



## 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 5

# Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht<sup>548</sup>

### 5.1 Inleiding

#### 5.1.1 Een praktijkvoorbeeld

Een bedrijf in Cuba heeft een partij tabak verkocht aan een Nederlands bedrijf. Een expeditieonderneming heeft in opdracht van de Cubaanse tabaksfabriek het vervoer van de tabak van Cuba naar Nederland verzorgd. Voor het transport heeft de expediteur een all-risk-goederenverzekering met een ‘warehouse to warehouse’-dekking gesloten. Ten tijde van het transport is het weer in Cuba slecht en daardoor wordt het vervoer van de tabak vertraagd. Na aankomst in Nederland blijkt dat de dozen, bestemd voor het Nederlandse bedrijf, nat zijn geworden en zijn beschimmeld. De Nederlandse partij weigert daarop om de tabak in ontvangst te nemen. Er ontstaat een dekkingsgeschil; niet alleen speelt daarbij de vraag aan welke oorzaak de schade te wijten is maar ook of in dezen sprake kan zijn van een eigen gebrek<sup>549</sup> (waarvoor in casu geldt dat schade daardoor ontstaan, van dekking is uitgesloten).<sup>550</sup>

#### 5.1.2 Geschilpunten

In bovenstaand voorbeeld doet zich een aantal geschilpunten voor die in de praktijk menigmaal voorkomen. Zodra de goederen beschadigd arriveren (of verloren zijn gegaan), komt door de vraag naar het door de verzekeringsmaatschappij uit te keren bedrag onmiddellijk de vraag op of deze schade onderweg is ontstaan of dat de goederen van meet af aan waren behept met een eigen gebrek met alle gevolgen van dien. Ik beperk me in dit hoofdstuk tot het transportverzekeringsrecht.<sup>551</sup>

548. Reeds eerder gepubliceerd in *NTHR* 2016, afl. 3, p. 121-141.

549. Wat men hieronder verstaat, bespreek ik in paragraaf 5.2.

550. Dit voorbeeld is gebaseerd op een recente uitspraak (Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532) die ik verderop meer uitgebreid behandel.

551. Onder meer uit historisch oogpunt (in paragraaf 5.2 is aan de orde dat de regeling haar oorsprong vindt in het zeerecht) maar ook omdat de diffusiteit zich vooral voordoet in het transportverzekeringsrecht en voornamelijk daar onenigheid hierover ontstaat. Eigen gebrek heeft bij elke zaakverzekering betekenis maar in de meeste gevallen leidt het niet tot discussie. Juist de periode van vervoer – met al haar bijkomende risico’s – maakt het aanwijzen van de dekkingsuitsluitingsgrond gecompliceerder. Bij de CAR-verzekering zou het punt eveneens kunnen spelen (door de periode gedurende de bouwwerkzaamheden – met ook alle risico’s van dien –). Het is daar echter gebruikelijk (uitdrukkelijk) af te wijken van de bepaling die schade ontstaan door eigen gebrek uitsluit van dekking. De Hoge Raad overwoog hierover in 1997: ‘De aard van een CAR-verzekering als de onderhavige brengt mee dat zij ertoe strekt dekking te bieden in geval van materiële beschadiging van een werk binnen de dekkingsperiode, in beginsel ook indien deze beschadiging een gevolg is van een ontwerp-, constructie- of uitvoeringsfout, met het oog waarop dan ook (...) de toepasselijkheid van de art. 249 en 276 K. pleegt te worden uitgesloten.’ Zie HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7251, r.o. 3.3. Dit was al zo onder het oude recht door de zogenaamde 249-minpolis en de 249-pluspolis. Dorhout Mees bespreekt dit uitvoerig in zijn dissertatie, zie T.J. Dorhout

De ladingbelanghebbende zal in geval van schade dikwijls een poging wagen de schade vergoed te krijgen door de vervoerder. Indien de vervoerder een transportverzekering<sup>552</sup> heeft afgesloten, loopt hij in beginsel geen risico zelfstandig schade te moeten vergoeden aan de ladingbelanghebbende in het geval er sprake is van schade aan de door hem vervoerde goederen. Er is echter een aantal situaties denkbaar waarbij de verzekeraar geen uitkeringsplicht heeft op basis van een wettelijke regeling. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de schade te wijten is aan een eigen gebrek van de goederen. De vervoerder zal dan in de discussie met de ladingbelanghebbende naar voren brengen dat sprake is van een eigen gebrek van de goederen waardoor hij de schade niet zou moeten vergoeden. Als hij echter toch aansprakelijk blijkt (omdat het vanuit vervoerrechtelijk perspectief niet wordt beschouwd als een eigen gebrek), zal hij zijn verzekeraar aanspreken. In het meest extreme geval hanteert de verzekeraar een ruimer begrip van eigen gebrek. Als de schade dan inderdaad valt onder de dekkingsuitsluiting, zal de verzekeraar niet behoeven uit te keren. De vervoerder is dan weliswaar aansprakelijk voor de schade jegens de ladingbelanghebbende maar de verzekering dekt de schade niet. Deze uitzonderlijke situatie doet zich slechts sporadisch voor en dergelijke kwesties leiden dan ook nauwelijks tot geschillen.<sup>553</sup> Het is echter wel een feit dat de dekkingsvraag regelmatig uitmondt in een verzekeringsrechtelijk geschil, waarbij het eigen gebrek onderwerp van discussie is. Voor zowel de transportverzekeraar, de vervoerder als de ladingbelanghebbende is het derhalve van belang om duidelijk te hebben hoe men in het transportverzekeringsrecht omgaat met de uitsluiting van dekking op grond van eigen gebrek.

Hiertoe zal ik eerst een aantal deelvragen beantwoorden:

- Hoe definieert men eigen gebrek in het verzekeringsrecht?
- Wanneer kan de verzekeraar met succes een beroep doen op de dekkingsuitsluitingsgrond eigen gebrek?
- Komt de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht overeen met het begrip ‘eigen gebrek’ in het vervoerrecht?<sup>554</sup>
- Gaat men op beide terreinen hetzelfde of juist afwijkend om met de uitleg van eigen gebrek?

---

Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: Dorhout Mees 1996), p. 217-227. Volgens Blom zou de aard van de CAR-verzekering bovendien met zich meebrengen dat een eigen gebrek ontstaat tijdens de verzekerde periode en hij stelt dat het dan maar de vraag is of de schade rechtens relevant is veroorzaakt door het eigen gebrek of dat eigen schuld van de verzekerde een rol speelt ‘aangezien andere omstandigheden zoals fouten gemaakt (door personeel van) de verzekerde meestal een rol zullen spelen’. Zie hierover A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 94 en ook Dorhout Mees 1996, p. 268. In dit kader lijkt het niet opportuun de CAR-verzekering hier uitgebreid te bespreken. Het transportverzekeringsrecht, daarentegen, is wel geschikt om de kwestie nader te onderzoeken en met een groot aantal voorbeelden te illustreren. De CAR-verzekering is overigens een verzamelnaam voor verschillende soorten constructieverzekeringen. In Nederland is de hoofdvorm de ‘Construction All Risks’-verzekering. Zij vindt haar oorsprong in de Engelse Contractor’s All Risks insurance. Zie hierover uitgebreid Dorhout Mees 1996, p. 3-5.

552. De transportverzekering is een schadeverzekering die ziet op (hoofdzakelijk professioneel) vervoer, zoals de verzekering van schepen, lading en de aansprakelijkheid van de vervoerder. In dit geval gaat het dus om een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering.
553. We zullen in paragraaf 5.3.1 zien dat de situatie van een ‘hypothetisch dekkingsgat’ zich nagenoeg niet voordoet en ik laat het verder dan ook buiten beschouwing.
554. Eigen gebrek in het vervoerrecht is aan de orde in hoofdstuk 4 van dit proefschrift.

Hiermee samenhangend is de vraag of het mogelijk is zich te verzekeren tegen eigen gebrek in het licht van het onzekerheidsvereiste. Dit is met name relevant bij verzekering van schade door eigen gebrek indien die is veroorzaakt door de 'aard van die zaak'. Daar gaat het immers om een normale eigenschap van de zaak. De vraag is dan dus in hoeverre verzekering tegen dat risico voldoet aan het onzekerheidsvereiste.<sup>555</sup> Verder is het in dit verband onvermijdelijk om de causaliteit te bespreken bij de behandeling van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond.<sup>556</sup>

- Hoe stelt men feitelijk vast dat sprake is van een eigen gebrek als (een) oorzaak van de schade?
- Aan welke eisen moet het causaal verband tussen schade en eigen gebrek voldoen in het verzekeringsrecht en hoe wordt dit vastgesteld?
- Bestaat de mogelijkheid van proportionele toerekening wanneer de schade (deels) blijkt te zijn ontstaan door een eigen gebrek?<sup>557</sup>

Ten slotte zal ik een voorstel doen tot aanpassing van de bepaling die eigen gebrek regelt in het huidige Nederlandse verzekeringsrecht naar aanleiding van mijn bevindingen.

### 5.1.3 Het belang van een rechtsvergelijkende component

In het (transport)verzekeringsrecht zijn veel internationale regelingen van toepassing die een bepaling inzake eigen gebrek kennen. Deze zouden uniform moeten worden uitgelegd zodat de uitleg direct van belang is voor zowel de Nederlandse rechtspraak als voor de internationale praktijk.<sup>558</sup> Bij dit onderzoek betrek ik de Belgische, Duitse en Engelse transportverzekeringsrechtspraak. De eerste twee landen zijn onze buurlanden en in de Nederlandse handelspraktijk spelen zij een belangrijke rol (onder meer vanwege doorvoer naar het achterland). Voorts is het van belang om Engeland bij het onderzoek te betrekken doordat met name voor de zeeverzekeringsrechtspraak daar belangrijke regelingen zijn ontstaan. De interpretatie van die regelingen kent derhalve ook daar haar oorsprong. Zij kan van invloed zijn op de interpretatie in eigen-gebrek-kwesties op het continent. In de PEICL<sup>559</sup> is geen bepaling opgenomen die eigen gebrek regelt. Heiss, voorzitter van de projectgroep die de PEICL heeft samengesteld, verklaart dit als volgt: '(...) we focussed on mandatory rules for mass risk insurance. It's those rules that form obstacles to cross border trade in insurance. In marine insurance, there is freedom of contract and parties can deal with the problem in the contract. Under our perspective non-

555. Ik ga hier in paragraaf 5.3.1 nader op in en ik kom er in paragraaf 5.4 op terug. Het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht heb ik behandeld in hoofdstuk 3 van dit proefschrift.

556. Dit beginsel is uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 2 van dit proefschrift.

557. Deze aspecten zijn aan de orde in paragraaf 5.3 en in paragraaf 5.4 kom ik daarop terug.

558. Zie hierover eveneens M.L. Hendrikse, 'Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering', in: S.E. van Hall e.a., *Capita Internationalaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 230; M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniform International Commercial Law: The Phenomena of Unification, Uniform Construction and Uniform Application', *EJCL* 2009, afl. 2, p. 89 en H.M.B. Brouwer, M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniforme uitleg van internationale handelsrechtelijke regelingen', *NTHR* 2005, afl. 2, p. 45-55.

559. Principles of European Insurance Contract Law, prepared by the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law.

mandatory rules were not to be included in the PEICL but left to the contract.<sup>560</sup> Het blijkt dus niet relevant om de PEICL te betrekken bij het onderhavige onderzoek naar de regeling omtrent eigen gebrek.

In paragraaf 5.2 zijn de begripsbepaling en uitleg van eigen gebrek aan de orde terwijl paragraaf 5.3 gericht is op het rechtsvergelijkende element. In paragraaf 5.4 maak ik tot slot de balans op.

## 5.2 Eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond

### 5.2.1 De definitie van eigen gebrek

Onder het oude verzekeringsrecht was het leerstuk eigen gebrek geregeld in artikel 249 Wetboek van Koophandel (hierna: WvK). De verzekeraar behoefde geen schade te vergoeden indien de schade of het verlies onmiddellijk voortsproot uit 'eenig gebrek, eigen bederf of uit den aard en de natuur van de verzekerde zaak'. Deze dekkingsuitsluitingsgrond duidde men in de regel aan met de overkoepelende term 'eigen gebrek'.<sup>561</sup> De ratio van deze bepaling was dat de kans op schade groter was dan de verzekeraar bij het sluiten van de verzekering had kunnen inschatten.<sup>562</sup> De regel dat de verzekeraar de schade als gevolg van een eigen gebrek niet behoeft te vergoeden is afkomstig uit het zeerecht.<sup>563</sup>

De term 'eigen gebrek' wordt zowel in enge als in ruime zin gebruikt. In ruime zin bedoelt men daarmee de verzamelterm, het 'paraplubegrip', van de drie gevallen, genoemd in artikel 249 WvK.<sup>564</sup> Eigen gebrek in enge zin is een minderwaardige eigenschap die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben. Het ziet alleen op stoffelijke eigenschappen van de verzekerde zaak. Dit blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 1924.<sup>565</sup> In dit arrest speelde de kwestie dat 'gummiartikelen ter voorkoming van zwangerschap'<sup>566</sup> per post werden verzonden van New York naar Rotterdam. De goederen zijn verzekerd voor vervoer per post tegen alle schade en verlies hoe dan ook ontstaan. Volgens een wettelijke regeling is verzending per post van deze middelen echter verboden en bovendien is in deze regeling bepaald dat 'zij zonder schadevergoeding worden vernietigd indien zij

- 
560. Deze verklaring is afkomstig uit een e-mailbericht dat hij desgevraagd hierover stuurde aan een van mijn promotores.
561. Eerder ben ik hierop uitvoerig ingegaan: H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna: Brouwer 2015), p. 435-436.
562. Het gaat hierbij niet om een van buiten komend onheil maar wel om een onzekere gebeurtenis. Zie uitgebreid over deze kwestie Ph.H.J.G. van Huizen, *Het Transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 245.
563. De zeeverzekering is een specifieke vorm van verzekering tegen van buiten komende onheilen. Onder het oude recht stond de bepaling die eigen gebrek in het algemeen regelde in artikel 249 WvK en die voor de zeeverzekering in artikel 637 WvK. Dit artikel 637 WvK luidde: 'Voor rekening van den verzekeraar zijn alle verliezen en schaden, die aan de verzekerde voorwerpen overkomen door (...) en in het algemeen door alle van buiten aankomende onheilen (...)' Zie ook H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 192.
564. Die gevallen zijn: 'eenig gebrek'; 'eigen bederf'; 'den aard en de natuur van de verzekerde zaak'.
565. HR 22 februari 1924, NJ 1924 (hierna: *Gummiwaren*), p. 488-491.
566. Inmiddels duidt men deze artikelen aan als condooms.

aan de post blijken te zijn afgegeven'.<sup>567</sup> Nu de verzekeraar zich beroept op de uitsluiting van artikel 249 WvK, is aan de orde 'de vraag naar de beteekenis en draagwijdte van de woorden "aard en natuur der verzekerde zaak" en naar de strekking van het begrip "onmiddellijk" bij het verband tusschen den aard en de natuur van het goed en verlies of schade'.<sup>568</sup> In concreto was dus de vraag of de hoedanigheid van goederen zoals condooms is aan te merken als 'aard en natuur dier zaken' in de zin van artikel 249 WvK. En voorts moet men de vraag beantwoorden of de vernietiging van de goederen 'onmiddellijk voortsproot' in de zin van dat artikel. De Hoge Raad overwoog: 'dat art. 249 K. als regel stelt, dat voor schade of verlies uit eenig gebrek, eigen bederf of uit den aard en de natuur van de verzekerde zaak zelve onmiddellijk voortspuitende, de verzekeraar nimmer gehouden is; dat dit voorschrift enkel betrekking heeft op de stoffelijke eigenschappen van het goed en alleen handelt over schade of verlies, welke in den gebrekkigen, bederfelijken of voor beschadiging of vermindering licht vatbaren aard en natuur der stof zelve hunne – onmiddellijke – oorzaak vinden; dat hiervan bij de onderwerpelijke gummiwaren geen sprake is en alleen reeds om deze reden het middel niet kan opgaan';<sup>569</sup> Alleen dan kan een beroep worden gedaan op het eigen gebrek van de goederen als de stoffelijke eigenschappen van de verzekerde goederen zelf de schade of het verlies hebben veroorzaakt. Sinds 1924 geldt deze uitleg als vaststaande jurisprudentie. De wetgever zou hier mijns inziens bij de redactie van titel 7.17 BW rekening mee hebben kunnen houden maar helaas is het door de Hoge Raad overwogene in het arrest *Gummiwaren* niet gecodificeerd in de wet.

Blom geeft in zijn dissertatie de voorkeur aan het gebruik van de term 'hoedanigheid' boven die van 'eigenschap'. De uitleg van het begrip zou zijns inziens onnodig tot verwarring leiden als men definieert met behulp van de term 'eigenschap'.<sup>570</sup> Wanneer sprake is van 'eenig gebrek', lijdt de zaak nu juist aan een afwijking ten opzichte van de normale eigenschap(en) van de soort. In dat geval is een gebrek een hoedanigheid welke een bepaalde zaak bezit maar niet welke een bepaalde soort zaken bezit.<sup>571</sup> Bij de uitsluiting wegens 'de aard en de natuur van de zaak' gaat het daarentegen niet om een minderwaardige zaak. Daar is juist sprake van een normale eigenschap van de verzekerde zaak.<sup>572</sup> In het huidige verzekeringsrecht is het leerstuk geregeld in artikel 7:951 BW.<sup>573</sup> Voorheen bevatte de bepaling die eigen gebrek van dekking uitsloot ook uitdrukkelijk eigen bederf als uitsluitingsgrond.<sup>574</sup> In het huidige verzekeringsrecht heeft de wetgever dit expliciet achterwege gelaten. De reden daarvoor is destijds als volgt omschreven: 'De aard van de verze-

567. Zie *Gummiwaren*, p. 488.

568. *Gummiwaren*, p. 488.

569. Zie *Gummiwaren*, p. 490.

570. Zie Blom 2006, p. 91-92.

571. Zie in gelijke zin Brouwer 2015, p. 435.

572. Zoals bijvoorbeeld de bederfelijkheid van fruit, de zelfontbrandbaarheid van chemicaliën, slijtage of hooibroei. Zie J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012/448 (hierna: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012).

573. Dit artikel luidt: 'De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak.'

574. Eigen bederf kan men beschouwen als een uitwerking van de aard van de zaak. Het is vervolgens wel mogelijk dat eigen bederf weer een andersoortige schade veroorzaakt (net zoals brand). Zie in gelijke zin Blom 2006, p. 97.

kerde zaak is een aan haar soort inherente eigenschap, bijvoorbeeld bederfelijkheid. Een gebrek van de zaak is een slechte eigenschap die zij niet behoorde te hebben, bijvoorbeeld overrijpheid van fruit bij verzending.<sup>575</sup> De regeling van eigen gebrek is opgenomen in de afdeling aangaande het schadeverzekeringsrecht. De wetgever heeft er bewust voor gekozen dat zij enkel geldt voor de schadeverzekering. Het gaat dus om de verzekering die het risico van het behoud van de zaak zélf dekt.<sup>576</sup> Door deze bepaling is echter andere schade die voortvloeit uit de eigen aard of gebrek van een zaak, niet van dekking uitgesloten.<sup>577</sup>

Als een zaak die aan de verzekerde toebehoort, schade toebrengt aan een derde ten gevolge van een eigen gebrek van deze zaak, zal de hiervoor aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar zich dus niet met succes kunnen beroepen op de uitsluiting van artikel 7:951 BW.

### 5.2.2 Vormen van eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Aangezien ik me in dit hoofdstuk richt op het transportverzekeringsrecht, zet ik kort uiteen welke vormen van eigen gebrek daarin voornamelijk zijn te onderscheiden. Dit zijn eigen gebrek (schade die ontstaat als gevolg van een eigen gebrek of de aard) van de te vervoeren/vervoerde goederen, eigen gebrek van het vervoermiddel<sup>578</sup> en eigen gebrek van de verpakking. Bij eigen gebrek van het vervoermiddel zijn de te vervoeren goederen beschadigd of gaan ze verloren doordat het vervoermiddel niet voldoende geëquipeerd is voor het vervoeren van de goederen.<sup>579</sup> Bij de betekenis van eigen gebrek van de verpakking moet eerst worden vastgesteld wat men rekent tot de verpakking van de goederen (en in het verlengde daarvan hoe men in concreto het vervoer in een container beschouwt).<sup>580</sup> Als vaststaand wordt veelal aangenomen dat een container een verpakking van de zaak is en daarmee een onderdeel van het vervoerde goed. Dan is een container dus een onderdeel van de verzekerde zaak en kan men een ondeugdelijke container zien als een eigen gebrek van de vervoerde goederen. De Hoge Raad heeft in deze zin overwogen in 1996.<sup>581</sup> Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink zijn van mening dat de container moet worden beschouwd als verpakking van de zaak en dat een gebrek aan de container (in deze zienswijze een gebrekkige verpakking) op zijn

575. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 25 (MvT).

576. In de Eerste Nota van Wijziging in 2000 overweegt de minister: 'Bij deze bepaling gaat het om schade door een gebrek van de verzekerde zaak aan de zaak zelf, niet om de schade die het gebrek in de zaak aan andere zaken (of personen) toebrengt. Het gaat derhalve om de zaak als het gevaaropende object, en niet om de zaak als het gevaarscheppende object. Om dit buiten twijfel te stellen, is de redactie aangepast.' Zie M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007 (hierna: Hendrikse, Martius & Rinkes 2007), p. 138. Zie in gelijke zin Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/443.

577. Zie ook F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2012, p. 64.

578. De interpretatie van eigen gebrek van het schip is overigens ook van belang voor andere verzekeringen zoals de CAR-verzekering. Dit blijkt onder meer uit J. Birds, B. Lynch & S. Milnes, *MacGillivray on Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell 2012 (hierna: MacGillivray 2012), 33-010. De auteur haalt hier een voorbeeld aan uit de zeeverzekering en stelt vervolgens: 'Presumably, a clause in the same words in a contractors' policy would be given the same interpretation.'

579. Zie in gelijke zin paragraaf 4.1.2 van dit proefschrift.

580. Zie hierover uitvoerig paragraaf 4.6.3 van dit proefschrift.

581. Dat was in het arrest HR 7 juni 1996, NJ 1996/697, r.o. 3.2.1. Zie hierover eveneens paragraaf 4.6.3.

beurt kan worden beschouwd als een onderdeel van de zaak.<sup>582</sup> Van Tiggele-van der Velde en Wansink onderbouwen deze benadering door te verwijzen naar een aantal casus uit het Nederlandse transportverzekeringsrecht.<sup>583</sup> In dit hoofdstuk ga ik uit van de zienswijze dat de container te beschouwen is als verpakking van de goederen en daarmee als onderdeel van de goederen.<sup>584</sup> Eigen gebrek van de container leidt dan tot een eigen gebrek van de goederen.<sup>585</sup>

### 5.3 Rechtsvergelijking

#### 5.3.1 Eigen gebrek in het Nederlandse verzekeringsrecht

Indien de verzekeraar op grond van artikel 7:951 BW zijn uitkeringsplicht wil ontlopen, moet hij aantonen dat een eigen gebrek de oorzaak is van de schade. Het is derhalve onmogelijk om het vaststellen van het causaal verband buiten beschouwing te laten in deze context.<sup>586</sup>

Van Huizen gaat ervan uit dat men zich in beginsel moet verlaten op de bepaling in artikel 7:951 BW.<sup>587</sup> Hij betreft daarbij de uitleg van de Hoge Raad die voortvloeit uit het arrest *Che Guavara*, waar partijen betwisten of een beroep op artikel 249 WvK gerechtvaardigd was.<sup>588</sup> In deze zaak zinkt een schip, dat verzekerd is tegen schipbreuk. Deze is echter ontstaan door een eigen gebrek van het schip. De verzekeraar hoeft hier niet uit te keren doordat hij zich met succes beroept op de wettelijke uitsluiting in geval van een eigen gebrek. De Hoge Raad overweegt dat ondanks het slechte weer, de schade wordt toegeschreven aan het eigen gebrek omdat het water maken, waardoor het schip is gezonken, is veroorzaakt door het feit dat het schip ernstig lekte.<sup>589</sup> Verder overwoog de Hoge Raad in dit arrest: '(...) niet is vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak reeds ten tijde van het sluiten van de verzekering bestond'.<sup>590</sup> Voor een geslaagd beroep op de dekkinguitsluitingsgrond ex artikel 7:951 BW is derhalve niet vereist dat de verzekeraar bewijst dat het eigen gebrek al aanwezig was ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

582. Zie in gelijke zin N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, in: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/450.

583. Daarentegen vraagt Blom zich in zijn dissertatie af of 'beschadiging door een gebrekkige verpakking dient te worden aangemerkt als een eigen gebrek'. Het is hem niet duidelijk waarom deze vraag in het transportverzekeringsrecht steeds bevestigend wordt beantwoord en hij acht het te verdedigen 'dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak tenzij uit de polisvoorwaarden anderszins volgt'. En hij vervolgt 'Voor vervoer van zaken met containers lijkt hetzelfde te gelden aangezien een container onder omstandigheden als verpakking wordt beschouwd.' Zie Blom 2006, p. 95-96.

584. Later zal blijken dat men, bijvoorbeeld, in België deze zienswijze nuanceert, waar volgens mij ook zeker iets voor te zeggen is.

585. Voor een meer uitgebreide beschouwing verwijs ik naar paragraaf 4.6.3 van dit proefschrift.

586. Causaliteit behandel ik in hoofdstuk 2 van dit proefschrift.

587. Zie Ph.H.J.G. van Huizen, 'De Transportverzekering', in: *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna: Van Huizen 2015), p. 889.

588. HR 23 april 1982, NJ 1982/250 (hierna: *Che Guavara*).

589. Deze uitspraak is nog steeds leidend. Men pleegt, zoals in deze zaak is gebeurd, in beginsel de *dominant-cause-leer* toe te passen om de rechtens relevante oorzaak vast te stellen in situaties waarbij meer evenementen, waaronder een eigen gebrek, mogelijk de schade kunnen hebben veroorzaakt. Zie hierover eveneens paragraaf 2.4 van dit proefschrift.

590. HR 23 april 1982, NJ 1982/250, r.o. 3.4. Zie hierover ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/446 en Van Huizen 1988, p. 249-250.



Van Huizen verklaart deze overweging als volgt: 'Meestentijds zal een eigen gebrek dat tijdens de looptijd van de verzekering is ontstaan terug te voeren zijn op een achterliggende oorzaak, die dan als juridisch relevante oorzaak van de schade kan worden aangemerkt.'<sup>591</sup> De verzekeraar moet wel aantonen dat de schade veroorzaakt is door het eigen gebrek. Indien vervolgens echter blijkt dat het bederf is ingetreden doordat 'als gevolg van een ten laste van de verzekeraar komende oorzaak de reis abnormaal lang duurt of de ruimen van het schip niet kunnen worden gelucht', dan rust alsnog een schadevergoedingsplicht op de verzekeraar volgens Van Huizen. De facto ligt de bewijslast automatisch bij de verzekeraar.<sup>592</sup> Van Huizen verwijst daarenboven naar de memorie van toelichting.<sup>593</sup> De wetgever stelt daar: 'De schade moet, wil zij van vergoeding uitgesloten zijn, door die aard of het gebrek zijn veroorzaakt. Bederven zaken doordat als gevolg van een ten laste van de verzekeraar komende oorzaak de reis abnormaal lang duurt of de ruimen van het schip niet kunnen worden gelucht, terwijl in normale omstandigheden geen bederf zou zijn ingetreden, dan moet de schade worden vergoed.'

De uitsluiting van schadevergoeding door de verzekeraar op grond van eigen gebrek ziet, zoals hiervoor reeds aan de orde, alleen op een eigen gebrek of de aard van de verzekerde zaak zélf.<sup>594</sup> De verzekeraar kan zich dus niet op de regeling beroepen als de schade aan de verzekerde zaak is ontstaan door een gebrek of de aard of de natuur van een andere zaak. Verder ziet men in het huidige verzekeringsrecht nog maar twee gevallen genoemd waarin de verzekeraar niet gehouden is schadevergoeding uit te keren.<sup>595</sup> Er is een aantal belangwekkende uitspraken gedaan over eigen gebrek als uitsluitingsgrond. Een groot gedeelte daarvan stamt echter van vóór het intreden van de nieuwe wetgeving en daarom volstaat het mijns inziens om die uitspraken slechts kort te vermelden voor zover zij in dit kader relevant zijn.

Een belangwekkende uitspraak is hier het *Corrosie*-arrest uit 1980.<sup>596</sup> In deze zaak was schade ontstaan door corrosie in het wapeningsijzer van betonnen vloerplaten als gevolg van een eigen gebrek van die platen. Deze corrosie was al begonnen voordat de verzekeringsovereenkomst was aangegaan maar manifesteerde zich gedurende de looptijd van de verzekering. Onder het oude recht gold het onzeker-

591. Zie Van Huizen 2015, p. 890 en Van Huizen 1988, p. 250.

592. Er lijkt in het Nederlandse transportverzekeringsrecht geen hiaat te zijn tussen de aansprakelijkheid van de vervoerder en de schadevergoedingsplicht van diens verzekeraar. Vanzelfsprekend wordt de verzekeraar in zijn bewijslast gesteund door zijn verzekerde, in casu de aangesproken vervoerder. Deze heeft namelijk (meer) toegang tot het te leveren bewijs betreffende het eigen gebrek van de door hem vervoerde goederen enerzijds en de door hem betrachtte zorgplicht te dien aanzien anderzijds. In die situatie is er dus geen sprake van een 'hypothetisch dekkinggat'. Dit kan evenwel anders liggen wanneer de verzekerde niet de vervoerder is maar de ladingbelanghebbende of de afzender. Zie uitgebreid over de bewijslastverdeling in dit verband Van Huizen 1988, p. 168 en 249.

593. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 25 (MvT).

594. Zie eveneens P.J.M. Drion, 'Wettelijke uitsluitingen', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het Nieuwe Verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 97.

595. De tekst van artikel 7:951 BW luidt immers: 'De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak.' Dus alleen 'de aard' en 'een gebrek' staan nog in de bepaling.

596. HR 4 januari 1980, NJ 1984/305.

voorvalvereiste.<sup>597</sup> Ter discussie stond of hieraan was voldaan indien eigen gebrek was meeverzekerd. In het *Corrosie*-arrest heeft de Hoge Raad bepaald wat men kon aanmerken als het onzeker voorval in geval van eigen gebrek. Het onzeker voorval in de zin van artikel 246 WvK was volgens de Hoge Raad het aan het licht komen van het eigen gebrek dat de schade heeft veroorzaakt.<sup>598</sup> Onder het huidige recht is in de wet weliswaar geen sprake meer van het begrip 'onzeker voorval' maar men hanteert het nog regelmatig in polisvoorwaarden.<sup>599</sup> Bovendien is onzekerheid nog steeds vereist bij het aangaan (en gedurende de looptijd) van een verzekeringsovereenkomst.<sup>600</sup> Op grond van artikel 7:925 BW dient echter alleen nog onzekerheid te bestaan over het al dan niet uitkeren door de verzekeraar dan wel over de (duur van) premiebetaling door de verzekeringnemer.<sup>601</sup> Essentieel voor een verzekering is uiteindelijk dat onzeker is of, wanneer en in hoeverre de verzekeraar gehouden zal zijn tot het doen van uitkeringen, dan wel wat de duur is van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling.<sup>602</sup> Het vereiste van onzekerheid is niet langer gekoppeld aan een voorval dat de verwezenlijking van het verzekerd risico teweegbrengt.<sup>603</sup> Nu is uitsluitend nog de vraag of er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de in de tekst aangegeven onzekerheid bestaat.<sup>604</sup> In dit verband stelt Van Huizen dat zolang gewone slijtage toevallig<sup>605</sup> is en het dus niet zeker is dat deze slijtage zich zal openbaren gedurende de verzekerde reis, de schade, die ontstaat door deze slijtage, verzekeraar is, mits deze uitdrukkelijk is omschreven.<sup>606</sup> Doorslaggevend is immers of bij aanvang van de verzekeringsovereenkomst onzeker is of de schade zich voordoet binnen de dek-

597. In het kader van artikel 246 jo. artikel 269 WvK moest er sprake zijn van een onzeker voorval op het moment van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Zie hierover ook uitvoerig hoofdstuk 3 van dit proefschrift.

598. Zie tevens M. Padberg, 'Eigen gebrek, van buiten komend onheil, onzeker voorval en verzekeraar belang in het licht van de goederenverzekering', *NTHR* 2009, afl. 5, p. 218 en ook Brouwer 2015, p. 451-453.

599. Zie hierover eveneens Blom 2006, p. 9-52.

600. Zie hoofdstuk 3.

601. Artikel 7:925 lid 1 BW luidt: 'Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren.'

602. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.1.

603. Om te voldoen aan het vereiste van het onzeker voorval, werd eerder een situatie 'gekonsteld'; maar zo'n voorval hoeft niet langer geconstrueerd te worden onder het huidige recht. Men zou het aan het licht komen van het eigen gebrek kunnen beschouwen als een voorwaarde (een onzekere gebeurtenis waarvan de vergoeding van de door het eigen gebrek veroorzaakte schade afhankelijk is gesteld) zonder dat dit aan het licht komen zelf als de oorzaak van de schade moet kunnen worden aangemerkt. Die oorzaak was immers allang aanwezig voordat het eigen gebrek aan het licht kwam. Zie in gelijke zin P. Clausing, 'Onzeker voorval en onzekerheid', in: *Zekerheidshalve*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2003, p. 4-6. Zie hierover ook Ph.H.J.G. van Huizen, 'De transportverzekering als venster op (de verzekeraar) het eigen gebrek', in: *Free on board. Liber Amicorum Marc A. Huybrechts*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna: Van Huizen 2011), p. 675-687, m.n. p. 680.

604. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/447.

605. In het Engels is sprake van 'fortuitous'. Deze term pleegt men te hanteren bij de uitleg van de Marine Insurance Act en wordt gezien als vereiste voor verzekeraar. De uitleg van deze bepaling was aan de orde in de zaak *Syarikat Takaful Malaysia vs. Global Process*, UK Supreme Court 1 februari 2011, [2011] UKSC 5 (hierna: *Cendor Mopu*). Zie hierover, en met name over de eis van fortuuty, H.M.B. Brouwer, 'Inherent vice als dekkingsuitsluitingsgrond aanzienlijk begrensd', *TVR* 2012, afl. 3 (hierna: Brouwer 2012), p. 69-73.

606. Zie Van Huizen 2011, p. 686-687.

kingsperiode. Ook ik ben van mening dat het in het licht van artikel 7:925 BW mogelijk moet zijn om tegen de schadelijke gevolgen van eigen gebrek te verzekeren. Dit moet dan wel expliciet uit de verzekeringsovereenkomst blijken. Zodoende kan de verzekeraar aan de hand van de polis vaststellen welk mogelijk risico hij loopt en welke verzekeringspremie hij moet heffen.

Onlangs speelde ook (de verzekeraar van) eigen gebrek een rol bij een zaak in de Rechtbank Rotterdam.<sup>607</sup> Een binnenvaartschip vervoerde sinds 2007 (waarin het nieuw in de vaart kwam) uitsluitend styreen monomeer. In 2013 ontstond schade aan de kop van het schip door een aanvaring met de kade. Voor reparatie moest het schip naar de werf, maar eerst diende het schip gelost en gereinigd te worden. Tijdens het leegpompen van de sloptank bleek dat daar een groot blok hard geworden styreen (polystyreen) in zat, dat aan de sloptank was aangekoekt. Dit moest uiteindelijk op mechanische wijze worden verwijderd. De eigenaar van het schip spreekt zijn cascoverzekering aan voor (het herstel van) de schade aan de sloptank. De verzekeraar beroept zich op het feit dat er geen sprake was van een onzeker voorval, onder meer stellende: 'Als over een periode van zeven maanden restlading en afval in een sloptank worden vermengd, is het voorzienbaar en onvermijdelijk dat door polymerisatie een verharding ontstaat. De toevoeging van het waswater heeft mogelijk aan de polymerisatie bijgedragen.'<sup>608</sup> De vraag is verder of 'de polymerisatie van het styreen monomeer een van buiten komend onheil is, waarvoor de verzekering dekking biedt. Daarbij is het uitgangspunt dat voor zover de oorzaak van de schade is toe te rekenen aan een eigen gebrek of de aard van de verzekerde zaak zelf geen sprake is van een van buiten komend onheil. Op [verzekeraar, HMBB] rust (...) de bewijslast dat geen sprake [is, toevoeging HMBB] van een van buiten komend onheil.'<sup>609</sup> Daarover overweegt de Rechtbank Rotterdam mijns inziens terecht:

'Tussen partijen is niet in geschil dat de schade aan de sloptank is ontstaan door verharding van de restanten die zich in de sloptank bevonden. De schade is daarmee niet toe te schrijven aan een eigen gebrek of de aard van het schip (meer in het bijzonder de sloptank) zelf. Niet relevant is of het optreden van de schadeveroorzakende polymerisatie een eigen gebrek of de aard van styreen monomeer is, omdat de verzekerde zaak het (casco van het) schip is en niet de vervoerde styreen monomeer. In het midden kan blijven of de polymerisatie die heeft geleid tot de verharding het gevolg is van het toevoegen van te weinig inhibitor of de vermenging met teveel waswater, nu zowel in het eerste als in het tweede geval sprake is van een van buiten komend onheil.'

Op dit punt lijkt het inderdaad evident dat de verzekeraar zich niet met succes kan beroepen op het feit dat sprake is van een eigen gebrek en daarmee onder zijn uitkeringsplicht uit kan komen. Het moge duidelijk zijn dat hier geen sprake was van een eigen gebrek van de verzekerde zaak, in casu het schip. Een van buiten

607. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763.

608. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.4.

609. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.7.

komend onheil heeft schade aan de verzekerde zaak toegebracht. Overigens stond hier niet ter discussie de verzekerbaarheid van een eigen gebrek vanuit het perspectief van het onzekerheidsvereiste. In onderhavige zaak speelde weliswaar de kwestie van het onzekerheidsvereiste maar niet direct in samenhang met (de vraag naar de verzekerbaarheid van) een eigen gebrek. De rechtbank overwoog over het onzekerheidsvereiste: ‘Naar oordeel van de rechtbank bestond op het moment van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst ook in dit opzicht de vereiste geobjectiveerd subjectieve onzekerheid.’<sup>610</sup> De vraag was dus of de schade was ontstaan door de aard van de verzekerde zaak en die kon gemakkelijk negatief worden beantwoord. Ook was aan de orde of het risico op het ontstaan van schade voldeed aan de eis van onzekerheid en bijgevolg verzekerbaar was. Als wel een punt van geschil was geweest of schade ontstaan door een eigen gebrek of de aard van de zaak, styreen monomeer, verzekerbaar was in het licht van onzekerheid, was het een ander verhaal. Bij de beslechting van dat geschil lijkt de Rechtbank Rotterdam uit te gaan van ‘geobjectiveerd subjectieve onzekerheid’, wil schade die door een eigen gebrek of de aard van de zaak is ontstaan, verzekerbaar kunnen zijn. In dit geval lijkt het erop dat het ook dan voor de verzekerde gunstig zou uitpakken omdat de rechtbank over dat onzekerheidsvereiste heeft overwogen: ‘Mede tegen de achtergrond van bedoelde vaste praktijk heeft [verzekerder, HMBB] onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat voor [eiser] bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst niet onzeker was of moet zijn geweest dat aan de sloptank naar de normale loop van omstandigheden schade zou ontstaan door polymerisatie.’<sup>611</sup> Het is met andere woorden van doorslaggevende betekenis of de aard van de verzekerde zaak (hypothetisch hier dus styreen monomeer) onder normale omstandigheden schade zou hebben veroorzaakt. Dat lijkt niet het geval, de verzekerder heeft dat althans onvoldoende bewezen, en dus zou dit ook in het licht van het onzekerheidsvereiste verzekerbaar moeten zijn. Bij aanvang van de verzekeringsovereenkomst (en ook nog gedurende de looptijd van de verzekering) staat immers voor partijen niet vast dat de aard van het styreen monomeer schade aan zichzelf zal doen ontstaan. Wanneer echter gekozen zou worden voor de objectieve maatstaf als criterium voor het onzekerheidsvereiste, zou men volgens mij wel kunnen stellen dat door de aard van de verzekerde zaak zeker is dat schade zal ontstaan.<sup>612</sup> Dan blijft overigens nog wel onzeker hoe groot de schade zal zijn. Dat zou dan pleiten voor de verzekerbaarheid van deze vorm van eigen gebrek (omdat ook dan voldaan is aan de eis van onzekerheid).

Een aantal recente uitspraken behandelt eveneens het vraagstuk van eigen gebrek. Hieronder zal ik enkele daarvan bespreken. Wellicht is hieraan nog geen eenduidige lijn te verbinden maar zij kunnen wel een indicatie vormen voor de invulling door de rechtspraak van de bepaling die eigen gebrek regelt.

Het Hof Den Haag heeft zich in zijn uitspraak van 29 mei 2012 gebogen over een eigen-gebrek-kwestie in de zaak *Koolwijk, Paget en Top-Imex/Allianz*.<sup>613</sup> Gereedschapskoffers werden vervoerd van Shekou (China) naar Rotterdam. De koffers zijn in

610. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.6.

611. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.6.

612. Ik ben reeds eerder uitvoerig ingegaan op de eis van onzekerheid in hoofdstuk 3.

613. Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

juni 2006 verkocht onder conditie 'CFR Bergambacht According to Inco Terms 2000 (...) By letter of credit at 30 days after on board. (...) Quality and Design to Match Approved Samples (...)'. Op 13 juli 2006 is een 'Certificate of Insurance' afgegeven. De zending arriveert op 21 juli 2006 in Rotterdam en wordt vervolgens opgeslagen te Moerdijk. Het geplande doorzenden naar Duitsland legt men stil op 4 augustus 2006. De bank betaalt de verkoper vanwege het afgegeven documentair krediet. Op de koffers blijkt zich schimmel te hebben gevormd en de koper weigert daarom de zending te accepteren en maakt aanspraak op terugbetaling. Partijen vorderen uitkering door Allianz van de schade als gevolg van de schimmelvorming. Het hof overweegt na een uitgebreide verhandeling over de mogelijke oorzaken: 'dat de koffers zonder beschermende maatregelen en/of speciale instructies niet bestand waren tegen de normale omstandigheden tijdens dit type vervoer in dit jaargetijde. Daarom is sprake van een eigen gebrek. Een van buiten komend onheil ontbreekt.'<sup>614</sup> Hiermee bekrachtigt het hof in hoger beroep het bestreden vonnis. Ook al is de schade ontstaan tijdens het vervoer, waarvoor de verzekeringsovereenkomst was afgesloten, is toch sprake van een eigen gebrek. Van belang is hier dus dat de goederen niet bestand zijn tegen de normale omstandigheden tijdens dit type vervoer in dit jaargetijde. Dat men in onderhavige zaak niet de mogelijkheid van proportionele verdeling heeft besproken, volgt wellicht uit het feit dat de omstandigheden van de reis normaal waren voor dit type vervoer in dit jaargetijde. Als dat niet zo was, zou een proportionele verdeling in de rede hebben gelegen.<sup>615</sup>

De Rechtbank Amsterdam deed op 3 december 2014 uitspraak in een eigen-gebrekzaak.<sup>616</sup> Een partij heeft in Cuba tabak verkocht aan een Nederlandse partij. Een expeditieonderneming heeft in opdracht van de Cubaanse partij het vervoer van de tabak van Cuba naar Nederland verzorgd. Voor het transport heeft de expediteur in opdracht van de Cubaanse partij een all-risk-goederenverzekering met een 'warehouse to warehouse'-dekking gesloten.

De tabak was verpakt in onafgesloten dozen die zijn gestuwd in containers. De containers zijn afgeleverd in de haven van Havana en zij zijn daar ter bestrijding van tabakskevers gefumigeerd. De residuen van het fumigatiemiddel zijn uit de containers verwijderd en er zijn schone kevervallen in de containers geplaatst. Ten tijde van het transport was het weer in Cuba slecht, waardoor het vervoer van de tabak is vertraagd. De dozen tabak voor de Nederlandse koper waren nat en beschimmeld en de tabak was besmet met tabakskever; daarop weigerde de koper om de tabak in ontvangst te nemen. De expediteur heeft namens de verkopende Cubaanse partij de schade gemeld bij zijn verzekeraar. Volgens hem moet de verzekeraar de schade vergoeden nu zich een gebeurtenis heeft voorgedaan tegen de gevolgen waarvan de all-risk-goederenverzekering dekking biedt. De tabak is immers tijdens de verzekerde reis nat geworden en aangetast door schimmel en tabakskevers. De verzekeraar verweert zich, samengevat stellende dat uit de bevin-

614. Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542, r.o. 15.

615. Hierbij teken ik onmiddellijk aan dat het sinds de uitspraak *Cendor Mopu* de vraag is of men dan proportioneel zou verdelen. Als men de regel die uit deze Engelse uitspraak volgt, namelijk toepast, zal de gehele schade aan het gedekte evenement worden toegerekend ondanks dat een gedeelte van de schade te wijten is aan een van dekking uitgesloten oorzaak (eigen gebrek). De zaak *Cendor Mopu* komt hierna nog uitvoerig aan de orde in paragraaf 5.3.4.

616. Het praktijkvoorbeeld in de inleiding baseerde ik op deze zaak. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532.

dingen van de schade-expert blijkt dat de schade voorafgaand aan de verzekerde reis moet zijn ontstaan, althans dat deze een gevolg is van een eigen gebrek, de gebrekkige verpakking (de container) of vertraging, welke oorzaken alle zijn uitgesloten van dekking.<sup>617</sup> Als uitgangspunt voor de beoordeling kan worden aangenomen dat de dozen met tabak begin augustus 2012 onbeschadigd in de containers zijn geladen en dat ze bij aankomst in Rotterdam deels nat en beschimmeld waren en dat ze dus tijdens de verzekerde reis zijn beschadigd. Daarmee staat vast dat in beginsel dekking bestaat, tenzij een van de uitsluitingen van toepassing is.<sup>618</sup> Partijen stellen vast dat de containers niet hebben gelekt. Verder staat vast dat de containers niet geheel luchtdicht zijn omdat deze vier overdrukroosters bevatten, maar dat lucht ook niet vrijelijk door deze roosters in en uit de container kan stromen. Voorts blijkt uit het expertiserapport dat de schade is veroorzaakt doordat vochtige lucht tegen het dak van de containers is gecondenseerd en vervolgens naar beneden gedruppeld op de dozen. Uiteindelijk is de slotsom dat de schade moet zijn veroorzaakt doordat vocht, afkomstig uit de tabak zelf, tegen het dak van de containers is gecondenseerd en neergedruppeld langs de wanden van de containers en op de dozen. De facto is dus sprake van zweetschade.<sup>619</sup> Voor de dekkingsvraag is voorts van belang of de tabak voor of tijdens de verzekerde reis te vochtig is geworden. De rechtbank overweegt dat de tabak al voor aanvang van de verzekerde reis te vochtig moet zijn geweest. De omstandigheid dat de containers niet hebben gelekt, de containers volledig waren gestuwd en er na afsluiting van de containers geen lucht meer vrijelijk in en uit kon stromen, lijkt erop te duiden dat het uitgesloten is dat de tabak pas nadat deze in de containers is geplaatst nog aanzienlijke hoeveelheden vocht kan hebben opgenomen. Derhalve is sprake geweest van schade als gevolg van een eigen gebrek en dekking onder de polis is uitgesloten.<sup>620</sup> Voor de schade als gevolg van de tabakskevers geldt dat alleen dekking bestaat indien de besmetting zich tijdens de verzekerde reis heeft voorgedaan. De Cubaanse partij slaagt er niet in dat te bewijzen. Dus ook die schade behoeft de verzekeraar niet te vergoeden.

Ook als de container waarin de tabak bestemd voor de Nederlandse koper zat, wel heeft gelekt en zweetschade zich met name en in deze omvang heeft gemanifesteerd omdat de reis aanzienlijk veel langer duurde dan normaal, zou er volgens de rechtbank toch geen dekking onder de verzekering zijn. Deze beide oorzaken zijn immers uitgesloten in de polis. Wie feitelijk verantwoordelijk is voor het stuwven van de dozen in de containers, blijft hier buiten beschouwing evenals het punt of de container opgevat moet worden als verpakking dan wel als – onderdeel van het – vervoermiddel. Ingeval onomstotelijk vast zou staan dat de schade veroorzaakt is door een eigen gebrek van de container, zou het van belang zijn na te gaan of die beschouwd kan worden als verpakking van de goederen of niet. De overeenkomst zou dan de doorslag moeten geven of de vervoerder al dan niet aansprakelijk is voor schade daardoor ontstaan.<sup>621</sup>

617. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 3.3.

618. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 4.2.

619. Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 4.3.

620. Zie Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532, r.o. 4.5.

621. Reeds eerder ging ik in op de containerkwestie. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.6.

Tot slot kan een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam worden vermeld, waarin eigen gebrek van het vervoermiddel aan de orde was en verzekeraar en verzekerde twistten over de uitkeringsplicht.<sup>622</sup> Het interieur en de twee motoren van een deels gezonken motorjacht waren onder water komen te staan en vervolgens is het jacht uit het water getakeld in opdracht van de eigenaar. Een expert heeft in opdracht van de verzekeraar de omvang van de schade vastgesteld en de toedracht bepaald:

‘De oorzaak van dit gedeeltelijk zinken is dat er door galvanische corrosie een gat in een leiding is gekomen. (...) Beide schadeoorzaken zijn met name genoemde uitsluitingen in de polisvoorwaarden. (...) deze schade voorkomen had kunnen worden door de pomp op een kunststofplaat te monteren. Deze situatie zou uitgelegd kunnen worden als een eigengebrek/constructiefout. Dergelijke gebreken zijn alleen gedekt als schadeoorzaak indien er geen afwijks grond als galvanische corrosie optreed.’<sup>623</sup>

Er volgt een rapport omtrent het zinken en de vermeende oorzaak en enkele deskundigenrapporten over de oorzaak van de schade. Uiteindelijk overweegt de rechtbank:

‘De deskundigen zijn het erover eens dat er sprake is geweest van elektrolytische danwel galvanische corrosie bij de aircopomp van het motorjacht. Maar die aantasting alleen is niet de uitsluitende oorzaak van het zinken geweest. Daarvoor was immers ook nodig dat het binnentredende water niet meer werd weggepompt. Aldus is de rechtbank van oordeel het zinken van het motorjacht is te wijten aan meerdere factoren: (...) Nu er sprake is van meerdere samenwerkende oorzaken waardoor het motorjacht is gezonken, is [de verzekeraar, toevoeging HMBB] niet geslaagd in het aantonen van het causaal verband tussen de uitsluiting van artikel 4.5 van de polisvoorwaarden en de door [de eigenaar van het motorjacht, toevoeging HMBB] geleden schade.’<sup>624</sup>

Vervolgens voegt de rechtbank hieraan toe:

‘Hierbij komt nog dat in artikel 4.5 van de polisvoorwaarden staat: “Deze uitsluiting heeft betrekking op: (...) – schade die het gevolg is van de (geleidelijke) inwerking van vocht, lucht (...) – het verteren/aantasten van metaal door galvanische corrosie of elektrolyse (...)” (...) Gelet op de tekst van dit artikel rijst de vraag of met dit artikel ook de gevolgschade van galvanische corrosie of elektrolyse is uitgesloten of dat alleen uitgesloten is de schade die aan het metaal is ontstaan door galvanische corrosie of elektrolyse. Deze onduidelijkheid dient voor rekening en risico van [verzekeraar, toevoeging HMBB] te blijven. Zodat (...) [verzekeraar, toevoeging HMBB] onvoldoende heeft gesteld om een causaal verband aan te

622. Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748.

623. Zie Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748, r.o. 2.7.

624. Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748, r.o. 4.12.

tonen tussen de uitsluiting van artikel 4.5 van de polisvoorwaarden en de door [de eigenaar van het motorjacht, toevoeging HMBB] geleden schade.<sup>625</sup>

In deze zaak was de vraag of de verzekeraar zich met succes kon beroepen op de dekkingsuitsluiting dus een kwestie van het causaal verband tussen meer risico's die de schade veroorzaakt zouden (kunnen) hebben. De verzekeraar toonde onvoldoende aan dat de schade is ontstaan door een van dekking uitgesloten evenement en kan zich daar niet op beroepen. Voor een geslaagd beroep op deze uitsluiting is het derhalve van belang dat de verzekeraar die zich hierop beroept, stelt en zonnodig bewijst de omstandigheden die het beroep erop rechtvaardigen. Deze verplichting geldt in het algemeen en dus ook voor de wettelijke uitsluiting van de aard van de verzekerde zaak/eigen gebrek.<sup>626</sup>

### 5.3.2 Eigen gebrek in het Belgische verzekeringsrecht

In België is recentelijk een wetswijziging op het gebied van het verzekeringsrecht doorgevoerd. Vóór de invoering van de Wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen was de situatie als volgt. Voor de landverzekeringsovereenkomst kende de Wet betreffende de landverzekeringsovereenkomst 1992 geen wettelijke bepaling aangaande eigen gebrek.<sup>627</sup> Voor, onder andere, de transportverzekeringsovereenkomst gold de Algemene Verzekeringwet van 11 juni 1874, waarin in artikel 18 werd bepaald: 'De verzekeraar staat niet in voor het verlies en de schade die onmiddellijk volgen uit een eigen gebrek van de zaak, tenzij het tegendeel bedongen is.'<sup>628</sup> Met de invoering van de Wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen is artikel 18 van de wet van 1874 opgenomen in artikel 242.<sup>629</sup> Deze luidt: 'De verzekeraar staat niet in voor het verlies en de schade die onmiddellijk volgen uit een eigen gebrek van de zaak, tenzij het tegendeel bedongen is.'<sup>630</sup> Op de niet-landverzekeringsovereenkomsten, zoals de transportverzekering, is vooralsnog het algemene deel van de oude wet van 11 juni 1874 van toepassing.

Dieryck bespreekt een aantal gangbare omschrijvingen van eigen gebrek.<sup>631</sup> Voorts gaat hij in op de verzekerbaarheid van eigen gebrek en de verenigbaarheid met het karakter van een verzekeringsovereenkomst. Hij onderkent dat regelmatig de verzekerbaarheid van eigen gebrek onderwerp van discussie is omdat het 'geen risico uitmaakt maar een zeker verlies of beschadiging op termijn, ontwikkeld door de eigenschappen of een gebrek eigen aan de zaak zelf'. Men gaat er vaak van uit dat eigen gebrek niet verzekerbaar is vanwege het ontbreken van het kansaspect, eigen aan de verzekering. Maar het blijkt complexer omdat het eigen gebrek 'niet altijd schade veroorzaakt, en wanneer het tot schade leidt, deze het gevolg is van

625. Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1748, r.o. 4.13.

626. Zie hierover ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/451.

627. De landverzekeringwet was van 25 juni 1992 en is herzien 16 maart 1994; deze wordt nu voor een groot gedeelte vervangen door de Wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014. Zie over de landverzekeringwet M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Brussel: Larcier 1999, p. 40-41 en 51-53.

628. Zie [www.zeerecht.be/documenten/comar%20blauwboek%209.pdf](http://www.zeerecht.be/documenten/comar%20blauwboek%209.pdf).

629. Invoering vond plaats per 1 november 2014.

630. Zie [www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be). Deze wet is in werking getreden op 1 november 2014.

631. Ook in de Belgische wetgeving ontbreekt een definitie.



omstandigheden die niet als transportgevaar worden bestempeld. Wij denken aan jutezakken die, meer dan andere stoffen, onderhevig zijn aan zelfontbranding.’ Die zelfontbranding doet zich echter niet altijd voor en is evenmin altijd onvermijdelijk. Verzekering daarvan valt dan toch binnen het kader van de kanscontracten.<sup>632</sup> De wettelijke bepaling laat overigens eveneens de mogelijkheid open om eigen gebrek te verzekeren door de zinsnede ‘tenzij anders bedongen’ en er zijn zeker situaties denkbaar waarbij het van belang kan zijn voor de ladingbelanghebbende om eigen gebrek te verzekeren. Dit geldt voor specifieke goederen maar kan ook opportuun zijn in, bijvoorbeeld, de situatie waarbij de koper geen invloed heeft of kan uitoefenen op de verpakking of inlading van de goederen.<sup>633</sup> Dieryck maakt onderscheid tussen eigen gebrek *in genere* en eigen gebrek *in specie* zoals we dat in Nederland kennen als de aard van de verzekerde zaak enerzijds en het eigen gebrek in enge zin anderzijds. Het is overigens voor de verzekeraar voldoende om aan te tonen dat de goederen, zoals zij zijn aangeboden voor vervoer, de reis niet konden doorstaan zonder schade op te lopen. Het is daarbij evenmin noodzakelijk een onderscheid te maken tussen het gebrek van de goederen of hun gebrekkige verpakking.<sup>634</sup>

De containerkwestie speelt in dezen ook een rol: is de container verpakking van de goederen en is gebrekkige stuwage te beschouwen als een eigen gebrek? Dieryck geeft een tweedeling weer die in een arbitragezaak is gemaakt en die effectief lijkt: ‘de container die gestuwd aangeboden wordt aan de vervoerder als een verpakking kon beschouwd worden maar de container gebruikt door de vervoerder om de aangeboden goederen erin te stuwen een vervoermiddel is’. En voorts: ‘Bij het gebrekkig stuwen van de container als FCL [full container load, HMBB] aangeboden mag de verzekeraar echter niet onmiddellijk besluiten tot het eigen gebrek. Hij moet nog aantonen dat de schade ontstaan is zonder de uitwerking van een zeegevaar en in geval van twijfel zal de exceptie van het eigen gebrek niet kunnen weerhouden worden.’<sup>635</sup> Op de verzekeraar rust ook hier dus een zware bewijslast om aan te tonen dat sprake was van een eigen gebrek. Vooral in de situatie van samenwerkende oorzaken, lijkt men ook in België het door de verzekering gedekte risico te verliezen boven de exceptie van eigen gebrek. De verzekeraar dient dubbel bewijs te leveren: zowel van het eigen gebrek als van het causaal verband tussen het gebrek en de schade. De schade moet, op grond van artikel 18 Algemene Wet op de verzekeringen van 1874, onmiddellijk volgen uit het eigen gebrek. ‘Onmiddellijk’ betekent hier ‘uitsluitend’.<sup>636</sup> Daaruit blijkt derhalve dat in geval van meer mogelijke oorzaken van de schade, waarbij de een valt onder ‘eigen gebrek’ en de ander behoort tot de categorie van een verzekerd risico, de verzekeraar uitkeringsplichtig blijft. De mogelijkheid van proportionele toerekening blijft bij Dieryck overigens buiten beschouwing.<sup>637</sup>

632. Zie in gelijke zin C. Dieryck, *Zeeverzekering en averijvordering*, Brussel: De Boeck & Larcier 2005 (hierna: Dieryck 2005), nr. 378.

633. Zie ook Dieryck 2005, nr. 389.

634. Zie Dieryck 2005, nr. 378-380.

635. Dieryck 2005, nr. 382.

636. Zie Dieryck 2005, nr. 388.

637. Zie hierover uitgebreid Dieryck 2005, nr. 388.

Ook De Smet besteedt in zijn handboek aandacht aan de uitsluiting van dekking indien sprake is van een eigen gebrek.<sup>638</sup> Hij geeft eerst aan dat er twee verschillende situaties denkbaar zijn in geval van eigen gebrek: '1. Celle où une chose est normalement sujette à certaine détérioration. 2. Celle où elle présente des défauts anormaux susceptibles d'engendrer un dommage.' Bovendien besteedt hij aandacht aan de rechtvaardiging van de wetgever om deze uitsluiting in de wet op te nemen: 'L'assureur ne répond pas des pertes et dommages résultant immédiatement du vice propre de la chose, (...); cet article [dat is dus artikel 18 uit de wet van 11 juni 1874, HMBB] est fondé sur l'intention probable des contractants. Le but de l'assurance est de garantir l'assuré contre un risque éventuel provenant d'une cause extérieure ou du moins étrangère à l'objet assuré et non de permettre à l'assuré (...) de réparer les défauts de sa propriété.'<sup>639</sup> Daarmee geeft De Smet derhalve een kader aan waarbinnen naar zijn mening de uitsluiting op basis van 'vice propre' geïnterpreteerd dient te worden.

De Smet is overigens van mening dat de mogelijkheid van proportionele uitkeringsplicht moet kunnen bestaan indien de schade gedeeltelijk is te wijten aan 'vice propre'. De Smet stelt 'on doit rechercher de quelle partie du dommage le vice propre est la cause immédiate; c'est de cette partie-là seulement, (...), que l'assureur est exonéré'.<sup>640</sup> Indien, met andere woorden, is aan te geven welk deel van de schade is veroorzaakt door het eigen gebrek, heeft de verzekeraar voor dat gedeelte geen uitkeringsplicht.

Voorts maakt De Smet onderscheid tussen enerzijds eigen gebrek van de goederen en anderzijds eigen gebrek van het schip.<sup>641</sup> Bij eigen gebrek van de goederen onderscheidt De Smet tevens *vices in specie* en *vices in genere* waarbij hij aangeeft dat gevallen van eigen gebrek van de goederen 'sont extrêmement nombreux et variés'.<sup>642</sup> Bij eigen gebrek van het schip haalt De Smet een aantal voorbeelden aan en vermeldt daarbij uitdrukkelijk dat een verouderd schip niet te verwarren is met de slechte staat van het schip. De veroudering van het schip sec rechtvaardigt dus niet een beroep op eigen gebrek. Daarentegen beschouwt men volgens De Smet een rotte romp eveneens als 'vice propre du navire', zelfs als het gaat over een oud schip.<sup>643</sup> Bij een beroep op het eigen gebrek zal de verzekeraar moeten aantonen dat de schade daardoor is ontstaan en daarmee tevens weerleggen dat zij is ontstaan door een van buiten komend onheil.<sup>644</sup> De Smet stelt in dezen: 'qui invoque la fortune de mer doit le prouver; qui se prévaut du vice propre doit l'établir. (...) Tenu de la preuve de l'exception, l'assureur ne peut se borner à battre en brèche la démonstration de l'assuré en établissant l'existence du vice propre infectant la chose assurée: il doit établir, en outre, la relation de cause à effet entre le vice propre et le dommage.'<sup>645</sup> De Smet behandelt daarenboven de verzekeraarbaarheid

638. R. De Smet, *Droit maritime et droit fluvial Belges*, Bruxelles: Larcier 1971 (hierna: De Smet 1971), nr. 768.

639. De Smet 1971, nr. 768.

640. Zie De Smet 1971, nr. 772.

641. De Smet 1971, nr. 774-775.

642. De Smet 1971, nr. 774.

643. De Smet 1971, nr. 775.

644. Zie hierover De Smet 1971, nr. 921.

645. De Smet 1971, nr. 921.

van eigen gebrek. Hij bevestigt dat het mogelijk is eigen gebrek te verzekeren, tenzij sprake is van bedrog, zolang er maar een onzeker element aanwezig is. Waar eigen gebrek is meeverzekerd, gaat het veelal om een 'Assurance tous risques'.<sup>646</sup> Dus ook volgens De Smet staat in het Belgische verzekeringsrecht de eis van onzekerheid niet in de weg aan de verzekeraar van eigen gebrek.

In de Wet op de landverzekeringsovereenkomst keert uitsluiting van verzekeringsprestatie in geval van eigen gebrek niet meer terug. Volgens Schuermans en Van Schoubroeck is hiervoor gekozen omdat uitsluiting van het eigen gebrek van een zaak niet meer opportuun was. Dit kan uiteraard echter wel nog worden uitgesloten. De reden waarom het wettelijk uitsluiten van eigen gebrek niet meer zinvol was, is volgens hen dat 'bv. de brand- en machinebreukverzekering precies de dekking van het eigen gebrek beogen'.<sup>647</sup> Ook Dieryck stelt in zijn handboek dat zelfontbranding een veelvoorkomend verschijnsel van eigen gebrek is bij bepaalde goederen zoals steenkool of sommige graansoorten. Door bijzondere voorwaarden bij de polissen wordt deze vorm van eigen gebrek in de praktijk altijd gedekt.<sup>648</sup> Voor de zeeverzekering maakte men sinds lange tijd gebruik van de Zeeverzekeringpolis van Antwerpen uit 1859 en in 2004 is deze vervangen door de Goederenverzekeringpolis van Antwerpen. Daarnaast is de clause 'Alle Risico's (A.R.)' zeer gebruikelijk als aanvulling op de Antwerpse polis. Ook op basis van deze clause is eigen gebrek een dekkinguitsluitingsgrond voor de verzekeraar.<sup>649</sup> De 'Alle Risico's'-dekking is dan weliswaar de regel in de nieuwe Goederenverzekeringpolis van Antwerpen maar toch is ook dan schade veroorzaakt door eigen gebrek van de verzekerde goederen en zaken nog steeds niet zonder meer gedekt. Artikel 11 bepaalt namelijk welke schade van dekking is uitgesloten; voor de eigen-gebrek-kwestie is in dit verband het bepaalde sub f en g relevant: 'schade, verliezen en/of kosten veroorzaakt door eigen gebrek van de verzekerde goederen en zaken; gebrekkige conditionering en/of gebrekkige verpakking van de verzekerde goederen en zaken uitgevoerd door de verzekerde en/of zijn ondergeschikten voor aanvang van de reis;'.<sup>650</sup> De verzekeraar is overigens niet verplicht de uitsluitingen sub f en g van toepassing te verklaren. Onder sommige omstandigheden kan het nuttig zijn eigen gebrek mee te verzekeren. Dieryck licht dit treffend toe: 'Een verpakking die niet bestand is tegen de normale lasten van de reis wordt als een eigen gebrek beschouwd. Voor het gebrek van de verpakking is er wel een beperking van de uitsluiting tot de verpakking en gebrekkige conditionering uitgevoerd door de verzekerde of zijn ondergeschikten. (...) De koper koopt gewoonlijk de goederen in hun conditionering en met hun verpakking en hem zal de uitsluiting niet tegenstelbaar zijn.'<sup>651</sup> De 'Volle Voorwaarden' waren onder de Polis van Antwerpen uit 1859 de voorwaarden die het meeste dekking boden en vergelijkbaar met de 'Alle Risico's'-dekking. Ook deze voorwaarden sloten overigens een aantal risico's uit waaronder eveneens het eigen gebrek van de goederen.

646. De Smet 1971, nr. 776.

647. L. Schuermans & C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 767.

648. Zie in gelijke zin Dieryck 2005, nr. 389.

649. Zie hierover uitgebreid Dieryck 2005, nr. 140.

650. Zie Dieryck 2005, nr. 141.

651. Dieryck 2005, nr. 141.

De Belgische rechtspraak waar de kwestie van eigen gebrek in het geding was, komt in grote lijnen overeen met de Nederlandse. Het Hof van beroep Antwerpen heeft in 2013 uitspraak gedaan op onder meer het punt van 'eigen gebrek'.<sup>652</sup> In die zaak ontstaat schade aan een zeiljacht door averij. Volgens de tot uitkering aangesproken verzekeraar is de schade echter te wijten aan grove schuld en onvoldoende zorg. De verzekeraar levert echter onvoldoende bewijs dat de schade het gevolg is van normale slijtage en van het niet tijdig vervangen van de rolgenuialijn. Daarmee is dus onvoldoende komen vast te staan dat de schade is veroorzaakt door een rechtsfeit dat de verzekeraar van zijn uitkeringsplicht zou bevrijden. Vervolgens voert de verzekeraar aan dat 'in elk geval een onderscheid gemaakt dient te worden tussen enerzijds de oorspronkelijke schade (...) en anderzijds de schade die het gevolg is van het aanbeuken van het verzekerde vaartuig tegen het baggerschip'. En voorts 'daar waar ondergeschikt de oorspronkelijke schade eventueel het gevolg is van een eigen gebrek, het zonneklaar is dat de schade aan de romp het gevolg is van het aanbeuken tegen het baggerschip en dat de schade ingevolge het aanbeuken tegen het baggerschip niet het gevolg is van een eigen gebrek, maar wel het gevolg is van slecht zeemanschap en een reeks van grove fouten'.<sup>653</sup> Volgens het hof was de schade het gevolg van storm en de eigen gebreken van het vaartuig (beide verzekerde risico's). 'Indien het vaartuig geen eigen gebrek had vertoond (...) was het vaartuig niet stuurloos geworden en was de baggerboot niet langs zij moeten komen om de opvarenden te laten overstappen. Indien er geen storm was geweest op het ogenblik van de redding, had het zeiljacht niet zo aangebeukt tegen de baggerboot'.<sup>654</sup> Daar komt dan volgens het hof nog bij dat alleen dan de verzekeraar bevrijd kan worden van verzekeringsprestatie als de gevallen van grove schuld op uitdrukkelijke en beperkende wijze zijn bepaald in de verzekeringsovereenkomst en daarvan was in onderhavige kwestie geen sprake. Dit is dus een voorbeeld van een zaak waarin eigen gebrek juist valt binnen de verzekeringsdekking. Feitelijk zoekt het hof hier naar de rechtens relevante oorzaken waardoor de schade is ontstaan en blijkt ook hier dat op de verzekeraar die zich op een dekkingsuitsluitingsgrond beroept, een grote bewijslast rust om aan te tonen dat de schade voortspuit uit een van dekking uitgesloten risico.

Een ander voorbeeld waarin het 'eigen gebrek' punt van geschil vormde, was in een arbitragezaak uit 1986.<sup>655</sup> In casu werden prismatische plastic platen uit acrylaat vervoerd op pallets in een container van de VS naar België. Op de vervoerovereenkomst was een all-risk-verzekering van toepassing. Door de clause van 28 maart 1952 van de Vereniging van Transportverzekeraars van Antwerpen gold een uitsluiting van de verzekeringsdekking voor 'verlies, schade en kosten welke "onmiddellijk voortspuiten uit eigen gebrek van het verzekerde"'.<sup>656</sup> De pallets met daarop de platen waren door de afzender in de container geplaatst en gestuwd. De schade aan de goederen was ontstaan tijdens de reis en de verzekeringnemer claimt scha-

652. Hof van beroep Antwerpen 22 oktober 2013, *TBH* 2014, afl. 10 (B.S. VZW vs. NV Unigarant; hierna: *TBH* 2014, afl. 10), p. 1001-1005.

653. Zie *TBH* 2014, afl. 10, p. 1005.

654. *TBH* 2014, afl. 10, p. 1005.

655. Scheidsrechterlijke uitspraak (Antwerpen) 20 juni 1986, *TBH* 1987, Transport 126 (hierna: *TBH* 1987, 126). Zie ook Dieryck 2005, nr. 382.

656. Zie *TBH* 1987, 126.

devergoeding bij de verzekeraar. De schade blijkt veroorzaakt door het verschuiven van de pallets in de container. De verzekeraar stelt dat de container is te beschouwen als verpakking van de goederen maar volgens de verzekeringnemer moet de container worden gezien als vervoermiddel. Het blijkt, ook naar oordeel van een geraadpleegde deskundige, dat enkel pallets als verpakking voor de platen niet volstaan voor vervoer over zee. Voorts overwogen de arbiters in onderhavige kwestie:

'Aangezien in casu de goederen in de container werden geladen en gestuwd bij en door de afzender vooraleer de goederen door de vervoerder werden in ontvangst genomen; dat de container gesloten en verzegeld ten vervoer werd aangeboden en dat hij ook aldus vervoerd werd; dat in deze omstandigheden de container dient beschouwd te worden als behorend tot de verpakking van de goederen en dat het laden en stuwen van de goederen in de container dan geen deel uitmaakt van de stuwning van de goederen in het kader van het zeevervoer; (...) en wanneer daardoor, zonder een andere oorzaak, schade aan de goederen ontstaat, deze schade te wijten is aan onvoldoende verpakking van de goederen, waarvoor de vervoerder niet aansprakelijk is en dat zulks in het kader van de verzekering van deze goederen een eigen gebrek van goederen uitmaakt, zodat de verzekeraar de ontstane schade niet moet vergoeden, tenzij hij ook schade door eigen gebrek verzekerd heeft.'<sup>657</sup>

Deze zaak is dus belangwekkend voor het standpunt met betrekking tot eigen gebrek en de containerkwestie. De mogelijkheid om de container op twee verschillende manieren te duiden, afhankelijk van de invalshoek van respectievelijk de vervoerder en de ladingbelanghebbende, is een interessante benadering. Daarnaast komt in deze uitspraak uitdrukkelijk naar voren dat eigen gebrek buiten de verzekeringsdekking valt, tenzij expliciet opgenomen. Daarmee wordt nog eens het optionele (want immers niet-dwingendrechtelijke) karakter van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond in het Belgische recht bevestigd.

### 5.3.3 Eigen gebrek in het Duitse verzekeringsrecht

Het Versicherungsvertragsgesetz uit 2007<sup>658</sup> bevat een apart hoofdstuk over de Transportversicherung.<sup>659</sup> Zowel in het deel over de transportverzekering als in het algemene deel is echter geen wettelijke bepaling opgenomen die van dekking uitsluit schade ontstaan door een eigen gebrek. Zo is er op dit punt sprake van contractsvrijheid en kunnen partijen in de overeenkomst de eigen-gebrek-kwestie zelf regelen. Vanuit dat perspectief is de (niet-dwingendrechtelijke) bepaling niet opgenomen in het VVG 2007. Dat punt kan bijgevolg in de verzekeringsovereenkomst worden vastgelegd.

Niet alleen zijn de wettelijke bepalingen uit het VVG 2007 doorslaggevend maar ook spelen bijvoorbeeld de bepalingen uit de DTV-Güterversicherungsbedingungen

657. *TBH* 1987, 126.

658. Gesetz über den Versicherungsvertrag; Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 21 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist (hierna: VVG 2007).

659. VVG 2007, Artikel 130-141. Zie [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de).

2000/2011<sup>660</sup> een belangrijke rol in geval van het internationale zeevervoer.<sup>661</sup> De algemene verzekeringsbedingen nemen een belangrijke plaats in binnen het transportverzekeringsrecht en gelden daarmee als 'selbstgemachtes Recht der Wirtschaft'.<sup>662</sup> Voor de zeeverzekering worden de DTV-Güter 2000/2011 aanbevolen door 'Fachausschuss Transport'.<sup>663</sup> Tegenwoordig pleegt men in Duitsland dan ook de zeegoederenverzekering aan te bieden op basis van de DTV-Güter 2000/2011 en door de eenheid binnen de regeling is zij bijzonder transparant en doeltreffend.<sup>664</sup> Zelfs ook voor andere modaliteiten binnen het goederenvervoer worden deze bepalingen van toepassing verklaard waarbij de verzekeringnemer kan kiezen tussen een verzekering met volledige dekking en met beperkte dekking.<sup>665</sup> Bij het opstellen van de huidige transportverzekeringswetgeving heeft de wetgever er rekening mee gehouden dat de DTV-Güter 2000/2011 standaard van toepassing worden verklaard. De regeling in het VVG 2007 is daardoor bewust zeer beperkt gebleven.

In het VVG 2007 is dus geen bepaling opgenomen die dekking uitsluit op grond van eigen gebrek, maar deze staat wel in de DTV-Güter 2000/2011.<sup>666</sup> Dus wanneer deze (zeer gebruikelijke) clausules in de verzekeringsovereenkomst zijn geïncorporeerd, is schade, ontstaan door eigen bederf, de aard van de goederen, door normale luchtvochtigheid of gangbare temperatuurschommelingen of door gebrekkige verpakking of onjuiste wijze van laden, uitgesloten van dekking. Schade ontstaan uit 'inneren Verderb' of 'natürlichen Beschaffenheit der Güter' lijkt een risicouitsluiting te zijn maar Heiss en Trümper merken hierover op dat het beschreven risico eigenlijk geen 'Transportgefahr' betreft.<sup>667</sup> Zodra verzekerde gevaren zorgen voor het bederf als een van buiten komend onheil, kan van 'inneren Verderb' al niet meer worden gesproken. Dit geldt evenzo in de situatie dat 'Schäden aus der natürlichen Beschaffenheit' het gevolg zijn van ongebruikelijke invloeden van buitenaf. Bij een beroep op de gebrekkige verpakking als dekkingsuitsluitingsgrond is de verzekeringnemer overigens niet verplicht te bewijzen dat geen sprake was van grove nalatigheid, zoals blijkt uit de laatste zinsnede van de bepaling (2.5.1

660. DTV-Güterversicherungsbedingungen 2000/2011, zie [www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/ware.html](http://www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/ware.html) (hierna: DTV-Güter 2000/2011).

661. Zie hierover eveneens I. Gercke & S. Gerhard, 'Transportversicherung', in: M. Terbill & K. Höra, *Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2013 (hierna: Terbill & Höra 2013), p. 521.

662. Zie in gelijke zin H. Heiss & T-N. Trümper, 'Transportversicherung', in: Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck Verlag 2015 (hierna: Beckmann/Matusche Beckmann 2015), § 38-23.

663. Zie Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-24 en 25.

664. Zie in gelijke zin Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-46.

665. Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-47 en 48.

666. Deze bepaling luidt:

'2.5.1 Der Versicherer leistet keinen Ersatz für Schäden, verursacht durch

2.5.1.1 eine Verzögerung der Reise;

2.5.1.2 inneren Verderb oder die natürliche Beschaffenheit der Güter;

2.5.1.3 handelsübliche Mengen-, Maß- und Gewichtsunterschiede oder -verluste, die jedoch als berücksichtigt gelten, sofern hierfür eine Abzugsfranchise vereinbart ist;

2.5.1.4 normale Luftfeuchtigkeit oder gewöhnliche Temperaturschwankungen;

2.5.1.5 nicht beanspruchungsgerechte Verpackung oder unsachgemäße Verladeweise, es sei denn, der Versicherungsnehmer hat diese weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verschuldet.'

Zie [www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011\\_W2\\_Eingeschraenkte\\_Deckung.pdf](http://www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011_W2_Eingeschraenkte_Deckung.pdf).

667. Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-78.

DTV-Güter 2000/2011).<sup>668</sup> Bij de bespreking van de uitsluitingsgronden lijkt men ook hier er steeds van uit te gaan dat de verzekeraar en de verzekeringnemer dezelfde bewijslast hebben als de vervoerder en de ladingbelanghebbende. Men maakt derhalve geen onderscheid tussen de schadevergoedingsplicht van de (mogelijk aansprakelijke) vervoerder en de uitkeringsplicht van diens (vervoerdersaansprakelijkheids)verzekeraar.

De bewijslast rust op de verzekeraar indien deze zich beroept op een van de in artikel 2.5 DTV-Güter 2000/2011 genoemde dekkingsuitsluitingsgronden.<sup>669</sup> Hij zal dus moeten bewijzen dat de schade ontstaan is door een van de oorzaken, genoemd in die bepaling.<sup>670</sup> Koller merkt op over de bewijslast die op de verzekeraar rust, dat de *causa-proxima*-leer als doorslaggevende maatstaf geldt om het causaal verband vast te stellen.<sup>671</sup> De *causa-proxima*-leer is enkel in het zeeverzekeringsrecht een beslissend criterium; voor het verzekeringsrecht in het algemeen hanteert men de Adäquanztheorie.<sup>672</sup> Ook Wandt gaat overigens in op de causaliteit in het algemeen verzekeringsrecht en de Adäquanztheorie die gehanteerd moet worden.<sup>673</sup> In sommige lastige gevallen zal deze theorie echter onvoldoende accuraat zijn en zal men daarbij moeten betrekken wat Wandt aanduidt als ‘Schutzzweckzusammenhang’. In zulke gevallen dient men te onderzoeken of er voldoende samenhang is tussen de oorzaak van de schade en het verzekerd risico, aldus Wandt. Volgens mij komt deze benadering het dichtst bij wat men in Nederland omschrijft als de toerekening naar redelijkheid.<sup>674</sup>

Indien de schade door meer dan één oorzaak ontstaan zou kunnen zijn, biedt de tekst van artikel 2.6 DTV-Güter 2000/2011 uitkomst. Hierin staat namelijk: ‘(...), hat der Versicherer den Schaden zu ersetzen, wenn er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch eine versicherte Gefahr herbeigeführt worden ist’.<sup>675</sup> A contrario redenerend betekent het dat de verzekeraar niet uit hoeft te keren wanneer van de twee mogelijke oorzaken de uitgesloten oorzaak het meest waarschijnlijk de schade heeft doen ontstaan.<sup>676</sup>

In de rechtspraak gaat men ervan uit dat bij meer mogelijke oorzaken, de ‘Causa-proxima-Regel’ de doorslaggevende maatstaf zou moeten zijn. Dit blijkt uit een recente uitspraak van het BGH waar een schip van Roemenië naar Oostenrijk voer en door averij schade opliep.<sup>677</sup> Het BGH overwoog in dezen: ‘(...) den Nachweis des Versicherers voraus, dass die Fahruntüchtigkeit des Schiffs oder seine nicht

668. Zie in gelijke zin Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-81.

669. De causaliteit is geregeld in artikel 2.6 DTV-Güter 2000/2011.

670. Zie hierover eveneens Terbille & Höra 2013, p. 523 en Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-154.

671. Zie I. Koller, ‘Transportversicherung’, in: Prölls/Martin, *Versicherungsgesetz*, München: C.H. Beck Verlag 2015, p. 769.

672. Zie hierover Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-152 en 153.

673. M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010, p. 309-311.

674. In Nederland mondde de adequatieleer overigens ook uit in de leer van de redelijke toerekening. Zie hierover eveneens paragraaf 2.2.2.

675. Zie [www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011\\_W2\\_Eingeschraenkte\\_Deckung.pdf](http://www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011_W2_Eingeschraenkte_Deckung.pdf).

676. Zie in gelijke zin Beckmann/Matusche Beckmann 2015, § 38-155.

677. (317) BGH 27 mei 2015, IV ZR 292/13, Karlsruhe. Zie *VersR* 2015, afl. 24, p. 1020-1024.

ausreichende Ausrüstung oder personelle Ausstattung für den eingetretenen Schaden ursächlich geworden sind (...). Auch hier ist nach der Causa-proxima-Regel wieder nur die mit hoher Wahrscheinlichkeit wirksamste, in ihrer Ursächlichkeit erheblichste Ursache in den Blick zu nehmen (...).<sup>678</sup>

Over de waarschijnlijkheid van het intreden van de schade heeft het OLG Saarbrücken in maart 2013 zich uitgesproken.<sup>679</sup> Tijdens vervoer in een door een orkest gehuurde bus ontstaat schade aan een contrabas. De contrabassist wilde haar instrument aanvankelijk mee de bus in nemen. De buschauffeur verbood dat echter om veiligheidsredenen en droeg op het in de aanhanger achter de bus te plaatsen. Bij aankomst op de plaats van bestemming blijkt de contrabas ernstig beschadigd doordat andere instrumenten (slagwerk) ertegenaan gevallen zijn gedurende de reis. De verzekeraar van de vervoerder beroept zich erop dat het instrument onvoldoende was ingepakt, waardoor de schade niet gedekt zou zijn. Hij slaagt echter niet in zijn beroep daarop en Baumann verklaart dit in zijn opmerking bij dit arrest:

‘(...) wenn der Schaden auf Vorsatz oder einem leichtfertigen Verhalten beruht, mit dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde. (...) Beweispflichtig hierfür ist jedoch der Anspruchsteller. Zwar wird seine Beweislast dadurch erleichtert, dass der Frachtführer sich wegen aller Umstände substantiiert einlassen muss, die in seinem eigenen Wahrnehmungs- und -kenntnisbereich liegen, zu denen der Anspruchsteller keinen Zugang hat. Hier allerdings hat die Musikerin dieselben oder sogar mehr Kenntnisse als der Busunternehmer. Ihm ist mithin keine weitere Aufklärung möglich und deshalb auch nicht von ihm zu verlangen.’<sup>680</sup>

In beginsel geldt ook in het Duitse verzekeringsrecht dat de verzekeraar die zich beroept op een dekkingsuitsluitingsgrond, moet bewijzen dat de schade ontstaan is door een van dekking uitgesloten evenement. Ook in Duitse rechtspraak neemt men de mogelijkheden om het bewijs te leveren in acht; de verzekeraar, die met de vervoerder of de ladingbelanghebbende een verzekeringsovereenkomst heeft gesloten, wordt qua bewijslast gelijkgesteld met de vervoerder of ladingbelanghebbende zelf. Ook de Duitse rechtspraak pleegt dus geen onderscheid te maken tussen de aansprakelijkheid van de vervoerder of ladingbelanghebbende enerzijds en de uitkeringsplicht van diens verzekeraar anderzijds.

#### 5.3.4 Eigen gebrek in het Engelse verzekeringsrecht

In Engeland geldt voor het zeeverzekeringsrecht de Marine Insurance Act 1906 (hierna: MIA 1906). In artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906 staat: ‘Unless the policy otherwise provides, the insurer is not liable for ordinary wear and tear, ordinary leakage and breakage, inherent vice or nature of the subject-matter insured, or for

678. (317) BGH 27 mei 2015, IV ZR 292/13, Karlsruhe, r.o. 44.

679. (11) OLG Saarbrücken 13 maart 2013, 5U 342/12, *VersR* 2014, afl. 2, p. 73-76.

680. W. Baumann, ‘Der Kontrabass auf Reisen’, *VersR* 2014, afl. 19, p. 810.



any loss proximately caused by rats or vermin, or for any injury to machinery not proximately caused by maritime perils.’

De interpretatie van deze bepaling is veelvuldig aan de orde in de Engelse literatuur en rechtspraak. Alleen al vanwege de uitleg van deze bepaling is het van belang om ook Engeland bij het rechtsvergelijkend onderzoek te betrekken. Voor het Engelse verzekeringsrecht staat overigens (ook) een wetswijziging op stapel. De Insurance Act 2015 zal deels de MIA 1906 vervangen maar deze zal niet eerder dan in augustus 2016 in werking treden.<sup>681</sup> Deze Insurance Act zal echter geen verandering brengen in de betekenis en geldigheid van de bepaling in artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906. De uitsluiting van ‘the inherent vice of the subject-matter insured’ als verzekerd risico, geldt overigens voor de verzekering in het algemeen.<sup>682</sup> Als algemene regel geldt bovendien dat het doel van verzekeren is het bescherming bieden aan ‘the risk of fortuitous happenings’.<sup>683</sup> Hieronder valt geen schade ontstaan door ‘wear and tear’ en deze is dan ook onder geen enkele vorm van verzekering gedekt.<sup>684</sup> Het vaststellen van het causaal verband is dus menigmaal van doorslaggevende betekenis. Zoals blijkt uit de bepaling, is in beginsel schade ontstaan door ‘ordinary wear and tear, ordinary leakage and breakage, inherent vice or nature of the subject-matter insured’ van dekking uitgesloten tenzij anders is bepaald in de verzekeringsovereenkomst. Het is derhalve geoorloofd om contractueel vast te leggen dat deze schade wel onder de dekking valt. Dit moet dan overigens expliciet vermeld staan in de overeenkomst.<sup>685</sup>

In de MIA 1906 zelf is geen definitie opgenomen van ‘inherent vice’ zoals bedoeld in de bepaling van artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906. De standaarddefinitie is afkomstig uit de zaak *Soya vs. White* uit 1980.<sup>686</sup> Lord Diplock heeft in casu overwogen: ‘It means the risk of deterioration of the goods shipped as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated voyage without the intervention of any fortuitous external accident or casualty.’<sup>687</sup> Sindsdien hanteert men deze omschrijving als standaarddefinitie bij de uitleg van artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906.<sup>688</sup>

Clarke verklaart het bestaan van de bepaling die schade, ontstaan door ‘inherent vice’, van dekking uitsluit als volgt: ‘If such loss occurs during the period, it lacks fortuity: it was always going to happen, sooner or later, during the period of cover

681. Zie hierover [www.out-law.com/en/topics/insurance/insurance-regulation](http://www.out-law.com/en/topics/insurance/insurance-regulation). Er geldt een ‘transition period’ van achttien maanden. De Insurance Act is 12 februari 2015 ondertekend en is derhalve 12 augustus 2016 in werking treden. Zie [www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/enacted](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/enacted).

682. Zie in gelijke zin R. Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, London: Thomson Reuters (Legal) Limited 2010 (hierna: Merkin 2010), nr. 19-056.

683. Merkin 2010, nr. 19-055.

684. Zie Merkin, die daarbij overigens direct verwijst naar de (zeeverzekeringsrechtelijke) MIA 1906. Merkin 2010, nr. 19-056.

685. Zie hierover ook Van Huizen 2015, p. 891.

686. [1983] 1 Lloyd's Rep. 122.

687. [1983] 1 Lloyd's Rep. 122, 126.

688. Deze betekenis geldt als algemene rechtsregel en een expliciete contractuele uitsluiting voegt daaraan niets toe volgens Merkin. Zie R. Merkin e.a., *Colinvaux's Law of Insurance: Second Supplement to the Ninth Edition*, London: Sweet & Maxwell 2013 (hierna: Merkin 2013), nr. 24-080C.

– in the particular case.<sup>689</sup> Dat dit als uitgangspunt geldt, is begrijpelijk en past ook bij het idee van verzekeren als risico-overdracht.<sup>690</sup> Toch zou het mogelijk moeten zijn om ook ‘inherent vice’ verzekeraar te maken. Daarbij zou dan het uitgangspunt moeten zijn dat weliswaar zeker is dat schade zich vroeg of laat zal voordoen maar dat nog onzeker is wanneer en in welke mate.<sup>691</sup> Clarke onderkent overigens ook de problematiek met betrekking tot het risico-element waaraan voldaan moet zijn enerzijds en de wetenschap dat de schade zich gaat manifesteren anderzijds. Hij gaat daarbij in op het feit dat vroeg of laat alle goederen bederven of in kwaliteit achteruitgaan, dat achteraf bezien het zonneklaar kan zijn dat goederen bij aanvang van de reis behept waren met een ‘inherent vice’ maar dat dit niet of nauwelijks duidelijk was bij het begin van het vervoer en ten slotte dat het de vraag is of bij de wetenschap moet worden uitgegaan van een alwetendheid of van de kennis van de partijen.<sup>692</sup> Moet, met andere woorden, de wetenschap objectief of subjectief worden vastgesteld? Clarke is van mening dat een objectieve benadering meer aansluit bij de commerciële zekerheid.<sup>693</sup> Mijns inziens zouden in dezen overigens ook objectieve maatstaven doorslaggevend moeten zijn.<sup>694</sup>

Zowel Clarke als Rose benadrukken dat schade ontstaan door een ‘inherent vice’ niet per definitie onvermijdelijke schade hoeft te zijn om een beroep op de dekingsuitsluitingsgrond ‘inherent vice’ te doen slagen.<sup>695</sup> In sommige gevallen is een schade voorzienbaar en niet per definitie onvermijdelijk maar toch kan dan sprake zijn van een toevallige gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt. Ook Gilman benadrukt dat ‘inherent vice’ niet betekent dat de schade onvermijdelijk moet ontstaan. Hij voegt daaraan toe dat het onderscheid zit in ‘damage caused by any external occurrence, and damage resulting solely from the nature of the thing itself’.<sup>696</sup> Het is volgens Gilman de facto net zo willekeurig dat schade ontstaat door een ‘inherent vice’ als door een ‘peril of the sea’.

Ook het Supreme Court gaat uit van deze opvatting in de zaak *Cendor Mopu*.<sup>697</sup> In deze zaak heeft de verzekerde zijn schade bij de verzekeraar geclaimd, stellende dat het verlies veroorzaakt was door een ‘peril of the sea’ (namelijk ‘the fortuitous intervention of the waves’). De verzekeraar heeft echter tegengeworpen dat het ongeval te wijten was aan een van dekking uitgesloten oorzaak, te weten ‘inherent vice’. Daarmee zou op de verzekeraar in dit geval geen uitkeringsplicht rusten. In

689. M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London: Informa 2009 (hierna: Clarke 2009), p. 495.

690. Zie hierover eveneens P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 35-36.

691. Zie over onzekerheid in het verzekeringsrecht uitgebreid hoofdstuk 3.

692. Clarke 2009, p. 496.

693. Zie Clarke 2009, p. 497.

694. Daar ben ik eerder uitvoerig op ingegaan in paragraaf 3.5.3.

695. Zie F.D. Rose, *Marine Insurance: Law and Practice*, London: Informa 2012 (hierna: Rose 2012), p. 383 en Clarke 2009, p. 494.

696. Zie J. Gilman e.a., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, London: Sweet & Maxwell 2013 (achttiende druk; hierna: Arnould 2013), nr. 22-25.

697. Verschillende auteurs hebben reeds stilgestaan bij deze uitspraak. Zie bijvoorbeeld N.J. Margetson, ‘*Cendor MOPU – Inherent Vice or Peril of the Sea?*’, *EJCL* 2011, afl. 2, p. 58-62 en Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht’, *NTHR* 2013, afl. 5, p. 258-265 (hierna: Van Huizen 2013). Deze uitspraak heb ik al eerder besproken in *TVR* (Brouwer 2012, p. 69-73) en ook in hoofdstuk 2 is deze uitspraak aan de orde.

de polis waren de Cargo Institute Clauses geïncorporeerd, die immers schade ontstaan door ‘inherent vice’ van dekking uitsluiten. Zowel Lord Mance als Lord Clarke drukken zich in casu expliciet uit in de zin dat een ‘inherent vice’ niet ‘inevitable’ dient te zijn. Lord Mance overweegt hierover: ‘Inevitability is not the test of inherent vice, just as lack of inevitability is no proof of a fortuitous external accident or casualty.’<sup>698</sup> En later overweegt Lord Clarke: ‘In such a case the loss or damage may not be inevitable but will nevertheless be irrecoverable. The cases make it clear that, at any rate in a perils of the seas case, the critical question is whether or not the conditions of the sea were such as to give rise to a peril of the seas which caused some fortuitous accident or casualty. It is important to note that the cases show that it is not the state of the sea itself which must be fortuitous but rather the occurrence of some accident or casualty due to the conditions of the sea.’<sup>699</sup>

Overigens hanteert het Supreme Court hier de definitie van ‘inherent vice’, afkomstig van Lord Diplock uit *Soya vs. White* die ik eerder weergaf.<sup>700</sup> Het gebruik van de definitie van Lord Diplock staat weliswaar niet ter discussie in *Cendor Mopu* maar wel wordt overwogen welke betekenis hieraan moet worden toegekend in onderhavig geschil. Zowel Lord Mance als Lord Saville zijn het erover eens dat deze definitie het toerekenen van schade aan ‘inherent vice’ verhindert, wanneer iets dat kan worden beschouwd als een ‘fortuitous external accident or casualty’, de schade (mede) heeft veroorzaakt.<sup>701</sup> Alleen in gevallen dat schade is ontstaan door de interne eigenschappen van de verzekerde goederen zelf zonder tussenkomst van enig ‘fortuitous accident or casualty’, zal de verzekeraar een gegronde reden hebben onder zijn uitkeringsplicht uit te komen: ‘inherent vice would cover inherent characteristics of or defects in a hull or cargo leading to it causing loss or damage to itself – in each case without any fortuitous external accident or casualty’.<sup>702</sup> Als er op welke manier dan ook sprake is van tussenkomst van een toevallige, externe (ongelukkige) gebeurtenis, zal enkel deze worden beschouwd als de rechtens relevante oorzaak van de schade (en dus niet ‘inherent vice’).<sup>703</sup> Sinds deze uitspraak van het Supreme Court kan alleen dan schade geacht worden door een ‘inherent vice’ ontstaan te zijn als niet ook een ‘peril of the sea’ zou kunnen worden aangewezen als schadeoorzaak.<sup>704</sup> De zaak *Cendor Mopu* verandert dan misschien niet de definitie van ‘inherent vice’ maar plaatst haar op zijn minst in een ander perspectief.

Bij het geschil in de zaak *Cendor Mopu* speelde overigens niet alleen de vraag welke oorzaken waren aan te wijzen voor de schade een belangrijke rol maar ook hoe het causaal verband diende te worden vastgesteld. Het causaal verband speelt regelmatig een belangrijke rol wanneer eigen gebrek in het geding is, juist omdat dikwijls naast het eigen gebrek er nog (minstens) een oorzaak is aan te wijzen waardoor de schade mogelijkterwijs is ontstaan. Als algemene regel kan worden aangenomen dat de verzekeraar alleen die schade hoeft te vergoeden die is ‘proximately caused

698. *Cendor Mopu*, r.o. 51.

699. *Cendor Mopu*, r.o. 103.

700. *Zie Cendor Mopu*, r.o. 24.

701. *Zie Cendor Mopu*, r.o. 81 en hierover eveneens Arnould 2013, nr. 22-26.

702. *Cendor Mopu*, r.o. 81.

703. *Zie eveneens Arnould 2013*, nr. 22-26.

704. *Zie in gelijke zin Merkin 2013*, nr. 24-063.

by the peril covered against. (...) a proximate cause is not the first, or the last or the sole cause of the loss; it is the dominant or effective or operative cause. The insurer is liable if such a cause is within the risks covered by the policy and is not liable if it is within the perils excepted.<sup>705</sup> Merkin merkt daarenboven op dat de toepassing van de *proximate-cause*-leer gebaseerd is op de veronderstelde intentie van de partijen bij de verzekeringsovereenkomst.<sup>706</sup> Zowel in het handboek van Colinvaux als in dat van MacGillivray wordt overigens onmiddellijk erbij vermeld dat de doctrine weliswaar eenvoudig is maar dat het vaststellen van die proximate cause in elke afzonderlijke situatie problematisch kan blijken.<sup>707</sup> MacGillivray gaat trouwens expliciet in op het punt van twee ‘effective causes’ zoals behandeld in de zaak *Cendor Mopu* en vermeldt dat ook nadien in gelijke zin is overwogen door het Supreme Court.<sup>708</sup>

Vanaf de uitspraak in de zaak *J.J. Lloyd Instruments Ltd. vs. Northern Star Insurance Co. Ltd.* uit 1986 stond overigens vast dat het mogelijk is om meer dan één proximate cause aan te wijzen.<sup>709</sup> De zaak *Miss Jay Jay* beschouwt men als het klassieke voorbeeld van een zaak waarin twee oorzaken als ‘proximate cause of the loss’ kunnen worden aangewezen.<sup>710</sup> Slade LJ overweegt in casu: ‘(...) I think it clear on any commonsense view that the sea conditions at the relevant time must be regarded as at least a cause, whether or not the proximate cause, of the damage to the yacht, (...). However, (...) the faulty design and construction of the boat must also be regarded as at least a cause, whether or not the proximate cause of the damage. On a commonsense view of the facts both these two causes were, in my opinion, equal, or at least nearly equal, in their efficiency in bringing about the damage.’<sup>711</sup>

In de zaak *Cendor Mopu* bleef overeind dat het mogelijk is om meer dan één ‘proximate cause of the loss’ aan te wijzen. Zowel Lord Saville als Lord Mance en Lord Clarke verwezen naar de zaak *Miss Jay Jay* in hun overwegingen en beschouwden deze als vaststaande jurisprudentie. Het Supreme Court ging er in de zaak *Cendor Mopu* echter van uit dat als de schade is veroorzaakt door ‘perils of the seas or other external fortuities’ waaraan het verzekerde schip of de verzekerde lading geen weerstand kon bieden vanwege ‘inherent weakness’, niet langer kan (of zou moeten)

705. MacGillivray 2012, nr. 20-001. Deze regel komt voort uit de interpretatie van de regel in zeeverzekeringsrechtelijke casus maar is niettemin een voorbeeld van een algemene regel die geldt voor elke vorm van verzekeringsrecht in Engeland.

706. Merkin 2010, nr. 5-029.

707. Zie Merkin 2010, nr. 5-029 en MacGillivray 2012, nr. 20-001.

708. Zie uitgebreid MacGillivray 2012 en *MacGillivray on Insurance Law: Second Supplement to the Twelfth Edition*, London: Sweet & Maxwell 2014 (hierna: MacGillivray 2014), nr. 20-005 onder verwijzing naar *ENE Kos 1 Ltd vs. Petroleo Brasileiro S.A. (The ‘Kos’)* [2012] 2 Lloyd’s Rep. 292. MacGillivray gebruikt alleen maar zeevervoerrechtelijke zaken voor de uitleg in het handboek dat algemeen verzekeringsrecht behandelt. Ook Merkin verwijst voor de uitleg van de *inherent-vice*-problematiek naar zijn hoofdstuk over ‘marine insurance’, waarbij de zaak *Cendor Mopu* een belangrijke positie inneemt. Zie Merkin 2010, nr. 19-056, 24-080 en 24-081.

709. *J.J. Lloyd Instruments Ltd. vs. Northern Star Insurance Co. Ltd.*, Court of Appeal 15 oktober 1986, 1987 WL 491826 (*The ‘Miss Jay Jay’*).

710. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 22-18. Eerder ging ik hier uitvoerig op in, zie paragraaf 2.3 van dit proefschrift.

711. *J.J. Lloyd Instruments Ltd. vs. Northern Star Insurance Co. Ltd.*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 32 CA (*The Miss Jay Jay*), Slade LJ, Submission B.

worden uitgegaan van twee ‘proximate causes of the loss’.<sup>712</sup> Het Supreme Court stelde dat de schade dan volledig aan het gedekte evenement kan worden toegerekend ook als een andere oorzaak gevonden zou kunnen worden in een eigen gebrek.<sup>713</sup> In casu viel de schade dus wel onder de verzekeringsdekking ook al was deze deels te wijten aan het eigen gebrek van het verzekerd object. Wanneer een van de oorzaken een ‘inherent vice’ (en dus uitgesloten van dekking) is en de andere oorzaak gedekt is, komt men de facto niet (meer) toe aan de vraag of er twee ‘proximate causes of the loss’ zijn te benoemen. Het Supreme Court beschouwt het gedekte evenement in zo’n situatie als de ‘dominant cause’ waaraan de hele schade moet worden toegerekend.

Een van de belangrijke vraagstukken was hier de betekenis van de exceptie ‘inherent vice’ in artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906. Het Supreme Court maakt het voor verzekeraars een stuk lastiger om (gedeeltelijk) onder de verzekeringsplicht uit te komen indien sprake is van zowel een ‘inherent vice’ als van een ‘external fortuity’. In deze situaties kan volgens het Supreme Court geen sprake meer zijn van twee ‘proximate causes’ en het gedekte evenement geldt dan als ‘the proximate cause’.<sup>714</sup> Waar voorheen nog verschil werd gemaakt door expliciet van dekking uitgesloten risico’s en wettelijk uitgesloten evenementen, is ook voor dit onderscheid nu geen plaats meer.<sup>715</sup> In het handboek van Arnould staat hierover: ‘(...) loss or damage caused by inherent vice (...) would not be covered in any event under the usual wording of all risks clauses which only afford cover where a fortuitous accident or casualty can be established or inferred’.<sup>716</sup> Dus alleen wanneer de verzekeraar erin slaagt om te bewijzen dat de schade is ontstaan *enkel* door het eigen gebrek, zal een beroep op ‘inherent vice’ als dekkingsuitsluitingsgrond kans van slagen hebben. De verzekeraar moet dan kunnen aantonen dat de schade ook zou zijn ontstaan onder normale omstandigheden en dus op geen enkele manier te wijten is aan een van buiten komend onheil.<sup>717</sup> Met de uitspraak in de zaak *Cendor Mopu* lijkt de mogelijkheid van proportionele verdeling in geval van schade, die onder meer is ontstaan door ‘inherent vice’, voorlopig helaas van de baan in Engeland.<sup>718</sup> Deze ontwikkeling is mijns inziens betreurenswaardig, vooral ook omdat eerder (juist) in Engeland daarvoor regelmatig ruimte was.

Bij de zaak *Cendor Mopu* was dus in het geding of de verzekeraars zich terecht op de dekkingsuitsluitingsgrond ‘inherent vice’ konden beroepen en daarbij is een belangrijke rol weggelegd voor de causaliteitskwesitie. Daarnaast stond de betekenis van ‘perils of the seas’ ter discussie in de zaak *Cendor Mopu*. Het blijkt dat er geen

712. Zie in gelijke zin paragraaf 2.3.

713. Zie ook Van Huizen 2013, p. 263-264.

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

715. Zie hierover eveneens Van Huizen 2015, p. 891-892.

716. Arnould 2013, nr. 23-73.

717. Zie tevens Arnould 2013, nr. 23-73 en Van Huizen 2015, p. 892.

718. De auteurs van het handboek van Arnould omschrijven het zo: ‘It seems clear from the decision in *The Cendor Mopu* that two-cause analysis where unseaworthiness (an inability to withstand the ordinary perils of the seas of the adventure insured) and the action of those perils can properly be seen as both being proximate causes is a logical impossibility. (...) *The Cendor Mopu* is simply an illustration of a case where the loss was held as a matter of common sense to be caused by perils of the seas.’ Zie Arnould 2013, nr. 23-15.

minimumvereiste is om te voldoen aan de eis van ‘fortuity’ tegenover de ‘ordinary action of the wind and waves’. Sterker nog: het in eerdere instantie gesuggereerde gebruik van een soort classificatie werd door het Supreme Court van de hand gewezen.<sup>719</sup> Lord Mance overweegt hierover: ‘I am not attracted to a solution which depends upon identifying gradations of adverse weather conditions.’<sup>720</sup>

Ook Lord Clarke ziet weinig heil in het toepassen van deze methode, daarbij in overweging nemende dat ‘the question in each case is whether the sea conditions were such as to have caused a fortuitous accident or casualty’.<sup>721</sup> Lord Mance overweegt in dezen: ‘the immediate cause to initial unseaworthiness as the real, dominant or effective cause. That is of course the essential issue in this case.’<sup>722</sup>

Daaraan voegt Lord Mance later toe: ‘The present hypothesis is of two concurrent risks arising independently but combining to cause a loss.’<sup>723</sup> En voorts: ‘There seems to me some oddity in treating clause 4.4 [van de Institute Cargo Clauses, toevoeging HMBB] as leading to a fundamentally different result from that which would have applied had section 55(2)(c) alone been in question.’<sup>724</sup> Het komt er samengevat op neer dat elke oorzaak die kan worden beschouwd als ‘external fortuitous casualty’, verhindert dat de schade kan worden toegeschreven aan een ‘inherent vice’. Als een ‘peril of the sea’ van kracht blijkt, dan is het al dan niet bestaan van een ‘inherent vice’ niet langer relevant.<sup>725</sup>

Af en toe is de scheidslijn heel dun tussen ‘an external fortuity’ en een ‘inherent vice’. In sommige gevallen is de schade rechtens relevant veroorzaakt door een ‘inherent vice’. Vervolgens heeft dat er weer voor gezorgd dat een van buiten komend evenement zich voordeed. De casus in de zaak T.M. Noten B.V. vs. Harding is hiervan een treffend voorbeeld.<sup>726</sup> Daar ontstond weliswaar de schade door de ‘inherent nature of the subject matter’ maar waren eveneens externe factoren van invloed op het ontstaan van de schade. Tijdens het vervoer van leren handschoenen maakte condens uit de vervoerde handschoenen de kartonnen dozen waarin zij werden vervoerd, nat waardoor de handschoenen beschimmelden. In casu overwoog het Court of Appeal dat de schade was ontstaan door een ‘inherent vice’ ook al was het ontstaan van de schade niet onvermijdelijk. Bovendien beschouwde het Court of Appeal het feit dat het vocht uit de goederen was gecondenseerd en er ook weer op teruggekeerd, niet als een ‘external cause’.<sup>727</sup> Zelfs als de verzekeraar de exceptie van ‘inherent vice’ kan aantonen, komt hij toch niet onder zijn uitkeringsplicht uit als het verzekerd risico zowel externe als interne schadeoorzaken behelst. Uit het arrest T.M. Noten B.V. vs. Harding wordt echter duidelijk dat hiervan geen sprake is in het geval dat het enige van buiten komend evenement dat schade veroorzaakt aan de goederen, voortkomt uit de goederen zelf.<sup>728</sup> In zo’n situatie kan men ‘the inherent vice or nature of the subject matter’ beschouwen als de

719. Zie in gelijke zin Arnould 2013, nr. 23-14.

720. *Cendor Mopu*, r.o. 79.

721. *Cendor Mopu*, r.o. 104.

722. *Cendor Mopu*, r.o. 57.

723. *Cendor Mopu*, r.o. 88.

724. *Cendor Mopu*, r.o. 88.

725. Zie hierover eveneens Merkin 2013, nr. 24-132I.

726. T.M. Noten B.V. vs. Harding [1990] Lloyd’s Rep. 283.

727. Zie Rose 2012, p. 385.

728. Zie hierover tevens paragraaf 4.1.2.

'proximate cause'.<sup>729</sup> De schade die hierdoor is ontstaan, valt dan wel buiten de verzekeringsdekking.<sup>730</sup>

In de zaak *Flowergate* uit 1967 stond de bewijslast betreffende 'inherent vice' ter discussie. In casu kwam cacao beschimmeld aan en stelde de eiser de gedaagde vervoerder aansprakelijk voor de schade. Deze beriep zich op de uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van 'inherent vice'. Dit beroep slaagde aangezien er voldoende bewijs was dat 'moisture causing damage came from the cocoa itself and that there was no negligence on their part'. Bovendien overwoog Judge Roskill dat 'the burden of proving inherent vice was on the defendants, but they need not also negative negligence'.<sup>731</sup> In onderhavige zaak was het derhalve voldoende om aan te tonen dat de cacao al veel te vochtig was ingeladen; bewijs dat aan de zorgplicht was voldaan, was niet vereist.

De bewijslast dat de schade is ontstaan door een 'inherent vice' ligt bij de verzekeraar. Om zich met succes op de dekkingsuitsluitingsgrond te beroepen, moet hij aantonen dat de schade is 'proximately caused by the inherent vice'.<sup>732</sup> Zelfs al kan de verzekeraar aantonen dat de schade is veroorzaakt door een 'inherent vice', bestaat er nog steeds een kans dat hij alsnog dient uit te keren. Dat is namelijk het geval als het verzekerd risico expliciet bestaat uit zowel externe als interne factoren.<sup>733</sup> Zoals gezegd kan de verzekeraar alleen erin slagen om onder zijn uitkeringsplicht uit te komen als de toevallige gebeurtenis die inwerkt op het verzekerde goed, voortvloeit uit het goed zelf.<sup>734</sup> Het handboek van MacGillivray gaat eveneens in op het punt van de bewijslast.<sup>735</sup> De auteurs stellen zich verder de vraag of 'inherent vice falls to be treated as an exclusion under the principles set out in *Munro Brice*, since it is arguable that clauses excluding inherent vice do no more than replicate the effect of s.55(2)(c) of the Marine Insurance Act 1906 which has the effect of delimiting the scope of cover against perils of the seas, rather than of excluding some risks which are actually perils of the seas from cover'. De bewijslast dat de schade te wijten is aan een gedekt evenement, zoals 'perils of the sea', ligt bij de verzekerde.<sup>736</sup> Het is daarbij voldoende indien deze aantoont dat de 'proximate cause' valt binnen de risico's waartegen hij is verzekerd. Het is derhalve niet nodig dat hij aantoont hoe het voorval precies is ontstaan. Wanneer de verzekeraar zich vervolgens beroept op een van de dekkingsuitsluitingsgronden, zal deze suc-

729. Zowel in het zeeverzekeringsrecht als daarbuiten geldt dat de proximate cause moet worden bepaald om het causaal verband vast te stellen. Zie eveneens Merkin 2010, nr. 5-029.

730. Zie in gelijke zin Rose 2012, p. 387. Dat sprake moet zijn van schade 'proximately caused by the inherent vice' blijkt uit artikel 55 lid 2 sub c MIA, waarin is bepaald dat schade ontstaan door een inherent vice is uitgesloten van dekking.

731. *Jahn (t/a CF Otto Weber) vs. Turnbull Scott Shipping Co Ltd (The 'Flowergate')*, Queen's Bench Division (Commercial Court) 25 november 1966, [1967] 1 Lloyd's Rep. 1.

732. Zie in gelijke zin Rose 2012, p. 386.

733. Zie hierover Rose 2012, p. 387.

734. Zoals hiervoor aan de orde bij de bespreking van de zaak *T.M. Noten B.V. vs. Harding*.

735. MacGillivray 2012, nr. 20-007 en MacGillivray 2014, nr. 20-007. Een aantal standaardregels, afkomstig uit het zeeverzekeringsrecht, wordt weergegeven. Zij gelden voor alle vormen van verzekering en zijn afgeleid van de zaak *Munro Brice & Co vs. War Risks Association* [1918] 2 K.B. 78. 'Although the decision concerned a dispute as to whether a ship was lost from perils of the seas (...), the principles accepted by the judge are applicable to all classes of insurance.' MacGillivray 2012, nr. 20-007.

736. Zie hierover eveneens MacGillivray 2012, nr. 20-006.

cesvol moeten bewijzen dat dit risico niet onder de dekking valt. In de zaak *Cendor Mopu* was bijvoorbeeld in het geding of de ‘inherent vice’-bepaling moest worden gezien als een uitsluiting of als een afbakening van de reikwijdte van de dekking tegen ‘perils of the seas’. Bij de bewijslast van de verzekeraar dat het risico buiten de dekking valt, spe(e)l(t)en dus tevens de (uitleg van de) polisvoorwaarden een belangrijke rol.<sup>737</sup>

### 5.3.5 Balans

Op basis van deze rechtsvergelijking lijkt unaniem te gelden dat het aan de verzekeraar is om eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond te bewijzen. In het geval dat, bijvoorbeeld, de verzekerde vervoerder wordt aangesproken voor de schade, kan diens (vervoerdersaansprakelijkheids)verzekeraar dus gebruikmaken van de bewijsstukken die de verzekerde ter beschikking staan. De facto hoeft de verzekeraar dus niet uit te keren als hij kan aantonen dat de aangesproken verzekerde niet aansprakelijk is voor de schade op grond van een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek.<sup>738</sup> Andere aspecten die in deze paragraaf aan de orde waren, zijn hoe men feitelijk vaststelt dat sprake is van een eigen gebrek als (een) oorzaak van de schade en wat men beschouwt als een eigen gebrek zodat een beroep op de dekkingsuitsluitingsgrond slaagt.

In Nederland is de heersende leer aangaande causaliteit in het verzekeringsrecht de *dominant-cause*-leer op basis van rechtspraak en literatuur. De Rechtbank Amsterdam heeft overigens in de zaak (van 3 december 2014) waarbij de tabak nat, beschimmeld en door tabakskevers aangetast in Nederland aankwam, niet de *dominant-cause*-leer toegepast.<sup>739</sup> Was dat wel gebeurd, dan zou meteen duidelijk zijn dat het slechte weer niet de enige *dominant cause* van de schade was. Het is slechts een ‘effective cause’ en niet *de* ‘effective cause’ (er kunnen dus nog andere *dominant causes* zijn). Nu het slechte weer hier niet de enige *dominant cause* was, zou proportionele verdeling denkbaar zijn en ik zou daar in concreto zeker voor pleiten. De schade is weliswaar deels door het slechte weer (en dientengevolge de vertraging) ontstaan maar het is niet te zeggen of zonder de vertraging geen zweetschade (die niet gedekt is door de verzekering omdat deze valt onder de uitsluiting op grond van eigen gebrek) was opgetreden. Bovendien betekent het evenmin dat de container niet lek zou zijn (en dat zou dan ook niet gedekt zijn onder de polis). Het slechte weer op Cuba is ten minste een ‘effective cause’ geweest voor het intreden van de schade maar het is niet terecht om daarmee terzijde te schuiven dat ook een deel van de schade te wijten is aan de gebrekkige verpakking en aan het eigen gebrek van de tabak. Voor dat deel zou de verzekeraar de dekkingsuitsluitingsgrond succesvol moeten kunnen invoeren. Dat zou leiden tot een meer billijke oplossing. Misschien heeft de rechtbank aangesloten bij het slechte weer als enige *dominant cause* om te oordelen overeenkomstig de uitspraak in de zaak *Cendor Mopu* maar de vraag is of dat een gunstige ontwikkeling voor vervoerders en transportverzekeraars is. Moet men in Nederland per se aan willen sluiten bij deze Engelse ontwikkeling?

737. Zie ook MacGillivray 2012, nr. 20-007.

738. Er is dan dus geen sprake van een ‘hypothetisch dekkingsgat’.

739. Deze zaak is hiervoor reeds uitgebreid aan de orde geweest, zie paragraaf 5.3.1.



Volgens mij past de gedachtegang van het Supreme Court onvoldoende bij de Nederlandse praktijk. Als de schade deels door een eigen gebrek is veroorzaakt en deels door een gedekt evenement, zou er ruimte moeten zijn voor proportioneel verdelen dan wel voor verdelen in gelijke delen (indien proportioneel niet mogelijk is). Overigens is ook Clarke van mening dat proportionele verdeling nog steeds zou moeten prevaleren in de situatie waarbij sprake is van twee ‘concurrent and proximate causes, one peril and the other an exception’. De gebeurtenissen moeten dan onafhankelijk van elkaar kunnen worden beschouwd; dit houdt in dat de ene gebeurtenis zonder de andere de schade ook effectief zou hebben veroorzaakt. In zo’n geval heeft de verzekeraar alleen uitkeringsplicht voor dat deel van de schade dat is te wijten aan het gedekte risico en kan hij zich voor het overige beroepen op het eigen gebrek, dat van dekking is uitgesloten.<sup>740</sup>

Wanneer proportionele verdeling geldt als een reële oplossing, is het aan de ene kant voor de verzekerde niet zinloos om zich te verzekeren tegen schade ontstaan tijdens het vervoer. Anderzijds is het voor de verzekeraar nog steeds zinvol om in zijn polis eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond op te nemen. Nu het Supreme Court in de zaak *Cendor Mopu* het standpunt heeft ingenomen dat indien er twee of meer mogelijke schadeoorzaken zijn aan te wijzen, waarvan een is gedekt onder de polis en de andere een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek is, de schade volledig onder de verzekeringsdekking valt, is het de vraag of dit ook consequenties zal krijgen voor de Nederlandse (rechts)praktijk. Als men in Nederland in vergelijkbare zin gaat oordelen in zodanige situaties, dan zullen verzekeraars er niet langer op kunnen vertrouwen dat zij met succes schade door eigen gebrek kunnen uitsluiten van dekking. Zij zullen dan ongetwijfeld zowel de polis als de premie moeten herzien. Het risico dat zij overnemen is dan immers veel groter.

#### 5.4 Conclusie en aanbevelingen

Van belang bij de definitie van eigen gebrek is vast te stellen of men de term in enge of in ruime zin gebruikt. In ruime zin omvat ‘eigen gebrek’ namelijk zowel het eigen gebrek van de verzekerde zaak als de aard van de zaak. In enge zin gebruikt men de term om een minderwaardige hoedanigheid die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, aan te geven. De aard van de zaak duidt in deze uitleg dan op een normale eigenschap (hoedanigheid) van de verzekerde zaak.<sup>741</sup> Ook de verpakking van de goederen kan men beschouwen als onderdeel van de goederen en haar eigen gebrek leidt dan ook tot een eigen gebrek van de goederen. In het verlengde hiervan kan men stellen dat een container verpakking van de goederen is. Daaruit volgt dat een eigen gebrek van de container eveneens te beschouwen is als een eigen gebrek van de goederen. Het blijkt evenwel dat niet per definitie evident is dat een container als verpakking heeft te gelden. Dieryck haalt een arbitrale uitspraak aan waarin het scheidsgerecht een tweedeling maakt:

740. Zie ook Clarke 2009, p. 833.

741. Door omschrijving met gebruikmaking van ‘hoedanigheid’ kan het zowel betrekking hebben op een afwijking ten opzichte van de normale eigenschap(pen) van de soort als op een normale eigenschap van de verzekerde zaak (zoals, bijvoorbeeld, de bederfelijkheid van fruit). Blom kiest hier bewust voor en ik neem dat graag van hem over. Zie Blom 2006, p. 91-92 en Brouwer 2015, p. 435.

de container die gestuwd wordt aangeboden aan de vervoerder, kan worden beschouwd als verpakking maar de container die door de vervoerder wordt gebruikt om de aangeboden goederen in te stuwen, kan worden beschouwd als vervoermiddel.<sup>742</sup> In het verlengde hiervan zou ik willen bepleiten om in beginsel uit te gaan van de container als verpakking tenzij uit de overeenkomst anders blijkt. Het is derhalve aan te raden om dit helder in de verzekeringsovereenkomst op te nemen zodat een dekkingsgeschil op dat punt efficiënt kan worden opgelost.

Op basis van de literatuur en jurisprudentie geldt een aantal uitgangspunten voor de vaststelling of sprake is van een eigen gebrek. Het aan het licht komen van het eigen gebrek is doorslaggevend voor het tijdstip waarop het eigen gebrek kan worden vastgesteld. Het is derhalve niet vereist dat het eigen gebrek zich al heeft gemanifesteerd voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.<sup>743</sup> Voor een succesvol beroep op eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond is het bovendien niet vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak al bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst aanwezig was.<sup>744</sup> Ten slotte is sinds het begin van de vorige eeuw een basisprincipe dat de uitsluiting van dekking in geval van eigen gebrek van een zaak alleen ziet op de stoffelijke eigenschappen van die zaak.<sup>745</sup>

Van een dekkingsgat tussen de verzekeringsdekking en de schade van de verzekerde is geen sprake omdat steeds de bewijslast onmiddellijk bij de verzekeraar ligt. Wat overblijft, is de problematiek rondom meervoudige causaliteit waarbij een van de mogelijke oorzaken een eigen gebrek is. Vooral in het licht van de zaak *Cendor Mopu* lijkt in zo'n situatie geen plaats meer voor (gedeeltelijke) uitsluiting van dekking op grond van inherent vice.

Voorts is het causaliteitscriterium van belang voor eigen-gebrek-kwesties omdat dit eveneens speelt in die gevallen waarbij de schade het gevolg zou kunnen zijn van meer oorzaken, waaronder een eigen gebrek.<sup>746</sup> Het blijkt dat men in Nederland doorgaans de *dominant-cause*-leer toepast om de rechtens relevante oorzaak vast te stellen. Verder geldt voor de transportverzekering dat men kan spreken van een eigen gebrek als rechtens relevante oorzaak indien de goederen niet bestand zijn tegen de normale omstandigheden tijdens een bepaald type vervoer in een specifiek jaargetijde. Het eigen gebrek kan dan eventueel naast andere oorzaken worden aangewezen.<sup>747</sup>

De *dominant-cause*-leer past men op dit punt in Nederland toe in navolging van haar toepassing in Engeland. Daar legt men immers de in artikel 55 lid 2 sub c MIA 1906<sup>748</sup> neergelegde maatstaf van de 'proximate cause' inmiddels naar vaste juris-

742. Zie Dieryck 2005, nr. 382.

743. De Hoge Raad heeft dit overwogen in het *Corrosie*-arrest. Sindsdien is deze uitspraak uitgebreid besproken en aangehaald in de literatuur.

744. Dit blijkt uit het arrest *Che Guavara*.

745. Dit blijkt uit het arrest *Gummiwaren*.

746. Dit blijkt onder meer uit het arrest *Che Guavara* en wordt inmiddels praktisch iedere keer toegepast. In de literatuur lijkt men inmiddels ook hiervan uit te gaan als 'standaardcriterium'.

747. In gelijke zin Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

748. Dit artikel bepaalt onder meer dat schade ontstaan door 'inherent vice' is uitgesloten van dekking.

prudentie uit volgens de leer van de *dominant cause*. In Duitsland verwijst men voor de vaststelling van het causaal verband naar de Causa-proxima-Regel. Bij de uitleg van deze regel blijkt echter dat in ingewikkelde gevallen gezocht moet worden naar de ‘Schutzzweckzusammenhang’. In zulke situaties dient men te onderzoeken of er voldoende samenhang is tussen de oorzaak van de schade en het verzekerd risico. Ook in Duitsland gaat men dus bij toepassing van de Causa-proxima-Regel niet uit van de oorzaak die in tijd het meest dichtbij de schade ligt. Men is op zoek naar de oorzaak waaraan de schade in redelijkheid is toe te rekenen. In België is niet een expliciete causaliteitsmaatstaf opgenomen. In de rechtspraak tracht men de rechtens relevante oorza(a)k(en) te vinden; gebaseerd op enkele overwegingen lijkt men door te redeneren vanuit de *condicio-sine-qua-non*-theorie (CSQN).<sup>749</sup>

Het ziet ernaar uit dat niet in elke jurisdictie de verzekeraar nog evenveel kans maakt om zich met succes te beroepen op de dekkingsuitsluitingsgrond ‘eigen gebrek’. In Engeland is sinds het arrest *Cendor Mopu* grote verandering gekomen in de houding ten opzichte van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond in de gevallen dat er meer dan één mogelijke oorzaak van de schade is, waarvan één gedekt is onder de verzekeringsovereenkomst en de ander een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek is. Het is nog onduidelijk in hoeverre dit zijn weerslag krijgt in de rechtspraak op het continent. In Engeland geldt de uitspraak *Cendor Mopu* inmiddels als ‘leading case’ in dergelijke geschillen; in Nederland gaat men er tot op heden nog van uit dat het eigen gebrek naast andere oorzaken kan bestaan en de verzekeraar zich (deels) hierop kan beroepen. Ik hoop dat men in Nederland niet het Engelse voorbeeld gaat volgen. Dat zou betekenen dat in zulke gevallen alle schade wordt toegeschreven aan het gedekte risico. Ik raad aan om in die situaties vast te blijven houden aan het vaststellen van de rechtens relevante oorza(a)k(en) die de schade effectief heeft (hebben) doen ontstaan. In het verlengde daarvan bepleit ik de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan één *dominant cause*.<sup>750</sup> Daarbij zou een proportionele verdeling dan wel verdeling in gelijke delen eveneens tot de mogelijkheden moeten behoren.<sup>751</sup> In gevallen waarbij eigen gebrek een rol speelt, is deze benadering doorgaans doeltreffend en bovendien billijk voor alle partijen.<sup>752</sup> Het is niet zelden dat schade ontstaat door een aantal oorzaken waaronder het van dekking uitgesloten eigen gebrek en (een) oorza(a)k(en) die wel gedekt zijn (is) onder de verzekering. Ik zou willen aanbevelen om de causaliteitsmaatstaf expliciet op te nemen in de verzekeringswetgeving. In Engeland past men, zoals gezegd, het *dominant-cause-criterium* inmiddels steevast toe om te voldoen aan de eis van ‘proximately caused’ uit de MIA 1906. Ook in Nederland wijst de praktijk vrijwel steeds in de richting van dit criterium. In dat kader had het voor de hand

749. Het Hof van beroep Antwerpen overweegt immers: ‘Indien (...) geen eigen gebrek had vertoond (...) was het vaartuig niet stuurloos geworden en was de baggerboot niet langszij moeten komen (...). Indien er geen storm was geweest op het ogenblik van de redding, had het zeiljacht niet zo aangebeukt tegen de baggerboot.’ *TBH* 2014, afl. 10, p. 1005. Dit duidt mijns inziens op een redenering vanuit de CSQN-leer. Zie uitgebreid over deze leer paragraaf 2.2.1 van dit proefschrift.

750. Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink blijken voorstander van de *dominant-cause*-leer als doorslaggevend maatstaf. Zij vinden dat dit criterium uitermate geschikt is in situaties waar sprake is van meervoudige causaliteit. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/507.

751. Al eerder heb ik de proportionele verdeling bepleit. Zie onder meer H.M.B. Brouwer, ‘Enige overwegingen over causaliteit in het verzekeringsrecht en het zeerecht’, *NTHR* 2006, afl. 4, p. 141-142.

752. In België gaat men overigens eveneens uit van de mogelijkheid van proportionele verdeling wanneer schade deels door een eigen gebrek is veroorzaakt. Zie De Smet 1971, nr. 772.

gelegen om deze maatstaf op te nemen in de wetgeving. Hiertoe deed ik reeds eerder een voorstel.<sup>753</sup> Juist omdat slechts zelden het eigen gebrek als enige rechtens relevante oorzaak is aan te wijzen, is deze mogelijkheid van essentieel belang voor niet alleen efficiënt maar tevens rechtvaardig handelsverkeer. Het biedt perspectief voor zowel de verzekerde als de verzekeraar en betekent dat het geen kwestie van ‘alles of niets’ is. In Engeland is daarvan momenteel helaas wel sprake. Het is overbodig nog een aparte bepaling aan artikel 7:951 BW toe te voegen indien men aan het algemeen deel van de verzekeringswetgeving een causaliteitsmaatstaf zou toevoegen.<sup>754</sup> Deze toevoeging zou een succesvol beroep op een eigen gebrek immers ook mogelijk maken als de schade slechts gedeeltelijk is veroorzaakt door het eigen gebrek. In die gevallen zou dan op basis van het voorgestelde artikel ofwel proportioneel ofwel in gelijke delen de schade worden toegerekend aan het eigen gebrek. In overeenstemming met die verdeling zou het beroep op de dekkingsuitsluitingsgrond ook dan succesvol zijn wanneer meer rechtens relevante oorzaken (waaronder eigen gebrek) voor de schade of het verlies zijn aan te wijzen.

Ik ben verder van mening dat, ook in het licht van artikel 7:925 BW, men zich moet kunnen verzekeren tegen de schadelijke gevolgen van ‘eigen gebrek’. Men dient dit dan overigens uitdrukkelijk te vermelden in de verzekeringsovereenkomst.<sup>755</sup> Zo heeft de verzekeraar de mogelijkheid om aan de hand van de polis vast te stellen welk mogelijk risico hij loopt en kan hij vervolgens bepalen welke verzekeringspremie hij moet heffen. Aan de orde is geweest of eigen gebrek te verzekeren is vanuit het perspectief van de onzekerheidseis. Aan de hand van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam bleek dat deze het geobjectieerd subjectief criterium toepast en daarmee zou de verzekerbaarheid van eigen gebrek niet per definitie in het gedrang komen.<sup>756</sup> Dit zou evenwel anders kunnen liggen wanneer men gebruikmaakt van de objectieve maatstaf als criterium voor het onzekerheidsvereiste. Men zou dan kunnen stellen dat door de aard van de verzekerde zaak zeker is dat schade zal ontstaan.<sup>757</sup> Daar is echter tegen in te brengen dat het in zo’n situatie onzeker is hoe groot de schade zal zijn of wanneer deze zal ontstaan. Dat zou vervolgens inhouden dat toch voldaan is aan de eis van onzekerheid en daarmee pleiten voor de verzekerbaarheid van ook deze vorm van eigen gebrek. Wat exact moet worden begrepen onder eigen gebrek is ook regelmatig in het geding.

Voorts blijkt dat niet in elke jurisdictie de wettelijke regeling nog een eigen-gebrek-bepaling bevat. Bij het opstellen van de PEICL is er bewust voor gekozen deze weg te laten. De bepaling die ‘eigen gebrek’ als dekkingsuitsluitingsgrond regelt is niet-dwingendrechtelijk en daarom vond men het niet opportuun haar op te nemen in de PEICL. Het is immers aan de partijen bij de verzekeringsovereenkomst om er al dan niet voor te kiezen om ‘eigen gebrek’ van dekking uit te sluiten. De Duitse wetgever lijkt diezelfde mening toegedaan. In de van toepassing te verklaren (en

753. Zie paragraaf 2.5 van dit proefschrift.

754. Mijn eerdere voorstel hield in dat een (nieuw) artikel, 7:926a BW, zou worden toegevoegd aan de bestaande wet. Zie paragraaf 2.5.

755. In de CAR-verzekering is dit trouwens gebruikelijk.

756. Zie Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763.

757. Ik ben eerder uitvoerig ingegaan op de eis van onzekerheid in dit verband. Hoofdstuk 3, met name paragraaf 3.5.2.

dikwijls van toepassing verklaarde) DTV-Güter 2000/2011 is overigens wel een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om schade ontstaan door 'eigen gebrek' van dekking uit te sluiten. De wetgever laat deze kwestie derhalve aan de contractspartijen over.

In Nederland is dus wel een eigen-gebrek-bepaling in de wet opgenomen. Ik raad echter aan om op enkele punten artikel 7:951 BW te wijzigen. Daardoor ontstaat meer duidelijkheid omtrent het verzekerde object waar de wetgever in de eerste nota van wijziging in 2000 op doelde.<sup>758</sup> Bij transportverzekeringsrechtelijke kwesties zou zo bijvoorbeeld meer helderheid ontstaan in geval van een eigen gebrek van de container.<sup>759</sup> Het kan in zo'n geval daarenboven belangrijk zijn of een container beschouwd moet worden als verpakking van de goederen dan wel als onderdeel van het vervoermiddel.<sup>760</sup>

Het feit dat in geval van 'eigen gebrek in enge zin' sprake is van een minderwaardige eigenschap (hoedanigheid) die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, zou ook verduidelijkt kunnen worden door het wijzigen van de wettelijke bepaling. Deze vorm van eigen gebrek als uitsluitingsgrond richt zich blijkens vaststaande jurisprudentie alleen op de stoffelijke eigenschappen van de verzekerde zaak maar helaas is dat vooralsnog niet in de wet opgenomen.<sup>761</sup>

Mijn advies zou zijn om het nieuwe artikel 7:951 BW er zo uit te laten zien:

*'De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek (ontstaan door de stoffelijke eigenschappen) van die zaak zelf (met inbegrip van de verpakking) tenzij expliciet in de verzekeringsovereenkomst overeengekomen.'*

---

758. Zie Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 138.

759. Dit was immers onlangs een geschilpunt bij een zaak van de Rechtbank Amsterdam waarbij de (gebrekkige) container mogelijkwerwijs de schade (mede) veroorzaakt zou hebben. Zie Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532.

760. Om hierover onduidelijkheid te vermijden, is het aan te raden dit specifiek in de overeenkomst vast te leggen dan wel een overeenkomst voor het vervoer per container *sui generis* af te sluiten. Zie meer uitgebreid paragraaf 4.6.3 en 4.7.

761. In paragraaf 5.2 vermeldde ik reeds dat de Hoge Raad dit al in 1924 heeft overwogen. Zie *Gummiwaren*, p. 488-491. Het is mijns inziens een gemiste kans dat de wetgever deze vaststaande jurisprudentie niet heeft neergelegd in de bepaling zoals die is opgenomen in de nieuwe verzekeringwet.