



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*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam]. Paris.

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

Hoofdstuk 6

Conclusies en aanbevelingen

In de inleiding heb ik een aantal onderzoeksvragen weergegeven. Deze zal ik hier grotendeels nog eens kort beantwoorden. In de afzonderlijke hoofdstukken heb ik steeds aan het einde uitgebreid de balans opgemaakt. Naar aanleiding daarvan kwam ik tot een aantal conclusies en deed ik ook een aantal aanbevelingen die ik eveneens hieronder zal reproduceren.

6.1 Causaliteit

Welke maatstaf is doorslaggevend bij het vaststellen van het causaal verband in het verzekeringsrecht?

Een aantal criteria is denkbaar om het causaal verband vast te stellen. Het is naar mijn mening wenselijk om in titel 7.17 BW een causaliteitsbepaling op te nemen. Op die manier wordt definitief de discussie beslecht welke causaliteitsmaatstaf moet worden gekozen ingeval in de verzekeringsovereenkomst geen causaliteitsmaatstaf is opgenomen. Mijns inziens zou men voor de *dominant-cause*-leer moeten kiezen, vooral omdat deze in de recente rechtspraak steeds vaker wordt toegepast.⁷⁶² Dit zou betekenen dat de huidige, inmiddels als vaststaand te beschouwen jurisprudentie, gecodificeerd zou worden en daarmee zou een einde komen aan het steeds opnieuw zoeken naar het juiste criterium dat moet worden toegepast bij het bepalen van het causaal verband. Bovendien zou het volgens mij raadzaam zijn om in die betreffende bepaling op te nemen dat het mogelijk is om meer dan één rechtens relevante oorzaak aan te wijzen op basis van de *dominant-cause*-leer.⁷⁶³ Door het hanteren van de *dominant-cause*-leer zouden dan meer oorzaken rechtens relevant kunnen zijn. Bij meer dominante oorzaken kan een onderscheid worden gemaakt tussen die gevallen waarin exact duidelijk is welk percentage van een oorzaak verantwoordelijk is voor welk percentage van de schade (de meervoudige causaliteit in het algemeen) enerzijds en anderzijds die gevallen waarin men op grond van de *dominant-cause*-leer aansluiting moet zoeken bij de verdeling in gelijke delen (samenwerkende oorzaken). Deze wettelijke bepaling zou dan het sluitstuk betekenen van een ontwikkeling in de rechtspraak waarbij aanvankelijk de *condicio-sine-qua-*

762. Zie bijvoorbeeld HR 23 april 1982, NJ 1982/520 (*Che Guavara*); Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 25 april 2013, 2013-125 en Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2385. Zie uitgebreid over de *dominant-cause*-leer paragraaf 2.2.4 (in het hoofdstuk over causaliteit).

763. Overigens sta ik niet alleen in mijn pleidooi voor de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan één *dominant cause* (en daaraan gekoppeld de proportionele toerekening). Ook Van Huizen en Clarke zijn daar voorstander van. Zie M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London: Informa 2009, p. 833 en Ph.H.J.G. van Huizen, 'Eigen gebrek en schadegevoeligheid: een subtiel maar nuttig onderscheid binnen het (transport)verzekeringsrecht', *NTHR* 2013, afl. 5, p. 265.

non- (hierna: CSQN-)leer⁷⁶⁴ het uitgangspunt was maar waar men via allerlei transformaties nu is uitgekomen bij de *dominant-cause*-leer.

Codificatie op het gebied van causaliteit

De wetgever heeft al eerder een ontwikkeling op het gebied van causaliteit gecodificeerd, namelijk voor het algemeen verbintenissenrecht. Artikel 6:98 BW is immers een codificatie van het *Waterwingebied*-arrest van de Hoge Raad uit 1970.⁷⁶⁵ In dit arrest ging de Hoge Raad over op de leer van de toerekening naar redelijkheid, waar eerder de adequatieleer als doorslaggevende causaliteitsmaatstaf gold.⁷⁶⁶ Voor het algemeen verbintenissenrecht is daardoor niet langer onduidelijk welke causaliteitsmaatstaf gebruikt moet worden. Het ligt voor de hand om hierover ook duidelijkheid te scheppen in het verzekeringsrecht, vooral omdat dit niet zelden leidt tot discussie.

Ook in rechtsvergelijkend opzicht is het niet ongebruikelijk om in de verzekeringsrechtelijke wetgeving een regeling op te nemen die de causaliteitsmaatstaf bepaalt. In België is bijvoorbeeld een bepaling hierover opgenomen in het Ontwerp Belgisch Scheepvaartwetboek dat ook een regeling kent aangaande de vervoerverzekering.⁷⁶⁷ Zij bepaalt dat de equivalentieleer van toepassing is. Dit is een zeer breed criterium, vergelijkbaar met de CSQN-theorie, waarbij men rekening houdt met de specifieke kenmerken van het schadegeval om de causaliteit te bepalen. Het enige vereiste is dat de fout een noodzakelijke voorwaarde voor de schade was.⁷⁶⁸ Mijns inziens is deze leer te weinig specifiek en kan zij, net als bij het CSQN-verband, weliswaar dienen als eerste vereiste maar niet als enige, doorslaggevende vereiste om het oorzakelijk verband aan te tonen.

In Engeland bepaalt de regeling in s. 55 van de Marine Insurance Act (hierna: MIA) 1906 eveneens expliciet welke causaliteitsleer gehanteerd moet worden bij het vaststellen van het oorzakelijk verband.⁷⁶⁹ Deze bepaling in s. 55 (1) MIA 1906 bevat weliswaar een verwijzing naar de proximate cause maar inmiddels blijkt uit de jurisprudentie dat in de regel de *dominant-cause*-leer doorslaggevend is.

In België is derhalve een standaardmaatstaf opgenomen in een separaat artikel terwijl in de MIA 1906 het criterium slechts is opgenomen in het artikel dat de dekking (en uitsluiting daarvan) in een aantal specifieke gevallen regelt.

764. Zie uitgebreid over deze leer paragraaf 2.2.1 (in het hoofdstuk over causaliteit).

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

766. Zie hierover eveneens G.J. Scholten in zijn noot bij HR 20 maart 1970, NJ 1970/251.

767. Artikel 9.11 lid 2 luidt: 'Het oorzakelijk verband tussen gevaar en schade wordt beoordeeld overeenkomstig de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid.' Zie Ontwerp Zeewet dat ook een regeling kent voor de transportverzekering (artikel 9.1-9.21), www.zeerecht.be/Documenten/CO-MAR/Blauwboek/9.pdf.

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

769. Zie hierover paragraaf 2.3 (in het hoofdstuk over causaliteit) waar uitgebreid causaliteit in Engeland aan de orde is.

Voorstel voor een causaliteitsmaatstaf in een nieuw artikel

Mijn voorstel is om een nieuw artikel toe te voegen aan titel 7.17 BW dat de te gebruiken causaliteitsmaatstaf aangeeft voor de gevallen waarin de verzekeringsovereenkomst hierover zwijgt. Ik zou daarbij graag gebruikmaken van een separaat artikel in afdeling 1 van titel 7.17 omdat in deze afdeling immers de algemene bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomst staan. Het artikel zou kunnen worden geplaatst meteen na artikel 7:926 BW omdat hierin de bepalingen staan over de tot uitkering gerechtigde. Het causaal verband moet per slot van rekening worden vastgesteld, wil er sprake zijn van recht op uitkering. Het in te voegen artikel bepaalt dan het te hanteren causaliteitscriterium indien dit niet, of niet voldoende helder, uit de verzekeringsovereenkomst blijkt. Het nieuw toe te voegen artikel stel ik als volgt voor:

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

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

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

Causaliteit en eigen gebrek, de dominant-cause-leer

Het causaliteitscriterium speelt een belangrijke rol in eigengebrekkwesties. In die gevallen waarbij de schade het gevolg zou kunnen zijn van meer oorzaken, waaronder een eigen gebrek, is het immers essentieel welke maatstaf de doorslag geeft.⁷⁷⁰ In Nederland past men, zoals gezegd, doorgaans de *dominant-cause-leer* toe om de rechtens relevante oorzaak vast te stellen. Voor de transportverzekering blijkt men verder te kunnen spreken van een eigen gebrek als rechtens relevante oorzaak in die gevallen waar de goederen niet bestand zijn tegen de normale omstandigheden tijdens een bepaald type vervoer in een specifiek jaargetijde. Het eigen gebrek kan dan eventueel naast andere oorzaken worden aangewezen.⁷⁷¹ Men past de *dominant-cause-leer* in Nederland toe naar voorbeeld van haar toepassing in Engeland. Daar legt men immers de in artikel 55-2 (c) MIA 1906⁷⁷² neergelegde maatstaf van de

770. Dit blijkt onder meer uit het arrest *Che Guavara*.

771. In gelijke zin overwoog het Hof Den Haag in zijn uitspraak uit 2012. Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

772. Dit artikel bepaalt onder meer dat schade ontstaan door ‘inherent vice’ is uitgesloten van dekking.

‘proximate cause’ naar vaste jurisprudentie uit volgens de leer van de *dominant cause*.

6.2 Onzekerheid

Is afwijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar geoorloofd?

Voor het verzekeringsrecht geldt de eis van onzekerheid als uitgangspunt.⁷⁷³ In beginsel mag van het onzekerheidsvereiste ex artikel 7:925 BW worden afgeweken.⁷⁷⁴ Een rechtshandeling die in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden is evenwel nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW.⁷⁷⁵ Mijns inziens is die beperking echter niet aan de orde: de ratio van artikel 7:925 BW is namelijk dat de verzekeraar bescherming geniet zodat hij niet een ‘risico’ overneemt dat geen risico meer is omdat het zich al heeft verwezenlijkt.⁷⁷⁶ Nu de bescherming van de verzekeraar vooropstaat bij het onzekerheidsvereiste, is afwijken hiervan niet in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. Volgens mij zou het aan de verzekeraar toegestaan moeten zijn om deze bescherming prijs te geven.⁷⁷⁷ Om dit in de wet vast te leggen zou artikel 7:925 BW kunnen worden opgenomen in artikel 7:943 lid 2 BW. Het artikel is dan weliswaar van dwingend recht, doch ten nadele van de verzekeraar mag ervan worden afgeweken. De huidige opzet van artikel 7:925 BW maakt het mijns inziens mogelijk om rechtsgeldig af te wijken van het onzekerheidsvereiste door de verzekeraar, althans het begrip op te rekken.⁷⁷⁸ Het is naar mijn mening nu mogelijk voor verzekeraars om overeenkomsten te sluiten die voorheen werden geblokkeerd door het wettelijke systeem doordat niet langer de onzekerheid is gekoppeld aan het voorval maar aan de schade.

Is artikel 7:925 BW betreffende het onzekerheidsvereiste te beschouwen als een fundamentele wijziging?

Om de vraag te beantwoorden of artikel 7:925 BW betreffende het onzekerheidsvereiste is te beschouwen als een fundamentele wijziging of als een codificatie van ontwikkelingen onder het oude recht, heb ik eerst een aantal deelvragen beantwoord. Eerst is daartoe aan de orde geweest de vraag naar de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsover-

773. Deze eis staat immers verwoord in het eerste artikel van titel 7.17, artikel 7:925 BW.

774. Artikel 7:925 BW wordt per slot van rekening niet genoemd in artikel 7:943 BW, de slotbepaling van afdeling 1 titel 7.17 BW waarin de (semi)dwingendrechtelijke bepalingen worden opgesomd.

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

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

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

778. Zie in gelijke zin Van Huizen 2011, p. 675-687.

eenkomst. Het onzekerheidsvereiste, ook wel het alea vereiste, blijkt een belangrijke component bij de hoofdverbintenis van de verzekeringsovereenkomst. Vrijwel steeds komt naar voren het aspect van het overnemen van risico als hoofdverbintenis van de verzekeraar. Inherent aan het overnemen van risico is het onzekerheidsaspect. Het onzekerheidsvereiste vervult dus, al dan niet gecodificeerd, een prominente rol binnen de hoofdverbintenissen van de verzekeringsovereenkomst. Vervolgens is de vraag of dit onzekerheidsvereiste voortdurend, of slechts bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, aanwezig is. Dit ligt mijns inziens in het verlengde van de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbintenissen bij de verzekeringsovereenkomst. Het overnemen van risico wordt vrijwel steeds als hoofdverbintenis beschouwd en dit zal moeten blijven bestaan tot ofwel de verzekeringsovereenkomst is beëindigd ofwel er een uitkeringsplicht is ontstaan. Het onzekerheidsvereiste is dus continu aanwezig tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst, ongeacht of de wet voorschrijft dat het slechts aanwezig moet zijn bij het aangaan van de overeenkomst. Voorts is van groot belang hoe het onzekerheids criterium moet worden uitgelegd. Hierover zijn de meningen verdeeld, zowel in Nederland als daarbuiten. De Hoge Raad heeft zich hier weliswaar over uitgelaten maar dat was voordat de nieuwe verzekeringswetgeving in werking trad.⁷⁷⁹ Sommige auteurs zien de uitspraak van de Hoge Raad nog steeds niet als doorslaggevend in dezen. De Hoge Raad overwoog dat het objectieve criterium diende te worden gehanteerd bij het vaststellen of is voldaan aan het onzekerheidsvereiste. Mijns inziens zou het op de weg van de wetgever hebben gelegen zich hierover uitdrukkelijk uit te laten als deze het niet eens was met de uitspraak van de Hoge Raad. Het ligt per definitie voor de hand om de uitspraak van de Hoge Raad als doorslaggevend te beschouwen. Volgens mij kan artikel 7:925 BW voor wat betreft het onzekerheidsvereiste worden gezien als een codificatie van de ontwikkelingen onder het oude recht en niet als fundamentele wijziging. Ik acht het daarbij overigens wel mogelijk voor verzekeraars om overeenkomsten af te sluiten die voorheen werden geblokkeerd door het wettelijke systeem doordat de onzekerheid niet langer is gekoppeld aan het voorval (de schadeoorzaak) maar aan de (omvang van de) schade.⁷⁸⁰ Dat punt kan wellicht niet als fundamenteel maar desalniettemin als essentieel worden beschouwd.

Is eigen gebrek verzekeraar in het licht van het onzekerheidsvereiste?

Regelmatig staat ter discussie of 'eigen gebrek' al dan niet verzekeraar is met het oog op het onzekerheidsvereiste. Het blijkt dat men ook in het licht van artikel 7:925 BW zich moet kunnen verzekeren tegen de schadelijke gevolgen van 'eigen gebrek'. Men dient dit dan overigens uitdrukkelijk te vermelden in de verzekeringsovereenkomst.⁷⁸¹ Zo heeft de verzekeraar de mogelijkheid om aan de hand van de polis vast te stellen welk mogelijk risico hij loopt en kan hij vervolgens bepalen welke verzekeringspremie hij moet heffen. Eigen gebrek is dus te verzekeren vanuit het perspectief van de onzekerheidseis, zelfs als men uitgaat van een objectieve maatstaf als criterium voor het onzekerheidsvereiste. Men zou dan kunnen stellen

779. Het *Cox*-arrest, HR 26 november 1993, NJ 1994/126.

780. Zie eveneens Van Huizen 2011, p. 682.

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

dat door de aard van de verzekerde zaak (dit begrip valt immers ook onder eigen gebrek als dekkingssluitingsgrond) zeker is dat schade zal ontstaan. Daar is echter tegen in te brengen dat het in zo'n situatie onzeker is hoe groot de schade zal zijn of wanneer deze zal ontstaan. Er is dan dus toch voldaan aan de eis van onzekerheid en dat pleit voor de verzekerbaarheid van zelfs die vorm van eigen gebrek.

Voorstel voor een nieuw artikel 7:925 BW

Mijns inziens kan het onzekerheidsvereiste in artikel 7:925 BW overigens zo worden aangepast dat het beter aansluit bij de verzekeringspraktijk en, in het bijzonder, bij de aard van de verzekeringsovereenkomst.

Om tot een definitie te komen die duidelijkheid biedt aan zowel verzekeraar als verzekeringnemer, is het raadzaam om de huidige definitie aan te passen en bovendien vast te leggen of al dan niet mag worden afgeweken van de bepaling in artikel 7:925 BW.

In artikel 7:943 lid 2 BW zou verwezen moeten worden naar artikel 7:925 BW. Daarmee is de kwestie opgelost of het onzekerheidsvereiste van openbare orde is en of men ervan mag afwijken. Op basis van dit voorstel (verwijzen naar artikel 7:925 BW in artikel 7:943 lid 2 BW) mag betreffende de verzekeraar worden afgeweken van het onzekerheidsvereiste (maar niet ten nadele van de verzekeringnemer). Dit sluit aan bij de gedachte dat het uitgangspunt is dat de verzekeringsovereenkomst een vorm van risico-overdracht is. Om die reden geniet de verzekeraar bescherming die hij terzijde mag schuiven wanneer hij daaraan geen behoefte heeft.⁷⁸²

Ik zou verder aanraden om het *Cox*-arrest te codificeren in artikel 7:925 BW. In de bepaling moet dus verwezen worden naar het objectieve criterium als maatstaf voor het onzekerheidsvereiste. Dit is niet alleen zinvol uit het oogpunt van het parallel laten lopen van wetgeving met de huidige stand van de jurisprudentie maar ook vanuit praktisch perspectief. Het sluit enerzijds aan bij de huidige (verzekeringsovereenkomst)praktijk en anderzijds is het bestaan van onzekerheid naar objectief criterium eenvoudiger vast te stellen (en te bewijzen) dan naar subjectieve maatstaven.

Voorts is het van belang om in een nieuwe versie van artikel 7:925 BW uitdrukkelijk te benoemen dat het onzekerheidsvereiste geldt zowel vóór, tijdens als na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Opdat bovenstaande regelingen en codificaties helder geredigeerd kunnen worden, is het zinvol om artikel 7:925 BW op te splitsen in verschillende leden.

De hierboven beschreven aanbevelingen leiden tot de volgende bepalingen:

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

782. Zie hierover ook Van Huizen 2011, p. 687.

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

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

6.3 Eigen gebrek in het vervoerrecht

Uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ in het vervoerrecht

Om de kwestie in kaart te brengen, is het van belang om eerst helder te krijgen wat men in het vervoerrecht onder ‘eigen gebrek’ verstaat.

De criteria die worden toegepast bij de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ verschillen per vervoerrechtelijk verdrag niet wezenlijk van elkaar en zijn ook bijna gelijk-luidend in de landen die bij het desbetreffende verdrag zijn aangesloten. Wanneer men vervolgens kijkt naar de toepassing van de uitleg, is het echter frappant dat er in het zeerecht meer ruimte lijkt te zijn voor de vervoerder om een geslaagd beroep op de ontheffingsgrond ‘eigen gebrek’ te doen. Aan de ene kant maken de op hem rustende ‘overriding obligations’ de bewijslast ten aanzien van zijn zorgplicht groot maar aan de andere kant heeft hij, mits voldaan aan die zorgplicht, recht van spreken. Als hij succesvol aantoonst dat hij voldoende zorg ten aanzien van de lading heeft betracht, ligt, met andere woorden, de weg voor hem open om aan te tonen dat er sprake was van een eigen gebrek van de goederen en hem derhalve niets te verwijten valt. Dat geldt daarentegen voor, bijvoorbeeld, het wegvervoer in veel mindere mate. Het is mijns inziens voor de wegvervoerder namelijk veel moeilijker om zich succesvol te beroepen op deze ontheffingsgrond. De zorgplicht van de vervoerder is in de internationale regeling voor vervoer van goederen over de weg (CMR) veel minder expliciet vastgelegd. Juist daarom maakt dat de bewijslast voor de vervoerder (dat hij aan die zorgplicht heeft voldaan) zwaarder. Overigens lijkt de tendens steeds meer dat men op dit punt aansluit bij het zeevervoer voor de uitleg van de internationale vervoerrechtelijke regelingen. Net als in het zeevervoer zal het dus sterk afhankelijk van het geval zijn of een beroep op de ontheffingsgrond zal slagen maar wordt het wellicht iets eenvoudiger om te bewijzen dat aan de zorgplicht is voldaan. Voor de vervoerder is het dus belangrijk om bij het aangaan van de vervoerovereenkomst in overweging te nemen om sommige aansprakelijkheden op zich te nemen. Dit geldt vooral voor die aansprakelijkheden waarvan toch al blijkt dat het in de praktijk moeilijk is om daarvan ontheven te worden op grond van het toepasselijke internationale verdrag. De vervoerder moet echter ook erop bedacht zijn om bij aanvang van de vervoerovereenkomst er zeker van te zijn dat de door hem te vervoeren lading zich in goede staat bevindt. Maar daarbij zij onmiddellijk aangetekend dat veel goederen niet geschikt zijn voor dergelijk onderzoek voorafgaand aan de reis wanneer zij zich, bijvoorbeeld, eenmaal in een afgesloten container bevinden of op andere wijze zo zijn verpakt dat de vervoerder dit niet optimaal kan overzien.

Bewijslast bij beroep op 'eigen gebrek' in het vervoerrecht

Het blijkt dat niet altijd voldoende evident is welke bewijslast op wie rust. Voor de rechtszekerheid van zowel vervoerder als ladingbelanghebbende en ook om het voor de vervoerder (en diens transportverzekeraar) beter mogelijk te maken zijn risico in te schatten, raad ik aan een bepaling in de vervoerovereenkomst op te nemen waarin staat waaraan het bewijs moet voldoen voor een geslaagd beroep op een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, zoals eigen gebrek, door de vervoerder. Het is met andere woorden dus raadzaam een bepaling op te nemen waarin is geregeld hoe dit bewezen moet worden. Deze zal dan gepaard gaan met een bepaling die het tegenbewijs expliciteert. Daarnaast zou ik ervoor willen pleiten om steeds expliciet in de overeenkomst aan te geven op wie de bewijslast rust van het bestaan van het eigen gebrek en ook hoe deze zich verhoudt ten opzichte van de bewijslast ten aanzien van het hebben voldaan aan de zorgplicht. Een dergelijke bepaling zou dan kunnen worden toegevoegd daar waar wordt geregeld hoe het bewijs moet worden geleverd. Ik stel daartoe de volgende bepaling voor:

'The burden of proof of inherent vice of the goods will lie upon the carrier. He has to show that the inherent vice already existed before shipment. A specific document will be able to establish the evidence. To prove the opposite, the onus will be on the plaintiff who has to show the inherent vice manifested itself during the journey and in the meantime was due to breach of the duty of care from the carrier. Determination of the causation can only take place by objective standards.'

Containervervoer, de mogelijkheid van een overeenkomst sui generis

In het geval dat de goederen per container worden vervoerd, is het raadzaam expliciet vast te leggen bij wie de zorg ligt voor een container die voldoet aan de eisen die de te vervoeren goederen met zich meebrengen. Dit kan ofwel in de vervoerovereenkomst ofwel in een overeenkomst voor het containervervoer sui generis. Het is raadzaam om bij het laden van de container een extra controle uit te voeren. Zo kan de vervoerder bij aanvang van de reis vaststellen of de goederen en hun verpakking zijn voorbereid op de voorgenomen reis. In het algemeen neemt men aan dat een container geldt als de verpakking van de goederen. Een (gebrekkige) verpakking beschouwt men dan als een (gebrekkig) onderdeel van de zaak. Bij elke vorm van vervoer zou, volgens deze redenering, de aansprakelijkheid niet op de vervoerder rusten indien de schade aan de vervoerde goederen te wijten is aan het vervoer in een gebrekkige container. De container ziet men immers als verpakking van de goederen en de verpakking van de goederen op haar beurt weer als onderdeel van de zaak. Het is echter wel mogelijk om in de overeenkomst vast te leggen dat de vervoerder de aansprakelijkheid op zich neemt als de ladingbelanghebbende bewijst dat sprake is van schade ontstaan door de gebrekkigheid van de container. Soms is dat een goed onderhandelingspunt. Wanneer de vervoerder daarvoor kiest, moet hij bij het inladen van de containers weliswaar meer op zijn hoede zijn en pas akkoord gaan met de afgifte van een schoon cognossement nadat hij zeker weet dat de container adequaat is voor het voorgenomen vervoer van de goederen die hij bevat. Als er echter niets is vastgelegd in de vervoerovereenkomst zou de vervoerder niet aansprakelijk zijn voor schade ontstaan door de gebrekkigheid van

de container. Een aparte overeenkomst voor het vervoer per container sui generis kan een goede uitkomst bieden om de (verdeling van de) aansprakelijkheid vast te leggen. Het is mijns inziens derhalve zinvol om aan de vervoerovereenkomst een overeenkomst te verbinden waarin een en ander wordt overeengekomen betreffende het containervervoer sui generis. Ik raad aan om in die overeenkomst onder meer te regelen wie aansprakelijk is voor schade aan de lading ontstaan tijdens het containervervoer en op wie de zorgplicht rust voor een deugdelijke container.

Bepalingen in de overeenkomst van containervervoer

De bepalingen om te regelen wie aansprakelijk is voor schade aan de lading ontstaan tijdens het containervervoer en op wie de zorgplicht rust voor een deugdelijke container zouden als volgt kunnen luiden:

‘For damage, caused by inherent vice during transport of (a) container(s), will be liable the party who is responsible for loading and stowage of the container. The plaintiff must be able to show a certified document which proves that the goods weren’t afflicted with the inherent vice before loading.’

‘Upon the container carrier lies the duty for sufficient care with respect to the container. Prior to the carriage he has to make sure that the container is fit for the intended transport. During transport he has to check the container for adequacy to carry the goods transported and in case of inadequacy he must take required action. The carrier has to be able to prove due diligence by reporting his checks and undertaken actions.’

Als de vervoerder deze documenten kan overleggen, staat tegenbewijs open voor de ladingbelanghebbende om aan te tonen dat de zorgplicht desondanks is geschonden. Met deze bepalingen zou de rechtszekerheid meer gewaarborgd moeten zijn waarbij het belang van het goed controleren en documenteren is benadrukt. Daarbij is overigens nog altijd de casuïstische benadering onvermijdelijk door de fysieke omstandigheden die steeds verschillend zijn en voor een belangrijk deel een bijdrage leveren aan het bewijs. Toch is door deze bepalingen vastgelegd wie welk bewijs moet leveren en, daaraan voorafgaand, wie welke zorg moet betrachten waardoor het uitgangspunt mijns inziens alvast een stap in de goede richting is.

6.4 Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Definitie van ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht

Bij de definitie van eigen gebrek is het belangrijk om vast te stellen of men de term in enge of in ruime zin gebruikt. In ruime zin omvat ‘eigen gebrek’ namelijk zowel het eigen gebrek van de verzekerde zaak als de aard van de zaak. In enge zin gebruikt men de term om een minderwaardige hoedanigheid die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, aan te geven. De aard van de zaak duidt in deze uitleg dan op een normale eigenschap (hoedanigheid) van de verzekerde

zaak.⁷⁸³ Ook de verpakking van de goederen kan men beschouwen als onderdeel van de goederen en haar eigen gebrek leidt dan ook tot een eigen gebrek van de goederen. Men zou in het verlengde hiervan kunnen stellen dat een container verpakking van de goederen is. Daaruit volgt dat een eigen gebrek van de container eveneens te beschouwen is als een eigen gebrek van de goederen. Het is echter niet per definitie evident dat een container kan worden beschouwd als verpakking. Men pleit ook wel voor een tweedeling: de container die gestuurd 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 stuw, kan worden beschouwd als vervoermiddel.⁷⁸⁴ In het verlengde daarvan zou ik willen bepleiten om in beginsel uit te gaan van de container als verpakking tenzij uit de overeenkomst anders blijkt. Het is derhalve aan te raden om dit helder in de verzekeringsovereenkomst op te nemen zodat een dekkingsgeschil op dat punt efficiënt kan worden opgelost.

Vaststelling of sprake is van een ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht

Om ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht goed op een rij te zetten, is ook van belang te onderzoeken hoe wordt vastgesteld of sprake is van ‘eigen gebrek’. Op basis van de literatuur en jurisprudentie geldt hiervoor een aantal uitgangspunten. Het aan het licht komen van het eigen gebrek is bijvoorbeeld doorslaggevend voor het tijdstip waarop het eigen gebrek kan worden vastgesteld.⁷⁸⁵ Om een beroep op eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond te doen slagen, is het bovendien niet vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak al bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst aanwezig was.⁷⁸⁶ Ten slotte is het inmiddels een basisprincipe dat de uitsluiting van dekking in geval van eigen gebrek van een zaak alleen betrekking heeft op de stoffelijke eigenschappen van die zaak.⁷⁸⁷ De bewijslast ligt steeds onmiddellijk bij de verzekeraar en er is dus geen sprake van een dekkingsgat tussen de verzekeringsdekking en de schade van de verzekerde. Een lastige kwestie in dezen is die van de meervoudige causaliteit waarbij een van de mogelijke oorzaken een eigen gebrek is. Vooral in het licht van de zaak *Cendor Mopu* lijkt in zo’n situatie geen plaats meer voor (gedeeltelijke) uitsluiting van dekking op grond van inherent vice.

(On)succesvol beroep op ‘eigen gebrek’

Niet in elke jurisdictie maakt de verzekeraar nog evenveel kans om zich met succes te beroepen op de dekkingsuitsluitingsgrond ‘eigen gebrek’. In Engeland is sinds

783. Door omschrijving met gebruikmaking van ‘hoedanigheid’ kan het zowel betrekking hebben op een afwijking ten opzichte van de normale eigenschap(pen) van de soort als op een normale eigenschap van de verzekerde zaak (zoals, bijvoorbeeld, de bederfelijkheid van fruit). Zie A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006, p. 91-92 en H.M.B. Brouwer, ‘Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht’, in: *Verzekeringsrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (vierde druk), p. 435.

784. Zie hierover bijvoorbeeld C. Dieryck, *Zeeverzekering en averijvordering*, Brussel: De Boeck & Larquier 2005, nr. 382.

785. De Hoge Raad heeft dit overwogen in het *Corrosie*-arrest.

786. Dit volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Che Guavara*.

787. Dit blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Gummiwaren*.

het arrest *Cendor Mopu* grote verandering gekomen in de houding ten opzichte van eigen gebrek als dekkingssluitingsgrond in de gevallen dat er meer dan één mogelijke oorzaak van de schade is, waarvan één gedekt is onder de verzekeringsovereenkomst en de ander een (van dekking uitgesloten) eigen gebrek is. Het is nog onduidelijk in hoeverre dit zijn weerslag krijgt in de rechtspraak op het continent. In Engeland geldt de *Cendor Mopu*-uitspraak inmiddels als 'leading case' in dergelijke geschillen; in Nederland gaat men er tot op heden nog van uit dat het eigen gebrek naast andere oorzaken kan bestaan en de verzekeraar zich (deels) hierop kan beroepen. Als men in Nederland het Engelse voorbeeld gaat volgen, betekent het dat in zulke gevallen alle schade wordt toegeschreven aan het gedekte risico. Ik raad aan om in deze situaties vast te blijven houden aan het vaststellen van de rechtens relevante oorza(a)k(en) die de schade effectief heeft (hebben) doen ontstaan. In het verlengde daarvan bepleit ik de mogelijkheid van het aanwijzen van meer dan één *dominant cause*.⁷⁸⁸ Daarbij zou een proportionele verdeling dan wel verdeling in gelijke delen eveneens tot de mogelijkheden moeten behoren. In gevallen waarbij eigen gebrek een rol speelt, is deze benadering doorgaans doeltreffend en bovendien billijk voor alle partijen.⁷⁸⁹ Het is niet zelden dat schade ontstaat door een aantal oorzaken waaronder het van dekking uitgesloten eigen gebrek en (een) oorza(a)k(en) die wel gedekt (is) zijn onder de verzekering en daarom lijkt het raadzaam om de causaliteitsmaatstaf expliciet op te nemen in de verzekeringswetgeving. In Engeland past men, zoals gezegd, het *dominant-cause-criterium* inmiddels stevast toe om te voldoen aan de eis van 'proximately caused' uit de MIA 1906. Ook in Nederland wijst de praktijk vrijwel steeds in de richting van dit criterium. In dat kader had het voor de hand gelegen om deze maatstaf op te nemen in de wetgeving, zoals ik ook al heb voorgesteld. Juist omdat slechts zelden het eigen gebrek als enige rechtens relevante oorzaak is aan te wijzen, is deze mogelijkheid van essentieel belang voor niet alleen efficiënt maar tevens rechtvaardig handelsverkeer. Het biedt perspectief voor zowel de verzekerde als de verzekeraar en betekent dat het geen kwestie van 'alles of niets' is. In Engeland is daarvan momenteel helaas wel sprake. Het is overbodig nog een aparte bepaling aan artikel 7:951 BW toe te voegen indien men aan het algemeen deel van de verzekeringswetgeving een causaliteitsmaatstaf zou toevoegen.⁷⁹⁰ Deze toevoeging zou een succesvol beroep op een eigen gebrek immers ook mogelijk maken als de schade slechts gedeeltelijk is veroorzaakt door het eigen gebrek. In die gevallen zou dan op basis van het voorgestelde artikel ofwel proportioneel ofwel in gelijke delen de schade worden toegerekend aan het eigen gebrek. In overeenstemming met die verdeling zou het beroep op de dekkingssluitingsgrond ook dan succesvol zijn wanneer meer rechtens relevante oorzaken (waaronder eigen gebrek) voor de schade of het verlies zijn aan te wijzen.

788. Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink blijken voorstander van de *dominant-cause*-leer als doorslaggevende maatstaf. Zij vinden dat dit criterium uitermate geschikt is in situaties waar sprake is van meervoudige causaliteit. Zie J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012/507 (derde druk).

789. In België gaat men overigens eveneens uit van de mogelijkheid van proportionele verdeling wanneer schade deels door een eigen gebrek is veroorzaakt. Zie R. De Smet, *Droit maritime et droit fluvial Belges*, Bruxelles: Larcier 1971, nr. 772.

790. Mijn voorstel houdt in dat een (nieuw) artikel, 7:926a BW, zou worden toegevoegd aan de bestaande wet.

'Eigen gebrek'-bepaling in wettelijke regeling

Niet in elke jurisdictie bevat de wettelijke regeling een 'eigen gebrek'-bepaling. De bepaling die 'eigen gebrek' als dekkingsuitsluitingsgrond regelt, is veelal niet-dwingendrechtelijk en daarom vindt men het vaak onnodig om haar op te nemen. Het is immers aan de partijen bij de verzekeringsovereenkomst om er al dan niet voor te kiezen om 'eigen gebrek' van dekking uit te sluiten. Om die reden heeft men er bij de regeling van de PEICL voor gekozen de bepaling niet op te nemen en ook de Duitse wetgever lijkt diezelfde mening toegedaan. In de van toepassing te verklaren (en dikwijls van toepassing verklaarde) DTV-Güter 2000/2011 is overigens wel een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om schade ontstaan door 'eigen gebrek' van dekking uit te sluiten. De wetgever laat het dus aan de contractspartijen over.

In Nederland is wel een 'eigen gebrek'-bepaling in de wet opgenomen. Ik raad echter aan om op enkele punten artikel 7:951 BW te wijzigen. Daardoor ontstaat meer duidelijkheid omtrent het verzekerde object waar de wetgever in de eerste nota van wijziging in 2000 op doelde.⁷⁹¹ Bijvoorbeeld kan er zo meer helderheid ontstaan in geval van een eigen gebrek van de container. Het kan in zo'n geval daarenboven belangrijk zijn of een container beschouwd moet worden als verpakking van de goederen of als onderdeel van het vervoermiddel.⁷⁹²

Het feit dat in geval van 'eigen gebrek in enge zin' sprake is van een minderwaardige eigenschap (hoedanigheid) die zaken van de verzekerde soort niet behoren te hebben, zou ook verduidelijkt kunnen worden door het wijzigen van de wettelijke bepaling. Deze vorm van eigen gebrek als uitsluitingsgrond richt zich blijkens vaststaande jurisprudentie alleen op de stoffelijke eigenschappen van de verzekerde zaak maar helaas is dat vooralsnog niet in de wet opgenomen.⁷⁹³

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

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

791. Zie M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 138.

792. Om hierover onduidelijkheid te vermijden, is het aan te raden dit specifiek in de overeenkomst vast te leggen dan wel een overeenkomst voor het vervoer per container *sui generis* af te sluiten.

793. Zie de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Gummiwaren*, HR 22 februari 1924, NJ 1924, p. 488-491. De wetgever zou deze vaststaande jurisprudentie mijns inziens hebben moeten neerleggen in de bepaling zoals die is opgenomen in de nieuwe verzekeringswet.