



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 3

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

3.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

182. Artikel 7:925 lid 1 BW.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 Hoofdverbintenis verzekeringsovereenkomst

3.2.1 Algemeen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

200. Zie eveneens Leerink 2009, p. 180.

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

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

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

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

205. Zie Leerink 2009, p. 176.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.2 Rechtsvergelijking

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

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

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

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

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

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

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

217. Eveneens in artikel 1.1 WLVO.

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

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

220. Fontaine 2016, p. 157.

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

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

223. Artikel 1964 BW.

224. Zie artikel 9.60 Negende Blauwboek.

225. Artikel 9.64 Negende Blauwboek.

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

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

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

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

226. Versicherungsvertragsgesetz.

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

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

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

230. Artikel 1 MIA 1906.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

239. Fuhrer 2011, p. 21.

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

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

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

3.2.3 Balans

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

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

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

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

242. Entwurf Totalrevision VVG 2011.

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

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

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

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

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

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

3.3 Wanneer geldt het onzekerheidsvereiste?

3.3.1 Algemeen

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

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

247. Mijnsen 2012, p. 4-5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

262. Zie Van Huizen 1988, p. 258.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.2 Rechtsvergelijking

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

282. Zie artikel 24 en 25 Entwurf VVG 2011.

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

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

3.3.3 Balans

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

3.4 Interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het oude recht

3.4.1 Algemeen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4.1.1 Subjectieve leer

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

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

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

287. Cursivering HMBB.

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

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

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

291. Voetelink 1980, p. 196-198.

3.4.1.2 *Objectieve leer*

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

3.4.2 **Jurisprudentie**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4.3 Balans

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

3.5 Interpretatie van het onzekerheidsvereiste onder het nu geldend recht

3.5.1 Algemeen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5.2 Huidige stand van zaken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

305. Zie Wansink 2006, p. 5.

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

307. Kamphuisen 2011, p. 170.

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

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

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

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

308. Blom 2006, p. 21-33.

309. Blom 2006, p. 26.

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

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

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

313. Meijer 1998, p. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

323. Meijer 1998, p. 19.

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

3.5.3 Balans

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

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

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

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

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

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

326. Brouwer 2011, p. 385.

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

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

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

De rechtbank overweegt in 3.6.4:

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

En voorts in overweging 3.6.6:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5.4 Rechtsvergelijking

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

3.5.4.1 België

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

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

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

333. Zie Fontaine 2017, p. 202.

334. Schuermans 2008, p. 17.

3.5.4.2 *Duitsland*

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

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

En voorts:

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

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

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

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

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

336. Zie Prölss/Martin 2010, p. 70.

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

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

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

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

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

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

3.5.4.3 Engeland

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

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

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

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

343. MacGillivray 2008, p. 3.

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

345. Zie MacGillivray 2008, p. 5.

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

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

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

3.5.4.4 Frankrijk

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

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

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

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

350. Zie www.legifrance.gouv.fr.

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

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

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

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

355. Zie www.legifrance.gouv.fr.

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

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

3.5.4.5 Zwitserland

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

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

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

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

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

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

3.5.4.6 PEICL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5.5 Balans

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

3.6 Is afwijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar geoorloofd?

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

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

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

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

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

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

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

3.7 Fundamentele wijziging?

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

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

3.8 Voorstel voor een nieuw artikel 7:925 BW

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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