



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering

Hendrikse, M.L.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

Capita internationaal handelsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hendrikse, M. L. (2013). Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering. In S. E. van Hall, M. L. Hendrikse, N. J. Margetson, H. P. D. den Teuling, & G. J. P. de Vries (Eds.), *Capita internationaal handelsrecht* (pp. 211-279). (NTHR-reeks; No. 19). 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 8

Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse*

8.1 Inleiding¹

Verzekeren is in handel in onzekerheid (ver-'zeker'): ² de verzekeraar neemt in ruil voor een door de verzekeringnemer te betalen verzekeringspremie een risico over van de verzekerde. ³ Voor de verzekeringnemer — of beter gezegd de verzekerde want deze loopt het risico in kwestie — is het sluiten van een verzekeringsovereenkomst derhalve een vorm van risicomangement. ⁴

Voor de (internationale) handel is de mogelijkheid van het afdekken van een risico door middel van een verzekering van essentieel belang nu handel diverse risico's meebrengt die vaak groot van omvang zijn. Voor de internationale handel is het vervoersrisico een belangrijk risico. Internationale handel leidt immers tot het vervoer van goederen van het ene land naar het andere land en dat vervoer is niet zonder gevaren. Zo loopt bijvoorbeeld de zeevervoerder die met zijn schip goederen over de wereldzeeën vervoert het risico dat zijn schip en de vervoerde lading in een zware storm vergaan. De reder kan dit risico (gedeeltelijk) afdekken door het sluiten van een cascoverzekering voor zijn schip en het sluiten van een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering.

Het wekt dan ook geen verbazing dat er al van oudsher in het vervoer vormen van risicospreidingen waren. ⁵ Zo kenden de oude Grieken en Romeinen de figuur van

* Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse is bijzonder hoogleraar handelsrecht en verzekeringsrecht aan de Open Universiteit (JPR advocaten-leerstoel), directeur van het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS), universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam, lid Geschillencommissie Kifid en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Utrecht.

1. De tekst van par. 8.5 van het onderhavige hoofdstuk is van de hand van N.J. Margetson. Deze auteur is ook schrijver van hoofdstuk 5 en 6 van dit boek.
2. J.G.J. Rinkes, 'Transparantie in het verzekeringsrecht: een verkenning', in: *Verzekering en consument* (Preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005), Amstelveen: deLex 2007, p. 84. Zie ook M.J. Tolman, 'De onzekerheid van gedekte voorvallen', in: *Van draden en daden* (Wansink Bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 465: 'Verzekeren is risico overdragen.'
3. Risico Ten onzekerheid zijn geen synoniemen. Zie ook L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008 (hierna: Schuermans 2008), p. 14. Cousy heeft het onderscheid kernachtig verwoord: '... situaties van "onzekerheid" verschillen van de courante "risico"situaties in zoverre men bij de eerstgenoemde niet eens met zekerheid weet of er een gevaar bestaat. Bij risico's weet men dat wel: hier zijn de intensiteit en frequentie van schadegevallen niet van tevoren bekend maar zijn zij statistisch berekenbaar. Bij onzekerheden bestaat er onzekerheid over de vraag of er wel een gevaar dreigt.' Zie H. Cousy, *Over de verzekering van het onverzekerbare* (Liber Amicorum R. Blanpain), Brugge: Die Keure 1998, p. 699-700.
4. Schuermans omschrijft risicomangement als volgt: 'De essentie van risicobeheer (risicomangement) bestaat erin die gebieden te vergroten waarin we enige controle hebben over de afloop en die gebieden te verkleinen waarin de band tussen oorzaak en gevolg voor ons verborgen blijft, zodat controle over de afloop ontbreekt.' Zie Schuermans 2008, p. 14. Zie ook P.L. Bernstein, *Against the Gods/The remarkable story of risk*, New York: John Wiley & Sons 1998, p. 197-206.
5. Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf* (diss. EUR), 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 1 en 17.

de *foenus nauticum* of bodemerijovereenkomst, een overeenkomst waarbij aan de zeevervoerder een lening wordt verstrekt op het casco van het schip en/of de lading met de bepaling dat de geleende som – inclusief een aanzienlijke rente – alleen hoefde te worden terugbetaald bij behouden aankomst van het schip op de plaats van de afgesproken bestemming.⁶ De bodemerijovereenkomst is naburig aan de pas later ontwikkelde transportverzekeringsovereenkomst: ‘(...) s’il vrai que le prêt à la grosse et l’assurance sont en quelque sorte deux extrêmes, la somme prêtée étant versée par anticipation, alors que la somme assurée n’est payée qu’ en cas de sinistre, les deux opérations sont néanmoins très voisines (...)’.⁷

De bodemerijovereenkomst behoort inmiddels tot de antiekwinkel van het zeerecht.⁸ De Nederlandse wetgever heeft daarom per 1 februari 1927 de regeling van de bodemerij in art. 569-591 WvK laten vervallen.⁹ Dit geldt niet evenwel voor alle landen. Zo kent het Belgische Wetboek van Koophandel in titel V van Boek 2 een wettelijke regeling aangaande de lening op bodemerij. In het Ontwerp Nieuwe Belgische Zeewet lijkt de onderhavige rechtsfiguur echter niet terug te keren

Maar ook buiten het vervoer zijn verzekeringen van het grootste belang voor de (internationale)handel. Denk aan kredietverzekeringen die crediteuren van (handels)vorderingen ontstaan uit geleverde goederen beschermen tegen het risico van wanbetaling door de debiteur die de goederen heeft afgenomen. Voor de internationale handel is er een uitgebreidere variant van de kredietverzekering, de exportkredietverzekering, die naast het betalingsrisico ook het politieke risico¹⁰ meedeckt. In het onderhavige hoofdstuk staat de transportverzekering – en in het bijzonder de zeeverzekering – centraal en zal er ook enige – zij het beperkte – aandacht zijn voor de kredietverzekering.

Bij transportverzekeringen is het van belang het onderscheid te maken tussen cascoverzekeringen enerzijds en goederentransportverzekeringen anderzijds. De cascoverzekering dekt allereerst het belang van de eigenaar van het vervoermiddel dat het vervoermiddel de reis ongeschonden doorstaat maar dekt gedeeltelijk ook het vervoersaansprakelijkheidsrisico van de vervoerder.¹¹ Bij dit laatste kan onder andere gedacht worden aan veroorzaakte aanvaringsschade. Zie voor dit laatste bijvoorbeeld art. 3.2.1 van de Nederlandse Beurs-Casco polis voor de binnenvaart 2011.

Het niet door de cascoverzekering gedekte gedeelte van het vervoersaansprakelijkheidsrisico wordt door vervoerders afgedekt door een Protection & Idemnity (P&I)-verzekering bij een P&I-Club, een onderlinge waarborgmaatschappij waarvan de vervoerder lid is.¹²

6. T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967 (hierna: Dorhout Mees 1967), p.10.
7. R. De Smet, *Droit maritime et droit fluvial belges Tome II*, Brussel: Larcier 1971 (hierna: De Smet 1971), p. 740.
8. M.A. Huybrechts, *Language that would make a sailor blush* (afscheidsrede Antwerpen), Brussel/Gent: Larcier 2007 (hierna: Huybrechts 2007), p. 25.
9. Dorhout Mees 1967, p. 10-11.
10. In dit kader kan men onder andere denken aan onverwachte overheidsmaatregelen en deviezenkortingen.
11. Zie ook K.F. Haak & R. Zwitser, *Van Haven en handel*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Haak/Zwitser 2010), p. 244.
12. Zie ook Haak/Zwitser 2010, p. 244.

De goederentransportverzekering dekt het belang van de landingbelanghebbende dat de vervoerde goederen de reis ongeschonden doorstaan.

Transportverzekeringen worden nog al eens via de beurs¹³ gesloten maar het komt in de praktijk ook regelmatig voor dat transportverzekeringen buiten de beurs (provinciaal bedrijf) worden gesloten. Nu er sinds 1 januari 2004 geen fysieke assurantiebeurzen meer zijn in Nederland communiceren makelaars, die handelen in opdracht van de verzekeringnemer, en assuradeuren, dat zijn de gevolmachtigden van verzekeraars en verzekeraars zelf, met elkaar via de elektronische weg.¹⁴ In dat kader kan genoemd worden e-ABS Placement van de Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs (VNAB). Bij verzekeringen gesloten via de beurs wordt nogal eens gebruikgemaakt van onder auspiciën van de VNAB opgestelde modelpolissen.¹⁵ In het kader van de transportverzekering kunnen onder andere worden genoemd de Nederlandse Beurs-Casco-polis voor de binnenvaart 2011 en Nederlandse Beurs-Goederenpolis 2006.

In de beurspraktijk komt het veel voor dat de makelaar de verzekeringsvoorwaarden opstelt. Men spreekt dan van een makelaarspolis. Mijns inziens is er ook sprake van een makelaarspolis indien de makelaar geheel of gedeeltelijk een modelpolis van de VNAB overneemt maar de polis onder eigen vignet presenteert als zijnde 'zijn' polis.¹⁶

Met name bij beursverzekeringen komt co-assurantie voor.¹⁷ Bij co-assurantie tekenen meerdere verzekeraars voor een bepaald percentage in op dezelfde polis. Dit komt met name voor bij risico's die te groot zijn om door één verzekeraar te kunnen worden gedragen. Denk bijvoorbeeld aan een casco-polis voor een kostbare olietanker. In geval van co-assurantie bevat de polis nog al eens een 'to follow-clausule'.¹⁸ Deze clausule voorkomt dat de verzekerde met iedere bij de polis betrokken verzekeraar afzonderlijk in contact moet treden bij de schaderegeling en dat hij kan volstaan met het contacteren en maken van afspraken met de 'leader'. Een voorbeeld van de onderhavige clausule is de volgende: 'De overige verzekeraars verbinden zich de leidende verzekeraar in alles te volgen, alle clausules, voorwaarden en veranderingen welke door de leidende verzekeraars mochten worden goedgekeurd te accepteren, zich geheel aan de schaderegeling van deze leidende verzekeraars te onderwerpen en verplichten zich hun aandeel in alle restituties en in alle schade (inclusief coulanse betalingen) te dragen, zoals deze door de leidende verzekeraar wordt vastgesteld (op welke wijze die vaststelling ook zoude mogen zijn geschied)'.¹⁹ In het onderhavige hoofdstuk zal ook enige aandacht zijn voor rechtsvergelijking. Rechtsvergelijkend onderzoek kan verrijkend werken. Men kan leren van de wijze waarop in andere rechtssystemen met bepaalde privaatrechtelijke problemen wordt

13. Zie uitgebreid over de 'Verzekering ter beurze' N. van Tiggele-van der Velde e.a., *Verzekering ter beurze: coassurantie in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2011.

14. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012), nr. 63.

15. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 63.

16. Anders Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 366 die in ieder geval voor het geval een modelpolis wordt overgenomen dan spreken over beurscondities.

17. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 189.

18. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 192. Zie uitgebreid over de onderhavige clausule Ph.H.J.G. van Huizen, VA 1989, p. 277-292.

19. Zie voor dit voorbeeld Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 192.

omgegaan.²⁰ Mogelijk levert dergelijk onderzoek oplossingen op voor bijvoorbeeld de problemen die zich in Nederland voordoen.²¹

De nadruk bij de rechtsvergelijking ligt op het Engelse recht omdat het Engelse recht voor de zeeverzekering een wettelijke regeling kent in de vorm van de Marine Insurance Act 1906²² en dat wettelijke regime door middel van rechtskeuze ook op veel zeeverzekeringsovereenkomsten buiten Engeland van toepassing is waarmee de onderhavige regeling min of meer de internationale standaard is.²³

De Nederlandse wetgever heeft zich bij het opstellen van titel 7.17 op bepaalde punten ook laten inspireren door de Engels Marine Insurance Act 1906. Zo is de onderlinge verhaalsregeling tussen verzekeraars bij samenloop van (zee)verzekering ex art. 7:961 lid 3 BW (gedeeltelijk) gebaseerd op section 80 van de MIA 1906.²⁴

8.2 Onzekerheidsvereiste

8.2.1 Art. 7:925 BW nader bezien

Art. 7:925 BW kent niet meer zoals art. 246 WvK een onzeker voorval-vereiste. Voldoende is dat ‘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.’

Dient er in dezen sprake te zijn van subjectieve (voor partijen) of objectieve (onafhankelijk van de kennis van partijen) onzekerheid?²⁵

Door Mijnsen – en ik volg hem daarin – wordt opgemerkt dat het begrip onzekerheid ex art. 7:925 BW zowel een *objectief* als een *subjectief* aspect kent hoewel de formulering van de onderhavige wetsbepaling niet gelukkig is.²⁶

20. Zie in dit verband H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 2007-6693, p. 46: ‘Interessant wordt bestudering van de vreemde rechtspraktijk eerst wanneer zij gericht is op de wijze waarop elders vermogensrechtelijke problemen, die uiteindelijk in de westerse wereld vrijwel gelijk liggen, te lijf worden gegaan. Deze studie is onontbeerlijk ook en wellicht vooral voor hen die om wat voor reden dan ook in puur Nederlands recht geïnteresseerd zijn.’
21. Zie in dit verband: A.F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel: 1945, p. 43: ‘Auch das Recht ist eine Technik, und rein technisch kann ein Land eine theoretisch klarere oder praktisch glücklichere Formulierung gefunden haben als ein anderes’. Zie ook K. Zweigert en H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford: 1998, p. 16-17 en Th.M. de Boer, *WPNR* 1992-6033, p. 39-48.
22. De landverzekeringsovereenkomst kent in Engeland geen wettelijke regeling maar de Marine Insurance Act 1906 oefent ook een grote invloed uit op de landverzekeringsovereenkomst. Zie bijvoorbeeld R. Merkin, *Colinvaux’s Law of Insurance Law*, Londen: Thomson Reuters/Sweet & Maxwell 2010 (hierna: Colinvaux’s 2010), p. 201: ‘It is beyond argument that the principles set out in the Marine Insurance Act 1906 apply equally to marine and non-marine insurance.’ Zie ook ‘The Star Sea’ [2001] *Lloyd’s Rep. I.R.* 247.
23. Vergelijk voor dit laatste ook M.A. Huybrechts, ‘Is er noodzaak aan een internationale overeenkomst inzake maritieme verzekeringen?’, in: *Over grenzen* (Liber Amoricum Herman Cousy), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna: Huybrechts 2011), p. 141: ‘Eigenlijk is de Engelse Marine Insurance Act van 1906 gedurende vele decennia de enige “officiële” internationale norm voor de maritieme verzekeringen geweest. De hele beschaafde commerciële wereld heeft er zich naar gericht en deze Britse Wet werd in vele landen overgeplant.’
24. Zie Hendrikse, Martius & Rinkes, *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, Deventer: Kluwer 2007 (hierna: *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*), p. 198.
25. Zie uitvoerig over deze problematiek onder andere A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 23-30 en Ph.H.J.G. van Huizen, *NTHR* 2004-3 (hierna: Van Huizen 2004), p. 69-73.
26. F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Mon. BW B-88), Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Mijnsen 2012), p. 7. In ongeveer gelijke zin P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Wery/Mendel 2010), p. 55-56.

Het objectieve aspect houdt in dat schade die een gevolg is van een normaal te verwachten gebeurtenis niet verzekeraar is nu niet voldaan is aan het onzekerheidsvereiste. Van verzekeren is in een dergelijk geval geen sprake nu daarvoor vereist is een risico-overdracht en van dit laatste is in casu geen sprake nu bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst objectief zeker is dat de schade zal intreden.²⁷ De Hoge Raad heeft in het *Cox*-arrest de onderhavige benadering omarmd.²⁸ De casus was als volgt. Er was sprake van vervoer per schip van vrachtauto's van Nederland naar Canada in de winter. Aan de koelvloeistof in de motoren was geen antivries toegevoegd. De motoren kwamen beschadigd in Canada aan nu de vloeistof was uitgezet door de bevriezing. De transportverzekeraar weigerde uit te keren nu er in casu naar zijn oordeel geen sprake was van een onzeker voorval. Er volgde een gerechtelijke procedure. Het Hof overwoog daarin dat vorst in de winterperiode geen onzeker voorval was. In cassatie voerde de verzekerde als middel aan dat hij de bevriezing van de koelvloeistof in de motoren niet verwachtte of behoefde te verwachten. De Hoge Raad ging niet in het middel mee en overwoog in r.o. 3.4 onder andere: '(...) Het onderdeel faalt. Aan het oordeel van het hof dat vorst en daarmee bevriezing van niet van antivries voorziene koelvloeistof als een normale gebeurtenis te verwachten was en dat de verzekering daartegen geen dekking bood, kan niet afdoen dat Cox zelf het zich voordoen van die gebeurtenis niet verwachtte of behoefde te verwachten. (...)'

Door verschillende auteurs is aangevoerd dat met de invoering van art. 7:925 BW – in ieder geval – definitief voor een subjectieve benadering van het onzekerheidsvereiste is gekozen.²⁹

Door Mendel is opgemerkt dat art. 7:925 BW weliswaar een subjectief aspect kent maar dat het onzekerheidsvereiste niet in zijn geheel subjectief van aard is: 'Dat met de in art. 7:925 BW bedoelde onzekerheid over de hele linie een subjectief criterium zou zijn gegeven, mag ons inziens niet worden afgeleid uit de woorden van de bepaling 'bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat (...)' [curs. M.]. Tegen de achtergrond van de MvT en de overige wetsgeschiedenis is de strekking van deze zinsnede dat er geen sprake is van een verzekeringsovereenkomst als die zekerheid er bij partijen wél is. Die strekking is niet dat de vereiste onzekerheid voortaan naar subjectieve maatstaven zou moeten worden beoordeeld. Gelet op de MvT lijkt eerder de bedoeling te hebben voorgezeten het uitzonderingsgeval van art. 269 WvK (oud) min of meer te continueren. Dit artikel hield in dat de verzekering geldig was ook al was de schade bij het sluiten der verzekering reeds voorgevallen, als de verzekerde dit toen maar niet wist.'³⁰

Ik volg de opvatting van Mendel. Indien de wetgever had willen breken met de objectieve benadering van onzekerheid zoals door de Hoge Raad omarmd in het *Cox*-arrest³¹ had het waarschijnlijk geweest dat de wetgever expliciet afstand had gedaan van de 'Cox-leer' in het wetgevingstraject van art. 7:925 BW nu de nieuwe koers een radicale breuk zou betekenen met de heersende leer.³² In de parlemen-

27. Zie Van Huizen 2004, p. 72.

28. HR 26 november 1993, NJ 1994, 126.

29. Zie N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, *AV&S* 2012-5, p. 178 en Blom 2006, p. 28.

30. Wery/Mendel 2010, p. 55-56. In ongeveer gelijke zin Mijnsen 2012, p. 7 en Van Huizen 2004, p. 71.

31. HR 26 november 1993, NJ 1994, 126.

32. Zie in gelijke zin M.M. Mendel, 'Drie kwesties in verband met het onzeker voorval bij schadeverzekering', in: *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 165.

taire geschiedenis is daarvan evenwel geen enkel spoor terug te vinden. Een en ander sluit ook goed aan op r.o. 3.4 van het *Bike Brothers*-arrest van de Hoge Raad waarin het uitzonderlijke karakter van art. 269 WvK wordt benadrukt en de voorwaarden voor de mogelijkheid van een retroactieve dekking³³ door de Hoge Raad worden aangegeven: '(...) Weliswaar kunnen partijen overeenkomen dat de verzekering zal ingaan op een tijdstip dat is gelegen vóór het tijdstip waarop de verzekering tot stand komt, in welk geval niet is uitgesloten dat het risico zich op laatstvermeld tijdstip reeds heeft verwezenlijkt, maar niet kan worden aanvaard dat de verzekering ook schade dekt die het gevolg is van verwezenlijking van het risico voordat de verzekering tot stand is gekomen indien de verzekeringnemer en/of de verzekerde daarvan toen reeds kennis droeg/droegen. In dat geval zou voor hen of een van hen, op het tijdstip waarop de verzekeraar zich verbond om het risico te lopen, immers geen onzekerheid meer bestaan over de verwezenlijking van het risico.'³⁴

8.2.2 Is het onzekerheidsvereiste een doorlopend vereiste?³⁵

Het universele onzekerheids- of alea-vereiste houdt in dat er in het kader van een verzekeringsovereenkomst altijd enige onzekerheid dient te zijn ten aanzien van het intreden van het verzekerde evenement.

Fontaine heeft voor het Belgisch recht opgemerkt dat het alea-vereiste alleen aan de orde is bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst: 'Nous n'en sommes pas convaincu. *A posteriori*, on peut trouver à l'origine de tout sinistre une cause ou un ensemble de causes qui devaient nécessairement conduire à l'événement, et pas seulement en cas de sinistre volontaire. C'est à la conclusion du contrat qu'il convient d'apprécier le caractère aléatoire d'un événement.'³⁶

Naar mijn mening is deze opvatting van het alea-vereiste te beperkt.

Allereerst volgt de opvatting niet direct uit art. 1.A. Verz.W. waarin kortweg gezegd is bepaald dat een verzekeringsovereenkomst een overeenkomst is waarbij een verzekeraar zich verbindt tegen betaling van premie door de verzekeringnemer een bepaalde prestatie te verrichten ingeval zich een onzekere gebeurtenis voordoet. En zelfs al zou de wet bepalen dat er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzekerheid dient te zijn over het verzekerd voorval en de daarmee samenhangende uitkeringsplicht – zoals bijvoorbeeld in het Nederlandse art. 7:925 BW is vastgelegd – dient gezien de aard van de verzekeringsovereenkomst er ook onzekerheid ten aanzien van het evenement te bestaan *na* het sluiten van de verzekeringsovereenkomst: de verzekeringsovereenkomst is immers een overeenkomst tot risico-overdracht; het ontstaan van de schade dient ook voor de verzekerde tijdens de looptijd van de overeenkomst een risico dus onverwacht te zijn.³⁷

33. Dat is de situatie waarin met terugwerkende kracht dekking wordt verleend. De dekkingsperiode gaat dus eerder dan het moment waarop de verzekeringsovereenkomst wordt gesloten. Zie Van Huizen 2004, p. 72.

34. HR 11 april 1997, NJ 1998, 111.

35. Deze paragraaf is een geactualiseerde bewerking van M.L. Hendrikse, 'Een rechtsvergelijkende analyse aangaande de verzekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht', in: *Over grenzen* (Liber Amicorum Herman Cousy), Antwerpen/Cambridge 2011, p. 473.

36. M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 2010 (hierna: Fontaine 2010), p. 270.

37. Zie Van Huizen 1988, p. 258. Zie ook Van Eijk-Graveland 1999, p. 139. Anders Wery/Mendel 2010, p. 55 die strikt vasthouden aan de tekst van art. 7:925 BW waarin staat dat er bij het sluiten van

8.3 (Verzekerbaar) belang

8.3.1 Algemeen

‘Het verzekerbbaar belang of interest wordt thans, gelijk vroeger, algemeen als de basis van alle schadeverzekering erkend’ leert Dorhout Mees ons in zijn monumentale werk *Schadeverzekeringsrecht* uit 1967.³⁸ Hij bouwt voort op het betoog van Molengraaff over de betekenis van het belang en de verhouding van verzekering tot de andere kansovereenkomsten.³⁹ In navolging van Molengraaff en Nolst Trenité merkt Dorhout Mees op dat het belang een economische factor is en dat het daarom moeilijk is er een juridische definitie van te geven.⁴⁰ Als men al tot een definitie wil komen meent Dorhout Mees ‘dat iemand belang heeft bij een verzekering voor zoverre hij de schade, waarvan de verzekeraar de vergoeding op zich heeft genomen, in zijn vermogen zou lijden wanneer zij voorviel.’⁴¹ Uit het *Aardbeienmandjes*-arrest van de Hoge Raad volgt dat het belang niet expliciet in de polis hoeft te zijn vermeld.⁴²

Mijnssen heeft een andere benadering.⁴³ Hij merkt op dat het verzekerde belang het belang is bij het niet plaatsvinden van een schadeveroorzakende gebeurtenis welk begrip niet vereenzelvigd kan worden met het begrip voorwerp van de verzekering of verzekerd voorwerp.⁴⁴ Voorwerp van verzekering is naar het oordeel van Mijnssen het vermogensactief dat door de gebeurtenis tegen de gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt in waarde kan verminderen of geheel teniet kan gaan.⁴⁵

De benadering van Mijnssen sluit goed aan op section 5 van de MIA 1906 dat luidt: ‘(1) Subject to the provisions of this Act, every person has an insurable interest who is interested in a marine adventure. (2) In particular a person is interested in a marine adventure where he stands in any legal or equitable relation to the adventure or to any insurable property at risk therein, in consequence of which he may benefit by the safety or due arrival of insurable property, or may be prejudiced by its loss, or by damage thereto, or by the detention thereof, or may incur liability in respect thereof.’⁴⁶

Section 5 van de MIA 1906 veronderstelt dus voor de verzekerbbaarheid van een belang een juridische grondslag.⁴⁷

de verzekeringsovereenkomst onzekerheid moet zijn. Zie voor dit laatste in dezelfde zin Blom 2006, p. 28.

38. Dorhout Mees 1967, p. 112.

39. W.L.P.A. Molengraaff, *Rechtsgeleerdheid Magazijn* 1882, p. 14 e.v. en 393 e.v.

40. Dorhout Mees 1967, p. 108. Zie voor het eerstgenoemde ook Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Het (verzekerbbaar) belang’, in: *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Van Huizen 2011), p. 360.

41. Dorhout Mees 1967, p. 108.

42. HR 7 februari 1913, NJ 1913, p. 471.

43. F.H.J. Mijnssen, ‘Verzekerbbaar belang’, in: *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004 (hierna: Mijnssen 2004), p. 172.

44. Mijnssen 2004, p. 172.

45. Mijnssen 2004, p. 172.

46. Zie nader over deze bepaling J. Gilman & R. Merkin, *Arnould's Law of Marine Insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 2008 (hierna: Arnould's 2008), p. 333-335; F.D. Rose, *Marine Insurance*, Londen/Singapore: LLP (hierna: Rose 2004), p. 32 en *O'May on Marine Insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 1993 (hierna: O'May 1993), p. 47-48.

47. Van Huizen 1988, p. 58.

Van Huizen is van mening – en ik volg hem daarin – dat het begrip vermogen aldus onnodig gejuridiseerd wordt.⁴⁸ Het is naar zijn mening wel degelijk mogelijk dat een persoon schade lijdt zonder aantasting van een subjectief recht. Hij noemt het geval van een vakantiehuisje dat door een natuurverschijnsel onherstelbaar onbereikbaar wordt.⁴⁹ In een dergelijk geval blijft het eigendomsrecht onaangetast maar het huisje heeft economisch gezien geen enkele waarde meer.

Naar zijn mening heeft de wetgever bij de uitleg van het begrip vermogensschade in de definitie van de schadeverzekeringsovereenkomst ex art. 7:944 BW dan ook ten onrechte aangeknoopt bij de wijze waarop dit begrip wordt uitgelegd in afdeling 6.1.10 BW, de regeling aangaande de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding nu het verzekeringsrechtelijk belang en daarmee de verzekerbare schade economische begrippen zijn.⁵⁰

Naar mijn mening zou de economische invulling van het begrip verzekerbaar belang nog beter tot uitdrukking komen indien in de definitie van art. 7:944 BW het woord ‘vermogensschade’ vervangen zou worden door het woord ‘schade’. De definitie zou dan als volgt luiden: ‘Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van schade die de verzekerde zou kunnen lijden.’ Deze nieuwe definitie sluit mooi aan bij de hierboven genoemde definitie van belang zoals opgesteld door Dorhout Mees.

8.3.2 Op welk moment dient er een verzekerbaar belang aanwezig te zijn?

In de memorie van toelichting bij art. 7:946 merkt de wetgever over de onderhavige kwestie het volgende op: ‘Het thans voorgestelde artikel handhaaft het beginsel van de huidige wet dat de verzekeraar erop mag rekenen slechts het belang van de verzekeringnemer te dekken, tenzij een beding of voorbehoud in andere zin is gemaakt. Het is echter niet meer nodig dat het belang reeds bij het sluiten van de verzekering bestaat.’⁵¹ In ieder geval staat vast dat het belang niet meer aanwezig hoeft te zijn bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Door Dorhout Mees was er al op gewezen dat het vereiste van art. 250 oud WvK niet in overeenstemming was met de praktijk en dat men deze bepaling aldus moest lezen dat er belang moest zijn ten tijde van de schade.⁵² Ook wijst Dorhout Mees erop dat de onderhavige uitleg goed aansluit bij section 6 van de MIA 1906 welke bepaling als volgt luidt: ‘(1) The assured must be interested in the subject-matter insured at the time of the loss though he need not be interested when the insurance is effected: Provided that where the subject-matter is insured “lost or not lost”, the assured may recover although he may not have acquired his interest until after the loss, unless at the time of effecting the contract of insurance the assured was aware of the loss, and the insurer was not. (2) Where the assured has no interest at the time of the loss, he cannot acquire interest by any act or election after he is aware of the loss.’⁵³

48. Van Huizen 2011, p. 360.

49. Van Huizen 2011, p. 360.

50. Van Huizen 2011, p. 360. Zie voor de genoemde aanknopning door de wetgever *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 115.

51. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 120. Art. 250 oud WvK stelde wel als eis dat het belang aanwezig was bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

52. Zie Dorhout Mees 1967, p. 111. Hij herhaalt dit in zijn toelichting bij art. 7:17.2.4 van Ontwerp titel 7.17 1972. Zie *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 119.

53. Zie nader over de onderhavige bepaling onder andere Arnould’s 2008, p. 335-336.

Door Van Huizen is opgemerkt dat de benadering van Dorhout Mees niet het gehele probleem oplost.⁵⁴ Hij wijst op de praktijk van de containerisering van het vervoer waarbij het bijna onmogelijk is geworden om het tijdstip van de verwezenlijking van het (transport)risico te kunnen vaststellen en dat pas niet eerder dan bij het lossen van de container kan worden vastgesteld of de daarin vervoerde goederen zijn beschadigd.⁵⁵ Van Huizen concludeert dan ook dat in beginsel het belang aanwezig dient te zijn ten tijde van de verwezenlijking van het risico maar dat bij transportverzekeringen uit de overeenkomst kan volgen dat het belang pas aanwezig hoeft te zijn ten tijde van het vaststellen van de schade.

Onduidelijk is voor mij wat Van Huizen bedoelt met de opmerking dat bij transportverzekeringen uit de overeenkomst kan volgen dat het belang pas aanwezig hoeft te zijn ten tijde van het vaststellen van de schade. Moet dit laatste expliciet in de verzekeringsovereenkomst zijn opgenomen? Of is het al voldoende dat uit de transportverzekering blijkt dat er containers worden vervoerd en dat de inhoud van de containers verzekerd is onder de polis?

Mijn voorkeur gaat uit naar het laatste. Het handelsrecht – het transportverzekeringsrecht maakt daar onbetwist deel van uit – heeft een dienende functie.⁵⁶ Het handelsrecht faciliteert het handelsverkeer.⁵⁷

De faciliterende functie van het handelsrecht brengt onder andere⁵⁸ mee dat het handelsrecht een juridische oplossing moeten bieden voor de technologische en industriële ontwikkelingen in het handelsverkeer.⁵⁹ Van Huizen noemt zelf als voorbeeld van een juridische oplossing voor een ontwikkeling in het handelsverkeer het speciaal voor multimodaal vervoer in het leven geroepen CT-document.^{60, 61}

Naar mijn mening zal het handelsrecht een oplossing moeten bieden voor het belang-vereiste in het geval van containervervoer. Dit kan door in een dergelijk geval te kiezen voor het uitgangspunt dat het belang pas aanwezig hoeft te zijn bij het vaststellen van de schade. Dit uitgangspunt hoeft naar mijn mening niet expliciet in de transportverzekeringsovereenkomst te zijn verwoord nu een dergelijke benadering eigenlijk al volgt uit het feit dat er sprake is van containervervoer. De benadering dat het belang aanwezig moet zijn ten tijde van de schade heeft immers bij containervervoer geen praktische betekenis.

8.3.3 De belanghebbenden bij een transportverzekeringpolis

Art. 7:946 BW bepaalt dat de verzekeringsovereenkomst slechts het belang van de verzekeringnemer dekt tenzij anders is overeengekomen. Ingeval bijvoorbeeld een zeevervoerder/eigenaar van een schip een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering

54. Van Huizen 2011, p. 361.

55. Van Huizen 2011, p. 361.

56. Zie ook Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (hierna: Van Huizen 2009), p. 19.

57. Zie ook stelling 6 bij de diss. van Martius. Zie voor de handelseditie H.P.A.J. Martius, *Elektronisch Handelsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

58. Zie uitgebreid over deze problematiek hoofdstuk 1 van dit boek.

59. Zie ook Van Huizen 2009, p. 17-18. Zie ook L. Timmerman, *TVVS 1990-1*, p. 3: 'Op de juridische gevolgen van dit soort veranderende maatschappelijke praktijken dient de beoefenaar van het handelsrecht zich telkens weer te bezinnen.'

60. *Combined Transport-document*. Zie over dit document onder andere W.J. Oostwouder, *Hoofdzaken Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 2001, p. 82-85.

61. Van Huizen 2009, p. 18.

sluit bij een P&I-Club voor dat deel van zijn vervoerdersaansprakelijkheid dat niet al is gedekt onder de cascoverzekering voor zijn schip is hij naast verzekeringnemer, dus de wederpartij van de verzekeraar bij de verzekeringsovereenkomst, ook de verzekerde van deze polis hetgeen wil zeggen dat indien het onder de onderhavige polis gedekte risico zich verwezenlijkt hij recht heeft op een vergoeding van de door hem geleden schade.

In de handelspraktijk komt het regelmatig voor dat een verzekeringnemer een verzekering afsluit die (mede) het belang van een derde dekt. Men spreekt dan van een verzekering ten behoeve van een derde.⁶² Een bekend voorbeeld van een verzekering ten behoeve van een derde is de CIF-koop.⁶³ In een dergelijk geval is de verkoper op grond van het beding CIF verplicht een transportgoederenverzekering af te sluiten voor het vervoer van de verkochte goederen over zee.

Een verzekering ten behoeve van een derde is gebaseerd op de rechtsfiguur van het derdenbeding.⁶⁴ Het derdenbeding is algemeen geregeld in art. 6:253 BW maar in art. 7:947 BW wordt in het kader van de verzekeringsovereenkomst op een aantal punten van de algemene regeling afgeweken.

Art. 7:947 BW gaat ervan uit dat de verzekeringnemer een derde aanwijst ten behoeve van wie de verzekering (mede) loopt. Deze derde hoeft niet met name te zijn genoemd maar kan ook in een bepaalde kwaliteit worden aangewezen zoals bijvoorbeeld koper van de in de polis genoemde verzekerde goederen.⁶⁵ Zelfs is het mogelijk een nog meer algemene aanwijzing te gebruiken in de vorm van een aanwijzing 'voor wie het aangaat'.^{66, 67} Illustratief bij dit laatste is de aanhef op het voorbeeld polisblad van de Nederlandse Beurs-Goederenpolis 2006 van de VNAB: 'Wij, ondervermelde verzekeraars, verzekeren elk voor het aandeel hieronder getekend aan U, of die het anders geheel of ten dele zoude mogen aangaan, (hierna te noemen "de verzekerde") zowel voor eigen rekening als voor die van derden, met of zonder lastgeving en zulks met inachtneming van de hierbij behorende Voorwaarden "Nederlandse Beurs-goederenpolis 2006", zoals deze ten tijde van het aangaan van deze overeenkomst bij de Coöperatieve Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs B.A. zijn gedeponeerd, mits hieronder wordt vermeld welke gevaren zijn gedekt'. Bij een dergelijke polis kan bij beschadiging van de goederen de verkoper uitkering onder de polis vragen indien het risico nog niet op de koper is overgegaan en kan de koper uitkering onder de polis vragen indien het risico van de verkoper op de koper is overgegaan. Het moment van risico-overgang is afhankelijk van de 'risico-overgang'-conditie in het koopcontract.⁶⁸

Zolang de derde zijn aanwijzing als belanghebbende nog niet heeft aanvaard, is hij geen partij bij de verzekeringsovereenkomst: art. 6:254 BW bepaalt dat de derde

62. Zie zeer uitgebreid over de verzekering ten behoeve van een derde F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: Salomons 1996).

63. Zie uitgebreid over de CIF-koop hoofdstuk 4 van dit boek.

64. Zie *Parl. Gesch. 7.17 BW*, p. 124. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 383, Van Huizen 2011, p. 364 en Salomons 1996, p. 127 en 140.

65. Zie ook in algemene zin Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 382.

66. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 382.

67. De onderhavige verzekeringsvorm heeft niet het karakter van een waardepapier en derhalve dient ook de verweermiddelenregel zoals die bij waardepapieren geldt – vgl. onder andere art. 6:146 BW – in het onderhavige geval te worden toegepast. Zie onder andere ook Salomons 1996, p. 163.

68. Zie daarover hoofdstuk 3 en 4 van dit boek.

geldt als partij bij de overeenkomst indien hij zijn aanwijzing als derde heeft aanvaard.

Kan de aanwijzing van de derde door de verzekeringnemer worden herroepen? Art. 7:947 BW gaat ervan uit dat een aanwijzing in beginsel herroepelijk is maar dat de herroeping slechts mogelijk is met medewerking van de verzekeraar of van de derde. Dit uitgangspunt wijkt af van art. 6:253 lid 2 BW waarin wordt bepaald dat de stipulator⁶⁹ de aanwijzing kan herroepen tot het moment dat de aangewezen derde het beding heeft aanvaard. De wetgever licht het verschil in uitgangspunt als volgt toe: 'Artikel 6.5.3.5 lid 2 [het huidige art. 6:253 lid 2 BW, MLH] bepaalt dat tot de aanvaarding door de derde het beding kan worden herroepen door degene die het heeft gemaakt. Dit past niet goed bij verzekering waarbij naast de zojuist genoemde gevallen ook algemene clausules als "voor wie het aangaat" enz. zo veelvuldig voorkomen (...). Daarom bepaalt lid 1, eerste zinsnede, van art. 7:17.2.4a [het huidige art. 7:947 BW, MLH] dat de verzekeringnemer de aanwijzing niet kan herroepen. Hiermee is bedoeld: zonder medewerking van de verzekeraar of van de derde.'⁷⁰

Door Stadermann is terecht opgemerkt dat de regeling van art. 7:947 BW op onderhavig punt iets merkwaardigs heeft nu de belangen van de verzekeraar en de derde tegenstrijdig kunnen zijn.⁷¹ In geval van een inmiddels verhoogd of een verwacht verhoogd risico zal – zo merkt hij op – een verzekeraar belang kunnen hebben bij het intrekken van de dekking voor de derde, terwijl een derde juist belang heeft bij voortzetting omdat het elders onderbrengen van de post in een dergelijk geval niet of slechts tegen hogere kosten mogelijk is.

Hij stelt daarom – en ik volg hem daarin – het hierboven gecursiveerde woord 'of' in art. 7:947 BW te vervangen door het woord 'en'.⁷²

Stadermann erkent dat er een impasse kan ontstaan als – na doorvoering van zijn voorstel – of de verzekeraar of de derde weigert mee te werken aan de herroeping.⁷³ Naar zijn mening is die situatie te verkiezen boven de mogelijkheid dat het belang van of de verzekeraar of dat van de derde wordt genegeerd.⁷⁴

In een aantal gevallen is de aanwijzing van de derde-verzekerde onherroepelijk. Allereerst kan genoemd worden de in de tweede zin van art. 7:947 benoemde situatie dat er sprake is van een reeds gevallen schade. In een dergelijk geval kunnen de verzekeraar en de verzekeringnemer de aanwijzing niet gezamenlijk ongedaan maken. Op grond van art. 7:963 lid 3 BW kan niet van de onderhavige zin ten nadele van de derde worden afgeweken. De wetgever licht dit als volgt toe: 'om te voorkomen dat een derde die schade heeft geleden en dacht daarvoor verzekerd te zijn, plotseling bedrogen uit kan komen.'⁷⁵

Door Stadermann wordt de vraag gesteld of in het onderhavige geval de verzekeringnemer wel met de derde mag overeenkomen dat de aanwijzing ongedaan wordt

69. Degene die het beding heeft gemaakt.

70. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 124.

71. F. Stadermann, 'De Verzekering ten behoeve van een derde', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Stadermann 2005a), p. 129.

72. Stadermann 2005a, p. 130.

73. Stadermann 2005a, p. 130.

74. Stadermann 2005a, p. 130.

75. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 125.

gemaakt.⁷⁶ De derde zou daartoe genegen kunnen zijn indien hij zelf ook al voor een dekking heeft gezorgd. In de *property marine insurance*-praktijk ziet men bijvoorbeeld wel dat een CIF-koper ervoor kiest de lading voor de zeereis bij zijn eigen zeeverzekeraar te verzekeren terwijl hij weet dat het belang al op basis van het CIF-beding door een door de verkoper aangezochte zeeverzekeraar is gedekt.⁷⁷

Stadermann merkt terecht op dat de derde in het onderhavige geval handelt in het in art. 7:961 lid 3 laatste zin BW opgenomen verbod voor de verzekerde om het onderling verhaal tussen verzekeraars in gevaar te brengen.⁷⁸

In de tweede plaats is sprake van een onherroepelijk beding indien de derde de herroepelijke aanwijzing heeft aanvaard. In de verzekeringsvoorwaarden kan evenwel worden bepaald dat voor de aanvaarding van de aanwijzing door de derde medewerking van de verzekeringnemer vereist is. Deze clausule is ingegeven door het arrest van de Hoge Raad *Bensdorp/Huying* waarin de Hoge Raad overwoog dat het de verzekeringnemer op grond van de toepasselijke condities was toegestaan te bepalen wie tot de groep van de medeverzekerden behoorde.⁷⁹ Het onderhavige uitgangspunt geldt – ondanks art. 7:947 BW – ook in geval van een reeds gevallen schade.⁸⁰ Er is immers sprake van een aanwijzing onder de opschortende voorwaarde van toestemming van medewerking van de verzekeringnemer en aan die voorwaarde zal ook na het plaatsvinden van de schade voldaan moeten worden wil de derde een daadwerkelijk beroep op de dekking kunnen doen.⁸¹

Een aanwijzing van een derde kan ook onherroepelijk zijn indien de verzekeringnemer op grond van een tussen de verzekeringnemer en de derde bestaande rechtsverhouding de verplichting heeft om ten behoeve van die derde een verzekeringsovereenkomst af te sluiten.⁸² Bij dit laatste kan gedacht worden aan het geval van de CIF-koop.

Afgezien van het feit dat een transportverzekeringspolis een ruim toepassingsbereik kan worden meegegeven door de kring van verzekerden ruim te formuleren door bijvoorbeeld een clausule ‘voor wie het aangaat’ op te nemen is hetzelfde ook mogelijk door de polis eenvoudig overdraagbaar te maken door de polis aan toonder of aan order te maken. Order- en toonderpolissen zijn waardepapieren.⁸³ Het waardepapierenrechtelijke karakter van de onderhavige polissen ziet men terug in de overdraagbaarheidsfunctie en de legitimatiefunctie.⁸⁴

De overdraagbaarheidsfunctie houdt in dat verzekerde onder de polis is degene die de polis heeft verkregen (bij de toonderpolis) dan wel is geëndoseerd (bij de orderpolis).⁸⁵

De legitimatiefunctie houdt in beginsel in dat de houder van de polis (bij de toonderpolis) en de geëndoseerde (bij de orderpolis) zich legitimeert als verzekerde en

76. Stadermann 2005, p. 131. Hij merkt op dat de verzekeraar in een dergelijk geval graag zal meewerken aan de ongedaanmaking omdat hij op die manier ontsnapt aan zijn uitkeringsverplichting.

77. Zie onder andere Rose 2004, p. 577 en O'May 1993, p. 503.

78. Stadermann 2005a, p. 131.

79. Zie Van Huizen 2011, p. 363-364.

80. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 386.

81. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 386.

82. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 385 en Van Huizen 2011, p. 365.

83. Zie onder andere Van Huizen 1988, p. 108.

84. Zie Van Huizen 1988, p. 107-108.

85. Zie Van Huizen 1988, p. 107. Vergelijk art. 3:93 jo. 3:84 BW.

dat het aan de verzekeraar is aan te tonen dat er geen sprake is van een rechtmatige verkrijging.⁸⁶ Art. 7:949 BW wijkt van dit algemeen waardepapierenrechtelijke uitgangspunt af door te bepalen voor order-, toonderpolissen en bij een verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld dat de houder van de polis of van een ander door de verzekeraar afgegeven bewijsstuk als verzekerde geldt mits het verzekerde belang bij hem berust.⁸⁷ Dit laatste is mogelijk door een cognossement of ceel aan de verzekeraar te overleggen waarin de verzekerde goederen vermeld staan.⁸⁸

Orderpolissen komen in de transportverzekeringspraktijk zelden voor.⁸⁹ Toonderpolissen ziet men bij goederentransportverzekeringen.⁹⁰ Naar Engels recht is evenwel een toonderpolis niet mogelijk maar een orderpolis wel. Dit volgt uit section 23 para. 1 MIA 1906 waarin het dwingende vereiste is opgenomen dat de polis de naam van de verzekerde of zijn vertegenwoordiger vermeldt.⁹¹

Voor de volledigheid wordt vermeld dat art. 7:949 BW een ruimer toepassingsbereik heeft dan alleen de order- of toonderpolis. De bepaling is ook van toepassing in geval van een verzekering van zaken die door middel van documenten worden verhandeld – bijvoorbeeld bij cognossement – en de verzekeraar geen order- of toonderpolis heeft afgegeven maar een gewone polis of een (niet aan order of toonder gesteld) verzekeringscertificaat.⁹² De wetgever geeft de volgende toelichting: ‘De reden waarom ook in deze bepaling verzekeringen van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld gelijk worden gesteld met verzekeringen die aan toonder of order zijn gesteld, is hierboven bij de toelichting op artikel 7.17.1.8 [7:932, MLH] derde lid, uiteen gezet. Daarnaast zij verwezen.’⁹³ In de toelichting bij art. 7:932 BW treft men de volgende twee belangrijke passages aan die voor het onderhavige onderwerp van belang zijn: ‘De wet kan echter niet volstaan met het noemen van deze stukken, omdat in de praktijk allerlei bewijsstukken, zoals polissen en bewijzen van voorlopige dekking, die aanvankelijk niet aan order of toonder luiden, door de houder na de afgifte in blanco worden geëndosseerd, zonder dat de verzekeraar bericht daarvan ontvangt; vgl. § 50 van de Marine Insurance Act 1906. Dit is noodzakelijk om verhandeling van de verzekerde zaken en financiering daarvan door achtereenvolgende banken vlot te doen verlopen. Dit verklaart het in het voorgestelde lid gekozen criterium. Dit betreft niet alleen transportverzekering, want de geschetste handelwijze wordt ook bij goederen die zich in een opslagplaats bevinden, gevolgd’⁹⁴ en ‘Dat dit ook zo kan zijn bij verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld, berust op de op het Engelse recht georiënteerde (zee)verzekeringspraktijk, waarbij de verkoper de niet van een order- of toonderclausule voorziene polis aan koper overdraagt door het stuk zelf in blanco te endosseren (zie section 50 van de Marine

86. Zie Van Huizen 1988, p. 107.

87. Zie Van Huizen 2011, p. 366.

88. Zie *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 131.

89. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 406 en Salomons 1996, p. 8.

90. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 406 en Salomons 1996, p. 8.

91. Zie N.B. Hillebrand, ‘Verzekeringpolis bij CIF-koop; certificaten van verzekering en “pseudo-toonderpolissen”’, in: *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000 (hierna: Hillebrand 2000) en Van Huizen 1988, p. 107. Zie nader over section 23 MIA 1906 O’May 1993, p. 44-45.

92. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 409.

93. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 132.

94. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 44.

Insurance Act). Deze wijze van handelen heeft voor de koper in beginsel tot gevolg dat hij de verzekeraar onder de polis kan aanspreken. De verzekeraar pleegt in dat geval de uitkering aan de houder van de in blanco geëndosseerde polis uit te keren. Juist omdat goederenverzekeringen plegen te worden gesloten op Engelse condities, en deze praktijk niet dient te worden doorkruist indien Nederlands recht van toepassing is, worden in dit artikel (en ook in artikel 7.17.2.5a) deze polissen met polissen die aan toonder of order zijn gesteld, gelijkgesteld. Vergelijk HR 10 januari 1969, NJ 1969, 190.⁹⁵

8.3.4 Verzekering volgt het belang

De strekking van art. 7:948 is door Stadermann als volgt kernachtig omschreven: ‘Verzekering volgt het belang maar niet te lang’.⁹⁶ Art. 7:948 lid 2 BW beperkt immers de overgang van de verzekerde op de nieuwe belanghebbende tot één maand. De onderhavige bepaling kan worden gezien als een specifieke risicoverzwaringsbepaling.⁹⁷ In geval van overgang van belang gaat de bijbehorende verzekering van rechtswege over op de nieuwe belanghebbende maar de verzekeraar moet de mogelijkheid hebben de verzekeringsovereenkomst te beëindigen. Een andere opvatting zou betekenen dat de verzekeraar een nieuwe belanghebbende kan worden opgedrongen terwijl hem dit niet is toe te rekenen.⁹⁸ Van toerekening is bijvoorbeeld wel sprake bij een verzekering ‘voor wie het aangaat’. In een dergelijk geval kan de verzekeraar verwachten dat er in de toekomst zich een andere belanghebbende dan die op het moment van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in beeld is, meldt met een claim. Art. 7:948 lid 2 BW geeft de verzekeraar dan ook de mogelijkheid de verzekeringsovereenkomst op te zeggen met inachtneming van een termijn van een maand binnen een periode van twee maanden nadat de hierboven genoemde verklaring van de nieuwe belanghebbende is gedaan. Art. 7:948 lid 4 maakt expliciet duidelijk dat het bepaalde in art. 7:948 lid 2 BW er niet toe mag leiden dat de (oorspronkelijke) duur van de verzekeringsovereenkomst wordt verlengd of dat de opzeggingsmogelijkheden van de verzekeraar uit andere hoofde worden beperkt.⁹⁹ In de parlementaire geschiedenis wordt in het kader van het eerstgenoemde het voorbeeld genoemd dat de verzekering zonder overdracht van de zaak nog acht dagen zou lopen.¹⁰⁰ De wetgever merkt op dat art. 7:948 lid 4 BW meebrengt dat de overdracht van de zaak in dit geval er niet toe leidt dat de verzekering ook na die acht dagen nog doorloopt.

Art. 7:948 BW is van regelend recht.¹⁰¹ Verzekeraars kunnen in hun verzekeringsvoorwaarden dus een clause opnemen die de overgang van een verzekering ingeval het belang overgaat op een nieuwe belanghebbende blokkeert.¹⁰² Zie voor een

95. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 45. Zie nader over section 50 MIA 1906 Arnould's 2008, p. 252-259.

96. Zie F. Stadermann, ‘Overgang van het verzekerd belang’, in: *Het nieuwe verzekeringsrecht titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Stadermann 2005b), p. 118.

97. Zie ook R. Feunekes, *Risicoverzwaren bij schadeverzekeringen* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 113.

98. Zie in ongeveer gelijke zin *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 128.

99. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 399.

100. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 128.

101. Dat gold ook voor de voorganger van art. 7:948 BW, art. 263 oud WvK. Zie HR 9 maart 1956, NJ 1959, 135.

102. Zie ook Mijnsen 2012, p. 58-59.

voorbeeld in de transportverzekeringspraktijk clausule 4.2 van het Institute Standard Hull Form waarin wordt bepaald dat behoudens schriftelijke toestemming van verzekeraars de verzekering eindigt onder andere in geval de eigendom van het schip overgaat.

Art. 7:948 lid 1 BW bepaalt dat bij *overdracht* van een zaak of een beperkt recht waaraan een zaak is onderworpen, de rechten en verplichtingen uit de verzekering die het belang van de vervreemder bij het behoud van de zaak dekt, met het risico overgaan op de verkrijger ook indien het risico al voor de overdracht overgaat. Van een nieuwe verzekering is geen sprake: de oorspronkelijke verzekering loopt door.¹⁰³ Er geldt dan ook geen mededelingsplicht voor de ex art. 7:928 BW nieuwe belanghebbende.¹⁰⁴

Het Engelse zeeverzekeringsrecht gaat van een ander uitgangspunt uit. Art. 15 MIA 1906 bepaalt: 'Where the assured assigns or otherwise parts with his interest in the subject-matter insured, he does not thereby transfer to the assignee his rights under the contract of insurance, unless there be an express or implied agreement with the assignee to that effect. But the provisions of this section do not affect a transmission of interest by operation of law.'¹⁰⁵ De rechten uit de verzekeringsovereenkomst gaan dus niet van rechtswege over op de verkrijger van het verzekerde object maar de verkrijger en de vervreemder kunnen de overgang van de verzekering wel overeenkomen.

Art. 7:948 lid 1 BW brengt mij tot de volgende vier opmerkingen.

Allereerst kan worden vastgesteld dat de onderhavige regel toepassing mist in geval van overgang onder *algemene titel* zoals bijvoorbeeld bij erfopvolging.¹⁰⁶ De wet spreekt immers uitdrukkelijk van *overdracht* hetgeen duidt op een overgang onder bijzondere titel.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat art. 7:948 BW geen betrekking heeft op aansprakelijkheidsverzekeringen nu daarbij geen sprake is van een dekking aangaande het behoud van een zaak.¹⁰⁷ Hetzelfde geldt voor een kredietverzekering: in geval van cessie van een *vordering* uit een kredietovereenkomst die is afgedekt door kredietverzekering gaan de rechten en plichten uit die verzekering niet over op de nieuwe rechthebbende van de onderhavige vordering nu de regeling van art. 7:948 BW alleen van toepassing is bij de overdracht van een *zaak*.¹⁰⁸ Kortweg gezegd is art. 7:948 BW alleen van betekenis in geval van een objectverzekering.¹⁰⁹

Verder is van belang op te merken dat verzekering al kan overgaan op de nieuwe belanghebbende indien de overdracht van de verzekerde zaak nog niet is geëffectueerd: van belang is het moment waarop het risico overgaat. In de praktijk komt het regelmatig voor dat het risico al is overgegaan op de koper maar het eigendomsrecht nog toekomt aan de verkoper. Als voorbeeld kan genoemd worden het geval

103. Zie ook Mijnsen 2012, p. 57 en M.L. Hendrikse, *NTHR* 2010-1 (hierna: Hendrikse 2010), p. 11.

104. Zie ook Mijnsen 2012, p. 58 en Hendrikse 2010, p. 10-11.

105. Zie nader over art. 15 MIA 1906 Arnould's 2008, p. 254-255.

106. Zie ook *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 128. Voor de situatie van erfopvolging is er een speciale regeling in art. 7:950 BW. Deze bepaling zal in dit hoofdstuk onbesproken blijven nu deze niet van betekenis is voor de transportverzekering en de kredietverzekering.

107. Zie ook Stadermann 2005b, p. 119.

108. Zie ook Mijnsen 2012, p. 55 en Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 397.

109. Stadermann 2005b, p. 119.

waarin de verkoper een eigendomsvoorbehoud maakt.¹¹⁰ Bij een vervreemding onder eigendomsvoorbehoud is op grond van art. 7:9 lid 3 jo. 7:10 lid 1 BW het risico overgegaan op de koper op het moment van aflevering, dat is het moment waarop de verkoper de koper in de macht stelt van de koper, maar blijft het eigendomsrecht bij de verkoper tot de koopprijs in zijn geheel is betaald. In de vierde plaats is het van belang om te benadrukken dat op grond van art. 7:948 lid 1 BW niet alleen de *rechten* uit de verzekeringsovereenkomst overgaan op de nieuwe belanghebbende maar ook de *verplichtingen*. In dit kader kan onder andere gedacht worden aan de bereddingsplicht ex art. 7:957 BW.¹¹¹ Voor de premiebetalingsverplichting geldt een afwijkende regeling in art. 7:948 lid 3 BW. De premiebetalingsverplichting gaat pas over op de nieuwe belanghebbende op het moment dat deze laatste binnen een maand nadat de verzekering op de nieuwe belanghebbende is overgegaan heeft verklaard de verzekering te willen voortzetten om te voorkomen dat de verzekeraar zich beroept op de vervaltermijn van één maand ex art. 7:948 lid 2 BW.¹¹² Achtergrond van dit afwijkende uitgangspunt is 'dat de verzekeraar niet weet wie de nieuwe verzekerde is, zolang deze hem niet heeft doen weten de verzekering over te nemen. Hoe vervreemder en verkrijger de premiebetaling onderling regelen, raakt de verzekeraar niet.'¹¹³ De verzekeringnemer is na het genoemde moment niet meer aansprakelijk voor de betaling van premie die betrekking heeft op de periode na het moment dat de nieuwe belanghebbende heeft verklaard de verzekering voort te zetten.¹¹⁴ Art. 6:251 lid 2 BW dat de vervreemder mede aansprakelijk blijft houden voor verplichtingen die betrekking hebben op de periode na de overgang is hier niet van toepassing.¹¹⁵ Het feit dat alleen de nieuwe belanghebbende aansprakelijk is voor de premies vervallen na het moment dat deze heeft aangegeven de verzekering te willen voortzetten kan wel een risico opleveren voor de verzekeraar nu de nieuwe premiebetaler mogelijk minder solvabel is dan de oorspronkelijke verzekeringnemer. De verzekeraar kan dan weliswaar de verzekeringsovereenkomst op korte termijn beëindigen maar voor die korte periode blijft er een wanbetalingsrisico. Dit risico zou voor een verzekeraar een belangrijke reden kunnen zijn om door door middel van een clause in de verzekeringsvoorwaarden de werking van art. 7:948 BW simpelweg te blokkeren.

8.4 Causaliteit in het transportverzekeringsrecht¹¹⁶

Het vraagstuk van causaliteit in het verzekeringsrecht is voor de transportverzekeringspraktijk een belangrijk vraagstuk. Het gaat dan om de vraag wat men kan

110. Zie ook *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 129-130.

111. Zie Mijnsen 2012, p. 56.

112. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 400.

113. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 128.

114. In art. 7.17.2.6 van het Ontwerp Dorhout Mees werd het onderhavige uitgangspunt expliciet verwoord. Deze bepaling is in het Ontwerp uit 1986 zonder motivering komen te vervallen. Zie *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 134-135. Zie nader over deze kwestie Mijnsen 2012, p. 57.

115. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 129. Zie over verwantschap tussen art. 6:251 BW en art. 7:948 BW Mijnsen 2012, p. 53. In feite is de regeling van 'verzekering volgt belang' ex art. 7:948 BW een bijzondere uitwerking van het algemene uitgangspunt van kwalitatieve rechten ex art. 6:251 BW.

116. Deze paragraaf is een geactualiseerde bewerking van M.L. Hendrikse, *RMThemis* 2011-2 (oratie Heerlen), p. 65-69.

aanwijzen als de oorzaak of de oorzaken van de ontstane schade en of het wel of niet gaat om een onder de transportverzekeringsdekking vallende oorzaak of onder de transportverzekeringsdekking vallende oorzaken.¹¹⁷

Welke causaliteitsleer dient gehanteerd te worden bij het vaststellen of een bepaalde omstandigheid in verzekeringsrechtelijke zin als een oorzaak van de voorgevallen schade kan worden aangemerkt? Leidend is in dezen het criterium van de Hoge Raad in het arrest *Hogenboom-Unigarant*.^{118, 119} De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.2 van dit arrest onder andere: 'Bij de beoordeling of een dergelijk in een overeenkomst geëist causaal verband aanwezig is, komt het in de eerste plaats aan op inhoud en strekking van die overeenkomst en, zo daarover geschil bestaat, op uitleg van die overeenkomst.'¹²⁰

Het genoemde criterium van de Hoge Raad komt erop neer dat men allereerst kijkt of in de verzekeringsvoorwaarden voor een causaliteitscriterium is gekozen, bijvoorbeeld door het gebruik van een woord als 'rechtstreeks' hetgeen duidt op een toepassing van de *causa proxima*-leer,¹²¹ en voor zover dit niet het geval is, kiest men voor toepassing van een causaliteitscriterium dat het meest recht doet aan de inhoud en strekking van de verzekeringsovereenkomst. In het laatste geval is de uit het Engelse verzekeringsrecht afkomstige¹²² *dominant-cause*-theorie, welke leer inhoudt dat men op zoek moet gaan naar de rechtens relevante oorzaak of de rechtens relevante oorzaken, over het algemeen het meest passend.¹²³ Deze theorie ziet het causaliteitsprobleem immers als een vraag van gezond verstand.¹²⁴ 'This choice of the real or efficient cause from out of the whole complex of the facts must be made by applying common sense standards. Cause here means what a business or seafaring man would take to be the cause without too microscopic analysis but on a broad view.'¹²⁵ Meer recent overwoog Lord Hoffman treffend dat

117. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 502; Wery/Mendel 2010, p. 72-73; H.M.B. Brouwer, *NTHR* 2006-4 (hierna: Brouwer 2006), p. 138; H.J. Scheltema/F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1998 (hierna: Scheltema/Mijnsen 1998), p. 182.

118. HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210.

119. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 503; Brouwer 2006, p. 138; Blom 2006, p. 146 en Scheltema/Mijnsen 1998, p. 185.

120. Het ging in casu om een sommenverzekering. Algemeen wordt aangenomen dat onderhavig criterium ook toepasselijk is op de schadeverzekering. Zie onder andere Wery/Mendel 2010, p. 72; Brouwer 2006, p. 138 en Scheltema/Mijnsen 1998, p. 185.

121. Zie ook Blom 2006, p. 202-211.

122. Zie voor het 'droge' verzekeringsrecht onder andere de uitspraak *Gray and other vs. Barr*, [1971] 2 *Lloyd's Rep.* 1. Zie ook M.A. Clarke, *The law of insurance contract*, Londen: Informa 2009 (hierna: Clarke 2009), p. 820. Voor wat betreft het zeeverzekeringsrecht lijkt de tekst section 55 para. 1 MIA 1906 te duiden op een *causa proxima*-leer maar in de rechtspraak komt evenwel naar voren dat in dezen de *dominant cause*-theorie moet worden gehanteerd. Zie onder andere de zaak *Leyland Shipping Co Ltd. vs. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] *A.C.* 350, 363; Trinder, *Anderson & Co vs. Thames & Mersey Mar Ins Co* [1898] 2 *Q.B.* 114, 124; Arnould's 2008, p. 958 en O'May 1993, p. 315-322.

123. Zie ook Brouwer 2006, p. 139 en Van Huizen 1988, p. 152.

124. Van Huizen 1988, p. 153.

125. Lord Wright in de zaak *Yorkshire Dale SS Co vs. Minister of Transport* (1925) 22 *LL.L. Rep.* 37.

‘the notion of causation should not be overcomplicated,¹²⁶ neither should it be oversimplified.^{127, 128}

Ingeval er slechts *één* oorzaak is aan te wijzen voor een bepaalde schade, is de kwestie eenvoudig. Men hoeft dan alleen te bepalen of de betreffende oorzaak een onder de transportverzekeringsspolis gedekt of niet-gedekt evenement oplevert. In geval van *meerdere oorzaken* ligt de zaak een stuk gecompliceerder. Blom merkt in zijn proefschrift in dit kader het volgende op: ‘Gelet op het vorenstaande moet mijns inziens de conclusie zijn dat het probleem van samenwerkende oorzaken in beginsel een ‘alles of niets’ karakter heeft en schadeverdeling, mijns inziens met recht, niet wordt toegepast. Slechts wanneer de omstandigheden werkelijk in dominantie niet voor elkaar onderdoen en uitleg van polisbepalingen ook geen uitsluitend geeft, kan schadeverdeling, vergoeding van 50% van de schade, gerechtvaardigd zijn. Naar mijn inschatting zal een dergelijke situatie zich echter zelden voor doen. De situatie waarbij twee oorzaken ieder duidelijk een deel van de schade te weegbrengen moet worden onderscheiden van het probleem van samenwerkende oorzaken. Alsdan is de verzekeraar slechts gehouden dat deel van de schade te betalen dat door de gedekte oorzaak is veroorzaakt. Voor samenwerkende oorzaken in het vervoerrecht wordt hetzelfde betoogd.’¹²⁹

Ik kan dit betoog niet geheel volgen. Het is juist dat er in geval van meerdere oorzaken twee mogelijkheden zijn.¹³⁰

Allereerst is daar de mogelijkheid – zoals ook Blom aangeeft – dat er meerdere oorzaken zijn en dat exact kan worden aangegeven voor welk percentage een oorzaak heeft bijgedragen aan de schade. In dat geval zal de schade volgens de toerekeningspercentages worden verdeeld en zal worden vastgesteld wat de verzekeraar dient uit te keren.¹³¹ Zulks gebeurde ook in het geval van het arrest *Hogenboom-Unigarant*. Daar werd 10% van de blijvende invaliditeit van de begunstigde, de onderhavige reisverzekering dekde onder meer blijvende invaliditeit, toegeschreven aan het ongeval dat begunstigde had gehad, een gedekte oorzaak, en 90% van de blijvende invaliditeit werd toegeschreven aan een psychische stoornis van de begunstigde, conversie-hysterie, een niet onder de polis gedekte oorzaak.

126. Dit gebeurt naar mijn mening bij de leer van de redelijke toerekening waar de nadruk niet zozeer ligt op het vaststellen van het verband tussen oorzaak en gevolg maar op het vaststellen of er een zodanig verband bestaat tussen oorzaak en gevolg dat een bepaalde schade *naar redelijkheid* als gevolg van die oorzaak aan een bepaald persoon kan worden toegerekend. Het complicerende van deze leer zit hem in het feit dat men hier een gevolg (mede) aan een persoon toerekent en men zich niet beperkt tot het vaststellen van het (natuurwetenschappelijke) verband tussen oorzaak en gevolg. De aanzet tot de onderhavige causaliteitsleer vindt men in de oratie van H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie Amsterdam UvA), uit 1962. De Hoge Raad heeft deze leer aanvaard in het beroemde *Waterwingebied*-arrest van 20 maart 1970, NJ 1970, 251. In zijn arrest van 8 juli 1993, NJ 1994, 210 (*Hogenboom/Unigarant*) overwoog de Hoge Raad evenwel dat bij de beantwoording van de causaliteitsvraag de leer van de redelijke toerekening wordt toegepast in geval van een *wettelijke* verplichting tot schadevergoeding en dat het in het verzekeringsrecht aankomt op uitleg van de verzekeringsovereenkomst op het onderhavige punt.

127. Dit gebeurt naar mijn mening bij een zuivere toepassing van de *causa proxima*-leer waar alleen wordt vastgesteld wat de *naaste* oorzaak van de schade is. Nieuwenhuis merkt op dat de *causa proxima*-leer is terug te voeren op de *Glosse Operae potius meae, ad Digesten 4, 2, 9, 1*: ‘In iure non remota causa, sed proxima, spectatur’. Zie J.H. Nieuwenhuis, *RMThemis* 1994-5, p. 209.

128. Zie de zaak *Empress Car Co vs. National Rivers Authority* [1999] 2 A.C. 22, 29.

129. Blom 2006, p. 280.

130. Zie ook Brouwer 2006, p. 141.

131. Zie ook Brouwer 2006, p. 141 en J. Offerhaus, *RMThemis* 1944 (hierna: Offerhaus 1944), p. 130 en 132.

Verder is er de mogelijkheid dat het onduidelijk is voor welk percentage de oorzaken hebben bijgedragen aan de schade maar vaststaat dat de oorzaken *tezamen* de schade hebben veroorzaakt. Deze situatie wordt door Blom het probleem van de samenwerkende oorzaken genoemd.¹³² In een dergelijk geval ligt het naar mijn mening voor de hand om aan elke oorzaak een gelijk schadepercentage toe te rekenen.¹³³ Blom ziet evenwel meer in een ‘alles of niets-oplossing’. Als rechtvaardiging voor zijn opvatting voert Blom aan dat in het vervoerrecht – hij bedoelt waarschijnlijk het zeerecht – hetzelfde wordt betoogd. De verwijzing van Blom naar het vervoerrecht/zeerecht verdient een nadere uitwerking.

Art. III H(V)R formuleert voor de zeevervoerder enige zorgverplichtingen: redelijke zorg voor het schip (lid 1) en zorg voor de lading (lid 2). De situatie kan zich voordoen dat zowel een van de verplichtingen van art. III door de zeevervoerder is geschonden als dat zich ook een omstandigheid heeft voorgedaan die is aan te merken als een overmachtgrond voor de zeevervoerder genoemd in art. IV lid 2 H(V)R en er verder schade is opgetreden aan de vervoerde lading. Is de zeevervoerder nu *in het geheel* aansprakelijk voor de ontstane schade?

Bij een schending van de verplichting ex art. III lid 1 H(V)R door de zeevervoerder rust de schadevergoedingsverplichting in beginsel in het geheel op de zeevervoerder: de verplichting ex art. III lid 1 H(V)R is een *overriding obligation*.¹³⁴

Wat is nu het rechtskarakter van een *overriding obligation*? In het *Quo Vadis*-arrest overweegt de Hoge Raad in dit kader het volgende: ‘Indien de schade te wijten is aan twee oorzaken, zoals hierboven bedoeld, dient de onzeewaardigheid waartegen niet voldoende is gewaakt, als *enige oorzaak* in aanmerking te worden genomen, zonder dat, ter vermindering van de aansprakelijkheid, een beroep kan worden gedaan op de ontheffingen van het tweede lid van art. 469 [lees voor het huidige recht art. IV lid 2 H(V)R, MLH].’¹³⁵

Margetson merkt over de *Quo Vadis*-uitspraak het volgende op: ‘Onder de common law heeft de uitdrukking “overriding obligation” een andere betekenis dan onder de H(V)R. Onder de common law is de betekenis dat zodra (een deel van) de schade te wijten is aan de schending van een overriding obligation (een culpoze oorzaak) er geen beroep mag worden gedaan op een ontheffingsgrond omdat alle schade geschaard zal worden onder de schending van de overriding obligation. De culpoze oorzaak wordt beschouwd als enigst rechtens relevante oorzaak.’¹³⁶

Onder de common law was er aanvankelijk één overriding obligation, namelijk het afleveren van de lading in dezelfde conditie als waarin deze ontvangen was.¹³⁷

132. Zie ook Van Huizen 1988, p. 156.

133. Zie ook Brouwer 2006, p. 141; Van Huizen 1988, p. 158 en J.G.L. Nolst Trenité, *Zeeverzekering* (eerste stuk), Haarlem: De Erven F. Bohn 1928 (hierna: Nolst Trenité 1928). Ook Offerhaus lijkt die opvatting te zijn toegedaan. Hij merkt in dit kader op dat de schade dient te worden verdeeld over de oorzaken naar de mate waarin de oorzaken aan de schade hebben bijgedragen. Nu dit laatste bij samenwerkende oorzaken onmogelijk is, ligt een verdeling naar gelijke delen voor de hand. Zie Offerhaus 1944, p. 132.

134. Over het karakter van art. III lid 2 H(V)R zijn de meningen verdeeld in de literatuur. Zie over deze kwestie onder andere M.H. Claringbould, *NTHR* 2010-2, p. 37-40. Ik laat deze kwestie verder rusten.

135. HR 11 juni 1993, NJ 1995, 235.

136. Zie *The Lilburn*, (1940) 67 *LL.Rep.* 253. Zie ook N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague [Visby] Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008 (hierna: Margetson 2008), p. 69-70 en 76-78.

137. Zie Margetson 2008, p. 69 en *Paterson SS Ltd. vs. Canadian Co-operative Wheat Producers Ltd.*, 49 *LL.Rep.* 421, 426, 427.

(...) Deze uitleg – die gelijk is aan het concept van *overriding obligation* onder common law – is ook door de Hoge Raad gehanteerd in de *Quo Vadis*.¹³⁸ De rechtsfiguur van de *overriding obligation* is onder het regime van de Hague (Visby) Rules niets anders dan *bewijsconcept*.¹³⁹ Margetson vat dit concept in zijn proefschrift als volgt kernachtig samen: ‘If there is concurrence¹⁴⁰ of negligence in the care for the cargo or the duty to exercise due diligence to make the ship seaworthy and an exception, then the carrier remains liable for the full extent of the damage *unless he can prove which part of the damage was caused by an excepted cause* [curs. MLH]. As was said above, the carrier will not be allowed to invoke an exception to escape from liability for the damage *caused by the non-fulfilment of art. III(1)*.’¹⁴¹

Het uitgangspunt dat de rechtsfiguur van de *overriding obligation* onder het regime van de Hague (Visby) Rules niets anders is dan een *bewijsconcept* is gebaseerd op de Engelse en Amerikaanse rechtspraak in dezen.

In de Engelse zaak *The Torenia* wordt onderhavig uitgangspunt scherp benadrukt door Mr. Justice Hobhouse: ‘Where the facts disclose that the loss was caused by the concurrent causative effects of an excepted and a non-excepted peril, the carrier remains liable. *He only escapes liability to the extent that he can prove that the loss or damage was caused by the excepted peril alone* [curs. MLH] (e.g., *Gosse Miller Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, (1928) 32 L.L.Rep. 91; [1929] A.C. 223 at p. 98 and 241, per Viscount Sumner).’¹⁴²

In het kader van het Amerikaanse recht kan gewezen worden op de zaak *Snell & Co vs. S.S. Vallescura* die de zogenoemde *Vallescura Rule* heeft opgeleverd: ‘Similarly, the carrier must bear the entire loss where it appears that the injury to cargo is due either to sea peril or negligent stowage, or both, and he fails to show what damage is attributable to sea peril. (...) upon the evidence, it appears that some of the damage, in an amount not ascertainable, is due to sea peril. That does not remove the burden of showing facts relieving it from liability. If it remains liable for the whole amount of the damage because it is unable to show that sea peril was a cause of the loss, it must equally remain so if it cannot show what part of the loss is due to that cause.’¹⁴³

Geconcludeerd kan dus worden dat de Hoge Raad in het *Quo Vadis*-arrest een internationaal afwijkend standpunt heeft ingenomen aangaande het rechtskarakter van een *overriding obligation*. De regeling waarin de rechtsfiguur *overriding obligation* voorkomt, de Hague (Visby) Rules, is een internationale regeling en deze regeling dient dus uniform uitgelegd te worden. Bij een dergelijke uitleg ligt de nadruk op de *meest gevolgde* uitleg en niet op de beste oplossing voor zover die laatste er al is.¹⁴⁴ Dit betekent dat de Engelse/Amerikaanse benadering van de rechtsfiguur *overriding obligation* prevaleert.

138. N.J. Margetson, *NTHR* 2010-5, p. 210.

139. Zie ook Brouwer 2006, p. 141-142.

140. By concurrence of causes I mean the situation wherein more than one cause of damage exists and each of the causes caused part of the damage but neither of the causes could have caused all of the damage.

141. Margetson 2008, p. 79.

142. [1983] 2 *Lloyd's Rep.* 210. Zie eerder maar minder expliciet Viscount Sumner in de zaak *The Canadian Highlander*, [1928] 32 L.L.Rep. 91 (HL).

143. 293 U.S. 296. Zie ook de *Irish Spruce*-zaak, [1976] 1 *Lloyd's Rep.* 63, 75-76.

144. Zie onder andere Lord Denning in de zaak *Corocraft vs. Pan Am*, [1968] 2 *Lloyd's Rep.* 459, 469; M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, *EJCL* 2009-2, p. 80; G. Schmid, *Einheitliche Anwendung von internationalen*

Blom heeft dus gelijk wanneer hij bedoelt dat in het *zeerecht* bij *samenwerkende oorzaken* waarbij een van de schadeoorzaken de schending van een *overriding obligation* is er geen gelijke verdeling van de schade over de betrokken schadeoorzaken plaatsvindt maar de gehele schade wordt toegerekend aan de schending van de *overriding obligation*. Voor deze toerekening is immers een overtuigende rechtvaardiging aan te dragen: 'Ook hier prevaleert het belang van een vlot handelsverkeer boven het individueel belang van i.c. de vervoerder zich te kunnen beroepen op een concrete omstandigheid die onder het burgerlijk recht zou leiden tot een proportionele toerekening van de schade aan beide oorzaken.'¹⁴⁵

Voor het *verzekeringsrecht in het algemeen* kan naar mijn mening niet worden gesteld dat in geval van samenwerkende oorzaken in beginsel slechts één van de betrokken oorzaken als oorzaak dient te worden aangemerkt met als gevolg dat de verzekeraar geheel uitkeert ingeval de onderhavige oorzaak een gedekte oorzaak is, of in het geheel niet uitkeert als de onderhavige oorzaak een niet-gedekte oorzaak is. Dit geldt ook ingeval eigen schuld van de verzekerde een van de betrokken oorzaken is. Voor een dergelijke toerekening is naar mijn mening in tegenstelling tot het *zeerecht* in het algemeen geen rechtvaardiging te vinden.¹⁴⁶

Het primaat van het belang van een vlot handelsverkeer zou hooguit kunnen worden aangevoerd in het kader van de transportverzekering en de kredietverzekering, maar voor verzekeringstypen die verbonden zijn met het burgerlijk recht zoals een reisverzekering lijkt voorrang voor het individueel belang met de daarbij behorende schadeverdeling meer voor de hand te liggen.

8.5 Warranties en conditions in het Engelse zeeverzekeringsrecht¹⁴⁷

8.5.1 Algemeen

Onder Engels recht bestaat een overeenkomst (in het Engels 'contract') uit *terms*.¹⁴⁸ Bij het vaststellen van de *terms* van een contract kunnen zich problemen voordoen indien voor of bij het tot stand komen van de overeenkomst specifieke stellingen zijn geuit. Zulke stellingen, *representations* genoemd, kunnen mondeling zijn maar ook schriftelijk. Het is mogelijk dat een dergelijke stelling de andere partij heeft bewogen om tot de overeenkomst toe te treden. Afgezien van gewone reclame of aanprijzing in algemene woorden kunnen *representations* als *terms* van de overeenkomst worden beschouwd. Dat zal het geval zijn indien de *representation* zo belangrijk is dat de andere partij zonder die *representation* niet tot het contract zou zijn togetreden.¹⁴⁹

De *terms* van een contract worden onderverdeeld in *conditions* en *warranties*.¹⁵⁰

Einheitsrecht, Baden-Baden: Verlagsgesellschaft 2003, p. 154 en J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1975, p. 281-282.

145. Van Huizen 2009, p. 17.

146. Zie ook Van Huizen 1988, p. 158.

147. De tekst van de onderhavige paragraaf is van de hand van N.J. Margetson. Het betreft een bewerking van een publicatie over dit onderwerp in TVR 2012-6. De auteur is ook schrijver van de hoofdstukken 5 en 6 van dit boek.

148. J. Chitty, H. Beale & A.S. Burrow, *Chitty on Contracts* (thirtieth edition), Volume 1, General Principles, London: Sweet & Maxwell 2008 (hierna: Chitty 2008), p. 824.

149. Chitty 2008, p. 816.

150. Chitty 2008, p. 824.

Conditions zijn de essentie van de overeenkomst.¹⁵¹ Inbreuk op een *condition* geeft de wederpartij, naast het recht op schadevergoeding, het recht om de overeenkomst als vernietigd (*rescinded*) te beschouwen.¹⁵²

Een *warranty* is een beding dat minder belangrijke aspecten van de overeenkomst regelt.¹⁵³ Inbreuk op een *warranty* geeft alleen recht op schadevergoeding, maar geen recht op beëindiging van de overeenkomst.¹⁵⁴ Een voorbeeld van een *warranty* in het commune contractrecht volgt uit de zaak *Bettini vs. Gye*.¹⁵⁵ Die zaak betrof een zanger (Bettini) die gedurende een periode van drie maanden in een opera zou optreden. Er was overeengekomen dat hij zes dagen voor de eerste voorstelling aan repetities zou deelnemen. Echter, als gevolg van ziekte kon hij pas drie dagen voor de voorstelling beginnen met repeteren. De vraag was of dit voor Gye een reden opleverde om de overeenkomst te vernietigen. De rechter oordeelde van niet. De belofte om tijdig te repeteren was volgens de rechter van ondergeschikt belang vergeleken met de belofte om vijftien weken lang op te treden. Daarom was volgens de rechter hier sprake van *breach of warranty* waarvoor Gye schadevergoeding kon eisen maar geen vernietiging van de overeenkomst.

In het Engelse zeeverzekeringsrecht heeft het begrip *warranty* een geheel andere betekenis dan in het commune Engelse contractenrecht. In deze paragraaf zal ik eerst uitleggen wat een *warranty* is in het Engelse zeeverzekeringsrecht en hoe een *warranty* kan worden geïdentificeerd. Daarna bespreek ik de gevolgen van het niet naleven van een *warranty* en de vraag of een *warranty* relevant dient te zijn voor het verzekerde risico.

8.5.2 Het begrip *warranty* in het Engelse zeeverzekeringsrecht

In maritieme verzekeringsovereenkomsten bestaan twee soorten *warranties*. Ten eerste de *warranty* die de omvang van de dekking omschrijft. Bijvoorbeeld de F.C. & S.-clause (*warranted free of capture and seizure*) op grond waarvan dekking voor oorlogsriscico wordt uitgesloten. De clause is als *warranty* geformuleerd maar is in feite een uitsluiting. Het is niet een *warranty* in de zin van section 33 van de Marine Insurance Act 1906 (hierna: MIA).¹⁵⁶ Section 33 MIA betreft de zogenaamde *promissory warranty*. In section 33 para. 1 MIA wordt een *warranty* als volgt gedefinieerd:

‘(1) A warranty, in the following sections relating to warranties, means a promissory warranty, that is to say, a warranty by which the assured undertakes that some particular thing shall or shall not be done, or that some condition shall be fulfilled, or whereby he affirms or negatives the existence of a particular state of facts.’

151. Chitty 2008, p. 827.

152. Chitty 2008, p. 824-825.

153. Chitty 2008, p. 831.

154. Chitty 2008, p. 825. Zie ook Howard Bennett, *The Law of Marine Insurance*, Oxford: Oxford University Press: 2007 (hierna: Bennett 2007), p. 536.

155. *Bettini vs. Gye* (1873) 1 QB 183.

156. Arnould's 2008, p. 783. Het was traditie om uitsluitingen als *warranties* te formuleren. Zie Bennett 2007, p. 554.

Op grond van deze bepaling belooft de verzekerde dat hij het in de *warranty* gestelde zal nakomen of dat een bepaalde situatie al dan niet bestaat. In het verzekeringsrecht is een *warranty* een voorwaarde die vervuld moet zijn alvorens dekking onder de polis intreedt. Het is vergelijkbaar met de zogenaamde *condition precedent* uit het *commune contractrecht*.¹⁵⁷ In dat verband overwoog Lord Goff in de *Good Luck*:

‘Section 33(3) of the Act reflects what has been described, in successive editions of Chalmers, The Marine Insurance Act 1906, as the inveterate practice in marine insurance of using the term “warranty” as signifying a condition precedent. As Lord Blackburn said in *Thomson vs. Weems* (1884) 9 App.Cas. 671, 684:

“In policies of marine insurance I think it is settled by authority that any statement of a fact bearing upon the risk introduced into the written policy is, by whatever words and in whatever place, to be construed as a warranty, and, prima facie, at least that the compliance with that warranty is a condition precedent to the attaching of the risk.”¹⁵⁸

Een *condition precedent* is een voorwaarde die eerst moet zijn vervuld voordat dekking onder de polis intreedt. Het algemene principe van section 33 MIA is dat elke stelling met betrekking tot de feiten die verband houden met het verzekerde risico in een overeenkomst van zeeverzekering een *warranty* is die exact dient te worden nagekomen.¹⁵⁹ Bennett merkt op dat een *warranty* betrekking dient te hebben op een bepaald risico.¹⁶⁰ Daarom kan, aldus Bennett, bijvoorbeeld de verplichting om tijdig premie te betalen geen *warranty* zijn. Het is een gewone contractuele verplichting.¹⁶¹ *Warranties* zijn expliciet in een polis opgenomen of impliciet.¹⁶² Er is geen vormvereiste voor *warranties*.¹⁶³ Een expliciete *warranty* dient uit de polis of een ander document waarnaar de polis verwijst te blijken.¹⁶⁴ Impliciete *warranties* volgen uit de Marine Insurance Act. Waarschijnlijk bestaan er geen andere impliciete *warranties* dan die genoemd in de Marine Insurance Act.¹⁶⁵ Bijvoorbeeld in geval van verzekering van een object voor een reis (een zogenaamde *voyage policy*¹⁶⁶) bestaat op grond van section 39(1) MIA een impliciete *warranty* dat het schip bij aanvang van de reis zeewaardig is. Die impliciete *warranty* bestaat echter niet in geval van een verzekering van een object voor een bepaalde tijd¹⁶⁷ (een zogenaamde *time policy*¹⁶⁸). Er is geen impliciete *warranty* dat in een goederenpolis de goederen zeewaardig zijn.¹⁶⁹

157. Zie ook Arnould's 2008, p. 783.

158. *Bank of Nova Scotia vs. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.*, [1992] (*Good Luck*), 1 A.C. 233, 262.

159. Arnould's 2008, p. 784.

160. Bennett 2007, p. 539.

161. Bennett 2007, p. 539.

162. Section 33 para. 2 MIA.

163. Section 35 para. 1 MIA.

164. Section 35 para. 2 MIA.

165. In de zaak *Marina Isis*, [2006] SGCA 28, overwoog de Singapore Court of Appeal dat uit de Marine Insurance Act 1906 volgt dat er geen andere *implied warranties* bestaan dan die gecodificeerd zijn in de MIA 1906. Zie ook Bennett 2007, p. 540 noot 147.

166. Section 25 para. 1 MIA.

167. Section 39 para. 5 MIA.

168. Section 25 para. 1 MIA.

169. Section 40 para. 1 MIA.

8.5.3 Het identificeren van een warranty

De wil van partijen zoals die uit het contract blijkt, zal bepalen of een beding een *warranty* is.¹⁷⁰ Het identificeren van een *warranty* is een kwestie van uitleg. Het gebruik van het woord *warranty* of *warranted* in een beding betekent niet dat het beding daardoor automatisch een *warranty* is.¹⁷¹ Een test om een *warranty* te identificeren is om te toetsen of het beding de basis van de overeenkomst (*the root of the transaction*) betreft. Een andere test is of het beding het verzekerd risico beschrijft.¹⁷² Bijvoorbeeld in een verzekeringsovereenkomst met betrekking tot de verzekering van een paard zal de stamboom van het paard waarschijnlijk een *warranty* zijn. Immers, daaruit blijkt wat voor soort paard het betreft en dus wat het risico is.¹⁷³ Als een beding onder het kopje *conditions* in de polis wordt ondergebracht heeft dit niet tot gevolg dat het geen *warranty* kan zijn.¹⁷⁴

In de niet-maritieme zaak *HIH Casualty & General Insurance Ltd. vs. New Hampshire Insurance Co* stelde Rix LJ drie toetsen voor om vast te stellen of een beding een *warranty* was of niet. Hij overwoog:

‘It is a question of construction, and the presence or absence of the word “warranty” or “warranted” is not conclusive. One test is whether it is a term which goes to the root of the transaction; a second, whether it is descriptive of or bears materially on the risk of loss; a third, whether damages would be an unsatisfactory or inadequate remedy. As Lord Justice Bowen said in *Barnard vs. Faber* [1893] 1 Q.B. 340 at p. 344: “A term as regards the risk must be a condition.” Otherwise the insurer is merely left to a cross-claim in a matter which goes to the risk itself, which is unbusinesslike, (...)’¹⁷⁵

Uitleg van een beding in een polis van zeeverzekering verschilt niet van uitleg van een niet-maritieme polis.¹⁷⁶ De uitleg van Rix LJ is volgens Arnould’s de heersende leer.¹⁷⁷ Echter, het is mijns inziens discutabel of de overweging van Rix LJ (in een niet-maritieme zaak) dat een tweede test is: *whether [a term] (...) bears materially on the risk of the loss, (...)*, verenigbaar is met de bepaling in section 33 lid 3 MIA op grond waarvan een *warranty* niet relevant hoeft te zijn voor het risico.

Een zekere conclusie is in ieder geval dat op grond van section 35 para. 1 MIA het basisprincipe is dat het identificeren van *warranties* altijd een kwestie van uitleg is.

8.5.4 De gevolgen van het niet nakomen van een warranty

Op grond van para. 3 van section 33 MIA is de verzekeraar bij niet-naleving van een *warranty* ontheven van zijn plicht om uit te keren, onafhankelijk of de *warranty*

170. Arnould’s 2008, p. 782. Zie ook *Thomas vs. Weems* (1884) 9 App Cas 671, 683 en Bennett 2007, p. 539.

171. Arnould’s 2008, p. 783.

172. Zie bijvoorbeeld *HIH Casualty & General Insurance Ltd. vs. New Hampshire Insurance Co* [2001] 2 Lloyd’s Rep. 161, par. 101. Zie ook Bennett 2007, p. 539.

173. Zie Bennett 2007, p. 539 onder verwijzing naar *Yorkshire Insurance Co Ltd. vs. Campbell* [1917] A.C. 218.

174. *Kirkaldy (J) & Sons Ltd. vs. Walker* [1999] Lloyd’s Rep. IR 410 te kennen uit Bennett 2007, p. 540.

175. *HIH Casualty & General Insurance Ltd. vs. New Hampshire Insurance Co* [2001] 2 Lloyd’s Rep. 161, 182.

176. Arnould’s 2008, p. 786, noot 26.

177. Arnould’s 2008, p. 785, noot 22.

relevant was voor het ingetreden risico of niet. Die ontheffing is automatisch vanaf het moment dat de *warranty* wordt geschonden. Section 33 para. 3 MIA luidt:

(3) A warranty, as above defined, is a condition which must be exactly complied with, whether it be material to the risk or not. If it be not so complied with, then, subject to any express provision in the policy, the insurer is discharged from liability as from the date of the breach of warranty, but without prejudice to any liability incurred by him before that date.

Naleving van de *warranty* is een pre-conditie voor het recht op uitkering. De ratio is dat de verzekeraar het risico alleen aanvaardt onder de voorwaarde dat de *warranty* is vervuld.¹⁷⁸ Een *warranty* definieert het verzekerd risico. Het niet naleven van de *warranty* wijzigt het verzekerde risico, zodat het risico waartegen verzekerd is zich niet meer voor kan doen want het valt niet meer onder de polis zodat de verzekeraar niet langer aansprakelijk is.¹⁷⁹

In de *Good Luck* maakt Lord Goff duidelijk dat inbreuk op een *warranty* niet tot beëindiging of vernietiging van de overeenkomst leidt. Zo zal het, ondanks de automatische verval van dekking, mogelijk zijn dat de verzekerde nog steeds gehouden is premie te betalen. De gevolgen van het niet naleven van een *warranty* dienen aldus Lord Goff te worden omschreven in de woorden van section 33 lid 3 MIA: vanaf de datum van de inbreuk op een *warranty* is de verzekeraar ontheven van zijn verplichtingen onder de polis.¹⁸⁰

In de *Good Luck* waren meerdere schepen, waaronder de *Good Luck*, casco verzekerd tegen oorlogsrisico's bij de Hellenic Mutual War Risks Association ('de Club'). De polis noemde bepaalde gebieden waar de schepen niet mochten varen. De schepen waren verhypothekerd aan de Bank of Nova Scotia ('de Bank') en de cascoverzekering was gecedeerd aan de Bank. Onder een *Letter of Undertaking* was de Club verplicht de Bank direct te informeren als hij besloot de verzekeringsovereenkomst te beëindigen. In november 1981 verkreeg de Club kennis dat de reder van de *Good Luck* het schip orders gaf zich in verboden gebieden te begeven zonder dat de Bank of de Club daarvan op de hoogte werden gesteld. De Club ondernam echter geen actie en zei niets tegen de reder en de Bank. Op 6 juni 1982 werd de *Good Luck* in een verboden gebied in de Arabische Golf getroffen door een Iraakse raket. De reder diende een vordering tot schadevergoeding in bij de Club die de claim afwees. Echter, reeds voor de afwijzing had de Bank haar lening aan de reder verhoogd. Dat zou zij niet hebben gedaan indien zij had geweten dat de schade in een verboden gebied was ontstaan en dat de vordering van de reder voor schadevergoeding als gevolg daarvan waarschijnlijk zou worden afgewezen. De Bank was van mening dat de Club zijn verplichting om de Bank te informeren over het feit dat het schip zich in verboden gebieden had begeven, had geschonden. Zij vorderde schadevergoeding uit wanprestatie van de Club bestaande uit vergoeding van het bedrag van de verhoging van de lening. In eerste instantie en bevestigd door de House of Lords (Lord Goff of Chievely schreef als enige inhoudelijk het arrest) werd overwogen dat

178. *Bank of Nova Scotia vs. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.*, [1992] (*Good Luck*), 1 A.C. 233, 262-263.

179. Bennett 2006, p. 538.

180. *Bank of Nova Scotia vs. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.*, [1992] (*Good Luck*), 1 A.C. 233, 263.

het varen in verboden gebieden een *breach of warranty* opleverde en dat als gevolg hiervan verval van dekking automatisch intreedt. De Club had echter wel zijn verplichting geschonden om de Bank in te lichten over het feit dat het hem bekend was dat het schip zich in verboden gebieden begaf en dat hierdoor verval van dekking automatisch intrad. Daarom was de Club aansprakelijk voor de schade die de bank leed als gevolg van de additionele lening die zij aan de reder had verstrekt.

Section 34 MIA bevat bepalingen die de gevolgen van het niet naleven van een *warranty* opzij kunnen zetten. Het artikel luidt:

1. Non-compliance with a warranty is excused when by reason of a change of circumstances, the warranty ceases to be applicable to the circumstances of the contract, or when compliance with the warranty is rendered unlawful by any subsequent law.
2. Where a warranty is broken, the assured cannot avail himself of the defence that the breach has been remedied, and the warranty complied with, before loss.
3. A breach of warranty may be waived by the insurer.

Stel dat in de hierboven besproken zaak *Good Luck* het schip, nadat het inbreuk maakte op de *warranty* om niet in verboden gebieden te varen, van zijn reder orders krijgt niet meer in verboden gebieden te varen. Het schip voldoet dus aan de *warranty* nadat het eerst inbreuk erop had gemaakt. Vervolgens loopt het schade op in een gebied waar het wel mocht varen (een toegestaan gebied). Het effect van section 33 para. 3 MIA jo. section 34 lid 2 MIA en de *Good Luck*-zaak is dat op het moment dat het schip de *warranty* verbrak, aansprakelijkheid van de verzekeraar ophield zodat er geen dekking meer bestaat onder de polis. De schade opgelopen in het toegestane gebied is niet gedekt.

De vraag rijst echter in dit geval hoe section 34 para. 3 MIA, op grond waarvan de verzekeraar afstand mag doen van zijn recht om dekking te weigeren naar aanleiding van een *breach of warranty*, zich verhoudt met de regel dat inbreuk op een *warranty* tot automatisch verval van dekking leidt. Immers, het kan voorkomen dat een verzekeraar bereid is een inbreuk op een *warranty* door de vingers te zien. Dient een verzekeraar in dat geval, na het automatische verval van dekking die intreedt als gevolg van de inbreuk van de *warranty*, dekking weer expliciet toe te zeggen?¹⁸¹ Lord Goff legt in de *Good Luck* uit dat verval van dekking na inbreuk op een *warranty* niet afhankelijk is van een beslissing van de verzekeraar. Verval van dekking treedt automatisch in, maar de verzekeraar mag ervoor kiezen om geen beroep op de inbreuk te doen om dekking te weigeren. Dat is iets anders dan wanneer verval van dekking afhankelijk is van een beslissing van de verzekeraar. Lord Goff citeert goedkeurend de overweging van Kerr LJ in *State Trading Corporation of India Ltd. vs. M. Golodetz Ltd.* [1989] 2 *Lloyd's Rep.* 277, 287 waarin Kerr LJ overweegt '(...), the correct analysis of a breach of warranty in an insurance contract may be that, upon the true construction of the contract, the consequence of the breach is that the cover ceases to be applicable unless the insurer subsequently affirms the contract, rather

181. Zie ook John Birds, 'The effect of breach of an insurance warranty', *L.Q.R.* 1991, 107(Oct), p. 540-544 op p. 542.

than to treat the occurrence as a breach of the contract by the insured which the insurer subsequently accepts as a wrongful repudiation.¹⁸²[curs. NJM]

Concluderend: als gevolg van het niet naleven van een *warranty* vervalt dekking onder de polis tenzij de verzekeraar afstand doet van zijn recht om geen dekking te verlenen. De verzekeringsovereenkomst blijft echter wel bestaan. Dekking kan herleven indien de verzekeraar na de inbreuk op de *warranty* bevestigt dat dekking weer wordt verleend.

8.5.5 Relevantie van de warranty voor het gedekte risico

Het niet naleven van een *warranty* zal in het Engelse zeeverzekeringsrecht tot verval van dekking leiden, ook al is er geen causaal verband tussen het niet naleven van de *warranty* en eventuele schade.¹⁸³ Bovendien is geen schade vereist om tot verval van dekking te leiden.

Ook in de Nederlandse (transport)verzekeringspraktijk komt men de term *warranty* tegen. Het begrip *warranty* wordt daar veel gebruikt als synoniem van het begrip preventieve garantieclausule.¹⁸⁴ Dit is een clause die de verzekeringsdekking afhankelijk stelt van het nakomen door de verzekerde van door de verzekeraar voorgeschreven maatregelen.¹⁸⁵ Niet-nakoming van de onderhavige verplichting leidt voor de verzekerde tot verval van de verzekeringsdekking ongeacht of dit uitdrukkelijk in de polis bepaald is: er is in casu sprake van een ontbindende voorwaarde in de zin van art. 6:22 BW.¹⁸⁶ In de verzekeringsvoorwaarden is overigens in het algemeen een expliciet verval van recht-sanctie opgenomen voor het niet-nakomen van de onderhavige verplichting.¹⁸⁷

Gebruik in de Nederlandse verzekeringspraktijk van de term *warranty* in geval van een preventieve garantieclausule kan naar mijn mening beter achterwege worden gelaten om misverstanden te voorkomen. In het Nederlandse recht geldt in het kader van het niet naleven van een preventie garantieclausule wel een causaliteitsvereiste terwijl in het Engelse verzekeringsrecht dit vereiste niet geldt.¹⁸⁸

Het ontbreken van een vereiste van causaal verband illustreert voor de Engelse verzekeringspraktijk de rol van *warranties* in verzekeringsovereenkomsten. Een *warranty* dient om het risico te definiëren en inbreuk erop zorgt ervoor dat het verzekerde risico is gewijzigd, zodat dit niet meer onder de overeengekomen dekking valt.¹⁸⁹ Bennett schrijft:

182. Te kennen uit: *Bank of Nova Scotia vs. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.*, [1992] (*Good Luck*), 1 A.C. 233, 263.

183. Zie Bennett 2007, p. 549 en de daar geciteerde jurisprudentie.

184. Zie bijvoorbeeld Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 527.

185. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Risicoverzwaren in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (hierna: Hendrikse/Rinkes 2009), p. 84.

186. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 527.

187. Hendrikse/Rinkes 2009, p. 84.

188. Zie voor dit causaliteitsvereiste HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120. Zie uitvoerig over de problematiek Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 527-529, Hendrikse/Rinkes 2009, p. 108-110 en Blom 2006, p. 344-346.

189. Bennett 2007, p. 549.

‘Provided the term, on its true interpretation, is indeed a promissory warranty, it is irrelevant how remote from risk definition the subject-matter of the term would be in the absence of such characterization.’¹⁹⁰

Bennett citeert in dit verband Lord Eldon LC:

‘(...), for it is a first principle in the law of insurance, on all occasions, that where a representation is material it must be complied with—if immaterial, that immateriality may be inquired into and shown; but that if there is a warranty it is part of the contract that the matter is such as it is represented to be. Therefore the materiality or immateriality signifies nothing. The only question is as to the mere fact.’¹⁹¹

Ook uit de MIA volgt dat de inhoud van de *warranty* niet relevant hoeft te zijn voor het gedekte risico. Section 33 para. 3 MIA luidt:

‘A warranty, as above defined [section 33 lid 1, toev. NJM], is a condition which must be exactly complied with, *whether it be material to the risk or not, (...)*’ [curs. NJM].

Arnould’s schreef in de zestiende druk dat het bij de uitleg van een beding om vast te stellen of het een *warranty* is of niet, de vraag of een beding redelijk of van belang is voor het verzekerde risico alleen aan de orde komt wanneer het onduidelijk is of een *warranty* bedoeld was. In de dertigste editie merkt Arnould’s op dat dit gedeeltelijk een cirkelredenering is omdat eventuele onduidelijkheid met betrekking tot de bedoeling van partijen een gevolg kan zijn van het feit dat het beding kennelijk niet van belang is voor het verzekerde risico.¹⁹²

In gevallen waarbij het woord *warranty* of *warranted* niet is gebruikt of waarbij het beding voor meerdere uitleg vatbaar is, zal het discutabel zijn of het beding een *promissory warranty* is of niet. Ook zal discutabel zijn, indien komt vast te staan dat een dergelijk beding inderdaad een *warranty* is, of een redelijke uitleg ervan dient te worden gehanteerd waardoor dekking in stand blijft daar waar dat niet het geval zou zijn geweest in geval van een grammaticale uitleg.¹⁹³ In niet maritieme zaken hebben gerechten ingezien dat een teleologische uitleg dient te worden gehanteerd bij de uitleg van pre condities om absurde of onredelijke resultaten, waarvan kan worden aangenomen dat dit niet de bedoeling van partijen was, te voorkomen.¹⁹⁴ Arnould’s schrijft: ‘[t]he “draconian” consequences of construing a stipulation as a promissory warranty have been recognised as a relevant factor in recent non-marine cases.’¹⁹⁵

190. Bennett 2007, p. 550.

191. *Newcastle Fire Insurance Co vs. Macmorran and Co*, [1815] III DOW 255, 262, 263.

192. Arnould’s 2008, p. 784-785.

193. Arnould’s 2008, p. 785.

194. Arnould’s 2008, p. 785 onder verwijzing naar *Schuler AG vs. Wickman Machine Tool Sales* [1974] A.C. 235.

195. Arnould’s 2008, p. 785 onder verwijzing naar *Hussain vs. Brown* [1996] 1 Lloyd’s Rep. 627 en *Printpak vs. AGF Insurance Ltd.* [1999] Lloyd’s Rep. I.R. 542.

In de Court of Appeal zaak *HIH Casualty & General Insurance Ltd. vs. New Hampshire Insurance Co* overwoog Rix LJ dat alle door hem besproken toetsen voor het vaststellen van een *warranty*¹⁹⁶ ertoe leidden dat het beding inderdaad een *warranty* was. Hij overwoog:

‘a description of the subject matter of the insurance written into the policy and obviously material to the risk would be likely to be construed as a warranty.’¹⁹⁷ [curs. NJM]

Volgens Arnould's was het niet de bedoeling van Rix LJ om het recht rond *warranties* te wijzigen maar, hoewel dit een niet-maritieme zaak was, dient de regel dat een *warranty* geen verband hoeft te houden met het gedekte risico met enige reserve te worden gehanteerd. Daar waar het woord *warranty* of *warranted* is gebruikt, blijkt volgens Arnould's dat partijen een *warranty* hebben beoogd. In dat geval dient de regel dat geen verband tussen de *warranty* en het gedekte vereist is in haar volle omvang te blijven gelden. Echter, als de woorden *warranty* of *warranted* niet is gebruikt dan zal de vraag of het in een beding gestelde feit of een belofte relevant is voor het risico of niet soms dienen te worden onderzocht. Rix LJ heeft in *HIH vs. New Hampshire* nuttige richtlijnen voor de uitleg van een dergelijk beding. Uitgangspunt is dat een gesteld feit met betrekking tot de beschrijving van het risico bedoeld is als *warranty* tenzij het irrelevant is voor het risico, aldus Arnould's.¹⁹⁸

De hoofdregel blijft evenwel bestaan. Indien een beding wordt uitgelegd als een *warranty* dan zal niet-naleving ervan leiden tot verval van dekking, hoe irrelevant de *warranty* ook is voor het intreden van het risico.

8.5.6 Relativering van de gevolgen van schending van een warranty

Alvorens te concluderen, verwijs ik hier kort naar een lopend onderzoek van de Engelse en de Schotse *Law Commissions*. De Engelse *Law Commission* is een onafhankelijk commissie die bij wet (de *Law Commissions Act 1965*) is ingesteld om het recht te beoordelen en waar nodig aanbevelingen te doen voor herzieningen. De *Law Commission* heeft in 1980 het recht met betrekking tot de schending van een *warranty* beschreven als ‘wrong and unjust’.¹⁹⁹ In het rapport *Insurance contract law: Misrepresentation. Non-Disclosure and Breach of Warranty by the insured* van 30 juni 2007, geschreven door de Engelse en de Schotse *Law Commissions*, wordt het *warranty*-recht besproken met het oog op wijziging daarvan.²⁰⁰ Er wordt geconstateerd dat het *warranty*-recht inderdaad *wrong and unjust* is. De *Law Commissions* schrijven in dat verband:

‘It is wrong because it does not accord with policyholders' reasonable expectations. If a policyholder is slow in repairing a fire alarm, they may well know that their

196. Zie hierboven par. 3.2.

197. [2001] 2 *Lloyd's Rep.* 161, 182.

198. Arnould's 2008, p. 786.

199. *The Law Commission consultation paper No. 182 and The Scottish Law Commission Discussion Paper No. 134 – ‘Insurance contract Law: Misrepresentation, Non-Disclosure and Breach of Warranty by the insured’*, 30 juni 2007, gepubliceerd op: http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp182_ICL_Misrep_Non-disclosure_Breach_of_Warranty.pdf, hierna te noemen ‘Law Commission 2007’, par. 7.39.

200. [2000] *Lloyd's Rep.* IR 47.

fire cover will be suspended while the problem persists. However, those unfamiliar with the niceties of insurance law are unlikely to realise that they will continue without fire insurance after the alarm has been fixed. Nor are they likely to realise that this may also invalidate their flood cover.²⁰¹

Onder verwijzing naar andere *common law* jurisdicties constateren de Engelse en Schotse *Law Commissions* dat het Engelse recht thans uit de pas loopt met het merendeel daarvan. In Australië, Nieuw Zeeland is via wetgeving getracht de oneerlijke gevolgen van de schending van een *warranty* te beperken en in Canada wordt dat in de rechtspraak gedaan.²⁰²

De Engelse en Schotse *Law Commissions* hebben voorgesteld het Engelse recht met betrekking tot de schending van *warranties* te wijzigen. Zij stellen voor dat het recht zo wordt aangepast dat

- i. een verzekeraar zich niet op de schending van een *warranty* mag beroepen voordat zij de verzekerde daarvan schriftelijk op de hoogte heeft gesteld; en
- ii. de verzekerde het recht niet heeft dekking te weigeren ingeval er geen causaal verband is tussen de schending van een *warranty* en de schade. Echter, schending van een *warranty* geeft de verzekeraar wel het recht de overeenkomst op te zeggen.²⁰³

Het onderzoek van de *Law Commissions* loopt nog steeds. Op de website van de Engelse *Law Commission* kan een vragenlijst over het *warranty*-recht worden ingevuld.²⁰⁴ Deze diende uiterlijk op 26 september 2012 te worden ingediend.

8.5.7 Conclusies

De hierboven in de inleiding genoemde vragen kunnen als volgt worden beantwoord:

1. Een *warranty* is een clause waarin de verzekerde belooft dat hij het daarin gestelde zal doen of zal nalaten of dat een daarin gestelde situatie al dan niet bestaat. Een *warranty* is een pre-conditie voor het intreden van dekking. Elk beding dat een feit met betrekking tot het verzekerde risico betreft, is een *warranty*.
2. *Warranties* worden geïdentificeerd door uitleg van de overeenkomst en de wil van partijen.
3. Het gevolg van niet naleven van een *warranty* is automatisch verval van dekking.
4. Indien uitleg van de overeenkomst tot de conclusie leidt dat een beding een *warranty* is, is het niet van belang of de inhoud van de *warranty* relevant is voor het intreden van het risico of niet.

201. *Law Commission 2007*, par. 7.39.

202. *Law Commission 2007*, par. 7.52-7.55.

203. *Law Commission 2007*, par. 8.1.

204. http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp204_ICL_business-disclosure_questionnaire_warranties.doc.

8.6 Uitleg van verzekeringsvoorwaarden²⁰⁵

8.6.1 Algemeen: het 2-fasen uitlegmodel

In de verzekeringspraktijk doen zich nogal eens uitleggeschillen voor tussen een verzekerde en zijn verzekeraar.²⁰⁶ Indien de kloof tussen de verzekerde en de verzekeraar onoverbrugbaar blijkt te zijn en de verzekerde een al dan niet gerechtelijke procedure aanhangig maakt waarin hij nakoming van de verzekeringsovereenkomst vordert, dient de ingeroepen geschillenbeslechter zich over deze kwestie uit te laten en duidelijkheid te scheppen. De geschillenbeslechter zal bij het oplossen van het uitleggeschil werken volgens het 2-fasen uitlegmodel.

8.6.2 Fase 1: is de verzekeringsvoorwaarde duidelijk, onduidelijk of onbegrijpelijk

In de eerste fase zal worden bekeken of de verzekeringsvoorwaarde in kwestie duidelijk, dat wil zeggen voor één lezing vatbaar, onduidelijk, dat wil zeggen voor meerderlei lezing vatbaar, of onbegrijpelijk, dat wil zeggen dat aan het beding geen touw aan vast te knopen valt, is. Op grond van het *Haviltex*-arrest van de Hoge Raad zal niet alleen een zuiver taalkundige uitleg aan de orde zijn, maar zal er ook acht worden geslagen op mogelijke bijzondere omstandigheden zoals de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren en de rechtskennis van partijen.²⁰⁷ Zo is het mogelijk dat een op zichzelf taalkundig volkomen heldere zinsnede in het licht van de bedoeling van partijen, de aard van de overeenkomst, en alle overige omstandigheden aanleiding kan geven tot meerdere lezingen.²⁰⁸

Maar ook andere bijzondere omstandigheden kunnen een rol spelen. In het kader van de transportverzekering wil ik stilstaan bij de volgende vier voor deze verzekeringsovereenkomst van belang zijnde omstandigheden.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat het feit dat de verzekerde is bijgestaan door een onafhankelijke verzekeringstussenpersoon, bij een transportverzekering over het algemeen een makelaar, kan meebrengen dat een bepaalde clause als duidelijk wordt aangemerkt en dient te worden uitgelegd in de zin zoals die door de transportverzekeraar wordt voorgestaan omdat de verzekeraar er in het bepaalde geval van uit mocht gaan dat de onafhankelijke verzekeringstussenpersoon van de reikwijdte van de clause op de hoogte was en erop mocht vertrouwen dat de reikwijdte door de onafhankelijke verzekeringstussenpersoon aan de verzekerde zou worden kenbaar gemaakt. De al dan niet bijstand door een onafhankelijke verzekeringstussenpersoon was aan de orde in een arrest van het Hof Den Haag van 12 september 2006.²⁰⁹ Het hof overwoog in het kader van het begrip 'bagage' ex art 11 van de verzekeringsvoorwaarden onder andere het volgende: 'Het hof

205. Deze paragraaf is een geactualiseerde bewerking van de volgende publicaties: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 24-52; M.L. Hendrikse, *NTHR* 2010-3, p. 95-103 en M.L. Hendrikse, *NTHR* 2008-4, p. 144-153.

206. Zie ook Van Tiggele-van der Velde, *AV&S* 2012-3 (hierna: Van Tiggele-van der Velde 2012), p. 84.

207. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

208. Zie onder andere J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht I*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1948 (derde druk), p. 407.

209. Hof Den Haag 12 september 2006, *NJF* 2006, 546. Zie ook Hof Arnhem 23 november 2010 (n.g.).

stelt voorop dat het bij de uitleg van een verzekeringsclausule als de onderhavige steeds aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar (aan inzicht) mochten verwachten. Daarbij is van belang dat schriftelijke, door de verzekeraar vastgestelde en gehanteerde algemene voorwaarden ten opzichte van de niet-professionele verzekerde, zoals in het onderhavige geval Van Zaanen c.s., steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd. In geval van twijfel over de betekenis van een voorwaarde prevaleert de voor de verzekerde gunstigste interpretatie. Bij een zonder bijstand van een onafhankelijke tussenpersoon gesloten reisverzekering als de onderhavige kan de betekenis die een bepaald begrip in het algemeen spraakgebruik heeft, een belangrijke rol bij de uitleg spelen.²¹⁰ Met andere woorden: als Van Zaanen c.s. wel door een onafhankelijke verzekeringstussenpersoon waren bijgestaan had deze omstandigheid wel degelijk een rol kunnen spelen bij de uitleg van het begrip 'bagage' ex art. 11 van de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden en zou de betekenis die de verzekeraar toekende aan het onderhavige begrip wel eens als de enige mogelijke lezing kunnen zijn aangemerkt.

Een en ander sluit naar mijn mening goed aan bij de ontwikkeling dat verzekeringnemers steeds meer van hun onafhankelijke verzekeringstussenpersonen mogen verwachten: deze tussenpersoon kan niet meer volstaan met een beperkte voorlichtende rol en kan zich niet snel verschuilen achter het argument dat hij niet op de hoogte is van de bedoelingen van de verzekeraar.²¹¹

In de tweede plaats kan nog worden gewezen op de omstandigheid dat er sprake is van een maatwerk dekking of dat een standaarddekking wordt aangepast aan afwijkende risicokenmerken.²¹² Dergelijke dekkingen rechtvaardigen subjectieve uitleg maatstaven.²¹³ Van een maatwerkverzekering was bijvoorbeeld sprake in het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2006 (*Polygram*).²¹⁴ De dekking was in casu opgehangen aan het begrip 'accident'. Diende bij de uitleg van dit begrip aansluiting te worden gezocht bij de betekenis van dit begrip in het boek *Kluwer Insurance Contract Law* of bij de opvattingen aangaande dit begrip op de Londense beurs waar de verzekering in kwestie was afgesloten? De Hoge Raad koos voor de aan de beurs van Londen bestaande opvattingen nu het beding waarin het begrip voorkwam de strekking had een zeer specifieke op de verzekerde toegesneden dekking te regelen en partijen zich verder hadden laten bijstaan door specialisten die verbonden waren aan de beurs van Londen.

210. Tolman kan zich wel met het resultaat van het arrest verenigen maar vindt de motivering van het hof onbevredigend. Hij merkt op: 'Naar mijn gevoel had een meer bevredigende motivering kunnen worden bereikt als het hof de zaak had beslist op de kenbare zin en strekking van deze bepaling: de verzekeraar wil niet dat er op de achterbank spullen liggen die doen vermoeden dat er in de kofferbak nog veel meer te halen valt. Voor losse kledingstukken op de achterbank gaat dat niet op. Het was anders geweest als op de achterbank bijvoorbeeld slaapzakken hadden gelegen. Dat is een aanwijzing dat de achterbak vol is en iemand met zijn hele hebben en houden op reis is gegaan.' Zie M.J. Tolman, *AV&S* 2008-2 (hierna: Tolman 2008), p. 70.

211. Zie nader over de zorgplicht en de informatieplicht van de verzekeringstussenpersoon onder andere C.J. de Jong, *NTHR* 2008-2 (hierna: De Jong 2008), p. 50-54 en J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2007-6 (hierna: Rinkes 2007), p. 230-234.

212. Zie Tolman 2008, p. 65-66.

213. Zie r.o. 4.3.2 van Rechtbank Rotterdam 1 september 2010, *LJN* BO8129 en Tolman 2008, p. 65.

214. HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378.

In het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 2008 ziet men nog een derde omstandigheid die van invloed is op de wijze waarop een verzekeringsvoorwaarde dient te worden uitgelegd.²¹⁵ De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.4.2 onder andere: ‘Het gaat hier om de uitleg van art. 2.1.2 van de polisvoorwaarden, die deel uitmaken van een beurspolis. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden (en uit de stukken van het geding geen andere conclusie getrokken kan worden dan dat niet gesteld is dat zulks in dit geval anders is), is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval — zoals ook hier — bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.’

De geciteerde overweging van de Hoge Raad is naar mijn mening wel heel algemeen van aard. Naar mijn mening kan men niet als algemene regel stellen dat over een beurspolis nooit wordt onderhandeld.

Zo zal er bijvoorbeeld wel op enigerlei wijze onderhandeld worden in geval van een beurspolis met maatwerkdekking. Vriesendorp-van Seumeren merkt in dit kader op: ‘Beurspolissen worden vaak beschouwd als *basispolissen*, waarvan kan worden afgeweken teneinde te voldoen aan *specifieke* [curs. MLH] behoeften van de verzekeringnemer en/of verzekerden.’²¹⁶ Waarschijnlijk zal de Hoge Raad doelen op de situatie dat men gebruikmaakt van een standaard set verzekeringsvoorwaarden.²¹⁷ Van een dergelijke situatie was sprake in het onderhavige arrest van de Hoge Raad.²¹⁸

Overigens is het van belang op te merken dat het in een geval van een standaard set verzekeringsvoorwaarden die in het kader van een beurspolis gebruikt wordt naar onze mening nog steeds mogelijk is dat subjectieve uitleg maatstaven een rol spelen. Zo was in het onderhavige arrest van de Hoge Raad de beurspolis tot stand gekomen na tussenkomst van een makelaar. In een dergelijk geval is het verdedigbaar — zie ook hierboven — dat een bepaalde clause uit de toepasselijke set verzekeringsvoorwaarden dient te worden uitgelegd in de zin zoals die door de verzekeraar wordt voorgestaan omdat de verzekeraar er in het bepaalde geval van uit mocht gaan dat makelaar, zijnde een onafhankelijke verzekeringstussenpersoon,

215. HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284. Zie over deze uitspraak onder andere M.J. Tolman, *AV&S* 2010, 6 (hierna: Tolman 2010), p. 242-243.

216. R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002 (hierna: Vriesendorp-van Seumeren 2002), p. 9.

217. Zie in gelijke zin Hof Amsterdam 30 september 2008, LjN BG2107. Het hof merkt daar in r.o. 4.6 onder andere op: ‘Aangezien niet gesteld noch gebleken is dat over de polisvoorwaarden werd onderhandeld, is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren, zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden in het geheel.’ Het ging in casu om een set verzekeringsvoorwaarden behorende bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering met als aanduiding UO-0803.

218. Zie ook Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 90: ‘Wordt de verzekeringsovereenkomst op de beurs gesloten dan zal in meer gevallen dan in de provincie van *echt onderhandelen* tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer sprake zijn.’ Zie ook Tolman 2010 p. 243: ‘Een nuancering is op zijn plaats bij de aanname van de Hoge Raad dat over beursvoorwaarden niet wordt onderhandeld. (...) Meestal wordt — op voorstel van de makelaar — een aan de beurs gangbaar model (of een daarop door de makelaar gebaseerd eigen model) van toepassing verklaard. Zonodig wordt dan wel onderhandeld over bijzondere clauses die de verzekeraar of de makelaar opgenomen wil hebben. Weliswaar worden ook die in veel gevallen ontleend aan specifieke modelteksten, maar de opname ervan kan verband houden met de bijzondere omstandigheden van het geval en niet ondenkbaar is dat in de onderhandeling daarover de clause een specifieke betekenis krijgt.’

van de reikwijdte van de clausule op de hoogte was en erop mocht vertrouwen dat de reikwijdte door de makelaar aan de verzekerde zou worden kenbaar gemaakt. Een vierde bijzondere omstandigheid is af te leiden uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 3 augustus 2010.²¹⁹ In r.o. 16 overwoog het hof onder andere: ‘Uitgangspunt voor de uitleg van de polisvoorwaarden vormen de criteria die de Hoge Raad heeft gegeven in de uitspraken van 16 mei 2008, NJ 2008, 284, LjN BC2793, (*Chubb/Europoint*) en 9 juni 2006, NJ 2006, 326, LjN AV9435, (*Winterthur/Jansen*). Wanneer het, zoals in dit geval, gaat over polisvoorwaarden waarover door partijen niet pleegt te worden onderhandeld, is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren, zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel.’ Ingeval over de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden niet onderhandeld is, is een objectieve uitleg van deze verzekeringsvoorwaarden dus het uitgangspunt.²²⁰ De onderhavige omstandigheid is van belang voor transportverzekeringen gesloten in het provinciaal bedrijf nu over de verzekeringsvoorwaarden in dat geval in het algemeen niet wordt onderhandeld.²²¹ Opgemerkt dient te worden – zie ook hierboven – dat van onderhavig uitgangspunt kan worden afgeweken ingeval de verzekerde bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst is bijgestaan door een onafhankelijk tussenpersoon.

8.6.3 Mogelijke uitkomsten van het fase 1-onderzoek

Bovenstaand onderzoek kan drie resultaten opleveren: de verzekeringsvoorwaarde kan maar tot één lezing leiden en deze is dus duidelijk, het beding rechtvaardigt meerdere lezingen en is dan als onduidelijk aan te merken of de situatie dat er geen enkele lezing valt af te leiden uit de redactie van het beding met als gevolg dat de clausule als onbegrijpelijk moet worden bestempeld.

In het eerste geval is men snel klaar: de betreffende verzekeringsvoorwaarde zal naar die enige lezing dienen te worden uitgelegd. Dit is niet anders als de betreffende lezing ongunstig voor de verzekerde uitpakt.²²²

In het tweede geval ligt de zaak gecompliceerder. Voor welke lezing moet nu worden gekozen?

Ook situatie 3 is gecompliceerd: wat te doen indien het eerste-fase-onderzoek geen enkele lezing heeft opgeleverd. Kiezen wordt dan lastig.

Fase 2 kan – indien van toepassing – dus verschillend verlopen afhankelijk van de hoedanigheid van de verzekerde en de vraag of het fase 1-onderzoek sowieso een lezing heeft opgeleverd.

219. Hof Leeuwarden 3 augustus 2010, LjN BN3280.

220. Zie ook Hof Amsterdam 23 mei 2012, LjN BX0408 r.o. 4.6: ‘(...) Waar het kennelijk gaat om een standaard verzekeringspolis, is de uitleg met name afhankelijk van objectieve factoren, hier in het bijzonder de bewoordingen waarin het beding is gesteld. (...)’ en Rechtbank Arnhem 9 maart 2011, LjN BP8420 r.o. 4.4: ‘Nu gesteld noch gebleken is dat partijen over de tekst van de polisvoorwaarden voorafgaand of bij het sluiten van de overeenkomst gesproken hebben, zodat een gemeenschappelijke partijbedoeling niet achterhaald kan worden, dient een objectieve uitleg van deze bepaling gehanteerd te worden, zeker nu deze is opgenomen in standaard polisvoorwaarden.’

221. Zie in algemene zin Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 360.

222. HR 9 september 1994, NJ 1995, 285. Zie in algemene zin ook R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009 (hierna: Tjittes 2009), p. 41.

8.6.4 Fase 2 mogelijkheid 2: uitleg contra proferentem

In het geval het fase 1-onderzoek heeft opgeleverd dat er meerdere lezingen zijn met betrekking tot de door de verzekeraar opgestelde verzekeringsvoorwaarde – de verzekeringsvoorwaarde in kwestie is dus onduidelijk – dient op grond van art. 6:238 lid 2 tweede zin BW in de tweede fase van het uitlegonderzoek gekozen te worden voor een uitleg ten nadele van de verzekeraar ingeval de wederpartij van de verzekeraar een consument-verzekerde – hetgeen bij een transportverzekering niet vaak het geval zal zijn – is. In geval van een consumentenovereenkomst prevaleert immers op grond van de zojuist genoemde wetsbepaling de voor de consument meest gunstige lezing van de lezingen die zijn voortgekomen uit het fase 1-onderzoek. Men noemt dit de contra proferentem-regel.²²³ Art. 6:238 lid 2 BW is een gevolg van de implementatie van art. 5 Richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten 1993.²²⁴ Nederland heeft deze richtlijnbevestiging pas eind 1999 omgezet in een nationale bepaling hoewel Nederland al vanaf 1 januari 1995 aan de gehele richtlijn had moeten voldoen. De onderhavige regel geeft uiting aan een belangrijk beginsel, het contra proferentem-beginsel: degene die de voorwaarden heeft geredigeerd draagt het risico dat een bepaald beding tot een uitlegdispuut leidt en zal in geval van een dergelijk dispuut het onderspit delven omdat er zal worden gekozen voor de uitleg die het meest gunstig is voor de wederpartij voor zover deze redelijk is.²²⁵ De rechtvaardiging voor dit uitgangspunt is dat de opsteller van de voorwaarden het in zijn macht heeft gehad om onduidelijkheden te voorkomen door de bedingen scherper te formuleren. Als deze dat nalaat, ligt het voor de hand om zijn wederpartij het voordeel van de twijfel te geven en te kiezen voor een uitleg ‘tegen de maker’ (contra proferentem-uitleg).²²⁶

Een uitleg contra proferentem geldt evenwel ook indien de gebruiker van de voorwaarden de door hem aan de wederpartij opgelegde voorwaarden niet zelf heeft *opgesteld* maar de voorwaarden afkomstig zijn van een derde, bijvoorbeeld

223. Zie uitgebreid over de contra proferentem-regel onder andere Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 95-147; F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabriektenkoop* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995 (hierna: Sandee 1995), p. 40-43 en E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978 (hierna: Hondius 1978), p. 448-454.

224. EG-Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 5 april 1993, *PbEG* L 95/29.

225. Het onderhavige beginsel dient onderscheiden te worden van het favor debitoris-beginsel. Zie voor dit laatste beginsel bijvoorbeeld art. 1162 BW (België). Dit laatste beginsel heeft als uitgangspunt dat bij twijfel een beding wordt uitgelegd ten nadele van hem die het beding heeft bedongen en ten voordele van hem die zich verbonden heeft. Traditioneel werd in België bij onduidelijke bedingen in verzekeringsvoorwaarden vaak geargumenteed dat de verzekeraar als opsteller van de verzekeringsvoorwaarden diegene is die bedongen heeft met als gevolg dat toepassing van art. 1162 BW meebrengt dat een onduidelijke verzekeringsvoorwaarde in het nadeel van de verzekeraar dient te worden uitgelegd. Zie over deze kwestie Schuermans 2008, p. 282. Fontaine heeft er terecht op gewezen dat de bedinger niet noodzakelijk de opsteller van de verzekeringsvoorwaarden is, met als gevolg dat toepassing van art. 1162 BW kan leiden tot een voor de verzekeraar gunstige lezing. Zie Fontaine 2010, p. 334.

226. Zie ook Tjittes 2009, p. 41: ‘De gedachte bij uitleg contra proferentem is dat wie een beding formuleert, door een heldere woordkeuze, misverstanden kan vermijden en daarom het risico van onduidelijkheden in de bewoordingen van een contract moet dragen’. Zie verder Hondius 1978, p. 453: ‘Uitlegging *contra proferentem* is een goede methode om de opstellers van standaardvoorwaarden te dwingen een duidelijke redactie te kiezen.’

een branchevereniging en de gebruiker deze voorwaarden heeft *ingebracht*.²²⁷ Tjittes merkt in dit kader terecht als rechtvaardiging van dit uitgangspunt het volgende op: ‘Hoewel aan de traditionele ratio voor de toepassing van de contra proferentem-regel [een uitleg ‘tegen de maker’ van de bedingen, aanvulling MLH] dan niet is voldaan, geldt ook hier dat uitleg contra proferentem moet plaatsvinden (...) Ook de partij die bepaalde algemene voorwaarden ‘voorstelt’, zonder dat zij die voorwaarden zelf heeft geformuleerd, heeft in te staan voor de duidelijkheid daarvan. Een andere opvatting zou licht kunnen leiden tot schijnconstructies.’²²⁸

Het gaat bij het contra proferentem-beginsel dus niet zozeer om het feit dat een van de partijen de bedingen heeft *geformuleerd* maar meer om het feit dat een van de partijen de voorwaarden – al dan niet door hemzelf opgesteld – heeft *ingebracht*.²²⁹ Het contra proferentem-beginsel is dus aan de orde indien de voorwaarden *eenzijdig* door een van de contractspartijen zijn ‘voorgesteld’.²³⁰

Het contra proferentem-beginsel kent een lange historie. Zimmermann verwijst naar enkele Digesten-passages als de oorsprong van het beginsel: Celsus, Digesten 34.5.26 en Ulpianus, Digesten 45.1.38.18.²³¹

Het contra proferentem-beginsel beperkt zich niet tot de diverse rechtsstelsels van continentaal Europa.²³² Ook in het – voor de transportverzekering belangrijke – Anglo-Amerikaanse recht ziet men dit beginsel terug.²³³

Van belang is te benadrukken dat het contra proferentem-beginsel alleen maar aan de orde kan komen indien is vastgesteld dat het beding in kwestie *onduidelijk* is.²³⁴ Het volgende citaat van Clarke maakt duidelijk dat in het verleden niet alle

227. Zie ook specifiek voor het verzekeringsrecht Asser/Clausing/Wansink, Deventer: Kluwer 2007, p. 278: ‘De zorg voor de beurspolissen rust bij de Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs (VNAB). Bij de uitleg van de voorwaarden bij deze polissen die door verzekeraars en gevolmachtigden in het beursverkeer worden gebruikt, kan indien zij worden gehanteerd ten opzichte van particulieren art. 6:238 lid 2 BW van betekenis zijn’. In de laatste druk uit 2012 ziet men dit standpunt evenwel niet meer terug.

228. Tjittes 2009, p. 42.

229. In gelijke zin – naar het lijkt – J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B-55), Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Hijma 2010), p. 34. Hijma merkt daar op: ‘De gedachte achter het contra proferentem is, dat de partij die het beding heeft *ingebracht* [curs. MLH] de kans had andere bewoordingen te kiezen, en daarom het nadeel dient te dragen van eventueel door haar gelaten rafels’. Onjuist is naar mijn mening dan ook de volgende algemene overweging in rechtsoverweging 2.9 van het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 3 februari 2010, LjN BM0448: ‘In het onderhavige geval is sprake van voorwaarden die, zoals Verzekeraars gemotiveerd hebben aangevoerd, *niet eenzijdig zijn opgesteld* [curs. MLH] door Verzekeraars. De NBUG zijn tot stand gekomen op basis van uitgebreid overleg tussen alle betrokken marktpartijen. Verzekeraars zijn *dan ook* [curs. MLH] niet aan te merken als “gebruiker” van de voorwaarden en er is dan ook geen aanleiding om ingevolge artikel 6:238 lid 2 BW deze gestandaardiseerde polisvoorwaarden in het voordeel van de verzekerde [A] uit te leggen.’

230. Zie ook Tjittes 2009, p. 42.

231. R. Zimmermann, *The law of obligations*, Oxford 1996 (tweede druk), p. 639.

232. Zie onder andere art. 31 § 4 WHPC (België), § 305 Abs. 2 BGB (Duitsland) en BGE 132 III 264 E 2.2 (Zwitserland).

233. Zie onder andere *Manchester College vs. Trafford* (1679) 2 Show. 31; *Johnson vs. Edgware, etc., Ry* (1866) 35 Beav. 480, 484; Clarke 2009, p. 444-445 en 454-459 en S.J. Whittaker, in: Chitty 2008, p. 1078. In het kader van consumentenovereenkomsten kan nog worden opgemerkt dat Engeland art. 5 van de hierboven genoemde EG-richtlijn heeft geïmplementeerd door de Unfair terms in consumer contract regulations 1994 in te voeren. Regulation 7 van de 1999-versie van deze Regulations is vrijwel identiek aan art. 5 van de genoemde Richtlijn.

234. Zie onder andere Hondius 1978, p. 453 en HR 9 september 1994, NJ 1995, 285. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.3 van het laatstgenoemde arrest onder andere: ‘De klachten falen. Zij miskennen dat de rechter die, zoals het hof in dit geval, een door de verzekeraar opgestelde clausule in redelijkheid niet voor meer dan één uitleg vatbaar oordeelt, in beginsel geen aanleiding heeft om desondanks een voor de verzekerde minder bezwarende uitleg te kiezen.’ Zie voor het Engelse recht

rechters — althans in ieder geval in Engeland — de verleiding hebben kunnen weerstaan het beginsel alleen toe te passen bij *echte* onduidelijkheid: ‘In the past some courts were quick to find ambiguity in policies of insurance, in order to apply the canon of construction *contra proferentem*, and that raised the suspicion that the canon was being used to create the ambiguity,²³⁵ which then justified the (further) use of the canon: the cart (or the canon) got before the horse in the pursuit of the insurer. Orthodoxy, however, is that *contra proferentem* “ought only to be applied for the purpose of removing a doubt, not for the purpose of creating a doubt, or magnifying an ambiguity, when the circumstances of the case raise no real difficulty.”²³⁶ The maxim should not ‘be used to create the ambiguity it is then employed to solve.’²³⁷ First there must be genuine ambiguity.’^{238, 239}

Kan een uitleg *contra proferentem* ook aan de orde komen bij een geschil over een onduidelijke verzekeringsvoorwaarde in bedrijfsverzekeringspolis? Deze kwestie is voor het transportverzekeringsrecht van groot belang.

Het *Liszka II*-arrest speelt een belangrijke rol in het kader van de bescherming van niet-consument verzekerden in geval van onduidelijke verzekeringsvoorwaarden.²⁴⁰

De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.3 van dit arrest: ‘Het middel berust voorts op de stelling dat de regel bestaat dat onduidelijkheden in een door een professionele verzekeraar geredigeerd beding in algemene verzekeringsvoorwaarden steeds — behoudens door het middel niet nader aangegeven uitzonderingen — ten gunste van de niet professionele verzekerde moeten worden uitgelegd.

Die stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard, nog daargelaten dat Liszka naar ’s hofs vaststelling (r.o. 12) als ondernemer handelde. Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan een uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet professionele verzekerde, maar het hangt van alle omstandigheden van het geval af of die keuze gerechtvaardigd is. Tot die relevante omstandigheden behoren o.m. de aard van de verzekering en het verzekerde risico, en de eventuele begeleiding van de verzekerde door een deskundige tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering.’

Dit arrest maakt duidelijk dat er bij niet-consumentverzekeringen sprake kan zijn van toepassing van een *contra proferentem*-gezichtspunt, dus geen regel, indien

-
- A.G. Guest, ‘Express Terms’, in: Chitty 2008, p. 858-859: ‘This rule is often misinterpreted. It is only to be applied to remove (and not to create) a doubt or ambiguity and where the issue cannot otherwise be resolved by the application of ordinary principles of construction.’ Zie voor het Franse recht P. Malaurie, L. Aynès & P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Parijs: Defrénois 2007, p. 395: ‘Au contraire, un contrat clair ne doit pas être interprété, mais purement et simplement appliqué.’ Zie voor het Zwitserse recht in gelijke zin A. Kütt & A.K. Schnyder, ‘Kommentar zum art. 18 OR’, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich/Basel/Geneve: Schulthess 2007, p. 1234.
235. Clarke verwijst hier naar enige uitspraken waaronder onder andere de Engelse uitspraken *Cornish vs. Accident Ins Co Ltd.* (1889) 23 QBD 453, 456 per Lindley LJ (CA-PA) en *London & Lancashire Fire Co Ltd. vs. Bolands Ltd.* [1924] 836, 848 per Lord Sumner (PC-cargo) en de Amerikaanse uitspraken *Viger vs. Commercial Ins Co.*, 707 F 2d 769, 773 (3 Circ. 1983-liability) en *Schering Corp vs. Home Ins Co.*, 712 F2d 4,9 (2 Circ. 1983-liability).
236. Clarke citeert hier de zaak *Cornish vs. Accident Ins Co Ltd.* (1889) 23 QBD 453, 456 per Lindley LJ (CA-PA). Zie ook *Tektrol vs. Int. Ins Co of Hanover* [2005] 2 Lloyd’s Rep. 701 [8].
237. Clarke citeert hier de zaak *R vs. PLA0B* [2002] Lloyd’s Rep. IR 41, 43 per Langley J.
238. Clarke verwijst hier onder andere naar de zaak *Hayward vs. Norwich Union* [2001] Lloyd’s Rep. 410 [17] per Peter Gibson LJ.
239. Clarke 2009, p. 444.
240. HR 28 april 1989, NJ 1990, 583.

de verzekeringsvoorwaarden zijn ingebracht door de verzekeraar en de verzekerde niet-professioneel — dit begrip moet niet verward worden met consument — is op het terrein van verzekeringen. Veel kleine ondernemers voldoen aan dit profiel. Zij weten doorgaans weinig van verzekeringen.²⁴¹

Van de uitzondering op dit uitgangspunt, te weten dat bijstand door een deskundig tussenpersoon tot een ander resultaat kan leiden, diende tot de invoering van de Wet financiële dienstverlening (Wfd) om twee redenen niet te veel te worden verwacht.²⁴² Allereerst overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 10 december 1993 dat het van de omstandigheden afhangt of toerekening aan de verzekeringnemer van de kennis die van een tussenpersoon verwacht mag worden ten aanzien van de inhoud van de verzekeringsovereenkomst plaats kan vinden. Daarbij is in ieder geval van belang dat de tussenpersoon op de hoogte is van de bedoelingen van de betrokken verzekeraar.²⁴³

De hierboven genoemde kennis was naar mijn mening voornamelijk aanwezig bij tussenpersonen die opkomen voor kleine ondernemers die — al dan niet ter beurze — een CAR-verzekering, transportverzekering of een andere specialistische verzekering willen afsluiten. Voor ‘gewone’ verzekeringen als brand- en diefstalverzekeringen was toerekening van kennis van de tussenpersoon veelal niet aan de orde nu de tussenpersoon bij die verzekeringsvormen in de praktijk niet op de hoogte is van de precieze bedoelingen van de verzekeraar.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat toerekening van kennis van de tussenpersoon aan de verzekerde niet zo snel aan de orde was omdat de tussenpersoon zich in het algemeen, althans buiten het beursbedrijf, bij zijn voorlichtende taak beperkte tot de hoofdzaken van de verzekering.²⁴⁴

Na de inwerkingtreding van de Wet financiële dienstverlening per 1 januari 2006²⁴⁵ is de situatie naar mijn mening drastisch veranderd: de tussenpersoon kan niet meer volstaan met een beperkte voorlichtende rol en kan zich niet snel verschuilen achter het argument dat hij niet op de hoogte is van de bedoelingen van de verzekeraar.^{246, 247, 248} Daarmee lijkt het tussenpersoon-verweer aan kracht te hebben gewonnen. Ik denk evenwel dat het tussenpersoon-verweer met name betekenis zal hebben voor fase 1 van het uitlegproces, dus bij de vraag of het beding in

241. Zie ook over deze kwestie E.H. Hondius, ‘Verzekering en dwingend recht’, in: *In volle verzekerdheid* (Van Wasseaer van Catwijck-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 70-71.

242. Zie ook Asser/Clausing/Wansink, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (hierna: Asser/Clausing/Wansink 1998), p. 172.

243. Zie r.o. 3.3 van HR 10 december 1993, *NJ* 1994, 686. Zie ook R. Feunekes, *RMThemis* 2002, p. 216.

244. Zie ook Asser/Clausing/Wansink 1998, p. 172.

245. De Wfd is inmiddels — per 1 januari 2007 - vervangen door de Wet op het financieel toezicht (Wft).

246. Zie nader over de zorgplicht en de informatieplicht van de verzekeringstussenpersoon onder andere De Jong 2008, p. 50-54 en Rinkes 2007, p. 230-234.

247. Anders Tolman 2008, p. 66. Deze auteur betoogt — onder verwijzing naar HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 en HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 — dat toerekening slechts aan de orde is indien de verzekeraar erop mocht vertrouwen dat de tussenpersoon op de hoogte was van de door de verzekeraar aangehouden betekenis van de polisvoorwaarden en hij bovendien mocht verwachten dat deze de verzekerde ter zake had geïnformeerd. Naar mijn mening gaat dit uitgangspunt niet meer op sinds de inwerkingtreding van de Wet financiële dienstverlening per 1 januari 2006.

248. Anders Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 364 die in deze regelgeving niet een juridische basis zien voor een voorlichtende taak van de assurantietussenpersoon bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aangaande de reikwijdte van de dekking. Zij zien naar mijn mening over het hoofd dat deze informatieplicht verdedigbaar is op grond van onder andere de ruime deskundigheidsvereisten die aan verzekeringstussenpersonen door deze regelgeving worden gesteld.

kwestie duidelijk, onduidelijk of onbegrijpelijk is, in het kader van de Haviltex-formule of de toepassing van de CAO-norm.²⁴⁹ Indien in fase 1 het tussenpersoonverweer niet opgaat, zie ik niet hoe het verweer nog in fase 2 aan de orde kan komen.

Men kan zich afvragen waarom alleen de ‘consument’ zo ruim beschermd wordt – geen contra proferentem-gezichtspunt, maar een contra proferentem-regel ex art. 6:238 lid 2 tweede zin BW – en bijvoorbeeld niet de ‘kleine ondernemer’ die – naar mag worden aangenomen – doorgaans tegenover een verzekeraar een even zwakke onderhandelingspositie inneemt en even weinig weet van verzekeringen als de consument.²⁵⁰ Een en ander zou meebrengen dat niet-professionele verzekerden in het algemeen, en dus niet alleen consument-verzekerden, beschermd moeten worden tegen zowel onduidelijke als onredelijke verzekeringsvoorwaarden nu zij praktisch geen invloed kunnen uitoefenen op de redactie en de inhoud van dergelijke bedingen: het is ‘slikken of stikken’. Over de verzekeringsvoorwaarden wordt buiten de beurs in het algemeen niet onderhandeld.²⁵¹

249. Zie in dit kader bijvoorbeeld r.o. 4.9 van het arrest van Hof Amsterdam 23 maart 2010 (n.g.). Het hof overwoog onder andere: ‘Het hof is van oordeel dat uit de bewoordingen van de bijzondere insluiting niet direct volgt dat de bijzondere insluiting slechts ziet op schade die door een derde wordt geleden. Echter, deze omstandigheid betekent hier niet dat Allianz zich niet kan beroepen op de bedoeling van de bijzondere insluiting en de betekenis die de insluiting binnen de verzekeringsbranche heeft, ook al sluit die niet naadloos aan op de bewoordingen van de desbetreffende voorwaarde in de AVB-verzekering van Zijsling. Vast staat immers dat Zijsling bij het sluiten van de AVB-verzekering werd bijgestaan door een professionele verzekeringstussenpersoon. Deze wordt geacht de betekenis en reikwijdte van de bijzondere insluiting – die binnen de verzekeringsbranche een vastomlijnde betekenis heeft – te kennen. De kennis van de tussenpersoon dient aan Zijslings te worden toegerekend. Dat betekent dat Zijslings er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de AVB-verzekering hem de in dit verband bepleite dekking zou bieden.’ Zie ook r.o. 4.5 van het arrest van Hof Arnhem 23 november 2010 (n.g.). Het hof overwoog onder andere: ‘Als directeur enig aandeelhouder van een staalconstructiebedrijf en bijgestaan door zijn tussenpersoon VHG Verzekeringen, behoorde Duivenvoorde op grond van de tekst en strekking van clause 31 redelijkerwijs te begrijpen dat de uitsluiting betrekking had op arbeidsongeschiktheid die verband hield niet alleen met zijn eerdere oogzenuwaandoening, maar ook met de oorzaken daarvan, waaronder neurologische aandoeningen, waartoe multiple sclerose nu eenmaal behoort.’

250. Zie ook over deze kwestie F.H.E. van der Moolen, *NTHR* 2005- 2, p. 96.

251. Zie r.o. 16 van het arrest van Hof Leeuwarden van 3 augustus 2010, *IJN* BN3280. Uit r.o. 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 2008, *NJ* 2008, 284 blijkt evenwel dat zulks ook geldt voor veel beurspolis. Daar is het de verzekeraar die veelal niet zal zijn betrokken bij de totstandkoming van de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden nu het de makelaar van de verzekerde is die de verzekeringsvoorwaarden inbrengt. De Hoge Raad overweegt daar onder andere: ‘Het gaat hier om de uitleg van art. 2.1.2 van de polisvoorwaarden, die deel uitmaken van een beurspolis. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden’. De geciteerde overweging van de Hoge Raad is mijns inziens wel heel algemeen van aard. Naar mijn mening kan men niet als algemene regel stellen dat over een beurspolis nooit wordt onderhandeld. Zo zal er bijvoorbeeld wel op enigerlei wijze onderhandeld worden ingeval van een beurspolis met maatwerkdekking. Zie ook Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 9: ‘Beurspolissen worden vaak beschouwd als basispolissen, waarvan kan worden afgeweken teneinde te voldoen aan specifieke [curs. MLH] behoeften van de verzekeringnemer en/of verzekerden.’ Waarschijnlijk zal de Hoge Raad doelen op de situatie dat men gebruik maakt van een standaard set verzekeringsvoorwaarden. Van een dergelijke situatie was sprake in het onderhavige arrest van de Hoge Raad. Zie ook Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 90: ‘Wordt de verzekeringsovereenkomst op de beurs gesloten dan zal in meer gevallen dan in de provincie van *echt onderhandelen* tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer sprake zijn.’ Zie ook Tolman 2010, p. 243: ‘Een nuancering is op zijn plaats bij de aanname van de Hoge Raad dat over beursvoorwaarden niet wordt onderhandeld. (...) Meestal wordt – op voorstel van de makelaar – een aan de beurs gangbaar model (of een daarop door de makelaar gebaseerd eigen model) van toepassing verklaard. Zonodig wordt dan wel onderhandeld over bijzondere clausules die de verzekeraar of de makelaar opgenomen wil hebben. Weliswaar worden ook die in veel gevallen ontleend aan specifieke modelteksten, maar de opname ervan kan verband houden met de bijzondere omstandigheden van het geval en niet ondenkbaar is dat in de onderhandeling daarover de clause een specifieke betekenis krijgt.’

Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan: de bescherming van *alle* verzekerden in geval van verzekeringsvoorwaarden die door de verzekeraar zijn ingebracht.²⁵² Het maakt dan niet meer uit of de verzekerde een consument is, een kleine onderneming of een groot bedrijf. Zie in die zin art. 1:203 para. 2 van de Principles of European Insurance Contract Law: 'when there is doubt about the meaning of the wording of any document or information provided by the insurer, the interpretation most favourable to the policyholder, insured or beneficiary, shall prevail.'²⁵³ Zie ook de Duitse § 305c Abs 2 BGB: 'Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders'²⁵⁴ en het Italiaanse art. 1370 Cci: Interpretazione contro l'autore della clausole. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.^{255, 256} Zie verder de Engelse rechtspraak: 'The second is that, again in case of doubt, wording is to be construed against the party who proposed it for inclusion in the contract: it was up to him to make it clear.'²⁵⁷ Zie tenslotte ook Art. II-8:103 van de Draft Common Frame of Reference (DCFR): 'Interpretation against party supplying term Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.'

Een contra proferentem-regel voor alle gevallen waarin de verzekeraar de verzekeringsvoorwaarden heeft ingebracht en er sprake is van een onduidelijk beding lijkt mij de beste oplossing voor de problematiek van onduidelijke verzekeringsvoorwaarden. Er is immers in een dergelijk geval *ongeacht de hoedanigheid van de verzekerde* sprake van een toetredingscontract. Colle verwoordt de gevolgen van het feit dat er sprake is van een toetredingscontract voor het Belgische recht als volgt: 'Toetredingscontracten zouden *steeds* [curs. MLH] tegen de opsteller ervan uitgelegd worden, i.c. de verzekeraar.'²⁵⁸ Als juridische grondslag kan de *culpa in contrahendo* aangevoerd worden. De verzekeraar begaat een fout door een onduidelijk of dubbelzinnig beding in de overeenkomst in te lassen.²⁵⁹ De interpretatie te zijnen nadele kan als een herstel in natura worden aangezien.²⁶⁰

-
252. Zie voor het contractenrecht in het algemeen onder andere Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 315; Hijma 2010, p. 34; Sandee 1995, p. 43 en R.H.C. Jongeneel, TvC 1993, p. 123 en 130.
253. Zie uitgebreid over deze bepaling J. Basedow e.a. (red.), *Principles of European Insurance Contract Law*, München: Sellier 2009 (hierna: Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss 2009), p. 57.
254. Zie uitgebreid over deze bepaling C. Grüneberg, *Palandt's Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2010, p. 420-423.
255. Onze vertaling van deze bepaling is als volgt: 'Uitleg van de clausule tegen de auteur van de betreffende clausule. De voorwaarde die is opgenomen in algemene voorwaarden of in formulieren opgesteld door een van de partijen dient in geval van twijfel te worden uitgelegd ten gunste van de andere partij.'
256. Zie over deze bepaling G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, Milaan: Cedam 2005, p. 611-612 en G. Cian & A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, Milaan: Cedam 2004, p. 1320.
257. *Youell vs. Bland Welch & Co. Ltd.* [1992] 2 *Lloyd's Rep.* 127, 134 per Staughton LJ. Zie voor een rechtspraakoverzicht Clarke 2009, p. 454-455.
258. Colle verwijst hier onder andere naar Hof van Beroep Brussel 24 februari 1994, R.G.A.R. 1995, 12466 en Hof van Beroep Brussel 24 februari 1992, R.G.A.R. 1996, 12592.
259. Colle verwijst hier onder andere naar Hof van Beroep Brussel 19 oktober 1995, R.G.A.R. 1997, 12809 en Hof van Beroep Luik 21 september 1992, R.G.A.R. 1996, 12666.
260. Ph. Colle, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna: Colle 2011), p. 51.

Naar mijn mening gaat deze redenering ook voor het Nederlandse recht op nu deze algemeen van aard is en niet gebaseerd is op een specifieke Belgische rechtsregel. Een onderscheidend criterium als dat van art. 6:235 lid 1 BW is naar mijn mening ook te willekeurig. Het concentreert zich teveel op de grootte van de onderneming in kwestie en gaat er teveel van uit dat verzekerden zijnde grote ondernemingen in alle gevallen over verzekeringsvoorwaarden onderhandelen of althans die mogelijkheid hebben. De praktijk is anders: buiten de beurs om wordt er vrijwel niet onderhandeld over de inhoud van de verzekeringsvoorwaarden.²⁶¹ Dat de verzekerde een onderneming voert die de grenzen van art. 6:235 lid 1 BW overschrijdt, is voor de onderhavige discussie dus van ondergeschikt belang. Nog verder gaat Clarke door op te merken dat onderhandelingsmacht in het geheel geen rechtvaardiging vormt voor een uitleg contra proferentem: 'Bargaining power is not a factor that provokes construction *contra proferentem*'.²⁶²

Ook een kennis criterium is geen goed onderscheidend criterium. Naar mijn mening is de vraag of de wederpartij kennis had van en inzicht had in de verzekeringsvoorwaarden alleen maar relevant in fase 1 van het 2-fasen uitlegmodel dus in het kader van de vraag of de verzekeringsvoorwaarde in kwestie duidelijk, onduidelijk of onbegrijpelijk was. Dan kan als bijzondere Haviltex-omstandigheid door de verzekeraar worden aangevoerd dat de verzekeringnemer over een bijzondere kennis beschikte met als gevolg dat het ter discussie staande beding in dat geval als duidelijk wordt gekwalificeerd. In fase 2 is het kennisargument naar mijn mening van geen betekenis meer. Als al is geoordeeld dat het beding onduidelijk is, zie ik niet via welke weg het kennis-argument nog een rol zou kunnen spelen nu het argument in fase 1 van onvoldoende gewicht was om beslissend te zijn.

In feite komt het er naar mijn mening op neer dat er geen echte argumenten zijn aan te dragen voor een beperking van de reikwijdte van de contra proferentem-regel.

Is een contra proferentem-uitleg ook denbaar in geval van een onduidelijke verzekeringsvoorwaarde in een makelaarspolis?²⁶³

In het beursbedrijf worden vaak makelaarspolissen gebruikt. Het gaat hier om door een makelaar opgestelde formulieren en voorwaarden waarover (enig) overleg met assuradeuren heeft plaatsgevonden.²⁶⁴ Enige mondelinge navraag bij deskundigen leert ons dat de inspraak van assuradeuren in dezen niet overdreven moet worden.²⁶⁵

Het komt er nogal eens op neer dat er geen overleg over de voorwaarden van de makelaarspolis plaatsvindt en dat de onderhandelingen met de assuradeuren met name gaan over het percentage waarop eenieder wil meetekenen en de premie die

261. Zie ook Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 85. Ook de onderhandelingsmogelijkheid op de beurs moet niet overschat worden. Zie daarover eerder en verder in dit hoofdstuk.

262. Clarke 2009, p. 457.

263. Zie kort over deze kwestie Van Tiggele-van der Velde 2012, p. 93-94.

264. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 366 en Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 9.

265. Anders r.o. 5.1 Arbitraal vonnis 14 oktober 1993 (Brevet/Brunner/Wansink), 1994, 438: 'Gelet op het feit dat het alleszins gebruikelijk is dat aan het gebruik van nieuwe makelaarscondities overleg over de inhoud daarvan tussen enerzijds de makelaar en anderzijds beursassuradeuren vooraf gaat'. Zie ook T.J. Dorhout Mees in zijn noot onder deze uitspraak: 'Hoewel niet steeds bij het sluiten van iedere polis over de voorwaarden wordt onderhandeld, vindt in het algemeen op enig moment voorafgaande aan de totstandkoming van een makelaarspolis wel overleg met beursverzekeraars plaats. Dat over de inhoud van de polisvoorwaarden niet met de verzekeraar zou zijn onderhandeld ligt dan ook niet erg voor de hand.'

door de verzekeringnemer verschuldigd zal zijn.²⁶⁶ Dit betekent naar mijn mening dat de makelaarspolis in het algemeen als een toetredingscontract kan worden gekwalificeerd: de makelaar heeft de verzekeringsvoorwaarden – al dan niet door hem zelf opgesteld²⁶⁷ – ingebracht en de namens verzekeraars intekenende assuradeuren stemmen met deze voorwaarden in door intekening op de polis. De makelaar heeft het in zijn macht om onduidelijkheden te voorkomen door de bedingen van de makelaarspolis scherper te formuleren. Als deze dat nalaat, ligt het voor de hand om bij een onduidelijkheid in de verzekeringsvoorwaarden zijn wederpartij, in casu de intekenende verzekeraars, het voordeel van de twijfel te geven en te kiezen voor een uitleg ‘tegen de inbrenger’ (contra proferentem-uitleg).²⁶⁸ Het contra proferentem-beginsel geldt dus naar mijn mening in volle omvang in geval van een makelaarspolis, zij het dat het beginsel in dit geval in het voordeel van verzekeraars uitpakt.

Steun voor mijn zienswijze ontleen ik allereerst aan het Engelse recht. Te wijzen valt op het volgende citaat van Merkin: ‘While it is the case that the contra proferentem principle normally works in in the assured’s favour, in many situations, particularly contracts placed at Lloyd’s, the wording may have been prepared by the broker. Evidence is admissible to show who in fact was responsible.’²⁶⁹ As the broker is the agent of the assured, the contra proferentem principle is not applicable in the usual way and any ambiguity will in those circumstances be construed against the assured and in favour of the insurer.^{270, 271}

In de tweede plaats kan worden gewezen op Art. II.-8:103 van de Draft Common Frame of Reference (DCFR): ‘Interpretation against party supplying term

266. Ook Schuermans denkt naar mijn mening in dezelfde richting indien hij voor het Belgische recht opmerkt: ‘Er bestaan ook zogenaamde makelaarsvoorwaarden waarin de tussenpersonen waarborgen kunnen bedingen’. Zie Schuermans 2008, p. 283.
267. Anders Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 366 die alleen indien de makelaar initieel de verzekeringsvoorwaarden zelf heeft opgesteld van een makelaarspolis met makelaarscondities willen spreken. Voor zover de verzekeringsvoorwaarden evenwel initieel door beursassurateurs zijn opgesteld spreken zij van beurscondities.
268. Een uitleg contra proferentem is naar mijn mening ook aan de orde in het volgende gecompliceerde geval. Stel dat een makelaar een verzekeraar ertoe weet te bewegen een post voor een bepaald percentage te verzekeren als eerste verzekeraar zij het op basis van verzekeringsvoorwaarden die door de verzekeraar zijn ingebracht. De makelaar meldt zich vervolgens bij een andere verzekeraar met de vraag of deze laatste als co-assurateur voor het resterende percentage wil intekenen op het contract waarvan de zojuist genoemde verzekeringsvoorwaarden ook deel uitmaken. In geval van een uitleggeschil over de reikwijdte van een bepaalde clause van de verzekeringsvoorwaarden tussen verzekeraars en verzekerde is de positie van de eerste verzekeraar en de co-assurateur niet dezelfde. Nu de verzekeringsvoorwaarden door de eerste verzekeraar zijn ingebracht geldt bij onduidelijkheid van een van deze voorwaarden dat de verzekerde zich tegenover de eerste verzekeraar op een contra proferentem-uitleg kan beroepen met als gevolg dat het beding wordt uitgelegd ten nadele van de eerste verzekeraar als zijnde de inbrenger van de voorwaarden. Voor de co-assurateur ligt de situatie anders. Hij heeft ingetekend op een contract waarvan de verzekeringsvoorwaarden zijn ingebracht door de makelaar. Weliswaar heeft de makelaar de verzekeringsvoorwaarden niet zelf opgesteld maar hij heeft ze in dit geval welingebracht. Nu de verzekeringsvoorwaarden door de makelaar zijn ingebracht geldt bij onduidelijkheid van een van deze voorwaarden dat de co-assurateur zich op een contra proferentem-uitleg kan beroepen met als gevolg dat het beding wordt uitgelegd ten nadele van de makelaar – en in het verlengde dus van de verzekerde – als zijnde de inbrenger van de verzekeringsvoorwaarden.
269. Merkin verwijst hier naar de volgende uitspraken: *Quin vs. National Assurance (1839) Jones & Carey 316 (Ire)*; *Abrahams Mediterranean R [1991] 1 Lloyd’s Rep. 216* en *Denby vs. English & Scottish Maritime Insurance Co. [1998] Lloyd’s Rep. I.R. 343*.
270. Merkin verwijst hier naar de volgende uitspraken: *Abrahams Mediterranean Re [1991] 1 Lloyd’s Rep. 216* en *Eurodale Manufacturing Ltd. vs. Ecclesiastical Insurance Office Plc. [2003] Lloyd’s Rep.I.R. 444*.
271. Colinvaux’s 2010, p. 124.

Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.’ Gezien het feit dat ingeval van een makelaarspolis het de makelaar (en in feite dus de verzekerde) is die de verzekeringsvoorwaarden inbrengt (‘supplies’) en over de verzekeringsvoorwaarden veelal niet onderhandeld is (‘not individually negotiated’) zal bij een onduidelijkheid van een van deze verzekeringsvoorwaarden op grond van onderhavige bepaling in het algemeen gekozen worden voor een uitleg in het nadeel van de makelaar (en dus de verzekerde) en dus in het voordeel van de verzekeraar(s).

Tenslotte biedt ook het Belgische recht enige steun voor mijn standpunt. Zo merkt Colle op: ‘Toetredingscontracten zouden steeds [curs. MLH] tegen de opsteller ervan uitgelegd worden, i.c. de verzekeraar.²⁷² Als juridische grondslag kan de culpa in contrahendoaangevoerd worden. De verzekeraar begaat een fout door een onduidelijk of dubbelzinnig beding in de overeenkomst in te lassen.²⁷³ De interpretatie te zijnen nadele kan als een herstel in natura worden aangezien.²⁷⁴ Weliswaar merkt Colle op dat in casu de opsteller van het toetredingscontract de verzekeraar is maar dat houdt naar mijn mening verband met het feit dat hij een uitspraak doet voor het provinciale verzekeringsbedrijf dat in zijn boek centraal staat. Zijn algemene uitgangspunt dat bij toetredingscontracten tegen de opsteller uitgelegd dient te worden, brengt naar mijn mening zonder voorbehoud mee dat in geval de verzekeringsvoorwaarden door de makelaar zijn ingebracht de voorwaarden uitgelegd dienen te worden tegen de makelaar – en uiteindelijk tegen de verzekeringnemer als zijnde de opdrachtgever van de makelaar – als zijnde de ‘inbrenger’ van de verzekeringsvoorwaarden.

In de Nederlandse literatuur en rechtspraak gaat men op onderhavig punt minder ver.

In Asser/Clausing/Wansink wordt over de makelaarspolis onder andere opgemerkt: ‘(...) en de verzekerde in de persoon van de makelaar die in opdracht van de verzekeringnemer voor diens rekening de verzekering afsluit en wiens kennis ten deze aan de verzekerde mag worden toegerekend. Dat geldt in ieder geval voor de uitleg van de makelaarspolis (...)’.²⁷⁵

Vriesendorp-van Seumeren merkt over de makelaarspolis het volgende op: ‘Wanneer een makelaar in opdracht van de verzekeringnemer bemiddelt bij het sluiten van een overeenkomst zal in beginsel zijn kennis betreffende de voorwaarden aan de verzekeringnemer kunnen worden toegerekend (...). Blijkt een beding onduidelijk te zijn dan kan, alleen wanneer de makelaar het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt bij de verzekeraar dat hij de verzekeringnemer heeft voorgelicht omtrent de clause – het feit dat de makelaar de polisvoorwaarden heeft opgesteld kan hiertoe bijdragen – de wetenschap van de makelaar aan de verzekeringnemer/niet consument worden toegerekend. Een uitleg in het nadeel van de verzekerde omdat

272. Colle verwijst hier onder andere naar Hof van Beroep Brussel 24 februari 1994, R.G.A.R. 1995, 12466 en Hof van Beroep Brussel 24 februari 1992, R.G.A.R. 1996, 12592.

273. Colle verwijst hier onder andere naar Hof van Beroep Brussel 19 oktober 1995, R.G.A.R. 1997, 12809 en Hof van Beroep Luik 21 september 1992, R.G.A.R. 1996, 12666.

274. Colle 2011, p. 51.

275. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 366.

het een makelaarspolis betreft, acht ik in verband met de onduidelijke verhouding tussen de makelaar en de verzekeringnemer te onzeker en daarom ongewenst.²⁷⁶

Dorhout Mees tenslotte maakt in zijn noot onder het Arbitrale vonnis van 13 juli 1993 van Arisz, Buruma en Hesselink de volgende opmerking: “Ten onrechte overwegen arbiters in hun eerste rechtsoverweging dan ook dat in zijn algemeenheid bij onduidelijkheid over de uitleg, de polis in het voordeel van de verzekerde moet worden uitgelegd. De polis is door de makelaar geredigeerd. Handelingen van de makelaar worden in beginsel aan de verzekerde toegerekend. Bij twijfel zal een makelaarspolis dus zelfs in het nadeel van de verzekerde kunnen worden uitgelegd. Dit is een weergave van het oude beginsel dat onduidelijkheid van een tekst in het nadeel werkt van degene die de tekst heeft opgeschreven. Men hoede zich er overigens voor deze regels al te absoluut te nemen. Bij de uitleg spelen meer factoren een rol; met name van belang is of over de inhoud van de polisvoorwaarden tussen makelaar en verzekeraar tevoren is onderhandeld, terwijl voorts de deskundigheid van partijen (of de aan partijen toe te rekenen deskundigheid) een rol speelt.”²⁷⁷

In de rechtspraak ziet men min of meer hetzelfde beeld als in de literatuur. Zie bijvoorbeeld r.o. 5.1 van het Arbitrale vonnis van Brevet, Brunner en Wansink van 14 oktober 1993:

‘Arbiters stellen voorop dat het hier gaat om de uitleg van een clause die deel uitmaakt van de condities behorende bij een zgn. makelaarspolis zoals de makelaar deze heeft opgesteld om in het beursverkeer met verzekeraars te gebruiken. Anders dan verweersters van oordeel zijn, rechtvaardigt zulks niet een uitleg “contra proferentem” ten voordele van de verzekeraar. Gelet op het feit dat het alleszins gebruikelijk is dat aan het gebruik van nieuwe makelaarscondities overleg over de inhoud daarvan tussen enerzijds de makelaar en anderzijds beursassuradeuren vooraf gaat, ligt het veeleer in de rede bij de uitleg van bedoelde condities primair uit te gaan van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de inhoud daarvan mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten; ieder vanuit zijn professionele kennis, ook ten aanzien van het verzekeren ter beurze van risico’s als hier in het geding, de verzekeraar uit eigen hoofde en de verzekerde in de persoon van de makelaar wiens kennis ten deze aan de verzekerde mag worden toegerekend.’²⁷⁸

Naar mijn mening wordt in de zojuist genoemde uitspraak de nadruk te veel gelegd op het feit dat er overleg tussen makelaar en assuradeuren plaatsvindt over verzekeringsvoorwaarden van de makelaarspolis. Veelal vindt er naar mijn mening geen overleg plaats over de *inhoud* van de verzekeringsvoorwaarden maar alleen over de *premie(verhoging)* die vastzit aan het hanteren van een bepaalde speciale clause. Ook de opmerking van Vriesendorp-van Seumeren dat alleen wanneer de makelaar het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt bij de verzekeraar dat hij de verzekeringnemer heeft voorgelicht aangaande de reikwijdte van een bepaalde verzekeringsvoorwaarde wetenschap van de makelaar omtrent de verzekeringsvoorwaarde in kwestie aan de verzekeringnemer kan worden toegerekend is na de inwerking-

276. Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 9 en 114.

277. T.J. Dorhout Mees in zijn noot onder het Arbitrale vonnis van 13 juli 1993 (Arisz/Buruma/Hesselink), BR 1994, 162.

278. Arbitraal vonnis 14 oktober 1993 (Brevet/Brunner/Wansink), BR 1994, 438. Instemmend met deze uitspraak Van Tiggele-van der Velde 2012, p. 94.

trekking van de Wet financiële dienstverlening per 1 januari 2006²⁷⁹ niet meer houdbaar: de tussenpersoon kan niet meer volstaan met een beperkte voorlichtende rol en kan zich niet snel verschuilen achter het argument dat hij niet op de hoogte is van de reikwijdte van de verzekeringsvoorwaarden in het bijzonder als het gaat om een makelaarspolis nu in dat laatste geval de makelaar de voorwaarden in de regel zijn ingebracht door de makelaar zelf.^{280, 281}

8.6.5 Fase 2 mogelijkheid 3: een onbegrijpelijke verzekeringsvoorwaarde

Ingeval het fase 1-onderzoek in geval van een consumentenverzekeringsovereenkomst – hetgeen bij een transportverzekering evenwel niet snel aan de orde zal zijn – geen enkele lezing heeft opgeleverd omdat het betreffende beding onbegrijpelijk is, biedt de contra proferentem-regel ex art. 6:238 lid 2 tweede zin BW geen uitkomst. Deze regel veronderstelt dat er enige alternatieve lezingen zijn waarna vervolgens gekozen wordt voor de voor de consument meest gunstige interpretatie van het beding in kwestie. In geval van een onbegrijpelijk beding valt er evenwel niets te kiezen.

In de literatuur komt daarom de volgende oplossing naar voren.²⁸² In geval van onbegrijpelijk beding is er strijd met het Transparenzgebot van art. 6:238 lid 2 eerste zin BW.²⁸³ Dit heeft tot gevolg dat het betreffende beding vernietigd kan worden wegens strijd met art. 6:233 sub a BW.

Door Hijma wordt de relatie tussen het Transparenzgebot en de contra proferentem-regel als volgt weergegeven.²⁸⁴ Indien uitleg van een (kern)beding sowieso geen twee of meer heldere lezingen oplevert, is er sprake van schending van het Transparenzgebot met vernietigbaarheid als gevolg. Indien wel twee of meer heldere lezingen van het betrokken (kern)beding zich aandienen, zal de kwestie met behulp van de contra proferentem-regel moeten worden opgelost.

Loos merkt daarentegen voorzichtig op dat indien het Transparenzgebot serieus wordt genomen voor de contra proferentem-regel eigenlijk geen ruimte meer is: een beding dat redelijkerwijs voor meerderlei uitleg vatbaar is, is naar zijn mening per definitie niet transparant en zal daarmee al snel onredelijk bezwarend zijn.²⁸⁵

Hoewel ik met Loos meega in de stelling dat eigenlijk alleen het Hof van Justitie EG echte duidelijkheid kan scheppen, lijkt mij de opvatting van Hijma het meest voor de hand te liggen.²⁸⁶

279. De Wfd is inmiddels – per 1 januari 2007 - vervangen door de Wet op het financieel toezicht (Wft).

280. Zie nader over de zorgplicht en de informatieplicht van de verzekeringstussenpersoon onder andere De Jong 2008, p. 50-54 en Rinkes 2007 p. 230-234.

281. Anders M.J. Tolman 2008, p. 66. Deze auteur betoogt – onder verwijzing naar HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 en HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 – dat toerekening slechts aan de orde is indien de verzekeraar erop mocht vertrouwen dat de tussenpersoon op de hoogte was van de door de verzekeraar aangehouden betekenis van de polisvoorwaarden en hij bovendien mocht verwachten dat deze de verzekerde ter zake had geïnformeerd. Naar mijn mening gaat dit uitgangspunt niet meer op sinds de inwerkingtreding van de Wet financiële dienstverlening per 1 januari 2006.

282. Zie onder andere Hijma 2010, p. 34.

283. Het Transparenzgebot bepaalt dat bij een consumentenovereenkomst de daarin opgenomen bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld.

284. Hijma 2010, p. 34.

285. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 73-74.

286. De opvatting van Loos wordt ook door Jongeneel afgewezen. Deze laatste auteur kiest evenwel ook niet eenduidig voor de opvatting van Hijma. Hij laat meer vrijheid aan de rechter om de sanctie te kiezen. De rechter dient te bezien welke sanctie in dat geval het meest gerechtvaardigd is. Daarbij dient ook te worden meegenomen hoe de sanctie voor de wederpartij uitpakt. Zie R.H.C. Jongeneel,

Natuurlijk moet het Transparenzgebot serieus worden genomen, maar dit geldt naar mijn mening ook voor de contra proferentem-regel. De zienswijze van Hijma houdt naar onze mening beter rekening met beide uitgangspunten. De contra proferentem-regel kan alleen worden toegepast als er ook daadwerkelijk meerdere lezingen zijn van het betrokken (kern)beding. Voor zover die er niet zijn, komt men uit bij schending van het Transparenzgebot en vernietiging van het betrokken (kern)beding.

Steun voor de opvatting van Hijma is ook te vinden in de Principles of European Insurance Law. Art. 1:203 van deze Principles kent een bepaling die vrijwel gelijk-luidend is aan art. 6:238 lid 2 BW,²⁸⁷ hetgeen te verklaren valt uit het feit dat de onderhavige bepaling evenals art. 6:238 lid 2 BW gebaseerd is op art. 5 Richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten 1993.²⁸⁸

Over de relatie tussen het Transparenzgebot en de contra proferentem-regel merken de opstellers van art. 1:203 PEICL het volgende op [curs. in het citaat door MLH behalve de term contra proferentem]: 'Plain and intelligible means plain and intelligible to the reasonable policyholder. All document provided by the insurer must put the policyholder in a position to assess, by applying general rules of interpretation (see Comment 1), all the legal consequences of the policy, in particular his rights and obligations. If not, the contra proferentem rule of construction (see Article 5:103 PECL) applies, and the interpretation most favourable to the policyholder will prevail. If, however, a term is meaningless to a reasonable policyholder, the contra proferentem rule cannot be applied. In such case, the court may disregard the term and enforce the remainder of the document.'²⁸⁹

Voor onbegrijpelijke verzekeringsvoorwaarden in een bedrijfsverzekering ligt de zaak anders. In het onderhavige geval kan de verzekerde geen rechtstreeks beroep doen op de schending van het Transparenzgebot en de daarmee samenhangende vernietiging ex art. 6:233 sub a BW: er is immers geen sprake van een consumentenovereenkomst.

Door Hijma wordt terecht opgemerkt dat hieruit niet mag worden afgeleid dat onhelderheden in relatie tot niet-consumenten eenvoudigweg geoorloofd zouden zijn.²⁹⁰ Naar zijn mening ligt een reflexwerking van het Transparenzgebot voor de hand.²⁹¹ In een dergelijk geval zouden ook niet-consumenten een onbegrijpelijk beding kunnen vernietigen ex art. 6:233 sub a BW.

Naar mijn mening biedt deze weg niet voor alle niet-consumenten een oplossing. Op grond van art. 6:235 BW kunnen immers grote wederpartijen geen beroep doen

'Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden', in: *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 368.

287. Art. 1:203 PEICL luidt: '(1) All documents provided by the insurer shall be plain and intelligible and in the language in which the contract is negotiated. (2) When there is doubt about the meaning of the wording of any document or information provided by the insurer, the interpretation most favourable to the policyholder, insured or beneficiary, shall prevail.' Een belangrijk verschil met de onderhavige PEICL-bepaling is dat de werking van art. 6:238 lid 2 BW beperkt is tot consumentenverzekeringsovereenkomsten.

288. Zie voor dit laatste Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss 2009, p. 57.

289. Zie Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss 2009, p. 57.

290. Hijma 2010, p. 51.

291. In geval van toepasselijkheid van de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), een optioneel instrument op grond van art. 1:102 PEICL, is reflexwerking zelfs niet nodig nu het Transparenzgebot daar in beginsel geldt voor *alle* verzekeringsovereenkomsten die zijn opgesteld door de verzekeraar dus ongeacht de hoedanigheid van de verzekerde. Art. 1:203 para. 1 PEICL bepaalt: 'All documents provided by the insurer shall be plain and intelligible and in the language in which the contract is negotiated.'

op de vernietigingsgronden ex art. 6:233 en 6:234 BW. Wel zou naar mijn mening een grote wederpartij in een dergelijk geval de weg van art. 6:248 lid 2 BW kunnen bewandelen. De gedachtegang is dan dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een gebruiker zich op het beding kan beroepen terwijl deze de onbegrijpelijke clausule heeft *ingebracht* in het contract.

8.7 Samenloop van zeeverzekeringen²⁹²

8.7.1 Algemeen

In de praktijk komt het voor dat hetzelfde verzekerde belang voor dezelfde verzekeringsperiode door meerdere zeeverzekeraars wordt gedekt. Men spreekt in dezen van (*eigenlijke*)²⁹³ samenloop van (zee)verzekeringen of meervoudige (zee)verzekering.^{294, 295} Ingeval bij geheel verlies van het verzekerde schip (casco-polis) of de verzekerde goederen (goederenpolis) de totale som van de verzekerde sommen groter is dan de waarde van het verzekerde belang betekent dit dat de verzekerde niet alle betrokken zeeverzekeraars voor de schade kan aanspreken: het indemniteitsbeginsel brengt immers mee dat de verzekerde door de verzekeringsuitkering niet in een (duidelijk) voordeligere positie mag geraken. Slechts in het geval de verzekerde som van de zeeverzekeraar die de verzekerde voor de geleden schade als eerste aanspreekt onvoldoende is, kan voor de resterende schade een of meerdere andere betrokken zeeverzekeraars worden aangesproken. Meervoudige zeeverzekering leidt tot drie²⁹⁶ belangrijke juridische vragen die ik in de onderhavige paragraaf aan de orde zal stellen:

1. Heeft de verzekerde een keuzevrijheid voor wat betreft de zeeverzekeraar die hij als eerste wil aanspreken of geldt er in dezen een vaststaande volgorde?
2. Heeft de verzekeringnemer recht op premierestitutie voor de premie die hij bij de verschillende zeeverzekeraars teveel heeft betaald ingeval de meervoudige zeeverzekering heeft geleid tot oververzekering?

292. Deze paragraaf is een ingekorte en geactualiseerde versie van de volgende bijdrage: M.L. Hendrikse, 'Samenloop van zeeverzekeringen in rechtsvergelijkend perspectief', in: *Free on Board* (Liber Amicorum Marc. A. Huybrechts), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011 (hierna: Hendrikse 2011), p. 365-388.

293. Van *oneigenlijke* samenloop van verzekeringen is sprake indien een benadeelde ter zake van door hem geleden schade dekking heeft onder meerdere verzekeringen waarbij verschillende belangen aan de orde zijn. Zie onder andere F.H.E. van der Moolen, 'Samenloop van verzekeringen', in: *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Van der Moolen 2011), p. 520. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien een ladingbelanghebbende in geval van aan de vervoerder te verwijten tijdens het zeetransport ontstane schade aan zijn vervoerde door een goederenpolis gedekte goederen zijn goederentransportverzekeraar kan aanspreken maar hij tevens – in geval van een schaderegelingclausule – de claim rechtstreeks kan neerleggen bij de vervoerdersaansprakelijkheidsverzekeraar van de zeevervoerder.

294. Men spreekt ook wel van dubbele verzekering. Deze benaming doet de indruk wekken alsof samenloop zich slechts tussen twee verzekeringsdekkingen kan voordoen terwijl het in de praktijk wel voorkomt dat hetzelfde voorwerp ten behoeve van één verzekerde drie- of viermaal – of wellicht nog meer – is verzekerd tegen hetzelfde gevaar. De onderhavige benaming kan naar mijn mening daarom beter niet gebruikt worden. Zie ook Scheltema/Mijnssen 1998, p. 155.

295. Deze situatie dient onderscheiden te worden van co-assurantie. In een dergelijk geval wordt een verzekerd belang door meerdere verzekeraars gedekt onder één polis. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 189.

296. Zie ook Rose 2004, p. 572.

3. Heeft de zeeverzekeraar die aan de verzekerde heeft uitgekeerd een verhaalsrecht op de andere bij de samenloop betrokken zeeverzekeraars?

De drie vragen zullen naar Engels en Nederlands recht worden beantwoord. Als eerste rechtsstelsel zal het Engelse recht worden besproken nu de Nederlandse wetgever zich bij het opstellen van art. 7:961 BW (samenloop van verzekeringenbepaling) overduidelijk heeft laten inspireren door het Engelse recht op dit punt.²⁹⁷

8.7.2 Engels recht: Section 32, 80 en 84 MIA 1906

Het Engelse recht kent een bijzondere wettelijke regeling voor de zeeverzekering in de vorm van de Marine Insurance Law 1906.²⁹⁸

Section 32 para. 1 MIA 1906 definieert meervoudige zeeverzekering, in het Engels aangeduid als *Double Insurance*,²⁹⁹ als volgt: ‘Where two or more policies are effected by or on behalf of the assured on the same adventure and interest or any part thereof, and the sums insured exceed the indemnity allowed by this Act, the assured is said to be over-insured by double insurance.’³⁰⁰

Van belang is op te merken dat de regeling van section 32 MIA 1906 alleen van betekenis is ingeval de meervoudige zeeverzekering heeft geleid tot oververzekering.³⁰¹ Oververzekering zal zich hoofdzakelijk voordoen bij *property marine insurance* (casco- en goederenpolissen) en niet bij *liability marine insurance* (vervoedersaansprakelijkheidspolis). In geval van een aansprakelijkheidsdekking is immers het verzekeraar belang *in beginsel* onbepaald zodat zich niet snel de situatie kan voordoen dat de totale som van de verzekerde sommen groter is dan de waarde van het verzekerde belang. Als een *uitzondering* op dit uitgangspunt kan genoemd worden de situatie dat meerdere aansprakelijkheidspolissen dezelfde *layer* dekken.³⁰² Rose noemt het voorbeeld dat twee aansprakelijkheidspolissen beide de eerste £ 10 000 aan schade van ieder verzekerd evenement dekken.

Section 32 MIA 1906 lijkt dus geschreven te zijn voor *property marine insurance* gevallen. Rose merkt op dat deze constatering voornamelijk van dogmatische betekenis is: ‘That suggestion should not be altogether surprising, given that marine insurance is principally insurance on property. If correct, it has the consequence that exceptional cases of double insurance on liabilities must be dealt with outside the Act. In practice, that is unlikely to produce difficulty. General common law (non-statutory) principles, which the Act substantially codifies as regards property insurance, will produce the same results.’³⁰³

Section 32 para. 2 sub a MIA 1906 maakt duidelijk dat – tenzij een van de betrokken zeeverzekeringspolissen anders bepaalt – in geval van meervoudige verzekering

297. Zie voor dit laatste bijvoorbeeld *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 198.

298. Zie uitgebreid over deze wettelijke regeling onder andere Arnould’s 2008, p. 1535-1559; Bennett 2007, p. 809-839; Rose 2004, p. 571-601 en O’May 1993, p. 496-506.

299. De Engelse benaming *double insurance* is naar mijn mening ongelukkig. Deze doet ten onrechte – gelijk de Nederlandse benaming *dubbele verzekering* – suggereren dat samenloop zich slechts tussen twee verzekeringsdekkingen kan voordoen. De woorden ‘Where two or more [curs., MLH] policies’ ex section 32 para. 1 MIA 1906 maken evenwel zeer duidelijk dat deze beperkte opvatting onjuist is.

300. Zie voor ongeveer gelijke definities Arnould’s 2008, p. 1535; Bennett 2007, p. 810; Rose 2004, p. 571 en O’May 1993, p. 496.

301. Zie ook Rose 2004, p. 573.

302. Rose 2004, p. 573.

303. Rose 2004, p. 575.

die heeft geleid tot oververzekering de verzekerde keuzevrijheid heeft met betrekking tot de volgorde waarin hij de betrokken zeeverzekeraars wil aanspreken. Het is mogelijk dat de verzekerde som van de eerst aangesprokene verzekeraar kleiner is dan de waarde van het verzekerde belang. Het is de verzekerde dan toegestaan ook de andere betrokken zeeverzekeraars aan te spreken 'provided that he is not entitled to receive any sum in excess of the indemnity allowed by this Act.'

Section 32 para. 2 sub b en c MIA 1906 kennen een aanvullende regeling op genoemd uitgangspunt.

Section 32 para. 2 sub b MIA 1906 brengt mee dat in geval van een getaxeerde polis het bedrag dat de betrokken zeeverzekeraar verschuldigd is aan de verzekerde bij totaal verlies kan worden berekend door van de in de polis vastgestelde waarde van het verzekerde belang eerdere door andere zeeverzekeraars gedane uitkeringen af te trekken.³⁰⁴ Deze regel is bekritiseerd in de literatuur vanwege het feit dat het totale bedrag dat de verzekerde ontvangt, kan variëren afhankelijk van de volgorde waarin hij de bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars aanspreekt.³⁰⁵

Ingeval de verzekerde som in ieder van de betrokken polissen gelijk is aan de in de polissen genoemde getaxeerde waarde van het verzekerde belang doet het probleem zich niet voor.³⁰⁶ De verzekerde zal uiteindelijk de waarde van de hoogst overeengekomen getaxeerde waarde ontvangen onafhankelijk van de volgorde waarin hij de betrokken verzekeraars aanspreekt. Het enige wat in een dergelijk geval kan verschillen is de omvang van de initiële bijdrageplicht³⁰⁷ van de betrokken zeeverzekeraars. Ingeval bijvoorbeeld bij totaal verlies van een verzekerd object met zeeverzekeraar A een getaxeerde waarde van het object in kwestie van £ 3000 en met zeeverzekeraar B van £ 5000 is overeengekomen zal de verzekerde nooit meer ontvangen dan £ 5000.³⁰⁸ Ingeval hij eerst zeeverzekeraar B aanspreekt, heeft hij geen verhaal meer op zeeverzekeraar A en als hij eerst zeeverzekeraar A aanspreekt, heeft hij nog verhaal voor £ 2000 op B.

Anders ligt het ingeval de verzekerde som in ieder van de betrokken polissen lager is dan de in de polissen genoemde getaxeerde waarde van het verzekerde belang. Zo noemt Bennett het voorbeeld dat een verzekerde een belang heeft verzekerd bij drie zeeverzekeraars: in de polis van zowel zeeverzekeraar 1 als zeeverzekeraar 2 is een verzekerde som opgenomen van ieder £ 1000 terwijl de getaxeerde waarde van het verzekerde belang in beide polissen £ 3000 is en in de polis van zeeverzekeraar 3 is een verzekerde som opgenomen van £ 3000 terwijl de getaxeerde waarde van het verzekerde belang in die polis £ 5000 is.³⁰⁹ Ingeval de verzekerde claimt in de volgorde 1, 2, 3 ontvangt hij £ 5000 terwijl bij een volgorde 2, 3, 1 hij slechts £ 4000 ontvangt. De onderhavige onbevredigende mogelijkheid was al erkend in de pre-MIA 1906 uitspraak *Bruce vs. Jones*³¹⁰ maar werd beschouwd als een onver-

304. De onderhavige wetsbepaling is een codificatie van de uitspraak *Bruce vs. Jones* (1863) 1 H&C 769. Zie ook Arnould's 2008, p. 1542.

305. Zie over deze kwestie onder andere Bennett 2007, p. 818-819 en Rose 2004, p. 576.

306. Zie ook Arnould's 2008, p. 1540.

307. De uiteindelijke draagplicht van iedere zeeverzekeraar is pas duidelijk nadat het onderling verhaal ex section 80 MIA 1906 heeft plaatsgevonden.

308. Zie voor dit voorbeeld Bennett 2007, p. 818.

309. Zie Bennett 2007, p. 819.

310. (1863) 1 H&C 769, 777.

mijdelijke consequentie van het bindende karakter van de verschillende overeengekomen waarden van het verzekerde belang.³¹¹

Section 32 para. 2 sub c MIA 1906 brengt mee dat in geval van een niet-getaxeerde polis het bedrag dat de betrokken zeeverzekeraar verschuldigd is aan de verzekerde bij totaal verlies kan worden berekend door van de waarde van het verzekerde belang eerdere door andere zeeverzekeraars gedane uitkeringen af te trekken.³¹²

Toepassing van deze regel leidt onafhankelijk van de volgorde waarin de bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars worden aangesproken in alle gevallen tot een gelijke verzekeringsuitkering. Dit hangt samen met het feit dat de waarde van het verzekerde belang voor alle polissen gelijk is. Het enige wat in een dergelijk geval kan verschillen is de omvang van de initiële bijdrageplicht³¹³ van de betrokken zeeverzekeraars.

Mocht een verzekerde ondanks de 'kortingsregeling' ex section 32 para. 2 sub a, b en c MIA 1906 in een voordelige positie zijn geraakt is ex section 32 para. 2 sub d de verzekerde gehouden 'to hold such sum³¹⁴ in trust for the insurers, according to their right of contribution³¹⁵ among themselves.'

Voor het geval dat de meervoudige zeeverzekering heeft geleid tot oververzekering kent de MIA 1906 in section 84 para. 3 sub f MIA 1906 voor de verzekeringnemer een recht op premierestitutie tenzij 'the double insurance is effected knowingly by the assured'. De genoemde uitzondering heeft als bedoeling oververzekering door meervoudige zeeverzekering te ontmoedigen.³¹⁶ In de praktijk komt *deliberate double insurance* echter zelden voor.³¹⁷ Van *deliberate double insurance* is bijvoorbeeld sprake van de in de *property marine insurance*-praktijk wel voorkomende situatie dat een CIF-koper ervoor kiest de lading voor de zeereis bij zijn eigen zeeverzekeraar te verzekeren terwijl hij weet dat het belang al op basis van het CIF-beding door een door de verkoper aangezochte zeeverzekeraar is gedekt.³¹⁸

Meer algemeen komt *deliberate double insurance* voor ingeval de verzekerde bezorgd is over de betrouwbaarheid van een al bestaande polis – bijvoorbeeld vanwege de financiële positie van de betrokken zeeverzekeraar of omdat de zeeverzekeraar in kwestie of de broker de verzekerde heeft bedreigd de verzekeringsovereenkomst te beëindigen³¹⁹ – en de verzekerde daarom een of meerdere andere verzekeringen sluit.³²⁰

Premierestitutie kan – zie de onderhavige wetsbepaling – ook niet van een zeeverzekeraar worden gevorderd indien de bij de meervoudige zeeverzekering betrokken polissen zijn gesloten op verschillende tijdstippen en de betrokken 'vroegere' polis op enig moment tijdens de looptijd al dan niet samen met andere zeeverze-

311. Zie ook Bennett 2007, p. 819.

312. Zie ook Bennett 2007, p. 819 en Rose 2004, p. 576.

313. De uiteindelijke draagplicht van iedere zeeverzekeraar is pas duidelijk nadat het onderling verhaal ex section 80 MIA 1906 heeft plaatsgevonden.

314. MLH: Bedoeld is het bedrag dat boven de waarde van het verzekerde belang uitkomt.

315. MLH: Zie over dit onderlinge verhaalsrecht verderop in deze paragraaf.

316. Zie voor dit laatste Arnould's 2008, p. 1545; Bennett 2007, p. 820 en Rose 2004, p. 577.

317. O'May 1993, p. 503-504.

318. Zie onder andere Rose 2004, p. 577 en O'May 1993, p. 503.

319. Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor in de hierna nog te bespreken standaardcase *O'Kane vs. Jones (The Martin P)* [2004] 1 *Lloyd's Rep.* 389.

320. Zie Bennett 2007, p. 820.

keraars het gehele risico heeft gedekt.³²¹ De regel is te verklaren: ‘as the underwriters on the first set of policies were at one time liable to the whole extent of the sum therein insured, so they are fairly entitled to retain the whole premium.’³²² Uiteraard kan in een dergelijk geval wel premierestitutie worden gevorderd van de ‘latere’ zeeverzekeraars. Illustratief in dezen is de *cargo case Fisk vs. Masterman*.³²³ In die casus waren vijf goederenpolissen gesloten op 12 april, de dag voordat de verzekerde lading veilig op bestemming zou aankomen. Na aankomst van de lading werden *bona fide* vervolgens nog eens zes polissen gesloten voor de lading in kwestie. De elf polissen tezamen leidden tot oververzekering. Nu de laatste zes polissen waren gesloten op het moment dat de zeereis, *the insured adventure*, al was geëindigd hadden de betrokken zeeverzekeraars nooit risico gelopen. De verzekeringnemer kon daarom premierestitutie vorderen van deze zeeverzekeraars volgens de — hierna nog te bespreken — gebruikelijke maatstaf bij meervoudige zeeverzekering.³²⁴ Als laatste uitzondering op het recht op premierestitutie noemt section 84 para. 3 sub f MIA 1906 het geval dat een van de bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars de volledige verzekerde som heeft uitgekeerd aan de verzekerde.³²⁵ Hoewel de betrokken zeeverzekeraar in een dergelijk geval verhaal zou hebben op de andere zeeverzekeraars omdat hij meer heeft betaald dan zijn bijdrageplicht ex section 80, zou deze toch het ongewenste risico lopen dat hij van de andere zeeverzekeraars niets ontvangt als deze insolvent blijken te zijn.³²⁶ Hoe dient — met inachtneming van de drie zojuist genoemde beperkingen — het premierestitutiebedrag dat de verzekeringnemer ex section 84 para. 3 sub f MIA 1906 van de bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars kan terugvorderen nu te worden berekend? In de onderhavige wetsbepaling wordt tot uitdrukking gebracht dat ‘a proportionate part of the several premiums is returnable’. Met ‘proportionate’ wordt in dit kader bedoeld evenredig aan het bedrag aan oververzekering dat is veroorzaakt door de meervoudige zeeverzekering. Een voorbeeld ter illustratie. Indien een lading met een waarde van € 10 000 op verschillende polissen wordt verzekerd voor gezamenlijk € 20 000 en het totale premiebedrag € 1000 bedraagt, heeft de verzekerde op grond van onderhavige wetsbepaling recht op een premieruggave van € 500. Hoewel de onderhavige wetsbepaling dit niet expliciet uitdrukt, merkt Rose op dat ‘that proportionate part’ van de totaal betaalde premies dat dient te worden terugbetaald aan de verzekerde ‘rateably’ moet worden gedragen door de bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars.³²⁷ Wat in dit kader onder ‘rateably’ dient te worden verstaan is niet geheel duidelijk. Rose merkt — mijns inziens terecht — op dat een verdeling volgens de maximum liability methode — zie over deze methode hieronder bij de bespreking van section 80 MIA 1906 — een geschikte benadering is in

321. Zie ook Bennett 2007, p. 820.

322. Arnould's 2008, p. 1544.

323. (1841) 8 M & W 165.

324. Opvallend is dat de verzekeringnemer geen terugbetaling van de gehele premie vorderde van de zes laatste verzekeraars op grond van — in de woorden van Bennett — ‘a total failure of consideration’, maar dat het in de zaak ging om de kwestie in hoeverre de eerste vijf zeeverzekeraars moesten bijdragen aan de premiekorting waarop de verzekeringnemer vanwege de meervoudige zeeverzekering die tot oververzekering had geleid, recht had. Zie Bennett 2007, p. 820.

325. Zie ook Arnould's 2008, p. 1544 en Rose 2004, p. 578.

326. Zie Arnould's 2008, p. 1545.

327. Rose 2004, p. 577.

dezen omdat het bedrag aan premie dat door de betrokken zeeverzekeraars in rekening is gebracht in nauw verband staat met het maximale bedrag aan aansprakelijkheid dat iedere verzekeraar op zich heeft genomen in geval van een verzekerd evenement.³²⁸

De laatste kwestie die ik aan de orde wil stellen is de vraag of een zeeverzekeraar die aan de verzekerde heeft uitgekeerd een verhaalsrecht heeft op de andere bij de samenloop betrokken zeeverzekeraars. Section 80 MIA 1906 geeft een (begin)antwoord op de onderhavige vraag: '(1) Where the assured is over-insured by double insurance, each insurer is bound, as between himself and the other insurers, to contribute rateably to the loss in proportion to the amount for which he is liable under his contract. (2) If any insurer pays more than his proportion of the loss, he is entitled to maintain an action for contribution against the other insurers, and is entitled to the like remedies as a surety who has paid more than his proportion of the debt.'

Uit de onderhavige wetsbepaling wordt duidelijk dat een zeeverzekeraar een verhaalsrecht heeft op de andere bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars indien deze meer heeft uitgekeerd aan de verzekerde dan hij gehouden is op grond van de op basis van para. 1 berekende bijdrageverdeelsleutel.³²⁹

De grondslag van dit verhaalsrecht is gelegen in de billijkheid: 'where more than one debtor has so charged itself, as between such debtors it is inequitable that the final incidence of liability should depend on how the creditor chooses to seek payment.'³³⁰

Tegen dit standpunt kan naar mijn mening worden aangevoerd dat de (zee)verzekeraar premie heeft ontvangen voor het risico dat hij heeft overgenomen en dat het dan in beginsel niet relevant is of er ook nog andere (zee)verzekeraars zijn die geheel of gedeeltelijk hetzelfde risico van de verzekerde hebben overgenomen. Vanzelfsprekend is het prettig voor een (zee)verzekeraar dat hij de aan de verzekerde uit te keren schade kan delen met andere (zee)verzekeraars maar indien dit niet mogelijk is, is er strikt genomen geen sprake van een onbillijke situatie. De eerst-aangesprokene – en inderdaad de beslissing tot wie de verzekerde zich wendt in geval van meervoudige (zee)verzekering waarbij sprake is van oververzekering is willekeurig – (zee)verzekeraar heeft weliswaar geheel of voor een groot deel de schade aan de verzekerde vergoed maar voor deze dekking heeft hij een corresponderende premie van de verzekeringnemer ontvangen. Ik laat dit punt verder rusten. Section 80 para. 1 MIA 1906 maakt duidelijk dat iedere bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraar bijdraagt 'rateably to the loss in proportion to the amount for which he is liable under his contract'. Hoe dient nu ieders *rateable proportion* te worden vastgesteld? Er zijn in dezen drie (belangrijke) benaderingen: de *maximum liability method*, de *independent liability method* en de *common liability*

328. Rose 2004, p. 578.

329. De aard van dit verhaalsrecht is onduidelijk. Is dit een nieuwe vordering of een van de verzekerde afgeleide vordering? Onduidelijk blijft dan ook of een zeeverzekeraar op wie verhaal wordt genomen door een andere bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraar tegen deze laatste verweermiddelen wel tegen de verzekerde zou hebben kunnen inroepen als de verzekerde hem direct had aangesproken. Zie ook over deze kwestie Bennett 2007, p. 824.

330. Bennett 2007, p. 821.

method.^{331, 332} Ik zal de verschillen tussen de drie benaderingen illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld.³³³ Stel dat een schip met een waarde van vijf miljoen pond is verzekerd onder polis 1 voor een bedrag van vier miljoen pond en onder polis 2 voor een bedrag van twee miljoen pond en het schip een schade leidt van drie miljoen pond als gevolg van een onder beide polissen gedekt evenement. Ingeval de *maximum liability method* toegepast wordt, wordt de bijdrageplicht van zeeverzekeraar 1 en 2 vastgesteld naar verhouding van de bedragen waar de beide verzekeraars maximaal kunnen worden aangesproken onder hun polissen onafhankelijk van de schade in het betreffende geval. In het onderhavige geval zijn deze bijdragen vier miljoen (zeeverzekeraar 1) en twee miljoen (zeeverzekeraar 2) met als gevolg een bijdrageratio van 2:1 in de schade van drie miljoen. Zeeverzekeraar 1 zal uiteindelijk twee miljoen pond en zeeverzekeraar 2 zal één miljoen pond aan schade dragen.

Toepassing van de *independent liability method* leidt evenwel tot een andere verdeling. In dat geval wordt de bijdrageplicht vastgesteld naar verhouding van de bedragen waarvoor iedere verzekeraar *in het concrete geval* kan worden aangesproken *ware hij de enige verzekeraar geweest*. In het onderhavige geval zijn deze bedragen drie miljoen (zeeverzekeraar 1) en twee miljoen (zeeverzekeraar 2) met als gevolg een bijdrageratio van 3:2 in de schade van drie miljoen. Zeeverzekeraar 1 zal dan uiteindelijk 1,8 miljoen pond en verzekeraar 2 zal 1,2 miljoen pond aan schade dragen.

Ingeval de *common liability method* wordt toegepast dragen de beide zeeverzekeraars alle schadebedragen onder de laagste limiet van de betrokken polissen *equally* in de verhouding 1:1. De zeeverzekeraar die de hoogste limiet hanteert – of in het geheel geen limiet heeft opgenomen in zijn polis – draagt dan volledig de schade boven genoemde laagste limiet mogelijk nog beperkt tot het bedrag van zijn eigen hogere limiet als hij deze heeft opgenomen in zijn eigen polis. In het onderhavige voorbeeld delen zeeverzekeraar 1 en 2 dus de eerste twee miljoen pond aan schade in een verhouding van 1:1 omdat twee miljoen in casu de laagste limiet is. De overblijvende schade van één miljoen wordt vervolgens gedragen door zeeverzekeraar 1 die een limiet heeft van vier miljoen pond. De bijdrageratio is dus in casu 2:1. Zeeverzekeraar 1 zal uiteindelijk twee miljoen pond (50% van de eerste twee miljoen + één miljoen aan overblijvende schade) en zeeverzekeraar 2 zal één miljoen pond (50% van de eerste twee miljoen pond) aan schade dragen.

Wat is in dezen nu de *appropriate method*? Op deze vraag kan geen eenduidig antwoord worden gegeven nu de kwestie tot nu toe slechts in één zaak aan de orde is gekomen en daarin geen knoop is doorgehakt.³³⁴ Het betreft de zaak *The Martin P.*³³⁵

In deze zaak was het schip *The Martin P* verzekerd onder twee getaxeerde polissen waarbij de ene polis een verzekerde som kende van vijf miljoen dollar en de andere polis een verzekerde som van 2,5 miljoen dollar. Toen het schip *constructive total loss* verklaard werd, keerde zeeverzekeraar 1,5 miljoen dollar uit nadat de

331. Deze methode wordt ook wel Carver's method genoemd naar de persoon die deze methode heeft geïntroduceerd. Carver deed dit tijdens de 18e Conferentie van de International Law Association in 1899 te Buffalo, Verenigde Staten. Zie ook p. 130-133 van het *Report van de Conferentie* in 1900 uitgegeven door uitgever Clowes & Son. Zie ook Arnould's 2008, p. 1554.

332. Zie Arnould's 2008, p. 1553-1555; Bennett 2007, p. 833-834 en Rose 2004, p. 592-593.

333. Zie voor dit voorbeeld Rose 2004, p. 594.

334. Zie Arnould's 2008, p. 1558; Bennett 2007, p. 834 en Rose 2004, p. 595-596.

335. *O'Kane vs. Jones (The Martin P)* [2004] 1 *Lloyd's Rep.* 389. Zie uitgebreid over deze uitspraak S. Watterson, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2005, p. 338-349.

verzekerde bij deze een claim had ingediend. Tussen zeeverzekeraar 1 en 2 ontstond vervolgens een geschil over de vraag hoe de bijdrageplicht van zeeverzekeraar 2 diende te worden vastgesteld. De onderhavige zaak kwam uiteindelijk bij de Engelse High Court terecht in welke procedure deputy judge Richard Siberry QC overwoog dat section 80 para. 1 MIA 1906 uitgaat van een bijdrageplicht naar rato van het bedrag waarvoor alle bij de meervoudige zeeverzekering betrokken zeeverzekeraars onder hun polissen kunnen worden aangesproken en dat dit uitgangspunt toepassing van de *common liability method* uitsluit omdat deze benadering geen bijdrageplicht voor beide zeeverzekeraars oplevert evenredig naar het bedrag waarop beide verzekeraar onder hun polis kunnen worden aangesproken. Verder overwoog Siberry dat hij het niet noodzakelijk vond verder een keuze te maken tussen de *maximum liability method* en de *independent liability method* omdat beide benaderingen in casu tot een gelijke bijdrageratio leiden van 2:1.

In Arnould's wordt de uitsluiting van de *common liability method* om de volgende twee redenen bekritiseerd.³³⁶

Allereerst wordt opgemerkt dat noch *maximum liability method* noch de *independent liability method* (voldoende)rekening houden met de verschillende betrokken verzekerde sommen en/of vastgestelde waarden van het verzekerde belang.³³⁷ Zo kon het in de zaak *The Martin P* gebeuren dat verzekeraar 2 moest bijdragen aan een schadeloosstelling door zeeverzekeraar 1 aan de verzekerde terwijl de verzekerde som die verzekeraar 1 hanteerde tweemaal zo groot was als de verzekerde som die in zijn eigen polis was opgenomen.

Door Bennett wordt opgemerkt dat verzekeraar 1 wellicht zou kunnen aanvoeren dat hij niet gebonden is aan de waarde van het verzekerde belang en de verzekerde som in de polis van zeeverzekeraar 2 maar zeeverzekeraar 2 zou op zijn beurt daartegen in kunnen brengen dat zeeverzekeraar 1 voor het grotere risico een veel hogere premie heeft ontvangen van de verzekerde dan zeeverzekeraar 2 heeft ontvangen.³³⁸ Als zeeverzekeraar 2 eerder op de hoogte zou zijn geweest van de hogere verzekerde som of de vastgestelde verzekerde waarde zou hij zelf zijn eigen premie wellicht hebben verhoogd of andere beperkende maatregelen hebben genomen.

In Arnould's wordt bewijfeld of er in een zaak zoals *The Martin P* wel voor het gehele bedrag sprake is van meervoudige verzekering.³³⁹ Gesteld wordt dat de meervoudige verzekering eigenlijk alleen betrekking heeft op het onder de beide polissen gemeenschappelijke belang, dus op het bedrag van de laagste toepasselijke limiet. De *common liability method* sluit goed aan bij deze constatering.

Als tweede kritiekpunt wordt in Arnould's opgemerkt dat *The Martin P*-uitspraak toepassing van de *common liability method* bij goederenpolissen onmogelijk maakt terwijl in de praktijk deze benadering – in ieder geval tot het wijzen van onderhavige uitspraak – bij deze polissen vaak wordt gehanteerd.³⁴⁰

336. Zie Arnould's 2008, p. 1558. Zie voor kritiek ook Bennett 2007, p. 835-836.

337. Het was deze overweging die Carver ertoe bracht de *common liability method* te ontwikkelen. Zie Arnould's 2008, p. 1558.

338. Bennett 2007, p. 835.

339. Arnould's 2008, p. 1558.

340. Zie over deze praktijk ook O'May 1993, p. 501.

8.7.3 Nederlands recht: art. 7:961 BW

Sinds 1 januari 2006 kent het Nederlandse recht een nieuwe regeling voor samenloop voor schadeverzekeringen: art. 7:961 BW.^{341, 342} Het is een regeling die geldt voor de schadeverzekeringsovereenkomst *in het algemeen*. Meervoudige zeeverzekering wordt dus ook door de onderhavige wetsbepaling bestreken. Met de invoering van de onderhavige regeling is een einde gekomen aan de ‘samenloop van verzekeringen’-regeling in art. 252, 266, 277 en 278 (oud) Wetboek van Koophandel. Ik laat deze regeling in beginsel voor wat het is en zal alleen wanneer het voor het begrip van de huidige regeling dienstig is op deze regeling ingaan.³⁴³

Art. 7:961 lid 1 BW definieert samenloop van verzekeringen ook wel aangeduid als meervoudige verzekering³⁴⁴ als de situatie waarin ‘dezelfde schade’³⁴⁵ door meer dan een verzekering wordt gedekt’.

In geval van meervoudige zeeverzekering heeft de verzekerde op grond van art. 7:961 lid 1 BW – gelijk section 32 para. 2 MIA 1906 – een keuzevrijheid voor wat betreft de (zee)verzekeraar die hij als eerste wil aanspreken.³⁴⁶ Ingeval de verzekerde som van de eerst aangesprokene (zee)verzekeraar lager is dan de waarde van het verzekerde belang en de meervoudige (zee)verzekering heeft geleid tot oververzekering kan de verzekerde bij geheel verlies van het verzekerde object vervolgens nog andere betrokken (zee)verzekeraars aanspreken tot het moment dat de waarde van het verzekerde belang vergoed is. De verwijzing naar 7:960 BW – waarin het uitvoeringsaspect van het indemniteitsbeginsel is verwoord – in de onderhavige wetsbepaling brengt dit expliciet tot uitdrukking.

Art. 7:961 lid 1 tweede zin BW geeft de (zee)verzekeraar die tot betaling is aangesproken door de verzekerde de bevoegdheid de nakoming van zijn verplichting tot schadevergoeding op te schorten totdat de verzekerde de (zee)verzekeraar in kwestie heeft medegedeeld wie de andere betrokken (zee)verzekeraars zijn. Deze regel lijkt op het eerste gezicht helder, praktisch en voor de hand te liggen omdat een (zee)verzekeraar die ex art. 7:961 lid 1 eerste zin BW heeft uitgekeerd alleen verhaal ex art. 7:961 lid 3 BW – zie daarover meer hieronder – kan nemen op de

341. De bepaling is van regeland recht. Afwijkingen van de bepaling – bijvoorbeeld in de vorm van zogenoemde *non-contribution clauses* – zijn dus toegestaan. Zowel onder het oude als huidige recht treft men degelijke clauses met regelmaat aan in (zee)verzekeringsovereenkomsten. Zie onder andere M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsovereenkomsten en de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 117.

342. Zie uitgebreid over deze regeling Mijnsen 2012, p. 96-101; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 483-501; Van der Moolen 2011, p. 519-539 en F. Stadermann, ‘Samenloop van verzekeringen’, in: *Het nieuwe verzekeringsrecht titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Stadermann 2005c), p. 159-166.

343. Zie uitgebreid over deze regeling Scheltema/Mijnsen 1998, p. 154-167.

344. De benaming dubbele verzekering komt ook wel voor. Zie bijvoorbeeld Wery/Mendel 2010, p. 52. Deze benaming is – zoals ik ook al opmerkte in het kader van het Engelse recht – naar mijn mening ongelukkig omdat deze ten onrechte doet suggereren dat samenloop van verzekeringen zich slechts tussen twee verzekeringsdekkingen kan voordoen.

345. MLH: Bedoeld zal zijn ‘hetzelfde belang’. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 519. Zie voor ongeveer gelijke definities onder andere Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 483 en Wery/Mendel 2010, p. 52.

346. Tot 2006 gold op grond van art. 277 oud WvK het anciënniteitsbeginsel behoudens de twee uitzonderingen genoemd in art. 278 oud WvK. Zie Scheltema/Mijnsen 1998, p. 159. In zijn arresten van 12 april 1985, NJ 1985, 867 en 27 februari 1998, NJ 1998, 764 had de Hoge Raad overigens al voor de aansprakelijkheidsverzekering resp. de ziektekostenverzekering op het uitgangspunt van keuzevrijheid voor de verzekerde ex art. 7:961 lid 1 BW geanticipeerd.

andere bij de meervoudige (zee)verzekering betrokken (zee)verzekeraars als hij weet wie deze verzekeraars zijn. Bij nadere overdenking roept de regel evenwel allerlei (praktische) vragen op.³⁴⁷

Wat bijvoorbeeld te doen in het geval de verzekerde ontkent dat er sprake is van samenloop van (zee)verzekeringen? In de literatuur wordt aangenomen dat de verzekeraar in een dergelijk geval gemotiveerd dient aan te voeren waarom dit wel het geval is en dat de bewijslast in dezen ook op de verzekeraar rust nu de verzekerde immers onmogelijk kan bewijzen dat er geen sprake is van samenloop van verzekeringen.³⁴⁸

In geval van meervoudige (zee)verzekering is de waarde van het verzekerde belang niet zelden lager dan de totale som van de verzekerde sommen van de betrokken zeeverzekeringen met als gevolg dat de verzekerde in geval van schade maar op *enige* van de betrokken (zee)verzekeringen met succes een beroep kan doen terwijl hij wel premie verschuldigd is ten aanzien van *alle* betrokken (zee)verzekeringen.³⁴⁹

In tegenstelling tot het hierboven beproven Engelse recht kent het Nederlandse recht voor de onderhavige situatie geen recht op premieruggave.

Premierestitutie ex art. 7:938 BW is niet aan de orde omdat voor toepassing van die regeling is vereist dat zowel de verzekeraar als de verzekerde in het geheel geen risico heeft gelopen waartegen verzekerd is.³⁵⁰ In het onderhavige geval is door de verzekerde wel degelijk risico gelopen.³⁵¹

De premieruggave-mogelijkheid ex art. 7:939 BW kan door de verzekerde ook niet worden ingeroepen omdat deze bepaling geschreven is voor gevallen waarin een verzekeringsovereenkomst tussentijds wordt opgezegd hetgeen bij meervoudige (zee)verzekering niet het geval is.

De (zee)verzekeraar die tot uitkering is overgegaan kan vervolgens ex art. 7:961 lid 3 BW verhaal nemen – gelijk section 80 MIA 1906 – op andere bij de meervoudige (zee)verzekering betrokken (zee)verzekeraars. Het gaat hier om een *regresrecht*.³⁵²

Dit laatste brengt mee dat de in het kader van het verhaal aangesprokene ‘andere (zee)verzekeraar’ in beginsel geen verweermiddelen kan inbrengen tegen de ‘*regresnemende* (zee)verzekeraar’ die de laatste (zee)verzekeraar bijvoorbeeld wel tegen de verzekerde zou kunnen inbrengen indien de verzekerde zich bij die (zee)verzekeraar zou hebben gemeld voor vergoeding van de schade omdat het bij een *regresrecht* gaat om een ‘nieuw’ vorderingsrecht.³⁵³

In de jurisprudentie zijn twee uitzonderingen op het uitgangspunt dat het *verhaalrecht* ex art. 7:961 lid 3 BW een *regresrecht* is en verweermiddelen tegen de verhaalnemende (zee)verzekeraar in beginsel dus niet aan de orde zijn.

Uit het arrest *Europeesche/Ohra* van de Hoge Raad volgt dat een (zee)verzekeraar op wie door een aan een verzekerde betaald hebbende andere (zee)verzekeraar ex art.

347. Zie uitgebreid over die kwestie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 487; Van der Moolen 2011, p. 522-523 en Stadermann 2005c, p. 162.

348. Zie onder andere Mijnsen 2012, p. 100 en Van der Moolen 2011, p. 522.

349. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 520.

350. Deze uitleg van art. 7:938 BW volgt niet letterlijk uit de woorden van de wetsbepaling maar blijkt uit de toelichting van de wetgever. Zie Hendrikse, Martius & Rinkes, *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, Deventer: Kluwer 2007, p. 82. Zie ook P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 194-197.

351. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 520.

352. Zie HR 17 november 2006, NJ 2007, 202.

353. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 524.

7:961 lid 3 BW verhaal wordt genomen aan die verhaalnemende verzekeraar een ‘zachte’ of ‘harde’ *non-contribution clause* kan tegenwerpen als de verhaalnemende (zee)verzekeraar zelf niet een dergelijke clausule heeft opgenomen in zijn verzekeringsvoorwaarden of als zijn beding ‘zachter’ is dan het beding dat de (zee)verzekeraar op wie hij verhaal neemt heeft opgenomen in diens verzekeringsvoorwaarden.³⁵⁴ In feite is er dan derdenwerking van de (‘sterkere’) *non-contribution clause*.³⁵⁵

De Hoge Raad baseert deze derdenwerking op de redelijkheid en de billijkheid. In zijn arrest van 17 november 2006 formuleert de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 nog een tweede uitzondering: ‘Dit stelsel brengt mee dat de verzekeraar die niet door de verzekerde onder de samenlopendepolis is aangesproken en daarom niet tot uitkering heeft behoeven over te gaan, de beslissing van de wel aangesproken verzekeraar omtrent hoogte en modaliteiten van de uitkering dient te volgen, zolang die schaderegeling toetsing aan de norm van een redelijk handelende verzekeraar kan doorstaan, welke norm onder omstandigheden kan meebrengen dat de andere verzekeraar op de hoogte wordt gehouden van het verloop van de schaderegeling of zelfs aanspraak heeft op overleg omtrent principiële beslissingen, dan wel beslissingen met aanzienlijke financiële implicaties.’³⁵⁶

Wanneer is er nu sprake van een geval dat de regresnemende (zee)verzekeraar niet optreedt als een *redelijk handelend (zee)verzekeraar*? Van der Moolen noemt als voorbeeld de situatie dat de regresnemende (zee)verzekeraar zich onvoldoende heeft ingespannen om de claim van de verzekerde af te wijzen terwijl daar gezien het dossier alle reden toe was.³⁵⁷

Buiten de zojuist genoemde twee uitzonderingen op het uitgangspunt dat het *verhaalsrecht* ex art. 7:961 lid 3 BW een *regresrecht* is en verweermiddelen tegen de verhaalnemende (zee)verzekeraar in beginsel dus niet aan de orde zijn, lijken mij nog meerdere uitzonderingen denkbaar. Het uitgangspunt dat het verhaalsrecht ex art. 7:961 lid 3 BW een *regresrecht* is, kan immers naar mijn mening ook in andere dan de twee zojuist genoemde situaties tot ongewenste gevolgen leiden. Men kan bijvoorbeeld denken aan het volgende geval. Verzekerde X heeft een cascoverzekering gesloten voor zijn schip bij zeeverzekeraar A voor € 800 000 en bij zeeverzekeraar B voor € 600 000. De waarde van het schip is € 500 000. Omdat verzekerde X lange tijd heeft nagelaten zijn maandelijkse premie te betalen en ook aanmaningen geen effect hebben gehad heeft zeeverzekeraar A de dekking geschorst. Deze bevoegdheid ontleent deze verzekeraar aan een in de verzekeringsvoorwaarden opgenomen schorsingsclausule. Kort daarna gaat het schip van X geheel verloren in een zware storm welk evenement in beide polissen als gedekt evenement wordt aangemerkt. Gezien het feit dat de dekking van de verzekeringsovereenkomst met zeeverzekeraar A geschorst is, doet verzekerde X vanzelfsprekend een beroep op de dekking van de zeeverzekering die hij bij zeeverzekeraar B heeft gesloten. Deze keert vervolgens uit aan verzekerde en wil vervolgens een gedeelte van de uitkering ex art. 7:961 lid 3 BW verhalen op zeeverzekeraar A. Een strikte toepassing van de leer dat het onderhavige verhaalsrecht een *regresrecht* is, zou meebrengen dat zeeverzekeraar A de schorsing van de dekking niet aan zeeverzekeraar B kan tegenwerpen nu zeeverzekeraar B dit verweermiddel ontleent aan zijn contractuele re-

354. Zie HR 27 februari 1998, NJ 1998, 764.

355. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 525.

356. HR 17 november 2006, NJ 2007, 202.

357. Van der Moolen 2011, p. 525.

latie met verzekerde X. Een uitzondering op het onderhavige uitgangspunt lijkt mij evenwel in dit geval op zijn plaats.³⁵⁸ Het lijkt mij ongewenst dat de schorsingsclausule via een omweg (gedeeltelijk) wordt omzeild in geval van meervoudige (zee)verzekering. Verzekeraars verliezen op die manier een effectief middel om tijdige premiebetaling af te dwingen welk pressiemiddel essentieel is voor een gezonde bedrijfsvoering.

Art. 7:961 lid 3 eerste zin BW formuleert de verdeelsleutel van het onderlinge verhaal tussen (zee)verzekeraars bij meervoudige (zee)verzekering als volgt: 'De verzekeraars hebben onderling verhaal opdat ieder zijn deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken.' De gelijkenis van de onderhavige verdeelsleutel met de Engelse verdeelsleutel ex section 80 par. 1 MIA 1906 is opvallend. Dit is niet toevallig: er is door de Nederlandse wetgever bewust aansluiting gezocht bij de Engelse regeling.³⁵⁹

Vanwege het feit dat de Nederlandse wetgever aansluiting heeft gezocht bij section 80 MIA 1906 heeft deze ook (mijns inziens onbewust) de Engelse problematiek van de precieze inhoud van de verdeelsleutel geïmporteerd: moet de *maximum liability method*, de *independent liability method* of de *common liability method* worden gevolgd? Voor de precieze inhoud van deze benaderingen volsta ik hier met een verwijzing naar par. 2 van deze bijdrage waar de drie benaderingen uitvoerig worden besproken. Ook in Nederland is er discussie over de vraag welke benadering de meeste juiste is: de *maximum liability method* of de *independent liability method*. Mijns en Van der Moolen kiezen voor de *maximum liability method*, terwijl Wansink, Stadermann en Bessems een voorkeur hebben voor de *independent liability method*.³⁶⁰

De Parlementaire Geschiedenis in dezen verschaft geen duidelijkheid welke benadering de voorkeur van de Nederlandse wetgever heeft omdat het daar genoemde voorbeeld steun geeft aan beide benaderingen.³⁶¹ Door Bessems is aangetoond dat indien de schade kleiner is dan de grootste verzekerde som beide benaderingen tot een verschillende uitkomst leiden en dat voor zover de schade groter of gelijk is aan de grootste verzekerde som – zonder dat er een eigen risico wordt gehanteerd – beide benaderingen tot hetzelfde resultaat leiden.³⁶² Indien de Nederlandse wetgever een keuze had willen maken, had deze er verstandig aan gedaan het voorbeeld zo te kiezen dat de schade kleiner was dan de grootste verzekerde som. Bij de keuze tussen de *maximum liability method* of de *independent liability method* gaat mijn voorkeur uit naar de *maximum liability method* nu deze benadering het beste aansluit bij de bedoeling van de wetgever.³⁶³ In het voorontwerp 1972 van Dorhout Mees was het uitgangspunt voor de verdeelsleutel nog de verhouding tussen de betrokken verzekerde sommen. De wetgever heeft in de uiteindelijke tekst van art.

358. Zie ook Mijnsen 2012, p. 99 en Van der Moolen 2011, p. 526.

359. Zie *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 198.

360. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 489; Van der Moolen 2011, p. 532; J. Bessems, *NTHR 2010-4* (hierna: Bessems 2010), p. 159-160; Stadermann 2005c, p. 164 en Scheltema/Mijnsen 1998, p. 157. Ook Van Huizen kiest voor de *independent liability method* zij het dat deze zich alleen uitspreekt over de transportverzekering. Zie Van Huizen 1988, p. 98.

361. Zie *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 198. Het gaat om het volgende voorbeeld: 'Kunnen derhalve twee verzekeraars worden aangesproken, de eerste tot een bedrag van f 50 000, de tweede tot een bedrag van f 30 000, en belooft de schade f 60 000, dan hebben deze beide verzekeraars onderling te dragen 5/8 en 3/8 van f 60 000.'

362. Bessems 2010, p. 159.

363. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 532.

7:961 lid 3 BW afstand gedaan van het onderhavige uitgangspunt om het mogelijk te maken dat rekening kan worden gehouden met bedongen eigen risico's.³⁶⁴ Het lijkt niet de bedoeling te zijn geweest van de wetgever – in de parlementaire geschiedenis vindt men daar niets over terug – om de verdeelsleutel van een geheel andere grondslag te voorzien.³⁶⁵ De verdeelsleutel van het Voorontwerp 1972 van Dorhout Mees sluit naadloos aan op de *maximum liability method*. Het ligt voor de hand dat die benadering het uitgangspunt is gebleven in de definitieve tekst van art. 7:961 lid 3 BW: de wetgever heeft slechts een scherp kantje van de oorspronkelijke berekeningsmethode af te halen door niet meer de verzekerde sommen bij het berekenen van de verdeelsleutel als uitgangspunt te nemen maar de verzekerde sommen min de eigen risico's.³⁶⁶

Opvallend is overigens dat er in de Nederlandse literatuur – met uitzondering van Van Huizen en Bessems³⁶⁷ – zo weinig aandacht wordt besteed aan de *common liability method*.³⁶⁸

Welke kosten vallen onder de verhaalsmogelijkheid ex art. 7:961 lid 3 BW? Uit de wettekst wordt duidelijk dat onder het onderhavige verhaal niet alleen de aan de verzekerde betaalde verzekeringsuitkering valt maar ook door (zee)verzekeraars gemaakte redelijke kosten tot het vaststellen van de schade als ook redelijke kosten van verweer in en buiten rechte. Door Mijnsen is terecht opgemerkt dat de onderhavige kostenregeling onvolledig is. Naar zijn mening zou bij het verhaal ook de door de verzekerde uitgekeerde wettelijke rente en de aan de verzekerde op grond van art. 6:96 lid 2 BW verschuldigde buitengerechtigde kosten moeten worden betrokken.³⁶⁹

Ik volg de opvatting van Mijnsen. Deze sluit ook goed aan bij de opvatting van de wetgever in dezen: 'Het is redelijk een gelijke regeling te treffen voor de door de aangesproken verzekeraar gemaakte kosten, als [curs. MLH] kosten van advocaten, medische experts, proceskosten etc.'³⁷⁰ Het citaat maakt duidelijk dat de wetgever een ruime vergoedingsregeling voorstaat en de door mij gecursiveerde woorden 'als' en 'etc' geven aan dat de Nederlandse wetgever voorbeelden van kostenposten die onder het verhaal vallen, heeft willen geven maar dat de wetgever zich niet heeft willen beperken tot *enkele, bepaalde* kostenposten. In dit licht geeft de wettekst van art. 7:961 lid 3 BW naar mijn mening geen juist beeld van de opvatting van de wetgever in dezen.

364. Zie ook Mijnsen 2012, p. 98. Aan Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 489 moet worden toegegeven dat deze bedoeling niet expliciet blijkt uit de parlementaire geschiedenis maar deze ligt wel voor de hand zoals ik hierna nog zal toelichten.

365. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 532.

366. Zie ook Van der Moolen 2011, p. 532.

367. Bessems 2010, p. 155-156 en Van Huizen 1988, p. 96.

368. Zie ook Bessems 2010, p. 155. Eerder heb ik een pleidooi gehouden voor de *common liability method*. Zie Hendrikse 2011, p. 387. Ik laat deze kwestie evenwel verder rusten nu het in de praktijk gaat om de *maximum liability method* of de *independent liability*. Zeker na de *Martin P*-zaak – *O'Kane vs. Jones (The Martin P)* [2004] 1 *Lloyd's Rep.* 389 – lijkt de *common liability method* praktisch gezien geen haalbare kaart.

369. F.H.J. Mijnsen, 'Een paar facetten van door een verzekeraar te nemen verhaal', in: *Zekerheidshalve* (Mendel-bundel), Deventer: Kluwer 2003 (hierna: Mijnsen 2003), p. 92.

370. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 199.

8.8 Subrogatie en abandonnement

8.8.1 Algemeen

Tijdens de looptijd van de verzekeringspraktijk zijn er allerlei situaties denkbaar waarin rechten van de verzekeringnemer of de verzekerde op de verzekeraar overgaan. Voor de handelspraktijk zijn – buiten de mogelijkheid van cessie van vorderingsrechten welke mogelijkheid in dit hoofdstuk niet besproken zal worden nu het een algemene vermogensrechtelijke rechtsfiguur is – in dit kader de rechtsfiguren subrogatie en abandonnement van belang.

In geval van subrogatie ex art. 7:962 BW gaan vorderingen tot schadevergoeding³⁷¹ die de verzekerde – anders dan uit verzekering³⁷² – op derden heeft van rechtswege over op de verzekeraar indien de verzekeraar door de verzekerde geleden schade aan deze laatste vergoedt. De onderhavige bepaling maakt deel uit van titel 7.17 BW en geldt derhalve voor alle schadeverzekeringen waaronder dus handelsverzekeringen zoals de transportverzekering en de kredietverzekeringen maar ook meer algemene schadeverzekeringen als de brandverzekering. De onderhavige rechtsfiguur zal aan de orde komen in par. 8.8.2.

De transportverzekering kent exclusief voor deze verzekeringsvorm³⁷³ de rechtsfiguur van het abandonnement. Dieryck omschrijft de onderhavige rechtsfiguur als volgt: ‘Het abandonnement is een optie overgelaten aan de verzekerde, ter uitvoering van de verzekeringsovereenkomst, waarbij hij, in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden, goederen afstaat aan de verzekeraar en de volledige verzekeringsvergoeding bekommt.’³⁷⁴ De Nederlandse wetgever heeft de wettelijke regeling aangaande het abandonnement in art. 663-680 Wetboek van Koophandel met de invoering van het Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 laten vervallen. In par. 8.8.3 zal er toch enige aandacht voor de onderhavige rechtsfiguur zijn nu de voor de internationale handelspraktijk van groot belang zijnde Engelse Marine Insurance Act in section 55 tot en met 63 wel een uitvoerige regeling aangaande het abandonnement kent en men de regeling ook terugziet in bijvoorbeeld België, Duitsland en Frankrijk.³⁷⁵

371. In geval van goederenverzekering met een diefstaldekking blijft de bestolen verzekerde dus in beginsel eigenaar van de gestolen goederen: het eigendomsrecht gaat niet van rechtswege over op de verzekeraar ingeval deze laatste uitkeert aan de verzekerde. Wel kan de transportverzekeraar zich de gestolen goederen laten leveren door middel van een akte ex art. 3:95 BW. Na deze levering is de transportverzekeraar eigenaar van de goederen. Een levering door middel van bezitverschaffing ex art. 3:90 BW – de gebruikelijke wijze van levering van roerende zaken – is in dit geval niet mogelijk nu in het onderhavige geval de dief de bezitter van de goederen is. Zie ook in algemene zin *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 201.

372. Voor dat geval is de regeling van samenloop van verzekeringen ex art. 7:961 BW van toepassing. Zie voor deze regeling par. 8.7.

373. Of nog preciezer de zeeverzekering. Zie daarover par. 8.8.3.

374. C. Dieryck, *Zeeverzekering en averijvordering*, Brussel: Larcier 2005 (hierna: Dieryck 2005), p. 183.

375. Zie art. 222-250 Zeewet resp. § 141 VVG resp. L. 172-24 tot en met 27 en L. 173-20 Code des Assurances. Zie voor een kort rechtsvergelijkend overzicht J. Gorrebeeck, ‘Abandonnement: maritime erfgoed of een hedendaagse vorm van schaderegeling?’, in: *Free on Board (Liber Amicorum Marc A. Huybrechts)*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2001 (hierna: Gorrebeeck 2011), p. 358-362. De regelingen zijn niet eenduidig. Zo is er bijvoorbeeld verschil over de kwestie of de verzekeraar het abandonnement mag weigeren of niet. Onder het Belgische recht is weigeren niet toegestaan terwijl onder het Engelse recht dit laatste – zie section 62 par 4 MIA 1906 – wel is toegestaan. Zie Gorrebeeck 2005, p. 349, 350 en 361.

8.8.2 Subrogatie³⁷⁶

8.8.2.1 De betekenis van het leerstuk subrogatie voor het schadeverzekeringsrecht

Als grondslag voor een wettelijke regeling voor subrogatie in het verzekeringsrecht werd vroeger nogal eens naar voren gebracht het voorkomen dat de verzekerde zowel een uitkering ontvangt van zijn verzekeraar als een schadevergoeding krijgt van de aansprakelijke derde. Er is dus een duidelijke link met het indemniteitsbeginsel. Zie bijvoorbeeld de volgende overweging van de Hoge Raad in zijn arrest *Spoorwegongeval De Vink* uit 1931: 'dat de strekking van het wetsvoorschrift [bedoeld is art. 284 Wvk, de voorloper van art. 7:962 BW, MLH] geene andere is dan zoowel om te voorkomen, dat de verzekerde ter zake van dezelfde schade en van den verzekeraar en van derden vergoeding zou ontvangen als ook om den samenloop van vergoedingsplichten van dezelfde schade te regelen'.³⁷⁷

Buiten Nederland is het onderhavige uitgangspunt nog steeds gangbaar. Zie bijvoorbeeld voor het Engelse recht de volgende passage uit het standaardwerk over de zeeverzekering Arnould's: 'The principle of subrogation applies to contracts of marine insurance by reason of their nature as contracts of indemnity.'³⁷⁸ The assured is entitled under such a contract to be indemnified against his loss, but no more.'³⁷⁹

Men ziet hetzelfde in het Belgische recht: 'De grondslag van het subrogatierecht ligt in het indemniteitsbeginsel en in het cumulatieverbod van vergoedingen in de verzekeringen tot vergoeding van schade.'³⁸⁰

Ook de toelichting bij de subrogatieregeling in de PEICL wijst op de onderhavige grondslag: 'It is a universally accepted principle in the national laws of the Member States that the insurer is subrogated to the claims against third parties to the extent it has actually indemnified the insured for the loss suffered (...). This common feature reveals that in all European countries the doctrine of subrogation is based on the same rationale, namely to avoid the insured's over-compensation'.³⁸¹

Door Mijnsen is terecht opgemerkt dat de strekking van de wettelijke regeling voor subrogatie in het verzekeringsrecht een andere moet zijn dan de hierboven weergegeven ratio nu het gevaar van het krijgen van een meervoudige vergoeding voor dezelfde schade niet speelt:³⁸² ingeval de aansprakelijke derde de schade vergoedt, heeft de verzekerde geen vordering meer onder zijn schadeverzekeringpolis nu deze geen schade meer heeft; ingeval de verzekerde zijn schade eerst vergoed krijgt van de schadeverzekeraar heeft de verzekerde geen schadevergoedingsvordering meer op de derde nu de verzekerde door de uitkering geen schade meer heeft.³⁸³

376. Deze paragraaf is een bewerking van M.L. Hendrikse, *NTHR* 2013-1.

377. HR 31 december 1931, *NJ* 1932, p. 419. Zie ook H.W. van Asch van Wijck, *De subrogatie van den verzekeraar* (diss. Utrecht), Utrecht: Utrechtsche Stoomdrukkerij P. den Boer 1895, p. 613 e.v.

378. Merkin merkt hier op dat om die reden subrogatie niet speelt bij onder andere levensverzekeringen. Hij verwijst naar de uitspraak *Meacock vs. Bryant & Co.* [1942] 2 *All E.R.* 661.

379. Arnould's 2008, p. 1485. Zie voor het Engelse 'droge' verzekeringsrecht in gelijke zin Clarke 2009, p. 1021.

380. Schuermans 2008, p. 681.

381. Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss 2009, p. 258.

382. Mijnsen erkent overigens dat de wettelijke subrogatieregeling in het verzekeringsrecht wel een meervoudige vergoeding voor dezelfde schade voorkomt maar ziet dat gevolg meer als een nevenaspect van de regeling dan als de ratio van de regeling. Zie Mijnsen 2003, p. 85.

383. Mijnsen 2003, p. 83.

Mijnssen geeft vervolgens aan – en ik volg hem daar in – wat de daadwerkelijke ratio van de wettelijke subrogatieregeling in het verzekeringsrecht is: ‘Nadat deze [bedoeld is de verzekeraar, MLH] de schade heeft vergoed kan de benadeelde de derde niet meer tot vergoeding ervan aanspreken, de schade die de benadeelde leed is immers reeds vergoed. Deze oplossing zou tot gevolg hebben dat de aansprakelijkheid van de derde wegvalt. Aldus zou verzekering de regels van het aansprakelijkheidsrecht opzijzetten. Men voelt aan dat dit een ongewenst gevolg van verzekering zou zijn. Grof gezegd zou dit stelsel erop neerkomen dat de aansprakelijke van zijn verplichting tot vergoeding van de schade wordt ontheven doordat de benadeelde zo voorzichtig was zich tegen mogelijke schade te verzekeren.’³⁸⁴

In r.o. 3.3 van het arrest *Nationale Nederlanden/Woudsend* van de Hoge Raad ziet men dezelfde strekking van de wettelijke subrogatieregeling in het verzekeringsrecht genoemd worden: (...) Zou de verzekeraar niet worden gesubrogeerd indien en voor zover hij schade aan de verzekerde vergoedt zonder daartoe verplicht te zijn, dan zou in dit geval een situatie blijven bestaan die art. 284 [de voorloper van het huidige art. 7:962 BW, MLH] beoogt te voorkomen: de aansprakelijke zou in feite van zijn verplichting tot vergoeding van de schade tot het door de verzekeraar vergoede bedrag worden ontslagen (...).³⁸⁵

Het Engelse recht neemt op dit punt overigens een bijzondere positie in. De onderhavige benadering van Mijnssen en de Hoge Raad in het arrest *Nationale Nederlanden/Woudsend* lijkt daar niet op te gaan met als gevolg dat voor dat stelsel kan worden verdedigd dat het voorkomen van meervoudige vergoeding van dezelfde schade wel degelijk de strekking is van de wettelijke regeling van subrogatie in het verzekeringsrecht: ‘The possibility that an assured may recover more than his loss arises from two correlative principles of English law: first, that the assured’s right to recover his loss from a third party liable for the same (or contractually liable to indemnify him against the same) is not affected by any recovery he may make (or be entitled to make) under a contract of insurance which covers him for the same loss;³⁸⁶ secondly, that an assured’s right to claim against a third party liable for the assured loss (or contractually liable to indemnify him against the same³⁸⁷) does not affect his right to claim the same from his insurer.’³⁸⁸ In consequence, an assured may recover twice in respect of the same loss; once, from his insurer, and once from the third party liable to him in respect of his loss. The principle of subrogation precludes the assured from retaining the benefit of any double recovery’.³⁸⁹

De wettelijke subrogatieregeling in het schadeverzekeringsrecht strekt er dus toe de laedens niet de dans te laten ontspringen. Zonder een expliciete wettelijke subrogatiebepaling zou de verzekeraar niet op een andere wettelijke grondslag de derde kunnen aanspreken. Uit het *Vonk*-arrest van de Hoge Raad uit 1930 blijkt dat de verzekeraar de derde in beginsel niet op grond van onrechtmatige daad zou

384. Mijnssen 2003, p. 83-84. Zie ook J.B. Wezeman, ‘Subrogatie’, in: *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Wezeman 2011), p. 541.

385. HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212.

386. MLH: Hier wordt in een noot verwezen naar de de volgende twee uitspraken: *Bradbourne vs Great Western Railway* (1874) L.R. 10 Ex. 1, *Parry vs. Cleaver* [1970] A.C. 1 en *Hobbs vs. Marlowe* [1978] A.C. 16.

387. MLH: Er wordt hier in een noot een voorbehoud gemaakt voor zover het contract ‘provides an indemnity coordinate with or secondary to the relevant contract of insurance’.

388. MLH: Hier wordt verwezen naar de de volgende twee uitspraken: *Dickenson vs. Jardine* (1868) L.R. 3 C.P. 639 en *Collingridge vs. Royal Exchange Assurance* (1877) 3 QBD 173.

389. Arnould’s 2008, p. 1485-1486.

kunnen aanspreken.³⁹⁰ Het ging daar om een geval waarin de echtgenote van verzekerde Vonk het bij De Overijsselsche tegen brand verzekerde huis in brand had gestoken. De Overijsselsche keerde uit aan Vonk maar wilde de schade op de echtgenote van Vonk verhalen door een vordering uit onrechtmatige daad tegen haar in te stellen. De vordering werd afgewezen omdat niet voldaan was aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW):³⁹¹ de door de echtgenote van Vonk geschonden norm strekt niet tot bescherming van de belangen waarin de verzekeraar was geschaad. Dit zou slechts anders zijn indien de echtgenote van Vonk de brand had gesticht met de bedoeling de verzekeraar opzettelijk nadeel toe te brengen. Van dit laatste was evenwel niet gebleken.

Ook komt de verzekeraar naar mijn mening geen vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ex art. 6:212 BW toe nu niet in het algemeen kan worden gesteld dat de verzekeraar bij het ontbreken van een verhaalsrecht wordt verarmd omdat onder andere, als hij wel het verhaalsrecht zou hebben, er diverse situaties denkbaar zijn – zie daarover par. 8.8.2.3 – waarin hij toch geen verhaal kan nemen op de derde en dat in het algemeen ook niet kan worden gezegd dat de derde wordt verrijkt, omdat ook in de situatie dat de verzekeraar de schade niet vergoed zou worden, de verzekerde niet altijd daadwerkelijk verhaal zou nemen op de derde bijvoorbeeld vanwege het feit dat er een bepaalde band bestaat tussen de derde en de verzekerde.^{392, 393}

Daarmee is naar mijn mening nog niet gezegd dat een *wettelijke* oplossing in dezen noodzakelijk is. De verzekeraar zou de kwestie ook *zelf contractueel* kunnen regelen door in de verzekeringsvoorwaarden te bepalen dat er alleen een verzekeringsuitkering door de verzekeraar plaatsvindt nadat de verzekerde eventuele schadevergoedingsvorderingen op derden – tot maximaal het bedrag dat door de verzekeraar is uitgekeerd – aan de verzekeraar heeft gecedeerd. De wetgever lijkt de onderhavige mogelijkheid ook zelf te hebben gezien nu art. 7:962 lid 2 BW bepaalt: ‘De verzekeraar kan de vordering waarin hij is gesubrogeerd, *of die hij door overdracht heeft verkregen* [curs. MLH], niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde uitoefenen.’³⁹⁴

Het bovenstaande betekent niet dat art. 7:962 BW in zijn geheel kan worden gemist. Lid 2 en 3 van deze bepaling vervullen wel degelijk een belangrijke rol nu die de mogelijkheid voor de verzekeraar voor verhaal op de derde beperken.³⁹⁵ Deze beperkingen zijn ook van belang ingeval de verzekeraar op grond van een door de verzekerde aan hem gecedeerde vordering verhaal neemt op de derde. In het hui-

390. HR 24 januari 1930, NJ 1930, p. 299.

391. Zie nader over het relativiteitsvereiste onder andere Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 129-150.

392. Zie nader over het vereiste dat er sprake moet zijn van enerzijds een verarming en anderszijds een verrijking Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 461-482.

393. Zie in ongeveer gelijke zin S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988 (hierna: Mulder 1988), p. 23-26 waarbij Mulder nog verder terecht opmerkt dat er voor de verarming van de verzekeraar op zichzelf wel een redelijke grond is aan te voeren namelijk de verzekeringsovereenkomst. Anders naar het lijkt W.H. van Boom die wel een mogelijkheid ziet voor het leerstuk ongerechtvaardigde verrijking in dezen en de verrijking in het onderhavige geval ziet in het ontkomen van de derde aan zijn aansprakelijkheidslast. Zie *A&V* 2000-3/4, p. 83-84.

394. Zie ook voor dit punt Mulder 1988, p. 28.

395. De laatste zin van art. 7:962 lid 1 BW vervult ook in geval van cessie een belangrijke rol maar in dat geval is het het belang van de verzekeraar dat gediend wordt, terwijl in lid 2 en lid 3 het belang van de verzekerde resp. van de derde vooropstaat.

dige art. 7:962 lid 2 BW is – zoals gezegd – al rekening gehouden met de mogelijkheid van cessie. Dit geldt ook voor art. 7:962 lid 3 zij het dat dit minder duidelijk blijkt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met de woorden ‘De verzekeraar krijgt geen vordering’ ex art. 7:962 lid 3 BW zowel doelt op een verkrijging via subrogatie als een verkrijging via cessie.³⁹⁶

8.8.2.2 *Verhaalsrangorde tussen de gesubrogeerde verzekeraar en de verzekerde die vervolghet verhaal neemt op de aansprakelijke derde*³⁹⁷

Art. 7:962 lid 2 BW bepaalt dat de verzekeraar de vordering waarin hij is gesubrogeerd, of die hij door overdracht heeft verkregen, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde kan uitoefenen.³⁹⁸ Onder het oude recht werd hetzelfde al verdedigd door Mijnsen en Mulder.³⁹⁹ Voor invoering van titel 7.17 BW kwam het er in feite op neer dat een beroep door de gesubrogeerde verzekeraar op de verhaalsmogelijkheid op de aansprakelijke derde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was wanneer het ten koste van de verzekerde zou zijn. De onderhavige regel brengt mee dat ingeval bijvoorbeeld verzekerde A een schade lijdt van € 6000 en een derde B voor deze schade aansprakelijk is maar verzekerde A eerst zijn verzekeraar C aanspreekt die vervolgens € 4000 uitkeert, verzekerde A bij zijn vervolghet verhaal voor € 2000 op de derde B voorgeat indien de voor € 4000 gesubrogeerde verzekeraar C zich ook voor verhaal bij de derde B meldt maar de derde B slechts voor € 2000 verhaal biedt.

In casu speelt een botsing tussen de volgende twee uitgangspunten: de paritas creditorum versus het uitgangspunt dat de subrogatieregeling ertoe strekt de laedens niet de dans te laten ontspringen maar dat dat niet tot gevolg dient te hebben dat daaruit voor een verzekerde nadeel voortvloeit.⁴⁰⁰

De norm ‘redelijk handelen’ biedt een goede onderbouwing voor de voorrang van de verzekerde in dezen. Naar mijn mening zou van een ‘redelijk handelend verzekeraar’ geen sprake zijn ingeval de verzekeraar in dezen de verzekerde geen voorrang zou geven bij het verhaal van deze laatste op de aansprakelijke derde. De rechtvaardiging voor deze stelling zit hem in wat verzekeren in feite is: overdracht van een risico tegen betaling van een vergoeding (premie).⁴⁰¹ Zo heeft in de bovenstaande casus de verzekeraar premie ontvangen voor het verzekerde risicobedrag van € 4000. De verzekeraar heeft dus bewust tegen betaling een risico overgenomen hetgeen men niet kan zeggen van de positie van de verzekerde. Het is dan redelijk dat de verzekeraar ook het risico loopt dat (een bepaald gedeelte van de) schade niet geheel op de aansprakelijke derde kan worden verhaald.⁴⁰² Een en ander brengt mee dat de verzekeraar pas aan bod komt nadat de na de uitkering door de verze-

396. Zie *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 201-202. Zie ook Mulder 1988, p. 28.

397. Deze subparagraaf bouwt voort op de volgende bijdrage M.L. Hendrikse, *NTHR* 2011-2, p. 72-73.

398. Het Duitse recht kent een gelijksoortige bepaling. Zie § 86 Abs. 1 VVG. Zie nader over deze bepaling W. Römer & Th. Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2012, p. 625-629 en Pröls & Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2010, p. 635. Ook de PEICL kennen een dergelijke bepaling. Zie art. 10:101 para. 4. Zie nader over deze bepaling Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss 2009, p. 260.

399. Zie Scheltema/Mijnsen 1998, p. 268 en Mulder 1988, p. 142.

400. Zie ook voor dit uitgangspunt Mulder 1988, p. 142. Zie ook par. 8.8.2.1.

401. Zie ook over deze kwestie par. 8.1 van dit hoofdstuk.

402. Zie ook Scheltema/Mijnsen 1998, p. 268. Minder expliciet Mulder 1988, p. 142.

keraar overblijvende schade van de verzekerde door de aansprakelijke derde geheel is vergoed.⁴⁰³

Het bovenstaande roept de vraag op wat de precieze reikwijdte van art. 7:962 lid 2 BW is: geldt de bepaling alleen voor het hierboven beschreven geval dat er een *contractuele* band is tussen verzekeraar en verzekerde of kan een verzekerde de onderhavige bepaling ook inroepen indien deze zich bij een derde meldt voor voldoening van zijn restantvordering maar zich daar ook een andere verzekeraar meldt die ook een vordering op de derde heeft? Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan het geval waarin een zeevervoerder 100 colli vervoert en iedere collo een andere eigenaar kent. Verder heeft iedere eigenaar zijn collo verzekerd bij een andere goederentransportverzekeraar. Bij aankomst in de bestemmingshaven blijken alle colli zodanig beschadigd te zijn dat ze geen economische waarde meer hebben. Ook wordt vastgesteld dat de schade is toe te rekenen aan de zeevervoerder die de onderhavige aansprakelijkheid bij zijn P&I-Club heeft afgedekt door middel van een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering. De eigenaren doen ieder een beroep op de dekking van hun goederentransportverzekering maar deze dekking is – door de aftrek van het eigen risico – onvoldoende om ieders schade geheel te vergoeden. Alle verzekerden melden zich derhalve vervolgens bij de zeevervoerder – lees zijn P&I-Club – voor verhaal van hun restvorderingen en vrijwel op hetzelfde moment dienen ook de gesubrogeerde goederentransportverzekeraars hun claims in bij de zeevervoerder. Hebben de verzekerden nu voorrang op *alle* verzekeraars?

Strikte lezing van art. 7:962 lid 2 BW brengt mijns inziens mee dat de verzekerden geen voorrang hebben op alle verzekeraars maar dat iedere verzekerde slechts voorrang heeft op zijn eigen goederentransportverzekeraar. Dit volgt uit het gebruik van het lidwoord ‘de’ voor het woord ‘verzekerde’. De wettekst heeft het niet over ‘een verzekerde’.

De hierboven genoemde strekking van art. 7:962 lid 2 BW leidt naar mijn mening evenwel tot een andere benadering: de verzekerden gaan bij het verhaal op de derde voor op *alle* verzekeraars. Het is redelijk dat de verzekerden eerst zo veel mogelijk schadeloos worden gesteld. Of de verzekeraars iets van de door hen gedane uitkeringen terugzien is van secundair belang: verzekeraars hebben bewust – tegen ontvangst van premie – een risico overgenomen en dat risico heeft zich verwezenlijkt.

8.8.2.3 Wettelijke en contractuele beperkingen van het verhaalsrecht

Art. 7:962 lid 3 eerste zin BW beperkt de groep van derden waarop de gesubrogeerde verzekeraar verhaal kan nemen.⁴⁰⁴ De wetgever licht de keuze van de van verhaal uitgesloten personen als volgt toe: ‘De eerste zin strekt ertoe de subrogatie in beginsel uit te sluiten ten aanzien van een aantal categorieën van aansprakelijke personen. Het betreft hier personen van wie mag worden aangenomen dat de verzekering mede in hun belang is gesloten, voor zover zij al niet uitdrukkelijk zijn meeverzekerd. Hun relatie met de verzekeringnemer is van duurzame aard, voortvloeiend uit het familierecht, een arbeidsverhouding of een woonsituatie.

403. Scheltema/Mijnssen 1998, p. 268.

404. De tweede zin van art. 7:963 lid 3 BW maakt evenwel verhaal op die personen onder bijzondere omstandigheden wel mogelijk.

Het uitoefenen van verhaal zou deze relatie kunnen verstoren en de verzekeringnemer, bij echtgenoten ook economisch, kunnen treffen. Een dergelijk gevolg verdraagt zich niet met het doel waartoe de nemer de verzekering sloot.⁴⁰⁵

Een verzekeraar kan zichzelf ook een beperking opleggen ten aanzien van het uitoefenen van het onderhavige verhaalsrecht. Een bekend voorbeeld is de Bedrijfsregeling Brandregres 2000 (BBr 2000) opgesteld door het Verbond van Verzekeraars.⁴⁰⁶ Deze gedragscode beperkt – zie art. 2. – het verhaal van brandverzekeraars in geval van een niet-particuliere derde onder andere tot € 500 000 per schadegebeurtenis.^{407, 408}

In de voorwaarden van transportverzekeringen ziet men ook beperkingen van het verhaalsrecht. Zie bijvoorbeeld art. 6 van de Nederlandse Beurs-Casco Polis voor de Binnenvaart 2011:

‘Verzekeraars zullen, tenzij er sprake is van opzet of roekeloosheid van degene die de schade heeft veroorzaakt, de door hen betaalde schade niet verhalen op:

6.1 de verzekeringnemer, de eigenaar, de rompbevrachter of de gebruiker te goeder trouw;

6.2 degene, die zich op het verzekerde object bevindt met uitdrukkelijke of stilzwijgende machtiging van iemand die tot machtigen bevoegd is;

6.3 de werkgever van de onder 6.1 en 6.2 genoemde personen, indien deze in die hoedanigheid voor de schade aansprakelijk is.’

Nu het verhaalsrecht ex art. 7:962 lid 1 BW niet van dwingend recht is, kan een schadeverzekeraar ook afstand doen van onderhavig verhaalsrecht.⁴⁰⁹ Daarmee lijkt er een juridische grondslag voor de hierboven aan de orde gestelde buitenwettelijke beperkingen van het onderhavige verhaalsrecht.

Art. 7:962 lid 3 eerste zin BW zondert bepaalde derden – waaronder de medeverzekerden en bepaalde bloedverwanten van de verzekerde – van de mogelijkheid tot verhaal uit. Deze bepaling is op grond van art. 7:963 lid 1 BW evenwel van absoluut dwingend recht: afwijking van art. 7:962 lid 3 eerste zin BW is dus onder geen enkele omstandigheid – ook niet ten gunste van derden – toelaatbaar en contractuele afwijkingen zijn derhalve op grond van art. 3:40 lid 2 eerste gedeelte BW nietig. Een en ander heeft naar mijn mening als merkwaardig gevolg dat een verzekeraar – naar de letter van de wet – wel van het *gehele* onderhavige verhaalsrecht mag afzien maar dat het deze bij de uitoefening van het verhaalsrecht *niet* is toegestaan de groep derden waarop hij verhaal kan nemen te *beperken*. Dit lijkt mij een onbedoeld weeffoutje in de wettelijke regeling aangaande subrogatie in titel

405. *Parl. Gesch. titel 7.17 BW*, p. 202.

406. Zie uitgebreid over het rechtskarakter van de BBr 2000 A.A. Mahmoud, *NTHR* 2011-3, p. 108-112. Deze auteur verdedigt de opvatting dat de onderhavige regeling gewoonterecht is met als gevolg dat ook niet-leden van het Verbond van Verzekeraars aan de regeling gebonden kunnen zijn. Anders Hof Amsterdam 2 maart 2010, *LJN* BN1316 in welke uitspraak wordt overwogen dat, nu minstens 5% van de brandverzekeraars in Nederland zich niet aan de regeling heeft gebonden, van een gewoonte of gebruik niet kan worden gesproken. Zie over de BBr 2000 in algemeen onder andere Wezeman 2011, p. 547.

407. Op 3 februari 2012 heeft het sectorbestuur Schade van het Verbond van Verzekeraars besloten de gedeeltelijke verhaalsafstand met betrekking tot de derde-schadeveroorzaker die geen particulier is gefaseerd af te schaffen. De huidige regeling voor particulieren die – zie art. 1 jo. art. 3 sub a BBr 2000 – inhoudt dat verhaal op derden die particulier zijn alleen mogelijk is in geval van opzet van die derde blijft evenwel ongewijzigd. Zie over deze kwestie uitvoerig P. Zwieter, *NTHR* 2012-6, p. 293-307. Deze auteur gaat ook diepgaand in op de ontstaansgeschiedenis van de BBr 2000.

408. Dit geldt niet in geval van opzet van de derde. Zie art. 3 sub a BBr 2000.

409. Zie ook P.S. de Graaf & J.B. Wezeman, *NTHR* 2010-1, p. 2.

7.17 BW dat overigens zonder veel moeite kan worden hersteld door de vermelding van art. 7:962 lid 3 eerste zin BW door te halen in art. 7:963 lid 1 BW en art. 7:962 lid 3 eerste zin BW toe te voegen aan de opsomming in art. 7:963 lid 3, in welke bepaling de wetsbepalingen van afdeling 2 staan waarvan niet kan worden afgeweken *ten nadele* van de derde. Een afwijking ten voordele van derden is in een dergelijk geval dus wel mogelijk. Het onderhavige voorstel maakt het mogelijk dat afwijkingen ten gunste van derden ten opzichte van art. 7:962 lid 3 eerste zin BW toelaatbaar zijn. In dit kader kan gedacht worden aan de derden genoemd in art. 6.2 van de Nederlandse Beurs-Casco Polis voor de Binnenvaart 2011 die veelal niet zullen vallen onder de genoemde personen in art. 7:962 lid 3 eerste zin BW.

8.8.3 Abandonnement

Dieryck verklaart het ontstaan van de rechtsfiguur abandonnement als volgt: 'Historisch is het gegroeid om een einde te stellen aan de onzekerheid waarin de verzekerde verkeerde wanneer hij zonder nieuws was over het schip en de koopwaar, en de uitbetaling van de vergoeding dreigde uitgesteld te worden zolang de onzekerheid aanhield. Het was dan ook gepast dat de maritieme verzekeringswet naar een middel zocht om er aan te verhelpen.'⁴¹⁰

De geschiedenis van de onderhavige rechtsfiguur gaat terug tot in de Middeleeuwen: 'L'invention du délaissement a été provoquée par le manque de nouvelles du navire. En tout cas, il n'était admis que pour cette seule éventualité par l'Ordonnance de Barcelone de 1435.'⁴¹¹

Het abandonnement was⁴¹² of is een rechtsfiguur die kenmerkend is voor zeeverzekeringen.⁴¹³ Dit betekent evenwel niet dat de rechtsfiguur beperkt is tot de zeeverzekering. Zo was bijvoorbeeld de oude Nederlandse regeling ex art. 663-680 Wetboek van Koophandel op grond van art. 694 WvK ook van toepassing op vervoer te land en op rivieren en binnenwateren,⁴¹⁴ en is de Franse regeling aangaande abandonnement ex L.173-20 Code des Assurances geldend voor alle transportverzekeringen.

De rechtsfiguur abandonnement speelt zowel bij casco- als goederenpolissen.⁴¹⁵

Een groot nadeel van abandonnement in zijn meest vergaande vorm – zoals bijvoorbeeld de huidige Belgische regeling – is dat de verzekeraar het abandonnement niet kan weigeren en derhalve tegen zijn wil als nieuwe eigenaar met afgedankte goederen zit opgescheept waarvan het nog maar de vraag is of hij deze kan verkopen of waarvan zelfs de opruiming hem voor enorme kosten kan stellen.⁴¹⁶ In dit kader kan gedacht worden aan het opruimen van een scheepswrak dat in een vaargeul terecht is gekomen.⁴¹⁷ Huybrechts spreekt dan ook van een 'vergiftigd geschenk' waarmee de zeeverzekeraar zit opgezadeld.⁴¹⁸

410. Dieryck 2005, p. 183.

411. De Smet 1971, p. 1047.

412. Voor de Nederlandse situatie is het mijns inziens beter om van de verleden tijd te spreken. Zie par. 8.8.1.

413. Zie onder andere Huybrechts 2007, p. 16 en Dieryck 2005, p. 184.

414. Zie ook Dorhout Mees 1967, p. 643.

415. Zie onder andere Gorrebeeck 2011, p. 352 en 360.

416. Zie ook over dit punt par. 8.8.1.

417. Zie voor dit voorbeeld Huybrechts 2007, p. 16.

418. Huybrechts 2007, p. 16.

Als reactie op de nadelen van het abandonnement ziet men twee ontwikkelingen. Allereerst ziet men dat de wettelijke regeling van het abandonnement contractueel wordt uitgesloten of beperkt.

Zo merkt Gorrebeek voor de Belgische cascoverzekeringspraktijk op 'dat elke cascopolis, of het nu binnenvaart of zeevaart betreft, een clause bevat "vrij van abandonnement", waardoor de mogelijkheid hiertoe contractueel wordt uitgesloten.⁴¹⁹

In de Belgisch goederentransportverzekeringspraktijk is abandonnement nog wel mogelijk maar zijn de mogelijkheden wel beperkter dan voorheen.⁴²⁰ In 1996 heeft de Koninklijke Belgische Vereniging van Transportverzekeraars (B.V.T.) een clause uitgebracht voor goederenverzekeringspolissen waarin het abandonnement afhankelijk wordt gemaakt van de beslissing van verzekeraars.⁴²¹ Vergelijk ook art. 12 van de Antwerpse Goederenverzekeringpolis 2004 dat op de onderhavige B.V.T.-clause voortbouwt.⁴²²

In de tweede plaats kan de wetgever de toepassing van de rechtsfiguur abandonnement beperken. Dit heeft bijvoorbeeld plaatsgevonden in Duitsland. Het Handelsgesetzbuch (HGB) kende tot 1 januari 2008 een regeling aangaande de zeeverzekering in art. 782-905 met daarin een regeling aangaande het abandonnement dat uitging van een verplichte eigendomsoverdracht.⁴²³ Met de invoering van het nieuwe Duitse verzekeringsrecht per 1 januari 2008 is de regeling van de zeeverzekering geschrapt en in de nieuwe regeling aangaande de transportverzekering (§ 130-141 VVG) is een bepaling opgenomen, § 141, die het – kortweg gezegd – de transportverzekeraar mogelijk maakt zich van verdere verbintenissen te bevrijden indien hij na het plaatsvinden van het evenement de verzekerde som uitkeert.⁴²⁴ Heeft gezien de beschreven ontwikkelingen de rechtsfiguur abandonnement nog toekomst? Gorrebeek beantwoordt de vraag bevestigend: 'Ook de recente ontwikkelingen inzake kaping van zeeschepen aan de kusten van Oost-Afrika tonen aan dat het abandonnement wel degelijk een nuttig en hedendaags instrument blijft waardoor een verzekerde op een vlugge en efficiënte wijze vergoeding kan krijgen van zijn verzekeraars voor de goederen aan boord en waarvan hij in elke geval gedurende een onbekende en vaak al te lang aanslepende periode het genot ontbeert. (...) Om te kunnen beantwoorden aan de moderne noden, moeten inzake abandonnement in elk geval twee principes fundamenteel gewaarborgd blijven:

419. Gorrebeek 2011, p. 352.

420. Zie Gorrebeek 2011, p. 353.

421. Zie Gorrebeek 2011, p. 353.

422. Zie Gorrebeek 2011, p. 357. Zie nader over de Antwerpse Goederenverzekeringpolis 2004 F. Ponet, *Cargo Insurance Policy of Antwerp*, Zutphen: Paris Legal Publishers 2004.

423. Zie ook Gorrebeek 2011, p. 359. Vgl. art. 865 HGB: 'Der Versicherte ist befugt, die Zahlung der Versicherungssumme zum vollen Betrage gegen Abtretung der in Betreff des versicherten Gegenstandes ihm zustehenden Rechte in folgenden Fällen zu verlangen (Abandon)'

424. De letterlijke tekst van de onderhavige bepaling is als volgt: '(1) Der Versicherer ist nach Eintritt des Versicherungsfalles berechtigt, sich durch Zahlung der Versicherungssumme von allen weiteren Verbindlichkeiten zu befreien. Der Versicherer bleibt zum Ersatz der Kosten verpflichtet, die zur Abwendung oder Minderung des Schadens oder zur Wiederherstellung oder Ausbesserung der versicherten Sache aufgewendet worden sind, bevor seine Erklärung, dass er sich durch Zahlung der Versicherungssumme befreien wolle, dem Versicherungsnehmer zugegangen ist. (2) Das Recht des Versicherers, sich durch Zahlung der Versicherungssumme zu befreien, erlischt, wenn die Erklärung dem Versicherungsnehmer nicht innerhalb einer Woche nach dem Zeitpunkt, zu dem der Versicherer Kenntnis von dem Versicherungsfall und seinen unmittelbaren Folgen erlangt hat, zugeht.'

- de keuzevrijheid moet zowel in hoofde van de verzekerde als de verzekeraars bestaan; het gelijkheidsbeginsel tussen de contracterende partijen, verzekeraar en verzekerde, moet worden gevrijwaard;
- het indemniteitsbeginsel inzake verzekeringen is van openbare orde; een abandonnementregeling moet het aleatoire karakter van de verzekering eerbiedigen.⁴²⁵

Ik volg Gorrebeeck grotendeels⁴²⁶ in zijn redenering: het abandonnement moet de verzekeraar niet kunnen worden opgedrongen omdat men anders de kans loopt dat de gehele wettelijke regeling aangaande abandonnement contractueel zal worden uitgesloten. In een wettelijke regeling aangaande de onderhavige rechtsfiguur dient met het onderhavige punt dan ook rekening te worden gehouden. Opvallend is dat in de Marine Insurance Act 1906 onderhavig uitgangspunt — zie § 62 para. 4 MIA 1906 — al van begin af aan was verwerkt. Gorrebeeck merkt op dat in de Institute Clauses geen afwijkende regeling aangaande abandonnement is opgenomen en dat dit verklaard kan worden door het feit dat in deze clausules wordt verwezen naar de toepassing van het Engelse recht en dus ook naar de regeling aangaande abandonnement in de Marine Insurance Act.⁴²⁷ Ik voeg daar aan toe dat blijkbaar in de praktijk die laatste regeling voldoet omdat het mijns inziens een kleine stap zou zijn een afwijkende regeling in de Institute Clauses op te nemen. § 62 para. 4 MIA 1906 draagt naar mijn mening in belangrijke mate bij aan die acceptatie.

425. Gorrebeeck 2011, p. 363-364.

426. Maar niet op alle punten. Zo is het uitvoeringsaspect van het indemniteitsbeginsel mijns inziens niet van openbare orde. Zie ook HR 12 september 1997, NJ 1998, 382 en Wery/Mendel 2010, p. 39

427. Gorrebeeck 2011, p. 362.

