu uitgevers 1988 (hierna Van Huizen 1988), p. 258.
253. Zie eveneens Van Eijk-Graveland 1998, p. 138.
254. Zie hierover uitgebreid Hendrikse 2011, p. 465 e.v.
255. Artikel 7:952 BW luidt: 'De verzekeraar vergoedt geen schade aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt.'
256. Van Huizen 1988, p. 258.
257. Zie in gelijke zin Hendrikse 2011, p. 473-474.
258. Artikel 269 WvK luidde: 'Alle verzekering, gedaan op eenig belang hoegenaamd, waarvan de schade, tegen welke verzekerd is, reeds op het tijdstip van het sluiten der overeenkomst bestond, is nietig, indien de verzekerde, of hij die met of zonder last heeft doen verzekeren, van het aanwezen

spreekt in haar dissertatie over de ‘continue eis van onzekerheid’.²⁵⁹ Zij stelt dat het wezenskenmerk van onzekerheid voortvloeit uit het gegeven dat de verzekering behoort tot de kansovereenkomsten: ‘De verzekeraar verplicht zich tot het overnemen van het risico. Deze prestatie neemt direct een aanvang zodra de verzekering begint te lopen’ en ‘Het kenmerk van het kanscontract is dat partijen de overeenkomst sluiten met het oog op deze kans. Het kanscontract zou niet totstandgekomen zijn als er niet een kans bestond. Wanneer nu de verzekerde het voorval zelf doet plaatsvinden is het kanselement geheel verdwenen.’²⁶⁰

Ook Hendrikse benadrukt dat de aard van de verzekeringsovereenkomst meebrengt dat er ook onzekerheid ten aanzien van het evenement dient te bestaan na het sluiten van de overeenkomst zelfs al zou de wet bepalen dat bij het sluiten van de overeenkomst onzekerheid dient te bestaan over het onzeker voorval en de daarmee samenhangende uitkeringsplicht.²⁶¹ Van Huizen gaat eveneens uit van deze continue eis van onzekerheid door het element van risico-overdracht dat essentieel is voor de verzekeringsovereenkomst: ‘Dit duidt er naar mijn mening op dat de risicogedachte niet uitsluitend dient te zijn gewaarborgd ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst maar gedurende de looptijd van de verzekering zijn invloed blijft behouden.’²⁶²

Mendel, daarentegen, beschouwt in zijn bijdrage aan de Wansink-bundel de opzettelijke schadeveroorzaking en onzeker voorval. In dat kader stelt hij dat het ‘absurd’ zou zijn als de algemene regel zou zijn dat ‘van een onzeker voorval geen sprake is indien op enig moment na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst zeker is dat de schade zal intreden’. Aan de hand van een dergelijke regel zou de verzekeraar bijna nooit een uitkeringsplicht hebben. Praktisch altijd is er immers op enig moment voor het intreden van de schade een moment waarop die schade zeker is. Vaak is dat moment kort voor het intreden van de schade. Mendel haalt daarbij een bekend voorbeeld aan: ‘(...) het verhaal van de reuzentanker waarvan als gevolg van de geringe wendbaarheid minuten voor het zover is al kan vaststaan dat een aanvaring zal volgen.’ Ook in dit geval kan men, mijns inziens, echter stellen dat het gaat om een niet normaal te verwachten gebeurtenis waar de verzekerde geen invloed heeft op het ontstaan van de schade. De verzekerde wordt ook hier overvallen door het risico.

Bij opzettelijke schadeveroorzaking ligt het volgens Mendel anders omdat ‘het in dat geval de verzekerde zelf is die het onzeker voorval door een zeker vervangt.’

der schade heeft kennis gedragen.’ En artikel 270 WvK: ‘1. Er bestaat een vermoeden, dat men van het aanwezig dier schade heeft kennis gedragen, indien de regter, met inachtneming der omstandigheden, oordeelt dat er sedert het aanwezig der schade zoo veel tijds is verlopen, dat de verzekerde daarvan had kunnen kennis dragen. 2. In geval van twijfel, staat het den regter vrij om aan verzekerden en derzelve lasthebbers den eed op te leggen, dat zij, ten tijde van het sluiten der overeenkomst, van het aanwezig der schade geene kennis hebben gedragen. 3. Indien die eed door de partij aan hare wederpartij wordt opgedragen, moet dezelve in allen gevallen door den regter worden opgelegd.’

259. Anders dan, bijvoorbeeld, Blom die in zijn proefschrift vasthoudt aan de letter van de wet. Op basis van artikel 7:925 BW gaat hij ervan uit dat onzekerheid moet bestaan tijdens het sluiten van de overeenkomst. A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna Blom 2006), p. 28. Zie eveneens Overes 2017, p. 6.

260. Zie Van Eijk-Graveland 1998, p. 139-140.

261. Zie M.L. Hendrikse, ‘Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering’, in: *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013 (hierna Hendrikse 2013), p. 216 en in gelijke zin Hendrikse 2011, p. 473.

262. Zie Van Huizen 1988, p. 258.

Mendel beschouwt onzekerheid daarnaast als een juridisch begrip en dit betekent volgens hem dat naar juridische maatstaven moet worden bepaald op welk(e) tijdstip(pen) moet worden beoordeeld of een voorval onzeker is.²⁶³ Dus ook al zou worden gekozen voor de eis van onzekerheid bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, dan betekent dit niet per definitie dat de onzekerheid niet tevens zou moeten worden beoordeeld naar het moment van opzettelijke schadeveroorzaking.²⁶⁴

Het toepassen van juridische maatstaven bij de bepaling van het moment waarop moet worden beoordeeld of een voorval onzeker is, lijkt mij zeker redelijk en bovendien sluit het volgens mij beter bij de praktijk aan. Overigens ben ik me ervan bewust dat deze norm open is en de verzekerde niet onevenredig benadeeld dient te worden juist omdat, zoals gezegd, er altijd een moment is waarop het intreden van de schade zeker is. Maar van deze onevenredige benadeling zal echter geenszins sprake zijn als men uitgaat van de eis dat er sprake moet zijn van een niet normaal te verwachten gebeurtenis die de verzekerde overvalt. Het volgende voorbeeld kan daarbij wellicht tot illustratie dienen. Een Nederlandse landbouwer heeft een stuk grond in Afrika verzekerd tegen schade aan zijn gewassen. Op een zeker moment wordt een sprinkhanenplaag aangekondigd die over een maand zijn landbouwgrond zal bereiken. De sprinkhanenplaag, die niet normaal te verwachten is, overvalt derhalve de Nederlandse landbouwer. De schade die daardoor aan de gewassen wordt aangericht is, in beginsel, gedekt onder de verzekeringsovereenkomst. Dit laat overigens onverlet dat de Nederlandse landbouwer maatregelen moet nemen. Hij heeft, met andere woorden, wel degelijk een verplichting om de schade te beperken. Op hem rust immers de bereddingsplicht en de meldingsplicht op grond van respectievelijk artikel 7:957 BW²⁶⁵ en artikel 7:941 BW²⁶⁶. Mocht de landbouwer derhalve niet voldoen aan zijn meldingsplicht of aan zijn bereddingsplicht, is het wel mogelijk dat de verzekeraar zich beroept op eerdergenoemde artikelen en derhalve overgaat tot een schadevergoedingsactie (artikel 7:957 lid 3 BW en artikel 7:941 lid 3 BW) of zelfs dat het recht op uitkering komt te vervallen (artikel 7:941

263. Zie M.M. Mendel, in: *De Wansink-bundel Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006 (hierna Mendel 2006), p. 346.

264. Mendel 2006, p. 346. Hij verwijst hier bovendien naar Molengraaff c.s. en het Franse recht die ook deze benadering voorstaan.

265. Artikel 7:957 BW luidt: '1. Zodra de verzekeringnemer of de verzekerde van de verwezenlijking van het risico of het ophanden zijn daarvan op de hoogte is, of behoort te zijn, is elk hunner, naar mate hij daartoe in de gelegenheid is, verplicht binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen, die tot voorkoming of vermindering van de schade kunnen leiden; 2. De verzekeraar vergoedt de kosten aan het nemen van de in lid 1 bedoelde maatregelen verbonden, en de schade aan zaken die daarbij worden ingezet; 3. Indien de verzekerde de in lid 1 bedoelde verplichting niet is nagekomen, kan de verzekeraar de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor lijdt.'

266. Artikel 7:941 BW luidt: '1. Zodra de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is, of behoort te zijn, is hij verplicht aan de verzekeraar de verwezenlijking te melden. Dit geschiedt zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is; 2. De verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde zijn verplicht binnen redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen; 3. Indien door de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 of 2 niet is nagekomen, kan de verzekeraar de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor lijdt; 4. De verzekeraar kan het vervallen van het recht op uitkering wegens niet-nakoming van een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 slechts bedingen voor het geval hij daardoor in een redelijk belang is geschaad; 5. Het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt.'

lid 4 BW). Dit neemt echter niet weg dat de landbouwer overvallen is door de niet normaal te verwachten gebeurtenis van de sprinkhanenplaag die zijn grond gaat bereiken. Daarmee is dan dus voldaan aan het onzekerheidsvereiste.

Als de twee hoofdverplichtingen van de verzekeringsovereenkomst beschouw ik onder verwijzing naar de vorige paragraaf: het betalen van de premie door de verzekeringnemer tegenover het overnemen van het risico door de verzekeraar. Essentieel bij het aangaan van de overeenkomst waaruit die verplichtingen voortvloeien is dat onzekerheid bestaat over het al dan niet verwezenlijken van het risico, het ontstaan van de uitkeringsplicht. Deze onzekerheid dient naar mijn mening te blijven bestaan tot het moment waarop het risico zich verwezenlijkt. De eis van onzekerheid is kenmerkend voor een verzekeringsovereenkomst. Onzeker is of, wanneer en in hoeverre de verzekeraar gehouden zal zijn tot het doen van uitkeringen, dan wel wat de duur is van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling.

Ook in andere landen is onzekerheid onlosmakelijk verbonden met het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Aan deze eis van 'Ungewissheit', 'fortuity' of 'aléa' wordt echter nergens zo veel aandacht besteed als in (de literatuur over) het Nederlandse verzekeringsrecht.²⁶⁷ Dat zonder een vorm van onzekerheid bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst, deze niet gesloten kan worden, is een universeel uitgangspunt.

3.3.2 Rechtsvergelijking

Zoals uit de vorige paragraaf bleek, wordt niet door eenieder erkend dat het overnemen van risico de hoofdverbintenis van de verzekeraar is. Of het overnemen wordt gezien als hoofdverbintenis van de verzekeringsovereenkomst, heeft invloed op het al dan niet continu (gedurende de looptijd van de overeenkomst of slechts bij het aangaan ervan) aanwezig zijn van de eis van onzekerheid. Dit geldt eveneens voor de door mij onderzochte rechtsstelsels.

Voor het Belgische verzekeringsrecht is, bijvoorbeeld, ook gezien de definitie goed verdedigbaar dat aan het onzekerheidsvereiste tevens ná het sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog voldaan moet zijn.²⁶⁸ Fontaine licht de definitie van de verzekeringsovereenkomst uit de wet van 1874 toe waarbij het risico-element als essentieel onderdeel van de verzekeringsovereenkomst naar voren komt: '(...) le contrat d'assurance est inconcevable sans risque. Par "risque", on entend un événement incertain, (...)'.²⁶⁹ Fontaine merkt echter meer recentelijk over het alea vereiste in het Belgische recht op dat dit alleen aan de orde is bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst: 'Nous n'en sommes pas convaincu. A posteriori, on peut trouver à l'origine de tout sinistre une cause ou un ensemble de causes qui devaient

267. Zie hierover eveneens G. Kamphuisen, 'Hollandse onzekerheid', in: *Over grenzen* (Liber amicorum Herman Cousy), Antwerpen: Intersentia 2011 (hierna Kamphuisen 2011), p. 161.

268. Zie artikel 1.1 WLVO: '(...) Verzekeringsovereenkomst: een overeenkomst, waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij, naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet.'

269. M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 1975, p. 55.

nécessairement conduire à l'événement, et pas seulement en cas de sinistre volontaire. C'est à la conclusion du contrat qu'il convient d'apprécier le caractère aléatoire d'un événement.²⁷⁰

Deze laatste uitleg gaat, mijns inziens, nogal kort door de bocht. De definitie in de wet bepaalt slechts dat een verzekeringsovereenkomst een overeenkomst is waarbij een verzekeraar zich verbindt tegen betaling van premie door de verzekeringnemer een bepaalde prestatie te verrichten ingeval zich een onzekere gebeurtenis voordoet.²⁷¹ Men gaat er in België weliswaar van uit dat de verzekeringsovereenkomst een voorwaardelijke verbintenis is maar de definitie van artikel 1 WLVO laat, bijvoorbeeld, ruimte voor een continue eis van onzekerheid.²⁷² Gezien deze definitie is, bijvoorbeeld, goed verdedigbaar dat aan het onzekerheidsvereiste tevens ná het sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog voldaan moet zijn. Het feit dat voor de verzekerde eveneens sprake moet zijn van een niet normaal te verwachten gebeurtenis waarop hij geen invloed heeft, blijkt expliciet uit: '(...) onzekere gebeurtenis voordoet, waarbij (...), de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet.' De verzekeringsovereenkomst heeft een aleatoir karakter en is opgenomen onder de kanscontracten. Op de dag van het sluiten van de overeenkomst zijn de verbintenissen verschillend maar wel gelijkwaardig.²⁷³ Er is derhalve ook hier ruimte voor de continue eis van onzekerheid ook al is het uitgangspunt een voorwaardelijke verbintenis. Ook de uitleg bij de begripsomschrijving van 'vervoerrisico' in het voorstel voor de herziening van het Belgische scheepvaartrecht duidt op een continue eis van onzekerheid: '(...) Het element "*-risico*" geeft reeds aan dat het moet gaan om een *onzekere gebeurtenis*, en dat ook de vervoerverzekeringsovereenkomst *wezenlijk een aleatoir karakter heeft*.'²⁷⁴ (cursivering HMBB). Doordat deze wezenskenmerken van het risico-element worden benadrukt, zijn deze zodanig van belang dat zonder die kenmerken er geen sprake is van een verzekeringsovereenkomst. Deze moeten derhalve steeds aanwezig zijn gedurende de overeenkomst.

In het Duitse recht kan het overnemen van het risico worden gezien als de hoofdverbintenis van de verzekeraar, zoals ik hiervoor al bepleitte.²⁷⁵ Tegenover deze hoofdverbintenis voor de verzekeraar staat de verbintenis van de verzekeringnemer om premie te betalen.²⁷⁶ De 'Geldleistungspflicht' ontstaat na de verwezenlijking van het risico.²⁷⁷ Doordat het Duitse recht ook de wederkerige overeenkomst als hoofdverbintenis van de verzekeringsovereenkomst onderscheidt, is ook hier con-

270. M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 2010, p. 270. Deze passage keert niet terug in de editie van 2016.

271. Zie in gelijke zin Hendrikse 2013, p. 216.

272. Zie, bijvoorbeeld, in België, artikel 1.1 WLVO: '(...) Verzekeringsovereenkomst: een overeenkomst, waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij, naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet.'

273. Zie hierover uitgebreid Schuermans 2008, p. 247-248.

274. Artikel 9.64 Negende Blauwboek over de herziening van het Belgisch Scheepvaartrecht, www.zee-recht.be.

275. Zie hierover eveneens Wandt 2010, p. 237 e.v.

276. De leer die uitgaat van deze twee verbintenissen wordt de 'Gefahrtragungspflicht' genoemd.

277. Zie hierover eveneens J. Prölls, in: Prölls/Martin 2010, p. 91.

tinu de onzekerheid vereist en niet slechts bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst.

In Engeland geldt het onzekerheidsvereiste ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Het onzekerheidselement behelst niet alleen of het evenement zal plaatsvinden maar ook hoe vaak, in welke mate of wanneer de gebeurtenis zal geschieden.²⁷⁸ Clarke benadrukt overigens wel (in het kader van de methode voor het vaststellen van die vereiste onzekerheid) dat in alle landen ‘the very nature of Insurance, (...) forbids one from obtaining Insurance for a loss the insured knows is already present’. Voor wat betreft de zeeverzekering geldt als houvast de definitie uit de MIA 1906. De verzekeraar heeft de verplichting om de verzekeringnemer schadeloos te stellen. De verbintenis van de verzekeraar is derhalve uitkeren en niet het dekken van het risico, dit is dus een voorwaardelijke verbintenis. Essentieel is derhalve verzekerbaar belang bij het aangaan van de overeenkomst.²⁷⁹ In Engeland wordt de verzekeringsovereenkomst echter niet helder gedefinieerd voor elke vorm van verzekering en het is daarom lastig om het karakter ervan te bepalen, zoals hiervoor al aan de orde is geweest. Vaststaat dat men uitgaat van een voorwaardelijke verbintenis (wellicht naast een wederkerige overeenkomst maar dat is niet duidelijk). Met die gedachte in het achterhoofd, lijkt de conclusie van Clarke dat de onzekerheid moet bestaan bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst ook het meest voor de hand liggend.

Het Franse recht gaat uit van twee verbintenissen in het aleatoire contract.²⁸⁰ De eerste is de verbintenis het risico te dragen en de tweede is de verbintenis om uit te keren, indien het verzekerde evenement zich voordoet. Met de eerste verbintenis in het achterhoofd, kan worden gesteld dat in Frankrijk het onzekerheidsvereiste ook tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst geldt. Als het risico niet (meer) bestaat, bevat de verzekeringsovereenkomst namelijk geen enkele verplichting.²⁸¹

In Zwitserland is er, zoals gezegd, duidelijk verdeeldheid over welke verbintenis gezien kan worden als hoofdverbintenis van de verzekeraar. Dat heeft dus ook invloed op de vraag of het onzekerheidsvereiste doorlopend aanwezig is of slechts bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. In de wet wordt in dat verband steeds gesproken over ‘Abschluss’ van de overeenkomst.²⁸² Het heeft er derhalve de schijn van (en door de onduidelijkheid over de hoofdverbintenis bij de verzekeringsovereenkomst wordt het tegendeel niet bevestigd) dat in Zwitserland alleen bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst onzekerheid vereist is.

In de European Principles staat de onzekerheidseis in artikel 1:201 PEICL. In het commentaar op artikel 1:201 PEICL merkt men op dat de in lid 1 gebruikte term ‘risico’ een onzekerheidselement inhoudt. Het is voldoende voor dit risico-element dat op het moment dat de overeenkomst wordt gevormd, geen zekerheid bestaat

278. Zie in gelijke zin Clarke 2009, nr. 1-1D1.

279. Zie hierover ook Arnould 2013, nr. 1-06, p. 6-7.

280. Zie hierover J. Kullmann, in: Lamy 2013, nr. 21 en 22.

281. Zie in gelijke zin Lambert-Favre & Leveneur 2011, p. 266-267.

282. Zie artikel 24 en 25 Entwurf VVG 2011.

over of, wanneer of tot welk bedrag uitkering dient plaats te vinden of zelfs hoe lang een afgesproken betaling of premie zal duren. Deze onzekerheid moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de partijen op het moment van het sluiten van de overeenkomst.²⁸³ Hieruit volgt derhalve dat volgens de PEICL het onzekerheidsvereiste alleen geldt ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

Of het overnemen wordt gezien als hoofdverbintenis van de verzekeringsovereenkomst, heeft, zoals reeds gezegd, invloed op het al dan niet continu aanwezig zijn van het onzekerheidsvereiste. Dit geldt eveneens voor de door mij onderzochte rechtsstelsels. De aard van de verzekeringsovereenkomst brengt overigens, mijns inziens, mee dat ook onzekerheid ten aanzien van het evenement dient te bestaan na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst zelfs als de wet zou bepalen dat er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzekerheid dient te zijn over het verzekerd voorval en de daarmee samenhangende uitkeringsplicht (zoals bijvoorbeeld in het Nederlandse artikel 7:925 BW). De verzekeringsovereenkomst kan immers beschouwd worden als een overeenkomst tot risico-overdracht en, zoals reeds eerder gezegd, het ontstaan van de schade dient ook voor de verzekerde tijdens de looptijd van de overeenkomst een risico – en dus onverwacht – te zijn.²⁸⁴

3.3.3 Balans

Hoewel de tekst van artikel 7:925 BW er derhalve op lijkt te wijzen dat het onzekerheidsvereiste alleen geldt bij aanvang van de overeenkomst, kan dit echter mijns inziens niet de bedoeling zijn van de wetgever. De verzekeringsovereenkomst kan, zoals reeds gesteld, worden beschouwd als een overeenkomst tot risico-overdracht. Niet alleen bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst maar ook gedurende de geldigheidsduur van de overeenkomst moet er derhalve voor de verzekerde een risico zijn (en dat is per definitie een onverwachte gebeurtenis).²⁸⁵ Als voor de verzekerde geen sprake is van het risico dat een niet normaal te verwachten gebeurtenis zich voordoet, kan de verzekeraar dat risico ook niet overnemen.

3.4 Interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het oude recht

3.4.1 Algemeen

Vaststaat dat het element van onzekerheid een essentieel kenmerk van de verzekeringsovereenkomst is.²⁸⁶ Meestal is onzeker of en hoeveel dient te worden uitgekeerd maar ook kan er onzekerheid bestaan over de hoogte van de premie.

Artikel 246 WvK (oud) spreekt, zoals gezegd, nog over ‘schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht voordeel, welke derzelve, door een *onzeker*

283. Zie Basedow e.a. 2009, p. 49.

284. Zie in gelijke zin Hendrikse 2013, p. 216.

285. Zie in gelijke zin Hendrikse 2011, p. 465-474, p. 473. Zie eveneens Van Huizen 1988, hfdst. 2 en Van Eijk-Graveland 1998, p. 139.

286. Dit blijkt ook uit de MvT 1986, M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007 (hierna Hendrikse, Martius & Rinkes 2007), p. 2.

voorval zou kunnen leiden' waar in het nieuwe recht slechts terugkeert 'geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren.'²⁸⁷

Artikel 269 WvK bracht een nuancering aan, dit artikel stelde de grenzen vast van verzekerbaarheid.²⁸⁸

Er bestaat een tweedeling in de uitleg van het onzekerheidsvereiste ex artikel 246 WvK: sommigen gaan uit van de subjectieve leer en anderen van de objectieve.

3.4.1.1 Subjectieve leer

De subjectieve leer hanteert een subjectief begrip van onzekerheid ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Dit komt er, anders gezegd, op neer dat aan het onzekerheidsvereiste is voldaan indien ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst voor de verzekeringnemer onzeker is of de schadeveroorzakende voorvallen hebben plaatsgehad (indien we ervan uitgaan dat onder de verzekeringsovereenkomst vereist is dat onzekerheid moet bestaan over deze schadeveroorzakende voorvallen).

Het criterium dat voorheen werd gehanteerd in literatuur en jurisprudentie ('een naar de normale loop van omstandigheden niet te verwachten gebeurtenis') kan nu eenmaal niet altijd worden toegepast. Een voorbeeld waarbij dit niet opgaat is een bezoek aan de huisarts. De kosten hiervoor worden weliswaar gedekt door de ziektepolis maar een huisarts kan niet worden beschouwd als een niet-normale gebeurtenis.²⁸⁹ Voetelink lost dit op door te stellen dat mede verzekerbaar blijkt het min of meer met zekerheid te verwachten voorval, mits maar (1) de omvang van de te verwachten schade onzeker is, en (2) de verzekeraar bij het sluiten van de overeenkomst op de hoogte is van de grote kans dat er hoe dan ook schade veroorzaakt zal worden.²⁹⁰

Voetelink vergelijkt, ter illustratie, de schadeverzekering met de levensverzekering. Bij veel levensverzekeringen staat immers a priori vast dat de verzekeraar zal moeten betalen en vaak zelfs ook hoeveel hij moet betalen. Slechts het tijdstip waarop hij zal moeten betalen, is nog onzeker bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. In het geval van de schadeverzekering is het ook geoorloofd het zeker te verwachten voorval te verzekeren mits nog maar onzekerheid blijft bestaan omtrent de schade-omvang. Bovendien benadrukt Voetelink dat het onzekerheidsbegrip een subjectief karakter draagt. Ook al hebben de schadeveroorzakende voorvallen reeds plaatsgehad ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, levert dat geen probleem op voor de overeenkomst, mits hierover voor de verzekeringnemer nog onzekerheid bestond.²⁹¹

287. Cursivering HMBB.

288. Het artikel bepaalde namelijk dat elke verzekering nietig was als de schade waartegen verzekerd was reeds op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst bestond en de verzekeringnemer daarvan op de hoogte was.

289. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012/33.

290. H.M. Voetelink, *Verzekeringsarchief* 1980 (hierna Voetelink 1980), p. 197-198.

291. Voetelink 1980, p. 196-198.

3.4.1.2 *Objectieve leer*

De objectieve leer gaat ervan uit dat het objectief onzeker moet zijn of, wanneer en zo ja, voor welk gedeelte het overgedragen risico zich zal voordoen. Volgens dit criterium is het dus niet voldoende dat er bij de verzekeringnemer hierover onzekerheid bestaat maar moet het concreet (objectief waarneembaar) onzeker zijn. Het komt er bij dit criterium derhalve op neer dat het risico zich überhaupt niet mag hebben verwezenlijkt ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

3.4.2 **Jurisprudentie**

Hoe het vereiste van het onzeker voorval onder het oude recht geïnterpreteerd diende te worden, valt op te maken uit twee arresten van de Hoge Raad die – nog altijd – als maatgevend worden beschouwd op dit terrein: het zogenoemde *Cox*-arrest en het *Bike Brothers*-arrest.

Een belangrijk voorbeeld uit de jurisprudentie over de invulling van het onzeker-voorvalvereiste onder het oude recht, is, zoals gezegd, het *Cox*-arrest.²⁹² In dit arrest werd door de Hoge Raad het oordeel van het hof bekrachtigd dat schade die het gevolg is van een normaal te verwachten gebeurtenis, niet door de verzekering wordt gedekt. In casu was schade ontstaan door de bevriezing van koelssystemen in vrachtauto's die over zee werden vervoerd van Nederland naar Canada. Het vervoer vond plaats in een periode dat vorst als een normaal te verwachten gebeurtenis kan worden beschouwd op de gevolgde route. Overigens verwachtte verzekerde zelf niet een dergelijke gebeurtenis.

Het criterium is in dit arrest dus of naar objectieve maatstaven bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het verwezenlijken van het risico al dan niet normaliter te verwachten was.²⁹³ De Hoge Raad gebruikt hier, met andere woorden, dus het objectieve criterium.

Over het vereiste van het onzeker voorval werd eveneens geoordeeld in het arrest van de Hoge Raad van 11 april 1997, het *Bike Brothers*-arrest.²⁹⁴ In dit arrest was aan de orde een transportverzekering die was afgesloten door een Nederlandse importeur van Harley Davidson-motoren, Bike Brothers, voor het vervoer van 18 motoren en diverse onderdelen per container over zee en land vanuit Old Lyme (Verenigde Staten) naar Kaatsheuvel (Nederland). De verzekering werd door Bike Brothers afgesloten nadat de reis reeds was aangevangen en kende een – gebruikelijke – warehouse-to-warehousedekking. Een aantal motoren en onderdelen werd gestolen tijdens het voortransport en Bike Brothers was van deze diefstal in kennis gesteld. In dit arrest was aan de orde of Bike Brothers voor of na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in kennis was gesteld over die diefstal.

In dit *Bike Brothers*-arrest geeft de Hoge Raad de essentie van een verzekeringsovereenkomst weer, overwegende: '(...) dat de verzekeraar het overeengekomen risico

292. HR 26 november 1993, NJ 1994/126.

293. Zie hierover ook Van Huizen 2011, p. 675.

294. HR 11 april 1997, NJ 1998/111.

loopt. Daaraan is inherent dat onzeker is of de schade waartegen de verzekering dekking biedt, zal ontstaan. De verzekeraar zal zich, voordat hij zich verbindt het risico te lopen, een oordeel vormen omtrent de kans dat het zich tijdens de looptijd van de verzekering zal verwezenlijken’.

De Hoge Raad gaf hier derhalve aan dat de verzekeraar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst slechts rekening dient te houden met toekomstige risico’s. Daaruit volgt dat automatisch de schade waarvan de oorzaak heeft plaatsgevonden vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, niet onder de dekking valt, tenzij dit anders is bepaald in de verzekeringsovereenkomst.²⁹⁵ Dat kan in gevallen dat de dekking met terugwerkende kracht vóór het sluiten van de verzekering is aangegaan. In de transportverzekeringsbranche is dit, bijvoorbeeld, gebruikelijk door middel van een warehouse-to-warehouseclausule, die zorgt voor retro-actieve dekking.

3.4.3 Balans

Onder het regime van het Wetboek van Koophandel was de aanwezigheid van een onzeker voorval een van de vereisten om een uitkeringsplicht te doen ontstaan. Artikel 246 WvK richtte zich destijds – blijkens de zinsnede ‘schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemist verwacht voordeel’ – slechts op schadeverzekeringen.²⁹⁶ Uit de jurisprudentie is gebleken dat het criterium naar objectieve maatstaven ingevuld diende te worden.

3.5 Interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het nu geldend recht

3.5.1 Algemeen

Het onzekerheidsvereiste is sinds het in werking treden van titel 7.17 BW in andere bewoordingen nog steeds aanwezig. Vereist is onzekerheid met betrekking tot het doen van enige uitkering. De wetgever heeft toegelicht dat niet bij alle vormen van verzekering gesproken kan worden van een voorval en dat is de belangrijkste reden geweest om de bewoording in de definitie aan te passen. Bij sommige levensverzekeringen is, bijvoorbeeld, juist vereist dat de verzekerde op een bepaald tijdstip tijdens de looptijd van de verzekering in leven moet zijn. Dit is op een bepaald toekomstig tijdstip wel een onzeker feit, doch men kan het moeilijk een ‘voorval’, dat is een gebeurtenis, noemen.²⁹⁷

Uit de nu geldende definitie van de verzekeringsovereenkomst (zoals neergelegd in artikel 7:925 lid 1 BW) volgt hoe dan ook nog steeds dat voor elke vorm van verzekering de onzekerheid essentieel is, ook al hoeft de verwezenlijking van het risico zich niet meer te manifesteren in de vorm van een voorval.²⁹⁸ Dit hoofdstuk

295. Zie in gelijke zin Van Huizen 2011, p. 680.

296. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 5. Zie hierover eveneens Oostwouder & Vloemans 2011, p. 12-17.

297. Zie Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 2-3.

298. Zie in gelijke zin Mijnsen 2012, p. 6.

betreft het onderzoek betreffende het onzekerheidsvereiste in het schadeverzekeringsrecht. Onzekerheid moet daar bestaan ten aanzien van de vraag of er een uitkering dient te worden gedaan door de verzekeraar. Onder het regime van titel 7.17 BW is immers onzekerheid met betrekking tot het verwezenlijken van het risico nog steeds een noodzakelijk vereiste.

Indien vaststaat welke invulling wordt gegeven aan de vereiste onzekerheid ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, met andere woorden *waarover* onzekerheid moet bestaan, is het toch nog onduidelijk op welke manier hieraan invulling moet worden gegeven. De vraag *wie wanneer* in onzekerheid moet verkeren is daarmee namelijk nog niet beantwoord. Is het voldoende dat er voor de verzekeringnemer (subjectief) nog onzekerheid bestaat op het moment dat de verzekeringsovereenkomst wordt gesloten ook als achteraf blijkt dat ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de vereiste onzekerheid (objectief) niet meer aanwezig was? Moet er dus objectief sprake zijn van onzekerheid of is subjectieve onzekerheid voldoende om te beantwoorden aan het vereiste? Vanaf het in werking treden van het nieuwe verzekeringsrecht zijn twee meningen over het onzekerheidsvereiste te onderscheiden.

Aan de ene kant zijn, bijvoorbeeld, Mijnsen en Van Huizen van mening dat de uitleg van het onzekerheidsvereiste, zoals de Hoge Raad die gaf in het *Cox*-arrest, overeind kan blijven ook onder het nieuwe recht. Zij beschouwen het *Cox*-arrest als gecodificeerd in artikel 7:925 BW.²⁹⁹

Aan de andere kant vinden, onder andere, Blom en Wansink dat de uitleg van het onzekerheidsvereiste zoals neergelegd in het *Cox*-arrest, niet meer opgaat onder het nieuwe recht omdat de heersende opvatting onder het oude recht in de literatuur nu in artikel 7:925 BW is verankerd.³⁰⁰

3.5.2 Huidige stand van zaken

In de literatuur bestaat momenteel discussie over de vraag welke leer gehanteerd moet worden bij de interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het regime van titel 7.17 BW.

Van der Moolen is, bijvoorbeeld, van mening dat het criterium subjectief moet worden benaderd.³⁰¹ Door de vereiste onzekerheid, zoals deze is geformuleerd in artikel 7:925 BW is het, aldus Van der Moolen, mogelijk om een verzekeringsovereenkomst rechtsgeldig tot stand te laten komen ook als de verzekeringnemer niet onzeker is (naar subjectieve maatstaven vast te stellen) met betrekking tot het voorval van waaruit schade zou kunnen voortvloeien maar wel onzeker is over de schade die uit het voorval zou kunnen ontstaan. Het feit dat er schade zal voortvloeien, staat derhalve al vast maar de omvang van de uitkering is nog onzeker. Zij neemt hiermee als het ware reeds aan dat a priori voldoende is dat er een subjectieve onzekerheid ontstaat.

299. Zie Mijnsen 2012, p. 6 en Van Huizen 2011, p. 682.

300. J.H. Wansink, *Het nieuwe schadeverzekeringsrecht en oude olielampjes en dwaallichtjes* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006 (hierna Wansink 2006), p. 5.

301. F.H.E. van der Moolen, *NTHR* 2005, afl. 2, p. 95-98, p. 98.

Ook Wansink gaat uit van een subjectief criterium om de onzekerheid vast te stellen.³⁰² Hoewel dit niet meer terugkeert in de wettekst, gaat hij overigens nog steeds uit van de eis van een onzeker voorval en niet van de onzekerheid, zoals die wordt omschreven in artikel 7:925 BW. Dit is niet terecht, zowel met het oog op de wettekst zelf als vanuit wetshistorisch perspectief. De wetgever heeft immers bewust gekozen voor het vervangen van de eis van een onzeker voorval door die van onzekerheid.³⁰³ Wellicht wordt Wansink door zijn, onterechte, aanname dat sprake moet zijn van een onzeker voorval min of meer gedwongen in de richting van het subjectieve criterium.³⁰⁴ De breder geformuleerde eis van onzekerheid is mijns inziens namelijk gemakkelijker objectief vast te stellen dan die van onzeker voorval onder het oude recht. Er is per slot van rekening eerder sprake van slechts een onzeker element dan van het vereiste onzeker voorval.

Wansink haalt in zijn oratie het *Cox*-arrest aan als voorbeeld van een ‘dwaallichtje’ omdat zijns inziens de Hoge Raad hier het oude subjectieve criterium lijkt te verlaten.³⁰⁵ Wansink stelt in dit kader: ‘De Hoge Raad lijkt te breken met de algemeen heersende en ook door mij gedeelde opvatting in de literatuur dat de eis van onzeker voorval in het oude artikel 246 K impliceert dat partijen ten tijde van het sluiten van de verzekering het plaatsvinden van de schadetoebrengende gebeurtenis niet behoeften te verwachten. Anders gezegd, als bepalend tijdstip voor het meten van de onzekerheid geldt dat van het sluiten van de verzekering en voldoende is – gelijk onder het oude recht in artikel 269 K was neergelegd – subjectieve onzekerheid voor partijen.’

Wat Wansink hier, mijns inziens, enigszins veronachtzaamt, is de (in de loop der tijd veranderde) praktijk. Het is voor de verzekeraar onmogelijk bewijs te leveren van de aan de hand van het subjectieve criterium vast te stellen onzekerheid. Alleen daarom al, lijkt in mijn ogen het objectieve criterium de voorkeur te verdienen (welke zij blijkbaar eveneens van de Hoge Raad kreeg).

Overigens haalt Wansink een ander belangrijk punt aan dat door de Hoge Raad in dit arrest is verwaarloosd. Wansink stelt namelijk, samen met Van Tiggele-van der Velde, dat de Hoge Raad onterecht het onzeker voorval gelijkschakelt met het van buiten komend onheil.³⁰⁶ Per slot van rekening moet eerst worden vastgesteld dat ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het voor partijen onzeker was dat het schadevoorval zou optreden. Daarna komt pas de vraag aan de orde of de oorzaak is te kwalificeren als een van buiten komend onheil. Op dat punt ben ik het met Wansink en Van Tiggele-van der Velde eens. Het lijkt er overigens op dat Kamphuisen ervan uitgaat dat de twee begrippen wel aan elkaar gelijk zijn: ‘(...) de precieze betekenis van het begrip “onzeker voorval” of de maritieme uitvoering daarvan: “het van buiten komend onheil”’.³⁰⁷

302. Zie Wansink 2006, p. 5 en ook J.H. Wansink & N. van Tiggele-van der Velde, ‘Er viel een koe uit de lucht’, in: *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012 (hierna Wansink & Van Tiggele-van der Velde 2012), p. 560.

303. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 5-6 (MvT): ‘Onder het nieuwe recht zal dan ook niet meer relevant zijn de vraag wat het “onzeker voorval” is, zoals dat nog het geval was in H.R. 4 januari 1980 (...), maar of er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de in de tekst aangegeven onzekerheid bestaat.’

304. Zie, bijvoorbeeld, Wansink & Van Tiggele-van der Velde 2012, p. 560-561.

305. Zie Wansink 2006, p. 5.

306. Wansink & Van Tiggele-van der Velde 2012, p. 559-561.

307. Kamphuisen 2011, p. 170.

Deze kwestie is echter mijns inziens in alle opzichten te abstraheren van de vraag of het subjectieve dan wel objectieve criterium gehanteerd moet worden bij het vaststellen van het bestaan van onzekerheid voor partijen.

Ook Blom sluit aan bij het subjectieve criterium.³⁰⁸ Hij gaat uit van een strikte scheiding tussen het onzeker voorval en de oorzaak. Blom merkt op dat onzekerheid een bestaansvoorwaarde voor de verzekeringsovereenkomst is en dus ziet op de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst. Bij het sluiten van de overeenkomst moet derhalve onzekerheid bestaan en in zijn visie doet het er niet toe of de oorzaak van de schade binnen de verzekerde periode valt. Blom pleit er dan ook voor om, anders dan vaak het geval is in jurisprudentie en literatuur,³⁰⁹ te splitsen het dwingendrechtelijke vereiste van onzekerheid enerzijds en het (in het kader van de dekkingsvraag noodzakelijke) vaststellen van de rechtens relevante oorzaak anderzijds. Op die manier valt het vaststellen van het causaal verband buiten de reikwijdte van artikel 246 WvK (oud) volgens Blom.³¹⁰

Meijer vermeldt in zijn bijdrage aan het preadvies 1997 dat alle schrijvers het erover eens zijn dat 'deze maatstaf *subjectief* moet worden toegepast'.³¹¹ Verder in zijn bijdrage vraagt hij zich nog af hoe concreet c.q. abstract men de verwachting ter zake van de normale loop der gebeurtenissen moet nemen. Begrippen als (on)verwacht en (ab)normaal bieden te weinig duidelijkheid voor het werken met het criterium (on)zeker. Het komt erop neer dat Meijer vindt dat er wel sprake móet zijn van een subjectief criterium nu immers in beginsel een ook zich al realiserend gevaar in dekking mag worden genomen voor de laatste nog onzekere modaliteit daarvan.³¹² Meijer pleit er in dit kader overigens voor om aan de bestaansvoorwaarde voor een 'echte' verzekering (namelijk 'een onzeker voorval waardoor de verzekerde schade zou kunnen lijden') een veel strikter criterium te gaan binden met de contractsluiting als toetsingsmoment en de subjectieve wetenschap van de verzekerde als uitgangspunt.³¹³ Dat criterium moet verder gaan dan het normale verwachtingspatroon aldus Meijer. Naast het extreme geval van bekendheid vooraf met de realisatie van het risico, acht Meijer het voldoende 'indien ook maar enige onzekerheid resteert over enige modaliteit van het voorval/risico. Welke verzekeraar zou overigens een zich (vrijwel) zeker realiserend risico in dekking nemen, en welke verzekerde zou de daarvoor nodige premie willen betalen?'.

Mendel daarentegen is van mening dat het objectieve criterium nog steeds doorslaggevend is. Hij onderscheidt in zijn artikel uit 2004 een aantal criteria voor onzekerheid.³¹⁴ Om te voldoen aan de vereiste onzekerheid moet volgens Mendel sprake zijn van het 'Cox-criterium'.³¹⁵ Het criterium is in dat arrest of naar objectieve maatstaven bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het verwezenlijken van het risico al dan niet normaliter te verwachten was.³¹⁶ Volgens Mendel zal

308. Blom 2006, p. 21-33.

309. Blom 2006, p. 26.

310. Zie in gelijke zin Blom 2006, p. 33.

311. Meijer 1998, p. 9-23, p. 12.

312. Zie Meijer 1998, p. 9-23, p. 15.

313. Meijer 1998, p. 21.

314. M.M. Mendel, 'Drie kwesties in verband met het onzeker voorval bij schadeverzekering', in: *Tussen persoon en recht*, Deventer: Kluwer 2004 (hierna Mendel 2004), p. 163.

315. Zie het 'Cox-arrest', HR 26 november 1993, NJ 1994/126.

316. Zie hierover ook Van Huizen 2011, p. 675.

de Hoge Raad ook onder het huidige recht het objectieve criterium aangaande de onzekerheid toepassen. Hij baseert zijn oordeel op de MvT 1986 en de toelichting op de nota van wijziging 2000.³¹⁷ In de MvT 1986 staat immers dat het element van onzekerheid kenmerkend is voor een verzekeringsovereenkomst omdat het immers een kansovereenkomst is. Die onzekerheid kan in vier opzichten bestaan: (1) of de verzekeraar ooit een uitkering verschuldigd zal worden, (2) wanneer dat dan het geval zal zijn, (3) hoeveel de eventuele uitkering zal bedragen, en (4) wat de duur van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling zal zijn. Of de uitkering ooit verschuldigd zal zijn, is bijvoorbeeld – volgens de MvT 1986 – onzeker als tegen een mogelijke schade in de toekomst wordt verzekerd. Meestal is dan tevens onzeker, wanneer de uitkering zal worden verschuldigd en hoe groot zij zal zijn.³¹⁸

Volgens Mijnsen kan bovendien gezegd worden dat wanneer de tegenprestatie bestaat uit de kans op winst of verlies voor ieder der partijen, na een onzekere gebeurtenis, de overeenkomst als een aleatoire³¹⁹ moet worden aangemerkt.³²⁰ Indien men ervan uitgaat dat de hoofdverbintenis van de verzekeraar is het lopen van gevaar dan kan zijns inziens de verzekeringsovereenkomst niet als een aleatoire worden aangemerkt. Het is overigens een discussie van louter academische aard want, zoals Mijnsen ook al terecht opmerkt, aan het zijn van een kansovereenkomst zijn per slot van rekening geen praktische consequenties verbonden.³²¹

Het lijkt bovendien voor de hand te liggen dat de wetgever, wanneer hij een subjectief criterium gehanteerd zou willen hebben, dit dan ten minste zou hebben aangegeven in de toelichting op de nota van wijziging 2000 naar aanleiding van het arrest uit 1993. Als in plaats van een objectieve nu een subjectieve onzekerheid vereist zou zijn, zou een dergelijke verandering toch zeker een waarschuwing door de wetgever verlangen.³²²

Op het terrein van de annulerings- en rechtsbijstandverzekering is door de Raad van Toezicht een jurisprudentie ontwikkeld, waarbij de Raad lijkt te kiezen voor het geobjectiveerd verwachtingspatroon van de verzekeringnemer.³²³ Toch is het, volgens Meijer althans, niet zo dat deze lijn per definitie kan worden doorgetrokken naar de interpretatie van het onzekerheidsvereiste in het algemeen. In de desbetreffende gevallen betrof de Raad steeds de polisvoorwaarden met expliciete dekingscriteria bij zijn uitspraak en toetste slechts marginaal de afwijzende opinie van de verzekeraar.

Binnen de objectieve leer gaat overigens Van Huizen uit van objectivering in de meest uitgebreide betekenis. Dit komt naar voren in zijn verhandeling over de verzekeraarbaarheid van eigen gebrek: 'Vroeg of laat zal naar objectieve maatstaven de schade ontstaan. Dit geldt, niet alleen, anders dan Brouwer en Mijnsen, voor

317. Zie Mendel 2004, p. 164-165.

318. Zie MvT bij vaststelling van titel 7.17 (*Verzekering*) en titel 7.18 (*Lijfrente*) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 2-3.

319. Alea: teerling of dobbelsteen. Ook in het Franse verzekeringsrecht keert het begrip 'aléa' terug in de betekenis van onzeker voorval.

320. Zie in gelijke zin F.H.J. Mijnsen, 'Nieuw verzekeringsrecht een overzicht', *WPNR* 2006, afl. 6658, p. 187-194, p. 191.

321. Zie hierover ook Meijer 1998, p. 9-10.

322. Zie hierover ook Mendel 2004, p. 165 en de toelichting bij de nota van wijziging, *Kamerstukken II* 1999/2000, 19529, 5, ontvangen 21 juni 2000, Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 6-7.

323. Meijer 1998, p. 19.

schade die uit de aard der verzekerde zaak voortvloeit, maar evenzo voor een eigenschap die niet in de verzekerde zaak aanwezig behoort te zijn. Ook bij een dergelijk eigen gebrek geldt terugblikkend dat in objectieve zin de daaruit voortvloeiende schade bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een normaliter te verwachten gevolg is.³²⁴ Ik neig, daarentegen, meer naar de uitleg van Mijnsen die uitgaat van een strikte uitleg van onzekerheid, vast te stellen aan de hand van het objectieve criterium. Schade, ontstaan door de aard van de verzekerde zaak zelf, is mijns inziens naar objectieve maatstaven te verwachten en daarmee niet onzeker.³²⁵ Daarover ben ik het derhalve eens met Van Huizen, maar voor wat betreft de schade die is veroorzaakt door een gebrek van de zaak deel ik echter niet de opvatting van Van Huizen. Dit gebrek van de zaak is namelijk een ongunstige eigenschap die een dergelijke zaak niet behoort te hebben. En juist omdat die verzekerde zaak dat gebrek niet behoort te hebben, is de schade die daardoor wordt veroorzaakt in beginsel onzeker.³²⁶

3.5.3 Balans

Ik sluit me aan bij de mening van Mijnsen en Van Huizen omdat mijns inziens de objectieve leer meer past bij de huidige (verzekeringsrecht)praktijk. Het ligt immers in het kader van de bewijslast meer voor de hand om zich te richten op concrete (objectieve) bewijzen dan op het bewijzen van het (subjectieve) al dan niet in de wetenschap verkeren van een bepaalde omstandigheid. Bovendien wordt mijn overtuiging gesterkt door het feit dat de jurisprudentie deze lijn eveneens lijkt te volgen.

Ook gezien de huidige redactie van het artikel waarin het criterium is vastgelegd, artikel 7:925 BW, waarin niet expliciet is gewezen op het subjectieve criterium om de onzekerheid vast te stellen, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij het objectieve criterium. Het zou voor de hand hebben gelegen het te benoemen, vooral ook omdat in het verleden reeds gebleken was dat enige helderheid hieromtrent wenselijk was. In 1993 moest de Hoge Raad zich per slot van rekening hierover uitspreken. Het feit dat destijds is aangesloten bij het objectieve criterium en dat in de redactie van artikel 7:925 BW niets wijst op een nieuwe benadering, duidt er mijns inziens op dat men kan blijven uitgaan van het objectieve criterium zoals het is neergelegd in de jurisprudentie.

Overigens is het merkwaardig dat de wetgever op deze problematiek niet expliciet is ingegaan in de toelichting op de nota van wijziging 2000 naar aanleiding van het arrest uit 1993, zoals hiervoor reeds aan de orde is geweest. De mate van onzekerheid is ruim gesteld in artikel 7:925 BW. De onzekerheid is per slot van rekening niet langer enkel gekoppeld aan het voorval maar strekt zich uit over meer aspecten van de verzekeringsovereenkomst, te weten het moment van uitkering, de mate van uitkering en de duur van de premiebetaling.

Als de wetgever had willen afwijken van de heersende leer, zoals die geldt sinds het Cox-arrest, dan had hij dit ongetwijfeld expliciet opgenomen in de wettekst om

324. Van Huizen 2011, p. 683-684.

325. Zie H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: *Verzekeringsrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (derde druk, hierna Brouwer 2011), p. 384. Zie in gelijke zin Mijnsen 2012, p. 63-64.

326. Brouwer 2011, p. 385.

verwarring te voorkomen.³²⁷ Nu dit niet het geval is, ligt het dus voor de hand om aansluiting te zoeken bij het, objectieve, Cox-criterium nu dit te gelden heeft als de heersende leer volgens de huidige stand van de jurisprudentie. Daar komt nog bij dat dit criterium beter te hanteren is in de huidige verzekeringsrechtpraktijk en voor zowel verzekeraar als verzekeringnemer meer rechtszekerheid oplevert.³²⁸ Juist nu de onzekerheid zich uitstrekt over een breder veld, is het mijns inziens van belang om het vaststellen ervan zo veel mogelijk te objectiveren.

Inmiddels blijkt ook uit de jurisprudentie dat het objectieve criterium dat door de Hoge Raad in het *Cox*-arrest werd gehanteerd, ook onder het nieuwe recht nog steeds wordt toegepast.

Zo overweegt de Rechtbank Rotterdam in het arrest *Anna Maersk* dat het erom gaat of in meer geobjectiveerde zin van onvoorzienbaarheid kan worden gesproken.³²⁹

De rechtbank overweegt in 3.6.4:

‘Anders dan Paget aanvoert, is naar het oordeel van de rechtbank niet bepalend of voor haarzelf de hoge temperaturen tijdens de reis en/of andere omstandigheden niet zijn voorzien, doch gaat het erom of in meer geobjectiveerde zin van onvoorzienbaarheid kan worden gesproken. Daarbij dient in het kader van een goederentransportverzekering de (geobjectiveerde) wetenschap van de bij het transport betrokken derden tevens te worden betrokken. Anders zou de voorzienbaarheid te zeer afhankelijk zijn van de toevallige omstandigheid of de verzekerde die een claim indient, in casu de verkoper, bedoelde wetenschap heeft gehad.’³³⁰

En voorts in overweging 3.6.6:

‘De rechtbank volgt Paget niet in de betekenis die zij toekent aan artikel 7:925 BW. Volgens Paget heeft het begrip onzeker voorval geen betekenis meer onder het nieuwe verzekeringsrecht en, zo begrijpt de rechtbank, is voor dekking slechts vereist dat bij het sluiten van de overeenkomst niet mag vaststaan dat een beschadiging zal optreden. Naar het oordeel van de rechtbank valt een zodanige rechtsregel niet in artikel 7:925 BW te lezen. Daarin is slechts een algemene definitie gegeven, voor zowel schadeverzekeringen als sommenverzekeringen, uit welke definitie de voor het bestaan van een verzekeringsovereenkomst geldende vereisten volgen betreffende de onzekerheid ten aanzien van schade.’³³¹

Men kan met name uit overweging 3.6.4 opmaken dat moet worden uitgegaan van de geobjectiveerde wetenschap omdat volgens de rechtbank anders de voorzien-

327. Zie hierover ook Hendrikse 2013, p. 216 en Ph.H.J.G. van Huizen, *NTHR* 2004, afl. 3, p. 72-73.

328. Meijer merkt, zoals gezegd, in dit kader terecht op ‘Welke verzekeraar zou overigens een zich (vrijwel) zeker realiserend risico in dekking nemen, en welke verzekerde zou de daarvoor nodige premie willen betalen?’. Meijer 1998, p. 21.

329. Rb. Rotterdam 18 februari 2009, *S&S* 2011, 47 (*Anna Maersk*).

330. Rb. Rotterdam 18 februari 2009, *S&S* 2011, 47, r.o. 3.6.4 (*Anna Maersk*).

331. Rb. Rotterdam 18 februari 2009, *S&S* 2011, 47, r.o. 3.6.6 (*Anna Maersk*).

baarheid te zeer afhankelijk zou zijn van de toevallige omstandigheid of de verzekerde die een claim indient, de bedoelde wetenschap heeft gehad. De rechtbank benadrukt bovendien dat het gebruik van het objectieve criterium aansluit bij de goederentransportverzekeringspraktijk. Als niet de geobjectiverde wetenschap vereist zou zijn, waren de verzekerde risico's voor de verzekeraar niet te overzien en in het verlengde daarvan niet in te schatten.

Het lijkt er derhalve ook volgens de huidige jurisprudentie op dat het objectieve criterium als de heersende leer heeft te gelden nu de Rechtbank Rotterdam de lijn van de Hoge Raad heeft gevolgd. En, zoals gezegd, kan ik me prima vinden in die lijn. Juist, zoals nu ook de Rechtbank Rotterdam heeft benadrukt, omdat het meer coherent is met de praktijk. Inmiddels heeft het Hof Den Haag zich overigens ook uitgesproken in de *Anna Maersk*-zaak. Het hof gaat echter met name in op de vraag of er sprake is van een eigen gebrek van de koffers. Het gaat daartoe op zoek naar de rechtens relevante oorzaak; niet zozeer het onzekerheidsvereiste als wel het causaliteitsvereiste is hier derhalve aan de orde. Daarmee lijkt het hof zich zonder meer neer te leggen bij de overweging van de Rechtbank Rotterdam dat voor de voorzienbaarheid sprake moet zijn van een geobjectiverde wetenschap.³³²

3.5.4 Rechtsvergelijking

Ook op dit punt heb ik de verzekeringsrechtelijke wetgeving in de ons omringende landen vergeleken met de Nederlandse. Hieronder geef ik beknopt weer wat mijn bevindingen van deze vergelijking zijn.

3.5.4.1 België

Fontaine benadrukt dat verzekerd moet worden een *événement incertain*: 'Cette caractéristique confère au contrat d'Assurance son caractère aléatoire'. Daarbij verduidelijkt hij dat 'L'incertitude porte le plus souvent sur la survenance même du risque, mais parfois simplement sur le moment de cette survenance (risque de décès)'. Hij laat daarbij overigens in het midden of de onzekerheid volgens subjectieve of objectieve maatstaven moet worden vastgesteld.³³³

Volgens Schuermans gaat men in België echter uit van subjectieve onzekerheid bij het sluiten van de overeenkomst.³³⁴ Verder onderscheidt Schuermans twee verschillende vlakken waarop sprake kan zijn van onzekerheid, te weten dat (a) onzeker is dat een gebeurtenis zich zal voordoen, en (b) onzeker is op welk tijdstip een gebeurtenis zich voordoet.

332. Hof 's-Gravenhage 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

333. Zie Fontaine 2017, p. 202.

334. Schuermans 2008, p. 17.

3.5.4.2 *Duitsland*

In Duitsland is onzekerheid eveneens een wettelijk vereiste ingevolge VVG 2008.³³⁵ In Duitsland lijkt men daarbij uit te gaan van een subjectieve onzekerheid omdat in de literatuur steeds gesproken wordt over de verzekeringnemer bij wie onzekerheid moet bestaan over het intreden van het risico. Het is van belang dat de verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekering zich er niet van bewust is dat de schade zal optreden tijdens de verzekerde periode. Prölss onderkent weliswaar dat er onzekerheid moet bestaan tijdens het aangaan van de verzekeringsovereenkomst maar is toch van mening dat deze niet van belang is voor de rechtsgeldigheid van de verzekeringsovereenkomst. De onzekerheid is wel essentieel volgens Prölss maar het is aan de verzekeraar om bij het ontbreken hiervan dekking uit te sluiten:

‘Steht zwar der Ersatz von Schäden in Frage, die ihrer Art nach ungewiss sind, geht der VN [verzekeringnemer, HMBB] aber bei Vertragsschluss davon aus, dass der später eingetretene VersFall mit Sicherheit eintreten werde, so ändert dies am Charakter des Vertrages als VersVertrages nichts (anders BGH VersR 94, 549), da dieser nicht nur auf den Ersatz eines bestimmten Schadens gerichtet ist. Die Ausnutzung eines solchen nicht auf dem Markt verwertbaren und daher unproduktiven Wissensvorsprungs zu Lasten anderer muss dem VN jedoch schon aus allgemeinen wohlfahrts-ökonomischen Gründen verwehrt bleiben. Außerdem wäre es dem Funktionieren des VersGeschäftes höchst abträglich, wenn den VN die Möglichkeit eingeräumt würde, erst dann einen Vertrag abzuschließen, wenn sie den Eintritt eines Schades voraussehen. Dies ist dem durchschnittlichen VN in groben Zügen bewusst. Daher umfasst der Vertrag von vornherein nicht die Pflicht zum Ersatz von Schäden, deren Eintritt der VN bei Vertragsschluss als sicher ansah (...).’

En voorts:

‘Etwas anderes gilt, wenn der VN bei Vertragsschluss nur davon ausging, dass der Eintritt eines bestimmten Schadens mehr oder weniger wahrscheinlich war. Zwar mag es misslich sein, dass der VN in solchen Fällen VersSchutz erlangen kann. Andererseits darf dem Versicherer nicht die Möglichkeit gegeben werden, seiner Inanspruchnahme mit dem bloßen Hinweis darauf entgegenzutreten, dass für den Eintritt des Schadens bei Vertragsschluss eine gewisse Wahrscheinlichkeit sprach und auch der VN hiervon ausging. Will der Versicherer in den angesprochenen Fällen einer Leistungspflicht entgehen, so muss er sich durch entsprechende Vereinbarungen schützen (...) und ist im Übrigen auf die Sanktionen angewiesen, die das Gesetz im Falle einer Vorenthaltung von Information unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht (...), wobei Arglist zumindest verlangt,

335. Artikel 2 lid 2 VVG 2008 bepaalt: ‘(...) Hat der Versicherungsnehmer bei Abgabe seiner Vertragsklärung davon Kenntnis, dass ein Versicherungsfall schon eingetreten ist, ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet.’ Zie eveneens over het onzekerheidsvereiste Prölss/Martin 2010, p. 69-70.

dass der VN den Eintritt des Schadens als überwiegend wahrscheinlich ansah.³³⁶

Ook Beckmann & Matusche-Beckmann besteedt aandacht aan het criterium van ‘das Versprechen einer Leistung für den Fall des Eintritts eines ungewissen Ereignisses’. De auteurs geven aan dat hiervan sprake is als onzeker is of dan wel wanneer de gebeurtenis zich voordoet. Zij benadrukken voorts dat niet meteen sprake is van een verzekeringsovereenkomst als voldaan is aan ‘Das Versprechen einer Leistung für den Fall des Eintritts eines ungewissen Ereignisses, also einer durch den Versicherungsfall aufschiebend bedingten Leistung (...)’. Per slot van rekening kan hiermee ook zijn voldaan aan een criterium voor ‘Spiel und Wette’. Pas als cumulatief is voldaan aan een aantal criteria, kan men spreken van een verzekeringsovereenkomst. In Beckmann & Matusche-Beckmann wordt vervolgens een definitie aangehaald die ook door de BGH wordt gebezigd: ‘Eine Versicherung ist gegeben, wenn sich ein Unternehmen gegen Entgelt rechtlich verpflichtet, für den Fall des Eintritts eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen zu erbringen, wenn das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zu Grunde liegt und wenn die Risikoübernahme selbstständiger Gegenstand des Vertrags und nicht nur Gegenstand einer Nebenverpflichtung ist.’³³⁷ Of het hierbij gaat om een subjectief dan wel objectief criterium komt niet met zoveel woorden aan de orde.

In Beckmann & Matusche-Beckmann wordt overigens ook een paragraaf gewijd aan standaardclausules die schade, veroorzaakt door bepaalde risico’s, van dekking uitsluiten, de zogenaamde Generalklausel.³³⁸ In deze paragraaf wordt onder meer een clausule uit de VDEW-Bedingungen³³⁹ besproken. In § 3.1 van deze VDEW-Bedingungen staat de eis dat de schade ontstaan moet zijn door een ‘unvorhergesehenes Ereignis’.³⁴⁰ Wat daaronder (in ieder geval) moet worden verstaan, wordt vervolgens opgesomd in dezelfde bepaling (§ 3.1) onder punt a t/m g. In § 3.2 van dezelfde Bedingungen wordt daarna opgesomd welke schade van dekking is uitgesloten. De opsomming in lid 2 is overigens limitatief.³⁴¹ De auteurs merken in Beckmann & Matusche-Beckmann over deze bepaling op dat door de opsomming in § 3.1 het begrip ‘unvorhergesehenen Ereignis’ als objectief begrip wordt geformuleerd. De beoordeling van de verzekerde gevaren wordt daardoor volgens hen verlost van de subjectieve voorstelling van de verzekeringnemer of diens representanten. De wijze waarop hier in het boek het accent wordt gelegd op de objectieve handvatten die worden aangereikt in een clausule die veelvuldig in de praktijk wordt gebruikt, zou er mijns inziens op kunnen duiden dat ook deze auteurs de

336. Zie Prölss/Martin 2010, p. 70.

337. R.M. Beckmann & A. Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2009 (hierna Beckmann & Matusche-Beckmann 2009), p. 27.

338. Beckmann & Matusche-Beckmann 2009, p. 1732.

339. *Versicherungsbedingungen für Mitglieder der Deutschen Elektrizitätswerke (VDEW)*.

340. 3.1. VDEW: ‘Der Versicherer ersetzt nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen Schäden an den versicherten Sachen, die durch ein unvorhergesehenes Ereignis entstehen, und zwar ohne Rücksicht auf einen Zusammenhang mit dem Betrieb. Insbesondere werden Schäden ersetzt, die entstehen durch: (...)’.

341. 3.2. VDEW: ‘Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Schäden, (...)’.

objectieve benadering van het onzekerheids criterium zouden willen laten prevaleren boven de subjectieve. Zij stellen dit echter niet met zoveel woorden. Het ontbreekt overigens aan een definitie van de verzekeringsovereenkomst in de Duitse wetgeving (men vindt haar slechts terug in jurisprudentie en literatuur, zoals ook blijkt uit bovenstaande).³⁴²

3.5.4.3 Engeland

Ook onder Engels recht geldt dat er sprake moet zijn van onzekerheid. In MacGillivray wordt getracht een definitie van een verzekeringsovereenkomst te geven door verschillende elementen uit een definitie uit te werken.³⁴³ De auteur hanteert hierbij de definitie zoals die is gegeven door Channel J in 1904.³⁴⁴ ‘Upon a special event’ wordt daarna uitgewerkt. Hieruit blijkt dat het verzekerde evenement hoe dan ook een onzeker aspect dient te bevatten: ‘There must be either uncertainty whether the event will happen or not, or, if the event is one which must happen at some time, there must be uncertainty as to the time at which it will happen.’³⁴⁵ Deze uitwerking vloeit niet alleen voort uit de zaak uit 1904 maar ook uit meer recente zaken.³⁴⁶ Meer aandacht wordt overigens niet besteed aan de eis van onzekerheid.

Gilman en Merkin merken op over de interpretatie van de wetenschap van de verzekerde in het algemeen: ‘(...) what an insured ought to know should be treated in the same way as what an insurer ought to know. There is a subjective element, in that the insured is a member of a class (...) but beyond that question should be judged objectively, by reference to a reasonable, prudent insured in that class’.³⁴⁷ In algemene zin verkiezen deze auteurs derhalve de objectieve maatstaf voor zowel de verzekerde als de verzekeraar boven het subjectieve criterium.

Clarke is overigens zeer duidelijk over welk criterium gehanteerd moet worden bij het vaststellen van het bestaan van onzekerheid: ‘In England, uncertainty is tested with the benefit of omniscience, whereas in certain other countries it is tested on the basis of the knowledge of the parties to the contract at the time of the contract (...)’.³⁴⁸ Hij benadrukt derhalve dat in Engeland de onzekerheid naar objectieve maatstaven dient te bestaan.

342. Dit blijft ook niet onopgemerkt voor de projectgroep, die de Principles of European Insurance Contract Law heeft geconcipieerd. Zie Basedow e.a. 2009, p. 51.

343. MacGillivray 2008, p. 3.

344. Prudential Insurance co. vs. Inland Revenue Commissioners, [1904] 2 K.B. 658. ‘A contract of Insurance is one whereby one party (the insurer) promises in return for a money consideration (the premium) to pay to the other party (the assured) a sum of money or to provide him with corresponding benefit upon the occurrence of one or more specified events.’

345. Zie MacGillivray 2008, p. 5.

346. Bijvoorbeeld Fuji Finance Inc. vs. Aetna Life Ins. Co. [1995] Ch. 122, 129; [1997] Chr. 173, 198.

347. Arnould 2013, 16-47, p. 694.

348. Clarke 2009, nr. 1-1D1.

3.5.4.4 Frankrijk

De Franse wet schrijft voor dat een verzekeringsovereenkomst een ‘aléatoire’ contract moet zijn: ‘Sans aléa, pas d’assurance’.³⁴⁹ Artikel 1964 van de Code Civil luidt: ‘Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l’une ou plusieurs d’entre elles, dépendent d’un événement incertain. Tels sont: Le contrat d’assurance, Le jeu et le pari, Le contrat de rente viagère.’³⁵⁰ Het onzekere karakter betreft het object van de verzekeringsovereenkomst zelf, het verzekerde risico.³⁵¹

Bovendien vormt het de basis van de verzekeringsovereenkomst: het komt erop neer dat als het risico zich al heeft voorgedaan op het moment van het sluiten van de overeenkomst, deze nietig is.³⁵² Dit behoeft echter enige nuancering. De doorlopende eis van onzekerheid bestaat vanaf het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. De auteurs maken hier een verschil tussen ‘le contrat d’assurance’ en ‘l’opération d’assurance’. In de praktijk hebben de grote verzekeraars genoeg zekerheid om hun premie aan te passen en de risico’s af te dekken. De onzekerheid bestaat echter nog in de relatie tussen verzekeraar en verzekerde en is essentieel voor hun bilaterale overeenkomst.³⁵³

Dat het duidelijk moet gaan om een ‘contrat aléatoire’ wordt ook door Groutel, Leduc, Pierre & Asselain bevestigd.³⁵⁴ Maar de auteur haast zich eraan toe te voegen dat het vervolgens een stuk minder duidelijk is wat verstaan moet worden onder ‘aléa’. Hij gaat in op de verschillen tussen de definities voor het ‘contrat aléatoire’ in de Code Civil en vergelijkt daartoe de definities uit artikel 1104 Code Civil en artikel 1964 Code Civil. Een definitie van de laatste heb ik hierboven reeds weergegeven. Artikel 1104 Code Civil luidt: ‘Il est commutatif lorsque chacune des parties s’engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l’équivalent de ce qu’on lui donne, ou de ce qu’on fait pour elle. Lorsque l’équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d’après un événement incertain, le contrat est aléatoire.’³⁵⁵ Tussen beide definities treffen we een fundamenteel verschil aan met betrekking tot voor wie er onzekerheid moet bestaan. Waar artikel 1104 spreekt over ‘pour chacune des parties’, spreekt artikel 1964 over ‘soit pour toutes les parties soit pour une seule’.³⁵⁶ Maar de omschrijvingen dienen ieder een ander doel. Artikel 1104 geeft een algemene definitie van het begrip ‘contrat

349. Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 200.

350. Zie www.legifrance.gouv.fr.

351. Zie in gelijke zin Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 199.

352. Het blijkt overigens dat het Nederlandse ontwerp voor artikel 246 WvK niet overeenkomt met de Franse wetgeving op dit punt. Bovendien kan worden opgemerkt dat de perspectieven van waaruit zij zijn geschreven, niet overeenkomen. Zie, bijvoorbeeld, J.C. Voorduyn, ‘Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken’, in: *Wetboek van Koophandel, Boek I, titel IX, Van Assurantie*, Utrecht: 1841 (eerste druk), p. 133. Voorduyn schrijft in zijn toelichting: ‘(...) ander gezigtspunt dan de Franse wetgever, — dat hier, in het belang van den handel, niet slechts is opgenomen *schadeloosstelling tegen verlies*, maar ook *verzekering tegen gemis van voordeel of winst*. (...)’.

353. Zie hierover Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 200.

354. ‘Il est acquis que le contrat d’assurance est un contrat aléatoire: le loi le dit, la jurisprudence le répète et la doctrine l’approuve.’ Zie H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre & M. Asselain, *Traité du contrat d’assurance terrestre*, Parijs: LexisNexis SA 2008 (hierna Groutel, Leduc, Pierre & Asselain 2008), p. 102.

355. Zie www.legifrance.gouv.fr.

356. Zie in gelijke zin Groutel, Leduc, Pierre & Asselain 2008, p. 103.

aléatoire' terwijl artikel 1964 verschillende 'contrats aléatoires' aankondigt, waarvan de speciale regelingen die daarbij van toepassing zijn, aan de orde komen. Artikel 1104 definieert dus een genre en artikel 1964 onderscheidt daarentegen verschillende soorten binnen het genre. Artikel 1964 kan dus ook worden gezien als een aanvulling op artikel 1104. Hoe het ook zij, de onzekerheid moet bij het aangaan van de overeenkomst voor ten minste een van de partijen aanwezig zijn. Daarmee wordt dus duidelijk dat het gaat om subjectieve onzekerheid nu het in dat geval afhangt van de onzekerheid voor partijen of voldaan is aan het onzekerheidsvereiste.

3.5.4.5 Zwitserland

In Zwitserland is men, zoals gezegd, bezig met een aanpassing van het verzekeringsrecht, dat is geregeld in het 'Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)'.³⁵⁷ In de wet uit 1908 – die nu nog geldend recht is – luidt artikel 9: 'Der Versicherungsvertrag ist nichtig, wenn im Zeitpunkte des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war.' De verzekeringsovereenkomst is derhalve nietig, wanneer de 'gevreesde gebeurtenis' voor het sluiten van de overeenkomst al heeft plaatsgevonden. Daarmee wordt bedoeld dat het verzekerde gevaar zich heeft verwezenlijkt voordat de verzekering is afgesloten. Het 'Gefahr' wordt derhalve gekarakteriseerd als het 'Gefahr eines zukünftigen Ereignisses'. Met het kenmerk van toekomstigheid alleen is het verzekerd risico echter nog niet afdoende bepaald. De verwezenlijking van het gevaar, het intreden van de 'gevreesde gebeurtenis', moet namelijk overeenkomstig de doctrine en volgens vaste rechtspraak ook nog onzeker zijn. Die onzekerheid kan in verschillende vormen aanwezig zijn, afhankelijk van het soort verzekering (ziekttekostenverzekering, levensverzekering, schadeverzekering).³⁵⁸ Kuhn vat het voorts als volgt samen 'Jede Gefahr muss, damit gegen sie Versicherung genommen werden kan, ungewiss sein, sei es mit Bezug auf ihre Realisierung überhaupt, sei es mit Bezug auf den Zeitpunkt ihrer Realisierung. Dabei kommt es nicht auf die objektive Ungewissheit, sondern auf die subjektive Annahme der Parteien bei Vertragsabschluss an.'³⁵⁹ Volgens de literatuur gaat men in het Zwitserse verzekeringsrecht derhalve uit van het subjectieve criterium om te bepalen of er sprake is van onzekerheid bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. In de toelichting bij de Entwurf VVG 2011 wordt overigens niet letterlijk gesproken over de eis van onzekerheid en daaruit kan ik derhalve niet afleiden of het objectieve dan wel het subjectieve criterium moet worden gehanteerd. Uit de toelichting bij artikel 25³⁶⁰ lijkt echter wel naar voren te komen dat het objectieve criterium zal prevaleren: 'das Versicherungsunternehmen wusste (oder wissen musste), dass ein künftiges Ereignis *objektiverweise* gar nicht eintreten kann, (...)'³⁶¹ (cursivering HMBB).

357. Zie hierover uitgebreid www.stephan-fuhrer.ch/totalrevision.

358. Zie in gelijke zin Kuhn, Müller-Studer & Eckert 2010, p. 164.

359. Zie Kuhn, Müller-Studer & Eckert 2010, p. 165.

360. Artikel 25, Entwurf VVG 2011: 'Eine Versicherung ist nichtig, soweit sie mit Bezug auf ein künftiges Ereignis abgeschlossen wird, von dem lediglich das Versicherungsunternehmen weiss oder wissen muss, dass dessen Eintritt unmöglich ist.'

361. Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 7. September 2011, p. 7749.

3.5.4.6 PEICL

Artikel 1:201 van de PEICL bevat een definitie van de verzekeringsovereenkomst:

‘(1) “Insurance contract” means a contract under which one party, the insurer, promises another party, the policyholder, cover against a specified risk in exchange for a premium; (2) “Insured event” means the materialisation of the risk specified in the insurance contract; (3) “Indemnity insurance” means insurance under which the insurer is obliged to indemnify against loss suffered on the occurrence of an insured event; (4) “Insurance of fixed sums” means insurance under which the insurer is bound to pay a fixed sum of money on the occurrence of an insured event.’³⁶²

In de definitie wordt dus niet gesproken over de eis van onzekerheid. In het ontwerp wordt ook nergens gesproken over een dergelijke eis. Het handboek dat door de projectgroep is samengesteld gaat wel in op de eis van onzekerheid.³⁶³ In het commentaar op artikel 1:201 PEICL staat men stil bij het onzekerheidselement. Men merkt op dat de in lid 1 gebruikte term ‘risico’ een onzekerheidselement inhoudt. Het is voldoende voor dit risico-element dat op het moment dat de overeenkomst wordt gevormd, geen zekerheid bestaat over of, wanneer of tot welk bedrag uitkering dient plaats te vinden of zelfs hoelang een afgesproken betaling of premie zal duren. Deze onzekerheid moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de partijen op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Dit geldt eveneens voor een ‘retroactive’ verzekering³⁶⁴ zolang voor partijen maar onzeker is of het verzekerde evenement al heeft plaatsgevonden (‘unaware of the fact that the insured event had already occurred’). De onzekerheid die vereist is, moet naar subjectieve maatstaven worden vastgesteld. Dit wordt expliciet benoemd in het commentaar bij artikel 2:401 PEICL, waarin de ‘retroactive cover’ wordt geregeld.³⁶⁵ De auteurs merken op: ‘(...) allows retroactive cover as long as, at the time of contracting, there is subjective uncertainty in that the parties are unaware whether the insured event has materialized or not.’³⁶⁶ Het handboek benadrukt bovendien dat het verzekerde evenement niet gelijk staat aan het risico. Als het onzeker evenement dat wordt omschreven in de verzekeringsovereenkomst plaatsvindt, verwezenlijkt zich het risico. De economische en andere gevolgen kunnen pas veel later ontstaan.³⁶⁷

362. www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf.

363. Zie Basedow e.a. 2009, p. 49-52.

364. *Retroactive* (dekking met terugwerkende kracht) wil zeggen dat de verzekeraar dekking biedt voor een bepaalde periode voorafgaand aan het sluiten van de verzekering. ‘Retroactive cover’ wordt specifiek geregeld in artikel 2:401 PEICL.

365. Zie voor het commentaar bij artikel 2:401 PEICL: Basedow e.a. 2009, p. 125-129.

366. Zie Basedow e.a. 2009, p. 126.

367. Zie hierover Basedow e.a. 2009, p. 50.

3.5.5 Balans

Nu ook blijkt dat in de ons omringende landen eveneens geen eenduidigheid bestaat over (de uitleg van) het onzekerheids criterium,³⁶⁸ lijkt het van belang om hierover duidelijkheid te scheppen in de tekst/opzet van artikel 7:925 BW (ik doe daartoe in paragraaf 3.8 een voorstel). Raadzaam is om expliciet aan te geven in de regeling op welke manier het bestaan van onzekerheid moet worden vastgesteld.

3.6 Is afwijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar geoorloofd?

Nu artikel 7:925 BW niet wordt genoemd in artikel 7:943 BW – de slotbepaling van afdeling 1 titel 7.17 BW waarin de (semi)dwingendrechtelijke bepalingen worden opgesomd – is dat een belangrijk argument voor de stelling dat van het onzekerheidsvereiste ex artikel 7:925 BW mag worden afgeweken. Een rechtshandeling die in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden is evenwel nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW.³⁶⁹ Naar mijn mening is die beperking in dit geval niet aan de orde: de ratio van artikel 7:925 BW is dat de verzekeraar bescherming geniet zodat hij niet een ‘risico’ overneemt dat geen risico meer is omdat het zich al heeft verwezenlijkt.³⁷⁰ Nu de bescherming van de verzekeraar vooropstaat bij het onzekerheidsvereiste, is afwijken hiervan niet in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden daar het de verzekeraar naar mijn mening in beginsel zou moeten worden toegestaan deze bescherming prijs te geven.³⁷¹ Om dit in de wet vast te leggen zou artikel 7:925 BW kunnen worden opgenomen in artikel 7:943 lid 2 BW. Het artikel is dan weliswaar van dwingend recht, doch *ten nadele van de verzekeraar* mag ervan worden afgeweken.

De huidige opzet van artikel 7:925 BW maakt het naar mijn mening mogelijk om rechtsgeldig af te wijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar, althans het begrip op te rekken.³⁷² Mijns inziens is het nu mogelijk voor verzekeraars om overeenkomsten af te sluiten die voorheen werden geblokkeerd door het wettelijke systeem doordat de onzekerheid niet langer is gekoppeld aan het voorval maar aan de schade.

368. Kamphuisen merkt, zoals gezegd, terecht op dat in andere landen weliswaar ‘onzekerheid’, ‘Ungewissheit’ of ‘fortuuty’ aanwezig moet zijn maar dat er veel minder aandacht voor dit onderwerp is dan in Nederland. Zie Kamphuisen 2011, p. 161.

369. Zie eveneens over deze kwestie M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, ‘Kritische bespreking van de positie van de (consument-)verzekerde in het nieuwe verzekeringsrecht’, *Praktijkvids* 2003, p. 739-754.

370. De parlementaire geschiedenis bij artikel 7:925 BW gaat niet expliciet in op dit punt. De ratio achter artikel 246 WvK kan derhalve als uitgangspunt worden genomen en Voorduin geeft hier inzicht in. Hij licht (de totstandkoming van) artikel 246 WvK toe: ‘(...), niet te doen ontaarden in een *bloot spel*, strijdig met het doel en het welbegrepen belang der partijen, (...)’. En ‘(...)’, “had men het woordje: *onzeker* (voorval), niet in: *onvoorzien*, kunnen veranderen, omdat de meeste rampen wel degelijk *voorzien* zijn, doch het *waar* keurmerk daarin bestaat, dat het voorval *onzeker* moet zijn”. J.C. Voorduin, ‘Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken’, in: *Wetboek van Koophandel, Boek I, titel IX, Van Assurantie*, Utrecht 1841 (eerste druk), p. 133-135.

371. Van oudsher staat in het verzekeringsrecht de bescherming van de verzekeraar voorop. Zie hierover uitgebreid H. Cousy, ‘About sanctions and the hybrid nature of modern insurance contract law’, *Erasmus Law Review* (5) 2012, afl. 2, www.erasmuslawreview.nl, p. 123-124.

372. Ook Van Huizen lijkt deze mening toegedaan: Van Huizen 2011, p. 675-687.

3.7 Fundamentele wijziging?

Om te komen tot een antwoord op de vraag of artikel 7:925 BW wat betreft het onzekerheidsvereiste te zien is als een fundamentele wijziging of als een codificatie van ontwikkelingen onder het oude recht, heb ik eerst antwoord proberen te vinden op een aantal deelvragen. De vraag naar de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsovereenkomst, is daartoe eerst aan de orde geweest. Een belangrijk aspect bij de hoofdverbintenis van de verzekeringsovereenkomst blijkt het onzekerheidsvereiste, het alea vereiste. Vrijwel steeds komt naar voren het aspect van het overnemen van risico als hoofdverbintenis van de verzekeraar. Inherent aan het overnemen van risico is het onzekerheidsaspect. Het onzekerheidsvereiste vervult dus, al dan niet gecodificeerd, een prominente rol binnen de hoofdverbintenissen van de verzekeringsovereenkomst. Vervolgens heb ik onderzocht of dit onzekerheidsvereiste voortdurend, of slechts bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, aanwezig is. Het antwoord daarop ligt in het verlengde van de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsovereenkomst. Nu vrijwel steeds als hoofdverbintenis wordt gezien het overnemen van het risico, zal dit moeten blijven bestaan tot ofwel de verzekeringsovereenkomst is beëindigd ofwel er een uitkeringsplicht is ontstaan. Het onzekerheidsvereiste is derhalve voortdurend aanwezig tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst, ongeacht of de wet voorschrijft dat het slechts aanwezig moet zijn bij het aangaan van de overeenkomst. Een belangrijke deelvraag was voorts hoe het onzekerheids criterium dient te worden uitgelegd. Hierover zijn de meningen verdeeld, zowel in Nederland als daarbuiten. In Nederland heeft weliswaar de Hoge Raad zich hierover uitgelaten maar dit was vóór het in werking treden van de nieuwe verzekeringswetgeving. Nog steeds achten sommige auteurs de uitspraak van de Hoge Raad in dezen niet doorslaggevend. De Hoge Raad overwoog dat het objectieve criterium diende te worden gehanteerd bij het vaststellen of is voldaan aan het onzekerheidsvereiste. Ik ga ervan uit dat indien de wetgever een andere mening was toegedaan, hij zich hierover expliciet zou hebben uitgelaten. Het ligt per definitie voor de hand om het oordeel van de Hoge Raad als doorslaggevend te laten gelden. Vervolgens kan mijns inziens worden gesteld dat artikel 7:925 BW voor wat betreft het onzekerheidsvereiste te zien is als een codificatie van de ontwikkelingen onder het oude recht en niet als fundamentele wijziging. Het is volgens mij echter nu wel mogelijk voor verzekeraars om overeenkomsten af te sluiten die voorheen werden geblokkeerd door het wettelijke systeem doordat de onzekerheid niet langer is gekoppeld aan het voorval (de schadeoorzaak) maar aan de (omvang van de) schade.³⁷³ Dat is een punt dat wellicht niet als fundamenteel maar niettemin als essentieel kan worden beschouwd. Ik denk dat het onzekerheidsvereiste in artikel 7:925 BW overigens zo kan worden aangepast dat het beter aansluit bij de verzekeringspraktijk en, in het bijzonder, bij de aard van de verzekeringsovereenkomst. Hieronder doe ik daartoe een voorstel.

373. Zie in gelijke zin Van Huizen 2011, p. 682.

3.8 Voorstel voor een nieuw artikel 7:925 BW

Teneinde te komen tot een definitie die helderheid biedt voor zowel verzekeraar als verzekeringnemer, ligt het voor de hand om de huidige definitie aan te passen en daarnaast ook vast te leggen of er al dan niet mag worden afgeweken van de bepaling in artikel 7:925 BW.

Om te beginnen is het in dat kader van belang om in artikel 7:943 lid 2 BW te verwijzen naar artikel 7:925 BW. Dit lost de kwestie op of het onzekerheidsvereiste van openbare orde is en of men ervan mag afwijken. Op basis van dit voorstel (verwijzen naar artikel 7:925 BW in artikel 7:943 lid 2 BW) mag worden afgeweken ten gunste van de verzekeraar (maar niet ten nadele van de verzekeringnemer). Dit sluit aan bij de gedachte dat het uitgangspunt is dat de verzekeringsovereenkomst een vorm van risico-overdracht is. De verzekeraar mag deze bescherming echter terzijde schuiven wanneer hij daar geen behoefte aan heeft.³⁷⁴

Verder is het raadzaam het *Cox*-arrest te codificeren in artikel 7:925 BW. Dit betekent dat in de bepaling verwezen moet worden naar het objectieve criterium als maatstaf voor het onzekerheidsvereiste. Dit is niet alleen zinvol uit het oogpunt van het parallel laten lopen van wetgeving met de huidige stand van de jurisprudentie maar tevens vanuit praktisch perspectief. Enerzijds sluit het namelijk aan bij de huidige (verzekeringsrecht)praktijk en anderzijds is het bestaan van onzekerheid naar objectief criterium ook eenvoudiger vast te stellen (en te bewijzen) dan naar subjectieve maatstaven.

In een nieuwe versie van artikel 7:925 BW is het voorts van belang om expliciet te benoemen dat het onzekerheidsvereiste geldt zowel vóór, tijdens als na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

Opdat bovenstaande regelingen en codificaties helder geredigeerd kunnen worden, is het zinvol om artikel 7:925 BW op te splitsen in verschillende leden.

Het artikel zou er ten slotte, bijvoorbeeld, als volgt uitzien:

Lid 1. Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten van en gedurende de overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.

Lid 2. Het vaststellen of voor partijen geen zekerheid, zoals bedoeld in lid 1, bestaat, gebeurt aan de hand van objectieve maatstaven.

Lid 3. Partijen kunnen uitdrukkelijk overeenkomen dat de onzekerheid, als bedoeld in lid 1, niet vereist is. Dit volgt eveneens uit artikel 7:943 lid 2 BW. [Nota bene: aan artikel 7:943 lid 2 BW dient dan ook dit artikel te worden toegevoegd zodat hiervan kan worden afgeweken – maar niet ten nadele van de verzekeringnemer –.]

374. Zie hierover eveneens Van Huizen 2011, p. 687.

Hoofdstuk 4

Eigen gebrek en causaliteit in het vervoerrecht³⁷⁵

4.1 Inleiding

4.1.1 Een staaltje vervoerrechtspraktijk

Een schip met aan boord een container leren koffers uit Uruguay reist van de haven van Porto Alegre, Brazilië, naar Rotterdam, Nederland. Daarna vervolgt de container zijn reis over land naar een leerbewerkingsbedrijf te Waalwijk, Nederland. Tijdens het vervoer is er niets bijzonders voorgevallen. Bij aankomst blijkt sprake van schimmelvorming op de koffers en de partij die aanvankelijk beoogd had de koffers te kopen, weigert de lading koffers af te nemen. De schimmel op de koffers kan te wijten zijn aan de (te) hoge temperaturen en de temperatuurschommelingen (al dan niet door de plaats van de container bovenaan in de laadruimte) tijdens het vervoer. Het is echter ook mogelijk dat de koffers zonder extra maatregelen niet bestand waren tegen de normale omstandigheden tijdens dit type van vervoer in deze tijd van het jaar. De schadeoorzaak kan, met andere woorden, ook eigen gebrek van de koffers zijn. De vervoerder is onder de overeenkomst niet aansprakelijk voor schade ontstaan door eigen gebrek. Een discussie ontspint zich tussen de vervoerder en de ladingbelanghebbende over wie voor de schade aan de koffers aansprakelijk is.³⁷⁶ In de vervoerrechtelijke praktijk is een dergelijke discussie regelmatig aan de orde. Een aantal vragen komt daarbij onmiddellijk op en is uitgangspunt voor dit hoofdstuk.

4.1.2 De definitie van eigen gebrek

De titel van dit hoofdstuk lijkt voor zich te spreken. De term ‘eigen gebrek’ blijkt echter voor meer dan één uitleg vatbaar. Het is dus van belang om meteen de verschillende vormen van eigen gebrek te onderscheiden.

In dit hoofdstuk gebruik ik eigen gebrek in ruime zin. Dat wil zeggen de definitie die voortvloeit uit diverse (wettelijke/verdragsrechtelijke) bepalingen waarin aansprakelijkheid wordt uitgesloten op grond van *inherent vice* (eigen gebrek) van de goederen.³⁷⁷ In Angelsaksische landen hanteert men veelal de definitie van *inherent*

375. Reeds eerder gepubliceerd in TVR 2015, afl. 3, p. 71-91.

376. Dit voorbeeld is in grote mate geïnspireerd op de casus in het arrest *Anna Maersk*, Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

377. Zie, bijvoorbeeld, artikel 17 lid 2 CMR: ‘The carrier shall however be relieved of liability if the loss, damage or delay was caused by (...) inherent vice of the goods (...)’ en artikel 18 lid 2 Verdrag van Montreal: ‘However, the carrier is not liable if and to the extent it proves that the destruction, or loss of, or damage to, the cargo resulted from (...): a) inherent defect, quality or vice of that cargo; b) defective packing of that cargo performed by a person other than the carrier or its servants or agents; (...)’.

vice die volgt uit de zeerechtspraktijk. Clarke merkt op dat in de CMR geen definitie wordt gegeven van *inherent vice* en dat het daarom voor de hand ligt aanknoping te zoeken bij de uitleg in het nationale recht. Hij definieert *inherent vice* vervolgens als:

‘(...) a defect in the goods which, by its development through ordinary processes going on in those goods, tends to the injury or destruction of the goods, to such an extent that the goods do not survive the normal rigours of the journey in question or remain fit for their normal commercial purpose for a reasonable time after delivery.’³⁷⁸

Hij verwijst bij deze definitie naar de zaak *Blower vs. The Great Western Railway Company*.³⁷⁹ In casu moest een os vervoerd worden van D naar N. Gedurende de reis is de os ontsnapt uit de vrachtwagen waarin hij werd vervoerd en is hij gedood. Vervolgens was aan de orde of de Railway Company al dan niet aansprakelijk was voor de dood van het dier. Nadat Willes J eerst heeft vastgesteld dat het geen uitgemakte zaak is of een trein beschouwd kan worden als een vervoermiddel dat geschikt is voor veevervoer, stelt hij verder:

‘The question as to their liability may turn on the distinction between accidents which happen by reason of some vice inherent in the animals themselves or disposition producing unruliness or phrensy, and accidents which are not the result of inherent vice or unruliness of the animals themselves.’

En voorts:

‘By the expression “vice,” I do not, of course, mean moral vice in the thing itself or its owner, but only that sort of vice which by its internal development tends to the destruction or the injury of the animal or thing to be carried, and which is likely to lead to such a result.’³⁸⁰

Clarke maakt derhalve van deze uitspraak gebruik als uitgangspunt voor de interpretatie van het begrip *inherent vice* in de CMR. Van belang bij de uitleg is dus dat het gebrek door zijn interne ontwikkeling zorgt voor tenietgaan of schade van het te vervoeren/vervoerde goed en dat dit tenietgaan of de schade ook een logisch gevolg is van die interne ontwikkeling.

Tetley omschrijft ‘*inherent vice*’ als ‘the unfitness of the goods to withstand the ordinary incidents of the voyage, given the degree of care which the shipowner is

378. M.A. Clarke, *International carriage of goods by road: CMR*, Oxford: Informa Law 2014 (zesde druk) (hierna: Clarke 2014), p. 398. Hij verwijst bij deze definitie naar *Blower vs. The Great Western Railway Company* (1872) LR CP 655, 662, per Willes J. Naar deze zaak verwijst bijvoorbeeld ook Singh in het kader van de uitleg van de *inherent-vice*-exceptie in de H(V)R, zie L. Singh, *The Law of Carriage of Goods by Sea*, West Sussex: Bloomsbury Professional Ltd 2011, 13.8.

379. *Blower vs. The Great Western Railway Company* (1872) LR CP 655, 662, per Willes J.

380. *Blower vs. The Great Western Railway Company* (1872) LR CP 655, 662-663.

required by the contract to exercise in relation to the goods'.³⁸¹ Hij merkt daarbij op dat dit de gangbare definitie is in Engeland, Amerika, Frankrijk en België. Wat hem betreft zou nog moeten worden toegevoegd aan de passage 'the ordinary incidents of the voyage' dat het dan gaat om 'as contemplated by the parties'.³⁸²

Om met succes onder zijn aansprakelijkheid uit te komen, kan de vervoerder alleen dan een beroep doen op *inherent vice* van de goederen als de *vice* ook daadwerkelijk *inherent* is.³⁸³ Het gebrek moet, met andere woorden, onafscheidelijk zijn verbonden aan de zaak als een essentiële karaktereigenschap, hetzij permanent aanwezig, hetzij ontstaan door een interne ontwikkeling. Dit blijkt eveneens uit de uitspraak T.M. Noten B.V. vs. Harding uit 1989.³⁸⁴ In die zaak maakte condens uit vervoerde handschoenen de kartonnen dozen waarin zij werden vervoerd nat waardoor de handschoenen beschimmelden. De lading was verzekerd onder de bepalingen van de Institute of Cargo Clauses (All Risks) die de volgende uitsluiting bevatten:

'This insurance (...) shall in no case be deemed to extend to cover loss damage or expense proximately caused by (...) inherent vice or nature of the subject matter insured.'

The Court of Appeal overwoog in casu dat de echte oorzaak van de schade niet was gelegen in de condens die inwerkte op de buitenkant van de handschoenen maar in het overmatige vocht dat in de handschoenen zat bij aanvang van de reis. Bingham LJ overweegt in dit kader:

'(...) urged that a broad common sense commercial view be taken as to the real or dominant cause of the damage. By that test the cause of this damage was the natural behaviour of the gloves in giving off moisture.'

En verder overweegt hij in reactie op het verweer van de ladingbelanghebbende:

'I do not for my part think that this answer given by the plaintiffs would appeal to the common sense of the business or seafaring man. He would not understand how the water which had caused the damage could be regarded as coming from a source external to the goods, but would on the uncontradicted findings regard the gloves as the obvious and sole source of the water. (...) Damage may be caused by inherent vice without being inevitable (...). It does not therefore avail the plaintiffs to prove only that other cargoes were shipped without damage.'

En hij vervolgt:

381. Zie W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, Quebec: Les Editions Yvon Blais Inc. 2008 (vierde druk) (hierna: Tetley 2008), p. 1143.

382. Het moge overigens duidelijk zijn dat hij de definitie bezigt in de context van het zeevervoer nu hij in zijn boek *Marine Cargo Claims* behandelt. Hij spreekt daarom ook van 'the shipowner' in zijn definitie.

383. Zie in gelijke zin Clarke 2014, 236 h.

384. T.M. Noten B.V. vs. Harding [1990] Lloyd's Rep. 283.

‘There was, on the evidence, no combination of fortuitous events, and the defendant never undertook to insure the plaintiffs against the occurrence of hot and humid weather.’

In deze zaak slaagde de vervoerder er derhalve in om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen omdat de oorzaak van de schade wel degelijk een *inherent vice* was en de ladingbelanghebbende niet succesvol aanvoerde dat de schade veroorzaakt was door een external, fortuitous event. Niets ongewoons of ongewensts heeft zich tijdens welk gedeelte van de reis dan ook voorgedaan. Nu bovendien blijkt dat de handschoenen zelf de schimmel veroorzakende vochtigheid hebben afgegeven, lijkt het vanuit het oogpunt van ‘common sense of the business or seafaring man’ meer dan evident dat de schadeoorzaak een *inherent vice* van de handschoenen is.

Naar Engels recht hoeft de vervoerder bij een beroep op eigen gebrek van de goederen overigens niet exact aan te tonen waar het gebrek vandaan komt. Het is voldoende als hij kan bewijzen dat het verlies of de schade is ontstaan doordat de goederen van nature de eigenschap hebben die dit veroorzaakt.³⁸⁵ De eis dat het gebrek wel inherent aan de zaak moet zijn, blijft overeind. Het gebrek moet derhalve wel van binnenuit komen en latent aanwezig zijn; als een gebrek in de zaak ontstaat door een externe factor is er derhalve geen sprake van *inherent vice*.

Enkele typische gevallen van *inherent vice* zijn goederen die niet goed genoeg verpakt zijn om de reis te doorstaan (zoals bijvoorbeeld zacht fruit of zeer breekbaar glaswerk of keramiek) en natuurlijk verval van bederfelijke waar (rotten van sinaasappelen).

Het begrip ‘eigen gebrek’ kan men omschrijven als ‘gebrekkige eigenschap of tekortkoming aan een zaak zelf, waardoor het teniet gaat of beschadigd geraakt’³⁸⁶ of anderszins bijvoorbeeld als ‘een slechte eigenschap van een zaak, dus niet veroorzaakt door de inwerking van een buiten de verzekerde zaak liggend evenement. Ook wel vice propre of *inherent vice* genoemd’.³⁸⁷ Deze definities lijken er in het vervoerrecht derhalve op te duiden dat de oorzaak van de schade, het verlies of de vertraging niet gelegen mag zijn in het vervoer zelf om een beroep op eigen gebrek als grond voor uitsluiting van aansprakelijkheid te laten slagen. De schade mag immers niet veroorzaakt zijn door de inwerking van een buiten de verzekerde zaak liggend evenement. Verschillende situaties in de vervoerspraktijk (en in het vervoerrecht) waarbij eigen gebrek een rol speelt, zijn denkbaar. Hieronder zal ik kort drie denkbare situaties bespreken.

1. Eigen gebrek van de te vervoeren/vervoerde goederen

Een goed voorbeeld in het geval van eigen gebrek van de goederen is mijns inziens het vervoer van sinaasappelen. Inherent aan sinaasappelen is dat zij kunnen rotten. Dit kan gebeuren omdat ze niet onder de juiste omstandigheden (zoals temperatuur en vochtigheid) worden vervoerd maar ook doordat ze niet deugdelijk zijn verpakt.

385. Zie in gelijke zin Clarke 2014, 236 h.

386. Deze definitie is afkomstig uit www.jw.juridischwoordenboek.com.

387. Deze definitie van eigen gebrek is afkomstig van www.encyclo.nl.

Het kan ook zijn dat zij bederven omdat het rottingsproces reeds aanvangt vóór vervoer of juist omdat de reis langer duurt dan gepland. Bijna altijd treedt eigen gebrek op samen met een andere schadeoorzaak. Eigen gebrek is dan veelal de factor die de schade bevordert, vergroot of doet intreden.³⁸⁸

2. Eigen gebrek van de verpakking

Schade aan de goederen kan ook ontstaan wanneer de goederen niet deugdelijk genoeg zijn verpakt om de reis ongeschonden te doorstaan. Bij de bespreking van eigen gebrek van de verpakking speelt meteen de vraag op wat men als verpakking kan beschouwen en aan welke eisen verpakking moet voldoen. Het is in dat kader een interessant gegeven of de verpakking moet worden beschouwd als een onderdeel van de verzekerde zaak. In het verlengde daarvan is het van belang of een gebrekkige verpakking van de goederen als een eigen gebrek van de goederen kan worden gezien. Als voorts de verpakking inderdaad moet worden beschouwd als een onderdeel van de verzekerde zaak, komt onmiddellijk de vraag op of een container in dat verband ook als een verpakking kan worden gezien en vervolgens of een ondeugdelijke container dan een eigen gebrek oplevert. Hoe zit het dus in dat geval met het vervoer van goederen in een container die niet adequaat uitgerust blijkt te zijn voor de te vervoeren goederen omdat hij een eigen gebrek heeft zoals bijvoorbeeld een gat of een defecte koelinstallatie?

3. Eigen gebrek van het vervoermiddel

In de situatie dat het vervoermiddel een eigen gebrek bevat, worden de te vervoeren goederen beschadigd of gaan ze verloren doordat het vervoermiddel vanwege een eigen gebrek niet voldoende geëquipeerd is voor het vervoeren van de goederen.

Bij dit hoofdstuk betrek ik de drie vormen van eigen gebrek in het vervoerrecht, zoals ik hierboven heb weergegeven: eigen gebrek van de te vervoeren/vervoerde goederen; eigen gebrek van de verpakking en eigen gebrek van het vervoermiddel. Vanzelfsprekend is het onderscheid groot tussen de ontheffingsgrond van eigen gebrek van de goederen en eigen gebrek van het vervoermiddel dat veelal verhindert dat de vervoerder zich op een ontheffingsgrond kan beroepen. Het is van belang beide vormen te behandelen, niet in de laatste plaats omdat eigen gebrek van de verpakking regelmatig tussen de wal en het schip (om maar even bij vervoerrechtelijke termen te blijven) blijkt te vallen.³⁸⁹ Regelmatig blijken eigen gebrek van de goederen en eigen gebrek van het vervoermiddel met elkaar in een causaliteitskwestie verwickeld.

4.1.3 De kwestie eigen gebrek in het vervoerrecht

Dikwijls is de dekking van schade die veroorzaakt is door eigen gebrek, uitgesloten. Het kan echter wel wettelijk toegestaan zijn om schade en/of verlies door eigen gebrek te verzekeren. Bepalingen in vervoerrechtelijke wetgeving en verdragen ontslaan de vervoerder vaak van aansprakelijkheid als de schade en/of het verlies

388. Zie hierover eveneens Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/444.

389. Dit komt duidelijk naar voren in paragraaf 4.6, waar het eigen gebrek van de container aan de orde is.

is ontstaan door een eigen gebrek van goederen. Als tevoren vaststaat dat de vervoerder toch niet aansprakelijk is voor die schade, lijkt het voor de vervoerder niet opportuun om zich daarvoor te verzekeren. Het is dus van belang voor de vervoerder om dit risico in te kunnen schatten. Welk criterium hanteert men in het vervoerrecht om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek? Deze hoofdvraag probeer ik te beantwoorden aan de hand van de volgende deelvragen:

- a. Maakt men per verdragsrechtelijk regime gebruik van een verschillend criterium om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek?
- b. Gebruikt men in de landen die ik bij mijn onderzoek betrek, gelijke criteria om eigen gebrek vast te stellen? Zo niet, dan kan het interessant zijn bij het sluiten van de overeenkomst te kiezen voor een specifieke rechterlijke instantie die de geschillen beslecht.
- c. Is de verpakking een onderdeel van de zaak en, in het verlengde daarvan, kan een gebrekkige verpakking worden gekwalificeerd als eigen gebrek van de zaak? Bij de beantwoording van deze vraag komt een aantal deelvragen bijna automatisch aan de orde. Deze zal ik in dat kader eveneens proberen te beantwoorden:
- d. Kan een container gezien worden als verpakking van de goederen?
- e. Zo ja, kan een container dan ook worden beschouwd als een onderdeel van de verzekerde zaak?
- f. Zo ja, kan een ondeugdelijke container dan worden gezien als een eigen gebrek van de zaak?

4.1.4 Rechtsvergelijking en internationale regelingen

In onderhavig onderzoek betrek ik een rechtsvergelijkende component. Nederland heeft immers als handelsrechtelijke natie veel te maken met grensoverschrijdend vervoer en daarom ook met internationale regelingen die daarop van toepassing zijn. Rechtsvergelijking is dus van belang omdat deze internationale regelingen, deze verdragen, veelvuldig een eigen-gebrek-bepaling kennen. Idealiter zouden deze bepalingen uniform moeten worden uitgelegd.³⁹⁰ Internationale regelingen als de Hague (Visby) Rules (hierna: H(V)R) zouden dan namelijk uniform moeten worden uitgelegd.³⁹¹ Daarmee zou de uitleg van de bepalingen rechtstreeks van belang zijn voor zowel de Nederlandse rechtspraktijk als voor de internationale vervoer(sverzekerings)praktijk.

In sommige vervoerrechtelijke verdragen wordt de aansprakelijkheid van de vervoerder (al dan niet dwingendrechtelijk³⁹²) uitgesloten wanneer sprake is van een

390. De wenselijkheid van een uniforme uitleg van internationale regelingen heb ik (en anderen ook) reeds eerder benadrukt. Zie H.M.B. Brouwer, M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniforme uitleg van internationale handelsrechtelijke regelingen', *NTHR* 2005, afl. 2, p. 45-55.

391. Zie M.L. Hendrikse, 'Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering', in: S.E. van Hall e.a. (red.), *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 230 en M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniform International Commercial Law: The Phenomena of Unification, Uniform Construction and Uniform Application', *EJCCCL* 2009, afl. 2, p. 89.

392. De CMR is, bijvoorbeeld, van dwingend recht op grond van artikel 41 CMR. De CIM daarentegen is slechts van semidwingend recht op grond van artikel 5 CIM.

inherent vice.³⁹³ Het is van belang om in dat kader de volgende vragen te beantwoorden:

- Kan van deze exoneration worden afgeweken ten gunste van de ladingbelanghebbende?
- Bij welke vorm van eigen gebrek wordt de aansprakelijkheid van de vervoerder eigenlijk uitgesloten?

Voor dit onderzoek beschouw ik de H(V)R en de Rotterdam Rules (hierna: RR),³⁹⁴ de CMR,³⁹⁵ de CIM³⁹⁶ en het Verdrag van Montreal³⁹⁷. Ik betrek bij mijn onderzoek de jurisprudentie en literatuur uit Engeland, Nederland, Duitsland en België omdat deze landen een belangrijk aandeel hebben in de vervoerrechtelijke wereld door hun economische en geografische positie. Bovendien zijn België en Duitsland belangrijk omdat daarmee vanuit Nederland vaak vervoerovereenkomsten worden gesloten. Daarenboven zijn deze ons omringende landen door hun economische positie belangrijke vervoerslanden. Het is het recht van onze buurlanden, die tevens zeer belangrijke handelspartners van Nederland zijn. Het is interessant om Engeland bij dit onderzoek te betrekken daar een van de belangrijkste internationale, vervoerrechtelijke regelingen – namelijk de H(V)R – haar oorsprong vindt in het Angelsaksische recht. Het is derhalve van belang om literatuur en jurisprudentie uit Engeland te onderzoeken en zo tot een zuivere vergelijking van de uitleg en toepassing van die regeling te komen. Ook een praktische reden ligt trouwens ten grondslag aan de keuze om deze landen te betrekken bij mijn onderzoek. De jurisprudentie en literatuur uit deze landen is voldoende toegankelijk om te kunnen raadplegen en te gebruiken ten behoeve van het onderhavige onderzoek.

4.2 Eigen gebrek in het wegvervoerrecht

De bepaling die de (uitsluiting van) aansprakelijkheid regelt in geval van eigen gebrek in het internationale wegvervoer staat, zoals reeds eerder vermeld, in artikel 17 lid 2 CMR.³⁹⁸ De vervoerder is dus ontheven van aansprakelijkheid ingeval de schade, het verlies of de vertraging van de goederen te wijten is aan ‘*inherent vice of the goods*’. Wat verstaat men echter onder *inherent vice of the goods* bij toepassing van de CMR? En hoe verhoudt deze bepaling zich tot die in lid 3 van hetzelfde artikel?³⁹⁹ Op grond van deze bepaling kan de vervoerder zich immers niet aan zijn

393. Of ingeval het een Franse bepaling betreft ‘*vice propre*’.

394. Beide regelingen bevatten bepalingen van goederenvervoer (gedeeltelijk of geheel) over zee.

395. Deze Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route regelt dus vervoer van goederen over de weg.

396. Deze Convention Internationale concernant le Transport des Marchandises par Chemins de Fer regelt derhalve vervoer van goederen over het spoor.

397. Voluit is dit het Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air), dat is gesloten in Montreal op 28 mei 1999 en het regelt dus het internationale luchtvervoer (van zowel goederen als personen). Bij mijn onderzoek beperk ik me echter tot de bepalingen betreffende goederenvervoer.

398. Zie de derde voetnoot van dit hoofdstuk.

399. Artikel 17 lid 3 CMR luidt: ‘The carrier shall not be relieved of liability by reason of the defective condition of the vehicle used by him in order to perform the carriage, or by reason of the wrongful act or neglect of the person from whom he may have hired the vehicle or of the agents or servants of the latter.’

aansprakelijkheid onttrekken indien het voertuig (een) gebrek(en) vertoont.⁴⁰⁰ Wat onder de CMR verstaan dient te worden onder *inherent vice* was reeds aan de orde in paragraaf 4.1. Clarke merkt op dat men voor de uitleg moet aansluiten bij nationaal recht nu een definitie ontbreekt in de CMR.⁴⁰¹

Als schade is ontstaan door meer dan een oorzaak waarvan één een *inherent vice* en een andere de gebrekkigheid van het voertuig is, dan is in beginsel de vervoerder aansprakelijk voor dat deel van de schade dat is veroorzaakt door de gebrekkigheid van het voertuig. Hij is echter niet aansprakelijk voor de schade ontstaan door *inherent vice* van de vervoerde goederen. Als de schade is ontstaan door een eigen gebrek aan het voertuig, kan de vervoerder zich niet exoneren met een beroep op artikel 17 lid 2 CMR omdat een beroep hierop wordt ondermijnd door de bepaling in artikel 17 lid 3 CMR. De verhouding tussen deze twee leden van artikel 17 CMR zorgt veelal voor interessante kwesties waarbij causaliteit en bewijslast een grote rol spelen.

Over de bewijslast in dezen vindt men niets terug in de CMR maar uit de rechtspraak blijkt dat deze bij de eiser ligt. De bewijslast met betrekking tot het voertuig zal dan doorgaans bij de ladingbelanghebbende liggen. Het is echter aan de vervoerder om te bewijzen dat geen sprake was van een gebrekkig voertuig. Dit is overigens een zware bewijslast, juist omdat het niet ondenkbaar is dat een gebrek aan het voertuig ontstaan is door een verkeerd gebruik van het voertuig of door de slechte rijstijl van de chauffeur.⁴⁰²

Een voorbeeld van een beroep op artikel 17 lid 2 CMR dat niet slaagt omdat daar door artikel 17 lid 3 CMR een stokje voor wordt gestoken, is een zaak geweest door de Rechtbank Rotterdam in december 2013.⁴⁰³ In deze zaak had de trekker van de vervoerder een klapband gekregen waardoor de vrachtwagencombinatie in het Verenigd Koninkrijk van de weg was geraakt. Zij kwam vervolgens op haar kop/zijkant in de greppel terecht. Door dit ongeval ontstond schade waarvoor de vervoerder aansprakelijk werd gesteld. Voorts ontstond over deze aansprakelijkheid een geschil. De vervoerder 'heeft echter gesteld dat hij op grond van artikel 17 lid 2 CMR is ontheven van deze aansprakelijkheid, omdat het verlies en de beschadiging van de goederen het gevolg zijn van een omstandigheid die hij als vervoerder niet heeft kunnen vermijden en waarvan hij de gevolgen niet heeft kunnen verhinderen', en voorts 'heeft [hij] gesteld dat en toegelicht waarom de klapband in zijn visie niet is terug te voeren op enig handelen van hemzelf of op gebreken in zijn voertuig'.⁴⁰⁴ De ladingbelanghebbende heeft echter aangevoerd dat 'geen beroep op artikel 17 lid 2 CMR toekwam, omdat niet zou worden voldaan aan de eis dat de vervoerder stelt en bewijst dat hij alle in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder te vergen maatregelen heeft genomen om het verlies/de schade te voorkomen'.⁴⁰⁵ Vervolgens ontbreekt het aan de nodige gegevens om de toedracht vast te kunnen stellen en de rechtbank overweegt:

400. Zie hierover uitgebreid Clarke 2014, 75 f.

401. Zie Clarke 2014, 236 h.

402. Clarke geeft hier als voorbeeld een lekke band als gevolg van het raken van de stoeprand en het in brand vliegen door oververhitte remmen. Zie Clarke 2014, 75 f.

403. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730.

404. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.5.

405. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.5.

‘Hoe precies de toedracht van de klapband en van het van de weg raken is geweest, wordt uit de stukken niet duidelijk. (...) Stukken waaruit concreet naar voren komt dat de band is doorboord door een van buiten komend voorwerp, of dat op het betreffende weggedeelte nog andere soortgelijke voorwerpen zijn aangetroffen, zijn evenmin overgelegd.’⁴⁰⁶

En voorts overweegt zij:

‘Op grond van artikel 18 lid 1 CMR rust het bewijs van de stelling, dat het verlies of de beschadiging van de lading door een van de in artikel 17 lid 2 CMR genoemde feiten is veroorzaakt, op [gedaagde] [dat is hier de vervoerder, HMBB].’⁴⁰⁷

Omdat de essentiële gegevens voor de bewijsvoering ontbreken en ook niet meer kunnen worden ingebracht overweegt de rechtbank op dit punt:

‘De consequentie hiervan is dat het beroep op overmacht wordt verworpen en [gedaagde] aansprakelijk is voor de schade.’⁴⁰⁸

In casu was het voor een geslaagd beroep op artikel 17 lid 2 CMR derhalve noodzakelijk om aan te tonen dat wél de nodige voorzorgsmaatregelen waren getroffen om te voorkomen dat aansprakelijkheid op grond van artikel 17 lid 3 CMR kon worden vastgesteld. Daarbij is eveneens van belang dat met succes kan worden bewezen dat de oorzaak voor het ontstaan van het gebrek aan het vervoermiddel is gelegen in een van buiten komend evenement en niet voortspuit uit een gebrek inherent aan het vervoermiddel zelf. Omdat de vervoerder dat hier onvoldoende had bewezen, kon hij zich niet met succes beroepen op artikel 17 lid 2 CMR om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen. Het is dus belangrijk om aan te tonen dat er een causaal verband is tussen het ontstaan van de schade en een van buiten komend onheil. Onvoldoende is de stelling van de vervoerder dat de oorzaak niet gelegen is in een gebrek aan het voertuig noch in enig handelen van hem zelf; hij moet immers zelfs expliciet bewijzen dat hij (in dit geval bijvoorbeeld) de klapband niet heeft kunnen verhinderen en dat deze is ontstaan door een evenement dat buiten zijn macht lag. Op de vervoerder rust derhalve de (zware!) bewijslast om aan te tonen dat hij zich terecht beroept op de exoneratie uit artikel 17 lid 2 CMR en daarenboven dat hij niet aansprakelijk is op grond van artikel 17 lid 3 CMR. Loyens omschrijft de aansprakelijkheid van de wegvervoerder hier dan ook terecht als risicoaansprakelijkheid.⁴⁰⁹ De wegvervoerder is zelfs aansprakelijk voor een gebrek als het vervoermiddel is gehuurd of door een andere vervoerder ter beschikking is gesteld. Het bewijs van behoorlijke zorg, dat in het zeerecht volstaat, is voor de wegvervoerder niet voldoende om bij een eigen gebrek van het vervoermiddel onder zijn aansprakelijkheid uit te komen. Dit is anders als het vervoermiddel ter beschikking is gesteld door de afzender of door de hoofdvervoerder aan de onder-

406. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.7.

407. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.8.

408. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.8.

409. J. Loyens, *Handboek transportrecht*, Antwerpen: Intersentia 2011 (hierna: Loyens 2011), p. 135-136.

vervoerder. De ondervoerder is dan niet aansprakelijk tegenover de geadresseerde op grond van artikel 17 lid 2 CMR.⁴¹⁰

Dit ligt overigens eveneens anders in het geval dat een trailer met goederen door de opdrachtgever aan de vervoerder ter beschikking is gesteld en die hij alleen dient aan te koppelen, naar de plaats van bestemming te trekken en daar weer los te koppelen. Van een dergelijke situatie was sprake in een zaak uit 2007 waarbij ten gevolge van een brand een trailer alsmede de zich daarop bevindende goederen beschadigd zijn geraakt, dan wel verloren zijn gegaan.⁴¹¹ Aan de orde was de vraag of de omstandigheid dat de trailer door de eiser ter beschikking is gesteld en dus niet door de vervoerder was ingebracht, een beroep op overmacht ingevolge artikel 17 lid 2 CMR rechtvaardigde, zoals de vervoerder stelde en door de eiser werd betwist. De rechtbank oordeelde:

‘In redelijkheid kan niet worden volgehouden dat de in artikel 17 lid 3 neergelegde verplichting van een vervoerder om in te staan voor het door hem gebruikte voertuig of materiaal, zich ook dient uit te strekken tot de trailer die met goederen beladen door de opdrachtgever ter beschikking is gesteld en met betrekking waartoe de opdracht slechts luidt om deze aan te koppelen, naar de plaats van bestemming te trekken en daar weer los te koppelen, zoals hier het geval is.’⁴¹²

Voorts legt de rechtbank nog uit dat zij let op de samenhang tussen lid 3 en 2 van artikel 17 CMR en dat de conclusie dan moet zijn, dat het eigen gebrek van de door de opdrachtgever ter beschikking gestelde trailer een beroep van de vervoerder op overmacht als bedoeld in artikel 17 lid 2 CMR rechtvaardigt.

Deze uitspraak geeft aan dat het van betekenis is om het verband tussen lid 2 en 3 van artikel 17 CMR niet uit het oog te verliezen. Dit is volgens mij niet meer dan logisch vanuit het perspectief van billijkheid. Indien dit niet het geval zou zijn, zou de vervoerder immers nooit met succes een beroep kunnen doen op een eigen gebrek wanneer het voertuig iets mankeert. De zorgplicht die op hem rust op grond van artikel 17 lid 3 CMR mag ver gaan maar iets wat aantoonbaar buiten zijn macht ligt, zou mijns inziens geen belemmering voor hem moeten vormen voor een succesvol beroep op de exoneration uit artikel 17 lid 2 CMR. Volgens Loyens gaat deze zorgplicht overigens ver: tot *uiterste zorg* ten aanzien van de lading is de vervoerder verplicht. Deze wordt ‘slechts begrensd door situaties waarin de schade enkel door absurde maatregelen van de zijde van de wegvervoerder vermeden had kunnen worden’, aldus Loyens.⁴¹³

Met ‘defective condition of the vehicle’ uit artikel 17 lid 3 CMR doelt de regeling niet alleen op het voertuig als vervoermiddel maar ook op zijn geschiktheid om goederen van een bepaalde soort aan te nemen en te bewaren. Het gaat er daarbij echter niet alleen om dat het vervoermiddel geschikt moet zijn om weerstand te

410. Zie in gelijke zin Loyens 2011, p. 136.

411. Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3935.

412. Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3935, r.o. 4.5.

413. Loyens 2011, p. 72.

bieden aan externe factoren zoals regen en sneeuw tijdens het vervoer.⁴¹⁴ Een vervoermiddel dient daarenboven van binnen schoon te zijn; dit verstaat men in de rechtspraak eveneens onder de geschiktheid voor het vervoer.⁴¹⁵ Of het voertuig in goede conditie is, hangt niet alleen af van de staat van het voertuig zelf maar ook van de geschiktheid om goederen van een bepaalde soort te vervoeren. Zo'n ongeschikt voertuig wordt alleen dan beschouwd als een gebrekkig voertuig in de zin van artikel 17 lid 3 CMR als de ongeschiktheid feitelijk een contractbreuk door de vervoerder is. Dit is het geval als de goederen ongeschikt zijn voor het overeengekomen vervoer, bijvoorbeeld als het gaat om een overeenkomst tot het vervoer van temperatuurgevoelige goederen.⁴¹⁶

Artikel 17 lid 3 CMR is feitelijk een uitzondering op de exceptie van artikel 17 lid 2 CMR en de bewijslast zou, zoals gezegd, bij de eiser moeten liggen. Overigens laat dit onverlet dat in sommige gevallen er plaats is voor partiële toerekening. Als naast het kapotte voertuig een andere oorzaak is aan te wijzen waarvoor de vervoerder geëxonerend is, kan hij, mits hij voldoende bewijs levert voor een geslaagd beroep op die exoneratie, voor het gedeelte dat daardoor is veroorzaakt onder zijn aansprakelijkheid uit komen.⁴¹⁷ Een beroep op de aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond uit artikel 17 lid 2 CMR slaagt doorgaans alleen als het gebrek aan het voertuig niet al bestond bij aanvang van de reis maar voortkomt uit iets dat het voertuig tijdens de reis overkomt, dat zijn oorzaak heeft in iets buiten het voertuig en dat niet te vermijden was.

Wanneer de aansprakelijkheidsperiode voor de vervoerder begint en eindigt, blijkt in grote lijnen uit de bepaling in artikel 17 lid 1 CMR.⁴¹⁸ Met deze bepaling blijft nog enige onduidelijkheid bestaan doordat niet nader is omschreven wat men bedoelt met 'la prise en charge' enerzijds en met 'la livraison' anderzijds. Dit moet derhalve op andere wijze worden ingevuld. Koller pleit ervoor om aan te sluiten bij de verplichtingen van de vervoerder zoals die voortvloeien uit de vervoerovereenkomst.⁴¹⁹ Margetson gaat eveneens uit van wat contractueel is overeengekomen en voegt daaraan toe dat daaruit moet blijken wanneer de vervoerder 'macht heeft over'.⁴²⁰ Haak besteedt ook uitgebreid aandacht aan de begrippen 'inontvangstneming' en 'aflevering' van artikel 17 lid 1 CMR die de periode afbakenen waarbinnen de vervoerder aansprakelijk is.⁴²¹ Haak constateert meteen al, en mijns inziens te

414. Dat dit van belang is, blijkt, bijvoorbeeld, uit de zaak *Walek vs. Chapman & Ball* [1980] 2 Lloyd's Rep. 279. In deze zaak overwoog Mocatta J dat een gat in het dek van de trailer niet onvermijdelijk was en kon niet met succes een beroep worden gedaan op de exoneratie van artikel 17 lid 2 CMR.

415. Zie in gelijke zin *Clarke* 2014, 75 f.

416. Zie eveneens *Clarke* 2014, 75 f.

417. Zie hierover eveneens *Clarke* 2014, 75 f.

418. Deze bepaling luidt: 'Le transporteur est responsable de la perte totale ou partielle ou de l'avarie, qui se produit entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison, ainsi que du retard à la livraison.'

419. Zie I. Koller, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, München: C.H. Beck Verlag 2013 (hierna: Koller 2013), p. 1036.

420. Zie S.W. Margetson, 'De toepasselijkheid van de CMR ingevolge art. 1', in: M.L. Hendrikse & Ph.H.J.G. van Huizen, *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg* (NTHR-reeks, deel 3), Zutphen: Uitgeverij Paris 2005, p. 39.

421. Zie K.F. Haak, *De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge de CMR* (diss. Utrecht), Den Haag: Stichting Vervoeradres 1984 (hierna: Haak 1984), p. 201-209.

recht, dat de periode van aansprakelijkheid natuurlijk langer is dan louter gedurende de periode tussen het moment van inontvangstneming en aflevering van de goederen. Deze aansprakelijkheid kan dan enerzijds voortvloeien uit de overeenkomst en anderzijds uit het nationale recht dat via ipr-verwijzingsregels van toepassing is.⁴²² In beginsel staan de begrippen ‘inontvangstneming’ en ‘aflevering’ los van de feitelijke begrippen ‘laden’ en ‘lossen’. Dit is niet verwonderlijk gezien het feit dat bij de invulling van deze begrippen de vervoerswijze van essentieel belang is. Zo is er bijvoorbeeld een groot verschil in de manier van laden en lossen (en bijbehorende aansprakelijkheid) tussen zeevervoer en wegvervoer.⁴²³ Om de periode van aansprakelijkheid aan te kunnen duiden is het volgens mij ook van belang om niet alleen af te gaan op de bewoordingen van de CMR-bepaling(en) maar ook de afspraken die voortvloeien uit de vervoerovereenkomst erbij te betrekken.

Haak onderscheidt overigens een restrictieve en een extensieve uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’.⁴²⁴ Bij de eerste gaat het om een gebrek dat wezensvreemd is aan het betreffende goed terwijl men bij een extensieve uitleg het verband tussen de (aard van de) goederen en een normaal uitgevoerd transport van doorslaggevend belang acht.⁴²⁵ Haak is van mening dat de ruimere uitleg moet worden gehanteerd mede op basis van de wetshistorie van de CMR. Voor de uitleg van artikel 17 lid 3 CMR ligt dat gecompliceerder volgens Haak. Het is niet duidelijk welke interpretatie daar gehanteerd dient te worden. Sommigen zijn van mening dat steeds als een voertuig niet geschikt blijkt voor het betreffende overeengekomen vervoer, de vervoerder op grond van artikel 17 lid 3 CMR aansprakelijk is. Anderen gaan ervan uit dat de vervoerder nog wel een beroep kan doen op andere schadeveroorzakende omstandigheden.⁴²⁶ Het is overigens van belang stil te staan bij het feit dat voor artikel 17 lid 3 CMR geen bewijsrechtelijke bepaling is opgenomen waardoor het aan de vervoerder is om te bewijzen ‘dat de schadeveroorzakende omstandigheden niet aan een gebrek van het voertuig kunnen worden toegeschreven’.⁴²⁷ Bij het ontbreken van eenduidige rechtspraak op dit punt neigt Haak ernaar om bij het beantwoorden van de vraag of het voertuig geschikt was voor het concrete overeengekomen vervoer, aansluiting te zoeken bij de vervoerovereenkomst en wat partijen daarin zijn overeengekomen. De oplossing van het vraagstuk hangt dan af van de redelijke zorg die de vervoerder in de gegeven omstandigheden met het oog op de vervoerovereenkomst zal moeten aanwenden enerzijds en anderzijds van het vervullen van de informatie- en controleplicht aan de zijde van de rechthebbende.⁴²⁸

De bewijslastverdeling in geval van enerzijds een beroep door de vervoerder op artikel 17 lid 2 CMR en anderzijds een beroep op artikel 17 lid 3 CMR door de ladingbelanghebbende was een punt van twist in de zaak *Ulster Swift*.⁴²⁹ Varkenskar-

422. Zie in gelijke zin Haak 1984, p. 201-202.

423. Zie hierover uitgebreid Haak 1984, p. 203-209, p. 207.

424. Zie Haak 1984, p. 156.

425. Zie in gelijke zin Haak 1984, p. 157.

426. Zie hierover uitgebreid Haak 1984, p. 168.

427. Zie in gelijke zin Haak 1984, p. 168.

428. Zie Haak 1984, p. 169.

429. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475.

kassen werden van Ierland naar Zwitserland vervoerd en op de overeenkomst was de CMR van toepassing. Bij aankomst in Zwitserland bleek het vlees bedorven en werd het vernietigd door of althans op last van de Zwitserse voedsel- en warenautoriteit. De aangesproken vervoerder stelt dat het bederf van het vlees veroorzaakt is door ‘risks inherent in the nature of the refrigerated meat’ en hij voegt daaraan nog toe dat hij heeft voldaan aan ‘all steps incumbent on them with respect to the choice, maintenance and use of the vehicle’.⁴³⁰ The Court of Appeal acht de vervoerder echter aansprakelijk. Megaw LJ overweegt in dit kader:

‘It is clear (...) that the excessive temperature which gave rise to the deterioration of the pork was itself caused by something which occurred during the transit, outside the normal incidents of the transit. (...) on balance of probability the “likely period of excessive temperature,” in the sense already explained, was during the transit, and was not at the time of loading; and that the carrier had failed to take some, unidentified, step which he ought to have taken.’⁴³¹

The Court of Appeal bekrachtigt de eerdere uitspraak en het is evident dat de bewijsvoering een lastig element blijkt. Maar Megaw LJ overweegt in dezen:

‘The judge was, in our view, on the true meaning and intent of this provision, entitled to hold that the carrier had failed to discharge the burden of proof on him under this paragraph if the judge correctly came to the conclusion, on all the evidence, that it was more likely than not that the carrier had failed to take some step incumbent on him.’⁴³²

Men kan volgens Megaw LJ de aansprakelijkheid van de vervoerder vaststellen wanneer deze niet slaagt in het bewijs dat hij wél de noodzakelijke stappen heeft gezet die hij als vervoerder moest zetten. Het zou te ver voeren (en wellicht ook minder voor de hand liggen) als de ladingbelanghebbende zou moeten bewijzen dat bepaalde vereiste stappen door de vervoerder niet zouden zijn gezet. Het gaat in dergelijke zaken dus niet zozeer om hoe de bepalingen uit de CMR geïnterpreteerd dienen te worden maar meer om ‘that, in English law, it is not necessary for a plaintiff to prove what was the precise, specific event by reason of which his goods were lost while in the custody of the carrier’.⁴³³

Op grond van artikel 41 CMR is de eigen-gebrek-bepaling van dwingend recht; een beding in de overeenkomst dat hiervan afwijkt, is derhalve nietig indien de CMR van toepassing is op de vervoerovereenkomst. In de overeenkomst kan dus niet worden opgenomen een beding waarbij de vervoerder de aansprakelijkheid op zich neemt ingeval schade, vertraging of verlies ontstaat door een eigen gebrek van de

430. De uiteenzetting van de casus *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 476.

431. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 482.

432. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 487.

433. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 487.

goederen (ergo dat afwijkt van artikel 17 lid 2 CMR). Anderzijds is het eveneens niet mogelijk voor de vervoerder om contractueel onder zijn aansprakelijkheid uit te komen als schade ontstaat door een eigen gebrek van het voertuig, waarvoor hij op grond van artikel 17 lid 3 CMR aansprakelijk is.

4.3 Eigen gebrek in het zeevervoerrecht

Eigen gebrek wordt voor het zeerecht geregeld in artikel 4 lid 2 (en ook in lid 6, waarin een bepaling staat voor ontvlambare stoffen) van de H(V)R. In de Rotterdam Rules staat eveneens een bepaling opgenomen (artikel 17 lid 3 onderdeel g RR).

Als de vervoerder een beroep doet op het feit dat hij niet aansprakelijk is omdat de goederen een eigen gebrek bevatten, beroept hij zich feitelijk op een van de excepties uit artikel 4 (in casu lid 2 en 6) H(V)R. Veelvuldig is daarbij echter in het geding of hij zich wel heeft gehouden aan de overriding obligations, waartoe hij verplicht is op grond van artikel 3 H(V)R.⁴³⁴

De bewijslastverdeling bij de toepassing van de H(V)R is erg casuïstisch en hangt af van welke exceptie wordt ingeroepen; er is geen heersende leer op dit punt in geval van ladingschades.⁴³⁵ Wel staat vast dat indien de vervoerder zich niet heeft gehouden aan de plichten die op grond van artikel 3 H(V)R op hem rusten, hij niet onder zijn aansprakelijkheid uit kan komen tenzij hij aantoont dat een gedeelte van de schade ook zou zijn ontstaan als hij zich wel aan zijn overriding obligations zou hebben gehouden.

De Rechtbank Rotterdam overweegt in dit kader bijvoorbeeld:

‘De enkele omstandigheid dat ladingschade is ontstaan tijdens het zeevervoer brengt nog geen aansprakelijkheid van de vervoerder onder de HVR mee. Daartoe moet sprake zijn van niet of onvoldoende naleven van de verbintenissen van de vervoerder zoals bepaald in artikel 3 lid 1 en lid 2 HVR. Echter, de omstandigheid dat ladingschade is ontstaan tijdens het zeevervoer brengt in de onderhavige gevallen mee dat de gedaagden dienen te bewijzen dat zij de ladingen behoorlijk en zorgvuldig hebben behandeld als bedoeld in artikel 3 lid 2 HVR, met name wat betreft de stuwage ervan.’⁴³⁶

In onderhavige zaak werd hout vervoerd van Zweden naar de Verenigde Staten en de pakketten hout arriveerden beschadigd in de Verenigde Staten. Op de vervoerovereenkomst waren de H(V)R van toepassing. Betwist werd vervolgens tussen partijen de aansprakelijkheid van de vervoerder. Deze laatste beriep zich op de exceptie ‘insufficiency of packaging’, artikel 4 lid 2 aanhef en onderdeel n H(V)R. De vervoerder moest vervolgens aantonen dat hij de lading heeft behandeld volgens de verplichtingen die op hem rusten op grond van artikel 3 lid 2 H(V)R. In concreto

434. Zie hierover uitgebreid N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague (Visby) Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Paris Legal Publishers 2008.

435. Zie in gelijke zin N.J. Margetson, ‘Enige opmerkingen over de bewijslastverdeling naar Engels en Nederlands recht onder de Rotterdam Rules vergeleken met de H(V)R’, *NTHR* 2010, afl. 5 (hierna: Margetson 2010), p. 203.

436. Zie Rb. Rotterdam 9 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8881, r.o. 2.8.

ging het daarbij om de vraag of de vervoerder inderdaad de pakketten hout in ‘boxshaped’ ruimen van wand tot wand, compact en met opvulling van gaten in en langs de stuwen heeft gestuwd, zodanig dat de pakketten hout niet konden bewegen en vastzetten daarvan niet nodig was. De ladingbelanghebbende had namelijk niet aangevoerd dat de gevolgde ‘wijze van stuwage, mits deugdelijk uitgevoerd, niet de vereiste behoorlijke en zorgvuldige behandeling van de ladingen oplevert’.⁴³⁷ Als de vervoerder dit kan bewijzen, is hij niet (of slechts gedeeltelijk) aansprakelijk voor de schade. Op de vervoerder rust derhalve de bewijslast met betrekking tot het naleven van de overriding obligations nadat hij heeft gesteld dat sprake is van een exceptie die hem zou ontslaan van aansprakelijkheid.⁴³⁸

Andere voorbeelden van de casuïstische bewijslastverdeling vindt men in de Engelse zeerechtspraktijk. Een uitspraak uit 2010 van the High Court of Justice illustreert dat onder andere.⁴³⁹ In casu ging het om transport van druiven van Chili naar Europa (Engeland, Nederland en Zweden) in koelcontainers.⁴⁴⁰ De druiven kwamen beschadigd aan; een bepaalde hoeveelheid was bedorven, een andere uitgedroogd en weer een andere verslechterde van conditie onmiddellijk nadat ze was blootgesteld aan de omgevingstemperatuur. De ladingbelanghebbenden stellen de vervoerder aansprakelijk voor de schade die volgens hen is ontstaan door te lange periodes van ‘power off’ gedurende de reis. De vervoerder stelt echter niet aansprakelijk te zijn op grond van een aantal expliciet uitgesloten oorzaken als inherent vice, gebrekkige verpakking en slechte stuwage.⁴⁴¹ Op grond van de standaardbepalingen uit het cognossement is de vervoerder ontheven van aansprakelijkheid indien hij aantoonde dat de schade is ontstaan door een aantal expliciet genoemde oorzaken behoudens tegenbewijs van ladingbelanghebbende. De ladingbelanghebbende hoeft niet de oorzaak van de schade aan te wijzen als de vervoerder zich niet met succes op een van de gronden voor uitsluiting van aansprakelijkheid kan beroepen.⁴⁴² In het kader van de bewijslast die in dezen op de vervoerder rust, overweegt Mr Justice Flaux dan:

‘(...) the burden is on the carrier to show what proportion of the damage is attributable to that cause for which it is not responsible. To the extent that it cannot do so, the carrier is liable for the entirety of the damage which has occurred (...).’⁴⁴³

437. Rb. Rotterdam 9 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8881, r.o. 2.8.

438. Na de geciteerde zaak in eerste aanleg, is (nog) niets gepubliceerd op Rechtspraak.nl.

439. *Exportadora Valle De Colina S.A. trading as Exportadora Santa Elena, Exportadora Seedless Valley S.A., Worldwide Growers Chile S.A., Hars & Hagebauer Limited, EU Fruit Logistics B.V. vs. A.P. Moller-Maersk A/S trading as Maersk Line* (hierna: *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*), High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm).

440. Er was hier overigens dus sprake van gecombineerd vervoer. Eerst werden de containers in Chili immers over de weg vervoerd naar de terminal om daarna verscheept te worden naar Europa.

441. De relevante passages uit de standaard bill of lading, gehanteerd door de vervoerder, heeft Mr Justice Flaux geciteerd in *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm), r.o. 22.

442. Zie *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm), r.o. 30.

443. *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm), r.o. 179.

In casu was de vervoerder aansprakelijk op grond van de omstandigheid dat hij niet of althans onvoldoende bewijs leverde van het feit dat sprake was van een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, zoals bepaald in de bill of lading. De lading-belanghebbende kon volstaan met aantonen dat de schade was ontstaan gedurende de periode van vervoer. Zij leverde overigens overtuigend bewijs dat de schade ontstaan was doordat de ‘power off’, die in principe was toegestaan, te lang had geduurd. Om recht op schadevergoeding te hebben was dat laatstgenoemde bewijs overigens niet eens vereist.

In de volgende illustratieve zaak die in 1994 voor de Court of Appeal kwam ging het om schade ontstaan tijdens het lossen van olie uit een tanker, ‘The Fiona’.⁴⁴⁴ In deze zaak ging de rederij in beroep tegen een beslissing van de Commercial Court. In die beslissing werd overwogen dat de rederij niet onder haar aansprakelijkheid uit kon komen voor schade en verlies ontstaan door een explosie aan boord van haar tanker. Aan de orde was de kwestie of de ‘overriding obligation’ van ‘seaworthiness’ (artikel 3 lid 1 H(V)R) eraan in de weg stond om de eigenaren van lading aansprakelijk te stellen op grond van artikel 4 lid 6 H(V)R in verband met gevaarlijke lading.

In deze zaak waren de schade en het verlies gedeeltelijk veroorzaakt door een tekortkoming in het zeewaardig maken van het schip, waartoe de reder verplicht is op grond van artikel 3 lid 1 H(V)R en de rederij had dus geen kans van slagen bij haar claim om onder haar aansprakelijkheid uit te komen. Ook in beroep is overwogen dat in dit geval de rederij niet onder haar aansprakelijkheid uit komt. Ongeacht of de brandstof kan worden beschouwd als ‘co-operating cause’ of anderszins, blijft voor de rederij de ‘overriding obligation’ bestaan die haar verplicht zorg te dragen voor de zeewaardigheid van het schip. In deze zaak brengen de feiten dus met zich mee dat geen plaats is voor de aansprakelijkheidsuitsluiting — artikel 4 H(V)R — nu sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de plicht het schip zeewaardig te maken — artikel 3 H(V)R. Bij het inroepen van een exceptie is steeds de verhouding tussen de excepties en de overriding obligations (dus de wisselwerking tussen artikel 3 en 4 H(V)R) doorslaggevend voor de bewijslastverdeling en het cognossement kan daarbij van invloed zijn.

Dit blijkt eveneens uit een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 1988.⁴⁴⁵ Het hof bepaalde ook daar de bewijslastverdeling aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.⁴⁴⁶ De *Aegean Wave*-zaak is een goed voorbeeld waarbij schade is ontstaan die enerzijds te wijten is aan eigen gebrek van de goederen waarvoor de vervoerder niet aansprakelijk was en anderzijds het gevolg zou kunnen zijn van de omstandigheden aan boord, zoals onvoldoende ventilatie en gebrekkige koeling, waarvoor de vervoerder wel aansprakelijk was. In deze zaak werd fruit in iets te rijpe toestand gelost. De vervoerder was niet op de hoogte van de gesteldheid van het fruit bij inladen en hij behoorde daar ook niet van op de hoogte te zijn. In de vervoerovereenkomst was een ‘onbekendheidsclausule’ opgenomen. Het hof heeft

444. Mediterranean Freight Services Ltd vs. BP Oil International Ltd (*The Fiona*), Court of Appeal 7 juli 1994, [1994] C.L.C. 808.

445. Hof Amsterdam 19 mei 1988, S&S 1988/113 (*Aegean Wave*).

446. Zie hierover uitgebreid Margetson 2010, p. 205.

overwogen dat de vervoerder met een beroep op deze clause de door de afzender gestelde conditie van de lading bij het inladen ter discussie mocht stellen, tenzij hij deze reeds bij inladen kende of behoorde te kennen:

‘(...) moet in de onderhavige zaak weliswaar van de gelding van de desbetreffende onbekendheidsclausule worden uitgegaan en daarmee van het recht van de vervoerder om de kwaliteit van het fruit ten tijde der inlading ter discussie te stellen, maar daarmee is (...) nog niets beslist omtrent de verdeling der bewijslast.’⁴⁴⁷

En het hof vervolgt:

‘(...) Voorts moet aan het als vaststaand aan te nemen feit, dat de te rijpe conditie al aanwezig was bij de verscheping, (...) mede gelet op de omstandigheid (...) dat op de transportomstandigheden in prima vista niets valt aan te merken, behoudens tegenbewijs, het vermoeden worden ontleend dat de geleden schade, bestaande uit de minderwaarde van het fruit, volledig is geleden als gevolg van dit “eigen gebrek” van het fruit.’⁴⁴⁸

Margetson stelt in het artikel waarin hij bovengenoemde zaak uitgebreid bespreekt, dat een schoon cognossement niet per definitie ‘bewijst’ dat de bederfelijke goederen in goede staat zijn ingeladen.⁴⁴⁹ Hij citeert ter illustratie het Hof Den Haag dat in 1972 overwoog:

‘In een zaak als de onderhavige, waarin het gaat om verpakt goed dat in beginsel bederfelijk is en waaraan tijdens het vervoer over zee schade is opgekomen door bederf, brengt de omstandigheid dat daarvoor bij de inlading een schoon cognossement is afgegeven niet zonder meer met zich mee, dat voorshands aangenomen moet worden dat het goed bij de inlading in gezonde, vervoersgeschikte, staat verkeerde en dat bij de lossing gebleken schade is te wijten aan een oorzakelijk gebeuren tijdens het vervoer. Immers de vermelding op het cognossement dat de partij zich bevond “in apparent good order and condition” heeft in de eerste plaats slechts betrekking op de toestand zoals die bij algemeen en globaal onderzoek werd bevonden, en slaat bovendien uitsluitend op de uiterlijke toestand van hetgeen zich daarin bevond, voorzover die toestand door de “open mesh” van de zakken waarneembaar was. Bijgevolg rust op appellante de bewijslast omtrent de gezonde, vervoersgeschikte, staat van de uien bij inlading.’⁴⁵⁰

De vermelding van ‘in apparent good order and condition’ duidt er eigenlijk dus op dat de goederen op het blote oog in goede staat verkeren. Dat is ook voldoende voor de vervoerder en in dat kader ligt het ook voor de hand om bij de ladingbelanghebbende de bewijslast te leggen.

447. Hof Amsterdam 19 mei 1988, S&S 1988/113 (*Aegean Wave*), r.o. 3.

448. Hof Amsterdam 19 mei 1988, S&S 1988/113 (*Aegean Wave*), r.o. 3.

449. Margetson 2010, p. 205.

450. Hof Den Haag 18 november 1972, S&S 1973/54 (*Krymica*), r.o. 5.

Deze voorbeelden laten duidelijk de casuïstische tendens zien bij het vaststellen van het criterium voor de bewijslast wanneer men een exceptie inroept tegenover de overriding obligations uit de H(V)R.

Royer behandelde deze kwestie eveneens in zijn proefschrift.⁴⁵¹ Volgens Royer rust bij een beroep op de eigen-gebrek-bepaling de bewijslast op de vervoerder om aan te tonen, 'dat de betrokken verliezen, hoezeer zij ook normaal zijn, hun oorzaak vinden in een eigen gebrek of in de bijzondere aard der lading'.⁴⁵² Voorts gaat hij in op de vraag wat moet worden verstaan onder 'een verborgen gebrek, de bijzondere aard of een eigen gebrek' van de lading. Het antwoord daarop ligt volgens Royer voor de hand: 'Hieronder vallen alle vormen van ongeschiktheid der lading om opgewassen te zijn tegen de normale voorvallen der reis, de gebruikelijke wijze van stuwage van soortgelijke goederen daaronder begrepen'.⁴⁵³ Royer onderkent verder de causaliteitsproblematiek die komt kijken bij het vaststellen of 'in concreto de bijzondere aard, dan wel verkeerde behandeling der vervoerde goederen als oorzaak van de schade moet worden beschouwd'.⁴⁵⁴ Daarbij is van belang welke zorgvuldigheidsplicht rust op de vervoerder bij het vervoer van goederen (al dan niet afhankelijk van welke specifieke aard deze zijn). De wijze waarop de vervoerder de lading moet behandelen wordt volgens Royer bepaald door de aard van de lading.⁴⁵⁵ Vervolgens moet de vervoerder er alles aan hebben gedaan wat redelijkerwijs in zijn vermogen lag om het ontstaan van de schade te vermijden wil hij een geslaagd beroep kunnen doen op de aansprakelijkheidsontheffing. De invulling van die eis wordt mede bepaald door de (te verwachten) kennis van de vervoerder omtrent de bijzondere lading. Dit laatste is overigens dikwijls afhankelijk van de inlichtingen die de afzender hem daarover heeft verschaft. Royer stelt ten slotte 'dat de vervoerder, die zich te zijner bevrijding op de onderhavige bepaling wil beroepen, zal hebben te stellen en desnodig te bewijzen, dat het betrokken eigen gebrek of de bijzondere aard der lading een zodanig karakter bezat, dat hij de schadelijke gevolgen ervan ondanks behoorlijke en zorgvuldige behandeling zijnerzijds dier lading redelijkerwijs niet had kunnen voorkomen'.⁴⁵⁶ Voorts wijst Royer erop dat er ook situaties denkbaar zijn waar de bewijslast niet bij de vervoerder ligt maar op de ladingbelanghebbende rust:

'Indien de goederen namelijk worden afgeleverd in dezelfde uiterlijke staat, waarin zij ten vervoer werden aangeleverd, doch na aflevering blijkt, dat er niettemin een gebrek aan kleeft, rust op de ladingbelanghebbende immers de last om aan te tonen, dat dit gebrek op het tijdstip van de aanlevering ten vervoer nog niet bestond'.⁴⁵⁷

451. S. Royer, *Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959 (hierna: Royer 1959), p. 625-631.

452. Royer 1959, p. 627.

453. Royer 1959, p. 627-628.

454. Royer 1959, p. 629.

455. Zie Royer 1959, p. 630.

456. Zie Royer 1959, p. 630.

457. Zie Royer 1959, p. 631.

Von Ziegler bespreekt evenals Royer uitvoerig de zorgplicht van de zeevervoerder in het kader van zijn aansprakelijkheid.⁴⁵⁸ Eerst komt de zorgplicht, die de zeevervoerder heeft voor de ‘seaworthiness’ en ‘fitness’ van het schip, aan bod. Volgens Von Ziegler is voldaan aan de zorgplicht van de zeevervoerder ‘wenn er alles unternommen hat, was eine vernünftige, ordentliche und brauchenkundige Person unternehmen würde, um das Schiff in seetüchtigen Zustand zu bringen’.⁴⁵⁹ De vraag of sprake is van ‘gehöriger Sorgfalt’ valt vervolgens in twee deelvragen uiteen:

- ‘ – Hat der Seefrachtführer die *Art von Massnahmen* ergriffen, die eine vernünftige und vorsichtige Person mit Branchenkenntnissen ergreifen würde?
- Hat der Seefrachtführer diese Massnahmen *auch tatsächlich* mit vernünftigem Branchenkönnen, Sorgfalt und Kompetenz *ausgeführt*?⁴⁶⁰

Voorts gaat Von Ziegler in op het vaststellen van die zorgplicht en aan de hand van welke maatstaven dat moet gebeuren. Hij concludeert dan:

‘Das kontinental-europäische Recht erkennt allgemein, dass die gehörige Sorgfalt (...) mit dem Grundsatz des “*bonus pater familias*” gleichzusetzen ist. Es ist bemerkenswert und erfreulich, dass der Sorgfaltsbegriff der Haager Regeln sowohl im angloamerikanischen wie auch im kontinental-europäischen Seefrachtrecht den *übereinstimmenden Test der objektivierten Sorgfalt eines vernünftigen, ordentlichen und branchenkundigen Seefrachtführers* erhalten hat, dessen Wurzeln bis tief in die jeweilige Rechtstradition (*bonus pater familias*; reasonable man) reichen.’⁴⁶¹

Von Ziegler is blij te bemerken dat deze continentaal-Europese maatstaven aansluiten bij de opvatting uit te gaan van de common sense die voortvloeit uit de Engelse jurisprudentie (Von Ziegler spreekt over ‘angloamerikanischen Seefrachtrecht’).⁴⁶²

Later bespreekt Von Ziegler de bewijslast in geval van eigen gebrek als ontheffingsgrond.⁴⁶³ Hij geeft daarbij aan dat het aan de vervoerder is te bewijzen dat de oorzaak van de schade gelegen is in het eigen gebrek. Vervolgens onderscheidt hij vijf bijzonderheden die uit de bewijslastverdeling volgen:

‘Unterschiedliche Bedeutung der “verborgenen Mängel” und der “dem Gute eigene Mängel” im Beweislastsystem der Haager Regeln; Erleichterte Beweisführung des Seefrachtführers hinsichtlich der verborgenen und dem Gute eigenen Mängel; “Skripturhaftung” und Unterscheidung zwischen äusserlich erkennbarem und äusserlich nicht erkennbarem Zustand;

458. Zie A. von Ziegler, *Haftungsgrundlage im internationalen Seefrachtrecht*, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2002 (hierna: Von Ziegler 2002), p. 85-89 en 103.

459. Zie Von Ziegler 2002, p. 105.

460. Von Ziegler 2002, p. 106.

461. Von Ziegler 2002, p. 110.

462. Deze besprak ik al eerder; zie paragraaf 4.1.1.

463. Von Ziegler 2002, p. 303-316.

Haftungsbefreiung trotz "Skripturhaftung"?; Erläuterungen in Bezug auf Ladungstüchtigkeit und Ladungsfürsorge.⁴⁶⁴

Het voert te ver om deze vijf bijzonderheden hier uitgebreid te bespreken maar het is van belang te zien dat Von Ziegler diepgaand de bewijskracht van het cognossement aan de orde stelt. In geval van een schoon cognossement is er een prima-facie-bewijs dat de vervoerder aansprakelijk is. Tegenbewijs staat voor de vervoerder overigens open. Hij kan tegenover de derde te goeder trouw aantonen dat hij niet wist of kon weten van het eigen gebrek van de goederen op het moment dat zij in zijn macht kwamen. Feitelijk is het een lastig weerlegbaar bewijsvermoeden omdat hij dan alsnog moet bewijzen dat er sprake was van een eigen gebrek van de goederen.

Tetley benadrukt eveneens het bewijsvermoeden waarbij de aansprakelijkheid in beginsel op de vervoerder rust tenzij hij dit met succes weerlegt:

'The carrier having received the goods in good order under a clean bill of lading and having received bad order receipts on delivery is prima facie liable for the loss or damage, which is presumed to have occurred while the goods were in its custody.'⁴⁶⁵

Door de toevoeging van prima facie (op het eerste gezicht) kan men stellen dat hier sprake is van een weerlegbaar bewijsvermoeden. Tetley voegt daaraan toe dat de vervoerder succesvol kan weerleggen als hij aantoonst dat het verlies of de schade is ontstaan door een van de exceptions uit artikel 4 lid 2 onderdeel a-q H(V)R. Deze bewijskwestie is volgens Tetley veelvuldig aan de orde geweest in uitspraken uit de Verenigde Staten, Canada, Engeland en Europa.

Tetley verwijst bijvoorbeeld naar de zaak *Caemint Food, Inc. vs. Brasileiro* waarbij goederen van Brazilië naar de Verenigde Staten werden vervoerd en sommige pakketten vochtig de plaats van bestemming bereikten.⁴⁶⁶ In casu slaagde de lading-belanghebbende er niet in te bewijzen dat de schade was ontstaan gedurende de periode waarin de goederen in de macht van de vervoerder waren. Prima-facie-bewijs dat de goederen onder een schoon cognossement in goede conditie waren ingeladen was onvoldoende omdat de goederen in pakketten waren aangeleverd en ingeladen. Daardoor was het voor de vervoerder niet mogelijk eventuele schade te constateren die was ontstaan voorafgaand aan het inladen. In een andere zaak werd bovendien nog eens bevestigd bij wie welke bewijslast lag.⁴⁶⁷ *Rouleau J* overweegt daar onder meer:

'(...) the plaintiff bears the burden of proving that the goods were damaged while in the carrier's possession; this is generally accomplished by proof that the goods were tendered in good condition to the carrier, and were ultimately received in a damaged condition. (...) the carrier must show

464. Zie Von Ziegler 2002, p. 432-443.

465. Zie W. Tetley, 'The burden and order of proof in marine cargo claims', 2004, www.mcgill.ca/maritimelaw/maritime-admiralty (hierna: Tetley 2004), p. 4.

466. Zie *Caemint Food, inc., vs. Lloyd Brasileiro Companhia de Navegação*, U.S. Court of Appeals, second circuit, 28 april 1981, 1981 A.M.C. 1801.

467. Zie *Francosteel Corp. vs. Fednav Ltd.*, 7 september 1990, 1991 A.M.C. 1078.

that the damage fits within an excepted clause of the Hague Rules; if he succeeds, the onus shifts to the plaintiff to adduce evidence that the damage was caused by the carrier's negligence. If, on the other hand, the carrier cannot establish that the damage is due to an excepted cause, the burden remains on him to prove that the loss was not caused by his negligence.⁴⁶⁸

In deze zaak was het eveneens onvoldoende om prima-facie-bewijs te leveren dat de goederen, die (net als in voorgaande casus) verpakt waren, vochtvrij en in goede conditie waren voorafgaand aan het inladen. Om aan te tonen dat de goederen in goede toestand ten vervoer zijn afgeleverd, moet de ladingbelanghebbende derhalve meer bewijs hebben dan het prima-facie-bewijs waarvan hij initieel gebruik kan maken. Dat geldt met name in geval van goederen die verpakt worden aangeleverd en waarvan de vervoerder geen inschatting kan maken op basis van zijn waarneming.

Deze bewijslastverdeling, waarbij de aansprakelijkheid in beginsel op de vervoerder rust tenzij hij dit met succes weerlegt, is volgens Tetley afkomstig uit 'the common law principle that he who seeks to rely upon an exception in his contract must bring himself within it'.⁴⁶⁹ Om de bewijslast voor de vervoerder te illustreren verwijst Tetley, onder meer, naar de zaak *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*⁴⁷⁰ Viscount Sumner overweegt in onderhavige zaak dat de bewijslast bij de vervoerder ligt, vooral ook nu die zich beroept op een exceptie die hem onder zijn aansprakelijkheid zou kunnen doen uitkomen terwijl het voor de hand ligt dat hij de op hem rustende 'overriding obligations' onvoldoende heeft nageleefd. Sumner verwoordt het als volgt:

'As the cargo in question was shipped in good order and condition and was delivered damaged, in a manner which was preventible and ought not to have been allowed to occur, there was sufficient evidence of a breach by the carrier of his obligations under Art. III., r. 2, of the Act of 1924, to shift to him the onus of bringing the cause of the damage specifically within Art. IV., r. 2, so as to obtain the relief for which it provides.'⁴⁷¹

Sumner gaat vervolgens in op de specifieke casus en de mogelijke oorzaken die de schade veroorzaakt zouden (kunnen) hebben. Voorts besluit hij zijn overweging met:

'(...) unless it be held that negligence merely in discharging cargo is negligence in the management of the ship, it is incumbent on the shipowner, on whom the whole burden of proving this defence falls, to show how

468. *Francosteel Corp. vs. Fednav Ltd.*, 7 september 1990, 1991 A.M.C. 1078, 1081.

469. Tetley 2004, p. 5.

470. Deze zaak is bekend als 'Gosse Millard' of 'The Canadian Highlander', zaak *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, House of Lords, [1929] A.C. 223, (1928) 32 Ll. L. Rep. 91 at p. 95 (H.L.). Zie hierover tevens N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague (Visby) Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Paris Legal Publishers 2008, p. 80.

471. Zie *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, House of Lords, [1929] A.C. 223, p. 234.

much damage was done in the subsequent operations, because it is only in respect of them that he can claim protection. (...)'⁴⁷²

Sumner geeft derhalve expliciet aan dat voldoende bewijs van de vervoerder essentieel is om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen met een beroep op een exceptie uit artikel 4 H(V)R. Hij gaat er daarbij (mijns inziens terecht) van uit dat 'negligence merely in discharging cargo' niet te verwarren is met 'negligence in the management of the ship'. Juist daarom is het van belang dat de vervoerder nauwgezet aantoont welke opeenvolgende verrichtingen welke schade hebben veroorzaakt. Alleen daarmee kan hij feitelijk aantonen welk gedeelte van de schade dus niet is ontstaan door 'negligence in the management of the ship' maar door werkzaamheden die niet vallen onder de verplichtingen die hij heeft op basis van de overriding obligations. Sumner brengt helder onder woorden dat de bewijslast bij de vervoerder, die zich beroept op een exceptie, ligt en bovendien dat dit ook het meest voor de hand ligt. Voorts pleit deze uitleg voor de mogelijkheid van proportionele verdeling van de aansprakelijkheid. Sumner gaat daar overigens niet expliciet op in anders dan door zijn bewoordingen 'to show *how much damage* [cursivering HMBB] was done in the subsequent operations' en 'to show *to what extent* [cursivering HMBB] in money'.

Tetley wijst overigens op het verschil in bewijslast onder de H(V)R enerzijds en in Marine Insurance anderzijds. In het zeevervoerrecht dient de vervoerder te bewijzen dat sprake is van een 'inherent vice' en dat deze de schade heeft veroorzaakt en kan vervolgens de ladingbelanghebbende nog het tegendeel proberen te bewijzen. Bij Marine Insurance daarentegen is een geslaagd beroep op 'inherent vice' door de verzekeraar waarbij bovendien komt vast te staan dat 'any fortuitous external accident or casualty' niet heeft plaatsgevonden, volgens Tetley voldoende om onder zijn dekkingsverplichting uit te komen.⁴⁷³ Hij waarschuwt in dit kader ervoor dat het derhalve niet verstandig is om Marine Insurance-maatstaven te hanteren bij een ladingclaim onder de H(V)R juist vanwege onder meer het verschil in bewijslast. Onder de H(V)R kan de vervoerder zich succesvol beroepen op een 'inherent vice' van de goederen maar het staat de ladingbelanghebbende vervolgens vrij om te bewijzen dat een fout van de vervoerder of zijn nalatigheid de schade of het verlies heeft vergroot.⁴⁷⁴ Tetley concludeert dan ook dat het steeds een wisselwerking is tussen enerzijds de zorg die de vervoerder moet betrachten en het beroep op een exceptie als 'inherent vice'. Hierbij hangt een en ander niet alleen af van de bewoordingen in de overeenkomst of wat impliciet is overeengekomen maar ook van wat gebruikelijk is. Het is bijvoorbeeld niet vereist te koelen indien dit niet uitdrukkelijk is overeengekomen tenzij dit een impliciet gebruik is, ventileren is daarentegen wel vereist en schade ontstaan door niet of onvoldoende ventilatie zal dan ook op het conto van de vervoerder komen.⁴⁷⁵

472. Zie *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, House of Lords, [1929] A.C. 223, p. 241.

473. Zie hierover uitgebreid Tetley 2008, p. 1143-1144.

474. Tetley 2008, p. 1150-1151.

475. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 1158-1159.

Ook Ponet stelt de bewijslastverdeling om de aansprakelijkheid binnen het internationale zeevervoer vast te stellen, uitvoerig aan de orde.⁴⁷⁶ Hij bespreekt in dat kader eerst het bewijs van behoorlijke zorg, die de vervoerder moet betrachten ten aanzien van de lading. Daarna bespreekt hij het bewijs van reisverlies dat van geval tot geval moet worden beoordeeld.⁴⁷⁷ Voorts gaat hij achtereenvolgens in op de bewijslast bij reisverlies tijdens vervoer van koffie; hout; graangewassen; rollen papier; melkpoeder; olie; gescheurde zakken; thee in kisten; grondnotenolie in vaten en maïs in bulk. Ditzelfde doet hij in geval van verhitting van achtereenvolgens cheddardaas, vismeel in zakken, maïs, maniok, tapioca, rijstkiemkoekmeel, Kash fish – meststoffen, gezouten huiden en boekweit. Vervolgens bespreekt hij nog apart verlies in geval van vervoer van huiden, wanneer gisting is opgetreden en bij een lange reisduur. Daarna gaat hij in op roestvorming bij blikken en staal en schade aan onverpakte auto's en machines enzovoort. Ponet bespreekt gedetailleerd elke mogelijke schadeoorzaak die kan leiden tot een (succesvol) beroep op een ontheffingsgrond door de vervoerder mits deze laatste erin slaagt te bewijzen dat hij heeft voldaan aan de zorgplicht. Het voert te ver om per mogelijke schadeoorzaak en per type te vervoeren goederen in te gaan op de bijzondere eisen die aan het bewijs worden gesteld. Duidelijk wordt wel dat op de vervoerder een grote bewijslast rust om aan te tonen dat hij voldoende zorg heeft gedragen voor de *specifieke* lading. Zo schrijft Ponet, bijvoorbeeld, over condensatieschade:

‘Onder eigen gebrek/aard van de koopwaar wordt doorgaans begrepen het gebrek of de eigen aard van een goed, dat niet in staat is de reis zonder schade te verdragen. (...) De omstandigheid dat maniokchips uit hun aard onderhevig zijn aan zweeten, ontslaat de zeevervoerder niet noodzakelijk van aansprakelijkheid wegens zweet- of verschroeiingsschade. Dit kenmerk van de goederen is bekend en kan doelmatig worden bestreden door aangepaste stuwning en ventilatie. De zeevervoerder is met zulk element bekend en heeft, door het vervoer te aanvaarden, laten verstaan dat zijn schip voor zulk vervoer geschikt was. (...) Het kan niet als voldoende redelijke zorg voor de lading worden beschouwd wanneer de vervoerder een niet-verdubbelde mattengarnering bij ventilatiekokers en luikhoofden aanbrengt, welke niet voldoende condensatiewater ingevolge ruimzweet opslorpt, daar waar de normale juiste bekleding zulks wel doet. De zeevervoerder beroept zich onder zulke omstandigheden ten onrechte op het eigen gebrek van de lading.’⁴⁷⁸

De uitleg van Ponet en de uitvoerige beschrijving bevestigen het feit dat de rechtspraak omtrent de ontheffingsgronden uit de H(V)R casuïstisch is. Verder maakt het mijns inziens duidelijk dat per geval moet worden vastgesteld wat het causaal verband is tussen de ontheffingsgrond en de schade waarbij voor de zorgplicht van de vervoerder ten aanzien van de lading een belangrijke rol is weggelegd. Overigens is het een vertrouwenwekkende gedachte dat een beroep op een ontheffingsgrond zeker niet onmogelijk blijkt. De vervoerder moet weliswaar qua bewijs sterk in

476. F. Ponet, *De overeenkomst van internationaal zeevervoer onder cognossement*, Antwerpen: Kluwer 1991 (hierna: Ponet 1991).

477. Ponet 1991, p. 357.

478. Ponet 1991, p. 376-377.

zijn schoenen staan. Indien hij er echter in slaagt zijn zorgplicht ten aanzien van de lading te bewijzen en vervolgens overtuigend kan bewijzen dat hij niet op de hoogte was of kon zijn van het eigen gebrek van de goederen (waarbij de eis aan het bewijs per product verschilt), lijkt een beroep op de ontheffingsgrond grote kans van slagen te hebben.

Loyens bespreekt de bewijslast onder het regime van zowel de H(V)R als de Belgische Zeewet. Loyens wijst er eerst op dat de zeevervoerder in het cognossement een voorbehoud moet maken voor die goederen die bij inontvangstneming al zichtbaar gebreken vertonen.⁴⁷⁹ Als de goederen bij aankomst zijn beschadigd 'door een verborgen gebrek zonder dat deze goederen uit hun aard voorbestemd zijn om na verloop van tijd een dergelijk gebrek te vertonen (bv. schimmelvorming), draagt de vervoerder de bewijslast dat dit gebrek verborgen was en bestond, minstens in de kiem (niet waarneembaar vocht binnen in de verpakking), voor de aanneming ten vervoer'.⁴⁸⁰

Artikel 17 lid 3 Rotterdam Rules bepaalt dat de vervoerder ontheven is van aansprakelijkheid indien het verlies, de schade of de vertraging is ontstaan door een limitatief opgesomd aantal oorzaken.⁴⁸¹ Voor onderhavig onderzoek zijn derhalve de exoneraties onder f, g, j en k van belang. Deze sluiten immers de aansprakelijkheid van de vervoerder uit wanneer sprake is van fire on the ship (f); latent defects not discoverable by due diligence (g); inherent defect, quality of vice of the goods (j) of insufficiency or defective condition of packing or marking not performed by or on behalf of the carrier (k). Uitspraken waarbij een beroep op artikel 17 lid 3 RR werd gedaan, zijn (nog) niet te raadplegen. Wellicht heeft men in de praktijk er ook nog geen beroep op gedaan omdat al bij voorbaat de bewijsvoering kansloos was voor de vervoerder. Deze bepalingen maken het overigens mogelijk om de aansprakelijkheid tussen de vervoerder en de ladingbelanghebbende mogelijk te maken.⁴⁸²

Artikel 17 lid 2 RR geeft immers aan wanneer de vervoerder geheel of gedeeltelijk is bevrijd van aansprakelijkheid en in lid 3 staan de ontheffingsgronden specifiek

479. Loyens 2011, p. 131.

480. Loyens 2011, p. 131.

481. Artikel 17 lid 3 luidt: "The carrier is also relieved of all or part of its liability pursuant to paragraph 1 of this article if, alternatively to proving the absence of fault as provided in paragraph 2 of this article, it proves that one or more of the following events or circumstances caused or contributed to the loss, damage, or delay: (a) Act of God; (b) Perils, dangers, and accidents of the sea or other navigable waters; (c) War, hostilities, armed conflict, piracy, terrorism, riots, and civil commotions; (d) Quarantine restrictions; interference by or impediments created by governments, public authorities, rulers, or people including detention, arrest, or seizure not attributable to the carrier or any person referred to in article 18; (e) Strikes, lockouts, stoppages, or restraints of labour; (f) Fire on the ship; (g) Latent defects not discoverable by due diligence; (h) Act or omission of the shipper, the documentary shipper, the controlling party, or any other person for whose acts the shipper or the documentary shipper is liable pursuant to article 33 or 34; (i) Loading, handling, stowing, or unloading of the goods performed pursuant to an agreement in accordance with article 13, paragraph 2, unless the carrier or a performing party performs such activity on behalf of the shipper, the documentary shipper or the consignee; (j) Wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality, or vice of the goods; (k) Insufficiency or defective condition of packing or marking not performed by or on behalf of the carrier; (l) Saving or attempting to save life at sea; (m) Reasonable measures to save or attempt to save property at sea; (n) Reasonable measures to avoid or attempt to avoid damage to the environment; or (o) Acts of the carrier in pursuance of the powers conferred by articles 15 and 16."

482. Zie in gelijke zin Loyens 2011, p. 114.

opgesomd. Indien de vervoerder aantoont dat schade, verlies of vertraging daardoor is ontstaan, is hij ook geheel of gedeeltelijk ontheven van aansprakelijkheid. Daartegenover staat echter lid 4 dat bepaalt dat de vervoerder geheel of gedeeltelijk aansprakelijk is als de ladingbelanghebbende kan aantonen dat de schade, het verlies of de vertraging te wijten is aan een fout van de zeevervoerder.⁴⁸³ Tetley laat zich overigens bijzonder kritisch uit over de Rotterdam Rules:

'The Rotterdam Rules are a valiant effort, but are exceedingly complicated, verbose and repetitive and are therefore difficult to understand by shippers, carriers, charterers, consignees, on-carriers etc. and to put into effect. The Rotterdam Rules also disregard a century and a half of international carriage of goods law drafting style, vocabulary, jurisprudence and internationally accepted definitions. The Rotterdam Rules were proposed by the United States of America, which has only the Hague Rules of 1924 in force (being US COGSA 1936), the United States not having adopted the Visby Rules, the Hamburg rules or the Multimodal Convention. The Rotterdam Rules thus only benefit the United States and even then are so out of step with modern practices already adopted internationally as set out above that they would not benefit even American shippers, carriers, freightforwarders, charterers and on-carriers.'⁴⁸⁴

Het voert te ver om in dit artikel verder in te gaan op de kritische opmerkingen van Tetley over de Rotterdam Rules maar het is zeer goed voorstelbaar dat de diepgewortelde H(V)R-traditie in het zeerecht nog steeds zegeviert. Dit zou tevens een verklaring kunnen zijn waarom er tot op heden nauwelijks rechtspraak voorhanden is waar de Rotterdam Rules in het geding zijn.

De H(V)R worden in beginsel beschouwd als dwingend recht 'in die zin dat er niet ten nadele van de lading van mag worden afgeweken met als uitzondering het bijzondere transport en het vervoer van levende dieren'.⁴⁸⁵ Volgens mij kan het systeem dan dus feitelijk worden gezien als van semidwingend recht. De vervoerder mag op grond van artikel 5 H(V)R immers contractueel afwijken van de bepalingen in het verdrag om zijn rechten en ontheffingen geheel of gedeeltelijk op te geven of zijn aansprakelijkheden en verplichtingen te vermeerderen maar dit moet in het cognossement worden opgenomen.⁴⁸⁶ Bovendien mogen deze afwijkingen geen strijd met de openbare orde opleveren en zij kunnen hem niet ontslaan van de zorgverplichtingen die hij heeft jegens ondergeschikten, de behandeling van de goederen en de zeewaardigheid van het schip.⁴⁸⁷ Concreet mag de vervoerder dus

483. Zie eveneens Loyens 2011, p. 76.

484. Zie www.mcgill.ca/maritimelaw/mcc4th.

485. Zie in gelijke zin G.J. van der Ziel, 'Het UNCITRAL-ontwerp voor een nieuw zeevervoersverdrag', *TVR* 2004, afl. 2, p. 45.

486. Zie artikel 5 H(V)R. Dit luidt immers: 'A carrier shall be at liberty to surrender in whole or in part all or any of his rights and immunities or to increase any of his responsibilities and obligations under this Convention, provided such surrender or increase shall be embodied in the bill of lading issued to the shipper. (...).'

487. In artikel 6 H(V)R staat per slot van rekening: 'Notwithstanding the provisions of the preceding articles, a carrier, master or agent of the carrier and a shipper shall in regard to any particular goods be at liberty to enter into any agreement in any terms as to the responsibility and liability of the carrier for such goods, and as to the rights and immunities of the carrier in respect of such

afwijken van de regeling alleen dan als het ten gunste van de ladingbelanghebbende is.

Op grond van artikel 79 lid 1 RR⁴⁸⁸ is elk beding nietig dat afwijkt van de dwingend-rechtelijke werking van de verdragsbepalingen. Tenzij in het verdrag anders is bepaald, zijn bepalingen die direct of indirect de verplichtingen of de aansprakelijkheid van de vervoerder uitsluiten of beperken, nietig. Het is de vervoerder derhalve wel toegestaan zijn aansprakelijkheid te vergroten of te vermeerderen. Dit is, op grond van artikel 79 lid 2 RR overigens niet toegestaan aan de partijen, genoemd in dit artikel (zoals de shipper, de controlling party en de houder van het transportdocument).⁴⁸⁹

De zeevervoerder kan dus niet makkelijk onder zijn aansprakelijkheid uit komen tenzij hij zich met succes beroept op een van de ontheffingsgronden. Anderzijds is het wel mogelijk om contractueel vast te leggen dat de vervoerder aansprakelijk is ook in situaties waarvoor hij in beginsel op grond van de bepalingen van de RR ontheven van aansprakelijkheid was. Dit kan aantrekkelijk zijn voor de ladingbelanghebbende en zal regelmatig leiden tot onderhandelingen (waarbij natuurlijk ook de zeevervoer verzekering een belangrijke rol zal spelen).

4.4 Eigen gebrek in het luchtvervoerrecht

Uitsluiting van aansprakelijkheid indien de schade of het verlies van de goederen te wijten is aan eigen gebrek wordt voor vervoer van goederen door de lucht geregeld in artikel 18 lid 2 Verdrag van Montreal (hierna: VvM).⁴⁹⁰ Deze bepaling lijkt sterk op haar equivalent in het Verdrag van Warschau.⁴⁹¹ In die bepaling stond echter dat de vervoerder zich alleen dan op deze ontheffingsgrond kon beroepen indien de schade 'solely' was veroorzaakt door een eigen gebrek.⁴⁹² Bewust heeft men er in het VvM voor gekozen het woord 'solely' niet meer te laten terugkeren in de tekst van de bepaling zodat het mogelijk is om in voorkomende gevallen de aan-

goods, or his obligation as to seaworthiness, so far as this stipulation is not contrary to public policy, or the care or diligence of his servants or agents in regard to the loading, handling, stowage, carriage, custody, care and discharge of the goods carried by sea, provided that in this case no bill of lading has been or shall be issued and that the terms agreed shall be embodied in a receipt which shall be a non-negotiable document and shall be marked as such. An agreement so entered into shall have full legal effect.'

488. Dit artikel luidt: '1. Unless otherwise provided in this Convention, any term in a contract of carriage is void to the extent that it: (a) Directly or indirectly excludes or limits the obligations of the carrier or a maritime performing party under this Convention; (b) Directly or indirectly excludes or limits the liability of the carrier or a maritime performing party for breach of an obligation under this Convention; or (c) Assigns a benefit of insurance of the goods in favour of the carrier or a person referred to in article 18.'

489. Zie hierover eveneens H. Boonk, 'De Rotterdam Rules en de betekenis daarvan voor het huidige recht', *NTHR* 2010, afl. 3, p. 87.

490. Artikel 18 lid 2 VvM luidt: 'However, the carrier is not liable if and to the extent it proves that the destruction, or loss of, or damage to, the cargo resulted from one or more of the following: a) inherent defect, quality or vice of that cargo; b) defective packing of that cargo performed by a person other than the carrier or its servants or agents; (...).'

491. Dit verdrag uit 1929 regelde lange tijd het luchtvervoer.

492. Zie hierover uitgebreid I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2007 (hierna: Koning 2007), p. 200.

sprakelijkheid proportioneel te verdelen. Niet langer dient de schade uitsluitend en alleen veroorzaakt te zijn door een eigen gebrek voor een succesvol beroep op deze ontheffingsgrond door de vervoerder.

In het VvM gaat men uit van objectieve risicoaansprakelijkheid, waar in het Verdrag van Warschau nog geen sprake van was.⁴⁹³ Zonder dat een fout moet worden bewezen is de luchtvervoerder aansprakelijk met uitzondering van die gevallen die specifiek en limitatief staan opgesomd in het verdrag. Voor schade ontstaan in alle andere gevallen is de vervoerder aansprakelijk louter en alleen omdat de schade is ontstaan tijdens het luchtvervoer.⁴⁹⁴

Voor de interpretatie van de bepaling kan enerzijds aansluiting worden gezocht bij de uitleg van de exceptie in het zeerecht en anderzijds bij de uitleg van artikel 17 CMR, die ontheffing van vervoerdersaansprakelijkheid in het wegvervoerrecht regelt.⁴⁹⁵ Een voorbeeld in dezen is een zaak uit 1987.⁴⁹⁶ In onderhavige zaak was luchtvervoer van kalveren van Canada naar India overeengekomen. Een aantal kalveren was dood bij aankomst in India en enkele kalveren stierven in de periode direct na aankomst. Vervolgens twistten partijen of sprake was van 'inherent defect, quality or vice of the cargo carried'. Voorts citeert Austin J enige definities en overweegt:

'In the light of the definitions noted above, it seems to me that the phrase "inherent defect" might apply in the case of a machine which fell apart during the flight because it was so constructed as to be unable to stand the normal incidents of flight. The same phrase would not apply in the case of flowers which froze during carriage because the aircraft was not heated and there was no reason for the shipper to believe it would be heated. In that event, the carrier might turn to the word "quality" and rely on it'.⁴⁹⁷

Vervolgens overweegt Austin J dat hier een *leading case* uit het Engelse zeerecht goed van pas komt.⁴⁹⁸

'(...) the shipment of wet salted fish from Glasgow to Genoa. They arrived in a deteriorated state. (...) "It follows that whether there is an inherent defect or vice must depend upon the kind of transit required by the contract. If this contract had required refrigeration, there would have been no inherent vice. But as it did not, there was inherent vice because the

493. Zie in gelijke zin Loyens 2011, p. 73-74.

494. Zie ook Loyens 2011, p. 76-77.

495. Zie Koning 2007, p. 183 en 200 en M.A. Clarke & D. Yates, *Contracts of carriage by land and air*, London: Informa 2008 (hierna: Clarke & Yates 2008), p. 389.

496. Canada (Attorney General) vs. Flying Tiger Line Inc., 14 oktober 1987, 61 O.R. (2d) 673 (hierna: *Flying Tiger Line*).

497. *Flying Tiger Line*, nr. 14.

498. *Albacora vs. Wescott and Laurance* [1966] 2 Lloyd's Rep. 53. Deze zaak wordt door Clarke & Yates als *leading case* aangeduid. Zie Clarke & Yates 2008, p. 389.

goods could not stand the treatment which the contract authorized or required". This was a contract for carriage by sea rather than by air.⁴⁹⁹

Het blijkt dus gebruikelijk of tenminste bruikbaar om een zeerechtscasus te hanteren bij de uitleg van een bepaling in het luchtvaartrecht.

Zoals blijkt uit de tekst van artikel 18 lid 2 VvM kan de luchtvervoerder behalve op grond van eigen gebrek van de goederen eveneens op grond van de gebrekkige verpakking van de goederen worden ontheven van zijn aansprakelijkheid. Dit laatste blijkt uit artikel 18 lid 2 onderdeel b VvM. Op grond van deze bepaling is de vervoerder niet aansprakelijk voor de schade indien en voor zover deze is veroorzaakt door de gebrekkige verpakking. De afzender is onder het VvM in beginsel verplicht de goederen deugdelijk te verpakken.⁵⁰⁰ Reuschle merkt op dat deze uitsluiting van aansprakelijkheid vooropstelt dat de vervoerder of zijn hulppersonen de verpakking van de goederen niet op zich hebben genomen. Het VvM regelt niet op wie de verpakkingsplicht rust. In de situatie waarbij de vervoerder de verpakkingsplicht contractueel op zich neemt, is het voor de vervoerder vanzelfsprekend niet meer mogelijk om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen met een beroep op de gebrekkige verpakking van de goederen.⁵⁰¹ De verdragstekst vermeldt overigens evenmin aan welke eisen de verpakking moet voldoen noch vindt men dergelijke vereisten terug in de wetshistorie.⁵⁰² Het ligt daarom voor de hand om ook hier aansluiting te zoeken bij een andere internationale regeling, een internationaal verdrag voor vervoer, om invulling te geven aan het vereiste van een deugdelijke verpakking. In de literatuur twist men er nog over welke regeling dat zou moeten zijn.

Clarke en Yates gaan ervan uit dat vanwege de onduidelijkheid in zowel de verdragstekst als de verdragshistorie men aansluiting moet zoeken bij het nationale recht en bij de uitleg van analoge bepalingen in andere vervoerrechtelijke verdragen zoals bijvoorbeeld de H(V)R.⁵⁰³

Deze mening ventileert Clarke trouwens eveneens ten aanzien van de interpretatie van de *inherent-vice*-bepaling in de CMR.⁵⁰⁴ De suggestie om bij onduidelijkheid in een verdragstekst aan te sluiten bij nationaal recht komt dus niet helemaal uit de lucht vallen. Toch is (het bepalen van) de definitie volgens mij niet de enige doorslaggevende factor bij de interpretatie van een bepaling maar kan vaststaande jurisprudentie, de zogenaamde *leading cases*, eveneens uitkomst bieden. Daarbij aansluiten zal trouwens minstens net zo goed de rechtszekerheid bevorderen. Clarke en Yates geven aan dat de vaststelling op basis van nationale wetgeving wordt aangevuld met de interpretatie, ontwikkeld in de rechtspraak op andere vervoerrechtelijke gebieden. Zij zijn van mening dat dit bijdraagt aan de uniformiteit van

499. *Flying Tiger Line*, nr. 15.

500. Zie hierover eveneens F. Reuschle, *Montrealer Übereinkommen, Kommentar*, Berlin: De Gruyter Recht 2005 (hierna: Reuschle 2005), p. 220-221, nr. 67-70.

501. Zie in gelijke zin Reuschle 2005, p. 221, nr. 69.

502. Zie hierover ook Koning 2007, p. 201.

503. Zie in gelijke zin Clarke & Yates 2008, p. 389.

504. Dit was reeds aan de orde in paragraaf 4.2. Ik verwees daar naar Clarke 2014, 236 h.

interpretatie.⁵⁰⁵ De aanpak van Clarke en Yates om aan te knopen bij de nationale wetgeving, levert mijns inziens te weinig uniformiteit van de uitleg op.⁵⁰⁶ Nationale uitleg van begrippen is vanzelfsprekend onvermijdelijk bij afwezigheid van een internationaal rechtsprekend orgaan dat zich toelegt op geschillen waarbij een specifiek verdrag van toepassing is. De kans op uniformiteit is echter wel groter wanneer de regeling die men hanteert bij de interpretatie van een bepaling, gelijk is voor de verschillende landen; wanneer men aansluiting zoekt bij de interpretatie van een bepaling uit een verdrag en dus niet bij die van een bepaling uit de nationale wetgeving. Met het oog op de uniformiteit verdient dat zeker de voorkeur boven het hanteren van de interpretatie afkomstig uit nationale wetgeving. De CMR is evenwel niet in alle landen van toepassing maar enkel in Europa en enige Euraziatische landen.

Koning is eveneens van mening dat men moet aansluiten bij de interpretatie van een ander vervoerrechtelijk verdrag. Haar voorkeur gaat daarbij uit naar die van het Brussels Cognossemmentsverdrag. Zij merkt, mijns inziens terecht, op dat de CMR slechts beperkte reikwijdte heeft omdat dit verdrag voornamelijk van toepassing is op Europees wegvervoer terwijl het zeerechtelijk verdrag een veel grotere reikwijdte heeft, die in elk geval tot ver buiten Europa loopt en, zoals Koning het omschrijft, mondiale werking heeft.⁵⁰⁷

Het is raadzaam om, zoals Koning voorstelt, voor de interpretatie van een deugdelijke verpakking te rade te gaan bij de uitleg van de H(V)R totdat er aan de hand van de rechtspraak voldoende duidelijkheid bestaat over de uitleg van de bepaling.

Op grond van artikel 49 is het VvM van dwingend recht en zijn afwijkende bedingen in de vervoerovereenkomst of in andere bijzondere overeenkomsten nietig.⁵⁰⁸ Dit houdt in dat op grond van het VvM de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de vervoerder niet kan worden omzeild. Het is niet mogelijk voor de vervoerder om op andere wijze alsnog de aansprakelijkheid 'op zich te nemen' terwijl hij op grond van het verdrag is uitgesloten van aansprakelijkheid.

4.5 Eigen gebrek in het recht van het vervoer per spoor

Artikel 23 lid 2 CIM bevat een bepaling die eigen gebrek voor het vervoer per spoor regelt:

‘Le transporteur est déchargé de cette responsabilité dans la mesure où la perte, l’avarie ou le dépassement du délai de livraison a eu pour cause

505. Zie Clarke & Yates 2008, p. 389.

506. Koning is overigens dezelfde mening toegedaan, zie Koning 2007, p. 201.

507. Zie Koning 2007, p. 201.

508. Artikel 49 Verdrag van Montreal luidt namelijk: ‘Any clause contained in the contract of carriage and all special agreements entered into before the damage occurred by which the parties purport to infringe the rules laid down by this Convention, whether by deciding the law to be applied, or by altering the rules as to jurisdiction, shall be null and void.’

(...) un vice propre de la marchandise (détérioration intérieure, déchet de route, etc.) (...).⁵⁰⁹

De vervoerder is dus ontheven van aansprakelijkheid wanneer het verlies, de schade of het overschrijden van de tijdslimiet van het vervoer te wijten is aan een eigen gebrek van het goed. Wat hieronder moet worden verstaan wordt, niet gelimiteerd, opgesomd tussen haakjes. Bij de opzet van de CIM is daarnaast, in tegenstelling tot die van de CMR duidelijk gekozen voor een meer uitgebreide omschrijving van verschillende, specifieke ontheffingsgronden in tegenstelling tot het slechts beperkt noemen van het overkoepelend begrip 'inherent vice' als grond voor ontheffing van aansprakelijkheid. In artikel 23 lid 3 CIM staat een aantal specifieke ontheffingsgronden. In beginsel veronderstelt men dat de vervoerder aansprakelijk is voor verlies van of schade aan de goederen of wanneer het vervoer langer duurt dan overeengekomen. Vervolgens kan de vervoerder proberen om onder deze veronderstelde aansprakelijkheid uit te komen door zich te beroepen op een van de verweren gegeven in artikel 23 CIM.⁵¹⁰ Een van de verweren, genoemd in lid 2 van het artikel is 'an inherent defect in the goods (decay, wastage etc.)' en daarbij gaat men ervan uit dat met 'inherent defect' hetzelfde wordt bedoeld als met 'inherent vice'. De bewijslast rust op de vervoerder. Dit is expliciet bepaald in artikel 25 lid 1 CIM. Bij een beroep op artikel 23 lid 3 CIM heeft de vervoerder het bewijsvoordeel en is het aan de verweerder om te bewijzen dat geen sprake is (geweest) van een van de risico's die staan opgesomd in artikel 23 lid 3 CIM. De rechtsgrond hiervoor staat in artikel 25 lid 2 CIM. Lid 2 en 3 van artikel 23 onderscheiden zich derhalve van elkaar door de bewijslast. Sowieso heeft de vervoerder een zekere zorgplicht en bij een beroep op artikel 23 lid 2 CIM, gaat het feitelijk om 'circumstances which the carrier could not avoid and the consequences of which he was unable to prevent'.⁵¹¹ Als daarvan sprake is en de vervoerder heeft voldaan aan zijn zorgplicht dan leidt dit, bij een terecht beroep op artikel 23 lid 2 CIM mogelijksterwijs naar de aansprakelijkheid van de spoorweg.

Artikel 23 lid 3 onderdeel b en d CIM is voor onderhavig punt met name van belang omdat daar de vervoerder wordt uitgesloten van aansprakelijkheid wanneer de schade is ontstaan door gebrekkige verpakking (b) of door de aard van de vervoerde zaak (d). De bewijslast rust hier dus op de verweerder omdat de vervoerder slechts feitelijk hoeft te (doen) constateren en het aan de ladingbelanghebbende is om aan te tonen dat een van deze risico's niet de schade heeft veroorzaakt.⁵¹² Het is de ladingbelanghebbende op wie de plicht rust de te vervoeren goederen adequaat

509. Zie artikel 23 lid 2 Règles uniformes concernant le Contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM), Appendice B à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 juin 1999, Valable dès le 1er juillet 2006, Etat 1er décembre 2010, Edition CIT (Comité international des transports ferroviaires). Het verdrag is opgesteld in drie authentieke talen, beginnend met Frans. In het Engels wordt 'vice propre un vice propre de la marchandise (détérioration intérieure, déchet de route, etc.)' vertaald met 'inherent defect in the goods (decay, wastage etc.)' en in het Duits met 'besondere Mängel des Gutes (inneren Verderb, Schwund usw.)'.

510. Zie in gelijke zin Clarke & Yates 2008, p. 258.

511. Zie Clarke & Yates 2008, p. 258.

512. Deze bewijslast staat in artikel 25 lid 2 CIM: 'Lorsque le transporteur établit que la perte ou l'avarie a pu résulter, étant donné les circonstances de fait, d'un ou de plusieurs des risques particuliers prévus à l'article 23, § 3, il y a présomption qu'elle en résulte. L'ayant droit conserve toutefois le droit de prouver que le dommage n'a pas eu pour cause, totalement ou partiellement, l'un de ces risques.'

verpakt aan te leveren aan de vervoerder. De schade is vaak mede veroorzaakt door een van de gevallen opgesomd in artikel 23 lid 3 CIM. De ladingbelanghebbende zal in die gevallen steeds moeten aantonen dat de oorzaak van de schade eveneens aan de vervoerder te wijten is. In zulke gevallen wordt dan de aansprakelijkheid proportioneel verdeeld.

Er is echter geen recente rechtspraak voorhanden, hetgeen erop zou kunnen duiden dat spoorvervoerders nauwelijks een beroep doen op deze ontheffingsgrond. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat het voor de vervoerder praktisch niet haalbaar is om met succes aan te tonen dat de schade aan de goederen is veroorzaakt door een eigen gebrek.

Overigens kan slechts een beperkt aantal personen op grond van artikel 23 CIM de vervoerder succesvol aansprakelijk stellen dan wel verweer voeren, te weten de afzender en de geadresseerde.⁵¹³

Belangrijk is het in dit kader ook om kort nog stil te staan bij de periode waarin de vervoerder mogelijk aansprakelijk is voor schade aan, vertraging of verlies van de goederen. In artikel 23 lid 1 CIM staat deze periode aangeduid als 'à partir de la prise en charge de la marchandise jusqu'à la livraison'. Dit suggereert een handeling van de vervoerder die bewaking of althans toezicht en controle inhoudt.⁵¹⁴ De bewoordingen van de CIM lijken hiermee die van de CMR te volgen. In artikel 17 lid 1 CMR is de aansprakelijkheidsperiode immers als volgt omschreven: 'entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison'.

Deze uniforme regeling is van semidwingend recht in zoverre dat de vervoerder af mag wijken van de bepalingen in het verdrag indien het zijn aansprakelijkheid vergroot of vermeerdert. Bedingen die anderszins afwijken van de bepalingen in dit verdrag zijn nietig.⁵¹⁵

4.6 Eigen gebrek van de container

4.6.1 Inleiding

In paragraaf 4.1 staat reeds een aantal kwesties genoemd die zich voordoen bij het vraagstuk van eigen gebrek van de container. Zo speelt bijvoorbeeld, zoals aangegeven, onmiddellijk de vraag of een container een onderdeel van de verzekerde zaak is. Beschouwt men de container als verpakking van de zaak en is de verpakking een onderdeel van de zaak? Als men een container inderdaad ziet als verpakking en daarmee als onderdeel van de zaak, levert een ondeugdelijke container dan een eigen gebrek op? Hoe zit het bovendien in dat geval met het vervoer van goederen in een container die niet adequaat uitgerust blijkt te zijn voor de te vervoeren

513. Dit volgt uit artikel 44 CIM: 'Personnes qui peuvent actionner le transporteur § 1 Sous réserve des §§ 3 et 4, les actions judiciaires fondées sur le contrat de transport appartiennent: a) à l'expéditeur jusqu'au moment où le destinataire a (...) b) au destinataire à partir du moment où il a (...)'

514. Zie hierover eveneens Clarke & Yates 2008, p. 258 en Koller 2013, p. 1404.

515. Dit blijkt uit artikel 5 CIM: 'Sauf clause contraire dans les présentes Règles uniformes, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait à ces Règles uniformes. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat de transport. Nonobstant cela, un transporteur peut assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles qui sont prévues par les présentes Règles uniformes.'

goederen omdat hij een eigen gebrek heeft zoals bijvoorbeeld een lek of een defecte koelinstallatie?

4.6.2 Verplichtingen voortvloeiend uit de H(V)R

Margetson gaat uitgebreid in op deze kwestie.⁵¹⁶ In zijn artikel beantwoordt hij de vraag of de vervoerder aansprakelijk is onder de H(V)R voor ladingschade veroorzaakt door de ongeschiktheid van zijn container. Het blijkt dat men daar verschillend mee omgaat onder de verscheidene rechtssystemen. Margetson besteedt ter illustratie aandacht aan de zaak *NDS Provider*.⁵¹⁷

De Hoge Raad overwoog in die zaak:

‘Ingevolge art. 3 lid 1 HVR dient de zeevervoerder voor en bij de aanvang van de reis redelijke zorg aan te wenden voor: het zeewaardig maken van het schip (onder a), het behoorlijk bemannen, uitrusten en bevoorraden van het schip (onder b) en het geschikt maken en in goede staat brengen van de ruimen, koel- en vrieskamers en alle andere delen van het schip waarin zaken worden geladen om deze daarin te bergen, te vervoeren en goed te houden (onder c). De tekst van art. 3 lid 1, aanhef en onder c, HVR geeft geen eenduidig antwoord op de vraag of de in een geval als het onderhavige door de vervoerder aan de afzender voor het vervoer van de lading ter beschikking gestelde containers moeten worden aangemerkt als deel van het schip waarin lading wordt vervoerd dan wel met dergelijke laadruimte op een lijn moeten worden gesteld. Ook de door het Comité Maritime International (CMI) in 1997 gepubliceerde en openbaar toegankelijke wordingsgeschiedenis (*The travaux préparatoires (...)*) verschaft op dit punt geen duidelijkheid. Zoals blijkt uit de in de aanvullende conclusie van de Advocaat-Generaal (...) ontbreekt in de kring van bij de CMI aangesloten staten een heersende opvatting omtrent de juiste uitleg van deze bepaling. Onder dergelijke omstandigheden komt bij de uitleg van een bepaling van eenvormig privaatrecht als art. 3 lid 1, aanhef en onder c, HVR beslissende betekenis toe aan het doel en de strekking van die bepaling (...).’⁵¹⁸

En voorts overwoog de Hoge Raad:

‘De strekking van de zorgplicht van de vervoerder uit art. 3 lid 1, aanhef en onder a-c, HVR is dat het schip de lading moet beschermen tegen de gevaren van de zee, zodat het geschikt is om de lading te vervoeren, ook wel aangeduid als de “cargoworthiness” of ladinggeschiktheid van het schip (zie de aanvullende conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6). Zulks brengt mee, dat de vervoerder ook ervoor dient te zorgen dat door hem speciaal voor het vervoer aan boord van het schip ter beschikking

516. N.J. Margetson, ‘Liability of the carrier under the Hague (Visby) Rules for cargo damage caused by unseaworthiness of its containers’, *JIML* vol. 14, issue 2, march/april 2008 (hierna: Margetson in *JIML* 2008), p. 153-161.

517. HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA5799 (*NDS Provider*) (hierna: ECLI:NL:HR:2008:BA5799).

518. ECLI:NL:HR:2008:BA5799, r.o. 4.3.

gestelde containers geschikt zijn om de daarin geplaatste lading te vervoeren. Deze zorgplicht brengt mee dat, zoals in dezelfde mate geldt voor het ruim van het schip, in die containers geen water kan binnendringen. (...) op termijn de HVR te gaan vervangen expliciet wordt bepaald dat tot de delen van het schip waartoe de zorgplicht van de vervoerder zich uitstrekt ook de door de vervoerder ter beschikking gestelde containers behoren. Door in het onderhavige geval voor het vervoer van de lading containers ter beschikking te stellen waarin als gevolg van roestvorming gaten waren ontstaan waardoor tijdens het vervoer zeewater eenvoudig de containers kon binnendringen, heeft NDAL de op haar als zeevervoerder rustende zorgplicht veronachtzaamd. (...).⁵¹⁹

De Hoge Raad gaat in deze zaak er dus van uit dat een container die door de vervoerder ter beschikking is gesteld ‘cargo-worthy’ moet zijn en dat de plicht van due diligence, bepaald in artikel 3 lid 1 H(V)R, ook geldt ten aanzien van dergelijke containers.⁵²⁰

Margetson betreft interpretaties onder verschillende rechtsstelsels bij zijn onderzoek naar de uitleg van dit vraagstuk. Er is een aantal gezichtspunten te onderscheiden. In België lijkt men het gezichtspunt van de Hoge Raad, zoals hiervoor besproken, eveneens te hanteren. Margetson haalt daarbij De Wit aan, die bevestigt dat de container weliswaar geen onderdeel van het schip is maar dat de due-diligenceplicht om de cargotanks geschikt voor het ontvangen van de te vervoeren goederen te maken, zich uitstrekt tot deze plicht ten aanzien van de container.⁵²¹ Voorts verwijst Margetson naar Von Ziegler die van mening is dat het afhankelijk is van wie de container verschaft of de vervoerder verantwoordelijk is voor de toestand ervan.⁵²²

Uiteindelijk gaat Margetson in op enkele *duties* (plichten) die op de vervoerder rusten: ‘due diligence to make the ship seaworthy’, ‘the duty regarding the cargo’ en de ‘overriding nature of the duties of the carrier’.⁵²³ Van de eerste plicht kan niet contractueel worden afgeweken, de tweede plicht kan niet worden gedelegeerd en blijft derhalve eveneens rusten op de vervoerder. Voor wat betreft de overriding obligations in combinatie met een oorzaak waarvoor aansprakelijkheid aan de zijde van de vervoerder is uitgesloten op grond van de H(V)R, heerst er volgens Margetson onduidelijkheid hoe men daar in Nederland mee omgaat. Waar men in Engeland de mogelijkheid van proportionele verdeling van de aansprakelijkheid in dergelijke gevallen openlaat, lijkt daar in Nederland minder ruimte voor. Indien daar schade ontstaat door het handelen in strijd met een overriding obligation, is de vervoerder aansprakelijk ongeacht of hij kan aantonen dat (een deel van) de schade is ontstaan door een oorzaak waarvoor hij niet aansprakelijk is op grond van de excepties, zoals die zijn bepaald in de H(V)R.⁵²⁴

519. ECLI:NL:HR:2008:BA5799, r.o. 4.4.

520. Zie in gelijke zin Margetson in *JIML* 2008, p. 153.

521. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 155.

522. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 155.

523. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 158-160.

524. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 160.

Daartegenover is het zeer gebruikelijk om clauses in de bills of lading op te nemen waarin staat dat de vervoerder niet aansprakelijk is als er schade ontstaat aan de vervoerde goederen in een container die niet door de vervoerder is geladen.⁵²⁵

Dit alles bij elkaar optellend, komt Margetson tot de conclusie dat indien we er terecht van uitgaan dat een container geen onderdeel is van het schip, de plicht die voortvloeit uit artikel 3 lid 1 H(V)R niet geldt voor containers. Maar omdat de container wel kan worden beschouwd als een object dat vervoerd dient te worden, zijn de plichten die voortvloeien uit artikel 3 lid 2 H(V)R evenzeer van toepassing op de container.⁵²⁶ Uit deze conclusie leidt Margetson voorts af dat de kwestie van vervoerdersaansprakelijkheid voor schade ontstaan door een gebrekkige container (van de vervoerder) zal worden bepaald door de vervoerovereenkomst.

Tetley gaat ook uitvoerig in op de containerkwestie. Hij benadrukt dat de vervoerder op grond van artikel 3 lid 2 H(V)R naar behoren zorg moet betrachten ten aanzien van de lading. Hij voegt daaraan toe dat de vervoerder echter geen speciale zorg hoeft na te leven tenzij dit specifiek is overeengekomen.⁵²⁷ Hij stelt verder dat eigen gebrek een ruim begrip is in de context van een container. Het gaat dan niet alleen om een gebrek aan de goederen in de container maar het kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een verborgen ongeschikte stuwage.⁵²⁸ Dus als de verzender bijvoorbeeld een (koel)container heeft geladen, dan zal hij meer moeten bewijzen dan alleen aantonen dat de vervoerder een schoon cognossement heeft afgegeven. Hij zal dan namelijk moeten bewijzen dat de goederen bij inladen in goede conditie waren. De woorden 'clean on board' op het cognossement helpen hem daar nauwelijks bij. Zij verwijzen slechts naar de van de buitenkant zichtbare toestand van de container.⁵²⁹ Bovendien mag de vervoerder er niet eenvoudigweg op vertrouwen dat een clause in het cognossement zijn aansprakelijkheid wegneemt en de bewijslast omkeert omdat dit te veel in strijd is met de H(V)R.⁵³⁰ Wanneer de vervoerder de container heeft geladen, zal hij het eigen gebrek van de goederen moeten aantonen om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen. Het uitgangspunt is dan dat hij een redelijke kans gehad heeft om de kwaliteit van de goederen te onderzoeken.⁵³¹ Als uit het cognossement blijkt dat het de vervoerder is toegestaan om de temperatuur te controleren in een koelcontainer dan kan hij aansprakelijk zijn voor schade door ontdooien als de goederen wel bij de juiste temperatuur zijn geladen en blijkt dat deze niet is gehandhaafd gedurende het vervoer. Maar als anderszids kan worden aangetoond dat de verkeerde temperatuur een fout is van de verzender, dan zal deze aansprakelijk zijn voor de daardoor ontstane schade.⁵³² Uit elk voorbeeld dat Tetley gebruikt, wordt duidelijk dat hij, mijns inziens terecht, vindt dat het sterk afhankelijk is van wie de container heeft verstrekt voor de vraag wie aansprakelijk is en bij wie welke bewijslast ligt. Hij voegt daaraan toe dat door een gebrekkige container de zeewaardigheid van het schip in het geding kan komen.

525. Ook Margetson benadrukt dit punt, Margetson in *JIML* 2008, p. 156.

526. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 161.

527. Zie Tetley 2008, p. 1561.

528. Zie Tetley 2008, p. 1563.

529. Zie Tetley 2008, p. 1563-1564.

530. Zie Tetley 2008, p. 1170.

531. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 1169.

532. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 1564.

Dit zou in strijd zijn met de plicht van due diligence die volgt uit artikel 3 lid 1 H(V)R als de container zou worden gezien als onderdeel van het schip. Indien dit niet het geval is, en Tetley is ertoe geneigd daarvan uit te gaan, dan valt deze gebrekkige container weliswaar niet onder de plicht van due diligence uit artikel 3 lid 1 H(V)R maar zal de vervoerder nog altijd aansprakelijk kunnen zijn voor fouten met betrekking tot laden, stuwen en vervoeren omdat hij hiermee zorgvuldig en voorzichtig moet omgaan.⁵³³ Dat geldt overigens niet in elke situatie. Als de verzen-der de container ter beschikking heeft gesteld en geladen en daarop een schade volgt (bijvoorbeeld door het vlam vatten van een gevaarlijke, niet bekendgemaakte lading), is het zeer goed denkbaar dat de vervoerder niet aansprakelijk is op grond van het onvoldoende betrachten van due diligence. Hij had immers in dit geval geen weet van de inhoud van de container en geen goede reden om te veronderstellen dat het hier ging om mogelijk schadelijke lading.⁵³⁴

Het House of Lords heeft zich in 2004 (nog eens) uitgelaten over de aansprakelijkheid voor laden en stuwen.⁵³⁵ Lord Steyn buigt zich over de vraag of het is toegestaan om contractueel vast te leggen dat de aansprakelijkheid voor handelingen zoals laden en stuwen wordt neergelegd bij de verzender in plaats van bij de reder. Hij citeert een passage uit *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* uit 1996 om het dan geldige standpunt te omschrijven:

‘The whole contract of carriage is subject to the Rules, but the extent to which loading and discharging are brought within the carrier’s obligations is left to the parties themselves to decide. Thus, if the carrier has agreed to load, stow or discharge the cargo, he must do so properly and carefully, subject to any protection which he may enjoy under article IV. But the Rules do not invalidate an agreement transferring the responsibility for these operations to the shipper, charterer or consignee.’

Lord Steyn geeft aan dat dit zijns inziens een accurate omschrijving is van de status quo in dezen.⁵³⁶ Het beroep wordt dan ook verworpen in casu.⁵³⁷ Het blijkt op grond van deze uitspraak van het House of Lords derhalve nog steeds⁵³⁸ mogelijk om deze aansprakelijkheid in de overeenkomst op een andere partij te laten rusten en dat is dus niet in strijd met artikel 3 H(V)R. Dit stemt immers overeen met de praktijk waarbij dikwijls overeen wordt gekomen dat laden, stuwen en lossen door de verzender plaatsvindt en daarbij sluit het House of Lords aan.

533. Zie hierover eveneens Tetley 2008, p. 1565.

534. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 932.

535. In de zaak *Jindal Iron & Steel Co Ltd vs. Islamic Solidarity Shipping Co Jordan Inc* (hierna: *The Jordan II*), House of Lords 25 november 2004, [2005] 1 W.L.R. 1363.

536. *The Jordan II*, House of Lords 25 november 2004, [2005] 1 W.L.R. 1363, 1368.

537. *The Jordan II*, House of Lords 25 november 2004, [2005] 1 W.L.R. 1363, 1375.

538. Het House of Lords sluit namelijk aan bij de zaak *GH Renton & Co Ltd vs. Palmyra Trading Corp of Panama* (*The Caspiana*), House of Lords 5 december 1956, [1957] A.C. 149.

4.6.3 Container als verpakking van de goederen

4.6.3.1 Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich in 1996 al eens uitgelaten over de vraag of men een container kan (of zou moeten) beschouwen als verpakking van de goederen.⁵³⁹ In onderhavige zaak werden planten vervoerd van Guatemala naar Amsterdam en was schade ‘proximately caused by (...) *inherent vice*’ uitgesloten van dekking onder toepassing van de Institute Cargo Clauses. Door een achteraf gebleken (vastgelegd op een zogenoemde Ryan recorder) te hoge temperatuur in de container zijn de planten beschadigd. In de procedure wordt betwist of de container valt onder de verzekerde zaak. Het Haviltex-criterium toepassend heeft de Hoge Raad het beroep tegen de uitspraak van het hof verworpen:

‘(...) het verzekerd voorwerp is de container, inhoudende een niet nader omschreven hoeveelheid planten, dat de te hoge temperaturen in de container een gevolg zijn van een “*inherent vice*” van die container, en dat de schade die daarvan het gevolg is geweest, niet is gedekt. Zou de container niet het verzekerd object zijn, dan is deze toch als verpakking onderdeel van de verzekerde planten en biedt de verzekering evenmin dekking.’⁵⁴⁰

In casu overwoog de Hoge Raad derhalve impliciet dat een container inderdaad kan worden gezien als verpakking van de goederen en de A-G merkte in dezen op dat de rechtbank expliciet van mening was dat de container geen verpakking was en het hof hier impliciet tegenin was gegaan:

‘De juistheid van diens kwalificatie van de container als verpakking heeft het hof dus in het midden gelaten. Dat maakt het oordeel niet onbegrijpelijk want ook als men die kwalificatie met de rechtbank onjuist zou vinden, dan impliceert dat nog niet dat Nieuw Rotterdam de container niet mede als het in de polis omschreven gevaarsobject heeft kunnen beschouwen.’⁵⁴¹

4.6.3.2 *Ondeugdelijke container een eigen gebrek van de zaak of van een container sui generis?*

Op grond van het hiervoor besproken arrest lijkt men een container in de Nederlandse rechtspraak te beschouwen als verpakking van de goederen. Meteen komt de vraag op of een ondeugdelijke container dan kan worden gezien als een eigen gebrek van de zaak. De vraag die daaraan voorafgaat, is of men de verpakking van de goederen beschouwt als onderdeel van de goederen. Uit de hiervoor genoemde casus kan men overigens eveneens afleiden dat verpakking tot onderdeel van de goederen wordt gerekend. In het verlengde daarvan kan men stellen dat een on-

539. HR 7 juni 1996, NJ 1996/697.

540. HR 7 juni 1996, NJ 1996/697, r.o. 3.2.1.

541. HR 7 juni 1996, NJ 1996/697 (concl. A-G Asser, punt 2.16).

deugdelijke container een eigen gebrek van de goederen is. Margetson stelt echter mijns inziens terecht dat de container meer is dan alleen verpakking. Dit neemt overigens geenszins weg dat volgens mij een container in geen geval kan worden beschouwd als een vervoermiddel. Als de keuze dus is tussen vervoermiddel of verpakking en daarmee onderdeel van de vervoerde goederen, kies ik onherroepelijk voor de tweede optie. Mocht echter de vernuftige oplossing van Margetson tevens tot de keuzemogelijkheden behoren, dan zal de optie van de container *sui generis* zeker prevaleren.⁵⁴² Dit heeft niet in de laatste plaats mijn voorkeur omdat door deze oplossing de mogelijkheid ontstaat om een specifiek contract de regels te laten beheersen betreffende aansprakelijkheid voor de container.

4.6.3.3 *Visie op containerkwestie in het transportverzekeringsrecht*

Voor wat betreft het *transportverzekeringsrecht* gaan Van Tiggele-van der Velde en Wansink er overigens ook van uit dat de container moet worden beschouwd als verpakking van de zaak.⁵⁴³ Daarmee geldt een gebrek aan de container als een gebrekkige verpakking. Deze kan vervolgens worden gezien als een onderdeel van de zaak. Dit blijkt ook uit een aantal door hen aangehaalde casus uit het Nederlandse transportverzekeringsrecht. De meest illustratieve casus bij hun uiteenzetting over de containerkwestie in het transportverzekeringsrecht is trouwens de uitspraak van de Hoge Raad uit 1996 die hiervoor reeds aan de orde is geweest.

Blom stelt in zijn dissertatie eveneens de vraag of ‘beschadiging door een gebrekkige verpakking dient te worden aangemerkt als een eigen gebrek’.⁵⁴⁴ Het is Blom niet duidelijk waarom deze vraag (ook weer aangaande het *transportverzekeringsrecht*) steeds bevestigend wordt beantwoord. Hem lijkt verdedigbaar ‘dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak tenzij uit de polisvoorwaarden anderszins volgt’.⁵⁴⁵ En hij vervolgt: ‘Voor vervoer van zaken met containers lijkt hetzelfde te gelden aangezien een container onder omstandigheden als verpakking wordt beschouwd.’

4.6.3.4 *Balans*

Mijns inziens is het helder om een container te beschouwen als verpakking van de goederen en niet als een vervoermiddel. Een container zelf is immers geen vervoermiddel maar een laadbak om goederen in te vervoeren.⁵⁴⁶ Als vervolgens de vraag is of men een container zou moeten rekenen tot verpakking als onderdeel van de goederen of tot vervoermiddel, lijkt het me voor de hand liggen om voor de eerste omschrijving te kiezen. Met Blom ben ik het overigens wel eens dat theoretisch te betwisten is of verpakking beschouwd dient te worden als onderdeel van de goede-

542. Margetson in *JIML* 2008, p. 161.

543. Zie in gelijke zin Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/450.

544. A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 95.

545. Blom 2006, p. 96.

546. Regelmatig treft men het woord ‘laadbak’ aan in definities van het begrip ‘container’. Onder meer gebruikt www.mijnwoordenboek.nl deze omschrijving.

ren.⁵⁴⁷ Aan de andere kant is in veel gevallen (zoals bij een partij bulkgoederen) de lading niets (althans ‘valt’ – soms letterlijk – ‘als los zand uit elkaar’) zonder het ondersteunend omhulsel van de container. Daardoor komt het er praktisch wel op neer dat de verpakking onderdeel van de goederen is. Dit laatste zou er dan ook voor pleiten om een ondeugdelijke container te zien als een eigen gebrek van de goederen die in de container vervoerd worden. Het lijkt niet meer dan billijk om bij schade aan goederen, ontstaan doordat zij in een ondeugdelijke container vervoerd zijn, die niet door de vervoerder ter beschikking is gesteld, hem te ontheffen van zijn aansprakelijkheid. Vanzelfsprekend niet dan nadat hij met succes heeft aangetoond dat de schade is veroorzaakt door die ondeugdelijke container en hij zich van zijn zorgplicht ten aanzien van de lading heeft gekwetend. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de vervoerder zelf de container ter beschikking heeft gesteld aan de ladingbelanghebbende. Op de vervoerder zal dan een grotere aansprakelijkheid rusten. Omdat er derhalve zoveel factoren meespelen, is het mijns inziens het meest verkieslijk om aansluiting te zoeken bij de oplossing die Margetson aandraagt in zijn artikel en een container te beschouwen als een *sui generis*. Bij deze oplossing ligt het dan voor de hand om ook in een separate overeenkomst voor de container *sui-generis*-bepalingen op te nemen die de aansprakelijkheid regelen.

4.7 Conclusie en aanbevelingen

De criteria ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ verschillen per verdrag niet wezenlijk van elkaar en komen eveneens min of meer overeen in de landen die bij het verdrag zijn aangesloten.

Wel valt op dat er in het zeerecht meer ruimte lijkt te zijn weggelegd voor de vervoerder om een beroep op de ontheffingsgrond eigen gebrek te doen slagen. Enerzijds maken de op hem rustende overriding obligations de bewijslast ten aanzien van zijn zorgplicht groot maar anderzijds heeft hij, mits voldaan aan die zorgplicht, recht van spreken. Als hij succesvol aantoonde dat hij voldoende zorg ten aanzien van de lading heeft betracht, ligt, met andere woorden, de weg voor hem open om aan te tonen dat er sprake was van een eigen gebrek van de goederen en hem derhalve niets te verwijten valt. Dat geldt daarentegen voor, bijvoorbeeld, het wegvervoer in veel mindere mate. Indien de wegvervoerder namelijk een beroep op deze ontheffingsgrond wil doen, is dat mijns inziens een stuk lastiger. De zorgplicht van de vervoerder is in de regeling (de CMR) veel minder expliciet vastgelegd. Juist daarom maakt dat de bewijslast voor de vervoerder (dat hij aan die zorgplicht heeft voldaan) zwaarder. Het lijkt er overigens wel op dat hier geleidelijk verandering in komt doordat men steeds meer aansluiting zoekt bij de uitleg in het zeevervoer. Net als in het zeevervoer zal het dus sterk afhankelijk van het geval zijn of een beroep op de ontheffingsgrond zal slagen maar wordt het wellicht iets eenvoudiger om aan te tonen dat aan de zorgplicht is voldaan.

Het is ergo voor de vervoerder van belang om bij het aangaan van de vervoervereenkomst in overweging te nemen om sommige aansprakelijkheden op zich te nemen. Dit geldt met name voor die aansprakelijkheden waarvan toch al blijkt dat

547. Blom 2006, p. 96. Blom stelt daar dat verdedigbaar is dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak.

het in de praktijk moeilijk is om daarvan ontheven te worden op grond van het toepasselijke internationale verdrag. Aan de andere kant kan het een punt van aandacht voor de vervoerder zijn om zich er bij aanvang van de vervoerovereenkomst van te vergewissen dat de door hem te vervoeren lading zich in goede staat bevindt. Daarbij zij echter aangetekend dat veel goederen niet geschikt zijn voor dergelijk onderzoek voorafgaand aan de reis wanneer zij zich, bijvoorbeeld, eenmaal in een afgesloten container bevinden of op andere wijze adequaat zijn verpakt.

Het blijkt voorts dat niet altijd voldoende evident is welke bewijslast op wie rust. Om voor beide partijen meer rechtszekerheid te creëren en het voor de vervoerder (en diens transportverzekeraar) beter mogelijk te maken zijn risico in te schatten, raad ik aan een bepaling in de vervoerovereenkomst op te nemen waarin staat waaraan het bewijs moet voldoen voor een geslaagd beroep op een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, zoals eigen gebrek, door de vervoerder. Met andere woorden een bepaling waarin is geregeld hoe dit bewezen moet worden.

Daarbij zal dan ook een bepaling dienen te worden opgenomen die het tegenbewijs expliciteert. Daarnaast zou ik ervoor willen pleiten om steeds expliciet in de overeenkomst aan te geven op wie de bewijslast rust van enerzijds het bestaan van het eigen gebrek en ook hoe deze zich verhoudt ten opzichte van de bewijslast ten aanzien van het hebben voldaan aan de zorgplicht. Een dergelijke bepaling zou dan kunnen worden toegevoegd daar waar wordt geregeld hoe het bewijs moet worden geleverd.

Deze bepaling zou, bijvoorbeeld, kunnen luiden:

‘The burden of proof of inherent vice of the goods will lie upon the carrier. He has to show that the inherent vice already existed before shipment. A specific document will be able to establish the evidence. To prove the opposite, the onus will be on the plaintiff who has to show the inherent vice manifested itself during the journey and in the meantime was due to breach of the duty of care from the carrier. Determination of the causation can only take place by objective standards.’

In het geval de goederen per container worden vervoerd, is het raadzaam expliciet vast te leggen bij wie de zorg ligt voor een container die voldoet aan de eisen die de te vervoeren goederen met zich meebrengen. Dit kan ofwel in de vervoerovereenkomst ofwel in een overeenkomst voor het containervervoer sui generis.

Bij het laden van de container is het overigens niet onverstandig om een extra controle uit te voeren. Zo kan de vervoerder bij aanvang van de reis vaststellen of de goederen en hun verpakking zijn voorbereid op de voorgenomen reis.

In het algemeen neemt men aan dat een container heeft te gelden als de verpakking van de goederen. Een (gebrekkige) verpakking beschouwt men voorts als een (gebrekkig) onderdeel van de zaak. Bij elke vorm van vervoer zou, volgens deze redenering, de aansprakelijkheid niet op de vervoerder rusten indien de schade aan de vervoerde goederen te wijten is aan het vervoer in een gebrekkige container. De container ziet men immers als verpakking van de goederen en de verpakking van de goederen op haar beurt weer als onderdeel van de zaak. Het is echter wel mogelijk om in de overeenkomst vast te leggen dat de vervoerder aansprakelijkheid op zich neemt indien de ladingbelanghebbende aantoonbaar sprake is van schade

ontstaan door de gebrekkigheid van de container. Dit kan in sommige gevallen een mooi onderhandelingspunt zijn. In dergelijke gevallen zal de vervoerder bij het inladen van de containers wellicht meer op zijn *qui-vive* moeten zijn en pas akkoord gaan met de afgifte van een schoon *cognossement* nadat hij zich ervan heeft verzekerd dat de container adequaat kan dienen voor het voorgenomen vervoer van de goederen die hij bevat. Als er echter niets is vastgelegd in de vervoerovereenkomst zou de vervoerder niet aansprakelijk zijn voor schade ontstaan door de gebrekkigheid van de container. Een aparte overeenkomst voor het vervoer per container *sui generis* kan een goede uitkomst bieden om de (verdeling van de) aansprakelijkheid vast te leggen.

Tot slot lijkt het me derhalve zinvol aan de vervoerovereenkomst een overeenkomst te verbinden waarin een en ander wordt overeengekomen betreffende het containervervoer *sui generis*. Het is aanbevelenswaardig om in die overeenkomst onder meer te regelen wie aansprakelijk is voor schade aan de lading ontstaan tijdens het containervervoer en op wie de zorgplicht rust voor een deugdelijke container. Dergelijke bepalingen zouden dan als volgt kunnen luiden:

‘For damage, caused by inherent vice during transport of (a) container(s), will be liable the party who is responsible for loading and stowage of the container. The plaintiff must be able to show a certified document which proves that the goods weren’t afflicted with the inherent vice before loading.’

‘Upon the container carrier lies the duty for sufficient care with respect to the container. Prior to the carriage he has to make sure that the container is fit for the intended transport. During transport he has to check the container for adequacy to carry the goods transported and in case of inadequacy he must take required action. The carrier has to be able to prove due diligence by reporting his checks and undertaken actions.’

Indien de vervoerder deze documenten kan overleggen, staat tegenbewijs open voor de ladingbelanghebbende om aan te tonen dat de zorgplicht toch is geschonden. Met deze bepalingen zou de rechtszekerheid meer gewaarborgd moeten zijn waarbij het belang van het goed controleren en documenteren is benadrukt. Daarbij is overigens nog altijd de casuïstische benadering onvermijdelijk door de fysieke omstandigheden die steeds verschillend zijn en voor een belangrijk deel een bijdrage leveren aan het bewijs. Niettemin is door deze bepalingen vastgelegd wie welk bewijs moet leveren en, daaraan voorafgaand, wie welke zorg moet betrachten waardoor volgens mij het uitgangspunt alvast een stap in de goede richting is.

Hoofdstuk 5

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht⁵⁴⁸

5.1 Inleiding

5.1.1 Een praktijkvoorbeeld

Een bedrijf in Cuba heeft een partij tabak verkocht aan een Nederlands bedrijf. Een expeditieonderneming heeft in opdracht van de Cubaanse tabaksfabriek het vervoer van de tabak van Cuba naar Nederland verzorgd. Voor het transport heeft de expediteur een all-risk-goederenverzekering met een ‘warehouse to warehouse’-dekking gesloten. Ten tijde van het transport is het weer in Cuba slecht en daardoor wordt het vervoer van de tabak vertraagd. Na aankomst in Nederland blijkt dat de dozen, bestemd voor het Nederlandse bedrijf, nat zijn geworden en zijn beschimmeld. De Nederlandse partij weigert daarop om de tabak in ontvangst te nemen. Er ontstaat een dekkingsgeschil; niet alleen speelt daarbij de vraag aan welke oorzaak de schade te wijten is maar ook of in dezen sprake kan zijn van een eigen gebrek⁵⁴⁹ (waarvoor in casu geldt dat schade daardoor ontstaan, van dekking is uitgesloten).⁵⁵⁰

5.1.2 Geschilpunten

In bovenstaand voorbeeld doet zich een aantal geschilpunten voor die in de praktijk menigmaal voorkomen. Zodra de goederen beschadigd arriveren (of verloren zijn gegaan), komt door de vraag naar het door de verzekeringsmaatschappij uit te keren bedrag onmiddellijk de vraag op of deze schade onderweg is ontstaan of dat de goederen van meet af aan waren behept met een eigen gebrek met alle gevolgen van dien. Ik beperk me in dit hoofdstuk tot het transportverzekeringsrecht.⁵⁵¹

548. Reeds eerder gepubliceerd in *NTHR* 2016, afl. 3, p. 121-141.

549. Wat men hieronder verstaat, bespreek ik in paragraaf 5.2.

550. Dit voorbeeld is gebaseerd op een recente uitspraak (Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532) die ik verderop meer uitgebreid behandel.

551. Onder meer uit historisch oogpunt (in paragraaf 5.2 is aan de orde dat de regeling haar oorsprong vindt in het zeerecht) maar ook omdat de diffusiteit zich vooral voordoet in het transportverzekeringsrecht en voornamelijk daar onenigheid hierover ontstaat. Eigen gebrek heeft bij elke zaakverzekering betekenis maar in de meeste gevallen leidt het niet tot discussie. Juist de periode van vervoer – met al haar bijkomende risico’s – maakt het aanwijzen van de dekkingsuitsluitingsgrond gecompliceerder. Bij de CAR-verzekering zou het punt eveneens kunnen spelen (door de periode gedurende de bouwwerkzaamheden – met ook alle risico’s van dien –). Het is daar echter gebruikelijk (uitdrukkelijk) af te wijken van de bepaling die schade ontstaan door eigen gebrek uitsluit van dekking. De Hoge Raad overwoog hierover in 1997: ‘De aard van een CAR-verzekering als de onderhavige brengt mee dat zij ertoe strekt dekking te bieden in geval van materiële beschadiging van een werk binnen de dekkingsperiode, in beginsel ook indien deze beschadiging een gevolg is van een ontwerp-, constructie- of uitvoeringsfout, met het oog waarop dan ook (...) de toepasselijkheid van de art. 249 en 276 K. pleegt te worden uitgesloten.’ Zie HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7251, r.o. 3.3. Dit was al zo onder het oude recht door de zogenaamde 249-minpolis en de 249-pluspolis. Dorhout Mees bespreekt dit uitvoerig in zijn dissertatie, zie T.J. Dorhout

De ladingbelanghebbende zal in geval van schade dikwijls een poging wagen de schade vergoed te krijgen door de vervoerder. Indien de vervoerder een transportverzekering⁵⁵² heeft afgesloten, loopt hij in beginsel geen risico zelfstandig schade te moeten vergoeden aan de ladingbelanghebbende in het geval er sprake is van schade aan de door hem vervoerde goederen. Er is echter een aantal situaties denkbaar waarbij de verzekeraar geen uitkeringsplicht heeft op basis van een wettelijke regeling. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de schade te wijten is aan een eigen gebrek van de goederen. De vervoerder zal dan in de discussie met de ladingbelanghebbende naar voren brengen dat sprake is van een eigen gebrek van de goederen waardoor hij de schade niet zou moeten vergoeden. Als hij echter toch aansprakelijk blijkt (omdat het vanuit vervoerrechtelijk perspectief niet wordt beschouwd als een eigen gebrek), zal hij zijn verzekeraar aanspreken. In het meest extreme geval hanteert de verzekeraar een ruimer begrip van eigen gebrek. Als de schade dan inderdaad valt onder de dekkingsuitsluiting, zal de verzekeraar niet behoeven uit te keren. De vervoerder is dan weliswaar aansprakelijk voor de schade jegens de ladingbelanghebbende maar de verzekering dekt de schade niet. Deze uitzonderlijke situatie doet zich slechts sporadisch voor en dergelijke kwesties leiden dan ook nauwelijks tot geschillen.⁵⁵³ Het is echter wel een feit dat de dekkingvraag regelmatig uitmondt in een verzekeringsrechtelijk geschil, waarbij het eigen gebrek onderwerp van discussie is. Voor zowel de transportverzekeraar, de vervoerder als de ladingbelanghebbende is het derhalve van belang om duidelijk te hebben hoe men in het transportverzekeringsrecht omgaat met de uitsluiting van dekking op grond van eigen gebrek.

Hiertoe zal ik eerst een aantal deelvragen beantwoorden:

- Hoe definieert men eigen gebrek in het verzekeringsrecht?
- Wanneer kan de verzekeraar met succes een beroep doen op de dekkingsuitsluitingsgrond eigen gebrek?
- Komt de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht overeen met het begrip ‘eigen gebrek’ in het vervoerrecht?⁵⁵⁴
- Gaat men op beide terreinen hetzelfde of juist afwijkend om met de uitleg van eigen gebrek?

Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: Dorhout Mees 1996), p. 217-227. Volgens Blom zou de aard van de CAR-verzekering bovendien met zich meebrengen dat een eigen gebrek ontstaat tijdens de verzekerde periode en hij stelt dat het dan maar de vraag is of de schade rechtens relevant is veroorzaakt door het eigen gebrek of dat eigen schuld van de verzekerde een rol speelt ‘aangezien andere omstandigheden zoals fouten gemaakt (door personeel van) de verzekerde meestal een rol zullen spelen’. Zie hierover A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 94 en ook Dorhout Mees 1996, p. 268. In dit kader lijkt het niet opportuun de CAR-verzekering hier uitgebreid te bespreken. Het transportverzekeringsrecht, daarentegen, is wel geschikt om de kwestie nader te onderzoeken en met een groot aantal voorbeelden te illustreren. De CAR-verzekering is overigens een verzamelnaam voor verschillende soorten constructieverzekeringen. In Nederland is de hoofdvorm de ‘Construction All Risks’-verzekering. Zij vindt haar oorsprong in de Engelse Contractor’s All Risks insurance. Zie hierover uitgebreid Dorhout Mees 1996, p. 3-5.

552. De transportverzekering is een schadeverzekering die ziet op (hoofdzakelijk professioneel) vervoer, zoals de verzekering van schepen, lading en de aansprakelijkheid van de vervoerder. In dit geval gaat het dus om een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering.
553. We zullen in paragraaf 5.3.1 zien dat de situatie van een ‘hypothetisch dekkingsgat’ zich nagenoeg niet voordoet en ik laat het verder dan ook buiten beschouwing.
554. Eigen gebrek in het vervoerrecht is aan de orde in hoofdstuk 4 van dit proefschrift.

Hiermee samenhangend is de vraag of het mogelijk is zich te verzekeren tegen eigen gebrek in het licht van het onzekerheidsvereiste. Dit is met name relevant bij verzekering van schade door eigen gebrek indien die is veroorzaakt door de 'aard van die zaak'. Daar gaat het immers om een normale eigenschap van de zaak. De vraag is dan dus in hoeverre verzekering tegen dat risico voldoet aan het onzekerheidsvereiste.⁵⁵⁵ Verder is het in dit verband onvermijdelijk om de causaliteit te bespreken bij de behandeling van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond.⁵⁵⁶

- Hoe stelt men feitelijk vast dat sprake is van een eigen gebrek als (een) oorzaak van de schade?
- Aan welke eisen moet het causaal verband tussen schade en eigen gebrek voldoen in het verzekeringsrecht en hoe wordt dit vastgesteld?
- Bestaat de mogelijkheid van proportionele toerekening wanneer de schade (deels) blijkt te zijn ontstaan door een eigen gebrek?⁵⁵⁷

Ten slotte zal ik een voorstel doen tot aanpassing van de bepaling die eigen gebrek regelt in het huidige Nederlandse verzekeringsrecht naar aanleiding van mijn bevindingen.

5.1.3 Het belang van een rechtsvergelijkende component

In het (transport)verzekeringsrecht zijn veel internationale regelingen van toepassing die een bepaling inzake eigen gebrek kennen. Deze zouden uniform moeten worden uitgelegd zodat de uitleg direct van belang is voor zowel de Nederlandse rechtspraak als voor de internationale praktijk.⁵⁵⁸ Bij dit onderzoek betrek ik de Belgische, Duitse en Engelse transportverzekeringsrechtspraak. De eerste twee landen zijn onze buurlanden en in de Nederlandse handelspraktijk spelen zij een belangrijke rol (onder meer vanwege doorvoer naar het achterland). Voorts is het van belang om Engeland bij het onderzoek te betrekken doordat met name voor de zeeverzekeringsrechtspraak daar belangrijke regelingen zijn ontstaan. De interpretatie van die regelingen kent derhalve ook daar haar oorsprong. Zij kan van invloed zijn op de interpretatie in eigen-gebrek-kwesties op het continent. In de PEICL⁵⁵⁹ is geen bepaling opgenomen die eigen gebrek regelt. Heiss, voorzitter van de projectgroep die de PEICL heeft samengesteld, verklaart dit als volgt: '(...) we focussed on mandatory rules for mass risk insurance. It's those rules that form obstacles to cross border trade in insurance. In marine insurance, there is freedom of contract and parties can deal with the problem in the contract. Under our perspective non-

555. Ik ga hier in paragraaf 5.3.1 nader op in en ik kom er in paragraaf 5.4 op terug. Het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht heb ik behandeld in hoofdstuk 3 van dit proefschrift.

556. Dit beginsel is uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 2 van dit proefschrift.

557. Deze aspecten zijn aan de orde in paragraaf 5.3 en in paragraaf 5.4 kom ik daarop terug.

558. Zie hierover eveneens M.L. Hendrikse, 'Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering', in: S.E. van Hall e.a., *Capita Internationalaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 230; M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniform International Commercial Law: The Phenomena of Unification, Uniform Construction and Uniform Application', *EJCL* 2009, afl. 2, p. 89 en H.M.B. Brouwer, M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniforme uitleg van internationale handelsrechtelijke regelingen', *NTHR* 2005, afl. 2, p. 45-55.

559. Principles of European Insurance Contract Law, prepared by the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law.

mandatory rules were not to be included in the PEICL but left to the contract.⁵⁶⁰ Het blijkt dus niet relevant om de PEICL te betrekken bij het onderhavige onderzoek naar de regeling omtrent eigen gebrek.

In paragraaf 5.2 zijn de begripsbepaling en uitleg van eigen gebrek aan de orde terwijl paragraaf 5.3 gericht is op het rechtsvergelijkende element. In paragraaf 5.4 maak ik tot slot de balans op.

5.2 Eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond

5.2.1 De definitie van eigen gebrek

Onder het oude verzekeringsrecht was het leerstuk eigen gebrek geregeld in artikel 249 Wetboek van Koophandel (hierna: WvK). De verzekeraar behoefde geen schade te vergoeden indien de schade of het verlies onmiddellijk voortsproot uit 'eenig gebrek, eigen bederf of uit den aard en de natuur van de verzekerde zaak'. Deze dekkingsuitsluitingsgrond duidde men in de regel aan met de overkoepelende term 'eigen gebrek'.⁵⁶¹ De ratio van deze bepaling was dat de kans op schade groter was dan de verzekeraar bij het sluiten van de verzekering had kunnen inschatten.⁵⁶² De regel dat de verzekeraar de schade als gevolg van een eigen gebrek niet behoeft te vergoeden is afkomstig uit het zeerecht.⁵⁶³

De term 'eigen gebrek' wordt zowel in enge als in ruime zin gebruikt. In ruime zin bedoelt men daarmee de verzamelterm, het 'paraplubegrip', van de drie gevallen, genoemd in artikel 249 WvK.⁵⁶⁴ Eigen gebrek in enge zin is een minderwaardige eigenschap die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben. Het ziet alleen op stoffelijke eigenschappen van de verzekerde zaak. Dit blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 1924.⁵⁶⁵ In dit arrest speelde de kwestie dat 'gummiartikelen ter voorkoming van zwangerschap'⁵⁶⁶ per post werden verzonden van New York naar Rotterdam. De goederen zijn verzekerd voor vervoer per post tegen alle schade en verlies hoe dan ook ontstaan. Volgens een wettelijke regeling is verzending per post van deze middelen echter verboden en bovendien is in deze regeling bepaald dat 'zij zonder schadevergoeding worden vernietigd indien zij

-
560. Deze verklaring is afkomstig uit een e-mailbericht dat hij desgevraagd hierover stuurde aan een van mijn promotores.
561. Eerder ben ik hierop uitvoerig ingegaan: H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna: Brouwer 2015), p. 435-436.
562. Het gaat hierbij niet om een van buiten komend onheil maar wel om een onzekere gebeurtenis. Zie uitgebreid over deze kwestie Ph.H.J.G. van Huizen, *Het Transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 245.
563. De zeeverzekering is een specifieke vorm van verzekering tegen van buiten komende onheilen. Onder het oude recht stond de bepaling die eigen gebrek in het algemeen regelde in artikel 249 WvK en die voor de zeeverzekering in artikel 637 WvK. Dit artikel 637 WvK luidde: 'Voor rekening van den verzekeraar zijn alle verliezen en schaden, die aan de verzekerde voorwerpen overkomen door (...) en in het algemeen door alle van buiten aankomende onheilen (...)' Zie ook H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 192.
564. Die gevallen zijn: 'eenig gebrek'; 'eigen bederf'; 'den aard en de natuur van de verzekerde zaak'.
565. HR 22 februari 1924, NJ 1924 (hierna: *Gummiwaren*), p. 488-491.
566. Inmiddels duidt men deze artikelen aan als condooms.

aan de post blijken te zijn afgegeven'.⁵⁶⁷ Nu de verzekeraar zich beroept op de uitsluiting van artikel 249 WvK, is aan de orde 'de vraag naar de beteekenis en draagwijdte van de woorden "aard en natuur der verzekerde zaak" en naar de strekking van het begrip "onmiddellijk" bij het verband tusschen den aard en de natuur van het goed en verlies of schade'.⁵⁶⁸ In concreto was dus de vraag of de hoedanigheid van goederen zoals condooms is aan te merken als 'aard en natuur dier zaken' in de zin van artikel 249 WvK. En voorts moet men de vraag beantwoorden of de vernietiging van de goederen 'onmiddellijk voortsproot' in de zin van dat artikel. De Hoge Raad overwoog: 'dat art. 249 K. als regel stelt, dat voor schade of verlies uit eenig gebrek, eigen bederf of uit den aard en de natuur van de verzekerde zaak zelve onmiddellijk voortspuitende, de verzekeraar nimmer gehouden is; dat dit voorschrift enkel betrekking heeft op de stoffelijke eigenschappen van het goed en alleen handelt over schade of verlies, welke in den gebrekkigen, bederfelijken of voor beschadiging of vermindering licht vatbaren aard en natuur der stof zelve hunne – onmiddellijke – oorzaak vinden; dat hiervan bij de onderwerpelijke gummiwaren geen sprake is en alleen reeds om deze reden het middel niet kan opgaan';⁵⁶⁹ Alleen dan kan een beroep worden gedaan op het eigen gebrek van de goederen als de stoffelijke eigenschappen van de verzekerde goederen zelf de schade of het verlies hebben veroorzaakt. Sinds 1924 geldt deze uitleg als vaststaande jurisprudentie. De wetgever zou hier mijns inziens bij de redactie van titel 7.17 BW rekening mee hebben kunnen houden maar helaas is het door de Hoge Raad overwogene in het arrest *Gummiwaren* niet gecodificeerd in de wet.

Blom geeft in zijn dissertatie de voorkeur aan het gebruik van de term 'hoedanigheid' boven die van 'eigenschap'. De uitleg van het begrip zou zijns inziens onnodig tot verwarring leiden als men definieert met behulp van de term 'eigenschap'.⁵⁷⁰ Wanneer sprake is van 'eenig gebrek', lijdt de zaak nu juist aan een afwijking ten opzichte van de normale eigenschap(en) van de soort. In dat geval is een gebrek een hoedanigheid welke een bepaalde zaak bezit maar niet welke een bepaalde soort zaken bezit.⁵⁷¹ Bij de uitsluiting wegens 'de aard en de natuur van de zaak' gaat het daarentegen niet om een minderwaardige zaak. Daar is juist sprake van een normale eigenschap van de verzekerde zaak.⁵⁷² In het huidige verzekeringsrecht is het leerstuk geregeld in artikel 7:951 BW.⁵⁷³ Voorheen bevatte de bepaling die eigen gebrek van dekking uitsloot ook uitdrukkelijk eigen bederf als uitsluitingsgrond.⁵⁷⁴ In het huidige verzekeringsrecht heeft de wetgever dit expliciet achterwege gelaten. De reden daarvoor is destijds als volgt omschreven: 'De aard van de verze-

567. Zie *Gummiwaren*, p. 488.

568. *Gummiwaren*, p. 488.

569. Zie *Gummiwaren*, p. 490.

570. Zie Blom 2006, p. 91-92.

571. Zie in gelijke zin Brouwer 2015, p. 435.

572. Zoals bijvoorbeeld de bederfelijkheid van fruit, de zelfontbrandbaarheid van chemicaliën, slijtage of hooibroei. Zie J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012/448 (hierna: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012).

573. Dit artikel luidt: 'De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak.'

574. Eigen bederf kan men beschouwen als een uitwerking van de aard van de zaak. Het is vervolgens wel mogelijk dat eigen bederf weer een andersoortige schade veroorzaakt (net zoals brand). Zie in gelijke zin Blom 2006, p. 97.

kerde zaak is een aan haar soort inherente eigenschap, bijvoorbeeld bederfelijkheid. Een gebrek van de zaak is een slechte eigenschap die zij niet behoorde te hebben, bijvoorbeeld overrijpheid van fruit bij verzending.⁵⁷⁵ De regeling van eigen gebrek is opgenomen in de afdeling aangaande het schadeverzekeringsrecht. De wetgever heeft er bewust voor gekozen dat zij enkel geldt voor de schadeverzekering. Het gaat dus om de verzekering die het risico van het behoud van de zaak zélf dekt.⁵⁷⁶ Door deze bepaling is echter andere schade die voortvloeit uit de eigen aard of gebrek van een zaak, niet van dekking uitgesloten.⁵⁷⁷

Als een zaak die aan de verzekerde toebehoort, schade toebrengt aan een derde ten gevolge van een eigen gebrek van deze zaak, zal de hiervoor aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar zich dus niet met succes kunnen beroepen op de uitsluiting van artikel 7:951 BW.

5.2.2 Vormen van eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Aangezien ik me in dit hoofdstuk richt op het transportverzekeringsrecht, zet ik kort uiteen welke vormen van eigen gebrek daarin voornamelijk zijn te onderscheiden. Dit zijn eigen gebrek (schade die ontstaat als gevolg van een eigen gebrek of de aard) van de te vervoeren/vervoerde goederen, eigen gebrek van het vervoermiddel⁵⁷⁸ en eigen gebrek van de verpakking. Bij eigen gebrek van het vervoermiddel zijn de te vervoeren goederen beschadigd of gaan ze verloren doordat het vervoermiddel niet voldoende geëquipeerd is voor het vervoeren van de goederen.⁵⁷⁹ Bij de betekenis van eigen gebrek van de verpakking moet eerst worden vastgesteld wat men rekent tot de verpakking van de goederen (en in het verlengde daarvan hoe men in concreto het vervoer in een container beschouwt).⁵⁸⁰ Als vaststaand wordt veelal aangenomen dat een container een verpakking van de zaak is en daarmee een onderdeel van het vervoerde goed. Dan is een container dus een onderdeel van de verzekerde zaak en kan men een ondeugdelijke container zien als een eigen gebrek van de vervoerde goederen. De Hoge Raad heeft in deze zin overwogen in 1996.⁵⁸¹ Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink zijn van mening dat de container moet worden beschouwd als verpakking van de zaak en dat een gebrek aan de container (in deze zienswijze een gebrekkige verpakking) op zijn

575. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 25 (MvT).

576. In de Eerste Nota van Wijziging in 2000 overweegt de minister: 'Bij deze bepaling gaat het om schade door een gebrek van de verzekerde zaak aan de zaak zelf, niet om de schade die het gebrek in de zaak aan andere zaken (of personen) toebrengt. Het gaat derhalve om de zaak als het gevaaropende object, en niet om de zaak als het gevaarscheppende object. Om dit buiten twijfel te stellen, is de redactie aangepast.' Zie M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007 (hierna: Hendrikse, Martius & Rinkes 2007), p. 138. Zie in gelijke zin Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/443.

577. Zie ook F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2012, p. 64.

578. De interpretatie van eigen gebrek van het schip is overigens ook van belang voor andere verzekeringen zoals de CAR-verzekering. Dit blijkt onder meer uit J. Birds, B. Lynch & S. Milnes, *MacGillivray on Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell 2012 (hierna: MacGillivray 2012), 33-010. De auteur haalt hier een voorbeeld aan uit de zeeverzekering en stelt vervolgens: 'Presumably, a clause in the same words in a contractors' policy would be given the same interpretation.'

579. Zie in gelijke zin paragraaf 4.1.2 van dit proefschrift.

580. Zie hierover uitvoerig paragraaf 4.6.3 van dit proefschrift.

581. Dat was in het arrest HR 7 juni 1996, NJ 1996/697, r.o. 3.2.1. Zie hierover eveneens paragraaf 4.6.3.

beurt kan worden beschouwd als een onderdeel van de zaak.⁵⁸² Van Tiggele-van der Velde en Wansink onderbouwen deze benadering door te verwijzen naar een aantal casus uit het Nederlandse transportverzekeringsrecht.⁵⁸³ In dit hoofdstuk ga ik uit van de zienswijze dat de container te beschouwen is als verpakking van de goederen en daarmee als onderdeel van de goederen.⁵⁸⁴ Eigen gebrek van de container leidt dan tot een eigen gebrek van de goederen.⁵⁸⁵

5.3 Rechtsvergelijking

5.3.1 Eigen gebrek in het Nederlandse verzekeringsrecht

Indien de verzekeraar op grond van artikel 7:951 BW zijn uitkeringsplicht wil ontlopen, moet hij aantonen dat een eigen gebrek de oorzaak is van de schade. Het is derhalve onmogelijk om het vaststellen van het causaal verband buiten beschouwing te laten in deze context.⁵⁸⁶

Van Huizen gaat ervan uit dat men zich in beginsel moet verlaten op de bepaling in artikel 7:951 BW.⁵⁸⁷ Hij betreft daarbij de uitleg van de Hoge Raad die voortvloeit uit het arrest *Che Guavara*, waar partijen betwisten of een beroep op artikel 249 WvK gerechtvaardigd was.⁵⁸⁸ In deze zaak zinkt een schip, dat verzekerd is tegen schipbreuk. Deze is echter ontstaan door een eigen gebrek van het schip. De verzekeraar hoeft hier niet uit te keren doordat hij zich met succes beroept op de wettelijke uitsluiting in geval van een eigen gebrek. De Hoge Raad overweegt dat ondanks het slechte weer, de schade wordt toegeschreven aan het eigen gebrek omdat het water maken, waardoor het schip is gezonken, is veroorzaakt door het feit dat het schip ernstig lekte.⁵⁸⁹ Verder overwoog de Hoge Raad in dit arrest: '(...) niet is vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak reeds ten tijde van het sluiten van de verzekering bestond'.⁵⁹⁰ Voor een geslaagd beroep op de dekkingsuitsluitingsgrond ex artikel 7:951 BW is derhalve niet vereist dat de verzekeraar bewijst dat het eigen gebrek al aanwezig was ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

582. Zie in gelijke zin N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, in: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/450.

583. Daarentegen vraagt Blom zich in zijn dissertatie af of 'beschadiging door een gebrekkige verpakking dient te worden aangemerkt als een eigen gebrek'. Het is hem niet duidelijk waarom deze vraag in het transportverzekeringsrecht steeds bevestigend wordt beantwoord en hij acht het te verdedigen 'dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak tenzij uit de polisvoorwaarden anderszins volgt'. En hij vervolgt 'Voor vervoer van zaken met containers lijkt hetzelfde te gelden aangezien een container onder omstandigheden als verpakking wordt beschouwd.' Zie Blom 2006, p. 95-96.

584. Later zal blijken dat men, bijvoorbeeld, in België deze zienswijze nuanceert, waar volgens mij ook zeker iets voor te zeggen is.

585. Voor een meer uitgebreide beschouwing verwijs ik naar paragraaf 4.6.3 van dit proefschrift.

586. Causaliteit behandel ik in hoofdstuk 2 van dit proefschrift.

587. Zie Ph.H.J.G. van Huizen, 'De Transportverzekering', in: *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna: Van Huizen 2015), p. 889.

588. HR 23 april 1982, NJ 1982/250 (hierna: *Che Guavara*).

589. Deze uitspraak is nog steeds leidend. Men pleegt, zoals in deze zaak is gebeurd, in beginsel de *dominant-cause-leer* toe te passen om de rechtens relevante oorzaak vast te stellen in situaties waarbij meer evenementen, waaronder een eigen gebrek, mogelijk de schade kunnen hebben veroorzaakt. Zie hierover eveneens paragraaf 2.4 van dit proefschrift.

590. HR 23 april 1982, NJ 1982/250, r.o. 3.4. Zie hierover ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/446 en Van Huizen 1988, p. 249-250.

Van Huizen verklaart deze overweging als volgt: 'Meestentijds zal een eigen gebrek dat tijdens de looptijd van de verzekering is ontstaan terug te voeren zijn op een achterliggende oorzaak, die dan als juridisch relevante oorzaak van de schade kan worden aangemerkt.'⁵⁹¹ De verzekeraar moet wel aantonen dat de schade veroorzaakt is door het eigen gebrek. Indien vervolgens echter blijkt dat het bederf is ingetreden doordat 'als gevolg van een ten laste van de verzekeraar komende oorzaak de reis abnormaal lang duurt of de ruimen van het schip niet kunnen worden gelucht', dan rust alsnog een schadevergoedingsplicht op de verzekeraar volgens Van Huizen. De facto ligt de bewijslast automatisch bij de verzekeraar.⁵⁹² Van Huizen verwijst daarenboven naar de memorie van toelichting.⁵⁹³ De wetgever stelt daar: 'De schade moet, wil zij van vergoeding uitgesloten zijn, door die aard of het gebrek zijn veroorzaakt. Bederven zaken doordat als gevolg van een ten laste van de verzekeraar komende oorzaak de reis abnormaal lang duurt of de ruimen van het schip niet kunnen worden gelucht, terwijl in normale omstandigheden geen bederf zou zijn ingetreden, dan moet de schade worden vergoed.'

De uitsluiting van schadevergoeding door de verzekeraar op grond van eigen gebrek ziet, zoals hiervoor reeds aan de orde, alleen op een eigen gebrek of de aard van de verzekerde zaak zélf.⁵⁹⁴ De verzekeraar kan zich dus niet op de regeling beroepen als de schade aan de verzekerde zaak is ontstaan door een gebrek of de aard of de natuur van een andere zaak. Verder ziet men in het huidige verzekeringsrecht nog maar twee gevallen genoemd waarin de verzekeraar niet gehouden is schadevergoeding uit te keren.⁵⁹⁵ Er is een aantal belangwekkende uitspraken gedaan over eigen gebrek als uitsluitingsgrond. Een groot gedeelte daarvan stamt echter van vóór het intreden van de nieuwe wetgeving en daarom volstaat het mijns inziens om die uitspraken slechts kort te vermelden voor zover zij in dit kader relevant zijn.

Een belangwekkende uitspraak is hier het *Corrosie*-arrest uit 1980.⁵⁹⁶ In deze zaak was schade ontstaan door corrosie in het wapeningsijzer van betonnen vloerplaten als gevolg van een eigen gebrek van die platen. Deze corrosie was al begonnen voordat de verzekeringsovereenkomst was aangegaan maar manifesteerde zich gedurende de looptijd van de verzekering. Onder het oude recht gold het onzeker-

591. Zie Van Huizen 2015, p. 890 en Van Huizen 1988, p. 250.

592. Er lijkt in het Nederlandse transportverzekeringsrecht geen hiaat te zijn tussen de aansprakelijkheid van de vervoerder en de schadevergoedingsplicht van diens verzekeraar. Vanzelfsprekend wordt de verzekeraar in zijn bewijslast gesteund door zijn verzekerde, in casu de aangesproken vervoerder. Deze heeft namelijk (meer) toegang tot het te leveren bewijs betreffende het eigen gebrek van de door hem vervoerde goederen enerzijds en de door hem betrachtte zorgplicht te dien aanzien anderzijds. In die situatie is er dus geen sprake van een 'hypothetisch dekkinggat'. Dit kan evenwel anders liggen wanneer de verzekerde niet de vervoerder is maar de ladingbelanghebbende of de afzender. Zie uitgebreid over de bewijslastverdeling in dit verband Van Huizen 1988, p. 168 en 249.

593. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 25 (MvT).

594. Zie eveneens P.J.M. Drion, 'Wettelijke uitsluitingen', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het Nieuwe Verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 97.

595. De tekst van artikel 7:951 BW luidt immers: 'De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak.' Dus alleen 'de aard' en 'een gebrek' staan nog in de bepaling.

596. HR 4 januari 1980, NJ 1984/305.

voorvalvereiste.⁵⁹⁷ Ter discussie stond of hieraan was voldaan indien eigen gebrek was meeverzekerd. In het *Corrosie*-arrest heeft de Hoge Raad bepaald wat men kon aanmerken als het onzeker voorval in geval van eigen gebrek. Het onzeker voorval in de zin van artikel 246 WvK was volgens de Hoge Raad het aan het licht komen van het eigen gebrek dat de schade heeft veroorzaakt.⁵⁹⁸ Onder het huidige recht is in de wet weliswaar geen sprake meer van het begrip 'onzeker voorval' maar men hanteert het nog regelmatig in polisvoorwaarden.⁵⁹⁹ Bovendien is onzekerheid nog steeds vereist bij het aangaan (en gedurende de looptijd) van een verzekeringsovereenkomst.⁶⁰⁰ Op grond van artikel 7:925 BW dient echter alleen nog onzekerheid te bestaan over het al dan niet uitkeren door de verzekeraar dan wel over de (duur van) premiebetaling door de verzekeringnemer.⁶⁰¹ Essentieel voor een verzekering is uiteindelijk dat onzeker is of, wanneer en in hoeverre de verzekeraar gehouden zal zijn tot het doen van uitkeringen, dan wel wat de duur is van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling.⁶⁰² Het vereiste van onzekerheid is niet langer gekoppeld aan een voorval dat de verwezenlijking van het verzekerd risico teweegbrengt.⁶⁰³ Nu is uitsluitend nog de vraag of er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de in de tekst aangegeven onzekerheid bestaat.⁶⁰⁴ In dit verband stelt Van Huizen dat zolang gewone slijtage toevallig⁶⁰⁵ is en het dus niet zeker is dat deze slijtage zich zal openbaren gedurende de verzekerde reis, de schade, die ontstaat door deze slijtage, verzekeraar is, mits deze uitdrukkelijk is omschreven.⁶⁰⁶ Doorslaggevend is immers of bij aanvang van de verzekeringsovereenkomst onzeker is of de schade zich voordoet binnen de dek-

597. In het kader van artikel 246 jo. artikel 269 WvK moest er sprake zijn van een onzeker voorval op het moment van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Zie hierover ook uitvoerig hoofdstuk 3 van dit proefschrift.
598. Zie tevens M. Padberg, 'Eigen gebrek, van buiten komend onheil, onzeker voorval en verzekeraar belang in het licht van de goederenverzekering', *NTHR* 2009, afl. 5, p. 218 en ook Brouwer 2015, p. 451-453.
599. Zie hierover eveneens Blom 2006, p. 9-52.
600. Zie hoofdstuk 3.
601. Artikel 7:925 lid 1 BW luidt: 'Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren.'
602. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.1.
603. Om te voldoen aan het vereiste van het onzeker voorval, werd eerder een situatie 'gekonsteld'; maar zo'n voorval hoeft niet langer geconstrueerd te worden onder het huidige recht. Men zou het aan het licht komen van het eigen gebrek kunnen beschouwen als een voorwaarde (een onzekere gebeurtenis waarvan de vergoeding van de door het eigen gebrek veroorzaakte schade afhankelijk is gesteld) zonder dat dit aan het licht komen zélf als de oorzaak van de schade moet kunnen worden aangemerkt. Die oorzaak was immers allang aanwezig voordat het eigen gebrek aan het licht kwam. Zie in gelijke zin P. Clausing, 'Onzeker voorval en onzekerheid', in: *Zekerheidshalve*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2003, p. 4-6. Zie hierover ook Ph.H.J.G. van Huizen, 'De transportverzekering als venster op (de verzekeraarbaarheid van) het eigen gebrek', in: *Free on board. Liber Amicorum Marc A. Huybrechts*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna: Van Huizen 2011), p. 675-687, m.n. p. 680.
604. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/447.
605. In het Engels is sprake van 'fortuitous'. Deze term pleegt men te hanteren bij de uitleg van de Marine Insurance Act en wordt gezien als vereiste voor verzekeraarbaarheid. De uitleg van deze bepaling was aan de orde in de zaak *Syarikat Takaful Malaysia vs. Global Process*, UK Supreme Court 1 februari 2011, [2011] UKSC 5 (hierna: *Cendor Mopu*). Zie hierover, en met name over de eis van fortuuty, H.M.B. Brouwer, 'Inherent vice als dekkingsuitsluitingsgrond aanzienlijk begrensd', *TVR* 2012, afl. 3 (hierna: Brouwer 2012), p. 69-73.
606. Zie Van Huizen 2011, p. 686-687.

kingsperiode. Ook ik ben van mening dat het in het licht van artikel 7:925 BW mogelijk moet zijn om tegen de schadelijke gevolgen van eigen gebrek te verzekeren. Dit moet dan wel expliciet uit de verzekeringsovereenkomst blijken. Zodoende kan de verzekeraar aan de hand van de polis vaststellen welk mogelijk risico hij loopt en welke verzekeringspremie hij moet heffen.

Onlangs speelde ook (de verzekeraar van) eigen gebrek een rol bij een zaak in de Rechtbank Rotterdam.⁶⁰⁷ Een binnenvaartschip vervoerde sinds 2007 (waarin het nieuw in de vaart kwam) uitsluitend styreen monomeer. In 2013 ontstond schade aan de kop van het schip door een aanvaring met de kade. Voor reparatie moest het schip naar de werf, maar eerst diende het schip gelost en gereinigd te worden. Tijdens het leegpompen van de sloptank bleek dat daar een groot blok hard geworden styreen (polystyreen) in zat, dat aan de sloptank was aangekoekt. Dit moest uiteindelijk op mechanische wijze worden verwijderd. De eigenaar van het schip spreekt zijn cascoverzekering aan voor (het herstel van) de schade aan de sloptank. De verzekeraar beroept zich op het feit dat er geen sprake was van een onzeker voorval, onder meer stellende: 'Als over een periode van zeven maanden restlading en afval in een sloptank worden vermengd, is het voorzienbaar en onvermijdelijk dat door polymerisatie een verharding ontstaat. De toevoeging van het waswater heeft mogelijk aan de polymerisatie bijgedragen.'⁶⁰⁸ De vraag is verder of 'de polymerisatie van het styreen monomeer een van buiten komend onheil is, waarvoor de verzekering dekking biedt. Daarbij is het uitgangspunt dat voor zover de oorzaak van de schade is toe te rekenen aan een eigen gebrek of de aard van de verzekerde zaak zelf geen sprake is van een van buiten komend onheil. Op [verzekeraar, HMBB] rust (...) de bewijslast dat geen sprake [is, toevoeging HMBB] van een van buiten komend onheil.'⁶⁰⁹ Daarover overweegt de Rechtbank Rotterdam mijns inziens terecht:

'Tussen partijen is niet in geschil dat de schade aan de sloptank is ontstaan door verharding van de restanten die zich in de sloptank bevonden. De schade is daarmee niet toe te schrijven aan een eigen gebrek of de aard van het schip (meer in het bijzonder de sloptank) zelf. Niet relevant is of het optreden van de schadeveroorzakende polymerisatie een eigen gebrek of de aard van styreen monomeer is, omdat de verzekerde zaak het (casco van het) schip is en niet de vervoerde styreen monomeer. In het midden kan blijven of de polymerisatie die heeft geleid tot de verharding het gevolg is van het toevoegen van te weinig inhibitor of de vermenging met teveel waswater, nu zowel in het eerste als in het tweede geval sprake is van een van buiten komend onheil.'

Op dit punt lijkt het inderdaad evident dat de verzekeraar zich niet met succes kan beroepen op het feit dat sprake is van een eigen gebrek en daarmee onder zijn uitkeringsplicht uit kan komen. Het moge duidelijk zijn dat hier geen sprake was van een eigen gebrek van de verzekerde zaak, in casu het schip. Een van buiten

607. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763.

608. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.4.

609. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.7.

komend onheil heeft schade aan de verzekerde zaak toegebracht. Overigens stond hier niet ter discussie de verzekerbaarheid van een eigen gebrek vanuit het perspectief van het onzekerheidsvereiste. In onderhavige zaak speelde weliswaar de kwestie van het onzekerheidsvereiste maar niet direct in samenhang met (de vraag naar de verzekerbaarheid van) een eigen gebrek. De rechtbank overwoog over het onzekerheidsvereiste: ‘Naar oordeel van de rechtbank bestond op het moment van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst ook in dit opzicht de vereiste geobjectiveerd subjectieve onzekerheid.’⁶¹⁰ De vraag was dus of de schade was ontstaan door de aard van de verzekerde zaak en die kon gemakkelijk negatief worden beantwoord. Ook was aan de orde of het risico op het ontstaan van schade voldeed aan de eis van onzekerheid en bijgevolg verzekerbaar was. Als wel een punt van geschil was geweest of schade ontstaan door een eigen gebrek of de aard van de zaak, styreen monomeer, verzekerbaar was in het licht van onzekerheid, was het een ander verhaal. Bij de beslechting van dat geschil lijkt de Rechtbank Rotterdam uit te gaan van ‘geobjectiveerd subjectieve onzekerheid’, wil schade die door een eigen gebrek of de aard van de zaak is ontstaan, verzekerbaar kunnen zijn. In dit geval lijkt het erop dat het ook dan voor de verzekerde gunstig zou uitpakken omdat de rechtbank over dat onzekerheidsvereiste heeft overwogen: ‘Mede tegen de achtergrond van bedoelde vaste praktijk heeft [verzekeraar, HMBB] onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat voor [eiser] bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst niet onzeker was of moet zijn geweest dat aan de sloptank naar de normale loop van omstandigheden schade zou ontstaan door polymerisatie.’⁶¹¹ Het is met andere woorden van doorslaggevende betekenis of de aard van de verzekerde zaak (hypothetisch hier dus styreen monomeer) onder normale omstandigheden schade zou hebben veroorzaakt. Dat lijkt niet het geval, de verzekeraar heeft dat althans onvoldoende bewezen, en dus zou dit ook in het licht van het onzekerheidsvereiste verzekerbaar moeten zijn. Bij aanvang van de verzekeringsovereenkomst (en ook nog gedurende de looptijd van de verzekering) staat immers voor partijen niet vast dat de aard van het styreen monomeer schade aan zichzelf zal doen ontstaan. Wanneer echter gekozen zou worden voor de objectieve maatstaf als criterium voor het onzekerheidsvereiste, zou men volgens mij wel kunnen stellen dat door de aard van de verzekerde zaak zeker is dat schade zal ontstaan.⁶¹² Dan blijft overigens nog wel onzeker hoe groot de schade zal zijn. Dat zou dan pleiten voor de verzekerbaarheid van deze vorm van eigen gebrek (omdat ook dan voldaan is aan de eis van onzekerheid).

Een aantal recente uitspraken behandelt eveneens het vraagstuk van eigen gebrek. Hieronder zal ik enkele daarvan bespreken. Wellicht is hieraan nog geen eenduidige lijn te verbinden maar zij kunnen wel een indicatie vormen voor de invulling door de rechtspraak van de bepaling die eigen gebrek regelt.

Het Hof Den Haag heeft zich in zijn uitspraak van 29 mei 2012 gebogen over een eigen-gebrek-kwestie in de zaak *Koolwijk, Paget en Top-Imex/Allianz*.⁶¹³ Gereedschapskoffers werden vervoerd van Shekou (China) naar Rotterdam. De koffers zijn in

610. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.6.

611. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.6.

612. Ik ben reeds eerder uitvoerig ingegaan op de eis van onzekerheid in hoofdstuk 3.

613. Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

juni 2006 verkocht onder conditie 'CFR Bergambacht According to Inco Terms 2000 (...) By letter of credit at 30 days after on board. (...) Quality and Design to Match Approved Samples (...)'. Op 13 juli 2006 is een 'Certificate of Insurance' afgegeven. De zending arriveert op 21 juli 2006 in Rotterdam en wordt vervolgens opgeslagen te Moerdijk. Het geplande doorzenden naar Duitsland legt men stil op 4 augustus 2006. De bank betaalt de verkoper vanwege het afgegeven documentair krediet. Op de koffers blijkt zich schimmel te hebben gevormd en de koper weigert daarom de zending te accepteren en maakt aanspraak op terugbetaling. Partijen vorderen uitkering door Allianz van de schade als gevolg van de schimmelvorming. Het hof overweegt na een uitgebreide verhandeling over de mogelijke oorzaken: 'dat de koffers zonder beschermende maatregelen en/of speciale instructies niet bestand waren tegen de normale omstandigheden tijdens dit type vervoer in dit jaargetijde. Daarom is sprake van een eigen gebrek. Een van buiten komend onheil ontbreekt.'⁶¹⁴ Hiermee bekrachtigt het hof in hoger beroep het bestreden vonnis. Ook al is de schade ontstaan tijdens het vervoer, waarvoor de verzekeringsovereenkomst was afgesloten, is toch sprake van een eigen gebrek. Van belang is hier dus dat de goederen niet bestand zijn tegen de normale omstandigheden tijdens dit type vervoer in dit jaargetijde. Dat men in onderhavige zaak niet de mogelijkheid van proportionele verdeling heeft besproken, volgt wellicht uit het feit dat de omstandigheden van de reis normaal waren voor dit type vervoer in dit jaargetijde. Als dat niet zo was, zou een proportionele verdeling in de rede hebben gelegen.⁶¹⁵

De Rechtbank Amsterdam deed op 3 december 2014 uitspraak in een eigen-gebrekzaak.⁶¹⁶ Een partij heeft in Cuba tabak verkocht aan een Nederlandse partij. Een expeditieonderneming heeft in opdracht van de Cubaanse partij het vervoer van de tabak van Cuba naar Nederland verzorgd. Voor het transport heeft de expediteur in opdracht van de Cubaanse partij een all-risk-goederenverzekering met een 'warehouse to warehouse'-dekking gesloten.

De tabak was verpakt in onafgesloten dozen die zijn gestuwd in containers. De containers zijn afgeleverd in de haven van Havana en zij zijn daar ter bestrijding van tabakskevers gefumigeerd. De residuen van het fumigatiemiddel zijn uit de containers verwijderd en er zijn schone kevervallen in de containers geplaatst. Ten tijde van het transport was het weer in Cuba slecht, waardoor het vervoer van de tabak is vertraagd. De dozen tabak voor de Nederlandse koper waren nat en beschimmeld en de tabak was besmet met tabakskever; daarop weigerde de koper om de tabak in ontvangst te nemen. De expediteur heeft namens de verkopende Cubaanse partij de schade gemeld bij zijn verzekeraar. Volgens hem moet de verzekeraar de schade vergoeden nu zich een gebeurtenis heeft voorgedaan tegen de gevolgen waarvan de all-risk-goederenverzekering dekking biedt. De tabak is immers tijdens de verzekerde reis nat geworden en aangetast door schimmel en tabakskevers. De verzekeraar verweert zich, samengevat stellende dat uit de bevin-

614. Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542, r.o. 15.

615. Hierbij teken ik onmiddellijk aan dat het sinds de uitspraak *Cendor Mopu* de vraag is of men dan proportioneel zou verdelen. Als men de regel die uit deze Engelse uitspraak volgt, namelijk toepast, zal de gehele schade aan het gedekte evenement worden toegerekend ondanks dat een gedeelte van de schade te wijten is aan een van dekking uitgesloten oorzaak (eigen gebrek). De zaak *Cendor Mopu* komt hierna nog uitvoerig aan de orde in paragraaf 5.3.4.

616. Het praktijkvoorbeeld in de inleiding baseerde ik op deze zaak. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532.

dingen van de schade-expert blijkt dat de schade voorafgaand aan de verzekerde reis moet zijn ontstaan, althans dat deze een gevolg is van een eigen gebrek, de gebrekkige verpakking (de container) of vertraging, welke oorzaken alle zijn uitgesloten van dekking.⁶¹⁷ Als uitgangspunt voor de beoordeling kan worden aangenomen dat de dozen met tabak begin augustus 2012 onbeschadigd in de containers zijn geladen en dat ze bij aankomst in Rotterdam deels nat en beschimmeld waren en dat ze dus tijdens de verzekerde reis zijn beschadigd. Daarmee staat vast dat in beginsel dekking bestaat, tenzij een van de uitsluitingen van toepassing is.⁶¹⁸ Partijen stellen vast dat de containers niet hebben gelekt. Verder staat vast dat de containers niet geheel luchtdicht zijn omdat deze vier overdrukroosters bevatten, maar dat lucht ook niet vrijelijk door deze roosters in en uit de container kan stromen. Voorts blijkt uit het expertiserapport dat de schade is veroorzaakt doordat vochtige lucht tegen het dak van de containers is gecondenseerd en vervolgens naar beneden gedruppeld op de dozen. Uiteindelijk is de slotsom dat de schade moet zijn veroorzaakt doordat vocht, afkomstig uit de tabak zelf, tegen het dak van de containers is gecondenseerd en neergedruppeld langs de wanden van de containers en op de dozen. De facto is dus sprake van zweetschade.⁶¹⁹ Voor de dekkingsvraag is voorts van belang of de tabak voor of tijdens de verzekerde reis te vochtig is geworden. De rechtbank overweegt dat de tabak al voor aanvang van de verzekerde reis te vochtig moet zijn geweest. De omstandigheid dat de containers niet hebben gelekt, de containers volledig waren gestuwd en er na afsluiting van de containers geen lucht meer vrijelijk in en uit kon stromen, lijkt erop te duiden dat het uitgesloten is dat de tabak pas nadat deze in de containers is geplaatst nog aanzienlijke hoeveelheden vocht kan hebben opgenomen. Derhalve is sprake geweest van schade als gevolg van een eigen gebrek en dekking onder de polis is uitgesloten.⁶²⁰ Voor de schade als gevolg van de tabakskevers geldt dat alleen dekking bestaat indien de besmetting zich tijdens de verzekerde reis heeft voorgedaan. De Cubaanse partij slaagt er niet in dat te bewijzen. Dus ook die schade behoeft de verzekeraar niet te vergoeden.

Ook als de container waarin de tabak bestemd voor de Nederlandse koper zat, wel heeft gelekt en zweetschade zich met name en in deze omvang heeft gemanifesteerd omdat de reis aanzienlijk veel langer duurde dan normaal, zou er volgens de rechtbank toch geen dekking onder de verzekering zijn. Deze beide oorzaken zijn immers uitgesloten in de polis. Wie feitelijk verantwoordelijk is voor het stuw van de dozen in de containers, blijft hier buiten beschouwing evenals het punt of de container opgevat moet worden als verpakking dan wel als – onderdeel van het – vervoermiddel. Ingeval onomstotelijk vast zou staan dat de schade veroorzaakt is door een eigen gebrek van de container, zou het van belang zijn na te gaan of die beschouwd kan worden als verpakking van de goederen of niet. De overeenkomst zou dan de doorslag moeten geven of de vervoerder al dan niet aansprakelijk is voor schade daardoor ontstaan.⁶²¹

617. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 3.3.

618. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 4.2.

619. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 4.3.

620. Zie Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 4.5.

621. Reeds eerder ging ik in op de containerkwestie. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.6.

Tot slot kan een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam worden vermeld, waarin eigen gebrek van het vervoermiddel aan de orde was en verzekeraar en verzekerde twistten over de uitkeringsplicht.⁶²² Het interieur en de twee motoren van een deels gezonken motorjacht waren onder water komen te staan en vervolgens is het jacht uit het water getakeld in opdracht van de eigenaar. Een expert heeft in opdracht van de verzekeraar de omvang van de schade vastgesteld en de toedracht bepaald:

‘De oorzaak van dit gedeeltelijk zinken is dat er door galvanische corrosie een gat in een leiding is gekomen. (...) Beide schadeoorzaken zijn met name genoemde uitsluitingen in de polisvoorwaarden. (...) deze schade voorkomen had kunnen worden door de pomp op een kunststofplaat te monteren. Deze situatie zou uitgelegd kunnen worden als een eigengebrek/constructiefout. Dergelijke gebreken zijn alleen gedekt als schadeoorzaak indien er geen afwijks grond als galvanische corrosie optreed.’⁶²³

Er volgt een rapport omtrent het zinken en de vermeende oorzaak en enkele deskundigenrapporten over de oorzaak van de schade. Uiteindelijk overweegt de rechtbank:

‘De deskundigen zijn het erover eens dat er sprake is geweest van elektrolytische danwel galvanische corrosie bij de aircopomp van het motorjacht. Maar die aantasting alleen is niet de uitsluitende oorzaak van het zinken geweest. Daarvoor was immers ook nodig dat het binnentredende water niet meer werd weggepompt. Aldus is de rechtbank van oordeel het zinken van het motorjacht is te wijten aan meerdere factoren: (...) Nu er sprake is van meerdere samenwerkende oorzaken waardoor het motorjacht is gezonken, is [de verzekeraar, toevoeging HMBB] niet geslaagd in het aantonen van het causaal verband tussen de uitsluiting van artikel 4.5 van de polisvoorwaarden en de door [de eigenaar van het motorjacht, toevoeging HMBB] geleden schade.’⁶²⁴

Vervolgens voegt de rechtbank hieraan toe:

‘Hierbij komt nog dat in artikel 4.5 van de polisvoorwaarden staat: “Deze uitsluiting heeft betrekking op: (...) – schade die het gevolg is van de (geleidelijke) inwerking van vocht, lucht (...) – het verteren/aantasten van metaal door galvanische corrosie of elektrolyse (...)” (...) Gelet op de tekst van dit artikel rijst de vraag of met dit artikel ook de gevolgschade van galvanische corrosie of elektrolyse is uitgesloten of dat alleen uitgesloten is de schade die aan het metaal is ontstaan door galvanische corrosie of elektrolyse. Deze onduidelijkheid dient voor rekening en risico van [verzekeraar, toevoeging HMBB] te blijven. Zodat (...) [verzekeraar, toevoeging HMBB] onvoldoende heeft gesteld om een causaal verband aan te

622. Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748.

623. Zie Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748, r.o. 2.7.

624. Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748, r.o. 4.12.

tonen tussen de uitsluiting van artikel 4.5 van de polisvoorwaarden en de door [de eigenaar van het motorjacht, toevoeging HMBB] geleden schade.⁶²⁵

In deze zaak was de vraag of de verzekeraar zich met succes kon beroepen op de dekkingsuitsluiting dus een kwestie van het causaal verband tussen meer risico's die de schade veroorzaakt zouden (kunnen) hebben. De verzekeraar toonde onvoldoende aan dat de schade is ontstaan door een van dekking uitgesloten evenement en kan zich daar niet op beroepen. Voor een geslaagd beroep op deze uitsluiting is het derhalve van belang dat de verzekeraar die zich hierop beroept, stelt en zonnodig bewijst de omstandigheden die het beroep erop rechtvaardigen. Deze verplichting geldt in het algemeen en dus ook voor de wettelijke uitsluiting van de aard van de verzekerde zaak/eigen gebrek.⁶²⁶

5.3.2 Eigen gebrek in het Belgische verzekeringsrecht

In België is recentelijk een wetswijziging op het gebied van het verzekeringsrecht doorgevoerd. Vóór de invoering van de Wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen was de situatie als volgt. Voor de landverzekeringsovereenkomst kende de Wet betreffende de landverzekeringsovereenkomst 1992 geen wettelijke bepaling aangaande eigen gebrek.⁶²⁷ Voor, onder andere, de transportverzekeringsovereenkomst gold de Algemene Verzekeringwet van 11 juni 1874, waarin in artikel 18 werd bepaald: 'De verzekeraar staat niet in voor het verlies en de schade die onmiddellijk volgen uit een eigen gebrek van de zaak, tenzij het tegendeel bedongen is.'⁶²⁸ Met de invoering van de Wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen is artikel 18 van de wet van 1874 opgenomen in artikel 242.⁶²⁹ Deze luidt: 'De verzekeraar staat niet in voor het verlies en de schade die onmiddellijk volgen uit een eigen gebrek van de zaak, tenzij het tegendeel bedongen is.'⁶³⁰ Op de niet-landverzekeringsovereenkomsten, zoals de transportverzekering, is vooralsnog het algemene deel van de oude wet van 11 juni 1874 van toepassing.

Dieryck bespreekt een aantal gangbare omschrijvingen van eigen gebrek.⁶³¹ Voorts gaat hij in op de verzekerbaarheid van eigen gebrek en de verenigbaarheid met het karakter van een verzekeringsovereenkomst. Hij onderkent dat regelmatig de verzekerbaarheid van eigen gebrek onderwerp van discussie is omdat het 'geen risico uitmaakt maar een zeker verlies of beschadiging op termijn, ontwikkeld door de eigenschappen of een gebrek eigen aan de zaak zelf'. Men gaat er vaak van uit dat eigen gebrek niet verzekerbaar is vanwege het ontbreken van het kansaspect, eigen aan de verzekering. Maar het blijkt complexer omdat het eigen gebrek 'niet altijd schade veroorzaakt, en wanneer het tot schade leidt, deze het gevolg is van

625. Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748, r.o. 4.13.

626. Zie hierover ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/451.

627. De landverzekeringwet was van 25 juni 1992 en is herzien 16 maart 1994; deze wordt nu voor een groot gedeelte vervangen door de Wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014. Zie over de landverzekeringwet M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Brussel: Larcier 1999, p. 40-41 en 51-53.

628. Zie www.zeerecht.be/documenten/comar%20blauwboek%209.pdf.

629. Invoering vond plaats per 1 november 2014.

630. Zie www.ejustice.just.fgov.be. Deze wet is in werking getreden op 1 november 2014.

631. Ook in de Belgische wetgeving ontbreekt een definitie.

omstandigheden die niet als transportgevaar worden bestempeld. Wij denken aan jutezakken die, meer dan andere stoffen, onderhevig zijn aan zelfontbranding.’ Die zelfontbranding doet zich echter niet altijd voor en is evenmin altijd onvermijdelijk. Verzekering daarvan valt dan toch binnen het kader van de kanscontracten.⁶³² De wettelijke bepaling laat overigens eveneens de mogelijkheid open om eigen gebrek te verzekeren door de zinsnede ‘tenzij anders bedongen’ en er zijn zeker situaties denkbaar waarbij het van belang kan zijn voor de ladingbelanghebbende om eigen gebrek te verzekeren. Dit geldt voor specifieke goederen maar kan ook opportuun zijn in, bijvoorbeeld, de situatie waarbij de koper geen invloed heeft of kan uitoefenen op de verpakking of inlading van de goederen.⁶³³ Dieryck maakt onderscheid tussen eigen gebrek *in genere* en eigen gebrek *in specie* zoals we dat in Nederland kennen als de aard van de verzekerde zaak enerzijds en het eigen gebrek in enge zin anderzijds. Het is overigens voor de verzekeraar voldoende om aan te tonen dat de goederen, zoals zij zijn aangeboden voor vervoer, de reis niet konden doorstaan zonder schade op te lopen. Het is daarbij evenmin noodzakelijk een onderscheid te maken tussen het gebrek van de goederen of hun gebrekkige verpakking.⁶³⁴

De containerkwestie speelt in dezen ook een rol: is de container verpakking van de goederen en is gebrekkige stuwage te beschouwen als een eigen gebrek? Dieryck geeft een tweedeling weer die in een arbitragezaak is gemaakt en die effectief lijkt: ‘de container die gestuwd aangeboden wordt aan de vervoerder als een verpakking kon beschouwd worden maar de container gebruikt door de vervoerder om de aangeboden goederen erin te stuwen een vervoermiddel is’. En voorts: ‘Bij het gebrekkig stuwen van de container als FCL [full container load, HMBB] aangeboden mag de verzekeraar echter niet onmiddellijk besluiten tot het eigen gebrek. Hij moet nog aantonen dat de schade ontstaan is zonder de uitwerking van een zeegevaar en in geval van twijfel zal de exceptie van het eigen gebrek niet kunnen weerhouden worden.’⁶³⁵ Op de verzekeraar rust ook hier dus een zware bewijslast om aan te tonen dat sprake was van een eigen gebrek. Vooral in de situatie van samenwerkende oorzaken, lijkt men ook in België het door de verzekering gedekte risico te verliezen boven de exceptie van eigen gebrek. De verzekeraar dient dubbel bewijs te leveren: zowel van het eigen gebrek als van het causaal verband tussen het gebrek en de schade. De schade moet, op grond van artikel 18 Algemene Wet op de verzekeringen van 1874, onmiddellijk volgen uit het eigen gebrek. ‘Onmiddellijk’ betekent hier ‘uitsluitend’.⁶³⁶ Daaruit blijkt derhalve dat in geval van meer mogelijke oorzaken van de schade, waarbij de een valt onder ‘eigen gebrek’ en de ander behoort tot de categorie van een verzekerd risico, de verzekeraar uitkeringsplichtig blijft. De mogelijkheid van proportionele toerekening blijft bij Dieryck overigens buiten beschouwing.⁶³⁷

632. Zie in gelijke zin C. Dieryck, *Zeeverzekering en averijvordering*, Brussel: De Boeck & Larcier 2005 (hierna: Dieryck 2005), nr. 378.

633. Zie ook Dieryck 2005, nr. 389.

634. Zie Dieryck 2005, nr. 378-380.

635. Dieryck 2005, nr. 382.

636. Zie Dieryck 2005, nr. 388.

637. Zie hierover uitgebreid Dieryck 2005, nr. 388.

Ook De Smet besteedt in zijn handboek aandacht aan de uitsluiting van dekking indien sprake is van een eigen gebrek.⁶³⁸ Hij geeft eerst aan dat er twee verschillende situaties denkbaar zijn in geval van eigen gebrek: '1. Celle où une chose est normalement sujette à certaine détérioration. 2. Celle où elle présente des défauts anormaux susceptibles d'engendrer un dommage.' Bovendien besteedt hij aandacht aan de rechtvaardiging van de wetgever om deze uitsluiting in de wet op te nemen: 'L'assureur ne répond pas des pertes et dommages résultant immédiatement du vice propre de la chose, (...); cet article [dat is dus artikel 18 uit de wet van 11 juni 1874, HMBB] est fondé sur l'intention probable des contractants. Le but de l'assurance est de garantir l'assuré contre un risque éventuel provenant d'une cause extérieure ou du moins étrangère à l'objet assuré et non de permettre à l'assuré (...) de réparer les défauts de sa propriété.'⁶³⁹ Daarmee geeft De Smet derhalve een kader aan waarbinnen naar zijn mening de uitsluiting op basis van 'vice propre' geïnterpreteerd dient te worden.

De Smet is overigens van mening dat de mogelijkheid van proportionele uitkeringsplicht moet kunnen bestaan indien de schade gedeeltelijk is te wijten aan 'vice propre'. De Smet stelt 'on doit rechercher de quelle partie du dommage le vice propre est la cause immédiate; c'est de cette partie-là seulement, (...), que l'assureur est exonéré'.⁶⁴⁰ Indien, met andere woorden, is aan te geven welk deel van de schade is veroorzaakt door het eigen gebrek, heeft de verzekeraar voor dat gedeelte geen uitkeringsplicht.

Voorts maakt De Smet onderscheid tussen enerzijds eigen gebrek van de goederen en anderzijds eigen gebrek van het schip.⁶⁴¹ Bij eigen gebrek van de goederen onderscheidt De Smet tevens *vices in specie* en *vices in genere* waarbij hij aangeeft dat gevallen van eigen gebrek van de goederen 'sont extrêmement nombreux et variés'.⁶⁴² Bij eigen gebrek van het schip haalt De Smet een aantal voorbeelden aan en vermeldt daarbij uitdrukkelijk dat een verouderd schip niet te verwarren is met de slechte staat van het schip. De veroudering van het schip sec rechtvaardigt dus niet een beroep op eigen gebrek. Daarentegen beschouwt men volgens De Smet een rotte romp eveneens als 'vice propre du navire', zelfs als het gaat over een oud schip.⁶⁴³ Bij een beroep op het eigen gebrek zal de verzekeraar moeten aantonen dat de schade daardoor is ontstaan en daarmee tevens weerleggen dat zij is ontstaan door een van buiten komend onheil.⁶⁴⁴ De Smet stelt in dezen: 'qui invoque la fortune de mer doit le prouver; qui se prévaut du vice propre doit l'établir. (...) Tenu de la preuve de l'exception, l'assureur ne peut se borner à battre en brèche la démonstration de l'assuré en établissant l'existence du vice propre infectant la chose assurée: il doit établir, en outre, la relation de cause à effet entre le vice propre et le dommage.'⁶⁴⁵ De Smet behandelt daarenboven de verzekeraarbaarheid

638. R. De Smet, *Droit maritime et droit fluvial Belges*, Bruxelles: Larcier 1971 (hierna: De Smet 1971), nr. 768.

639. De Smet 1971, nr. 768.

640. Zie De Smet 1971, nr. 772.

641. De Smet 1971, nr. 774-775.

642. De Smet 1971, nr. 774.

643. De Smet 1971, nr. 775.

644. Zie hierover De Smet 1971, nr. 921.

645. De Smet 1971, nr. 921.

van eigen gebrek. Hij bevestigt dat het mogelijk is eigen gebrek te verzekeren, tenzij sprake is van bedrog, zolang er maar een onzeker element aanwezig is. Waar eigen gebrek is meeverzekerd, gaat het veelal om een 'Assurance tous risques'.⁶⁴⁶ Dus ook volgens De Smet staat in het Belgische verzekeringsrecht de eis van onzekerheid niet in de weg aan de verzekeraar van eigen gebrek.

In de Wet op de landverzekeringsovereenkomst keert uitsluiting van verzekeringsprestatie in geval van eigen gebrek niet meer terug. Volgens Schuermans en Van Schoubroeck is hiervoor gekozen omdat uitsluiting van het eigen gebrek van een zaak niet meer opportuun was. Dit kan uiteraard echter wel nog worden uitgesloten. De reden waarom het wettelijk uitsluiten van eigen gebrek niet meer zinvol was, is volgens hen dat 'bv. de brand- en machinebreukverzekering precies de dekking van het eigen gebrek beogen'.⁶⁴⁷ Ook Dieryck stelt in zijn handboek dat zelfontbranding een veelvoorkomend verschijnsel van eigen gebrek is bij bepaalde goederen zoals steenkool of sommige graansoorten. Door bijzondere voorwaarden bij de polissen wordt deze vorm van eigen gebrek in de praktijk altijd gedekt.⁶⁴⁸ Voor de zeeverzekering maakte men sinds lange tijd gebruik van de Zeeverzekeringpolis van Antwerpen uit 1859 en in 2004 is deze vervangen door de Goederenverzekeringpolis van Antwerpen. Daarnaast is de clause 'Alle Risico's (A.R.)' zeer gebruikelijk als aanvulling op de Antwerpse polis. Ook op basis van deze clause is eigen gebrek een dekkinguitsluitingsgrond voor de verzekeraar.⁶⁴⁹ De 'Alle Risico's'-dekking is dan weliswaar de regel in de nieuwe Goederenverzekeringpolis van Antwerpen maar toch is ook dan schade veroorzaakt door eigen gebrek van de verzekerde goederen en zaken nog steeds niet zonder meer gedekt. Artikel 11 bepaalt namelijk welke schade van dekking is uitgesloten; voor de eigen-gebrek-kwestie is in dit verband het bepaalde sub f en g relevant: 'schade, verliezen en/of kosten veroorzaakt door eigen gebrek van de verzekerde goederen en zaken; gebrekkige conditionering en/of gebrekkige verpakking van de verzekerde goederen en zaken uitgevoerd door de verzekerde en/of zijn ondergeschikten voor aanvang van de reis;'.⁶⁵⁰ De verzekeraar is overigens niet verplicht de uitsluitingen sub f en g van toepassing te verklaren. Onder sommige omstandigheden kan het nuttig zijn eigen gebrek mee te verzekeren. Dieryck licht dit treffend toe: 'Een verpakking die niet bestand is tegen de normale lasten van de reis wordt als een eigen gebrek beschouwd. Voor het gebrek van de verpakking is er wel een beperking van de uitsluiting tot de verpakking en gebrekkige conditionering uitgevoerd door de verzekerde of zijn ondergeschikten. (...) De koper koopt gewoonlijk de goederen in hun conditionering en met hun verpakking en hem zal de uitsluiting niet tegenstelbaar zijn.'⁶⁵¹ De 'Volle Voorwaarden' waren onder de Polis van Antwerpen uit 1859 de voorwaarden die het meeste dekking boden en vergelijkbaar met de 'Alle Risico's'-dekking. Ook deze voorwaarden sloten overigens een aantal risico's uit waaronder eveneens het eigen gebrek van de goederen.

646. De Smet 1971, nr. 776.

647. L. Schuermans & C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 767.

648. Zie in gelijke zin Dieryck 2005, nr. 389.

649. Zie hierover uitgebreid Dieryck 2005, nr. 140.

650. Zie Dieryck 2005, nr. 141.

651. Dieryck 2005, nr. 141.

De Belgische rechtspraak waar de kwestie van eigen gebrek in het geding was, komt in grote lijnen overeen met de Nederlandse. Het Hof van beroep Antwerpen heeft in 2013 uitspraak gedaan op onder meer het punt van 'eigen gebrek'.⁶⁵² In die zaak ontstaat schade aan een zeiljacht door averij. Volgens de tot uitkering aangesproken verzekeraar is de schade echter te wijten aan grove schuld en onvoldoende zorg. De verzekeraar levert echter onvoldoende bewijs dat de schade het gevolg is van normale slijtage en van het niet tijdig vervangen van de rolgenuallijn. Daarmee is dus onvoldoende komen vast te staan dat de schade is veroorzaakt door een rechtsfeit dat de verzekeraar van zijn uitkeringsplicht zou bevrijden. Vervolgens voert de verzekeraar aan dat 'in elk geval een onderscheid gemaakt dient te worden tussen enerzijds de oorspronkelijke schade (...) en anderzijds de schade die het gevolg is van het aanbeuken van het verzekerde vaartuig tegen het baggerschip'. En voorts 'daar waar ondergeschikt de oorspronkelijke schade eventueel het gevolg is van een eigen gebrek, het zonneklaar is dat de schade aan de romp het gevolg is van het aanbeuken tegen het baggerschip en dat de schade ingevolge het aanbeuken tegen het baggerschip niet het gevolg is van een eigen gebrek, maar wel het gevolg is van slecht zeemanschap en een reeks van grove fouten'.⁶⁵³ Volgens het hof was de schade het gevolg van storm en de eigen gebreken van het vaartuig (beide verzekerde risico's). 'Indien het vaartuig geen eigen gebrek had vertoond (...) was het vaartuig niet stuurloos geworden en was de baggerboot niet langs zij moeten komen om de opvarenden te laten overstappen. Indien er geen storm was geweest op het ogenblik van de redding, had het zeiljacht niet zo aangebeukt tegen de baggerboot'.⁶⁵⁴ Daar komt dan volgens het hof nog bij dat alleen dan de verzekeraar bevrijd kan worden van verzekeringsprestatie als de gevallen van grove schuld op uitdrukkelijke en beperkende wijze zijn bepaald in de verzekeringsovereenkomst en daarvan was in onderhavige kwestie geen sprake. Dit is dus een voorbeeld van een zaak waarin eigen gebrek juist valt binnen de verzekeringsdekking. Feitelijk zoekt het hof hier naar de rechtens relevante oorzaken waardoor de schade is ontstaan en blijkt ook hier dat op de verzekeraar die zich op een dekkingsuitsluitingsgrond beroept, een grote bewijslast rust om aan te tonen dat de schade voortspuit uit een van dekking uitgesloten risico.

Een ander voorbeeld waarin het 'eigen gebrek' punt van geschil vormde, was in een arbitragezaak uit 1986.⁶⁵⁵ In casu werden prismatische plastic platen uit acrylaat vervoerd op pallets in een container van de VS naar België. Op de vervoerovereenkomst was een all-risk-verzekering van toepassing. Door de clause van 28 maart 1952 van de Vereniging van Transportverzekeraars van Antwerpen gold een uitsluiting van de verzekeringsdekking voor 'verlies, schade en kosten welke "onmiddellijk voortspuiten uit eigen gebrek van het verzekerde"'.⁶⁵⁶ De pallets met daarop de platen waren door de afzender in de container geplaatst en gestuwd. De schade aan de goederen was ontstaan tijdens de reis en de verzekeringnemer claimt scha-

652. Hof van beroep Antwerpen 22 oktober 2013, *TBH* 2014, afl. 10 (B.S. VZW vs. NV Unigarant; hierna: *TBH* 2014, afl. 10), p. 1001-1005.

653. Zie *TBH* 2014, afl. 10, p. 1005.

654. *TBH* 2014, afl. 10, p. 1005.

655. Scheidsrechterlijke uitspraak (Antwerpen) 20 juni 1986, *TBH* 1987, Transport 126 (hierna: *TBH* 1987, 126). Zie ook Dieryck 2005, nr. 382.

656. Zie *TBH* 1987, 126.

devergoeding bij de verzekeraar. De schade blijkt veroorzaakt door het verschuiven van de pallets in de container. De verzekeraar stelt dat de container is te beschouwen als verpakking van de goederen maar volgens de verzekeringnemer moet de container worden gezien als vervoermiddel. Het blijkt, ook naar oordeel van een geraadpleegde deskundige, dat enkel pallets als verpakking voor de platen niet volstaan voor vervoer over zee. Voorts overwogen de arbiters in onderhavige kwestie:

'Aangezien in casu de goederen in de container werden geladen en gestuwd bij en door de afzender vooraleer de goederen door de vervoerder werden in ontvangst genomen; dat de container gesloten en verzegeld ten vervoer werd aangeboden en dat hij ook aldus vervoerd werd; dat in deze omstandigheden de container dient beschouwd te worden als behorend tot de verpakking van de goederen en dat het laden en stuwen van de goederen in de container dan geen deel uitmaakt van de stuwning van de goederen in het kader van het zeevervoer; (...) en wanneer daardoor, zonder een andere oorzaak, schade aan de goederen ontstaat, deze schade te wijten is aan onvoldoende verpakking van de goederen, waarvoor de vervoerder niet aansprakelijk is en dat zulks in het kader van de verzekering van deze goederen een eigen gebrek van goederen uitmaakt, zodat de verzekeraar de ontstane schade niet moet vergoeden, tenzij hij ook schade door eigen gebrek verzekerd heeft.'⁶⁵⁷

Deze zaak is dus belangwekkend voor het standpunt met betrekking tot eigen gebrek en de containerkwestie. De mogelijkheid om de container op twee verschillende manieren te duiden, afhankelijk van de invalshoek van respectievelijk de vervoerder en de ladingbelanghebbende, is een interessante benadering. Daarnaast komt in deze uitspraak uitdrukkelijk naar voren dat eigen gebrek buiten de verzekeringsdekking valt, tenzij expliciet opgenomen. Daarmee wordt nog eens het optionele (want immers niet-dwingendrechtelijke) karakter van eigen gebrek als dekkingssluitingsgrond in het Belgische recht bevestigd.

5.3.3 Eigen gebrek in het Duitse verzekeringsrecht

Het *Versicherungsvertragsgesetz* uit 2007⁶⁵⁸ bevat een apart hoofdstuk over de *Transportversicherung*.⁶⁵⁹ Zowel in het deel over de transportverzekering als in het algemene deel is echter geen wettelijke bepaling opgenomen die van dekking uitsluit schade ontstaan door een eigen gebrek. Zo is er op dit punt sprake van contractsvrijheid en kunnen partijen in de overeenkomst de eigen-gebrek-kwestie zelf regelen. Vanuit dat perspectief is de (niet-dwingendrechtelijke) bepaling niet opgenomen in het *VVG 2007*. Dat punt kan bijgevolg in de verzekeringsovereenkomst worden vastgelegd.

Niet alleen zijn de wettelijke bepalingen uit het *VVG 2007* doorslaggevend maar ook spelen bijvoorbeeld de bepalingen uit de *DTV-Güterversicherungsbedingungen*

657. *TBH* 1987, 126.

658. *Gesetz über den Versicherungsvertrag; Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 21 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist (hierna: VVG 2007).*

659. *VVG 2007, Artikel 130-141. Zie www.gesetze-im-internet.de.*

2000/2011⁶⁶⁰ een belangrijke rol in geval van het internationale zeevervoer.⁶⁶¹ De algemene verzekeringsbedingen nemen een belangrijke plaats in binnen het transportverzekeringsrecht en gelden daarmee als 'selbstgemachtes Recht der Wirtschaft'.⁶⁶² Voor de zeeverzekering worden de DTV-Güter 2000/2011 aanbevolen door 'Fachausschuss Transport'.⁶⁶³ Tegenwoordig pleegt men in Duitsland dan ook de zeegoederenverzekering aan te bieden op basis van de DTV-Güter 2000/2011 en door de eenheid binnen de regeling is zij bijzonder transparant en doeltreffend.⁶⁶⁴ Zelfs ook voor andere modaliteiten binnen het goederenvervoer worden deze bepalingen van toepassing verklaard waarbij de verzekeringnemer kan kiezen tussen een verzekering met volledige dekking en met beperkte dekking.⁶⁶⁵ Bij het opstellen van de huidige transportverzekeringswetgeving heeft de wetgever er rekening mee gehouden dat de DTV-Güter 2000/2011 standaard van toepassing worden verklaard. De regeling in het VVG 2007 is daardoor bewust zeer beperkt gebleven.

In het VVG 2007 is dus geen bepaling opgenomen die dekking uitsluit op grond van eigen gebrek, maar deze staat wel in de DTV-Güter 2000/2011.⁶⁶⁶ Dus wanneer deze (zeer gebruikelijke) clausules in de verzekeringsovereenkomst zijn geïncorporeerd, is schade, ontstaan door eigen bederf, de aard van de goederen, door normale luchtvochtigheid of gangbare temperatuurschommelingen of door gebrekkige verpakking of onjuiste wijze van laden, uitgesloten van dekking. Schade ontstaan uit 'inneren Verderb' of 'natürlichen Beschaffenheit der Güter' lijkt een risicouitsluiting te zijn maar Heiss en Trümper merken hierover op dat het beschreven risico eigenlijk geen 'Transportgefahr' betreft.⁶⁶⁷ Zodra verzekerde gevaren zorgen voor het bederf als een van buiten komend onheil, kan van 'inneren Verderb' al niet meer worden gesproken. Dit geldt evenzo in de situatie dat 'Schäden aus der natürlichen Beschaffenheit' het gevolg zijn van ongebruikelijke invloeden van buitenaf. Bij een beroep op de gebrekkige verpakking als dekkingsuitsluitingsgrond is de verzekeringnemer overigens niet verplicht te bewijzen dat geen sprake was van grove nalatigheid, zoals blijkt uit de laatste zinsnede van de bepaling (2.5.1

660. DTV-Güterversicherungsbedingungen 2000/2011, zie www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/ware.html (hierna: DTV-Güter 2000/2011).

661. Zie hierover eveneens I. Gercke & S. Gerhard, 'Transportversicherung', in: M. Terbill & K. Höra, *Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2013 (hierna: Terbill & Höra 2013), p. 521.

662. Zie in gelijke zin H. Heiss & T-N. Trümper, 'Transportversicherung', in: Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck Verlag 2015 (hierna: Beckmann/Matusche Beckmann 2015), § 38-23.

663. Zie Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-24 en 25.

664. Zie in gelijke zin Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-46.

665. Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-47 en 48.

666. Deze bepaling luidt:

'2.5.1 Der Versicherer leistet keinen Ersatz für Schäden, verursacht durch

2.5.1.1 eine Verzögerung der Reise;

2.5.1.2 inneren Verderb oder die natürliche Beschaffenheit der Güter;

2.5.1.3 handelsübliche Mengen-, Maß- und Gewichtsunterschieden oder -verluste, die jedoch als berücksichtigt gelten, sofern hierfür eine Abzugsfranchise vereinbart ist;

2.5.1.4 normale Luftfeuchtigkeit oder gewöhnliche Temperaturschwankungen;

2.5.1.5 nicht beanspruchungsgerechte Verpackung oder unsachgemäße Verladeweise, es sei denn, der Versicherungsnehmer hat diese weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verschuldet.'

Zie www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011_W2_Eingeschraenkte_Deckung.pdf.

667. Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-78.

DTV-Güter 2000/2011).⁶⁶⁸ Bij de bespreking van de uitsluitingsgronden lijkt men ook hier er steeds van uit te gaan dat de verzekeraar en de verzekeringnemer dezelfde bewijslast hebben als de vervoerder en de ladingbelanghebbende. Men maakt derhalve geen onderscheid tussen de schadevergoedingsplicht van de (mogelijk aansprakelijke) vervoerder en de uitkeringsplicht van diens (vervoerdersaansprakelijkheids)verzekeraar.

De bewijslast rust op de verzekeraar indien deze zich beroept op een van de in artikel 2.5 DTV-Güter 2000/2011 genoemde dekkingsuitsluitingsgronden.⁶⁶⁹ Hij zal dus moeten bewijzen dat de schade ontstaan is door een van de oorzaken, genoemd in die bepaling.⁶⁷⁰ Koller merkt op over de bewijslast die op de verzekeraar rust, dat de *causa-proxima*-leer als doorslaggevende maatstaf geldt om het causaal verband vast te stellen.⁶⁷¹ De *causa-proxima*-leer is enkel in het zeeverzekeringsrecht een beslissend criterium; voor het verzekeringsrecht in het algemeen hanteert men de Adäquanztheorie.⁶⁷² Ook Wandt gaat overigens in op de causaliteit in het algemeen verzekeringsrecht en de Adäquanztheorie die gehanteerd moet worden.⁶⁷³ In sommige lastige gevallen zal deze theorie echter onvoldoende accuraat zijn en zal men daarbij moeten betrekken wat Wandt aanduidt als ‘Schutzzweckzusammenhang’. In zulke gevallen dient men te onderzoeken of er voldoende samenhang is tussen de oorzaak van de schade en het verzekerd risico, aldus Wandt. Volgens mij komt deze benadering het dichtst bij wat men in Nederland omschrijft als de toerekening naar redelijkheid.⁶⁷⁴

Indien de schade door meer dan één oorzaak ontstaan zou kunnen zijn, biedt de tekst van artikel 2.6 DTV-Güter 2000/2011 uitkomst. Hierin staat namelijk: ‘(...), hat der Versicherer den Schaden zu ersetzen, wenn er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch eine versicherte Gefahr herbeigeführt worden ist’.⁶⁷⁵ A contrario redenerend betekent het dat de verzekeraar niet uit hoeft te keren wanneer van de twee mogelijke oorzaken de uitgesloten oorzaak het meest waarschijnlijk de schade heeft doen ontstaan.⁶⁷⁶

In de rechtspraak gaat men ervan uit dat bij meer mogelijke oorzaken, de ‘Causa-proxima-Regel’ de doorslaggevende maatstaf zou moeten zijn. Dit blijkt uit een recente uitspraak van het BGH waar een schip van Roemenië naar Oostenrijk voer en door averij schade opliep.⁶⁷⁷ Het BGH overwoog in dezen: ‘(...) den Nachweis des Versicherers voraus, dass die Fahruntüchtigkeit des Schiffs oder seine nicht

668. Zie in gelijke zin Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-81.

669. De causaliteit is geregeld in artikel 2.6 DTV-Güter 2000/2011.

670. Zie hierover eveneens Terbille & Höra 2013, p. 523 en Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-154.

671. Zie I. Koller, ‘Transportversicherung’, in: Prölls/Martin, *Versicherungsgesetz*, München: C.H. Beck Verlag 2015, p. 769.

672. Zie hierover Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-152 en 153.

673. M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010, p. 309-311.

674. In Nederland mondde de adequatieleer overigens ook uit in de leer van de redelijke toerekening. Zie hierover eveneens paragraaf 2.2.2.

675. Zie www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011_W2_Eingeschraenkte_Deckung.pdf.

676. Zie in gelijke zin Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-155.

677. (317) BGH 27 mei 2015, IV ZR 292/13, Karlsruhe. Zie *VersR* 2015, afl. 24, p. 1020-1024.

ausreichende Ausrüstung oder personelle Ausstattung für den eingetretenen Schaden ursächlich geworden sind (...). Auch hier ist nach der Causa-proxima-Regel wieder nur die mit hoher Wahrscheinlichkeit wirksamste, in ihrer Ursächlichkeit erheblichsste Ursache in den Blick zu nehmen (...).⁶⁷⁸

Over de waarschijnlijkheid van het intreden van de schade heeft het OLG Saarbrücken in maart 2013 zich uitgesproken.⁶⁷⁹ Tijdens vervoer in een door een orkest gehuurde bus ontstaat schade aan een contrabas. De contrabassist wilde haar instrument aanvankelijk mee de bus in nemen. De buschauffeur verbood dat echter om veiligheidsredenen en droeg op het in de aanhanger achter de bus te plaatsen. Bij aankomst op de plaats van bestemming blijkt de contrabas ernstig beschadigd doordat andere instrumenten (slagwerk) ertegenaan gevallen zijn gedurende de reis. De verzekeraar van de vervoerder beroept zich erop dat het instrument onvoldoende was ingepakt, waardoor de schade niet gedekt zou zijn. Hij slaagt echter niet in zijn beroep daarop en Baumann verklaart dit in zijn opmerking bij dit arrest:

‘(...) wenn der Schaden auf Vorsatz oder einem leichtfertigen Verhalten beruht, mit dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde. (...) Beweispflichtig hierfür ist jedoch der Anspruchsteller. Zwar wird seine Beweislast dadurch erleichtert, dass der Frachtführer sich wegen aller Umstände substantiiert einlassen muss, die in seinem eigenen Wahrnehmungs- und -kenntnisbereich liegen, zu denen der Anspruchsteller keinen Zugang hat. Hier allerdings hat die Musikerin dieselben oder sogar mehr Kenntnisse als der Busunternehmer. Ihm ist mithin keine weitere Aufklärung möglich und deshalb auch nicht von ihm zu verlangen.’⁶⁸⁰

In beginsel geldt ook in het Duitse verzekeringsrecht dat de verzekeraar die zich beroept op een dekkingsuitsluitingsgrond, moet bewijzen dat de schade ontstaan is door een van dekking uitgesloten evenement. Ook in Duitse rechtspraak neemt men de mogelijkheden om het bewijs te leveren in acht; de verzekeraar, die met de vervoerder of de ladingbelanghebbende een verzekeringsovereenkomst heeft gesloten, wordt qua bewijslast gelijkgesteld met de vervoerder of ladingbelanghebbende zelf. Ook de Duitse rechtspraak pleegt dus geen onderscheid te maken tussen de aansprakelijkheid van de vervoerder of ladingbelanghebbende enerzijds en de uitkeringsplicht van diens verzekeraar anderzijds.

5.3.4 Eigen gebrek in het Engelse verzekeringsrecht

In Engeland geldt voor het zeeverzekeringsrecht de Marine Insurance Act 1906 (hierna: MIA 1906). In artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906 staat: ‘Unless the policy otherwise provides, the insurer is not liable for ordinary wear and tear, ordinary leakage and breakage, inherent vice or nature of the subject-matter insured, or for

678. (317) BGH 27 mei 2015, IV ZR 292/13, Karlsruhe, r.o. 44.

679. (11) OLG Saarbrücken 13 maart 2013, 5U 342/12, *VersR* 2014, afl. 2, p. 73-76.

680. W. Baumann, ‘Der Kontrabass auf Reisen’, *VersR* 2014, afl. 19, p. 810.

any loss proximately caused by rats or vermin, or for any injury to machinery not proximately caused by maritime perils.’

De interpretatie van deze bepaling is veelvuldig aan de orde in de Engelse literatuur en rechtspraak. Alleen al vanwege de uitleg van deze bepaling is het van belang om ook Engeland bij het rechtsvergelijkend onderzoek te betrekken. Voor het Engelse verzekeringsrecht staat overigens (ook) een wetswijziging op stapel. De Insurance Act 2015 zal deels de MIA 1906 vervangen maar deze zal niet eerder dan in augustus 2016 in werking treden.⁶⁸¹ Deze Insurance Act zal echter geen verandering brengen in de betekenis en geldigheid van de bepaling in artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906. De uitsluiting van ‘the inherent vice of the subject-matter insured’ als verzekerd risico, geldt overigens voor de verzekering in het algemeen.⁶⁸² Als algemene regel geldt bovendien dat het doel van verzekeren is het bescherming bieden aan ‘the risk of fortuitous happenings’.⁶⁸³ Hieronder valt geen schade ontstaan door ‘wear and tear’ en deze is dan ook onder geen enkele vorm van verzekering gedekt.⁶⁸⁴ Het vaststellen van het causaal verband is dus menigmaal van doorslaggevende betekenis. Zoals blijkt uit de bepaling, is in beginsel schade ontstaan door ‘ordinary wear and tear, ordinary leakage and breakage, inherent vice or nature of the subject-matter insured’ van dekking uitgesloten tenzij anders is bepaald in de verzekeringsovereenkomst. Het is derhalve geoorloofd om contractueel vast te leggen dat deze schade wel onder de dekking valt. Dit moet dan overigens expliciet vermeld staan in de overeenkomst.⁶⁸⁵

In de MIA 1906 zelf is geen definitie opgenomen van ‘inherent vice’ zoals bedoeld in de bepaling van artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906. De standaarddefinitie is afkomstig uit de zaak *Soya vs. White* uit 1980.⁶⁸⁶ Lord Diplock heeft in casu overwogen: ‘It means the risk of deterioration of the goods shipped as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated voyage without the intervention of any fortuitous external accident or casualty.’⁶⁸⁷ Sindsdien hanteert men deze omschrijving als standaarddefinitie bij de uitleg van artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906.⁶⁸⁸

Clarke verklaart het bestaan van de bepaling die schade, ontstaan door ‘inherent vice’, van dekking uitsluit als volgt: ‘If such loss occurs during the period, it lacks fortuity: it was always going to happen, sooner or later, during the period of cover

681. Zie hierover www.out-law.com/en/topics/insurance/insurance-regulation. Er geldt een ‘transition period’ van achttien maanden. De Insurance Act is 12 februari 2015 ondertekend en is derhalve 12 augustus 2016 in werking treden. Zie www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/enacted.

682. Zie in gelijke zin R. Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, London: Thomson Reuters (Legal) Limited 2010 (hierna: Merkin 2010), nr. 19-056.

683. Merkin 2010, nr. 19-055.

684. Zie Merkin, die daarbij overigens direct verwijst naar de (zeeverzekeringsrechtelijke) MIA 1906. Merkin 2010, nr. 19-056.

685. Zie hierover ook Van Huizen 2015, p. 891.

686. [1983] 1 Lloyd's Rep. 122.

687. [1983] 1 Lloyd's Rep. 122, 126.

688. Deze betekenis geldt als algemene rechtsregel en een expliciete contractuele uitsluiting voegt daaraan niets toe volgens Merkin. Zie R. Merkin e.a., *Colinvaux's Law of Insurance: Second Supplement to the Ninth Edition*, London: Sweet & Maxwell 2013 (hierna: Merkin 2013), nr. 24-080C.

– in the particular case.⁶⁸⁹ Dat dit als uitgangspunt geldt, is begrijpelijk en past ook bij het idee van verzekeren als risico-overdracht.⁶⁹⁰ Toch zou het mogelijk moeten zijn om ook ‘inherent vice’ verzekeraar te maken. Daarbij zou dan het uitgangspunt moeten zijn dat weliswaar zeker is dat schade zich vroeg of laat zal voordoen maar dat nog onzeker is wanneer en in welke mate.⁶⁹¹ Clarke onderkent overigens ook de problematiek met betrekking tot het risico-element waaraan voldaan moet zijn enerzijds en de wetenschap dat de schade zich gaat manifesteren anderzijds. Hij gaat daarbij in op het feit dat vroeg of laat alle goederen bederven of in kwaliteit achteruitgaan, dat achteraf bezien het zonneklaar kan zijn dat goederen bij aanvang van de reis behept waren met een ‘inherent vice’ maar dat dit niet of nauwelijks duidelijk was bij het begin van het vervoer en ten slotte dat het de vraag is of bij de wetenschap moet worden uitgegaan van een alwetendheid of van de kennis van de partijen.⁶⁹² Moet, met andere woorden, de wetenschap objectief of subjectief worden vastgesteld? Clarke is van mening dat een objectieve benadering meer aansluit bij de commerciële zekerheid.⁶⁹³ Mijns inziens zouden in dezen overigens ook objectieve maatstaven doorslaggevend moeten zijn.⁶⁹⁴

Zowel Clarke als Rose benadrukken dat schade ontstaan door een ‘inherent vice’ niet per definitie onvermijdelijke schade hoeft te zijn om een beroep op de dekingsuitsluitingsgrond ‘inherent vice’ te doen slagen.⁶⁹⁵ In sommige gevallen is een schade voorzienbaar en niet per definitie onvermijdelijk maar toch kan dan sprake zijn van een toevallige gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt. Ook Gilman benadrukt dat ‘inherent vice’ niet betekent dat de schade onvermijdelijk moet ontstaan. Hij voegt daaraan toe dat het onderscheid zit in ‘damage caused by any external occurrence, and damage resulting solely from the nature of the thing itself’.⁶⁹⁶ Het is volgens Gilman de facto net zo willekeurig dat schade ontstaat door een ‘inherent vice’ als door een ‘peril of the sea’.

Ook het Supreme Court gaat uit van deze opvatting in de zaak *Cendor Mopu*.⁶⁹⁷ In deze zaak heeft de verzekerde zijn schade bij de verzekeraar geclaimd, stellende dat het verlies veroorzaakt was door een ‘peril of the sea’ (namelijk ‘the fortuitous intervention of the waves’). De verzekeraar heeft echter tegengeworpen dat het ongeval te wijten was aan een van dekking uitgesloten oorzaak, te weten ‘inherent vice’. Daarmee zou op de verzekeraar in dit geval geen uitkeringsplicht rusten. In

689. M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London: Informa 2009 (hierna: Clarke 2009), p. 495.

690. Zie hierover eveneens P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 35-36.

691. Zie over onzekerheid in het verzekeringsrecht uitgebreid hoofdstuk 3.

692. Clarke 2009, p. 496.

693. Zie Clarke 2009, p. 497.

694. Daar ben ik eerder uitvoerig op ingegaan in paragraaf 3.5.3.

695. Zie F.D. Rose, *Marine Insurance: Law and Practice*, London: Informa 2012 (hierna: Rose 2012), p. 383 en Clarke 2009, p. 494.

696. Zie J. Gilman e.a., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, London: Sweet & Maxwell 2013 (achttiende druk; hierna: Arnould 2013), nr. 22-25.

697. Verschillende auteurs hebben reeds stilgestaan bij deze uitspraak. Zie bijvoorbeeld N.J. Margetson, ‘*Cendor MOPU* – Inherent Vice or Peril of the Sea?’, *EJCL* 2011, afl. 2, p. 58-62 en Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht’, *NTHR* 2013, afl. 5, p. 258-265 (hierna: Van Huizen 2013). Deze uitspraak heb ik al eerder besproken in *TVR* (Brouwer 2012, p. 69-73) en ook in hoofdstuk 2 is deze uitspraak aan de orde.

de polis waren de Cargo Institute Clauses geïncorporeerd, die immers schade ontstaan door ‘inherent vice’ van dekking uitsluiten. Zowel Lord Mance als Lord Clarke drukken zich in casu expliciet uit in de zin dat een ‘inherent vice’ niet ‘inevitable’ dient te zijn. Lord Mance overweegt hierover: ‘Inevitability is not the test of inherent vice, just as lack of inevitability is no proof of a fortuitous external accident or casualty.’⁶⁹⁸ En later overweegt Lord Clarke: ‘In such a case the loss or damage may not be inevitable but will nevertheless be irrecoverable. The cases make it clear that, at any rate in a perils of the seas case, the critical question is whether or not the conditions of the sea were such as to give rise to a peril of the seas which caused some fortuitous accident or casualty. It is important to note that the cases show that it is not the state of the sea itself which must be fortuitous but rather the occurrence of some accident or casualty due to the conditions of the sea.’⁶⁹⁹

Overigens hanteert het Supreme Court hier de definitie van ‘inherent vice’, afkomstig van Lord Diplock uit *Soya vs. White* die ik eerder weergaf.⁷⁰⁰ Het gebruik van de definitie van Lord Diplock staat weliswaar niet ter discussie in *Cendor Mopu* maar wel wordt overwogen welke betekenis hieraan moet worden toegekend in onderhavig geschil. Zowel Lord Mance als Lord Saville zijn het erover eens dat deze definitie het toerekenen van schade aan ‘inherent vice’ verhindert, wanneer iets dat kan worden beschouwd als een ‘fortuitous external accident or casualty’, de schade (mede) heeft veroorzaakt.⁷⁰¹ Alleen in gevallen dat schade is ontstaan door de interne eigenschappen van de verzekerde goederen zelf zonder tussenkomst van enig ‘fortuitous accident or casualty’, zal de verzekeraar een gegronde reden hebben onder zijn uitkeringsplicht uit te komen: ‘inherent vice would cover inherent characteristics of or defects in a hull or cargo leading to it causing loss or damage to itself – in each case without any fortuitous external accident or casualty’.⁷⁰² Als er op welke manier dan ook sprake is van tussenkomst van een toevallige, externe (ongelukkige) gebeurtenis, zal enkel deze worden beschouwd als de rechtens relevante oorzaak van de schade (en dus niet ‘inherent vice’).⁷⁰³ Sinds deze uitspraak van het Supreme Court kan alleen dan schade geacht worden door een ‘inherent vice’ ontstaan te zijn als niet ook een ‘peril of the sea’ zou kunnen worden aangewezen als schadeoorzaak.⁷⁰⁴ De zaak *Cendor Mopu* verandert dan misschien niet de definitie van ‘inherent vice’ maar plaatst haar op zijn minst in een ander perspectief.

Bij het geschil in de zaak *Cendor Mopu* speelde overigens niet alleen de vraag welke oorzaken waren aan te wijzen voor de schade een belangrijke rol maar ook hoe het causaal verband diende te worden vastgesteld. Het causaal verband speelt regelmatig een belangrijke rol wanneer eigen gebrek in het geding is, juist omdat dikwijls naast het eigen gebrek er nog (minstens) een oorzaak is aan te wijzen waardoor de schade mogelijkterwijs is ontstaan. Als algemene regel kan worden aangenomen dat de verzekeraar alleen die schade hoeft te vergoeden die is ‘proximately caused

698. *Cendor Mopu*, r.o. 51.

699. *Cendor Mopu*, r.o. 103.

700. Zie *Cendor Mopu*, r.o. 24.

701. Zie *Cendor Mopu*, r.o. 81 en hierover eveneens Arnould 2013, nr. 22-26.

702. *Cendor Mopu*, r.o. 81.

703. Zie eveneens Arnould 2013, nr. 22-26.

704. Zie in gelijke zin Merkin 2013, nr. 24-063.

by the peril covered against. (...) a proximate cause is not the first, or the last or the sole cause of the loss; it is the dominant or effective or operative cause. The insurer is liable if such a cause is within the risks covered by the policy and is not liable if it is within the perils excepted.⁷⁰⁵ Merkin merkt daarenboven op dat de toepassing van de *proximate-cause*-leer gebaseerd is op de veronderstelde intentie van de partijen bij de verzekeringsovereenkomst.⁷⁰⁶ Zowel in het handboek van Colinvaux als in dat van MacGillivray wordt overigens onmiddellijk erbij vermeld dat de doctrine weliswaar eenvoudig is maar dat het vaststellen van die proximate cause in elke afzonderlijke situatie problematisch kan blijken.⁷⁰⁷ MacGillivray gaat trouwens expliciet in op het punt van twee ‘effective causes’ zoals behandeld in de zaak *Cendor Mopu* en vermeldt dat ook nadien in gelijke zin is overwogen door het Supreme Court.⁷⁰⁸

Vanaf de uitspraak in de zaak *J.J. Lloyd Instruments Ltd. vs. Northern Star Insurance Co. Ltd.* uit 1986 stond overigens vast dat het mogelijk is om meer dan één proximate cause aan te wijzen.⁷⁰⁹ De zaak *Miss Jay Jay* beschouwt men als het klassieke voorbeeld van een zaak waarin twee oorzaken als ‘proximate cause of the loss’ kunnen worden aangewezen.⁷¹⁰ Slade LJ overweegt in casu: ‘(...) I think it clear on any commonsense view that the sea conditions at the relevant time must be regarded as at least a cause, whether or not the proximate cause, of the damage to the yacht, (...). However, (...) the faulty design and construction of the boat must also be regarded as at least a cause, whether or not the proximate cause of the damage. On a commonsense view of the facts both these two causes were, in my opinion, equal, or at least nearly equal, in their efficiency in bringing about the damage.’⁷¹¹

In de zaak *Cendor Mopu* bleef overeind dat het mogelijk is om meer dan één ‘proximate cause of the loss’ aan te wijzen. Zowel Lord Saville als Lord Mance en Lord Clarke verwezen naar de zaak *Miss Jay Jay* in hun overwegingen en beschouwden deze als vaststaande jurisprudentie. Het Supreme Court ging er in de zaak *Cendor Mopu* echter van uit dat als de schade is veroorzaakt door ‘perils of the seas or other external fortuities’ waaraan het verzekerde schip of de verzekerde lading geen weerstand kon bieden vanwege ‘inherent weakness’, niet langer kan (of zou moeten)

705. MacGillivray 2012, nr. 20-001. Deze regel komt voort uit de interpretatie van de regel in zeeverzekeringsrechtelijke casus maar is niettemin een voorbeeld van een algemene regel die geldt voor elke vorm van verzekeringsrecht in Engeland.

706. Merkin 2010, nr. 5-029.

707. Zie Merkin 2010, nr. 5-029 en MacGillivray 2012, nr. 20-001.

708. Zie uitgebreid MacGillivray 2012 en *MacGillivray on Insurance Law: Second Supplement to the Twelfth Edition*, London: Sweet & Maxwell 2014 (hierna: MacGillivray 2014), nr. 20-005 onder verwijzing naar *ENE Kos 1 Ltd vs. Petroleo Brasileiro S.A. (The ‘Kos’)* [2012] 2 Lloyd’s Rep. 292. MacGillivray gebruikt alleen maar zeevervoerrechtelijke zaken voor de uitleg in het handboek dat algemeen verzekeringsrecht behandelt. Ook Merkin verwijst voor de uitleg van de *inherent-vice*-problematiek naar zijn hoofdstuk over ‘marine insurance’, waarbij de zaak *Cendor Mopu* een belangrijke positie inneemt. Zie Merkin 2010, nr. 19-056, 24-080 en 24-081.

709. *J.J. Lloyd Instruments Ltd. vs. Northern Star Insurance Co. Ltd.*, Court of Appeal 15 oktober 1986, 1987 WL 491826 (*The ‘Miss Jay Jay’*).

710. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-18. Eerder ging ik hier uitvoerig op in, zie paragraaf 2.3 van dit proefschrift.

711. *J.J. Lloyd Instruments Ltd. vs. Northern Star Insurance Co. Ltd.*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 32 CA (*The Miss Jay Jay*), Slade LJ, Submission B.

worden uitgegaan van twee ‘proximate causes of the loss’.⁷¹² Het Supreme Court stelde dat de schade dan volledig aan het gedekte evenement kan worden toegerekend ook als een andere oorzaak gevonden zou kunnen worden in een eigen gebrek.⁷¹³ In casu viel de schade dus wel onder de verzekeringsdekking ook al was deze deels te wijten aan het eigen gebrek van het verzekerd object. Wanneer een van de oorzaken een ‘inherent vice’ (en dus uitgesloten van dekking) is en de andere oorzaak gedekt is, komt men de facto niet (meer) toe aan de vraag of er twee ‘proximate causes of the loss’ zijn te benoemen. Het Supreme Court beschouwt het gedekte evenement in zo’n situatie als de ‘dominant cause’ waaraan de hele schade moet worden toegerekend.

Een van de belangrijke vraagstukken was hier de betekenis van de exceptie ‘inherent vice’ in artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906. Het Supreme Court maakt het voor verzekeraars een stuk lastiger om (gedeeltelijk) onder de verzekeringsplicht uit te komen indien sprake is van zowel een ‘inherent vice’ als van een ‘external fortuity’. In deze situaties kan volgens het Supreme Court geen sprake meer zijn van twee ‘proximate causes’ en het gedekte evenement geldt dan als ‘the proximate cause’.⁷¹⁴ Waar voorheen nog verschil werd gemaakt door expliciet van dekking uitgesloten risico’s en wettelijk uitgesloten evenementen, is ook voor dit onderscheid nu geen plaats meer.⁷¹⁵ In het handboek van Arnould staat hierover: ‘(...) loss or damage caused by inherent vice (...) would not be covered in any event under the usual wording of all risks clauses which only afford cover where a fortuitous accident or casualty can be established or inferred’.⁷¹⁶ Dus alleen wanneer de verzekeraar erin slaagt om te bewijzen dat de schade is ontstaan *enkel* door het eigen gebrek, zal een beroep op ‘inherent vice’ als dekkingsuitsluitingsgrond kans van slagen hebben. De verzekeraar moet dan kunnen aantonen dat de schade ook zou zijn ontstaan onder normale omstandigheden en dus op geen enkele manier te wijten is aan een van buiten komend onheil.⁷¹⁷ Met de uitspraak in de zaak *Cendor Mopu* lijkt de mogelijkheid van proportionele verdeling in geval van schade, die onder meer is ontstaan door ‘inherent vice’, voorlopig helaas van de baan in Engeland.⁷¹⁸ Deze ontwikkeling is mijns inziens betreurenswaardig, vooral ook omdat eerder (juist) in Engeland daarvoor regelmatig ruimte was.

Bij de zaak *Cendor Mopu* was dus in het geding of de verzekeraars zich terecht op de dekkingsuitsluitingsgrond ‘inherent vice’ konden beroepen en daarbij is een belangrijke rol weggelegd voor de causaliteitskwesitie. Daarnaast stond de betekenis van ‘perils of the seas’ ter discussie in de zaak *Cendor Mopu*. Het blijkt dat er geen

712. Zie in gelijke zin paragraaf 2.3.

713. Zie ook Van Huizen 2013, p. 263-264.

714. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-18.

715. Zie hierover eveneens Van Huizen 2015, p. 891-892.

716. Arnould 2013, nr. 23-73.

717. Zie tevens Arnould 2013, nr. 23-73 en Van Huizen 2015, p. 892.

718. De auteurs van het handboek van Arnould omschrijven het zo: ‘It seems clear from the decision in *The Cendor Mopu* that two-cause analysis where unseaworthiness (an inability to withstand the ordinary perils of the seas of the adventure insured) and the action of those perils can properly be seen as both being proximate causes is a logical impossibility. (...) *The Cendor Mopu* is simply an illustration of a case where the loss was held as a matter of common sense to be caused by perils of the seas.’ Zie Arnould 2013, nr. 23-15.

minimumvereiste is om te voldoen aan de eis van ‘fortuity’ tegenover de ‘ordinary action of the wind and waves’. Sterker nog: het in eerdere instantie gesuggereerde gebruik van een soort classificatie werd door het Supreme Court van de hand gewezen.⁷¹⁹ Lord Mance overweegt hierover: ‘I am not attracted to a solution which depends upon identifying gradations of adverse weather conditions.’⁷²⁰

Ook Lord Clarke ziet weinig heil in het toepassen van deze methode, daarbij in overweging nemende dat ‘the question in each case is whether the sea conditions were such as to have caused a fortuitous accident or casualty’.⁷²¹ Lord Mance overweegt in dezen: ‘the immediate cause to initial unseaworthiness as the real, dominant or effective cause. That is of course the essential issue in this case.’⁷²²

Daaraan voegt Lord Mance later toe: ‘The present hypothesis is of two concurrent risks arising independently but combining to cause a loss.’⁷²³ En voorts: ‘There seems to me some oddity in treating clause 4.4 [van de Institute Cargo Clauses, toevoeging HMBB] as leading to a fundamentally different result from that which would have applied had section 55(2)(c) alone been in question.’⁷²⁴ Het komt er samengevat op neer dat elke oorzaak die kan worden beschouwd als ‘external fortuitous casualty’, verhindert dat de schade kan worden toegeschreven aan een ‘inherent vice’. Als een ‘peril of the sea’ van kracht blijkt, dan is het al dan niet bestaan van een ‘inherent vice’ niet langer relevant.⁷²⁵

Af en toe is de scheidslijn heel dun tussen ‘an external fortuity’ en een ‘inherent vice’. In sommige gevallen is de schade rechtens relevant veroorzaakt door een ‘inherent vice’. Vervolgens heeft dat er weer voor gezorgd dat een van buiten komend evenement zich voordeed. De casus in de zaak T.M. Noten B.V. vs. Harding is hiervan een treffend voorbeeld.⁷²⁶ Daar ontstond weliswaar de schade door de ‘inherent nature of the subject matter’ maar waren eveneens externe factoren van invloed op het ontstaan van de schade. Tijdens het vervoer van leren handschoenen maakte condens uit de vervoerde handschoenen de kartonnen dozen waarin zij werden vervoerd, nat waardoor de handschoenen beschimmelden. In casu overwoog het Court of Appeal dat de schade was ontstaan door een ‘inherent vice’ ook al was het ontstaan van de schade niet onvermijdelijk. Bovendien beschouwde het Court of Appeal het feit dat het vocht uit de goederen was gecondenseerd en er ook weer op teruggekeerd, niet als een ‘external cause’.⁷²⁷ Zelfs als de verzekeraar de exceptie van ‘inherent vice’ kan aantonen, komt hij toch niet onder zijn uitkeringsplicht uit als het verzekerd risico zowel externe als interne schadeoorzaken behelst. Uit het arrest T.M. Noten B.V. vs. Harding wordt echter duidelijk dat hiervan geen sprake is in het geval dat het enige van buiten komend evenement dat schade veroorzaakt aan de goederen, voortkomt uit de goederen zelf.⁷²⁸ In zo’n situatie kan men ‘the inherent vice or nature of the subject matter’ beschouwen als de

719. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 23-14.

720. *Cendor Mopu*, r.o. 79.

721. *Cendor Mopu*, r.o. 104.

722. *Cendor Mopu*, r.o. 57.

723. *Cendor Mopu*, r.o. 88.

724. *Cendor Mopu*, r.o. 88.

725. Zie hierover eveneens Merkin 2013, nr. 24-132I.

726. T.M. Noten B.V. vs. Harding [1990] Lloyd’s Rep. 283.

727. Zie Rose 2012, p. 385.

728. Zie hierover tevens paragraaf 4.1.2.

'proximate cause'.⁷²⁹ De schade die hierdoor is ontstaan, valt dan wel buiten de verzekeringsdekking.⁷³⁰

In de zaak *Flowergate* uit 1967 stond de bewijslast betreffende 'inherent vice' ter discussie. In casu kwam cacao beschimmeld aan en stelde de eiser de gedaagde vervoerder aansprakelijk voor de schade. Deze beriep zich op de uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van 'inherent vice'. Dit beroep slaagde aangezien er voldoende bewijs was dat 'moisture causing damage came from the cocoa itself and that there was no negligence on their part'. Bovendien overwoog Judge Roskill dat 'the burden of proving inherent vice was on the defendants, but they need not also negative negligence'.⁷³¹ In onderhavige zaak was het derhalve voldoende om aan te tonen dat de cacao al veel te vochtig was ingeladen; bewijs dat aan de zorgplicht was voldaan, was niet vereist.

De bewijslast dat de schade is ontstaan door een 'inherent vice' ligt bij de verzekeraar. Om zich met succes op de dekkingsuitsluitingsgrond te beroepen, moet hij aantonen dat de schade is 'proximately caused by the inherent vice'.⁷³² Zelfs al kan de verzekeraar aantonen dat de schade is veroorzaakt door een 'inherent vice', bestaat er nog steeds een kans dat hij alsnog dient uit te keren. Dat is namelijk het geval als het verzekerd risico expliciet bestaat uit zowel externe als interne factoren.⁷³³ Zoals gezegd kan de verzekeraar alleen erin slagen om onder zijn uitkeringsplicht uit te komen als de toevallige gebeurtenis die inwerkt op het verzekerde goed, voortvloeit uit het goed zelf.⁷³⁴ Het handboek van MacGillivray gaat eveneens in op het punt van de bewijslast.⁷³⁵ De auteurs stellen zich verder de vraag of 'inherent vice falls to be treated as an exclusion under the principles set out in *Munro Brice*, since it is arguable that clauses excluding inherent vice do no more than replicate the effect of s.55(2)(c) of the Marine Insurance Act 1906 which has the effect of delimiting the scope of cover against perils of the seas, rather than of excluding some risks which are actually perils of the seas from cover'. De bewijslast dat de schade te wijten is aan een gedekt evenement, zoals 'perils of the sea', ligt bij de verzekerde.⁷³⁶ Het is daarbij voldoende indien deze aantoont dat de 'proximate cause' valt binnen de risico's waartegen hij is verzekerd. Het is derhalve niet nodig dat hij aantoont hoe het voorval precies is ontstaan. Wanneer de verzekeraar zich vervolgens beroept op een van de dekkingsuitsluitingsgronden, zal deze suc-

729. Zowel in het zeeverzekeringsrecht als daarbuiten geldt dat de proximate cause moet worden bepaald om het causaal verband vast te stellen. Zie eveneens Merkin 2010, nr. 5-029.

730. Zie in gelijke zin Rose 2012, p. 387. Dat sprake moet zijn van schade 'proximately caused by the inherent vice' blijkt uit artikel 55 lid 2 sub c MIA, waarin is bepaald dat schade ontstaan door een inherent vice is uitgesloten van dekking.

731. *Jahn (t/a CF Otto Weber) vs. Turnbull Scott Shipping Co Ltd (The 'Flowergate')*, Queen's Bench Division (Commercial Court) 25 november 1966, [1967] 1 Lloyd's Rep. 1.

732. Zie in gelijke zin Rose 2012, p. 386.

733. Zie hierover Rose 2012, p. 387.

734. Zoals hiervoor aan de orde bij de bespreking van de zaak *T.M. Noten B.V. vs. Harding*.

735. MacGillivray 2012, nr. 20-007 en MacGillivray 2014, nr. 20-007. Een aantal standaardregels, afkomstig uit het zeeverzekeringsrecht, wordt weergegeven. Zij gelden voor alle vormen van verzekering en zijn afgeleid van de zaak *Munro Brice & Co vs. War Risks Association* [1918] 2 K.B. 78. 'Although the decision concerned a dispute as to whether a ship was lost from perils of the seas (...), the principles accepted by the judge are applicable to all classes of insurance.' MacGillivray 2012, nr. 20-007.

736. Zie hierover eveneens MacGillivray 2012, nr. 20-006.

cesvol moeten bewijzen dat dit risico niet onder de dekking valt. In de zaak *Cendor Mopu* was bijvoorbeeld in het geding of de ‘inherent vice’-bepaling moest worden gezien als een uitsluiting of als een afbakening van de reikwijdte van de dekking tegen ‘perils of the seas’. Bij de bewijslast van de verzekeraar dat het risico buiten de dekking valt, spe(e)l(t)en dus tevens de (uitleg van de) polisvoorwaarden een belangrijke rol.⁷³⁷

5.3.5 Balans

Op basis van deze rechtsvergelijking lijkt unaniem te gelden dat het aan de verzekeraar is om eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond te bewijzen. In het geval dat, bijvoorbeeld, de verzekerde vervoerder wordt aangesproken voor de schade, kan diens (vervoerdersaansprakelijkheids)verzekeraar dus gebruikmaken van de bewijsstukken die de verzekerde ter beschikking staan. De facto hoeft de verzekeraar dus niet uit te keren als hij kan aantonen dat de aangesproken verzekerde niet aansprakelijk is voor de schade op grond van een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek.⁷³⁸ Andere aspecten die in deze paragraaf aan de orde waren, zijn hoe men feitelijk vaststelt dat sprake is van een eigen gebrek als (een) oorzaak van de schade en wat men beschouwt als een eigen gebrek zodat een beroep op de dekkingsuitsluitingsgrond slaagt.

In Nederland is de heersende leer aangaande causaliteit in het verzekeringsrecht de *dominant-cause*-leer op basis van rechtspraak en literatuur. De Rechtbank Amsterdam heeft overigens in de zaak (van 3 december 2014) waarbij de tabak nat, beschimmeld en door tabakskevers aangetast in Nederland aankwam, niet de *dominant-cause*-leer toegepast.⁷³⁹ Was dat wel gebeurd, dan zou meteen duidelijk zijn dat het slechte weer niet de enige *dominant cause* van de schade was. Het is slechts een ‘effective cause’ en niet *de* ‘effective cause’ (er kunnen dus nog andere *dominant causes* zijn). Nu het slechte weer hier niet de enige *dominant cause* was, zou proportionele verdeling denkbaar zijn en ik zou daar in concreto zeker voor pleiten. De schade is weliswaar deels door het slechte weer (en dientengevolge de vertraging) ontstaan maar het is niet te zeggen of zonder de vertraging geen zweetschade (die niet gedekt is door de verzekering omdat deze valt onder de uitsluiting op grond van eigen gebrek) was opgetreden. Bovendien betekent het evenmin dat de container niet lek zou zijn (en dat zou dan ook niet gedekt zijn onder de polis). Het slechte weer op Cuba is ten minste een ‘effective cause’ geweest voor het intreden van de schade maar het is niet terecht om daarmee terzijde te schuiven dat ook een deel van de schade te wijten is aan de gebrekkige verpakking en aan het eigen gebrek van de tabak. Voor dat deel zou de verzekeraar de dekkingsuitsluitingsgrond succesvol moeten kunnen invoeren. Dat zou leiden tot een meer billijke oplossing. Misschien heeft de rechtbank aangesloten bij het slechte weer als enige *dominant cause* om te oordelen overeenkomstig de uitspraak in de zaak *Cendor Mopu* maar de vraag is of dat een gunstige ontwikkeling voor vervoerders en transportverzekeraars is. Moet men in Nederland per se aan willen sluiten bij deze Engelse ontwikkeling?

737. Zie ook MacGillivray 2012, nr. 20-007.

738. Er is dan dus geen sprake van een ‘hypothetisch dekkingsgat’.

739. Deze zaak is hiervoor reeds uitgebreid aan de orde geweest, zie paragraaf 5.3.1.

Volgens mij past de gedachtegang van het Supreme Court onvoldoende bij de Nederlandse praktijk. Als de schade deels door een eigen gebrek is veroorzaakt en deels door een gedekt evenement, zou er ruimte moeten zijn voor proportioneel verdelen dan wel voor verdelen in gelijke delen (indien proportioneel niet mogelijk is). Overigens is ook Clarke van mening dat proportionele verdeling nog steeds zou moeten prevaleren in de situatie waarbij sprake is van twee ‘concurrent and proximate causes, one peril and the other an exception’. De gebeurtenissen moeten dan onafhankelijk van elkaar kunnen worden beschouwd; dit houdt in dat de ene gebeurtenis zonder de andere de schade ook effectief zou hebben veroorzaakt. In zo’n geval heeft de verzekeraar alleen uitkeringsplicht voor dat deel van de schade dat is te wijten aan het gedekte risico en kan hij zich voor het overige beroepen op het eigen gebrek, dat van dekking is uitgesloten.⁷⁴⁰

Wanneer proportionele verdeling geldt als een reële oplossing, is het aan de ene kant voor de verzekerde niet zinloos om zich te verzekeren tegen schade ontstaan tijdens het vervoer. Anderzijds is het voor de verzekeraar nog steeds zinvol om in zijn polis eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond op te nemen. Nu het Supreme Court in de zaak *Cendor Mopu* het standpunt heeft ingenomen dat indien er twee of meer mogelijke schadeoorzaken zijn aan te wijzen, waarvan een is gedekt onder de polis en de andere een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek is, de schade volledig onder de verzekeringsdekking valt, is het de vraag of dit ook consequenties zal krijgen voor de Nederlandse (rechts)praktijk. Als men in Nederland in vergelijkbare zin gaat oordelen in zodanige situaties, dan zullen verzekeraars er niet langer op kunnen vertrouwen dat zij met succes schade door eigen gebrek kunnen uitsluiten van dekking. Zij zullen dan ongetwijfeld zowel de polis als de premie moeten herzien. Het risico dat zij overnemen is dan immers veel groter.

5.4 Conclusie en aanbevelingen

Van belang bij de definitie van eigen gebrek is vast te stellen of men de term in enge of in ruime zin gebruikt. In ruime zin omvat ‘eigen gebrek’ namelijk zowel het eigen gebrek van de verzekerde zaak als de aard van de zaak. In enge zin gebruikt men de term om een minderwaardige hoedanigheid die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, aan te geven. De aard van de zaak duidt in deze uitleg dan op een normale eigenschap (hoedanigheid) van de verzekerde zaak.⁷⁴¹ Ook de verpakking van de goederen kan men beschouwen als onderdeel van de goederen en haar eigen gebrek leidt dan ook tot een eigen gebrek van de goederen. In het verlengde hiervan kan men stellen dat een container verpakking van de goederen is. Daaruit volgt dat een eigen gebrek van de container eveneens te beschouwen is als een eigen gebrek van de goederen. Het blijkt evenwel dat niet per definitie evident is dat een container als verpakking heeft te gelden. Dieryck haalt een arbitrale uitspraak aan waarin het scheidsgerecht een tweedeling maakt:

740. Zie ook Clarke 2009, p. 833.

741. Door omschrijving met gebruikmaking van ‘hoedanigheid’ kan het zowel betrekking hebben op een afwijking ten opzichte van de normale eigenschap(pen) van de soort als op een normale eigenschap van de verzekerde zaak (zoals, bijvoorbeeld, de bederfelijkheid van fruit). Blom kiest hier bewust voor en ik neem dat graag van hem over. Zie Blom 2006, p. 91-92 en Brouwer 2015, p. 435.

de container die gestuwd wordt aangeboden aan de vervoerder, kan worden beschouwd als verpakking maar de container die door de vervoerder wordt gebruikt om de aangeboden goederen in te stuwen, kan worden beschouwd als vervoermiddel.⁷⁴² In het verlengde hiervan zou ik willen bepleiten om in beginsel uit te gaan van de container als verpakking tenzij uit de overeenkomst anders blijkt. Het is derhalve aan te raden om dit helder in de verzekeringsovereenkomst op te nemen zodat een dekkingsgeschil op dat punt efficiënt kan worden opgelost.

Op basis van de literatuur en jurisprudentie geldt een aantal uitgangspunten voor de vaststelling of sprake is van een eigen gebrek. Het aan het licht komen van het eigen gebrek is doorslaggevend voor het tijdstip waarop het eigen gebrek kan worden vastgesteld. Het is derhalve niet vereist dat het eigen gebrek zich al heeft gemanifesteerd voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.⁷⁴³ Voor een succesvol beroep op eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond is het bovendien niet vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak al bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst aanwezig was.⁷⁴⁴ Ten slotte is sinds het begin van de vorige eeuw een basisprincipe dat de uitsluiting van dekking in geval van eigen gebrek van een zaak alleen ziet op de stoffelijke eigenschappen van die zaak.⁷⁴⁵

Van een dekkingsgat tussen de verzekeringsdekking en de schade van de verzekerde is geen sprake omdat steeds de bewijslast onmiddellijk bij de verzekeraar ligt. Wat overblijft, is de problematiek rondom meervoudige causaliteit waarbij een van de mogelijke oorzaken een eigen gebrek is. Vooral in het licht van de zaak *Cendor Mopu* lijkt in zo'n situatie geen plaats meer voor (gedeeltelijke) uitsluiting van dekking op grond van inherent vice.

Voorts is het causaliteitscriterium van belang voor eigen-gebrek-kwesties omdat dit eveneens speelt in die gevallen waarbij de schade het gevolg zou kunnen zijn van meer oorzaken, waaronder een eigen gebrek.⁷⁴⁶ Het blijkt dat men in Nederland doorgaans de *dominant-cause*-leer toepast om de rechtens relevante oorzaak vast te stellen. Verder geldt voor de transportverzekering dat men kan spreken van een eigen gebrek als rechtens relevante oorzaak indien de goederen niet bestand zijn tegen de normale omstandigheden tijdens een bepaald type vervoer in een specifiek jaargetijde. Het eigen gebrek kan dan eventueel naast andere oorzaken worden aangewezen.⁷⁴⁷

De *dominant-cause*-leer past men op dit punt in Nederland toe in navolging van haar toepassing in Engeland. Daar legt men immers de in artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906⁷⁴⁸ neergelegde maatstaf van de 'proximate cause' inmiddels naar vaste juris-

742. Zie Dieryck 2005, nr. 382.

743. De Hoge Raad heeft dit overwogen in het *Corrosie*-arrest. Sindsdien is deze uitspraak uitgebreid besproken en aangehaald in de literatuur.

744. Dit blijkt uit het arrest *Che Guavara*.

745. Dit blijkt uit het arrest *Gummiwaren*.

746. Dit blijkt onder meer uit het arrest *Che Guavara* en wordt inmiddels praktisch iedere keer toegepast. In de literatuur lijkt men inmiddels ook hiervan uit te gaan als 'standaardcriterium'.

747. In gelijke zin Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

748. Dit artikel bepaalt onder meer dat schade ontstaan door 'inherent vice' is uitgesloten van dekking.

prudentie uit volgens de leer van de *dominant cause*. In Duitsland verwijst men voor de vaststelling van het causaal verband naar de Causa-proxima-Regel. Bij de uitleg van deze regel blijkt echter dat in ingewikkelde gevallen gezocht moet worden naar de ‘Schutzzweckzusammenhang’. In zulke situaties dient men te onderzoeken of er voldoende samenhang is tussen de oorzaak van de schade en het verzekerd risico. Ook in Duitsland gaat men dus bij toepassing van de Causa-proxima-Regel niet uit van de oorzaak die in tijd het meest dichtbij de schade ligt. Men is op zoek naar de oorzaak waaraan de schade in redelijkheid is toe te rekenen. In België is niet een expliciete causaliteitsmaatstaf opgenomen. In de rechtspraak tracht men de rechtens relevante oorza(a)k(en) te vinden; gebaseerd op enkele overwegingen lijkt men door te redeneren vanuit de *condicio-sine-qua-non*-theorie (CSQN).⁷⁴⁹

Het ziet ernaar uit dat niet in elke jurisdictie de verzekeraar nog evenveel kans maakt om zich met succes te beroepen op de dekkingsuitsluitingsgrond ‘eigen gebrek’. In Engeland is sinds het arrest *Cendor Mopu* grote verandering gekomen in de houding ten opzichte van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond in de gevallen dat er meer dan één mogelijke oorzaak van de schade is, waarvan één gedekt is onder de verzekeringsovereenkomst en de ander een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek is. Het is nog onduidelijk in hoeverre dit zijn weerslag krijgt in de rechtspraak op het continent. In Engeland geldt de uitspraak *Cendor Mopu* inmiddels als ‘leading case’ in dergelijke geschillen; in Nederland gaat men er tot op heden nog van uit dat het eigen gebrek naast andere oorzaken kan bestaan en de verzekeraar zich (deels) hierop kan beroepen. Ik hoop dat men in Nederland niet het Engelse voorbeeld gaat volgen. Dat zou betekenen dat in zulke gevallen alle schade wordt toegeschreven aan het gedekte risico. Ik raad aan om in die situaties vast te blijven houden aan het vaststellen van de rechtens relevante oorza(a)k(en) die de schade effectief heeft (hebben) doen ontstaan. In het verlengde daarvan bepleit ik de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan één *dominant cause*.⁷⁵⁰ Daarbij zou een proportionele verdeling dan wel verdeling in gelijke delen eveneens tot de mogelijkheden moeten behoren.⁷⁵¹ In gevallen waarbij eigen gebrek een rol speelt, is deze benadering doorgaans doeltreffend en bovendien billijk voor alle partijen.⁷⁵² Het is niet zelden dat schade ontstaat door een aantal oorzaken waaronder het van dekking uitgesloten eigen gebrek en (een) oorza(a)k(en) die wel gedekt zijn (is) onder de verzekering. Ik zou willen aanbevelen om de causaliteitsmaatstaf expliciet op te nemen in de verzekeringswetgeving. In Engeland past men, zoals gezegd, het *dominant-cause-criterium* inmiddels steevast toe om te voldoen aan de eis van ‘proximately caused’ uit de MIA 1906. Ook in Nederland wijst de praktijk vrijwel steeds in de richting van dit criterium. In dat kader had het voor de hand

749. Het Hof van beroep Antwerpen overweegt immers: ‘Indien (...) geen eigen gebrek had vertoond (...) was het vaartuig niet stuurloos geworden en was de baggerboot niet langszij moeten komen (...). Indien er geen storm was geweest op het ogenblik van de redding, had het zeiljacht niet zo aangebeukt tegen de baggerboot.’ *TBH* 2014, afl. 10, p. 1005. Dit duidt mijns inziens op een redenering vanuit de CSQN-leer. Zie uitgebreid over deze leer paragraaf 2.2.1 van dit proefschrift.

750. Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink blijken voorstander van de *dominant-cause*-leer als doorslaggevend maatstaf. Zij vinden dat dit criterium uitermate geschikt is in situaties waar sprake is van meervoudige causaliteit. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons *7-IX* 2012/507.

751. Al eerder heb ik de proportionele verdeling bepleit. Zie onder meer H.M.B. Brouwer, ‘Enige overwegingen over causaliteit in het verzekeringsrecht en het zeerecht’, *NTHR* 2006, afl. 4, p. 141-142.

752. In België gaat men overigens eveneens uit van de mogelijkheid van proportionele verdeling wanneer schade deels door een eigen gebrek is veroorzaakt. Zie De Smet 1971, nr. 772.

gelegen om deze maatstaf op te nemen in de wetgeving. Hiertoe deed ik reeds eerder een voorstel.⁷⁵³ Juist omdat slechts zelden het eigen gebrek als enige rechtens relevante oorzaak is aan te wijzen, is deze mogelijkheid van essentieel belang voor niet alleen efficiënt maar tevens rechtvaardig handelsverkeer. Het biedt perspectief voor zowel de verzekerde als de verzekeraar en betekent dat het geen kwestie van ‘alles of niets’ is. In Engeland is daarvan momenteel helaas wel sprake. Het is overbodig nog een aparte bepaling aan artikel 7:951 BW toe te voegen indien men aan het algemeen deel van de verzekeringswetgeving een causaliteitsmaatstaf zou toevoegen.⁷⁵⁴ Deze toevoeging zou een succesvol beroep op een eigen gebrek immers ook mogelijk maken als de schade slechts gedeeltelijk is veroorzaakt door het eigen gebrek. In die gevallen zou dan op basis van het voorgestelde artikel ofwel proportioneel ofwel in gelijke delen de schade worden toegerekend aan het eigen gebrek. In overeenstemming met die verdeling zou het beroep op de dekkingsuitsluitingsgrond ook dan succesvol zijn wanneer meer rechtens relevante oorzaken (waaronder eigen gebrek) voor de schade of het verlies zijn aan te wijzen.

Ik ben verder van mening dat, ook in het licht van artikel 7:925 BW, men zich moet kunnen verzekeren tegen de schadelijke gevolgen van ‘eigen gebrek’. Men dient dit dan overigens uitdrukkelijk te vermelden in de verzekeringsovereenkomst.⁷⁵⁵ Zo heeft de verzekeraar de mogelijkheid om aan de hand van de polis vast te stellen welk mogelijk risico hij loopt en kan hij vervolgens bepalen welke verzekeringspremie hij moet heffen. Aan de orde is geweest of eigen gebrek te verzekeren is vanuit het perspectief van de onzekerheidseis. Aan de hand van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam bleek dat deze het geobjectieerd subjectief criterium toepast en daarmee zou de verzekerbaarheid van eigen gebrek niet per definitie in het gedrang komen.⁷⁵⁶ Dit zou evenwel anders kunnen liggen wanneer men gebruikmaakt van de objectieve maatstaf als criterium voor het onzekerheidsvereiste. Men zou dan kunnen stellen dat door de aard van de verzekerde zaak zeker is dat schade zal ontstaan.⁷⁵⁷ Daar is echter tegen in te brengen dat het in zo’n situatie onzeker is hoe groot de schade zal zijn of wanneer deze zal ontstaan. Dat zou vervolgens inhouden dat toch voldaan is aan de eis van onzekerheid en daarmee pleiten voor de verzekerbaarheid van ook deze vorm van eigen gebrek. Wat exact moet worden begrepen onder eigen gebrek is ook regelmatig in het geding.

Voorts blijkt dat niet in elke jurisdictie de wettelijke regeling nog een eigen-gebrek-bepaling bevat. Bij het opstellen van de PEICL is er bewust voor gekozen deze weg te laten. De bepaling die ‘eigen gebrek’ als dekkingsuitsluitingsgrond regelt is niet-dwingendrechtelijk en daarom vond men het niet opportuun haar op te nemen in de PEICL. Het is immers aan de partijen bij de verzekeringsovereenkomst om er al dan niet voor te kiezen om ‘eigen gebrek’ van dekking uit te sluiten. De Duitse wetgever lijkt diezelfde mening toegedaan. In de van toepassing te verklaren (en

753. Zie paragraaf 2.5 van dit proefschrift.

754. Mijn eerdere voorstel hield in dat een (nieuw) artikel, 7:926a BW, zou worden toegevoegd aan de bestaande wet. Zie paragraaf 2.5.

755. In de CAR-verzekering is dit trouwens gebruikelijk.

756. Zie Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763.

757. Ik ben eerder uitvoerig ingegaan op de eis van onzekerheid in dit verband. Hoofdstuk 3, met name paragraaf 3.5.2.

dikwijls van toepassing verklaarde) DTV-Güter 2000/2011 is overigens wel een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om schade ontstaan door ‘eigen gebrek’ van dekking uit te sluiten. De wetgever laat deze kwestie derhalve aan de contractspartijen over.

In Nederland is dus wel een eigen-gebrek-bepaling in de wet opgenomen. Ik raad echter aan om op enkele punten artikel 7:951 BW te wijzigen. Daardoor ontstaat meer duidelijkheid omtrent het verzekerde object waar de wetgever in de eerste nota van wijziging in 2000 op doelde.⁷⁵⁸ Bij transportverzekeringsrechtelijke kwesties zou zo bijvoorbeeld meer helderheid ontstaan in geval van een eigen gebrek van de container.⁷⁵⁹ Het kan in zo’n geval daarenboven belangrijk zijn of een container beschouwd moet worden als verpakking van de goederen dan wel als onderdeel van het vervoermiddel.⁷⁶⁰

Het feit dat in geval van ‘eigen gebrek in enge zin’ sprake is van een minderwaardige eigenschap (hoedanigheid) die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, zou ook verduidelijkt kunnen worden door het wijzigen van de wettelijke bepaling. Deze vorm van eigen gebrek als uitsluitingsgrond richt zich blijkens vaststaande jurisprudentie alleen op de stoffelijke eigenschappen van de verzekerde zaak maar helaas is dat vooralsnog niet in de wet opgenomen.⁷⁶¹

Mijn advies zou zijn om het nieuwe artikel 7:951 BW er zo uit te laten zien:

‘De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek (ontstaan door de stoffelijke eigenschappen) van die zaak zelf (met inbegrip van de verpakking) tenzij expliciet in de verzekeringsovereenkomst overeengekomen.’

758. Zie Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 138.

759. Dit was immers onlangs een geschilpunt bij een zaak van de Rechtbank Amsterdam waarbij de (gebrekkige) container mogelijkwerwijs de schade (mede) veroorzaakt zou hebben. Zie Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532.

760. Om hierover onduidelijkheid te vermijden, is het aan te raden dit specifiek in de overeenkomst vast te leggen dan wel een overeenkomst voor het vervoer per container *sui generis* af te sluiten. Zie meer uitgebreid paragraaf 4.6.3 en 4.7.

761. In paragraaf 5.2 vermeldde ik reeds dat de Hoge Raad dit al in 1924 heeft overwogen. Zie *Gummiwaren*, p. 488-491. Het is mijns inziens een gemiste kans dat de wetgever deze vaststaande jurisprudentie niet heeft neergelegd in de bepaling zoals die is opgenomen in de nieuwe verzekeringwet.

Hoofdstuk 6

Conclusies en aanbevelingen

In de inleiding heb ik een aantal onderzoeksvragen weergegeven. Deze zal ik hier grotendeels nog eens kort beantwoorden. In de afzonderlijke hoofdstukken heb ik steeds aan het einde uitgebreid de balans opgemaakt. Naar aanleiding daarvan kwam ik tot een aantal conclusies en deed ik ook een aantal aanbevelingen die ik eveneens hieronder zal reproduceren.

6.1 Causaliteit

Welke maatstaf is doorslaggevend bij het vaststellen van het causaal verband in het verzekeringsrecht?

Een aantal criteria is denkbaar om het causaal verband vast te stellen. Het is naar mijn mening wenselijk om in titel 7.17 BW een causaliteitsbepaling op te nemen. Op die manier wordt definitief de discussie beslecht welke causaliteitsmaatstaf moet worden gekozen ingeval in de verzekeringsovereenkomst geen causaliteitsmaatstaf is opgenomen. Mijns inziens zou men voor de *dominant-cause*-leer moeten kiezen, vooral omdat deze in de recente rechtspraak steeds vaker wordt toegepast.⁷⁶² Dit zou betekenen dat de huidige, inmiddels als vaststaand te beschouwen jurisprudentie, gecodificeerd zou worden en daarmee zou een einde komen aan het steeds opnieuw zoeken naar het juiste criterium dat moet worden toegepast bij het bepalen van het causaal verband. Bovendien zou het volgens mij raadzaam zijn om in die betreffende bepaling op te nemen dat het mogelijk is om meer dan één rechtens relevante oorzaak aan te wijzen op basis van de *dominant-cause*-leer.⁷⁶³ Door het hanteren van de *dominant-cause*-leer zouden dan meer oorzaken rechtens relevant kunnen zijn. Bij meer dominante oorzaken kan een onderscheid worden gemaakt tussen die gevallen waarin exact duidelijk is welk percentage van een oorzaak verantwoordelijk is voor welk percentage van de schade (de meervoudige causaliteit in het algemeen) enerzijds en anderzijds die gevallen waarin men op grond van de *dominant-cause*-leer aansluiting moet zoeken bij de verdeling in gelijke delen (samenwerkende oorzaken). Deze wettelijke bepaling zou dan het sluitstuk betekenen van een ontwikkeling in de rechtspraak waarbij aanvankelijk de *condicio-sine-qua-*

762. Zie bijvoorbeeld HR 23 april 1982, NJ 1982/520 (*Che Guavara*); Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 25 april 2013, 2013-125 en Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385. Zie uitgebreid over de *dominant-cause*-leer paragraaf 2.2.4 (in het hoofdstuk over causaliteit).

763. Overigens sta ik niet alleen in mijn pleidooi voor de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan één *dominant cause* (en daaraan gekoppeld de proportionele toerekening). Ook Van Huizen en Clarke zijn daar voorstander van. Zie M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London: Informa 2009, p. 833 en Ph.H.J.G. van Huizen, 'Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht', *NTHR* 2013, afl. 5, p. 265.

non- (hierna: CSQN-)leer⁷⁶⁴ het uitgangspunt was maar waar men via allerlei transformaties nu is uitgekomen bij de *dominant-cause*-leer.

Codificatie op het gebied van causaliteit

De wetgever heeft al eerder een ontwikkeling op het gebied van causaliteit gecodificeerd, namelijk voor het algemeen verbintenissenrecht. Artikel 6:98 BW is immers een codificatie van het *Waterwingebied*-arrest van de Hoge Raad uit 1970.⁷⁶⁵ In dit arrest ging de Hoge Raad over op de leer van de toerekening naar redelijkheid, waar eerder de adequatieleer als doorslaggevende causaliteitsmaatstaf gold.⁷⁶⁶ Voor het algemeen verbintenissenrecht is daardoor niet langer onduidelijk welke causaliteitsmaatstaf gebruikt moet worden. Het ligt voor de hand om hierover ook duidelijkheid te scheppen in het verzekeringsrecht, vooral omdat dit niet zelden leidt tot discussie.

Ook in rechtsvergelijkend opzicht is het niet ongebruikelijk om in de verzekeringsrechtelijke wetgeving een regeling op te nemen die de causaliteitsmaatstaf bepaalt. In België is bijvoorbeeld een bepaling hierover opgenomen in het Ontwerp Belgisch Scheepvaartwetboek dat ook een regeling kent aangaande de vervoerverzekering.⁷⁶⁷ Zij bepaalt dat de equivalentieleer van toepassing is. Dit is een zeer breed criterium, vergelijkbaar met de CSQN-theorie, waarbij men rekening houdt met de specifieke kenmerken van het schadegeval om de causaliteit te bepalen. Het enige vereiste is dat de fout een noodzakelijke voorwaarde voor de schade was.⁷⁶⁸ Mijns inziens is deze leer te weinig specifiek en kan zij, net als bij het CSQN-verband, weliswaar dienen als eerste vereiste maar niet als enige, doorslaggevende vereiste om het oorzakelijk verband aan te tonen.

In Engeland bepaalt de regeling in s. 55 van de Marine Insurance Act (hierna: MIA) 1906 eveneens expliciet welke causaliteitsleer gehanteerd moet worden bij het vaststellen van het oorzakelijk verband.⁷⁶⁹ Deze bepaling in s. 55 (1) MIA 1906 bevat weliswaar een verwijzing naar de proximate cause maar inmiddels blijkt uit de jurisprudentie dat in de regel de *dominant-cause*-leer doorslaggevend is.

In België is derhalve een standaardmaatstaf opgenomen in een separaat artikel terwijl in de MIA 1906 het criterium slechts is opgenomen in het artikel dat de dekking (en uitsluiting daarvan) in een aantal specifieke gevallen regelt.

764. Zie uitgebreid over deze leer paragraaf 2.2.1 (in het hoofdstuk over causaliteit).

765. HR 20 maart 1970, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten.

766. Zie hierover eveneens G.J. Scholten in zijn noot bij HR 20 maart 1970, NJ 1970/251.

767. Artikel 9.11 lid 2 luidt: 'Het oorzakelijk verband tussen gevaar en schade wordt beoordeeld overeenkomstig de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid.' Zie Ontwerp Zeewet dat ook een regeling kent voor de transportverzekering (artikel 9.1-9.21), www.zeerecht.be/Documenten/CO-MAR-Blauwboek-9.pdf.

768. 'Er wordt m.a.w. niet toegelaten dat de rechter een keuze zou maken tussen de verschillende foutieve oorzaken van eenzelfde (contractuele) schade.' Zie L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000, nr. 460. Zie over de in België geldende equivalentietheorie L. Cornelis, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen/Apel-doom: Maklu uitgevers 1989, nr. 43.

769. Zie hierover paragraaf 2.3 (in het hoofdstuk over causaliteit) waar uitgebreid causaliteit in Engeland aan de orde is.

Voorstel voor een causaliteitsmaatstaf in een nieuw artikel

Mijn voorstel is om een nieuw artikel toe te voegen aan titel 7.17 BW dat de te gebruiken causaliteitsmaatstaf aangeeft voor de gevallen waarin de verzekeringsovereenkomst hierover zwijgt. Ik zou daarbij graag gebruikmaken van een separaat artikel in afdeling 1 van titel 7.17 omdat in deze afdeling immers de algemene bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomst staan. Het artikel zou kunnen worden geplaatst meteen na artikel 7:926 BW omdat hierin de bepalingen staan over de tot uitkering gerechtigde. Het causaal verband moet per slot van rekening worden vastgesteld, wil er sprake zijn van recht op uitkering. Het in te voegen artikel bepaalt dan het te hanteren causaliteitscriterium indien dit niet, of niet voldoende helder, uit de verzekeringsovereenkomst blijkt. Het nieuw toe te voegen artikel stel ik als volgt voor:

Artikel 7:926a, lid 1: ‘Het causaal verband tussen een al dan niet door de verzekering gedekte oorzaak en het intreden van een door de verzekeringsovereenkomst gedekte gebeurtenis, wordt beoordeeld overeenkomstig de dominant-cause-leer. Deze leer houdt in dat een gebeurtenis of meer gebeurtenissen als oorzaak(en) van de schade kan (kunnen) worden aangewezen wanneer zij effectief de schade rechtens relevant heeft (hebben) veroorzaakt.’

Artikel 7:926a, lid 2: ‘Als op basis van lid 1 sprake is van meer dan één rechtens relevante oorzaak, dient – voor zover dit mogelijk is – te worden vastgesteld in hoeverre de aanwezige oorzaken hebben bijgedragen aan het intreden van een door de verzekeringsovereenkomst gedekte gebeurtenis.’

Artikel 7:926a, lid 3: ‘Als een proportionele verdeling zoals bedoeld in lid 2, niet mogelijk is, hebben de aanwezige oorzaken voor gelijke delen bijgedragen aan het intreden van een door de verzekeringsovereenkomst gedekte gebeurtenis.’

Causaliteit en eigen gebrek, de dominant-cause-leer

Het causaliteitscriterium speelt een belangrijke rol in eigengebrekkwesties. In die gevallen waarbij de schade het gevolg zou kunnen zijn van meer oorzaken, waaronder een eigen gebrek, is het immers essentieel welke maatstaf de doorslag geeft.⁷⁷⁰ In Nederland past men, zoals gezegd, doorgaans de *dominant-cause-leer* toe om de rechtens relevante oorzaak vast te stellen. Voor de transportverzekering blijkt men verder te kunnen spreken van een eigen gebrek als rechtens relevante oorzaak in die gevallen waar de goederen niet bestand zijn tegen de normale omstandigheden tijdens een bepaald type vervoer in een specifiek jaargetijde. Het eigen gebrek kan dan eventueel naast andere oorzaken worden aangewezen.⁷⁷¹ Men past de *dominant-cause-leer* in Nederland toe naar voorbeeld van haar toepassing in Engeland. Daar legt men immers de in artikel 55-2 (c) MIA 1906⁷⁷² neergelegde maatstaf van de

770. Dit blijkt onder meer uit het arrest *Che Guavara*.

771. In gelijke zin overwoog het Hof Den Haag in zijn uitspraak uit 2012. Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

772. Dit artikel bepaalt onder meer dat schade ontstaan door ‘inherent vice’ is uitgesloten van dekking.

‘proximate cause’ naar vaste jurisprudentie uit volgens de leer van de *dominant cause*.

6.2 Onzekerheid

Is afwijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar geoorloofd?

Voor het verzekeringsrecht geldt de eis van onzekerheid als uitgangspunt.⁷⁷³ In beginsel mag van het onzekerheidsvereiste ex artikel 7:925 BW worden afgeweken.⁷⁷⁴ Een rechtshandeling die in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden is evenwel nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW.⁷⁷⁵ Mijns inziens is die beperking echter niet aan de orde: de ratio van artikel 7:925 BW is namelijk dat de verzekeraar bescherming geniet zodat hij niet een ‘risico’ overneemt dat geen risico meer is omdat het zich al heeft verwezenlijkt.⁷⁷⁶ Nu de bescherming van de verzekeraar vooropstaat bij het onzekerheidsvereiste, is afwijken hiervan niet in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. Volgens mij zou het aan de verzekeraar toegestaan moeten zijn om deze bescherming prijs te geven.⁷⁷⁷ Om dit in de wet vast te leggen zou artikel 7:925 BW kunnen worden opgenomen in artikel 7:943 lid 2 BW. Het artikel is dan weliswaar van dwingend recht, doch ten nadele van de verzekeraar mag ervan worden afgeweken. De huidige opzet van artikel 7:925 BW maakt het mijns inziens mogelijk om rechtsgeldig af te wijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar, althans het begrip op te rekken.⁷⁷⁸ Het is naar mijn mening nu mogelijk voor verzekeraars om overeenkomsten te sluiten die voorheen werden geblokkeerd door het wettelijke systeem doordat niet langer de onzekerheid is gekoppeld aan het voorval maar aan de schade.

Is artikel 7:925 BW betreffende het onzekerheidsvereiste te beschouwen als een fundamentele wijziging?

Om de vraag te beantwoorden of artikel 7:925 BW betreffende het onzekerheidsvereiste is te beschouwen als een fundamentele wijziging of als een codificatie van ontwikkelingen onder het oude recht, heb ik eerst een aantal deelvragen beantwoord. Eerst is daartoe aan de orde geweest de vraag naar de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsover-

773. Deze eis staat immers verwoord in het eerste artikel van titel 7.17, artikel 7:925 BW.

774. Artikel 7:925 BW wordt per slot van rekening niet genoemd in artikel 7:943 BW, de slotbepaling van afdeling 1 titel 7.17 BW waarin de (semi)dwingendrechtelijke bepalingen worden opgesomd.

775. Zie eveneens over deze kwestie M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, ‘Kritische bespreking van de positie van de (consument-)verzekerde in het nieuwe verzekeringsrecht’, *Praktijkids* 2003, p. 739-754.

776. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:925 BW wordt dit punt niet uitdrukkelijk besproken. De ratio achter artikel 246 WvK kan men dus als uitgangspunt nemen. Voorduin geeft hier inzicht in en licht (de totstandkoming van) artikel 246 WvK toe: ‘(...)’, niet te doen omtaarden in een bloot spel, strijdig met het doel en het welbegrepen belang der partijen, (...)’. En ‘(...)’, “had men het woordje: onzeker (voorval), niet in: onvoorzien, kunnen veranderen, omdat de meeste rampen wel degelijk voorzien zijn, doch het waar keurmerk dáárin bestaat, dat het voorval onzeker moet zijn.” J.C. Voorduin, ‘Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken’, in: *Wetboek van Koophandel, Boek I, titel IX, Van Assurantie*, Utrecht 1841 (eerste druk), p. 133-135.

777. Van oudsher staat in het verzekeringsrecht de bescherming van de verzekeraar voorop. Zie hierover uitgebreid H. Cousy, ‘About sanctions and the hybrid nature of modern insurance contract law’, *Erasmus Law Review* (5) 2012, afl. 2, www.erasmuslawreview.nl, p. 123-124.

778. Zie in gelijke zin Van Huizen 2011, p. 675-687.

eenkomst. Het onzekerheidsvereiste, ook wel het alea vereiste, blijkt een belangrijke component bij de hoofdverbintenis van de verzekeringsovereenkomst. Vrijwel steeds komt naar voren het aspect van het overnemen van risico als hoofdverbintenis van de verzekeraar. Inherent aan het overnemen van risico is het onzekerheidsaspect. Het onzekerheidsvereiste vervult dus, al dan niet gecodificeerd, een prominente rol binnen de hoofdverbintenissen van de verzekeringsovereenkomst. Vervolgens is de vraag of dit onzekerheidsvereiste voortdurend, of slechts bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, aanwezig is. Dit ligt mijns inziens in het verlengde van de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsovereenkomst. Het overnemen van risico wordt vrijwel steeds als hoofdverbintenis beschouwd en dit zal moeten blijven bestaan tot ofwel de verzekeringsovereenkomst is beëindigd ofwel er een uitkeringsplicht is ontstaan. Het onzekerheidsvereiste is dus continu aanwezig tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst, ongeacht of de wet voorschrijft dat het slechts aanwezig moet zijn bij het aangaan van de overeenkomst. Voorts is van groot belang hoe het onzekerheids criterium moet worden uitgelegd. Hierover zijn de meningen verdeeld, zowel in Nederland als daarbuiten. De Hoge Raad heeft zich hier weliswaar over uitgelaten maar dat was voordat de nieuwe verzekeringswetgeving in werking trad.⁷⁷⁹ Sommige auteurs zien de uitspraak van de Hoge Raad nog steeds niet als doorslaggevend in dezen. De Hoge Raad overwoog dat het objectieve criterium diende te worden gehanteerd bij het vaststellen of is voldaan aan het onzekerheidsvereiste. Mijns inziens zou het op de weg van de wetgever hebben gelegen zich hierover uitdrukkelijk uit te laten als deze het niet eens was met de uitspraak van de Hoge Raad. Het ligt per definitie voor de hand om de uitspraak van de Hoge Raad als doorslaggevend te beschouwen. Volgens mij kan artikel 7:925 BW voor wat betreft het onzekerheidsvereiste worden gezien als een codificatie van de ontwikkelingen onder het oude recht en niet als fundamentele wijziging. Ik acht het daarbij overigens wel mogelijk voor verzekeraars om overeenkomsten af te sluiten die voorheen werden geblokkeerd door het wettelijke systeem doordat de onzekerheid niet langer is gekoppeld aan het voorval (de schadeoorzaak) maar aan de (omvang van de) schade.⁷⁸⁰ Dat punt kan wellicht niet als fundamenteel maar desalniettemin als essentieel worden beschouwd.

Is eigen gebrek verzekeraar in het licht van het onzekerheidsvereiste?

Regelmatig staat ter discussie of 'eigen gebrek' al dan niet verzekeraar is met het oog op het onzekerheidsvereiste. Het blijkt dat men ook in het licht van artikel 7:925 BW zich moet kunnen verzekeren tegen de schadelijke gevolgen van 'eigen gebrek'. Men dient dit dan overigens uitdrukkelijk te vermelden in de verzekeringsovereenkomst.⁷⁸¹ Zo heeft de verzekeraar de mogelijkheid om aan de hand van de polis vast te stellen welk mogelijk risico hij loopt en kan hij vervolgens bepalen welke verzekeringspremie hij moet heffen. Eigen gebrek is dus te verzekeren vanuit het perspectief van de onzekerheidseis, zelfs als men uitgaat van een objectieve maatstaf als criterium voor het onzekerheidsvereiste. Men zou dan kunnen stellen

779. Het *Cox*-arrest, HR 26 november 1993, NJ 1994/126.

780. Zie eveneens Van Huizen 2011, p. 682.

781. In de CAR-verzekering is dit trouwens gebruikelijk.

dat door de aard van de verzekerde zaak (dit begrip valt immers ook onder eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond) zeker is dat schade zal ontstaan. Daar is echter tegen in te brengen dat het in zo'n situatie onzeker is hoe groot de schade zal zijn of wanneer deze zal ontstaan. Er is dan dus toch voldaan aan de eis van onzekerheid en dat pleit voor de verzekerbaarheid van zelfs die vorm van eigen gebrek.

Voorstel voor een nieuw artikel 7:925 BW

Mijns inziens kan het onzekerheidsvereiste in artikel 7:925 BW overigens zo worden aangepast dat het beter aansluit bij de verzekeringspraktijk en, in het bijzonder, bij de aard van de verzekeringsovereenkomst.

Om tot een definitie te komen die duidelijkheid biedt aan zowel verzekeraar als verzekeringnemer, is het raadzaam om de huidige definitie aan te passen en bovendien vast te leggen of al dan niet mag worden afgeweken van de bepaling in artikel 7:925 BW.

In artikel 7:943 lid 2 BW zou verwezen moeten worden naar artikel 7:925 BW. Daarmee is de kwestie opgelost of het onzekerheidsvereiste van openbare orde is en of men ervan mag afwijken. Op basis van dit voorstel (verwijzen naar artikel 7:925 BW in artikel 7:943 lid 2 BW) mag betreffende de verzekeraar worden afgeweken van het onzekerheidsvereiste (maar niet ten nadele van de verzekeringnemer). Dit sluit aan bij de gedachte dat het uitgangspunt is dat de verzekeringsovereenkomst een vorm van risico-overdracht is. Om die reden geniet de verzekeraar bescherming die hij terzijde mag schuiven wanneer hij daaraan geen behoefte heeft.⁷⁸²

Ik zou verder aanraden om het *Cox*-arrest te codificeren in artikel 7:925 BW. In de bepaling moet dus verwezen worden naar het objectieve criterium als maatstaf voor het onzekerheidsvereiste. Dit is niet alleen zinvol uit het oogpunt van het parallel laten lopen van wetgeving met de huidige stand van de jurisprudentie maar ook vanuit praktisch perspectief. Het sluit enerzijds aan bij de huidige (verzekeringsovereenkomst)praktijk en anderzijds is het bestaan van onzekerheid naar objectief criterium eenvoudiger vast te stellen (en te bewijzen) dan naar subjectieve maatstaven.

Voorts is het van belang om in een nieuwe versie van artikel 7:925 BW uitdrukkelijk te benoemen dat het onzekerheidsvereiste geldt zowel vóór, tijdens als na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Opdat bovenstaande regelingen en codificaties helder geredigeerd kunnen worden, is het zinvol om artikel 7:925 BW op te splitsen in verschillende leden.

De hierboven beschreven aanbevelingen leiden tot de volgende bepalingen:

Lid 1. Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten van en gedurende de overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.

782. Zie hierover ook Van Huizen 2011, p. 687.

Lid 2. Het vaststellen of voor partijen geen zekerheid, zoals bedoeld in lid 1, bestaat, gebeurt aan de hand van objectieve maatstaven.

Lid 3. Partijen kunnen uitdrukkelijk overeenkomen dat de onzekerheid, als bedoeld in lid 1, niet vereist is. Dit volgt eveneens uit artikel 7:943 lid 2 BW. [Notabene: aan artikel 7:943 lid 2 BW dient dan ook dit artikel te worden toegevoegd zodat hiervan kan worden afgeweken – maar niet ten nadele van de verzekeringnemer –.]

6.3 Eigen gebrek in het vervoerrecht

Uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ in het vervoerrecht

Om de kwestie in kaart te brengen, is het van belang om eerst helder te krijgen wat men in het vervoerrecht onder ‘eigen gebrek’ verstaat.

De criteria die worden toegepast bij de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ verschillen per vervoerrechtelijk verdrag niet wezenlijk van elkaar en zijn ook bijna gelijk-luidend in de landen die bij het desbetreffende verdrag zijn aangesloten. Wanneer men vervolgens kijkt naar de toepassing van de uitleg, is het echter frappant dat er in het zeerecht meer ruimte lijkt te zijn voor de vervoerder om een geslaagd beroep op de ontheffingsgrond ‘eigen gebrek’ te doen. Aan de ene kant maken de op hem rustende ‘overriding obligations’ de bewijslast ten aanzien van zijn zorgplicht groot maar aan de andere kant heeft hij, mits voldaan aan die zorgplicht, recht van spreken. Als hij succesvol aantoonst dat hij voldoende zorg ten aanzien van de lading heeft betracht, ligt, met andere woorden, de weg voor hem open om aan te tonen dat er sprake was van een eigen gebrek van de goederen en hem derhalve niets te verwijten valt. Dat geldt daarentegen voor, bijvoorbeeld, het wegvervoer in veel mindere mate. Het is mijns inziens voor de wegvervoerder namelijk veel moeilijker om zich succesvol te beroepen op deze ontheffingsgrond. De zorgplicht van de vervoerder is in de internationale regeling voor vervoer van goederen over de weg (CMR) veel minder expliciet vastgelegd. Juist daarom maakt dat de bewijslast voor de vervoerder (dat hij aan die zorgplicht heeft voldaan) zwaarder. Overigens lijkt de tendens steeds meer dat men op dit punt aansluit bij het zeevervoer voor de uitleg van de internationale vervoerrechtelijke regelingen. Net als in het zeevervoer zal het dus sterk afhankelijk van het geval zijn of een beroep op de ontheffingsgrond zal slagen maar wordt het wellicht iets eenvoudiger om te bewijzen dat aan de zorgplicht is voldaan. Voor de vervoerder is het dus belangrijk om bij het aangaan van de vervoerovereenkomst in overweging te nemen om sommige aansprakelijkheden op zich te nemen. Dit geldt vooral voor die aansprakelijkheden waarvan toch al blijkt dat het in de praktijk moeilijk is om daarvan ontheven te worden op grond van het toepasselijke internationale verdrag. De vervoerder moet echter ook erop bedacht zijn om bij aanvang van de vervoerovereenkomst er zeker van te zijn dat de door hem te vervoeren lading zich in goede staat bevindt. Maar daarbij zij onmiddellijk aangetekend dat veel goederen niet geschikt zijn voor dergelijk onderzoek voorafgaand aan de reis wanneer zij zich, bijvoorbeeld, eenmaal in een afgesloten container bevinden of op andere wijze zo zijn verpakt dat de vervoerder dit niet optimaal kan overzien.

Bewijslast bij beroep op 'eigen gebrek' in het vervoerrecht

Het blijkt dat niet altijd voldoende evident is welke bewijslast op wie rust. Voor de rechtszekerheid van zowel vervoerder als ladingbelanghebbende en ook om het voor de vervoerder (en diens transportverzekeraar) beter mogelijk te maken zijn risico in te schatten, raad ik aan een bepaling in de vervoerovereenkomst op te nemen waarin staat waaraan het bewijs moet voldoen voor een geslaagd beroep op een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, zoals eigen gebrek, door de vervoerder. Het is met andere woorden dus raadzaam een bepaling op te nemen waarin is geregeld hoe dit bewezen moet worden. Deze zal dan gepaard gaan met een bepaling die het tegenbewijs expliciteert. Daarnaast zou ik ervoor willen pleiten om steeds expliciet in de overeenkomst aan te geven op wie de bewijslast rust van het bestaan van het eigen gebrek en ook hoe deze zich verhoudt ten opzichte van de bewijslast ten aanzien van het hebben voldaan aan de zorgplicht. Een dergelijke bepaling zou dan kunnen worden toegevoegd daar waar wordt geregeld hoe het bewijs moet worden geleverd. Ik stel daartoe de volgende bepaling voor:

'The burden of proof of inherent vice of the goods will lie upon the carrier. He has to show that the inherent vice already existed before shipment. A specific document will be able to establish the evidence. To prove the opposite, the onus will be on the plaintiff who has to show the inherent vice manifested itself during the journey and in the meantime was due to breach of the duty of care from the carrier. Determination of the causation can only take place by objective standards.'

Containervervoer, de mogelijkheid van een overeenkomst sui generis

In het geval dat de goederen per container worden vervoerd, is het raadzaam expliciet vast te leggen bij wie de zorg ligt voor een container die voldoet aan de eisen die de te vervoeren goederen met zich meebrengen. Dit kan ofwel in de vervoerovereenkomst ofwel in een overeenkomst voor het containervervoer sui generis. Het is raadzaam om bij het laden van de container een extra controle uit te voeren. Zo kan de vervoerder bij aanvang van de reis vaststellen of de goederen en hun verpakking zijn voorbereid op de voorgenomen reis. In het algemeen neemt men aan dat een container geldt als de verpakking van de goederen. Een (gebrekkige) verpakking beschouwt men dan als een (gebrekkig) onderdeel van de zaak. Bij elke vorm van vervoer zou, volgens deze redenering, de aansprakelijkheid niet op de vervoerder rusten indien de schade aan de vervoerde goederen te wijten is aan het vervoer in een gebrekkige container. De container ziet men immers als verpakking van de goederen en de verpakking van de goederen op haar beurt weer als onderdeel van de zaak. Het is echter wel mogelijk om in de overeenkomst vast te leggen dat de vervoerder de aansprakelijkheid op zich neemt als de ladingbelanghebbende bewijst dat sprake is van schade ontstaan door de gebrekkigheid van de container. Soms is dat een goed onderhandelingspunt. Wanneer de vervoerder daarvoor kiest, moet hij bij het inladen van de containers weliswaar meer op zijn hoede zijn en pas akkoord gaan met de afgifte van een schoon cognossement nadat hij zeker weet dat de container adequaat is voor het voorgenomen vervoer van de goederen die hij bevat. Als er echter niets is vastgelegd in de vervoerovereenkomst zou de vervoerder niet aansprakelijk zijn voor schade ontstaan door de gebrekkigheid van

de container. Een aparte overeenkomst voor het vervoer per container sui generis kan een goede uitkomst bieden om de (verdeling van de) aansprakelijkheid vast te leggen. Het is mijns inziens derhalve zinvol om aan de vervoerovereenkomst een overeenkomst te verbinden waarin een en ander wordt overeengekomen betreffende het containervervoer sui generis. Ik raad aan om in die overeenkomst onder meer te regelen wie aansprakelijk is voor schade aan de lading ontstaan tijdens het containervervoer en op wie de zorgplicht rust voor een deugdelijke container.

Bepalingen in de overeenkomst van containervervoer

De bepalingen om te regelen wie aansprakelijk is voor schade aan de lading ontstaan tijdens het containervervoer en op wie de zorgplicht rust voor een deugdelijke container zouden als volgt kunnen luiden:

‘For damage, caused by inherent vice during transport of (a) container(s), will be liable the party who is responsible for loading and stowage of the container. The plaintiff must be able to show a certified document which proves that the goods weren’t afflicted with the inherent vice before loading.’

‘Upon the container carrier lies the duty for sufficient care with respect to the container. Prior to the carriage he has to make sure that the container is fit for the intended transport. During transport he has to check the container for adequacy to carry the goods transported and in case of inadequacy he must take required action. The carrier has to be able to prove due diligence by reporting his checks and undertaken actions.’

Als de vervoerder deze documenten kan overleggen, staat tegenbewijs open voor de ladingbelanghebbende om aan te tonen dat de zorgplicht desondanks is geschonden. Met deze bepalingen zou de rechtszekerheid meer gewaarborgd moeten zijn waarbij het belang van het goed controleren en documenteren is benadrukt. Daarbij is overigens nog altijd de casuïstische benadering onvermijdelijk door de fysieke omstandigheden die steeds verschillend zijn en voor een belangrijk deel een bijdrage leveren aan het bewijs. Toch is door deze bepalingen vastgelegd wie welk bewijs moet leveren en, daaraan voorafgaand, wie welke zorg moet betrachten waardoor het uitgangspunt mijns inziens alvast een stap in de goede richting is.

6.4 Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Definitie van ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht

Bij de definitie van eigen gebrek is het belangrijk om vast te stellen of men de term in enge of in ruime zin gebruikt. In ruime zin omvat ‘eigen gebrek’ namelijk zowel het eigen gebrek van de verzekerde zaak als de aard van de zaak. In enge zin gebruikt men de term om een minderwaardige hoedanigheid die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, aan te geven. De aard van de zaak duidt in deze uitleg dan op een normale eigenschap (hoedanigheid) van de verzekerde

zaak.⁷⁸³ Ook de verpakking van de goederen kan men beschouwen als onderdeel van de goederen en haar eigen gebrek leidt dan ook tot een eigen gebrek van de goederen. Men zou in het verlengde hiervan kunnen stellen dat een container verpakking van de goederen is. Daaruit volgt dat een eigen gebrek van de container eveneens te beschouwen is als een eigen gebrek van de goederen. Het is echter niet per definitie evident dat een container kan worden beschouwd als verpakking. Men pleit ook wel voor een tweedeling: de container die gestuwd wordt aangeboden aan de vervoerder, kan worden beschouwd als verpakking, maar de container die door de vervoerder wordt gebruikt om de aangeboden goederen in te stuwen, kan worden beschouwd als vervoermiddel.⁷⁸⁴ In het verlengde daarvan zou ik willen bepleiten om in beginsel uit te gaan van de container als verpakking tenzij uit de overeenkomst anders blijkt. Het is derhalve aan te raden om dit helder in de verzekeringsovereenkomst op te nemen zodat een dekkingsgeschil op dat punt efficiënt kan worden opgelost.

Vaststelling of sprake is van een 'eigen gebrek' in het transportverzekeringsrecht

Om 'eigen gebrek' in het transportverzekeringsrecht goed op een rij te zetten, is ook van belang te onderzoeken hoe wordt vastgesteld of sprake is van 'eigen gebrek'. Op basis van de literatuur en jurisprudentie geldt hiervoor een aantal uitgangspunten. Het aan het licht komen van het eigen gebrek is bijvoorbeeld doorslaggevend voor het tijdstip waarop het eigen gebrek kan worden vastgesteld.⁷⁸⁵ Om een beroep op eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond te doen slagen, is het bovendien niet vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak al bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst aanwezig was.⁷⁸⁶ Ten slotte is het inmiddels een basisprincipe dat de uitsluiting van dekking in geval van eigen gebrek van een zaak alleen betrekking heeft op de stoffelijke eigenschappen van die zaak.⁷⁸⁷ De bewijslast ligt steeds onmiddellijk bij de verzekeraar en er is dus geen sprake van een dekkingsgat tussen de verzekeringsdekking en de schade van de verzekerde. Een lastige kwestie in dezen is die van de meervoudige causaliteit waarbij een van de mogelijke oorzaken een eigen gebrek is. Vooral in het licht van de zaak *Cendor Mopu* lijkt in zo'n situatie geen plaats meer voor (gedeeltelijke) uitsluiting van dekking op grond van inherent vice.

(On)succesvol beroep op 'eigen gebrek'

Niet in elke jurisdictie maakt de verzekeraar nog evenveel kans om zich met succes te beroepen op de dekkingsuitsluitingsgrond 'eigen gebrek'. In Engeland is sinds

783. Door omschrijving met gebruikmaking van 'hoedanigheid' kan het zowel betrekking hebben op een afwijking ten opzichte van de normale eigenschap(pen) van de soort als op een normale eigenschap van de verzekerde zaak (zoals, bijvoorbeeld, de bederfelijkheid van fruit). Zie A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006, p. 91-92 en H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: *Verzekeringsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (vierde druk), p. 435.

784. Zie hierover bijvoorbeeld C. Dieryck, *Zeeverzekering en averijvordering*, Brussel: De Boeck & Larquier 2005, nr. 382.

785. De Hoge Raad heeft dit overwogen in het *Corrosie*-arrest.

786. Dit volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Che Guavara*.

787. Dit blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Gummiwaren*.

het arrest *Cendor Mopu* grote verandering gekomen in de houding ten opzichte van eigen gebrek als dekkingssluitingsgrond in de gevallen dat er meer dan één mogelijke oorzaak van de schade is, waarvan één gedekt is onder de verzekeringsovereenkomst en de ander een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek is. Het is nog onduidelijk in hoeverre dit zijn weerslag krijgt in de rechtspraak op het continent. In Engeland geldt de *Cendor Mopu*-uitspraak inmiddels als 'leading case' in dergelijke geschillen; in Nederland gaat men er tot op heden nog van uit dat het eigen gebrek naast andere oorzaken kan bestaan en de verzekeraar zich (deels) hierop kan beroepen. Als men in Nederland het Engelse voorbeeld gaat volgen, betekent het dat in zulke gevallen alle schade wordt toegeschreven aan het gedekte risico. Ik raad aan om in deze situaties vast te blijven houden aan het vaststellen van de rechtens relevante oorza(a)k(en) die de schade effectief heeft (hebben) doen ontstaan. In het verlengde daarvan bepleit ik de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan één *dominant cause*.⁷⁸⁸ Daarbij zou een proportionele verdeling dan wel verdeling in gelijke delen eveneens tot de mogelijkheden moeten behoren. In gevallen waarbij eigen gebrek een rol speelt, is deze benadering doorgaans doeltreffend en bovendien billijk voor alle partijen.⁷⁸⁹ Het is niet zelden dat schade ontstaat door een aantal oorzaken waaronder het van dekking uitgesloten eigen gebrek en (een) oorza(a)k(en) die wel gedekt (is) zijn onder de verzekering en daarom lijkt het raadzaam om de causaliteitsmaatstaf expliciet op te nemen in de verzekeringswetgeving. In Engeland past men, zoals gezegd, het *dominant-cause-criterium* inmiddels stevast toe om te voldoen aan de eis van 'proximately caused' uit de MIA 1906. Ook in Nederland wijst de praktijk vrijwel steeds in de richting van dit criterium. In dat kader had het voor de hand gelegen om deze maatstaf op te nemen in de wetgeving, zoals ik ook al heb voorgesteld. Juist omdat slechts zelden het eigen gebrek als enige rechtens relevante oorzaak is aan te wijzen, is deze mogelijkheid van essentieel belang voor niet alleen efficiënt maar tevens rechtvaardig handelsverkeer. Het biedt perspectief voor zowel de verzekerde als de verzekeraar en betekent dat het geen kwestie van 'alles of niets' is. In Engeland is daarvan momenteel helaas wel sprake. Het is overbodig nog een aparte bepaling aan artikel 7:951 BW toe te voegen indien men aan het algemeen deel van de verzekeringswetgeving een causaliteitsmaatstaf zou toevoegen.⁷⁹⁰ Deze toevoeging zou een succesvol beroep op een eigen gebrek immers ook mogelijk maken als de schade slechts gedeeltelijk is veroorzaakt door het eigen gebrek. In die gevallen zou dan op basis van het voorgestelde artikel ofwel proportioneel ofwel in gelijke delen de schade worden toegerekend aan het eigen gebrek. In overeenstemming met die verdeling zou het beroep op de dekkingssluitingsgrond ook dan succesvol zijn wanneer meer rechtens relevante oorzaken (waaronder eigen gebrek) voor de schade of het verlies zijn aan te wijzen.

788. Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink blijken voorstander van de *dominant-cause*-leer als doorslaggevende maatstaf. Zij vinden dat dit criterium uitermate geschikt is in situaties waar sprake is van meervoudige causaliteit. Zie J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012/507 (derde druk).

789. In België gaat men overigens eveneens uit van de mogelijkheid van proportionele verdeling wanneer schade deels door een eigen gebrek is veroorzaakt. Zie R. De Smet, *Droit maritime et droit fluvial Belges*, Bruxelles: Larcier 1971, nr. 772.

790. Mijn voorstel houdt in dat een (nieuw) artikel, 7:926a BW, zou worden toegevoegd aan de bestaande wet.

'Eigen gebrek'-bepaling in wettelijke regeling

Niet in elke jurisdictie bevat de wettelijke regeling een 'eigen gebrek'-bepaling. De bepaling die 'eigen gebrek' als dekkingsuitsluitingsgrond regelt, is veelal niet-dwingendrechtelijk en daarom vindt men het vaak onnodig om haar op te nemen. Het is immers aan de partijen bij de verzekeringsovereenkomst om er al dan niet voor te kiezen om 'eigen gebrek' van dekking uit te sluiten. Om die reden heeft men er bij de regeling van de PEICL voor gekozen de bepaling niet op te nemen en ook de Duitse wetgever lijkt diezelfde mening toegedaan. In de van toepassing te verklaren (en dikwijls van toepassing verklaarde) DTV-Güter 2000/2011 is overigens wel een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om schade ontstaan door 'eigen gebrek' van dekking uit te sluiten. De wetgever laat het dus aan de contractspartijen over.

In Nederland is wel een 'eigen gebrek'-bepaling in de wet opgenomen. Ik raad echter aan om op enkele punten artikel 7:951 BW te wijzigen. Daardoor ontstaat meer duidelijkheid omtrent het verzekerde object waar de wetgever in de eerste nota van wijziging in 2000 op doelde.⁷⁹¹ Bijvoorbeeld kan er zo meer helderheid ontstaan in geval van een eigen gebrek van de container. Het kan in zo'n geval daarenboven belangrijk zijn of een container beschouwd moet worden als verpakking van de goederen of als onderdeel van het vervoermiddel.⁷⁹²

Het feit dat in geval van 'eigen gebrek in enge zin' sprake is van een minderwaardige eigenschap (hoedanigheid) die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, zou ook verduidelijkt kunnen worden door het wijzigen van de wettelijke bepaling. Deze vorm van eigen gebrek als uitsluitingsgrond richt zich blijkens vaststaande jurisprudentie alleen op de stoffelijke eigenschappen van de verzekerde zaak maar helaas is dat vooralsnog niet in de wet opgenomen.⁷⁹³

Mijn advies zou zijn om het nieuwe artikel 7:951 BW er zo uit te laten zien:

'De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek (ontstaan door de stoffelijke eigenschappen) van die zaak zelf (met inbegrip van de verpakking) tenzij expliciet in de verzekeringsovereenkomst overeengekomen.'

791. Zie M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 138.

792. Om hierover onduidelijkheid te vermijden, is het aan te raden dit specifiek in de overeenkomst vast te leggen dan wel een overeenkomst voor het vervoer per container *sui generis* af te sluiten.

793. Zie de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Gummiwaren*, HR 22 februari 1924, NJ 1924, p. 488-491. De wetgever zou deze vaststaande jurisprudentie mijns inziens hebben moeten neerleggen in de bepaling zoals die is opgenomen in de nieuwe verzekeringswet.

Samenvatting

Dit proefschrift gaat over eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht. Dit onderwerp komt aan de orde door het uiteenzetten van de resultaten van uitvoerig jurisprudentie- en literatuuronderzoek. Het wordt voorts beschouwd vanuit zowel Nederlands als buitenlands perspectief.

In hoofdstuk 1 zet ik de onderzoeksvragen uiteen. Verder valt daar een verantwoording te lezen voor de wijze van behandeling van de onderzoeksvragen in de betreffende hoofdstukken en voor de volgorde van de behandeling.

In hoofdstuk 2 staat een algemeen verzekeringsrechtelijk beginsel centraal: causaliteit. Bij de behandeling van causaliteit komen enkele causaliteitsleren uitgebreid aan de orde. Dit zijn met name de *condicio-sine-qua-non*-leer; de leer van de adequate veroorzaking; de *causa-proxima*-leer en de leer van de *dominant cause* omdat deze een relatief grote rol spelen in het verzekeringsrecht. Zij worden daarbij in historisch perspectief geplaatst. Daarnaast ontrafel ik zo veel mogelijk hun betekenis en interpretatie. Vervolgens is aan de orde hoe men omgaat met causaliteit onder toepassing van verschillende regelingen. De nadruk ligt voorts op de *dominant-cause*-leer omdat men deze, uit Engeland afkomstige, leer inmiddels in Nederland steeds vaker hanteert bij de vaststelling van het causaal verband in het verzekeringsrecht. Juist om te kunnen bepalen of deze trend is toe te juichen, is het van belang dat eerst de verschillende causaliteitsleren uiteen zijn gezet en hoe deze al dan niet in de verzekeringsrechtelijke regelingen worden toegepast. Daarenboven is de praktische uitwerking van de *dominant-cause*-leer in het verzekeringsrecht specifiek aan de orde. Daarbij is het interessant om het zeeverzekeringsrecht in het bijzonder uit te lichten, enerzijds vanwege de oorsprong van de leer en anderzijds omdat het voor een groot deel beheerst wordt door de Marine Insurance Act 1906, waarin veel latere verzekeringsrechtelijke regelingen hun oorsprong vinden. Het is in dat kader relevant om te achterhalen op welke punten het verzekeringsrecht en het zeerecht eventueel verschillen inzake de mogelijkheid van het toerekenen van schade aan meerdere oorzaken.

In hoofdstuk 3 staat een ander algemeen verzekeringsrechtelijk beginsel centraal: het onzekerheidsvereiste. Dat verdient uitvoerige behandeling in dit proefschrift omdat het van invloed kan zijn op de verzekerbaarheid van eigen gebrek. Daarnaast is het een belangrijk algemeen verzekeringsrechtelijk beginsel dat enige verdieping verdient bij de behandeling van de eigen-gebrek-kwestie. Een aantal vragen speelt immers een rol bij de toepassing van dit vereiste, zoals hoe het moet worden uitgelegd (subjectief of objectief) en wanneer aan het vereiste voldaan moet zijn (alleen ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst of ook gedurende de looptijd).

In hoofdstuk 4 is eigen gebrek in het vervoerrecht aan de orde. Het onderzoek richt zich daar vooral op de internationale, vervoerrechtelijke verdragen, zoals de Hague (Visby) Rules, de CMR, het Verdrag van Montreal en de CIM. De interpretatie en toepassing van de eigen-gebrek-bepaling(en) in deze regelingen komen aan bod, waarbij zowel de regelingen zelf nader worden verklaard alsook de jurisprudentie en literatuur op dat punt. Zo ontstaat er inzicht in de gehanteerde definitie(s) van eigen gebrek en de toepassing van de bepaling in de verschillende vervoersmodaliteiten. Daarnaast zorgt het voor meer duidelijkheid over de verplichtingen en de disculpatiemogelijkheden van de vervoerder. Diens verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid (die daarmee vanzelfsprekend samenhangt) zijn uiteraard eveneens essentieel in dit hoofdstuk.

In hoofdstuk 5 besteed ik uitgebreid aandacht aan eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht. De wettelijke bepaling van artikel 7:951 BW vervult een grote rol in dit hoofdstuk. Verder vindt ook hier een analyse van het begrip en zijn interpretatie plaats door middel van rechtsvergelijkend onderzoek. Een aantal definities van het begrip 'eigen gebrek' in het transportverzekeringsrecht wordt tegen het licht gehouden en de toepassing in verschillende rechtsstelsels wordt beschouwd vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Vanzelfsprekend speelt ook het historisch oogpunt een bescheiden rol in dit hoofdstuk om de (oorsprong van de) heersende leer vast te kunnen stellen. Pas dan is er ruimte om te bezien of men aanhaakt bij die heersende leer of juist daarvan afwijkt. Dit geldt zowel bij het concipiëren en interpreteren van een nieuwe bepaling (zoals, bijvoorbeeld, artikel 7:951 BW tegen de achtergrond van een belangwekkende uitspraak van de Hoge Raad uit 1980) als bij het beoordelen van de kwestie onder bestaand recht maar tegelijkertijd naar aanleiding van nieuwe inzichten (door, onder andere, de uitspraak van het Supreme Court in de zaak *Cendor Mopu*). In het eerste geval speelt de uitspraak van de Hoge Raad enerzijds een rol bij de interpretatie van de nieuwe bepaling en anderzijds kan deze dienen als uitgangspunt voor het concept van een nieuwe bepaling. Het laatste geval geeft aan dat het relevant is de historie van de (interpretatie van de) bepaling te kennen om zo te kunnen constateren of zij verandert en als dat zo is, dit eventueel te kunnen verklaren.

Hoofdstuk 6, ten slotte, bevat een aantal aanbevelingen en conclusies. Deze vloeien voort uit de aan dit laatste hoofdstuk voorafgaande hoofdstukken. Aan het eind van ieder hoofdstuk maak ik steeds de balans op en dat doe ik zo nu en dan ook al in de loop van het hoofdstuk. Op basis van de eindconclusie draag ik nagenoeg steeds een voorstel aan voor een wetwijziging of een nieuwe bepaling. Dit geldt zowel voor de hoofdstukken betreffende de algemene beginselen als op het gebied van eigen gebrek. In hoofdstuk 6 maak ik de balans op naar aanleiding van die conclusies en proposities.

Summary: Inherent vice in transport insurance law

This doctoral dissertation considers inherent vice in transport insurance law. The subject is dealt with through the results of explicit research in both jurisprudence and literature. Furthermore, both Dutch and foreign perspectives are taken into account.

Chapter 1 contains a disquisition on the research questions. Moreover, a justification of the way in which the research questions are treated in the relevant chapters is offered and the consequence of their treatment is defended.

In Chapter 2, a general principle in insurance law is dealt with: causation. While examining causation a few theories are discussed more extensively. In particular, these theories are the *condicio sine qua non* theory; the theory of adequate causation; the proximate cause theory and the dominant cause theory, since they play an important role in insurance law. These theories are considered from an historical point of view. Besides, their meaning and interpretation is threshed out as far as possible. Subsequently, the way of dealing with causation using the different regulations is discussed. The dominant cause theory is emphasized because this theory, originating from England, is used more and more in the Netherlands to ascertain causality in Dutch insurance law. To know to what extent we can welcome this trend, it is important to first explain the different theories and how they are applied. The use of the dominant cause theory in insurance law is specifically set forth. English (marine) insurance is the basis for most insurance law; insurance law is governed mostly by the Marine Insurance Act 1906. It is relevant to find out in what way insurance law in general and marine law specifically differ in the possibility of imputing damage to (two or more) different causes.

Chapter 3 concerns another general principle in insurance law: the requirement of uncertainty. This deserves comprehensive treatment because it could influence the insurability of inherent vice. Besides, it is an important general principle of insurance law that deserves to be treated in researching questions of inherent vice. A few questions arise applying the requirement of uncertainty, such as how it should be interpreted (in a subjective or an objective manner) and at what point uncertainty is actually required (only at the moment of signing the agreement or also as long as the agreement is effectual).

Chapter 4 discusses inherent vice in transport law. The focus at this point is on the international transport treaties such as the Hague (Visby) Rules, the CMR, the Montreal Convention and the CIM. The interpretation and use of the rules concerning inherent vice in these regulations are dealt with. The regulations themselves as well as the literature and jurisprudence about those rules is explained. Insight into the definitions of inherent vice used and the application of the clause in dif-

ferent modes of transport can be gained in this way. Besides, it clarifies the liabilities and the opportunities for exculpation of the carrier. His responsibility and liability (which follows almost immediately from his responsibility) are of great importance of course.

Chapter 5 explains many aspects of inherent vice in transport insurance law. The Dutch legal provision from Article 7:951 BW plays an important role in this chapter. Besides that, its concept and interpretation have been analysed through comparative research. A few definitions from inherent vice in transport insurance law are investigated, their application in different legal systems has been examined from comparative perspective. The leading theory is considered from an historical point of view in an attempt to determine its origin. Only then can it be established whether the leading theory is being used or being departed from in general. This can be applied to both drafting and interpreting a new provision (such as Article 7:951 BW against the background of an important judgment from the Supreme Court of the Netherlands dated 1980) and to judging the question under current law and in the meantime in response to opinions (e.g. given by the Supreme Court in its judgment in the *Cendor Mopu* case). In the first situation the judgment from the Supreme Court of the Netherlands influences the interpretation of the new provision and on the other hand it can be seen as a basis for drafting a new provision. The second situation points out the relevance of the historical background from (the interpretation of) the provision and the ability to ascertain changes and possibly explain them.

Chapter 6, ultimately, contains a few recommendations and conclusions resulting from the preceding chapters. At the end of each chapter I draw various conclusions and now and then conclusions are formulated in the course of a chapter as well. After my final conclusion I almost always suggest a new provision of the law. These can be found not only in the chapters considering inherent vice but also in the sections regarding general principles. In Chapter 6 I conclude by restating these recommendations and propositions.

Overzicht geraadpleegde literatuur

Amtliches Bulletin – Die Wortprotokolle von Nationalrat und Ständerat – 11057 Wintersession 2012 (13 december 2012).

C. Armbrüster e.a., *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz*, München: C.H. Beck Verlag 2010.

C. Armbrüster e.a., *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz*, München: C.H. Beck Verlag 2015.

L. v. Bar, *Causalzusammenhänge im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz 1871.

J. Basedow e.a., *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, München: Sellier 2009.

R.M. Beckmann & A. Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck Verlag 2009.

R.M. Beckmann & A. Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck Verlag 2015.

K. Bernauw, 'De herziening van de wetgeving op de vervoerverzekeringsovereenkomst', in: K. Bernauw e.a. (red.), *Free on board. Liber amicorum Marc A. Huybrechts*, Antwerpen: Intersentia 2011.

J. Birds, B. Lynch & S. Milnes, *MacGillivray on Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell 2012.

J. Birds, B. Lynch & S. Milnes, *MacGillivray on Insurance Law. Second Supplement to the Twelfth Edition*, London: Sweet & Maxwell 2014.

A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006.

H. Boonk, 'De Rotterdam Rules en de betekenis daarvan voor het huidige recht', *NTHR* 2010, afl. 3, p. 81-95.

H.M.B. Brouwer, M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniforme uitleg van internationale handelsrechtelijke regelingen', *NTHR* 2005, afl. 2, p. 45-55.

H.M.B. Brouwer, 'Enige overwegingen over causaliteit in het verzekeringsrecht en het zeerecht', *NTHR* 2006, afl. 4, p. 138-142.

H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (derde druk).

H.M.B. Brouwer, 'Inherent vice als dekkingsuitsluitingsgrond aanzienlijk begrensd, UK Supreme Court 1 februari 2011, Cendor MOPU', *TVR* 2012, afl. 3, p. 69-73.

H.M.B. Brouwer, '(On)zekerheid over het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht: art. 7:925 BW nader bekeken', *RMThemis* 2013, afl. 4, p. 155-176.

H.M.B. Brouwer, 'Naar een *dominant-cause*-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht?', *NTHR* 2014, afl. 1, p. 1-13.

H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het vervoerrecht', *TVR* 2015, afl. 3, p. 71-91.

H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (vierde druk).

H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht', *NTHR* 2016, afl. 3, p. 121-141.

M.A. Clarke & D. Yates, *Contracts of carriage by land and air*, London: Informa 2008.

M.A. Clarke, *The law of Insurance Contracts*, London: Informa 2009 (zesde druk).

M.A. Clarke, *International carriage of goods by road: CMR*, Oxford: Informa Law 2014 (zesde druk).

P. Clausing, *Inleiding verzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

P. Clausing, 'Onzeker voorval en onzekerheid', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy e.a. (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel* (Meijers-reeks, deel 51), Deventer: Kluwer 2003.

Ph. Colle, *Algemene Beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011.

L. Cornelis, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 1989.

L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000.

H. Cousy, 'About sanctions and the hybrid nature of modern insurance contract law', *Erasmus Law Review* (5) 2012, afl. 2, www.erasmuslawreview.nl.

- R. De Smet, *Droit maritime et droit fluvial Belges*, Bruxelles: Larcier 1971.
- C. Dieryck, *Zeeverzekering en averijvordering*, Brussel: De Boeck & Larcier 2005.
- T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- T.J. Dorhout Mees, *Verzekering en Dorhout Mees* (Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1998), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- P.J.M. Drion, 'Wettelijke uitsluitingen', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005.
- J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekerbearheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- M. Fontaine, *Droit des assurances*, Brussel: Larcier 1975.
- M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Brussel: Larcier 1999.
- M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 2010.
- M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 2017.
- A.Ch.H. Franken, 'Schadeverzekering en schadevergoeding', in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000.
- S. Fuhrer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zürich/Basel/Geneve: Schulthess 2011.
- I. Gercke & S. Gerhard, '§ 11 Transportversicherung', in: M. Terbille & K. Höra, *Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2013.
- J. Gilman & R. Merkin, *Arnould: Law of Marine Insurance and Average*, Londen: Sweet & Maxwell 2013 (achttiende druk).
- H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre & M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Parijs: LexisNexis SA 2008.
- K.F. Haak, *De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge de CMR* (diss. Utrecht), Den Haag: Stichting Vervoeradres 1984.
- H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law*, Oxford: Oxford University Press 1985 (tweede druk).
- M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Kritische bespreking van de positie van de (consument-)verzekerde in het nieuwe verzekeringsrecht', *Praktijkids* 2003, p. 739-754.

- M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007.
- M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniform International Commercial Law: The Phenomena of Unification, Uniform Construction and Uniform Application', *EJCL* 2009, afl. 2, p. 72-90.
- M.L. Hendrikse, 'Eigen schuld, proportionaliteitsbeginsel en causaliteitstoerekening: een proportionele benadering bij eigen schuld in het (schade-)verzekeringsrecht' (oratie Heerlen), *RMThemis* 2011, afl. 2, p. 48-71.
- M.L. Hendrikse, 'Een rechtsvergelijkende analyse aangaande de verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht', in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011.
- M.L. Hendrikse, 'De en-bloc-clausule: een vreemde eend in de verzekeringsrechtelijke bijt', *NTHR* 2012, afl. 1, p. 1-15.
- M.L. Hendrikse, 'Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering', in: S.E. van Hall e.a. (red.), *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.
- Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu uitgevers 1988.
- Ph.H.J.G. van Huizen, 'De verzekeraarbaarheid van (transport)risico's onder Boek 7 Titel 17', *NTHR* 2004, afl. 3, p. 69-73.
- Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.
- Ph.H.J.G. van Huizen, 'De transportverzekering als venster op (de verzekeraarbaarheid van) het eigen gebrek', in: K. Bernauw e.a. (red.), *Free on board. Liber amicorum Marc A. Huybrechts*, Antwerpen: Intersentia 2011.
- Ph.H.J.G. van Huizen, 'Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht', *NTHR* 2013, afl. 5, p. 258-265.
- Ph.H.J.G. van Huizen, 'De Transportverzekering', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (vierde druk).
- M.A. Huybrechts, 'Is er noodzaak aan een internationale overeenkomst inzake maritieme verzekeringen?', in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011.
- C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 1986.

- G. Kamphuisen, 'Hollandse onzekerheid', in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011.
- I. Koller, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, München: C.H. Beck Verlag 2013.
- I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.
- T. Koopmans, 'Het nut van de rechtsvergelijking', *NJB* 2013, afl. 2, p. 86.
- H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie Amsterdam UvA 1962), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- J. von Kries, 'Über den Begriff der objektiven Möglichkeit', *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* Bnd. XII (1888).
- M.W. Kuhn, R.L. Müller-Studer & M.K. Eckert, *Privatversicherungsrecht*, Zürich/Basel/Geneve: Schulthess Juristische Medien AG 2010.
- J. Kullmann, 'Le contrat d'assurance', in: J. Kullmann (red.), *Lamy Assurances*, Parijs: Wolters Kluwer France 2012.
- Y. Lambert-Faivre & L. Leveneur, *Droit des assurances*, Parijs: Dalloz 2011.
- Th. Langheid, 'Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes', *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, afl. 51, p. 3665-3672.
- P.M. Leerink, 'Premie betalen en risico dekken', *NTHR* 2009, afl. 4, p. 176-187.
- P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.
- N. Legh-Jones, J. Birds & D. Owen, *MacGillivray on Insurance Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2008 (elfde druk).
- J. Loyens, *Handboek transportrecht*, Antwerpen: Intersentia 2011.
- N.J. Margetson, 'Liability of the carrier under the Hague (Visby) Rules for cargo damage caused by unseaworthiness of its containers', *JIML* vol. 14, issue 2, march/april 2008, p. 153-161.
- N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague (Visby) Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Paris Legal Publishers 2008.
- N.J. Margetson, 'Enige opmerkingen over de bewijslastverdeling naar Engels en Nederlands recht onder de Rotterdam Rules vergeleken met de H(V)R', *NTHR* 2010, afl. 5, p. 204-217.

- N.J. Margetson, 'Cendor Mopu – Inherent vice or peril of the sea?', *EJCCL* 2011, afl. 2, p. 58-62.
- S.W. Margetson, 'De toepasselijkheid van de CMR ingevolge art. 1', in: M.L. Hendrikse & Ph.H.J.G. van Huizen (red.), *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg* (NTHR-reeks, deel 3), Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.
- R.S. Meijer, 'Het onzeker voorval; een onzekere voorwaarde', in: *Verzekering en kans* (Preadvies 1997), Deventer: Kluwer 1998.
- M.M. Mendel, 'Drie kwesties in verband met het onzeker voorval bij schadeverzekering', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Tussen persoon en recht*, Deventer: Kluwer 2004.
- M.M. Mendel, 'Opzettelijke schadeveroorzaking en onzeker voorval', in: N. van Tiggele-van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansinkbundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006.
- R. Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, London: Thomson Reuters/Sweet & Maxwell 2010 (negende druk).
- R. Merkin, L. Hodgson & J.P. Summer, *Colinvaux's law of Insurance. Second Supplement to the Ninth Edition*, London: Sweet & Maxwell 2013.
- F.H.J. Mijnsen, 'Nieuw verzekeringsrecht een overzicht', *WPNR* 2006, afl. 6658.
- F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2012.
- F.H.E. van der Moolen, 'Het nieuwe verzekeringsrecht: een nader verslag', *NTHR* 2005, afl. 2, p. 95-98.
- J.H. Nieuwenhuis, *Brief aan een jonge academisch gevormde vrouw*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.
- M. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research. Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *RabelsZ* (79) 2015, p. 602-608.
- D. O'May & J. Hill, *Marine Insurance Law and Policy*, London: Sweet and Maxwell 1993.
- W.J. Oostwouder & N. Vloemans, 'Inleiding', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (derde druk).
- J.S. Overes, 'Onzekerheid bij schadeverzekering: de schone lei van titel 7.17 BW', *AV&S* 2017/28, p. 1-16.

M.A.R.C. Padberg, 'Eigen gebrek, van buiten komend onheil, onzeker voorval en verzekeraar belang in het licht van de goederenverzekering', *NTHR* 2009, afl. 5, p. 217-220.

F. Ponet, *De overeenkomst van internationaal zeevervoer onder cognossement*, Antwerpen: Kluwer 1991.

F. Reuschle, *Montrealer Übereinkommen, Kommentar*, Berlin: De Gruyter Recht 2005.

J.G.J. Rinkes, 'Transparantie in het verzekeringsrecht: een verkenning', in: N. Vloemans e.a., *Verzekering en Consument* (Preadvies 2005), Amsterdam: deLex 2007.

F.D. Rose, *Marine Insurance: Law and Practice*, London: Informa 2012.

S. Royer, *Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

M. Rümelin, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, Tübingen: Verlag von I.C.B. Mohr (Paul Ziebeck) 1900.

J. van Schellen, *Juridische Causaliteit* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972.

H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

A.F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft 1945.

P. Scholten, 'De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract', 1902, in: *Verzamelde geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten, IV*, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008.

L. Schuermans & C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015.

G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

D. Simons, 'Ons burgerrechtelijk delictsrecht', *Themis* 1902, deel 63.

L. Singh, *The Law of Carriage of Goods by Sea*, West Sussex: Bloomsbury Professional Ltd 2011.

W. Tetley, 'The burden and order of proof in marine cargo claims', 2004, www.mcgill.ca/maritimelaw/maritime-admiralty (nu te vinden op: www.arbitrage-maritime.org/fr/Gazette/G37complement/burden.pdf).

W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, Quebec: Les Editions Yvon Blais Inc. 2008 (vierde druk).

H.M. Voetelink, *Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Uitgeversmaatschappij Diligentia 1952.

J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Wetboek van Koophandel, I.deel, I.stuk, Algemeene inleiding, Utrecht: 1837.

J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Wetboek van Koophandel, Boek I, titel IX, Van Assurantie, Utrecht: 1841 (eerste druk).

M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010.

J.H. Wansink, *Het nieuwe schadeverzekeringsrecht en oude olielampjes en dwaallichtjes* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006.

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012 (derde druk).

J.H. Wansink & N. van Tiggele-van der Velde, 'Er viel een koe uit de lucht', in: M.H. Claringbould e.a., *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012.

P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010 (tiende druk).

P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (elfde druk).

A. Wolfsbergen, 'Aansprakelijkheid voor beroepsfouten', *WPNR* 1940, afl. 3655.

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

A. von Ziegler, *Haftungsgrundlage im internationalen Seefrachtrecht*, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2002.

G.J. van der Ziel, 'Het UNCITRAL-ontwerp voor een nieuw zeevervoersverdrag', *TVR* 2004, afl. 2, p. 43-47.

www.encyclo.nl

www.jw.juridischwoordenboek.com

www.mcgill.ca/maritimelaw/mcc4th

www.mijnwoordenboek.nl

thelawdictionary.org

www.zeerecht.be/documenten/comar%20blauwboek%209.pdf, Het Negende Blauwboek over de herziening van het Belgisch scheepvaartrecht betreft de vervoerverzekering.

Kamerstukken II 1985/86, 19529, 3 (memorie van toelichting).

Overzicht geraadpleegde jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 29 november 1918, *NJ* 1919, p. 131-133.
HR 22 februari 1924, *NJ* 1924, p. 488-491 (*Gummiwaren*).
HR 13 januari 1927, *NJ* 1927, p. 279.
HR 30 oktober 1933, *NJ* 1933, p. 1777.
HR 20 maart 1970, *NJ* 1970/251, m.nt. G.J. Scholten.
HR 4 januari 1980, *NJ* 1984/305 (*Monoliet-arrest/Corrosie-arrest*).
HR 23 april 1982, *NJ* 1982/520 (*Che Guavara*).
HR 8 juli 1993, *NJ* 1994/210 (*Hogenboom/Unigarant*).
HR 26 november 1993, *NJ* 1994/126 (*Cox-arrest*).
HR 7 juni 1996, *NJ* 1996/697.
HR 11 april 1997, *NJ* 1998/111, m.nt. M.M. Mendel.
HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7251.
HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA5799 (*NDS Provider*).

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 31 maart 1880, *W* 4533.
Hof Den Haag 18 november 1972, *S&S* 1973/54 (*Krynica*).
Hof Amsterdam 19 mei 1988, *S&S* 1988/113 (*Aegean Wave*).
Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542 (*Anna Maersk*).
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5720.
Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2476.

Rechtbanken

- Rechtbank Utrecht 7 februari 1923, *NJ* 1923, p. 1301.
Rechtbank Amsterdam 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3935.
Rechtbank Rotterdam 18 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6304 (*Anna Maersk*).
Rechtbank Rotterdam 9 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8881.
Rechtbank Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385.
Rechtbank Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730.
Rechtbank Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532.
Rechtbank Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748.
Rechtbank Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763.

Geschillencommissies

- Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 25 april 2013, 2013-125.

Buitenlandse rechtspraak

België

- Scheidsrechterlijke uitspraak (Antwerpen) 20 juni 1986, *TBH* 1987, Transport 12.

B.S. VZW vs. NV Unigarant, Hof van beroep Antwerpen 22 oktober 2013, *TBH* 2014/10, december 2014, p. 1001-1005.

Canada

Canada (Attorney General) vs. Flying Tiger Line Inc., 14 oktober 1987, 61 O.R. (2d) 673 (*Flying Tiger Line*).

Francosteel Corp. vs. Fednav Ltd., Federal Court of Canada, Trial Divison 7 september 1990, 1991 A.M.C. 1078.

Duitsland

OLG Saarbrücken, 13.3.2013 (5U 342/12), *VersR* 2014, 73.

(317) BGH, Urteil vom 25.5.2015 (IV ZR 292/13, Karlsruhe), *VersR* 2015, Heft 24, p. 1020-1024.

Verenigde Staten

Caemint Food, inc., vs. Lloyd Brasileiro Companhia de Navegação, U.S. Court of Appeals (second circuit) 28 april 1981, 1981 A.M.C. 1801.

Verenigd Koninkrijk

Taylor vs. Dunbar, Court of Common Pleas 11 februari 1869, (1869) L.R. 4 C.P. 206.

Blower vs. The Great Western Railway Company, Court of Common Pleas 28 mei 1872, (1872) LR CP 655.

John Cory & Sons vs. Albert Edward Burr, House of Lords 30 april 1883, (1883) 8 App. Cas. 393.

Pink and Others vs. Fleming, Court of Appeal 15 juli 1890, (1890) 25 Q.B.D. 396.

Reischer vs. Borwick, Court of Appeal 2 juli 1894, [1894] 2 Q.B. 548.

Prudential Insurance co. vs. Inland Revenue Commissioners, [1904] 2 K.B. 65.

Leyland Shipping Company, Limited Appellants vs. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited Respondents, House of Lords 31 januari 1918, [1918] A.C. 350 (*Leyland vs. Norwich*).

Munro Brice & Co vs. War Risks Association, 25 maart 1918, [1918] 2 K.B. 78.

Gosse Millard Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd., House of Lords, [1929] A.C. 223, (1928) 32 Ll. L. Rep. 91 (*Gosse Millard of The Canadian Highlander*).

Yorkshire Dale Steamship Company, Limited Appellants vs. Minister of War Transport Respondent, House of Lords 19 mei 1942, [1942] A.C. 691, 706.

GH Renton & Co Ltd vs. Palmyra Trading Corp of Panama, House of Lords 5 december 1956, [1957] A.C. 149 (*The Caspiana*).

Albacora vs. Wescott and Laurance, House of Lords 22 juni 1966, [1966] 2 Lloyd's Rep. 53.

Jahn (t/a CF Otto Weber) vs. Turnbull Scott Shipping Co Ltd (*The Flowergate*), Queen's Bench Division (Commercial Court) 25 november 1966, [1967] 1 Lloyd's Rep. 1.

Wayne Tank & Pump Co Ltd. vs. Employers' Liability Assurance Corp Ltd, Court of Appeal (Civil Division) 7 juni 1973, [1973] 2 Lloyd's Rep. 237.

Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd, Court of Appeal (Civil Division) 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475.

Walek & Co vs. Chapman & Ball (International) Ltd., Queen's Bench Division (Commercial Court) 10 december 1979, [1980] 2 Lloyd's Rep. 279.

Soya GmbH Mainz KG vs. White, Court of Appeal (Civil Division) 12 november 1981, [1982] 1 Lloyd's Rep. 136, affirmed by the House of Lords, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122.

JJ Lloyd Instruments Ltd vs. Northern Star Insurance Co Ltd, Court of Appeal 15 oktober 1986, [1987] 1 Lloyd's Rep. 32 CA (*The 'Miss Jay Jay'*).

T.M. Noten B.V. vs. Harding, Court of Appeal (Civil Division) 21 juni 1990, [1990] Lloyd's Rep. 283.

Mediterranean Freight Services Ltd vs. BP Oil International Ltd, Court of Appeal 7 juli 1994, [1994] C.L.C. 808 (*The Fiona*).

Fuji Finance Inc. vs. Aetna Life Ins. Co., Court of Appeal (Civil Division) 4 juli 1996, [1995] Ch. 122, 129; [1997] Chr. 173, 198.

Bovis Construction Ltd. and Another vs. Commercial Union Assurance Co., Queen's Bench Division (Commercial Court) 29 november 2000, [2001] 1 Lloyd's Rep. 416.

Manifest Shipping Co Ltd vs. Uni-Polaris Insurance Co Ltd, House of Lords 18 januari 2001, [2001] Lloyd's Rep. I.R. 247 (*The Star Sea*).

Jindal Iron & Steel Co Ltd vs. Islamic Solidarity Shipping Co Jordan Inc, House of Lords 25 november 2004, [2005] 1W.L.R. 1363 (*The Jordan II*).

Exportadora Valle De Colina S.A. trading as Exportadora Santa Elena, Exportadora Seedless Valley S.A., Worldwide Growers Chile S.A., Hars & Hagebauer Limited, EU Fruit Logistics B.V. vs. A.P. Moller-Maersk A/S trading as Maersk Line, High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm).

Syarikat Takaful Malaysia vs. Global Process, UK Supreme Court 1 februari 2011, [2011] UKSC 5 (*Cendor Mopu*).

ENE Kos 1 Ltd vs. Petroleo Brasileiro S.A. (*The Kos*), Supreme Court 2 mei 2012, [2012] 2 Lloyd's Rep. 292.

Dankwoord

Graag dank ik de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de UvA voor de genoten gastvrijheid bij het schrijven van dit proefschrift. In het bijzonder dank ik mijn promotores, prof. mr. C.E. du Perron en prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, en de leden van de promotiecommissie.

Hartelijk dank ik Uitgeverij Paris voor de prettige samenwerking en in het bijzonder mr. drs. A. Paris voor alle medewerking en mevrouw T. Boudewijns voor de secure correctie en het gedegen redactiewerk. Daarnaast ook dank aan mevrouw mr. dr. T.M. Bos voor het meedenken op verschillende fronten.

Persoonlijk dank ik graag de familieleden en vrienden die mij mentaal hebben gesteund, interesse hebben getoond in mijn onderzoek en begrip hebben opgebracht voor mijn afwezigheid.

Speciaal dank ik mijn ouders. Zij hebben ons immer onvoorwaardelijk en liefdevol gesteund en gestimuleerd. Heit heeft mij concreet geholpen en ik ben heel blij dat hij mij heeft geleerd om tangconstructies en andere stilistische fiasco's zo veel mogelijk te vermijden. Het was heel fijn om ook inhoudelijk met hem van gedachten te kunnen wisselen. Mijn moeder heeft zich weliswaar in mindere mate met de tekst beziggehouden maar wel voor een groot gedeelte mogelijk gemaakt dat ik daaraan kon werken. Zonder haar trouwe hulp en toegenegen zorg was dat een ondoenlijke opgave geweest.

Ten slotte dank ik Erik voor zijn warme en oprechte ondersteuning op zowel inhoudelijk als praktisch vlak. Bovendien dank ik hem voor de allermooiste afleiding en drijfveer die er bestaat: onze kinderen!