



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Brouwer, H.M.B.

Publication date

2017

Document Version

Other version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Brouwer, H. M. B. (2017). *Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht*. 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.

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 ontleende 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 omvatterend 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 Onteigeningswet: ‘(...) 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 proxi-
mity 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
hoofddregel 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 opsom-
ming van gedekte evenementen) of omdat zij niet wettelijk van dekking is uitgeslo-
ten (en dus ook niet uitdrukkelijk in de overeenkomst wordt genoemd). Bij een
‘excluded peril’ daarentegen wordt de gebeurtenis wel expliciet van dekking uitgeslo-
ten 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 hoofddregel werd overigens al eerder toegepast in de zaak *Reischer
vs. Borwick*.¹²⁹ Daarna is de toepassing van de hoofddregel 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 gepredisponeerdheid

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 stevast 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/Documenten/COMAR Blauwboek 9.pdf](http://www.zeerecht.be/Documenten/COMAR%20Blauwboek%209.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.'