

Causaliteit

in het

verzekeringsrecht

serie verzekeringsrecht

DE SERIE VERZEKERINGSRECHT STAAT ONDER REDACTIE VAN
J.G.C. KAMPHUISEN EN J.H. WANSINK

serie verzekeringsrecht

Causaliteit in het verzekeringsrecht

Causation in insurance law

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus

Prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens het besluit van het College van Promoties

De openbare verdediging zal plaatsvinden
op donderdag 5 oktober 2006 om 13.30 uur

door

Alfred Blom

geboren te Rotterdam

Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. J.H. Wansink

Overige leden: Prof.mr. K.F. Haak
Prof.mr. S.D. Lindenbergh
Prof.mr. J.G.C. Kamphuisen

ISBN 90-13-03912-X
NUR 827-712

© 2006, A. Blom en Kluwer BV, Deventer

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570 – 673449.

VOORWOORD

Sinds het begin van de 20e eeuw hebben juristen gezocht naar een theorie die in het kader van het strafrecht en de privaatrechtelijke onrechtmatige daad het richtsnoer zou moeten zijn voor het vereiste causaal verband tussen de verwijtbare gedraging en de schade. Uiteindelijk heeft dit voor het privaatrecht geresulteerd in de leer van de toerekening naar redelijkheid zoals opgenomen in artikel 6:98 BW. Ook in het verzekeringsrecht heeft men lange tijd gedacht aan een dergelijke verklarende theorie en overeenkomsten gezocht met causaliteit bij de onrechtmatige daad en in het strafrecht. De laatste decennia is echter het inzicht ontstaan dat voor het verzekeringsrecht andere principes voor het causaal verband gelden en vernoemde theorieën lijken slechts een bijrol te vervullen. Niet aan de orde is het zoeken naar een verband tussen een verwijtbare gedraging en de schade. Centraal staat de vraag of de verzekeraar op basis van polisbepalingen, met het eigen stelsel van gedekte en uitgesloten oorzaken – naast de grenzen die de wet daaraan stelt – gehouden is schade-uitkeringen aan de verzekerde te doen. Het verzekeringsrecht kent voor het antwoord op deze vraag een gecompliceerde systematiek die is gebaseerd op de betekenis van een aantal verzekeringsrechtelijke begrippen, uitleg van polisbepalingen en het beginsel van redelijkheid en billijkheid. Causaliteit neemt in deze systematiek een centrale positie in.

Doel van dit onderzoek is om deze systematiek inzichtelijk te maken aan de hand van opvattingen in de literatuur en de invulling die daaraan is gegeven in de rechtspraak. De zoektocht was interessant. Het commentaar en de reacties van mijn promotor Prof. mr. Han Wansink waren immer inspirerend. Ik kijk met genoegen terug op de discussies die wij hebben gevoerd over de diverse onderwerpen.

Het schrijven van een proefschrift vereist opoffering niet in de laatste plaats door mensen die in de nabijheid van de schrijver verkeren. Ik wil dan ook mijn liefdevolle waardering uitspreken voor de vanzelfsprekendheid waarmee mijn vriendin Jacqueline haar vertrouwen uitsprak en mij alle vrijheid gaf in afzondering aan het boek te werken.

Tenslotte is het natuurlijk van belang dat werken aan een proefschrift kan plaatsvinden in een stimulerende sfeer. Die sfeer hebben mijn collega's van het Verzekeringsinstituut geboden. Ik wil daar de dames Melanie van Ardenne, Margriet van Duyn, Mop van Tiggele, Barbara Wiggers, en natuurlijk mijn promotor Han Wansink graag voor bedanken.

INHOUD

	<i>Voorwoord</i>	V
	<i>Afkortingen</i>	XIII
	<i>Lijst van aangehaalde werken</i>	XV
	<i>Algemene inleiding</i>	1
Deel I.	Oorzaak	9
	<i>Hoofdstuk 1. Oorzaak en onzeker voorval</i>	11
1.1	Inleiding	11
1.2	Waarom is vereenzelviging van de begrippen 'oorzaak' en 'onzeker voorval' een probleem?	17
1.3	Waar doet het probleem zich vooral voor? De all-risksdekking	20
1.4	Strikte scheiding onzeker voorval en oorzaak: De eis van onzekerheid	21
1.5	Verschil onzeker voorval en oorzaak. Definitie oorzaak	33
1.6	Vereenzelviging 'onzeker voorval' en 'gedekte oorzaak'. Wat zijn de beperkingen die het begrip 'onzeker voorval' aanbrengt?	43
1.6.1	Vereenzelviging 'onzeker voorval' en 'gedekte oorzaak'	43
1.6.2	Onzeker voorval: een gebeurtenis die naar de normale loop van de omstandigheden niet is te verwachten	46
1.6.3	Engels recht	48
1.7	Bewijslastverdeling	50
1.8	Onzekerheid is gerelateerd aan de totstandkoming van de verzekering en niet aan de aanvang van het risico. De omstandigheid dat de oorzaak reeds bestond vóór de verzekerde periode staat niet in de weg aan dekking onder de polis	52
	<i>Hoofdstuk 2. Oorzaak, beschadiging, evenement, schade</i>	53
2.1	Inleiding	53
2.2	Oorzaak, beschadiging, evenement en schade	56
		VII

2.2.1	Beschadiging, evenement, schade	58
2.2.2	Verschil oorzaak en beschadiging/ evenement	
	De omstandigheid dat de oorzaak reeds bestond voor de verzekerde periode staat niet in de weg aan dekking onder de polis	59
2.2.2.1	Standpunt dat de schade moet zijn veroorzaakt binnen de verzekerde periode	60
2.2.2.2	Bestrijding van voornoemd standpunt: niet de schadeoorzaak maar de beschadiging (het evenement) moet plaatsvinden binnen de verzekerde periode	63
2.2.3	Beschadiging	69
2.2.3.1	CAR-schade. Een zaak die niet gaaf is geweest kan niet worden beschadigd? Een kritische beschouwing	72
2.2.3.2	Andere polissen	79
2.2.3.3	Conclusie	80
2.2.4	Zaakschade, zuivere vermogensschade en bedrijfsschade	81
	<i>Hoofdstuk 3. Oorzaak en eigen gebrek</i>	85
3.1	Inleiding	85
3.2	Inhoud/betekenis van het begrip eigen gebrek	88
3.2.1	Afgrenzing begrip eigen gebrek causaal bepaald. Aanduiding eigen gebrek als eigenschap die zaken van dezelfde soort niet behoren te bezitten is innerlijk tegenstrijdig	89
3.2.2	Eigen gebrek veelal aanwezig vóór verzekerde periode	94
3.2.3	Duurzaamheid van het eigen gebrek	95
3.3	Eigen gebrek en verpakking	95
3.4	Aard van de zaak (bederf), slijtage en gebrek	97
3.4.1	Engels recht. 'Inherent vice' en 'wear and tear': wél resp. géén bijzondere voorafgaande omstandigheid	100
3.4.2	Duits recht. Natürliche Beschaffenheit: bederfschade zonder afwijkende omstandigheid	101
3.5	Eigen gebrek en onzeker voorval	103
3.6	Eigen gebrek en rechtens relevante oorzaak	105
3.6.1	Rechtens relevante oorzaak – eigen gebrek – evenement – schade	105
3.6.2	Conclusie	111
3.7	Eigen gebrek en onvermijdelijke schade	111
	<i>Hoofdstuk 4. Van buiten komend onheil en ongeval</i>	115
4.1	Inleiding	115
4.2	Het van buiten aankomend onheil	116
4.2.1	Het van buiten komend onheil in de context van de opsomming van artikel 637 K (oud)	117
4.2.2	De betekenis van het begrip van buiten aankomend onheil	120

4.3	Ongeval	128
4.3.1	Nederlands recht	128
4.3.2	Duits recht	130
4.3.3	Engels recht	134
Deel II.	Oorzakelijk verband: meervoudige causaliteit	141
	<i>Hoofdstuk 5. Bewijslastverdeling</i>	151
5.1	Inleiding	151
5.2	All risksclausule: bewijslast	155
5.3	Bewijs van een van buiten komend onheil	162
5.3.1	Engels recht: Peril of the sea	166
5.3.2	Bewijsvermoeden van buiten komende oorzaak tegenover eigen gebrek: bij soortgelijke verzekerde transporten heeft zich in het verleden geen schade voorgedaan	173
5.3.3	Eigen gebrek ontstaat doorgaans vóór de verzekerde periode	175
5.4	Diefstal	176
5.5	Bewijs van eigen (merkelijke) schuld en opzet. Brand	179
5.5.1	Brandstichting	184
5.6	De invloed van deskundigen op de bewijslastverdeling	189
5.6.1	De invloed van deskundigen op de bewijslastverdeling bij verzekeringen tegen letselschade	193
5.7	Conclusie	199
	<i>Hoofdstuk 6. Meervoudige causaliteit in het verzekeringsrecht. Polisuitleg</i>	201
6.1	Inleiding	201
6.2	De term onmiddellijk, rechtstreeks, uitsluitend e.d.	202
6.3	Schade veroorzaakt door, met of door, etc.	211
6.4	Verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt met of door het motorrijtuig	221
6.5	Beursgoederenpolis en de evenementenclausule. Dekking vervoerde zaken bij evenement m.b.t. het voertuig mits redelijkerwijze kan worden aangenomen dat dat evenement oorzaak van de schade is. Verschil met 'schade aan de zaken als gevolg van een evenement'?	239
6.6	Conclusie	241
	<i>Hoofdstuk 7. Meervoudige causaliteit. Toepassing van causaliteitstheorieën</i>	245
7.1	Inleiding. Toegepaste causaliteitscriteria in de jurisprudentie	245
7.2	Welke is de relevantie van causaliteitstheorieën voor het verzekeringsrecht?	246
		IX

7.3	Conditio sine qua non	251
7.4	Adequate veroorzaking	254
7.5	Leer van de toerekening naar redelijkheid	263
7.6	Eigen schuld en causaal verband	266
7.6.1	Eigen schuld: vermindering van schadevergoeding. Artikel 6:101 BW	270
7.6.2	Causaal verband tussen de gedraging van de verzekerde en de brand alsmede tussen de gedraging van verzekerde en de omvang van de schade. Gedrag van de verzekerde ook ná het ontstaan van de brand van belang?	272
7.7	Verhouding gedekte – uitgesloten oorzaak. Expliciete uitsluiting gaat per definitie vóór gedekte oorzaak? Schadeverdeling	275
7.8	Eigen gebrek	280
Deel III.	Verplichtingen van de verzekerde en causaal verband	285
	Verplichtingen van de verzekerde: algemeen	285
	<i>Hoofdstuk 8. Schending van de mededelingsplicht bij het afsluiten van de verzekering en causaal verband</i>	291
8.1	Karakter van de wettelijke regeling	291
8.2	Voorwaarden voor een beroep op verzwijging	292
8.2.1	Relevantievereiste	293
8.3	Rechtsgevolgen bij niet-nakoming mededelingsplicht	293
8.4	Artikel 7:930 (7.17.1.6) BW: Schadevergoeding. Causaal verband en proportionaliteit	294
8.4.1	Causaliteitsbeginsel	295
8.4.2	Proportionaliteitsbeginsel	298
8.4.3	Verhouding causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel	298
8.4.4	Bewijslastverdeling	299
8.5	Juridische basis causaliteitsbeginsel	301
8.5.1	Artikel 251 K (oud): geen ruimte voor een beroep op het ontbreken van causaal verband . Uitzondering mogelijk	302
8.5.2	Anticipatie?	304
8.5.3	Welke is de ‘uitzondering’ die de Hoge Raad voor mogelijk houdt? Toepassing Titel 7.17 BW. Anticipatie	306
8.5.3.1	Artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW: beperking toepasselijkheid causaliteitsbeginsel	307
8.5.3.2	Artikel 251 K (oud) sloot het causaliteitsbeginsel niet uit	309
8.5.3.3	Vergelijking met ‘risicoverzwinging’: Modalfa-arrest	309
8.6	Toetsing jurisprudentie aan artikel 7:930 (7.17.1.6) BW	310
8.7	Werking van het causaliteitsbeginsel: belangenafweging	313
8.7.1	Engels en Duits recht	316
8.8	Conclusie: weigering anticipatie is een gemiste kans	317

<i>Hoofdstuk 9. Risicoverzwaren en causaal verband</i>	319
9.1	Het begrip risicoverzwaren 319
9.2	Omstandigheden die een beroep op risicoverzwaren in de weg kunnen staan 324
9.3	Causaal verband 326
9.3.1	Artikel 293 K (oud); mededelingsclausule 326
9.3.1.1	Jurisprudentie 329
9.3.1.2	Toepassing van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW op de arresten van de Hoge Raad 333
9.3.2	Preventieve garanties 335
9.3.2.1	De aard van de preventieve garantie 335
9.3.2.2	Schending van verplichtingen voortvloeiend uit preventieve garanties en causaal verband 337
9.3.2.2.1	Modehuis La Comtesse. Strekking. Ontbreken van causaal verband kan een rechtsgeldig beroep op een garantie niet in de weg staan? 337
9.3.2.2.2	Bewijs van het ontbreken van causaal verband staat beroep op preventieve garantie in de weg 340
9.3.2.3	Uitsluiting en garantie: verschillende bewijslast 346
9.3.2.4	Uitleg van de garantie 347
9.3.3	Conclusie 348
	<i>Samenvatting</i> 349
	<i>Summary</i> 363
	<i>Alfabetisch register</i> 367
	<i>Jurisprudentieregister</i> 371

AFKORTINGEN

AB	Arbitrale beslissing
A-G	Advocaat Generaal
All.E.R.	All England Law reports
Anm	Anmerking
AQT	Adequatietheorie
App. Cas.	Appeal Cases (UK1876-90)
AR	Arbitrale Rechtspraak
AUB	Allgemeine Unfallversicherungsbedingungen
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
AVB	Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven
AV&S	Aansprakelijkheid Verzekering en schade
BA	Bindend Advies
Bb	Bedrijfsjuridische Berichten
BenGH	Benelux Gerechtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Court of Appeal
CAR	Construction All Risks
CdC	Code de Commerce
Csqn	Conditio sine qua non
Diss.	Dissertatie
DLR	Dominion Law Reports
FPA	Free of Particular Average
HL	House of Lords
HR	Hoge Raad der Nederlanden
jo.	juncto
JOL	Jurisprudentie On Line
K	Wetboek van Koophandel
Ktg	Kantongerecht
Ll. LR	Lloyd's List Law Reports (1919-1967)
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
LRLR	Lloyd's Reinsurance Law Reports
LT	Law Time Reports
MIA	Marine Insurance Act 1906
m.nt.	met noot

MvH	Magazijn van Handelsrecht
MvT	Memorie van Toelichting
n.g	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht
NvW	Nota van Wijzigingen
OLG	Oberlandesgericht
ONBW	Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek
QB	Queen's Bench Division
Rb.	Rechtbank
RM	Rechtsgeleerd magazijn
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn	Randnummer
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvT	Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringbedrijf
RvdW	Rechtspraak van de Week
S&S	Schip en Schade
Stb	Staatsblad
SVV	Stichting Vakontwikkeling Verzekeringsbedrijf
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
T&C BW	Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TNR	Toerekening naar Redelijkheid
TVP	Tijdschrift voor Personenschade
VA	Verzekerings-Archief
VersR	Versicherungsrecht
VR	Verkeersrecht
Vrb	Verzekeringsrechtelijke berichten
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
W	Weekblad van het recht
WAM	Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen
WWR	Western Weekly Reports

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN

- Asser-Clausing-Wansink
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht.
Bijzondere overeenkomsten. Deel VI De verzekeringsovereenkomst.
Bewerkt door P. Clausing en J.H. Wansink. Tjeenk Willink Deventer, 1998
- Asser-Hartkamp 4-I, 2004
Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen. Bewerkt door
A.S. Hartkamp. Kluwer Deventer, 2004
- Asser-Hartkamp 4-II, 2005
Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten. Bewerkt
door A.S. Hartkamp. Kluwer Deventer, 2005
- V.A.M. van der Burg, Schade- en sommenverzekeringsrecht, Kluwer
Deventer, 1990
- J.L.P. Cahen bundel, Gouda Quint Deventer, 1997
- M.A. Clarke, The law of insurance contracts, London LLP, 1997
- P. Clausing, Inleiding verzekeringsrecht, Samsom Alphen aan den Rijn,
1998
- Clausing bundel
Omwille van de consument: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan
Prof. Mr P. Clausing, Tjeenk Willink Zwolle, 1990
- Colinvaux's law of insurance, Edited by Robert Merkin, London Sweet &
Maxwell, 1997
- T.J. Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht, Tjeenk Willink Zwolle, 1967
- T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, Dissertatie Rotterdam, Tjeenk
Willink, 1996
- T.J. Dorhout Mees. Nederlands handels- en faillissementsrecht. Deel III
Waardepapieren en geldverkeer; handelskoop; verzekering. Gouda Quint
Arnhem 7^e druk, 1980

- T.J. Dorhout Mees. Nederlands handels- en faillissementsrecht. Deel III*. Het nieuwe verzekeringsrecht. Gouda Quint Arnhem, 1987
- T.J. Dorhout Mees (bewerkt door P. IJdo). Schets van het Nederlands handels en faillissementsrecht. Gouda Quint Arnhem, 1990
- P.J.M. Drion, J.G.C. Kamphuisen, J.H. Wansink, B.K.M. Lauwerier (Redactie) Het nieuwe verzekeringsrecht belicht. Kluwer Deventer, 2005
- F. Baron van der Feltz. Beschouwingen over Titel 17 van Boek 7 van het ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek. Martinus Nijhoff Den Haag. Tevens gepubliceerd in VA 1975, p. 5 e.v.
- R. Feunekes. Risicoverzwaarig bij schadeverzekeringen (Dissertatie Nijmegen). Tjeenk Willink Deventer, 2001
- K.F. Haak, F.L. Koot (red.). Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht. Sanders Instituut Kluwer, Rotterdam, 2004
- E.R. Hardy Ivamy. General principles of insurance law. Butterworths London, Dublin and Edinburgh, 1993
- H.L.A. Hart and Tony Honoré, Causation in the law, Clarendon Press Oxford, Second Edition, 1985
- T. Hartlief, C.J.J.M. Stolker red. Contractvrijheid. Kluwer Deventer, 1999
- T. Hartlief, M.M. Mendel. Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen. Kluwer Deventer, 2000
- M.L. Hendrikse. Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht, Tjeenk Willink, 2002
- A Herdt, Die Mehrfache Kausalität im Versicherungsrecht, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1978
- Ph.H.J.G. van Huizen, Het transportverzekeringsbedrijf, Dissertatie Rotterdam, 1988
- Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman, J.J. Zevenbergen. Grondslagen van het verzekeringsrecht. Koninklijke Vermande/Open universiteit Heerlen, 1996
- Ph.H.J.G. van Huizen, R.J. Verschoof, Schadeverzekering. In: Losbladige Bijzondere contracten, Kluwer. Hoofdstuk X (1993-1996)

MacGillivray on insurance law (relating to all risks other than marine). Ninth edition. General editor N. Legh-Jones. Editors Sir A. Longmore, J. Birds, D. Owen. London Sweet and Maxwell, 1997

J.C.G. Kamphuisen. De gevolgen van ongeregeld gedrag in het verzekeringsrecht. Tjeenk Willink Deventer, 2001

Kamphuisen bundel
Tussen persoon en recht. Afscheidsbundel Prof Mr J.C.G. Kamphuisen. Kluwer Deventer, 2004

The Law Commission, (LAW COM. No. 104). Insurance law. Non disclosure and breach of warranty. Report on a reference under section 3(1)(e) of the law commissions act 1965. presented to Parliament by the Lord High Chancellor, by Command of het Majesty October 1980, London Her Majesty's stationery office, 1980

Mendel Bundel
Zekerheidshalve, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr M.M. Mendel, Kluwer Leiden, 2003

J.G.L. Nolst Trenite. Zeeverzekering. De Erven F. Bohn Haarlem, 1928

J. Offerhaus, Het oorzakelijk verband bij schadeverzekering, RMThemis 1944, p. 113 – 141

D. O'May/J. Hill. Marine insurance. Law and policy (O'May on marine insurance). Sweet and Maxwell London, 1993

Pröls/Martin 2004
Versicherungsvertragsgesetz, Verlag C.H. Beck Munchen, 2004

Ritter-Abraham. Das recht der Seeversicherung (2 delen). Cram, De Gruyter & Co Hamburg, 1967

G.J. Rijken, Monografieën Nieuw BW, Deel A5. Redelijkheid en billijkheid. Kluwer Deventer, 1994

Een Salomons oordeel (Feestbundel R.A. Salomons)
Vriendschappelijke reacties aangeboden aan R.A. Salomons. Tjeenk Willink Zwolle, 1991

R.A. Salomons. Schadevergoeding: zaakschade. Monografieën Nieuw BW. Nr. B-38. Kluwer Deventer, 2^e druk, 1993

J. van Schellen. Juridische causaliteit. Kluwer Deventer, 1972

Scheltema/Mijnssen, 1998

H.J. Scheltema, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht. Vierde deel van M. Polak's Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht. Vijfde druk bewerkt door F.H.J. Mijnssen, Samsom Alphen aan den Rijn, 1998

J.W. Ubbink. Ongevallen-, ziekengeld- en invaliditeitsverzekering. J.H. de Bussy, Amsterdam, 1962

Voetelink. Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering. Uitgeversmaatschappij Diligentia Amsterdam, 1952

J.C. Voorduin. Geschiedenis en beginselen der Nederlandse wetboeken. Deel IX, Wetboek van Koophandel, 2^e Deel, art. 230-452, Robert Natan, Akademie-boekhandelaar, Utrecht, 1841

J.H. Wansink, Dissertatie, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, Kluwer, 2006

J.H. Wansink, A.S.J. van Garderen-Groeneveld. Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten. Tjeenk Willink Zwolle, 3^e druk, 1993

Van Wassenaer van Catwijck bundel
In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck. Tjeenk Willink Zwolle, 1993

Wery 2004

P.L. Wery, Hoofdzaken van het verzekeringsrecht, negende druk bewerkt door M.M. Mendel, Kluwer Deventer, 2004

A A W van Wulfften Palthe, Voorlezingen over Zee-Assurantie, M. Wyt & Zonen Rotterdam, 1932

ALGEMENE INLEIDING

Causaal verband, het verband van oorzaak en gevolg, is een netelig probleem. Enigszins schimmig ook omdat het fenomeen niet fysiek waarneembaar is. De opeenvolging in tijd van bepaalde feiten is in ons begripkader goed te plaatsen, doch het bestaan van een causale relatie tussen deze feiten is slechts een hypothese over hoe de werkelijkheid eruit ziet.¹ In feite niet meer dan een gedachtenspinsel. In zekere mate ruimte latend voor keuzen. Zowel in de wijsbegeerte als in de natuurwetenschappen is 'oorzaak' een bron van debat.² Ook in de juridische literatuur zijn onmachtgevoelens meer dan eens uitgesproken. Een eenvoudige en hanteerbare definitie van het begrip bestaat dan ook niet en zal er waarschijnlijk ook nooit komen. Langemeijer acht het speuren naar een homogeen begrip onvruchtbaar.³ Van Schellen acht de vraag naar het wezen der causaliteit niet zinvol en men betoogt wel dat gedachten over causaliteit slechts hebben geleid tot grenzeloze verwarring.⁴ Mijnsen stelt dat een nadere omschrijving van oorzaak en gevolg geen zin heeft omdat de begrippen daartoe te elementair zijn.⁵ Geen aanbeveling dus om onderzoek te doen naar causaliteit in het verzekeringsrecht. Toch wordt het in de wetenschap en dus ook in de rechtswetenschap noodzakelijk gevonden het onderwerp 'causaliteit' te beschrijven.

Onrechtmatige daad en strafrecht

Bepaling van het causaal verband speelt ook een belangrijke rol bij de onrechtmatige daad en in het strafrecht. Daarover is zeer veel geschreven en de vraag kan opkomen of een onderzoek naar oorzaak/oorzakelijk verband in het verzekeringsrecht zinvol is. Indien vaststelling van het causaal verband in het verzekeringsrecht in niets zou verschillen van vaststelling hier-

1. J.A.P. Hagens, *Idolen van een methodoloog*, 1990, Tilburg University Press, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleraarschap aan de Faculteit der Sociale Wetenschappen te Tilburg.

2. Asser-Hartkamp 4 I, 2004, nr. 424.

3. G.E. Langemeijer, *Causaliteit und kein Ende*. In: *Gratia Commercii*, 1981, p. 115.

4. J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, Deventer 1972.

5. Scheltema-Mijnsen, *Algemeen Deel van het Schadeverzekeringsrecht*, Samsom Alphen aan den Rijn, 1998, nr. 5.8.

van bij de onrechtmatigheid en het strafrecht, zou dat inderdaad een reële vraag zijn. Maar dat is niet het geval. Hoewel er weliswaar overeenkomsten zijn aan te wijzen overheerst toch het eigen karakter van het verzekeringsrecht. Verhelderend in dit verband is het arrest Hogenboom/Unigarant.⁶ Verzekerde doet hier een poging om voor hem gunstige rechtspraak over causaal verband in het kader van onrechtmatige daad van toepassing te doen zijn op het causaal verband tussen het verzekerde evenement en zijn schade. De Hoge Raad overweegt evenwel:

'In de hiervoor weergegeven overweging heeft het hof tot uiting gebracht dat hier niet aan de orde is de vraag of, in het kader van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, een bepaalde schade als gevolg van de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, aan de aansprakelijke kan worden toegerekend, doch de vraag of een causaal verband aanwezig is, dat in een bepaald overeengekomen rechtsgevolg wordt geëist tussen twee gebeurtenissen van andere aard, hier het voormelde ongeval en de hiervoor bedoelde functiestoornis. 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.'

Verzekeringsrecht. Polisvoorwaarden

Wanneer het gaat om de vraag of een bepaalde schade is gedekt onder de polis zal altijd een rol spelen welke oorzaak die schade heeft teweeg gebracht. De polisvoorwaarden kennen altijd voorwaarden waaruit volgt dat bepaalde oorzaken wel en bepaalde oorzaken niet onder de polisdekking vallen. Beantwoording van de vraag of een bepaalde schade is gedekt onder de polis is dus onlosmakelijk verbonden met vaststelling van de schade-oorzaak. Dat is ook merkbaar in een heel vroeg stadium van de schade-afhandeling. De verzekerde is gehouden binnen een korte periode het schadevooral te melden aan zijn verzekeraar. Vervolgens schakelt de verzekeraar doorgaans een expert in die een onderzoek zal instellen. Vast onderdeel van de rapportage is het onderzoek naar de oorzaak van de schade. Aan de hand daarvan bepaalt de verzekeraar of hij is gehouden te betalen.

Ter illustratie zal hieronder een aantal polisclausules worden weergegeven die betrekking hebben op respectievelijk de Brand-, CAR-, Ongevallen-, Casco- (auto), en Aansprakelijkheidsverzekering.

'Verzekerd wordt tegen schade aan de verzekerde zaken door de gevaren brand en ontploffing als vermeld in 'Nadere Omschrijvingen' en blikseminslag, ongeacht of deze gevaren zijn veroorzaakt door eigen gebrek, eigen bederf of uit de aard en de natuur van de verzekerde zaken zelf onmiddellijk voortspruiten.'

6. HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210.

'Tijdens de bouwtermijn dekt de verzekering de schade die een verzekerde lijdt als gevolg van:

- *beschadiging van het werk, ongeacht door welke oorzaak, met terzijdestelling van artikel 249 Wetboek van Koophandel;*
- *diefstal van bouwcomponenten.'*

'Recht op uitkering

Rubriek A: recht op uitkering bij overlijden

In geval van overlijden van de verzekerde als rechtstreeks en uitsluitend gevolg van een ongeval wordt het voor overlijden verzekerde bedrag uitgekeerd.

Rubriek B: recht op uitkering bij blijvende invaliditeit

In geval van blijvende invaliditeit van de verzekerde als rechtstreeks en uitsluitend gevolg van een ongeval wordt de uitkering vastgesteld op een percentage van het voor blijvende invaliditeit verzekerde bedrag.'

'Onder een ongeval krachtens deze verzekering wordt verstaan: een plotseling, onverwacht van buiten inwerkend geweld op het lichaam van de verzekerde, waaruit rechtstreeks een medisch vast te stellen lichamelijk letsel is ontstaan.'

'De verzekering geeft de verzekerde recht op een vergoeding voor beschadiging of verlies van het motorrijtuig, de bij de opgegeven uitvoering door de fabriek afgeleverde standaarduitrusting en de als verzekerd aan te merken accessoires (zie hierna), indien de schade is veroorzaakt door een gedekte gebeurtenis.'

Bij 'casco' gelden als gedekte gebeurtenissen:

- *iedere onder 'mini-casco' omschreven gebeurtenis;*
- *botsen, slippen, omslaan, van de weg of te water geraken, ook als dit het gevolg is van een eigen gebrek van het motorrijtuig;*
- *enig onverwacht van buiten komend onheil.*

'Verzekerd is de aansprakelijkheid van de verzekerden in hun bovengenoemde hoedanigheid voor schade veroorzaakt of ontstaan tijdens de verzekeringsduur, en wel voor alle verzekerden tezamen tot ten hoogste het in het polisblad genoemde bedrag per gebeurtenis.'

Bij de bovengenoemde clausules kunnen zich de volgende vragen voordoen:

Brand-clausule: betekent 'door de gevaren brand---' dat de achterliggende oorzaak, voorzover niet opgenomen in een uitsluitingsbepaling, van de brand niet van belang is voor het recht op schadevergoeding? Moet brand worden aangemerkt als 'oorzaak' of als 'beschadiging'?

CAR-clausule: betekent 'beschadiging van het werk, ongeacht door welke oorzaak---' dat de verzekerde niet meer dan een beschadiging van het werk moet stellen of moet hij stellen dat de beschadiging is veroorzaakt door een onzeker voorval?

Ongevallen-clausule: Wat betekenen de woorden 'rechtstreeks en uitsluitend'? Wanneer is er sprake van een gedekte oorzaak ofwel wanneer is er

sprake van een 'ongeval'? Gesteld dat verzekerde een berg beklimt en hij wordt bevangen door ernstige vrieskou waardoor hij de volgende berghut niet kan bereiken en doodvriest. Is er dan sprake van schade als gevolg van een ongeval?

Casco-clausule: Wat is de betekenis van een 'van buiten komend onheil' in de volgende casus? Een monteur verzuimt het koelsysteem van een automotor te vullen met antivries. De volgende winterdag rijdt verzekerde bij een temperatuur van -10°C weg en merkt na enige tijd dat de auto stopt. De motor blijkt te zijn beschadigd doordat het koelsysteem niet functioneerde. Dient de verzekeraar de schade te vergoeden omdat het verzuim van de monteur dient te worden aangemerkt als een van buiten komend onheil in de zin van de hierboven genoemde polisclausule?

Dekkingsclausule van de Aansprakelijkheidsverzekering: de clausule wijkt af van de andere clausules aangezien er geen sprake is van een verzekerd object. Gedekte oorzaken worden niet genoemd. Voor de dekking is in beginsel (behoudens bepaalde in de polis aangegeven beperkingen zoals de opzetten de opzichtclausule) slechts van belang dat de verzekerde schade heeft veroorzaakt door zijn handelen en dat hij daarvoor aansprakelijk is. Wat dient te worden verstaan onder 'veroorzaakt of ontstaan'? Verzekerde Y sluit op 30 januari 2001 een aansprakelijkheidsverzekering af. Op 1 januari 2001 denkt hij een grap uit te halen door in een bar stiekem een pilletje in het bier van zijn metgezel X te gooien. Het pilletje blijkt een kankerverwekkende substantie te hebben. Na een jaar blijkt bij een bloedonderzoek dat verzekerde sinds een maand ziek is. Kan Y een beroep doen op zijn aansprakelijkheidspolis als de ziekte is ontstaan tijdens de verzekerde periode (of zou hij er een beroep op kunnen doen als de handeling van de verzekerde weliswaar plaats vindt in de verzekerde periode, maar de ziekte optreedt nadat Y de verzekering opzegt)? Kan Y een beroep doen op de polis als de ziekte medisch vaststelbaar is geworden nadat hij zijn verzekering heeft opgezegd?

Naast bovengenoemde vragen kan zich ook steeds een omstandigheid voordoen die een uitgesloten oorzaak oplevert. De Nederlandse Beurs Brand Polis 1990 bepaalt:

Van de verzekering is uitgesloten schade:

Veroorzaakt door of ontstaan uit molest, als vermeld in 'nadere omschrijvingen'.

Onder molest wordt mede verstaan:

Oproer: een min of meer georganiseerde gewelddadige beweging, gericht tegen het openbare gezag.

Enkele honderden skinheads houden een protestmars tegen de gevestigde politiek en de huidige regering. Hun bedoeling is voor korte tijd het openbare leven te ontwrichten. Zij lopen door de straat alwaar het pand van verzekerde is gevestigd en gooien een brandbom door een geopend raam naar binnen waardoor brand ontstaat in het pand. Is de schade gedekt (schade door brand) of is de schade van dekking uitgesloten (oproer)?

Bovengenoemde polisclausules hebben alle als doel vast te leggen of de verzekeraar al dan niet gehouden is een bepaalde schade te vergoeden aan de verzekerde: valt de schade onder de dekking? Oorzaak en oorzakelijk verband spelen daarbij een centrale rol en dienen in het onderhavige onderzoek als uitgangspunt. Doel van het boek is om te onderzoeken of bedoelde polisclausules in samenhang met de wettelijke regels over het verzekeringsrecht een bepaalde dekkingssystematiek kennen. Zoals uit de uiteenzetting over de opzet van het boek zal blijken bestaat deze systematiek. Onderscheid moet hierbij gemaakt worden tussen de delen van het boek welke betrekking hebben op het stelsel van gedekte en uitgesloten oorzaken (Deel I en II) en het deel dat betrekking heeft op de verplichtingen van de verzekerde. Deel III behandelt de vraag of de verzekerde zijn recht op schadevergoeding verliest als hij weliswaar zijn verplichting niet nakomt, maar het causaal verband tussen dit verzuim en de schade ontbreekt.

Deel I en II

Bij de beschrijving van het stelsel van gedekte en uitgesloten oorzaken valt op dat grosso modo vooral de volgende twee onderwerpen ter discussie staan en aanleiding geven tot geschillen tussen verzekeraars en verzekerden. Ten eerste speelt een aantal begrippen een rol die direct dan wel min of meer indirect van invloed zijn op de begrippen oorzaak en oorzakelijk verband in het schadeverzekeringsrecht. Deel I beoogt deze begrippen te plaatsen in een systematisch kader van dekking en uitsluiting volgens de wet en de polisvoorwaarden. Daarbij speelt mede een rol de verhouding volgens welke deze begrippen zich tot elkaar verhouden. Hiermee wordt beoogd oneigenlijke redeneringen over gedekte en uitgesloten oorzaken bloot te leggen. Deel II beschrijft methoden die in de rechtspraktijk worden gehanteerd om te kiezen tussen gedekte en uitgesloten oorzaken. Zulks is beslissend voor het antwoord op de vraag of de verzekeraar op basis van de verzekeringsovereenkomst gehouden is de schade te vergoeden.

Deel I. Begrippenkader

Hoofdstuk 1

De plaats van de begrippen 'onzekerheid' en 'onzeker voorval' in de dekkingssystematiek. Hoe verhouden deze begrippen zich tot het begrip 'rechtens relevante oorzaak'?

Hoofdstuk 2

Hoe verhoudt het begrip 'rechtens relevante oorzaak' zich tot de begrippen 'evenement', 'beschadiging', 'schade', 'eigen gebrek', 'van buiten komend onheil', 'ongeval'?

Een helder onderscheid tussen deze begrippen leidt tot een beter inzicht in de dekkingssystematiek.

Hoofdstuk 3

Het begrip 'eigen gebrek' is nauw verbonden met de begrippen oorzaak/oorzakelijk verband, beschadiging, onzeker voorval en van buiten komend onheil. In dit hoofdstuk wordt de betekenis van het begrip geanalyseerd en gerelateerd aan voornoemde andere begrippen.

Hoofdstuk 4

Het van buiten komend onheil speelt in het kader van oorzaak/oorzakelijk verband tevens een belangrijke rol. Ook hier wordt de betekenis geanalyseerd en afgezet tegen begrippen zoals 'allrisks', onzeker voorval, eigen gebrek, etc. Het begrip 'ongeval' vertoont gelijkenis met het 'van buiten komend onheil' en maakt dan ook onderdeel uit van dit hoofdstuk.

Deel II. Verschillende omstandigheden hebben geleid tot de schade: keuze tussen gedekte en uitgesloten oorzaken

Hoofdstuk 5

De bewijslastverdeling. Uit de jurisprudentie en literatuur blijkt dat geschillen over gedekte/uitgesloten evenementen vaak betrekking hebben op de vraag welke partij de bewijslast heeft. Beslechting van geschillen kan geheel of ten dele gebaseerd zijn op een keuze dienaangaande: Dient de verzekerde te bewijzen dat zijn schade is veroorzaakt door een gedekt evenement of dient de verzekeraar te bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een uitgesloten evenement? De hoofdstukken in Deel I (het begrippenkader) zijn voor de bewijslastverdeling mede van belang. Het moet immers duidelijk zijn *wat* partijen precies dienen te bewijzen. Dit laatste aspect speelt ook een belangrijke rol bij de bewijslastverdeling in geval van een all-risks clause. De betekenis van bijvoorbeeld het begrip onzeker voorval is dan van invloed op de stelplicht en de bewijslast van partijen.

Hoofdstuk 6

Op welke wijze maakt de rechter een keuze tussen de verschillende omstandigheden die een gedekt dan wel een uitgesloten evenement kunnen opleveren wanneer de bewijslastverdeling geen oplossing van het geschil oplevert? Polisuitleg speelt hier een centrale rol. Mede hierdoor onderscheidt het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak bij de schadeverzekering zich van de wettelijke aansprakelijkheid.

Hoofdstuk 7

Van oudsher komen in het kader van het onderwerp oorzaak/oorzakelijk verband bij de schadeverzekering diverse causaliteitstheorieën aan de orde. Veelzeggend is dat het proefschrift van Voetelink over 'Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering' voor een groot deel het bewuste onderwerp in het strafrecht en het burgerlijke delictsrecht beschrijft. Voor het overige poogt dit onderzoek de verschillende causaliteitstheorieën te incorporeren in de schadeverzekering. Niet aan de orde komt de uitleg van polisvoorwaarden. Hedendaagse inzichten wijzen er echter op dat de rol van

causaliteitstheorieën voor de schadeverzekering een ondergeschikte rol spelen.

Deel III. Verplichtingen van de verzekerde

Niet-nakoming van op de verzekerde rustende verplichtingen uit hoofde van polisvoorwaarden en wettelijke bepalingen kan het verlies van het recht op schade uitkering als gevolg hebben. In zoverre maakt ook dit onderdeel van het onderzoek deel uit van de dekkingssystematiek. Steeds zal aan de orde komen of door het ontbreken van causaal verband tussen het verzuim van de verzekerde en de schade het recht op schadevergoeding herleeft/voortduurt. Dit onderdeel van het onderzoek staat min of meer los van de voorgaande onderwerpen omdat het beginsel van redelijkheid en billijkheid hier doorslaggevend is. Het begrippenkader en het maken van een keuze tussen verschillende omstandigheden zijn hier in beginsel niet aan de orde omdat de polisclausules en wettelijke bepalingen over de verplichtingen van de verzekerde geen betrekking hebben op het stelsel van gedekte en uitgesloten oorzaken. Ook bij dit onderdeel kan de bewijslastverdeling een belangrijke rol spelen.

Op de verzekerde rusten diverse verplichtingen. Steeds kan daarbij de vraag een rol spelen of de verzekeraar bij schending van deze verplichtingen onder alle omstandigheden sancties kan opleggen. Zulks blijkt niet het geval te zijn. Grosso modo kan worden geconcludeerd dat de verzekeraar slechts dan de verzekerde zijn verzuim kan tegenwerpen als zijn belangen zijn geschaad. Van dit laatste is mogelijk geen sprake als het causaal verband tussen het verzuim van de verzekerde en de (door de verzekeraar te betalen) schade ontbreekt. Deze kwestie zal aan de orde komen bij het niet of onjuist doen van mededelingen vóór het afsluiten van de verzekering (verzwijging) en schending van de mededelingsplicht en/of andere verplichtingen ná het afsluiten van de verzekering (risicoverzwarende). Het betreffende onderwerp speelt hier een duidelijke rol.

Het algemene onderwerp 'benadeling van de belangen van de verzekeraar' speelt tevens een belangrijke rol bij overige verplichtingen zoals de verplichting tot het nemen van maatregelen teneinde de schade te voorkomen dan wel te verminderen, de verplichting een schadeval zo spoedig mogelijk aan de verzekeraar door te geven en de verplichting de verzekeraar gegevens te verschaffen teneinde de schade vast te stellen. Met enige fantasie kan het onderwerp ook bij deze onderwerpen worden toegespitst op de rechtsgevolgen van het 'ontbreken van causaal verband'. Van benadeling van de belangen van de verzekeraar is immers geen sprake als het causaal verband tussen het verzuim en het door de verzekeraar aan de verzekerde te betalen bedrag ontbreekt. Toch zullen deze onderwerpen in deze studie niet aan de orde komen omdat noch in de literatuur noch in de jurisprudentie deze problematiek duidelijk als een kwestie van 'causaal verband' is benoemd.

Hoofdstuk 8

Heeft een verzuim van de mededelingsplicht van de verzekerde bij het aangaan van de verzekering enig rechtsgevolg als het causaal verband tussen dit verzuim en de schade ontbreekt? Het nieuwe wettelijke stelsel van verzekeringsrecht (Titel 7.17 BW) wijkt af van het oude systeem en de tot invoering van Titel 7.17 BW geldende jurisprudentie. Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag wat de inhoudelijke wijziging behelst.

Hoofdstuk 9

Risicoverzwaarig behelst enigszins méér dan het onderwerp 'mededeling van wijzigingen in het risico na het sluiten van de verzekering'. Volgens artikel 293 K (oud) heeft in bepaalde gevallen een risicoverzwaarig (i.c. bestemmingswijziging van een gebouw) sec het rechtsgevolg dat de verzekeraar niet langer is gehouden schade op basis van de polisvoorwaarden aan zijn verzekerde te vergoeden. Al dan niet verzuim van enige mededelingsplicht speelt hier in feite geen rol. Over het ontbreken van causaal verband tussen de bestemmingswijziging en de schade en de rechtsgevolgen daarvan heeft de Hoge Raad zich uitgesproken. Deze jurisprudentie kan ook na invoering van Titel 7.17 BW van belang zijn, reden waarom artikel 293 K (oud) in dit onderzoek aan de orde komt ook al zal een nieuwe wettelijke regeling over risicoverzwaarig niet terugkeren. Naast artikel 293 K (oud) zullen aan de orde komen de 'mededelingsclausule' die de verzekerde contractueel verplicht de verzekeraar op de hoogte te stellen van eventuele verzwaarigen van het risico, alsmede de 'preventieve garantie' die de verzekerde verplicht bepaalde maatregelen te nemen die het risico van schade doen verminderen.

DEEL I

OORZAAK

In de verzekeringsrechtelijke literatuur is veel aandacht besteed aan het onderwerp 'causaal verband'. Niet is echter uitvoerig stil gestaan bij de definiëring van het begrip 'oorzaak'. Toch is daar mijns inziens behoefte aan, omdat een heldere definiëring en een duidelijk onderscheid van andere in de algemene inleiding genoemde begrippen, onontbeerlijk zijn voor een goed begrip van de dekkingssystematiek in polisvoorwaarden. In Deel I staat het begrip 'oorzaak' centraal.

Direct van invloed op de omvang van de dekking is het antwoord op de vraag of het begrip 'oorzaak' dient te worden vereenzelvd met het begrip 'onzeker voorval'. In hoofdstuk 1 zal worden verdedigd dat tussen de begrippen een strikt onderscheid moet worden gemaakt. Ook na invoering van Titel 7.17 BW, waarin het begrip onzeker voorval niet terugkeert en slechts de term 'onzekerheid' resteert, blijft dit onderwerp van belang aanzien naar verwachting het begrip onzeker voorval een gangbare term in polisvoorwaarden zal worden.

Daarnaast is van belang te onderkennen dat en welke verschillen er bestaan tussen de termen oorzaak, evenement, beschadiging en schade. Tegelijkertijd blijken in mijn visie inzichten in de aard van het begrip 'oorzaak' behulpzaam te kunnen zijn bij de vaststelling van de betekenis van het begrip 'beschadiging'. Verschil van inzicht kan ook hier leiden tot grote verschillen in omvang van de dekking. In hoofdstuk 2 komt onder meer dit onderwerp aan de orde. Daarnaast is tevens van belang het antwoord op de vraag of in het kader van de dekking de 'beschadiging' dan wel (tevens) de 'oorzaak' van deze beschadiging tijdens de duur van de verzekering dient plaats te vinden.

Hoofdstuk 3 kent het onderwerp 'eigen gebrek', een wettelijke uitsluiting waarvan in de polisvoorwaarden kan en daadwerkelijk ook wordt afgeweken. Definiëring van dit begrip bepaalt mede de omvang van de dekking, reden waarom hieraan aandacht zal worden geschonken. Van belang is voorts het begrip eigen gebrek te doen aansluiten bij de in hoofdstukken 1 en 2 ingenomen standpunten.

Hoofdstuk 4 heeft als onderwerpen het 'van buiten komend onheil' en 'ongeval'. Het eerste begrip maakte deel uit van de opsomming in artikel 637

K (oud), een bepaling betreffende de transportverzekering. Ook deze term keert niet terug in Titel 7.17 BW. De term is gangbaar, ook buiten de transportverzekering, in diverse polisvoorwaarden. Ook hier is voor de omvang van de dekking definiëring van belang. Voorts geldt wederom dat eerder ingenomen standpunten in de hoofdstukken 1-3 op de term van invloed zijn. Vooral in het kader van de zgn. all-riskdekking en de daaraan inherente dekking tegen alle mogelijke oorzaken is van belang de vraag of en zo ja in welke mate het 'van buiten komende onheil' van beperkende invloed is. Mede bepalend is hier in hoeverre een onderscheid wordt gemaakt tussen 'onzeker voorval' en 'van buiten komend onheil'.

Het begrip ongeval vertoont in bepaald opzicht gelijkenis met het 'van buiten komend onheil'. Evenals andere verzekeringsrechtelijke begrippen die een oorzaak van een beschadiging aanduiden is de betekenis van 'ongeval' mede *causaal* bepaald.

OORZAAK EN ONZEKER VOORVAL

1.1 Inleiding

Twee kenmerken van het verzekeringsrecht springen voor het onderhavige hoofdstuk in het oog. Het stelsel van gedekte en uitgesloten oorzaken in de verzekeringsvoorwaarden en de eis van onzekerheid.

Enerzijds neemt de verzekeraar tegen betaling van premie één of meer risico's over van de verzekerde. Hij zegt toe in de toekomst de verzekerde te zullen betalen als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden zijn onder meer neergelegd in zgn. dekkings- en uitsluitingsbepalingen welke omschrijven bij welke schadeoorzaken de verzekeraar de schade *wél* respectievelijk *niet* dient te vergoeden. Zo bepaalt de Extra Uitgebreide Gevarenverzekering voor Gebouwen dat schade ontstaan door onvoorzien het gebouw binnengedrongen regen is gedekt, maar dat onder deze dekking niet valt schade als gevolg van slecht onderhoud van het gebouw. In het verzekeringsrecht wordt dus aan de hand van gedekte en uitgesloten oorzaken vastgesteld of de verzekeraar gehouden is de schade aan zijn verzekerde te vergoeden.

Een geheel ander kenmerk van de verzekering is het element onzekerheid. Bij het sluiten van de verzekering dient het voor partijen onzeker te zijn dat het verzekerde evenement zich in de verzekerde periode zal voordoen. Dit is het aleatoire element in de verzekering.

Het begrip oorzaak houdt dus verband met de dekkingsvraag terwijl het begrip onzekerheid verband houdt met het karakter van de verzekeringsovereenkomst. De begrippen kunnen op deze wijze scherp van elkaar worden gescheiden.

Het is van belang de betekenis van het begrip 'oorzaak' aan de orde te stellen, aangezien zulks licht werpt op de vraag welke van de in aantal in beginsel onbepaalde omstandigheden in aanmerking kunnen komen als rechtens relevante oorzaak. Brengt de term 'oorzaak' een beperking aan? Gelet op de vereenzelviging van de termen 'oorzaak' en 'onzeker voorval' heeft de term *onzeker voorval* in het Nederlands recht van oudsher een beperking aangebracht. Hierdoor is het woord onzekerheid, waaronder ook wel wordt verstaan onvoorzienbaarheid, mede van invloed geworden op beantwoording van de vraag welke omstandigheden in beginsel in aanmerking komen als rechtens relevante oorzaak.

Tot 1 januari 2006 maakte het begrip onzeker voorval in de zin van artikel 246 K (oud) deel uit van ons verzekeringsrecht. De wetgever heeft het begrip onzeker voorval echter, onverwacht, in Titel 7.17 BW niet gehandhaafd. Toch is het van belang de verwevenheid tussen dit begrip en het begrip oorzaak te beschrijven aangezien het ernaar uit ziet dat het 'onzeker voorval' veelvuldig in de polisvoorwaarden zal voorkomen. Onontbeerlijk is dan ook een weergave van de betekenis die aan het onzeker voorval werd en wordt gegeven.

Verwevenheid onzeker voorval en oorzaak

Aanleiding voor deze verwevenheid is de term 'onzeker voorval', die oorzaak en onzekerheid aan elkaar koppelt. In de eerste plaats gaf artikel 246 K (oud) ruimte voor de opvatting dat een onzeker voorval een oorzaak is waardoor het onzekerheidselement wordt geïntroduceerd in het begrip 'oorzaak'. Het artikel bepaalde immers dat tussen een onzeker voorval (lees oorzaak) en de schade causaal verband moet bestaan. Artikel 246 K luidde:

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

Ook de term zelf geeft aanleiding tot vereenzelviging. Het woord 'voorval' wordt immers doorgaans opgevat als synoniem van evenement, schadeoorzaak, onheil, gevaar, risico, gebeurtenis.¹ Vele schrijvers nemen dan ook aan dat er tussen onzeker voorval en de schade causaal verband moet bestaan.² Hierna zal worden aangegeven dat de vereenzelviging van de begrippen onzeker voorval en oorzaak ongewenst is. Betoogd zal worden dat het onzeker voorval niet als schadeoorzaak moet worden gezien. Het woord voorval betekent niet meer dan de beschadiging, het evenement.³

1. R.S. Meijer, Het onzeker voorval; een onzekere voorwaarde. In Verzekering en kans, Preadvies voor de Vereniging voor verzekeringswetenschap, Tjeenk Willink 1998, p. 12; J.C. Kuiper, Onzeker voorval en onvoorziene omstandigheden in het verzekeringsrecht, VA 1996, p. 135.

2. Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht, 1967, p. 241. Scheltema/Mijnssen, Algemeen Deel van het schadeverzekeringsrecht, Samsom 1998, nr 5.1. Wery/Mendel, Hoofdzaken verzekeringsrecht, Kluwer 2004, p. 92. Van der Burg, Schade- en Sommenverzekeringsrecht, p. 152 en 78. Van Oven, VA 1982, p. 183. Voetelink, Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering, 1952, p. 87 en VA 1980, p. 196. Offerhaus, Het oorzakelijk verband bij schadeverzekering, RMThemis, 1944, p. 113. Van Huizen/Verschoof, Bijzondere contracten, XI Schadeverzekering, nr. 57 jo. 56. Pestman, Brandverzekeringstechniek, Stichting Vakontwikkeling verzekeringsbedrijf, 1973, p. 102. P. Clausing, Onzeker voorval en onzekerheid. In: Zekerheidshalve (Mendel bundel), Kluwer 2003, p. 1 e.v. Anders: H.S. Catz, Onzeker voorval, onvermijdelijke schade en opzet in de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven; P. Clausing, Inleiding verzekeringsrecht, 1998, nr. 2.1.2 wijkt af van de voornoemde handboeken door het onzeker voorval te behandelen bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst. Zo ook J.H. Wansink, Hoge Raad schept onzekerheid over onzeker voorval (HR 26 nov. 1993, NJ 1994, 126), VA 1994, p. 42; C.J.H. Brunner, Bouw schade en de W.A.-verzekering, Bouwrecht 1977, p. 304.

3. Zie hoofdstuk 2 voor het onderscheid tussen schadeoorzaak en beschadiging.

Het moet voor partijen bij het sluiten van de verzekering onzeker zijn dat tijdens de verzekerde periode een evenement plaats zal vinden.⁴

Onzeker voorval: ontwikkelingen in de wetgeving

Het begrip 'onzeker voorval' heeft een lange ontwikkeling doorgemaakt. In 1809 luidde artikel 482 van het ontwerp Wetboek van Koophandel:

'Assurantie of verzekering is een kontrakt, waarbij de assuradeur of verzekeraar op zich neemt het gevaar van alle of sommige, ook enkele onheilen waaraan zekere zaak is blootgesteld, en zich verbindt om den verzekerde, wegens de nadeelen die hem door die onheilen kunnen veroorzaakt worden, schadeloos te houden, tegen beding van eene zekere geldsom, geëvenredigd aan de mate van het gevaar hetwelk hij op zich neemt, en welke som de verzekerde hem geeft of belooft te geven.'

Het Ontwerp van 20 oktober 1825 luidde als volgt:

Assurantie of verzekering is een kans-kontrakt, bij hetwelk de verzekeraar zich aan den verzekerde, tegen genot eener premie, verbindt, om denzelven schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van voordeel, als dezelve door een mogelijk gevaar, zoude kunnen lijden.

Volgens Voorduyn is tijdens de totstandkoming van artikel 246 K het woord 'onzeker voorval' in de plaats gekomen van 'mogelijk gevaar'.⁵

De term onzeker voorval is vanouds altijd opgevat als een essentiale van de verzekeringsovereenkomst. Een dwingend-rechtelijk vereiste waarvan partijen niet kunnen afwijken. Opvallend is daarom dat de huidige wetsbepalingen over verzekeringsrecht (Boek 7 Titel 17 NBW) de term 'onzeker voorval' niet hebben gehandhaafd. Wel is 'onzekerheid' deel blijven uitmaken van de definitie van de verzekeringsovereenkomst.

In het Ontwerp 1986 heeft het woord 'voorval' nog wel een rol gespeeld. Artikel 7.17.1.1 (7:925) Ontwerp BW noemde slechts het element onzekerheid, maar de MvT vermeldt dat het **voorval** bewust buiten beschouwing is gelaten omdat dit weliswaar bij talloze verzekeringsvormen en vrijwel steeds bij de schadeverzekering wél, maar bij sommige vormen van verzekering geen noodzakelijke voorwaarde is.⁶ De MvT vermeldt tevens dat de term onzeker voorval wel voorkomt in artikel 7.17.1.1a lid 2 Ontwerp NBW 1986, dat als volgt luidde: *Onder verwezenlijking van het risico wordt verstaan het zich voordoen van het voorval waarvan de verzekeraar het risico op zich heeft genomen.* De MvT licht de bepaling als volgt toe:

4. Zie G.R. Boshuizen, Verzekeringen overheidstoezicht en privaatrecht, diss. Utrecht 2001, W.E.J. Tjeenk Willink, nr. 9.8.

5. Voorduyn, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, Deel 9, Utrecht 1841, p. 131.

6. Kamerstukken II 1985/1986, 19 529, nr. 3 (MvT), p. 5.

'Of er sprake is van verwezenlijking van het risico in de zin van deze bepalingen is afhankelijk van de vraag of de uitkering wordt verschuldigd door het zich voordoen van een, bij het sluiten der overeenkomst onzeker, voorval'.⁷

Hiermee werd duidelijk dat de term voorval van belang bleef voor de meeste vormen van verzekering.⁸

In het Ontwerp 2000 is de term 'voorval' evenwel uit artikel 7.17.1.1a NBW geschrapt. De Minister licht deze wijziging als volgt toe:

'Nu het element "onzeker voorval" geen onderdeel uitmaakt van de definitie van de verzekeringsovereenkomst, kan het huidige tweede lid van deze bepaling beter vervallen. Anders zou de indruk kunnen worden gewekt dat in de bepalingen waar de woorden "verwezenlijking van het risico" voorkomen, voor de toepassing daarvan sprake moet zijn van een onzeker voorval. Dit zou te beperkt zijn omdat het er ook bij deze bepalingen om gaat of het risico dat de verzekeraar op zich heeft genomen, zich verwezenlijkt, en dit behoeft niet steeds een voorval te zijn. Zeer goed denkbaar is immers dat men zich verzekert tegen bijvoorbeeld het uitblijven van een bepaalde gebeurtenis, waarbij derhalve de verwezenlijking daarvan bezwaarlijk als een voorval is aan te merken. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor een verzekering van een schilderij tegen het risico dat aangetoond wordt dat dit niet van de veronderstelde schilder is. Wat derhalve in de bedoelde bepalingen onder verwezenlijking van het risico moet worden verstaan, zal afhangen van de polis waaruit zal blijken welke risico's zijn verzekerd.'⁹

Artikel 7.17.1.1 (7:925) Ontwerp NBW 2000 kende slechts de term onzekerheid en luidde:

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

Frenk en Salomons merken in hun nadien in het Verzekeringsarchief verschenen artikel op:

'Wat derhalve gedekt is, zal afhangen van de polis waaruit zal blijken welke risico's zijn verzekerd. Zie ook HR 11 april 1997, NJ 1998, 111, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de essentie van de overeenkomst is dat de verzekeraar het overeengekomen risico loopt. En

7. Kamerstukken II 1985/1986, 19 529, nr. 3 (MvT), p. 6. Meijer, t.a.p., p. 11 lijkt dan ook ten onrechte te stellen dat lid 2 slechts vooral was bedoeld om elders in de ontwerp-tekst kortere bepalingen te kunnen opnemen.

8. A-G Asser no. 2.2 in zijn conclusie voor het arrest HR 11 april 1997, NJ 1998, 111, m.nt. MMM stelt mijns inziens met recht dat artikel 7.17.1.1 het geldende recht weergaf aangezien het voorval bij bijvoorbeeld de lijfrenteverzekering of de ziektekostenverzekering in het huidige recht ook al geen noodzakelijke voorwaarde is.

9. Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 18.

daarmee is naar ons oordeel ook het bezwaar gegeven tegen het wel opnemen van dit element in de definitie. Gevallen waarin het overeengekomen risico niet te beschouwen valt als onzeker voorval, zouden niet aan de definitie van de verzekeringsovereenkomst beantwoorden.¹⁰

De Toelichting is mijns inziens niet overtuigend. Naar mijn mening gaat de Minister uit van een uitleg van het begrip 'voorval' die beperkter is dan noodzakelijk. Niet valt immers in te zien dat het uitblijven van een gebeurtenis niet kan worden aangemerkt als een voorval. Het gaat hier bovendien slechts om de wijze van formuleren. Zo kan bijvoorbeeld als voorval worden omschreven het langdurig uitblijven van regen. Evengoed echter kan zulks worden geformuleerd als het zich voordoen van een langdurige droogte. Het uitvallen van de stroomvoorziening is tevens het uitblijven van stroomlevering. Het voorbeeld van het schilderij kan wel degelijk worden aangemerkt als een verzekering tegen een voorval in beperkte zin wanneer wordt gesteld dat het schilderij is verzekerd tegen het risico dat wordt aangetoond dat sprake is van een vervalsing.¹¹ Hetzelfde geldt voor het aan Catz ontleende door Frenk en Salomons gegeven voorbeeld van de verzekering van een fles Mouton Rothschild van het jaar 1900 tegen het risico dat bij opening blijkt dat de wijn 'om' is.¹² Daargelaten de vraag of dan sprake is van een beschadiging, lijkt hier toch sprake te zijn van een gebeurtenis (de wijn voldoet niet aan de verwachting) en niet van het uitblijven van een gebeurtenis.

Volgens de wetgever lijkt de rol van het 'onzeker voorval' niet uitgespeeld.¹³ In de wet is het begrip niet gehandhaafd omdat er verzekeringen bestaan, zoals verzekering van een kapitaal op vaste termijn, waarbij het begrip 'voorval' geen rol speelt. De Memorie van Toelichting laat er echter geen twijfel over bestaan dat het onzeker voorval zich wel bij talloze verzekeringsvormen, en vrijwel steeds bij schadeverzekeringen, voordoet.¹⁴ Volgens de Toelichting op de Nota van Wijziging 2000 zal het afhangen van de polis of het verzekerde risico een onzeker voorval moet zijn. Niet duidelijk is echter op welke wijze dat dan moet blijken. Kan zulks (impliciet) voortvloeien uit de aard van het verzekerde risico of moet zulks expliciet in de polisvoorwaarden zijn vermeld? Niet uitgesloten is dat het eerste het geval is. In dat geval blijft het onzeker voorval als verzekeringsrechtelijk begrip bestaan zonder dat de term expliciet in de polisvoorwaarden behoeft te zijn opgenomen. Dat lijkt mij een ongewenste situatie. Naar mijn mening had de term 'onzeker voorval' voor de schadeverzekering dan ook in Titel

10. N. Frenk en R. Salomons, Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt, VA 2001, p. 5.

11. Zie ook in deze zin Clausing, Onzeker voorval en onzekerheid, In: Zekerheidshalve (Mendel bundel), 2003, p. 2.

12. Frenk/Salomons, t.a.p., p. 5.

13. Anders M.J. Tolman, Nieuw verzekeringsrecht! Nou ja, nieuw?, VA 2000, p. 145-146, die constateert dat het onzeker voorval niet meer is. Hij betreurt dat, want zo stelt hij 'wat het uniform is voor de politie, en de witte jas voor de dokter, dat is het onzeker voorval voor de schadeverzekering'.

14. Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 5.

7.17 BW moeten worden gehandhaafd. Mij is geen schadeverzekering bekend waar het 'voorval' in de zin van een schade veroorzakend evenement geen rol speelt, reden waarom naar mijn mening het hiervoor genoemde tegenargument van Frenk en Salomons niet geldt. Clausing stelt dat de toestand van langdurige arbeidsongeschiktheid waartegen men zich verzekert moeilijk als een voorval kan worden aangeduid.¹⁵ Naar mijn mening is ook dit echter geen genoegzaam argument om de term onzeker voorval te schrappen. Weliswaar is het moment waarop het evenement (het zich voordoen van arbeidsongeschiktheid) plaats vindt in bepaalde gevallen wellicht moeilijk vast te stellen. Dat wil echter niet zeggen dat er dan ook in het geheel geen sprake is van een evenement (voorval). Ongewenst voor de schadeverzekering is naar mijn mening de situatie dat is voldaan aan het criterium onzekerheid als de verzekerde bij het sluiten van de verzekering weliswaar wist dat het bewuste evenement zich in de verzekerde periode zou voordoen (bijv. het zich voordoen van arbeidsongeschiktheid), maar er (slechts) niet van op de hoogte was hoe groot de schade zou zijn. Overigens kunnen verzekeraars de term natuurlijk ook met zoveel woorden in de polisvoorwaarden opnemen.¹⁶ Ook dan ligt het voor de hand dat daar in de rechtspraak de huidige betekenis aan zal worden verleend.

Tenslotte zij gewezen op de definitie van de schadeverzekering in artikel 7:944:

Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.

Uit de voorlaatste woorden *zou kunnen* blijkt mijns inziens dat het kanskarakter nog steeds deel uitmaakt van de definitie van de schadeverzekering. Uit deze bepaling, in samenhang met artikel 7:925 (7.17.1.1) BW, kan mijns inziens, hoewel wellicht onbedoeld door de wetgever, worden afgeleid dat het voor de verzekerde bij het sluiten van de verzekering onzeker moet zijn dat hij enige door de verzekering gedekte schade zou lijden. Zulks duidt op handhaving van het 'onzeker voorval' voor de schadeverzekering.

Gelet op de verwevenheid met het begrip oorzaak is er, gezien het vorenstaande ook na invoering van Boek 7 Titel 17 NBW, voldoende reden om in dit boek aandacht te besteden aan het 'onzeker voorval'.

15. Clausing, 2003, p. 3.

16. Zie ook N. Frenk en F.R. Salomons, Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt, VA 2001, p. 5.

1.2 Waarom is vereenzelviging van de begrippen 'oorzaak' en 'onzeker voorval' een probleem?

Hiervoor is aangegeven dat in het verzekeringsrecht 'oorzaak' en 'onzekerheid' strikt kunnen worden gescheiden aangezien deze begrippen betrekking hebben op volstrekt verschillende aspecten van de verzekering. Oorzaak ziet op het dekkingsaspect (oorzaak zal in 1.5 worden gedefinieerd als een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid). Het onzeker voorval ziet op het aspect van de geldigheid van de verzekeringsovereenkomst. Vereenzelviging van de termen levert een beperking op van de dekking die de verzekerde niet direct kan afleiden uit de wet of de polisvoorwaarden.¹⁷

Met de vereenzelviging wordt het onzekerheidselement in het begrip oorzaak geïntroduceerd. Illustratief is het Antivries-arrest van de Hoge Raad.¹⁸ Verzekerde Cox schakelt een expediteur in teneinde drie gebruikte 'articulated rocktrucks', die hij op een veiling had gekocht, in december 1987 te doen vervoeren van Nederland naar het noorden van Canada. De motoren van de trucks worden tijdens de reis beschadigd aangezien aan de koelvloeistof geen antivries was toegevoegd. De verzekeringsvoorwaarden houden onder meer in dat verzekerd is:

Against all risks of physical loss of or damage to the subject matter insured but this insurance shall in no case be deemed to extend to cover loss, damage or expense proximately caused by delay or inherent vice or nature of the subject matter insured.

Verzekeraars betogen onder meer dat noch de vorst noch het ontbreken van anti-vries een onzeker voorval is. Vorst is een in de periode van vervoer naar de normale loop van de gebeurtenissen te verwachten feit. Voorts, zo stellen verzekeraars, is ook het bevriezen van motoren zonder antivries een naar de normale loop van de omstandigheden te verwachten gebeurtenis. Elke afzonderlijke omstandigheid wordt dus getoetst aan een vereenzelvigd met het begrip onzeker voorval. De Rechtbank Rotterdam¹⁹ wijst dit verweer van verzekeraars als volgt af:

Deze voorzienbaarheid (van de schade: AB) brengt niet met zich dat er geen sprake was van een onzeker voorval, omdat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst – zoals eiseres onweersproken heeft gesteld – eiseres niet bekend was met het feit dat de motoren niet waren of niet zouden worden voorzien van antivries.

Toch strandt de vordering van verzekerde aangezien volgens de rechtbank sprake is van eigen schuld aan de zijde van verzekerde nu hij er niet op had

17. Reeds eerder heb ik nadrukkelijk gewezen op het verschil tussen onzekerheid en oorzaak, zie A. Blom, De betekenis van het onzeker voorval in het verzekeringsrecht, Vrb 1997, p. 102 e.v.

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

19. Rb. Rotterdam 9 februari 1990, S&S 1990, 94.

toegezien dat antivries was toegevoegd aan de koelvloeistof. In hoger beroep stelt verzekerde dat vorst als de rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt. Het hof oordeelt vervolgens:

Vorst is in de winter, in Nederland, op de Noordelijke Atlantische Oceaan en nog meer in Canada, een zo vaak voorkomend verschijnsel dat het tot de normaliter te verwachten gebeurtenissen behoort en niet is te beschouwen als een onzeker voorval.

In cassatie blijft verzekerde stellen dat vorst de rechtens relevante oorzaak is en dat er sprake is van een – in ieder geval subjectief – onzeker voorval omdat hij niet wist dat de trucks werden vervoerd zonder voldoende anti vries. De Hoge Raad volgt echter het oordeel van het hof en overweegt als volgt:

‘De schade door bevroering van de koelvloeistof is, naar het hof veronderstellenderwijs heeft aangenomen, tijdens de verzekerde periode ontstaan als gevolg van de vorst die tijdens het vervoer van Nederland over de Noord Atlantische Oceaan naar Guelph in Canada, heeft geheerst. Dergelijke vorst is in die periode in dat gebied als een normale gebeurtenis te verwachten en kan niet als een onzeker voorval worden aangemerkt. Daarbij heeft het hof kennelijk het oog geheel op de betekenis van die term in art. 246 K.’²⁰

De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat aan dit oordeel niet kan afdoen dat verzekerde zelf het zich voordoen van die gebeurtenis niet verwachtte of behoefde te verwachten.

Hier doet zich het nadeel van de vereenzelviging van de begrippen ‘oorzaak’ en ‘onzekerheid’ gevoelen. Onverwacht wordt verzekerde immers geconfronteerd met een aanzienlijke beperking van zijn dekking die noch éénduidig is af te leiden uit wettelijke bepalingen noch uit de polisvoorwaarden. Introductie van het onzekerheidselement brengt met zich dat een aantal omstandigheden, zoals i.c. het ontbreken van antivries in de koelvloeistof, niet langer in aanmerking komt als rechtens relevante oorzaak. Verzekeringsdekking wordt hierdoor gefrustreerd. Het Anti vries-arrest staat ook haaks op het Meyer-arrest.²¹ In deze laatste zaak gaat het om het volgende. Expediteur Meyer sluit een aansprakelijkheidsverzekering. Meyer geeft een door zijn opdrachtgever ITT (verkoper) verscheepte zending houtpulp af aan de koper Papeterie Gastuche zonder hiervoor een cognossement en/of betalingsgarantie te verlangen. Vervolgens gaat Papeterie Gastuche failliet en de zending houtpulp kan niet worden achterhaald. Meyer betaalt uit hoofde van aansprakelijkheid de schade, bestaande uit de niet-ontvangen koopprijs, aan ITT en vordert het betaalde bedrag van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Het hof oordeelt dat de gestelde aansprakelijkheid niet onder de polisdekking valt aangezien de onderhavige gang van zaken niet iets abnormaals is waarvan men het instellen van een aktie als gevolg kan verwachten. De Hoge Raad neemt aan dat het hof hiermee

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

21. HR 19 november 1982, NJ 1983, 711.

een op artikel 246 K gebaseerde maatstaf heeft gehanteerd. Deze maatstaf is echter onjuist:

'Aldus heeft het hof miskend dat voor de vraag of een bepaald evenement als onzeker voorval kan worden aangemerkt het gehele gebeuren in aanmerking moet worden genomen en dat het niet is geoorloofd daarbij een wezenlijk element, als in het onderhavige geval het faillissement van Papeterie Gastuche, ter zijde te laten.'

In het Antivries-arrest laat de Hoge Raad in het kader van het onzeker voorval nu juist wel een wezenlijk element ter zijde: het ontbreken van antivries in de motoren.

In zijn preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringwetenschap betoogt Meijer dan ook dat hij weliswaar niet wil tornen aan het 'onzeker voorval' als bestaansvoorwaarde voor een 'echte' verzekering, maar pleit hij ervoor om die bestaansvoorwaarde aan een veel strikter criterium te gaan binden dan dat van het 'normale verwachtingspatroon'. Over toepassing van het onzeker voorval in bredere zin laat hij zich kritisch uit:

'Waar ik mij tegen verzet, is de mogelijkheid om – buiten het strikte minimum van de wettelijke bestaansvoorwaarde om – met een beroep op het ontbreken van een 'onzeker voorval', de normale uitlegwijze van omstreden bedingen te omzeilen ten gunste van alleen de verzekeraar en zulks ná de realisatie van het risico.

*Meestal blijkt het immers te gaan over een achteraf bezien te ruim omschreven risico, dat echter als zodanig niet per se onverzekerbaar is, en waarin de verzekerde honorabel vertrouwen kan hebben gesteld.'*²²

Het gevolg is bovendien dat verzekerde ook bij een all-risksdekking een onzeker voorval in de zin van een objectief onvoorzienbare gebeurtenis moet bewijzen of op zijn minst aannemelijk maken. Dat volgt uit het dwingendrechtelijk karakter van het begrip. Zulks betekent dat verzekerde dient aan te tonen dat de schade is veroorzaakt door een buitengewone omstandigheid. Illustratief in dit verband is de door verschillende schrijvers verdedigde one-liner: *'Schade voortkomend uit te voorziene en gewone gebeurtenissen kunnen nimmer onder het risico van de verzekeraar begrepen worden.'*²³ Ook hier geldt het bezwaar dat deze bewijslast niet uit de polisvoorwaarden volgt (zie verder over de bewijslast nr. 1.7).

De in de literatuur en jurisprudentie vaak gehuldigde, en door mij bestreden, opvatting over het onzeker voorval zorgt ervoor dat omstandigheden,

22. Meijer, Het onzeker voorval; een onzekere voorwaarde, Preadvies voor de Vereniging voor verzekeringwetenschap, 1997, Tjeenk Willink 1998, p. 22.

23. Nolst Trenité, Zeeverzekering, Erven Bohn, Haarlem 1928, p. 24, 49 en 50; Van Wulfften Palthe, Voorlezingen over Zee-Assurantie, Rotterdam, Wijt & Zonen, 1932, p. 33; Van Oven, VA 1982, p. 184; Van der Burg, 1990, p. 78. Zie ook Hof 's-Gravenhage in HR 26 november 1993, NJ 1994, 126. T.J. Dorhout Mees, Vrb 1994, p. 63 wijst er op dat one-liners ongeschikt zijn om een antwoord te geven op uitleg van polissen. Ik zou daaraan willen toevoegen dat die ongeschiktheid ook bestaat m.b.t. de uitleg van (wettelijke) verzekeringsrechtelijke begrippen.

die in beginsel in aanmerking zouden komen als rechtens relevante oorzaak, toch worden beschouwd als zijnde niet verzekerd. Uit het Antivries-arrest blijkt eigenlijk al dat twee aspecten hierbij een rol spelen. Elke omstandigheid die in beginsel als gedekte oorzaak in aanmerking zou komen moet voldoen aan het vereiste dat het onzeker is dat die omstandigheid schade zal veroorzaken. Voorts vloeit de beperkende werking van het begrip 'onzeker voorval' voort uit de opvatting dat een onzeker voorval een gebeurtenis is die naar de normale loop van de gebeurtenissen niet is te verwachten.²⁴

Bestreden zal allereerst worden dat het onzeker voorval moet worden opgevat als een gedekte/uitgesloten oorzaak in de hiervoor bedoelde zin. Zuiverder en meer in overeenstemming met de aard van de verzekerings-overeenkomst is het om 'oorzaak' en 'onzekerheid' strikt van elkaar te scheiden. Vervolgens zal aan de orde komen op welke wijze in de jurisprudentie en literatuur, mijns inziens ten onrechte, invulling wordt gegeven aan de verstrengeling tussen 'oorzaak' en 'onzeker voorval'.

1.3 Waar doet het probleem zich vooral voor? De all-risksdekking

Onder een all-risksdekking wordt hier verstaan een dekkingsomschrijving die inhoudt dat een kans op schade is verzekerd terwijl de gedekte schadeoorzaken niet met name worden genoemd.²⁵ Zoals blijkt uit de hiervoor weergegeven jurisprudentie roept vooral deze dekkingsclausule vragen op met betrekking tot de begrippen 'oorzaak' en 'onzeker voorval'. Allereerst doet zich juist bij de all-risksclausule de vraag voor of de in beginsel onbegrensde dekking wordt ingeperkt door het begrip onzeker voorval en het begrip oorzaak. Uit de hiervoor weergegeven opvatting volgt dat zulks het geval is, aangezien het onzekerheidsaspect wordt verweven met het begrip gedekte schade oorzaak. Hierna zal deze visie op het 'onzeker voorval' worden weersproken. Dat heeft gevolgen voor de bewijslastverdeling. Mijn opvatting over het onzeker voorval brengt mee dat de verzekerde niet méér behoeft te bewijzen dan dat het evenement (de beschadiging) zich in de verzekerde periode heeft voorgedaan. Volgens de door mij te bestrijden visie op het onzeker voorval dient de verzekerde echter te bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een afwijkende omstandigheid.

Niet gemakkelijk intussen is beantwoording van de vraag wat precies moet worden verstaan onder een all-risksdekking. Is dat alleen dekking van schade 'ongeacht door welke oorzaak ontstaan'? Of behoort daar ook bij dekking tegen gevaren die in algemene termen zijn verwoord zoals 'van

24. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 22 nemen deze omschrijving van het onzeker voorval als uitgangspunt, maar tekenen hierbij aan dat het niet in alle gevallen gaat om een zodanig onzeker voorval.

25. Zie *Brownsville Holdings v. Adamjee Insurance (The 'Millasan')* (2000) 2 Lloyd's Rep. 459 (QB). Voor uitgebreidere bespreking van dit arrest zij verwezen naar nr. 5.3.1.

buiten komende onheilen' e.d.? Beantwoording van deze vraag is vooral van belang voor de bewijslastverdeling. Zo heeft de Engelse rechter beslist dat een verzekering tegen onder meer 'perils of the seas' geen all-risksclausule is en dat zulks meebrengt dat de verzekerde niet kan volstaan met het globaal aantonen van een 'peril of the sea'. Hij zal een specifieke omstandigheid moeten bewijzen die een 'peril of the seas' oplevert.²⁶

Verdedigbaar is mijns inziens dat verzekering tegen 'brand' ook een all-riskskarakter heeft. Uit de systematiek van de dekking zal meestal volgen dat de brand een vorm van beschadiging ('brandschade') is. Niet wordt gespecificeerd door welke oorzaak de brand moet zijn ontstaan. Wel wordt aangegeven welke oorzaken van de brand de dekking uitsluiten, maar dat doet mijns inziens niets af aan het all-riskskarakter. Anderzijds bestaat de causale benadering: 'brand' dient te worden beschouwd als 'causa proxima'. In hoofdstuk 2 zal nader op dit onderwerp worden ingegaan.

1.4 Strikte scheiding onzeker voorval en oorzaak: De eis van onzekerheid

Voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van een verzekeringsovereenkomst is dat bij het sluiten van de overeenkomst onzekerheid bestaat ten aanzien van het zich voordoen van een voorval²⁷, ofwel gebeurtenis tegen de schadelijke gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt.²⁸ Dit volgt uit artikel 246 K (oud) waarin een definitie wordt gegeven van de verzekeringsovereenkomst. De term onzeker voorval maakt van deze definitie deel uit en geeft aldus uitdrukking aan het wezen van de verzekeringsovereenkomst. Dit laatste is ook af te leiden uit artikel 7A:1811 BW waarin is bepaald dat de verzekeringsovereenkomst een kansovereenkomst is.²⁹ Op de wettelijke definitie van de kansovereenkomst wordt veel kritiek uitgeoefend en het zou daarom beter zijn om de aard dezer overeenkomsten als volgt uit te drukken:

*'Of de ene partij op grond van de op zich genomen verplichting, uiteindelijk aan de ander iets zal moeten geven, dan wel hoeveel hij zal moeten geven, wordt afhankelijk gesteld van een onzekere gebeurtenis, terwijl de overeenkomst juist met het oog op die onzekere gebeurtenis werd aangegaan (alea: dobbelspel).'*³⁰

Reeds bij de totstandkoming van artikel 246 K (oud) was de wetgever zich bewust van het aleatoire karakter van de verzekeringsovereenkomst: 'Bij de

26. *Brownsville Holdings v. Adamjee Insurance (The 'Millasan')* (2000) 2 Lloyd's Rep. 459 (QB).

27. Clausing, 1998, nr. 2.1.2

28. Wansink, VA 1994, p. 42.

29. Dorhout Mees, 1967, nr. 46; Wery/Mendel, 2004, p. 6; Van der Burg, 1990, p. 6-7; P.J.M. Drion, VA 1992, p. 237-238; R.S. Meijer, 1998, p. 9 en Brunner, BR 1977, p. 303. Kamerstukken II, 19 529 (MvT), nr. 3, p. 5.

30. Asser-Hartkamp 4 II, 2005, nr. 70.

nieuwe redactie (1825) is, luidens de antwoorden der Regering, het woord: *kans*, weggelaten, omdat de verzekeringen reeds bij het Burgerlijk Wetboek (vgl. Artikel 1811 BW) onder de kanskontrakten zijn opgeteld³¹ Scheltema-Mijnssen stelt in 1991 dat de overeenkomst van schadeverzekering geen kansovereenkomst is en voert daarvoor aan dat de verbintenis van de verzekeraar, namelijk het lopen van gevaar, vast staat en dus niet onzeker is.³² In 1998 stelt Mijnssen dat de verbintenis tot het lopen van gevaar niet afhankelijk is van een onzekere gebeurtenis. Deze motivering volstaat mijns inziens niet. Mijnssen benadert het karakter van de verzekeringsovereenkomst mijns inziens te eenzijdig door slechts één karakteristieke eigenschap te noemen. Ook het aleatoire karakter is een wezenlijk onderdeel van de verzekering. Kenmerk van de kansovereenkomst is immers dat één van de partijen *bewust* zijn verbintenis laat afhangen van een onzekere gebeurtenis en dat is bij de verzekeringsovereenkomst, in tegenstelling tot vele andere overeenkomsten, het geval. De verzekeraar verbindt zich de verzekerde schadeloos te stellen maar laat dit ingevolge artikel 246 K (oud) afhangen van een onzekere gebeurtenis.³³ Zoals hierna zal blijken heeft de opvatting van Mijnssen gevolgen voor zijn benadering van het begrip 'onzeker voorval', zoals nader uitgewerkt in de laatste druk van Scheltema/Mijnssen uit 1998.

Onzeker is dat de verzekeraar gedurende de verzekerde periode zal moeten uitkeren. Het kanselement is zelfs zo belangrijk dat het wel wordt beschouwd als een essentiale, een bestaansvoorwaarde, voor de schadeverzekeringsovereenkomst. In zijn boekbespreking van J.G.L. Nolst Trenité, *Nederlandsch assurantierecht. Brandverzekering, Haarlem, 1921*, verwoordde Molengraaf dit beginsel als volgt:

*'Zijne (van Nolst Trenité: AB) geheele leer omtrent het voorwerp der verzekering is daardoor onklaar geworden, wat ook uitkomt in den eenigszins zonderlingen uitspraak op bl. 389 tegen de opmerking van het Hof in den Haag, in zijn arrest van 30 maart 1915 (W.9846), dat in "de mogelijkheid van schade" het verzekerbbaar belang gelegen is. Een alleszins redelijke uitspraak, die Schr. bestrijdt, omdat hij haar misverstaat. Deze uitspraak zegt niet, zoals Schr. haar opvat: geen vergoeding zonder mogelijkheid van schade doch: geen verzekering zonder mogelijkheid van schade; zij geeft daarmede het grondbeginsel van het schadeverzekeringsrecht volkomen juist weer. Alleen als er is "mogelijkheid van schade" kan er van verzekering sprake zijn.'*³⁴

31. Voorduin, t.a.p., p. 131.

32. Scheltema/Mijnssen, 1991, p. 19.

33. Zie ook R.S. Meijer, 1998, p. 9 die het standpunt van Scheltema/Mijnssen bestrijdt. Voor hetzelfde standpunt zij verwezen naar Asser-Hartkamp 4 II, 2005, nr. 70. Het één en ander wil echter niet zeggen dat Mijnssen niet één van de kenmerken van een verzekeringsovereenkomst noemt. Verwezen zij voorts naar Mendel, *Drie kwesties in verband met het onzeker voorval bij schadeverzekering*. In: *Tussen persoon en recht (Kamphuisen bundel)*, Kluwer, Deventer 2004, p. 166.

34. W.L.P.A. Molengraaff, *RM 1922*, p. 269, Zie ook R.S. Meijer, 1998 t.a.p; Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, 1996, p. 155; Brunner, *BR 1977*, p. 303 e.v.

Mogelijkheid van schade duidt op het kanskarakter van de verzekeringsovereenkomst.

Zoals eerder opgemerkt beschouwt ook het Engelse recht de verzekeringsovereenkomst als een aleatoire overeenkomst.

'Contracts of insurance, like wagering contracts, are aleatory contracts depending on an uncertain event or contingency as to both profit and loss'.³⁵

Onzekerheid: subjectief bepaald en gerelateerd aan het totstandkomen van de verzekering

Onzekerheid is bestaansvoorwaarde voor de schadeverzekeringsovereenkomst en ziet dus op de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst. Het ligt dan ook in de rede dat er onzekerheid over de verplichting van de verzekeraar tot schadevergoeding moet bestaan *op het moment van het sluiten van de overeenkomst*.³⁶ Mijnssen stelt in 1998: 'Waar het om gaat is evenwel of partijen bij het sluiten van de overeenkomst naar de normale gang van zaken niet behoefden te verwachten dat de gebeurtenis, tegen de schadelijke gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt, zou plaatsvinden'.³⁷

Daarnaast was er tot voor kort overeenstemming over de opvatting dat de voorwaarde onzekerheid in subjectieve zin moet worden opgevat: het moet voor de verzekerde bij aanvang van de overeenkomst onzeker zijn dat zich een gedekt evenement zal voordoen.³⁸ Verwezen zij naar Wansink in zijn bespreking van het Antivries-arrest³⁹:

Algemeen is de opvatting in de literatuur dat de eis van een onzeker voorval in artikel 246 K impliceert dat – in de woorden van Mijnssen – het voor partijen bij het sluiten van de overeenkomst onzeker is of de gebeurtenis tegen de schadelijke gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt, zal plaatsvinden. De eis van onzekerheid houdt in dat partijen het plaatsvinden van de gebeurtenis of de omstandigheden die tot schade aanleiding geven, naar de normale gang van zaken niet behoefden te verwachten. Daarin liggen twee elementen besloten die in de omschrijving in artikel 246 K niet met zoveel woorden voorkomen te weten: a. als bepalend tijdstip voor het meten van de onzekerheid geldt dat van het sluiten van de verzekering, en b. het gaat om (on) zekerheid voor partijen. Anders gezegd: niet vereist is objectieve onzekerheid. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 269 K is voor het behoud van het kanselement voldoende dat aan de zijde van partijen, althans van

35. Colinvaux, *Law of insurance*, London, 1997, p. 1. Zie ook MacGillivray/Parkington, 1997, p. 4.

36. Hierover bestaat *communis opinio*; Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.2; Dorhout Mees, 1967, p. 241; Wery/Mendel, 2004, p. 70; Clausing, 1998, nr. 2.1.2 en Wansink, VA 1994, en t.a.p., p. 195. Mendel, Kamphuisen bundel 2004, p. 166.

37. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.2.

38. Vgl. Clausing, 1998, nr. 2.1.2; Dorhout Mees-Wachter, 1967, p. 241; Scheltema/Mijnssen, t.a.p., 1991, p. 96 (in 1998 neemt Mijnssen een ander standpunt in: zie hierna).

39. Wansink, VA 1994, p. 42. In zijn oratie uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar aan de Universiteit Leiden d.d. 28 maart 2006 noemde hij het arrest een 'dwaallichtje'.

verzekerde, onzekerheid bestaat. Dat kanslement is essentieel voor de geldigheid van de verzekering en daar gaat het om bij een toetsing aan het bepaalde in artikel 246 K, zeker als de in het geding zijnde verzekering – gelijk in casu – een éénmalig transport betreft.

Rechtspraak die deze visie bevestigt is schaars. In een Bindend Advies van 28 oktober 1982⁴⁰ overwegen Catz, A.S. Nolst Trenité en Voetelink ten aanzien van het onzeker voorval als volgt:

Onjuist is het verweer van Assuradeuren dat de schade niet door een onzeker voorval zou zijn veroorzaakt: naar gangbare opvatting in het schadeverzekeringsrecht is slechts dan geen sprake van een onzeker voorval, indien het – in tegenstelling tot hier – voor pp. bij afsluiting der verzekering vaststaat dat de schadeveroorzakende gebeurtenis reeds heeft plaatsgevonden of zal plaats vinden.

In een Bindend Advies van 1985⁴¹ omschrijven Hageman, Joustra en Van Marwijk Kooy het onzeker voorval als volgt:

Voor de beantwoording van de vraag of een schade een gevolg is van een onzeker voorval in de zin van artikel 246 WvK is beslissend of het betreffende voorval voor de contracterende partijen onzeker was ten tijde van het sluiten van de betreffende verzekeringsovereenkomst.

Sinds het Antivries-arrest bestaat over de subjectiviteitseis echter niet langer communis opinio. Mijnsen heeft in de laatste druk van Het algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, geïnspireerd door het Antivries-arrest, explicieter gekozen voor een objectieve benadering: *Het begrip onzeker houdt een objectief element in. Het gaat niet erom of voor de verzekerde in concreto onzeker was dat schade zou ontstaan, maar of de schade naar de normale loop van de omstandigheden achterwege zou blijven. Beslissend is of voor een doorsnee verzekerde onzekerheid bestond omtrent het intreden van schade.*⁴² Zijn wijziging in de benadering van het onzeker voorval is ook te zien in de benaming van het betreffende hoofdstuk: in 1991 luidt de titel nog 'Onzeker voorval', maar in 1998 is dat gewijzigd in 'Het gevaar'. Deze wijziging is geen triviaaliteit, maar een omslag in de benadering van het onzeker voorval als essentie van de verzekeringsovereenkomst. Mijnsen kiest er, mijns inziens ten onrechte, immers voor de verzekeringsovereenkomst niet langer te beschouwen als een kansovereenkomst. De essentie van de verzekeringsovereenkomst is dat de verzekeraar het overeengekomen gevaar loopt en het kanskarakter van de overeenkomst is in zijn opvatting hooguit secundair, immers de consequentie van het lopen van het gevaar.⁴³

40. BA 28 oktober 1982, S&S 1983, 53.

41. BA 13 juni 1985, BR 1989, p. 784 e.v. Arbiters bepalen dat er ook geen sprake is van het ontbreken van een onzeker voorval als met assuradeuren de volgende formulering van Mijnsen wordt gevolgd: *een onzeker voorval is een naar de normale loop van de omstandigheden te verwachten gebeurtenis.*

42. Scheltema/Mijnsen, 1998, nr. 5.2. Zie ook in deze zin Mendel, Kamphuisen bundel, p. 164.

43. Scheltema/Mijnsen, 1998, nr. 5.1 jo. nr. 1.8.

Opvallend is dat na het Antivries-arrest de Rechtbank Rotterdam in de zaak Nationale Nederlanden/Flier⁴⁴ toch lijkt te kiezen voor de in deze paragraaf bepleite benadering. Voor het vervoer van een drie tal verspeenmachines van Nederland naar Canada heeft de verkoper een goederentransportverzekeringsovereenkomst gesloten. Verzekerde geeft een derde opdracht de machines te stuwen in een container. Deze voert zijn taak niet naar behoren uit. Tijdens de zeereis verschuiven de machines in de container en komen zij dientengevolge beschadigd ter bestemming aan. Verzekeraars betogen onder meer dat, gelet op de ondeugdelijke stuwage, op het moment van aanvang van het risico de schade voorzienbaar was. Derhalve zou er volgens verzekeraars geen sprake zijn van een onzeker voorval. De rechtbank verwerpt dit verweer als volgt:

Of de machines 'ondeugdelijk' danwel 'volstrekt onvakkundig en onvoldoende' waren gestuwd is niet van belang. Immers, ook indien het optreden van de schade tijdens het vervoer voorzienbaar was gelet op de wijze van stuwage van de machines in de container, brengt deze voorzienbaarheid niet mee dat zich geen onzeker voorval heeft voorgedaan. Eiseres sub 1 had immers een derde, de firma Cledob, opdracht gegeven de machines zeevast te stuwen in de container en niet is gesteld of gebleken dat eiseressen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wisten dat de machines desondanks niet zeevast zouden worden gestuwd. Dit was normaal gesproken ook niet te verwachten.

Eerder had de Rechtbank Rotterdam⁴⁵, in de zaak die later leidde tot het Cox-arrest, in dezelfde lijn geoordeeld:

Deze voorzienbaarheid (van de schade: AB) brengt niet met zich dat er geen sprake was van een onzeker voorval, omdat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst – zoals eiseres ontweersproken heeft gesteld – eiseres niet bekend was met het feit dat de motoren niet waren of niet zouden worden voorzien van antiories.

Onduidelijk is of het Hof Den Haag in de zaak NN/Flier het oordeel van de Rechtbank Rotterdam wil volgen. Het lijkt er evenwel op dat het hof niet het moment van afsluiten van de verzekering, maar het moment van het ingaan van het risico als uitgangspunt neemt:

*Het voorgaande (is voor NN het risico gaan lopen pas nadat Cledob haar werkzaamheden had voltooid?: AB) is mede van belang voor de beantwoording van de vraag of in casu sprake is van een onzeker voorval. NN stoelt immers haar betwisting dienaangaande, naar het hof begrijpt, op de aanname dat haar risico eerst is ingegaan na voltooiing van de werkzaamheden van Cledob en ontleent daaraan de conclusie dat reeds ten tijde van het ingaan van haar risico het optreden van de schade voorzienbaar was. **Nu die aanname door het hof onder 8 is verworpen** (accentuering AB) kan ook de daaruit getrokken conclusie geen opgeld doen. Juist de ondeugdelijke stuwage door Cledob*

44. Te kennen uit Hof Den Haag 27 oktober 1998, S&S 2000, 126.

45. Rb. Rotterdam 9 februari 1990, S&S 1990, 94.

vormt in dit geval als onbetwiste oorzaak van de onder de polis gedekte schade het onzekerheidselement.

Ook deze uitspraak van het hof bevestigt weer het beeld dat oorzaak en onzekerheid in de jurisprudentie onlosmakelijk met elkaar worden verbonden. De overweging dat de ondeugdelijke stuwage als rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt is mijns inziens juist, aangezien het hier een afwijkende omstandigheid betreft. De koppeling met het onzekerheidselement is mijns inziens minder gewenst nu die onzekerheid niet (subjectief) wordt gerelateerd aan het moment van het sluiten van de overeenkomst maar aan het moment dat het verzekerde risico aanvangt. Immers, zoals uit de boven geciteerde overweging volgt, zou de loutere omstandigheid dat Cledob vóór aanvang van het *verzekerde risico* haar werkzaamheden had voltooid ertoe leiden dat er geen sprake is van een onzeker voorval, omdat, met 'benefit of hindsight', geoordeeld kan worden dat op dat moment niet meer is voldaan aan het onzekerheidselement. Het hof houdt het immers, mijns inziens ten onrechte, voor mogelijk dat indien het risico zou zijn ingegaan ná voltooiing van de werkzaamheden van Cledob, niet zou zijn voldaan aan het vereiste van een onzeker voorval aangezien alsdan de schade, gelet op de ondeugdelijke stuwage, *objectief* voorzienbaar zou zijn geweest.

In mijn visie doet het er niet toe of de oorzaak van de schade binnen de verzekerde periode valt. Wel moet het evenement binnen de verzekerde periode plaats vinden. Het betreft hier een belangrijke kwestie waarop ik hierna nog uitgebreid zal terugkomen.⁴⁶ Vooruitlopend hierop zij opgemerkt dat het onderscheid tussen het begrip 'gedekte schadeoorzaak' enerzijds en de begrippen 'beschadiging' en 'evenement' anderzijds zeer van belang is.

Wanneer onzekerheid geldt als voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van de verzekeringsovereenkomst ligt het in de rede strikt de hand te houden aan de twee voornoemde vereisten (tijdstip criterium en subjectief criterium). Dit betekent derhalve dat het ontbreken van onzekerheid ná het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, zelfs als de verzekerde opzettelijk schade veroorzaakt, in dit kader geen rol speelt. Instructief zijn de woorden van Molengraaff:

'Is het, zou ik Schr. willen vragen, inderdaad juist, dat er (zie bl. 54) niet is een onzekere gebeurtenis, als de verzekerde opzettelijk een onheil doet ontstaan? Er is dan niet een gebeurtenis buiten toedoen van den verzekerde, niet een toevallige gebeurtenis. Maar van een gebeurtenis, welke onzekerheid uitsluit, in den zin dien men aan onzekerheid hecht in het schadeverzekeringsrecht, kan men niet spreken.'

46. Zie nr. 1.8 en 2.2.2.

En

*'Schr's fout ligt d.m. hierin, dat hij onzeker en toevallig als gelijkwaardige begrippen beschouwt.'*⁴⁷

De verzekeraar zal in geval van opzet de vordering desgewenst op andere gronden dienen af te wijzen. Het zal duidelijk zijn dat inachtneming van deze strikte vereisten tot gevolg heeft dat het ontbreken van onzekerheid zich niet snel zal voordoen.⁴⁸

Het argument van artikel 269 K (oud): de mogelijkheid om reeds bestaande schade met terugwerkende kracht te verzekeren, mits de verzekerde van deze schade niet op de hoogte is

Vóór inachtneming van strikte vereisten (subjectief en tijdstip van het sluiten van de verzekering) ten aanzien van het onzeker voorval pleit ook artikel 269 K (oud). Het is mogelijk, overigens ook na invoering van titel 7.17 BW, om met terugwerkende kracht een verzekeringsovereenkomst te sluiten, ook al heeft zich reeds een schadegeval voorgedaan, mits de verzekerde van dit schadegeval niet op de hoogte is. Doordat zich vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst daadwerkelijk schade heeft voorgedaan is er in objectieve zin geen sprake van onzekerheid. Toch is een dergelijke verzekeringsovereenkomst rechtsgeldig tot stand gekomen.⁴⁹ Hoewel artikel 269 K (oud) moeilijk lijkt te rijmen met de objectieve benadering ziet Scheltema-Mijnssen hierin kennelijk desondanks geen belemmering. Bij zijn bespreking van artikel 269 K (oud) waarschuwt hij er slechts voor dat gebruik van het begrip 'subjectieve' onzekerheid het gevaar meebrengt dat het 'objectieve' element uit het oog wordt verloren. Daarnaast merkt hij bij de bestrijding van het standpunt van Wansink op:

*'Wansink ziet echter over het hoofd dat moet worden onderscheiden tussen de vraag of een gebeurtenis die bij het aangaan van de verzekering nog niet heeft plaatsgevonden naar de normale gang van zaken is te verwachten (het onzeker voorval: AB) en de, hierna nr. 5.5 aan de orde komende vraag of de verzekerde al dan niet weet of de gebeurtenis reeds heeft plaatsgevonden (artikel 269 K: AB). Zie ook Meijer, preadvies, nr. 5.7; Kuiper, VA 1996, p. 145; Van Huizen c.s nr. 48.'*⁵⁰

47. W.L.P.A. Molengraaff, RM 1922, p. 269, 270; Zie ook P.J.M. Drion, Oorzaak, schuld, bewijs en regres. In: Jaardossier Onderneming & Verzekering, 's-Hertogenbosch 1992, p. 78; Brunner, BR 1977, p. 304; Catz, VA 1980, p. 203.

48. Zie voor de CAR-verzekering Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, p. 155. Voorts Brunner, BR 1977, p. 304 en Catz VA 1980, p. 203.

49. Zie Wansink, VA 1994, p. 42. Verwezen zij ook naar HR 11 april 1997, NJ 1998, 111, m.nt. MMM. Weliswaar heeft de Hoge Raad in dat specifieke geval beslist dat er geen overeenkomst tot stand was gekomen. De reden hiervoor was echter niet dat een verzekering niet met terugwerkende kracht kan worden afgesloten maar omdat werd aangenomen dat de verzekerde reeds bij het tot stand komen van de verzekering op de hoogte was van de schade.

50. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.2.

Niet aangegeven wordt waarom deze twee vragen moeten worden gescheiden. Niet duidelijk is of hij in nr. 5.5 betoogt dat ook artikel 269 K door een objectieve bril moet worden gelezen. Een dergelijk betoog zou echter naar mijn mening in strijd zijn met de bewoordingen en de strekking van het artikel. A-G Asser heeft erop gewezen dat artikel 269 K een uitzondering is op de algemene regel van artikel 246 K.⁵¹ Dat lijkt echter niet goed te rijmen met het dwingend rechtelijk karakter van het begrip onzeker voorval. Van Huizen merkt dan ook op dat artikel 269 K (oud) uitdrukking geeft aan het wezen van de verzekeringsovereenkomst, namelijk dat verzekeraar is elke schade mits bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de verzekeringnemer/verzekerde van deze schade nog geen kennis droeg.⁵² Verwezen zij ook naar het Duitse recht. Artikel 2 lid 2 VVG (Rückwärtsversicherung) komt overeen met artikel 269 K. Het Bundesgerichtshof heeft in 1994 overwogen dat dit artikel een bevestiging is van 'Sinn und Zweck eines Versicherungsvertrags'.⁵³

Ook in de Duitse literatuur wordt erop gewezen dat de Rückwärtsversicherung een bevestiging is van de hier verdedigde aard van het onzeker voorval (subjectieve onzekerheid ten tijde van het sluiten van de verzekering). Zo stelt Hofmann:

'Eine bloß subjective Ungewißheit genügt; daher ist eine sogenannte Rückwärtsversicherung möglich, d.h. der Abschluß eines Versicherungsvertrages auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt, sofern keinen der Vertragsparteien weiß, ob der Versicherungsfall inzwischen bereits eingetreten ist oder umgekehrt nicht mehr eintreten kann (§ 2 Abs. 1 VVG).

Artikel 7:925 (7.17.1.1) BW

De wetgever handhaaft het begrip 'onzeker voorval' niet. Als essentieel element blijft echter over 'onzekerheid' die *bij het sluiten der overeenkomst voor partijen* moet bestaan. Kennelijk beschouwt de wetgever het onzeker voorval in objectieve zin dus niet als dwingend recht. In het artikel 7.17.1.1a wetsvoorstel 1986 werd de term *voorval* nog wel gehanteerd en uit in mijn inleiding geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het onzeker voorval moet worden gerelateerd aan *het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst*.

51. Zie A-G Asser in zijn conclusie nr. 2.2 voor het arrest van de HR 11 april 1997, NJ 1998, 111, m.nt. MMM.

52. Van Huizen, Vrb 1997, p. 98. Mendel, Kamphuisen bundel 2004, p. 164, daarentegen meent dat art. 269 K (oud) de uitzondering is die niet mag worden opgerekend.

53. BGH 2 maart 1994, VersR 1994, 549. Hierna zal de betreffende overweging worden weergegeven.

Modelteksten onzeker voorval

In de verzekeringsbranche circuleren modelteksten van verzekeringsvoorwaarden waarin het begrip 'onzeker voorval' is opgenomen. De definitie luidt als volgt:

Deze overeenkomst beantwoordt – tenzij partijen uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen – aan het vereiste van onzekerheid als bedoeld in artikel 7:925 BW, indien en voor zover de schade op vergoeding waarvan aanspraak wordt gemaakt, het gevolg is van een gebeurtenis waarvan voor partijen ten tijde van sluiten van de verzekering onzeker was dat deze zich naar de normale loop van omstandigheden zou voordoen, dan wel op dat moment aan hen niet bekend was dat deze zich reeds had voorgedaan.⁵⁴

Duidelijk is dat hier is bedoeld het begrip onzeker voorval in subjectieve zin in de polisvoorwaarden op te nemen.

Kanttekeningen bij de subjectieve benadering

Bij de strikte hantering van de hiervoor genoemde twee vereisten passen mijns inziens twee opmerkingen. Ten eerste kan de verzekerde natuurlijk altijd ontkennen dat hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist dat zich in de verzekerde periode een gedekt evenement zou voordoen. In dat geval heeft de rechter mijns inziens een handvat nodig om te kunnen beoordelen of deze ontkenning geloofwaardig is. Enige objectivering, namelijk of verzekerde, uitgaande van de hem bekende feiten, geacht moet worden te hebben geweten dat zich een gedekt evenement zou voordoen, is dus op zijn plaats. Ten tweede speelt de vraag in welke mate ten tijde van het sluiten van de overeenkomst moet vaststaan dat zich een gedekt evenement zal voordoen. Moet dat 'vast staan' of is het voldoende dat zulks was 'te verwachten'. Gelet op het doel van het criterium onzekerheid, vaststellen of sprake is van een geldige verzekeringsovereenkomst, ligt het voor de hand aan te nemen dat het eerste criterium geldt.⁵⁵ Het dient vast te staan dat de verzekerde bij het sluiten van de overeenkomst wist dat het verzekerde evenement zich naar de normale loop van de omstandigheden voor zou doen. De normale loop van de omstandigheden in deze zin heeft niet veel meer te betekenen dan een nuancering van het gegeven dat bij het sluiten van de overeenkomst moet *vaststaan* dat een beschadiging zal optreden. Voor het ontbreken van het onzeker voorval moet er een redelijke mate van zekerheid zijn dat de beschadiging zich zal voordoen. Niets in dit leven is immers met 100% zekerheid te voorspellen.

54. Verwezen zij ook naar de rapporten van de JCS en de VNAB-commissie Wetgeving verzekeringsrecht (WVR) te vinden op de sites van het Verbond van Verzekeraars en de VNAB.

55. Zie ook Meijer, 1998, p. 21. Volgens Pröls/Martin, 2004, §1, Rn. 8 gaat het er niet om of het zich voordoen van de schade meer of minder waarschijnlijk was.

Niet voldoende gemotiveerd en niet in overeenstemming met deze opvatting is de volgende uitspraak van de Raad van Toezicht uit 1987. Op 30 september 1986 sluit verzekerde een annuleringsverzekering voor een vakantie die op 18 oktober 1986 aanvangt. Op 9 oktober 1986 annuleert verzekerde de reis vanwege spanningshoofdpijnen in verband met het overlijden van haar echtgenoot in januari 1986. De huisarts verklaart later dat indien hij van de voorgenomen reis op de hoogte was geweest, hij de reis had afgeraden. De RvT acht het verdedigbaar dat de verzekeraar het standpunt inneemt dat geen sprake is van een onzeker voorval. De overweging is als volgt:

*'De Raad is, mede op grond van de aan de medische leden overgelegde medische stukken en de door verzekeraar en diens medisch adviseur ter zitting gegeven toelichting, van oordeel dat verzekeraar, daartoe geadviseerd door zijn medisch adviseur, het standpunt heeft kunnen innemen dat van een onzeker voorval als in de verzekeringsvoorwaarden bedoeld geen sprake was en klaagster derhalve geen aanspraak had op vergoeding van de kosten van annulering van haar reis naar Spanje, nu klaagster reeds jaren onder behandeling van een psychiater stond en het ook voor haar naar de normale loop van de omstandigheden te verwachten was dat zij genoodzaakt zou zijn de geboekte reis wegens een bij haar bestaande psychische aandoening te annuleren. Door het innemen van dit standpunt heeft de verzekeraar de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf niet geschaad.'*⁵⁶

In mijn visie zou bij het aangaan van de verzekering voor verzekerde moeten vast staan dat zij naar de normale loop van de omstandigheden genoodzaakt zou zijn de geboekte reis te annuleren. Het door de RvT geëzigde criterium 'naar de normale loop van de omstandigheden te *verwachten*' is naar mijn mening dus niet het goede criterium. Het laat de mogelijkheid open dat de reis van verzekerde wel zou kunnen plaatsvinden. Overigens blijkt uit de motivering niet op grond waarvan precies de conclusie is getrokken dat tevoren al duidelijk was, ook voor verzekerde, dat de reis niet zou doorgaan. Van belang in dit opzicht lijkt mij ook het oordeel van haar psychiater. Uit de gepubliceerde uitspraak blijkt wel dat deze een reactie heeft doen toekomen aan de medisch adviseur van de verzekeraar leidend tot een hernieuwde bespreking met deze, maar niet blijkt wat de inhoud van deze reactie is. Voldoende is in ieder geval niet de omstandigheid dat zij reeds jaren onder diens behandeling stond. Mijns inziens is in dit geval mogelijk sprake van een onzeker voorval. In de woorden van Meijer (in een ander verband): 'er resteerde enige onzekerheid over enige modaliteit van het voorval/risico'.⁵⁷ Kanttekening bij deze uitspraak verdient echter het gegeven dat het hier het begrip onzeker voorval zoals omschreven in de polisvoorwaarden betreft. Uitleg van die polisvoorwaarden kan tot een andere uitkomst leiden.

56. RvT VI-87/13.

57. Meijer 1998, p. 21.

Verzekeringen met een continue karakter

Een mogelijke tegenwerping is dat strikte hantering van het tijdstipcriterium niet zou behoren te gelden voor verzekeringen met een zgn. continue karakter. Een voorbeeld hiervan is de CAR-verzekering. Illustratief is het hiervoor aan de orde gekomen zijnde Bindend Advies van H.S. Catz, A.S. Nolst Trenité en H.M. Voetelink. Assuradeuren betoogden dat weliswaar de algemeen gangbare opvatting is dat onzekerheid moet bestaan ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, maar dat zulks niet geldt voor een schadeverzekering met een continue karakter, zoals de CAR-verzekering, die in de mogelijkheid voorziet dat zich gedurende de looptijd der verzekering telkens opnieuw schadeveroorzakende evenementen kunnen voordoen. Bindend adviseurs wijzen deze redenering van de hand:

'BA kunnen Nedasco in deze zienswijze niet volgen. Verreweg de meeste schadeverzekeringen dragen een continue karakter en bij verreweg de meeste dezer verzekeringen kunnen zich gedurende de looptijd telkens opnieuw schadeveroorzakende evenementen voordoen.

Voorzover Nedasco mocht bedoelen – en de namens haar gegeven mondelinge toelichting wijst in die richting – dat bij het meer dan eens voorvallen van een zelfde soort schadeveroorzakende gebeurtenissen deze een minder “onzeker” karakter gaan dragen, zodat dezelfde de verzekerde tot verdergaande voorzorgsmaatregelen zouden kunnen nopen, blijft dat een kwestie die betrekking heeft op de waardering van een van verzekerde te verwachten gedrag met betrekking tot eigen schuld en maatregelen ter voorkoming van schade, maar niet een die het begrip “onzeker voorval” zelf – waarbij uiteenlopende graden van onzekerheid mogelijk zijn – raakt.⁵⁸

Een ander, wellicht pregnanter, voorbeeld is de zgn. contractpolis welke alle transporten gedurende een jaar verzekert. Wanneer onzekerheid ontbreekt bij aanvang van het derde transport zou er toch sprake zijn van een onzeker voorval terwijl dat niet het geval zou zijn wanneer voor dat derde transport een aparte verzekering zou zijn afgesloten. Ook ten aanzien van dit voorbeeld dient mijns inziens toch te gelden dat uitsluitend het moment waarop de verzekeringsovereenkomst wordt afgesloten van belang is.⁵⁹ De eis van onzekerheid ziet namelijk slechts op de vaststelling of er sprake is van een geldige verzekeringsovereenkomst en voor de contractverzekering geldt niet dat bij elk transport een nieuwe verzekeringsovereenkomst ontstaat. Assuradeuren zullen op andere gronden (eigen schuld, niet nemen van voldoende voorzorgsmaatregelen) de vordering tot schadevergoeding van de verzekerde moeten afwijzen.

58. BA 28 oktober 1982, S&S 1983, 53.

59. Wansink, VA 1994, p. 42 lijkt hieraan te twijfelen.

Duits recht: een subjectieve benadering

Onzekerheid speelt ook volgens Duits recht een rol. Duidelijk is dat de subjectieve en niet de objectieve leer daarbij van belang is. Van belang is of de verzekerde bij het afsluiten van de verzekering zich ervan bewust is dat de schade tijdens de verzekerde periode zal optreden. Volgens het Bundesgerichtshof⁶⁰ is zulks essentieel voor de verzekeringsovereenkomst:

Sinn und Zweck eines Versicherungsvertrags (mit Ausnahme einer auf den Todesfall genommenen Lebensversicherung) ist es, den VN – gegen entsprechende Vergütung – abzusichern gegen die wirtschaftlichen Folgen eines bestimmten Ereignisses, dessen künftigen Eintritt im Lauf der jeweiligen Versicherung beide Parteien zwar für möglich halten, der aber für beide noch ungewiß ist. Um einen Versicherungsvertrag handelt es sich dann nicht mehr, wenn der VN weiß, daß das entsprechende Ereignis zuverlässig eintreten wird, oder der Versicherer erkannt hat, daß es jedenfalls im Lauf der gewünschten Versicherung nicht oder nicht mehr eintreten kann. Im Gesetz ausdrücklich bestätigt wird dies durch den für eine Rückversicherung maßgeblichen § 2 Abs. 2 VVG, der gerade nicht darauf abstellt, ob der Versicherungsfall bereits eingetreten ist oder nicht (mehr) eintreten kann, sondern auf die Kenntnis der Parteien hiervon.

Prölls meent eveneens dat voor de eis van 'Ungewißheit' de onzekerheid voor de verzekerde ten tijde van het afsluiten van de verzekering bepalend is. Afwijkend van het BGH is hij echter van mening dat deze onzekerheidseis niet bepalend is voor de rechtsgeldigheid van de verzekeringsovereenkomst:

'... so ändert dies am Charakter des Versicherungsvertrages nichts (anders BGH VersR 94, 549), da dieser nicht nur auf den Ersatz eines bestimmten Schadens gerichtet ist.'

Toch moet de hier bedoelde onzekerheidseis voor het verzekeringsrecht bepalend zijn:

'Die Ausnutzung eines solchen nicht auf dem Markt verwertbaren und daher unproduktiven Wissensvorsprungs zu Lasten anderer muß dem VN jedoch schon aus allgemeinen wohlfahrtsökonomischen Gründen verwehrt bleiben. Außerdem wäre es dem Funktionieren des Versicherungsvertrages höchst abträglich, wenn den VN die Möglichkeit eingeräumt würde, erst dann einen Vertrag abzuschließen, wenn sie den Eintritt eines Schadens voraussehen. Dies ist dem durchschnittlichen VN in groben Zügen bewußt. Daher umfaßt der Vertrag von vornherein nicht die Pflicht zum Ersatz von Schäden, deren Eintritt der VN bei Vertragsschluß als sicher ansah ...'

Niet van belang is of de verzekerde bij het sluiten van de overeenkomst wist dat het intreden van de schade in meer of mindere mate waarschijnlijk was. Prölls meent dat de verzekeraar desgewenst in de polisvoorwaarden

60. BGH 2 maart 1994, VersR 1994, 549.

moet bedingen dat hij in een dergelijk geval niet tot schadevergoeding is gehouden:

*‘Etwas anders gilt, wenn der VN bei Vertragsschluß nur davon ausging, daß der Eintritt eines bestimmten Schadens **mehr oder weniger wahrscheinlich** war. Zwar mag es mißlich sein, daß der VN in solchen Fällen VersSchutz erlangen kann. Andererseits darf dem Versicherer nicht die Möglichkeit gegeben werden, seiner Inanspruchnahme mit dem bloßen Hinweis darauf entgegenzutreten, daß für den Eintritt des Schadens bei Vertragsschluß eine gewisse Wahrscheinlichkeit sprach und auch der VN hiervon ausging. Will der Versicherer in den angesprochenen Fällen einer Leistungspflicht entgehen, so muß er sich durch entsprechende Vereinbarungen schützen (Wartezeiten; Festlegung des VersFalles auf eine für der eigentlichen Gefahrverwirklichung liegende Tatsache, hierzu Rn. 36) und ist im übrigen auf die Sanktionen angewiesen, die das Gesetz im Falle einer Vorenthaltung von Informationen unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht (§§ 16 ff.; Täuschungsanfechtung nach § 123 BGB), wobei Arglist zumindest verlangt, daß der VN den Eintritt des Schadens als überwiegend wahrscheinlich ansah.’⁶¹*

Oorzaak

Hierna zal worden betoogd dat de gebeurtenis die naar de normale loop van de omstandigheden niet te verwachten is, ofwel de toevallige, abnormale gebeurtenis in het verzekeringsrecht als (één van) de rechtens relevante oorza(a)k(en) van de schade beschouwd moet worden. Gelet op de door mij voorgestane splitsing van het dwingendrechtelijke vereiste van onzekerheid enerzijds en het in het kader van de dekkingsvraag noodzakelijke vaststellen van de rechtens relevante oorzaak anderzijds meen ik dat het laatste buiten de reikwijdte van artikel 246 K (oud) valt.

1.5 Verschil onzeker voorval en oorzaak. Definitie oorzaak

Tussen de termen onzeker voorval en oorzaak kan (volgens mijn opvatting: moet) voorts een scherp onderscheid worden gemaakt aan de hand van de volgende twee criteria:

- de betekenis van het woord *voorval* in het begrip ‘onzeker voorval’ is niet oorzaak maar *evenement*;
- het criterium van de *abnormale, afwijkende omstandigheid* is eigen aan het begrip ‘oorzaak’ en niet, althans niet direct, aan het begrip ‘onzeker voorval’.

61. PröllsMartin 2004, § 1, Anm. 8. Prölls meent dat verzekeraars in verzekeringsvoorwaarden dergelijke begrenzungen wel kunnen stellen. Echter onder nr. 36 merkt hij op: ‘Sehr problematisch ist, ob und inwieweit die an den Antritt des VersFalles anknüpfenden Bestimmungen des VVG und das ABGB einer ‘Vorverlagerung’ des VersFalles Grenzen ziehen, die ja Auswirkungen auf gegenständlichen und/oder zeitlichen Grenzen des VersSchutzes hat (Beschränkung des Kreises der versicherten Schadensursachen; Erforderlichkeit des Eintritts des VersFalles nach VersBeginn).’

Betekenis 'voorval': oorzaak?

De term 'onzeker voorval' wordt wel opgevat als synoniem van 'oorzaak' omdat de term 'voorval' deze betekenis zou hebben. Naar mijn mening is echter toekenning van deze betekenis aan het 'onzeker voorval' niet noodzakelijk. Van Dale merkt als synoniem van 'voorval' aan: de 'gebeurtenis'.⁶² Het ligt dus meer in de rede als 'voorval' aan te merken de beschadiging op grond waarvan de verzekerde schadevergoeding vordert (het evenement) en niet de oorzaak van deze beschadiging.⁶³ Aldus heeft de term 'onzeker voorval' een zinvolle betekenis. Bij het sluiten van de verzekering moet het voor de verzekerde onzeker zijn dat zich tijdens de verzekerde periode een evenement zal voordoen.⁶⁴ Niet in overeenstemming met mijn opvatting is het oordeel van de Rechtbank Rotterdam van 2 april 1952.⁶⁵ Ter zake van het vervoer van grondnoten voor het produceren van pindakaas is een verzekering afgesloten zulks tegen allrisks volgens aan de polis gehechte clausule nr. 78, dus inclusief eigen gebrek en met uitsluiting alleen van opzet van de verzekerde, benevens – volgens de polis zelf – van diefstal, vermissing, manco, onderwicht, indrogen en gewichtsverschil. Bij de aflevering wordt geconstateerd dat reeds voor aanvang van het risico de lading in meer of mindere mate bezet moet zijn geweest met mijt. De Rechtbank Rotterdam overweegt:

Dat de tussen pp. gesloten transportverzekering eiseres dekking bood tegen afkeuring van de grondnoten voor de pindakaas-fabricage wegens beschadiging door alle gevaren (behoudens de uitgezonderde) van het transport; dat daarom eiseres had te stellen (zoals zij trouwens heeft gedaan) en te bewijzen, dat de ongeschiktheid voor de pindakaas-fabricage gedurende het transport is ontstaan; dat eiseres hiertoe niet behoeft aan te tonen – gelijk gedaagden bij pleidooi schenen te verlangen – dat bij de verlading van de partij grondnoten daarin nog geen enkele mijt te bekennen was, doch kan volstaan met het bewijs van verscheping der grondnoten in voor de pindakaas geschikte conditie, waartegenover gedaagden dan mogen waarmaken, dat de grondnoten reeds vóór de verlading zódanig met mijt bezet waren, dat voorzienbaar was, dat zij bij aankomst te Rotterdam ongeschikt zouden zijn voor de fabricage van pindakaas; dat de Rechtb. hierbij niet van belang acht de tussen pp. omstreden vraag, of de bezetting met mijt als eigen gebrek van de grondnoten dan wel als een van buiten aankomend onheil moet worden aangemerkt,

62. Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse Taal, Twaalfde druk, 1992.

63. Hierna zal worden betoogd dat tussen oorzaak en beschadiging een belangrijk onderscheid bestaat.

64. P.A.C.E. v.d. Kooy, Het verzekeringsrecht en het NBW-VII, Onzeker voorval, gebrek en bederf in het concept-regeringsontwerp, VA 1984, p. 225 wijst erop dat het begrip 'onzeker voorval', gelet op het wel gebezigde synoniem schadeoorzaak, niet alleen de enge betekenis van 'gebeurtenis', maar mede de ruime betekenis van 'eigenschap' of 'toestand' kan hebben en concludeert: 'Dit gegeven zou op zichzelf al voldoende reden kunnen zijn, om het in de wet voorkomende woord 'voorval' niet al te zeer te beklemtonen.'

65. Rb. Rotterdam 2 april 1952, NJ 1953, 386.

*omdat in beide gevallen de verzekering tegen dat gevaar dekt, maar ook in beide gevallen alleen dán, wanneer het bij de aanvang van het risico een onzeker voorval was.*⁶⁶

In tegenstelling tot hetgeen volgt uit dit vonnis ben ik van mening dat voor de vraag of er sprake is van een onzeker voorval uitsluitend beoordeeld moet worden of voor verzekerde bij het sluiten van de overeenkomst vast stond dat zich volgens de normale loop van de omstandigheden tijdens de verzekerde periode een *beschadiging* zou voordoen. Niet van belang is dus of bij aanvang van het *risico* de *schadeoorzaak* reeds bestond.⁶⁷

Onzeker voorval: een abnormale omstandigheid?

In de verzekeringsrechtelijke literatuur wordt er vaak vanuit gegaan dat in het kader van de eis van onzeker voorval sprake moet zijn van een abnormaal verschijnsel, ofwel een gebeurtenis welke naar de loop van de gebeurtenissen niet is te verwachten. De door mij voorgestane scheiding tussen onzeker voorval en oorzaak houdt echter onder meer in dat deze notie van de 'abnormale, afwijkende omstandigheid' niet moet worden gerekend tot die van de categorie onzeker voorval. Voor het onzeker voorval is een dergelijke afwijkende omstandigheid slechts indirect van belang, namelijk in het kader van de onzekerheidseis. Van onzekerheid is immers sprake als voor de verzekerde bij het sluiten van de verzekering niet vast stond dat het evenement zich *naar de normale gang van zaken* zou voordoen. Aan die onzekerheidseis wordt voldaan als zich een relevante afwijkende omstandigheid heeft voorgedaan. Daarbij moeten alle omstandigheden worden meegewogen.

Illustratief is het arrest van de Hoge Raad van 19 november 1982 waarin het begrip 'onzeker voorval' nader is bepaald. De hiervoor reeds eerder weergegeven overweging luidt als volgt:

*'Aldus heeft het Hof miskend dat voor de vraag of een bepaald evenement als onzeker voorval kan worden aangemerkt het gehele gebeuren in aanmerking moet worden genomen en dat het niet geoorloofd is daarbij een wezenlijk element, als in het onderhavige geval het faillissement van Papeterie Gastuche, ter zijde te laten.'*⁶⁸

De Hoge Raad oordeelt hier dus dat een onzeker voorval niet mag worden aangemerkt als en vereenzelvigd met één enkele omstandigheid.⁶⁹ Het oor-

66. Naar mijn mening zou er in deze zaak geen dekking bestaan als zou komen vast te staan dat de lading bij aanvang van het risico al zodanig bezet was met mijt dat deze als beschadigd moest worden aangemerkt. De beschadiging dient zich immers in de verzekerde periode voor te doen.

67. Niet van belang is ook of de schadeoorzaak zich vóór de aanvang van de verzekerde periode heeft voorgedaan. Zie nr. 1.8.

68. HR 19 november 1982, NJ 1983, 711.

69. HR 19 november 1982, NJ 1983, 711. Voor de vele andere uitspraken die één omstandigheid aanmerken als zijnde in strijd met het onzeker voorval verwijs ik naar Losbladige Kluwer, XI.A.246, nr. 56 e.v.

deel van de Hoge Raad in het Meyer-arrest past zoals hierna zal worden betoogd in mijn visie dat 'oorzaak' in tegenstelling tot 'onzeker voorval' juist betrekking heeft op één enkele (afwijkende) omstandigheid.

Van een 'normale loop van de omstandigheden' kan volgens de Hoge Raad louter sprake zijn als het gehele complex van omstandigheden in aanmerking wordt genomen. Een wezenlijk element mag niet buiten beschouwing worden gelaten. Weliswaar heeft het 'evenement' (voorval) ook betrekking op één omstandigheid: de door verzekerde gestelde beschadiging (dat is niet hetzelfde als de 'oorzaak'). Maar of dit 'evenement' voldoet aan de onzekerheidseis in het kader van het 'onzeker voorval' zal moeten worden beoordeeld aan de hand van *alle* omstandigheden, vanaf het moment van het afsluiten van de verzekering tot het moment van het evenement.

Literatuur

Hiervoor is opgemerkt dat de begrippen onzeker voorval en gedekt evenement veelal worden vereenzelvigd. Toch wordt er in de literatuur wel gewezen op het onderscheid tussen onzeker voorval enerzijds en oorzaak anderzijds. Catz stelt dat de wet of de polisvoorwaarden kunnen bepalen dat afwijking van het normale patroon voorwaarde voor dekking is, maar dat is naar de mening van Catz iets anders dan toetsing aan artikel 246 K.⁷⁰ Er zijn niet veel schrijvers die overeenkomstig Catz deze strikte scheiding tussen onzeker voorval en evenement volgen. Een uitzondering is Brunner die zijn standpunt in kernachtige bewoordingen verwoordt:

*'Is onzekerheid bepalend voor de geldigheid van de overeenkomst, voor het recht op uitkering is vereist, dat de schade zoals zij is ontstaan, is veroorzaakt door een gevaar (evenement, accident, risico) waartegen de polis dekking verleent. Partijen hebben het nagenoeg geheel in eigen hand om te bepalen welke schadeoorzaken zij als een verzekerd gevaar aanmerken. Niet vereist is een aanzienlijke mate van onwaarschijnlijkheid, dat het gevaar zich verwezenlijkt. Hoe normaal regen in ons klimaat ook moge zijn, partijen zijn vrij het als een evenement aan te merken en een regenverzekering te sluiten.'*⁷¹

A-G Biegman-Hartog stelt in haar conclusie vóór het Meyer-arrest dat de maatstaf van wat normaal en gewoon is behoort tot de categorie oorzaak:

*'Eerst als is vastgesteld dát een verzekerd voorval heeft plaatsgehad, komt de vraag naar het causaal verband tussen het voorval en de schade aan de orde. De maatstaf van wat normaal en gewoon is kan van belang zijn bij de vraag naar voorzienbaarheid en causaal verband, maar behoeft dat niet te zijn bij de vaststelling van wat p.p. in het gegeven geval zijn overeengekomen'*⁷²

70. Catz, VA 1980, p. 204.

71. Brunner, Bouwrecht 1977, p. 304. Zie ook Wansink, VA 1994, p. 42-43.

72. HR 19 november 1982, NJ 1983, 711.

Meijer stelt over 'abnormaliteit' in het kader van onzekerheid het volgende:

'De voorlopige conclusie moet dan ook luiden dat termen als (ab)normaal en (on)verwacht in abstracto – dat wil zeggen los van de risico-omschrijving en het concrete schade voorval – niet de vereiste helderheid kunnen brengen'.⁷³

Zo ook Dorhout Mees:

Ook in de literatuur is wel de suggestie gewekt dat een evenement slechts dan als evenement in de zin van de schadeverzekering kan worden aangemerkt, indien het een 'abnormale gebeurtenis' betreft. De eis dat een evenement een 'abnormale gebeurtenis' moet zijn, ligt mijns inziens echter niet in artikel 246 WvK, noch elders in het Wetboek van Koophandel besloten.⁷⁴

Wansink meent dat in geval van een zgn. all-risksverzekering noch in de wet noch in de polisvoorwaarden een juridische grondslag is te vinden voor het standpunt dat slechts dekking wordt geboden tegen schadeoorzaken die als min of meer bijzondere gebeurtenissen zijn aan te merken.⁷⁵

Oorzaak: een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid

Hiervoor lag de nadruk op de betekenis van het begrip 'onzeker voorval'. In deze paragraaf komt de betekenis van het begrip 'oorzaak' aan de orde. De definitie van oorzaak hangt af van het doel van het onderzoek naar die oorzaak. Wanneer vervoerde zaken nat worden dan kan in fysische zin, en overigens ook volgens normaal spraakgebruik, de regen als oorzaak worden aangemerkt. Voor het verzekeringsrecht kan deze fysische oorzaak irrelevant zijn. Daar is het van belang vast te stellen of de schade is veroorzaakt door een gedekte dan wel uitgesloten omstandigheid. Voor deze vaststelling is het noodzakelijk de relevante van de irrelevante omstandigheden te scheiden. Bepaalde omstandigheden zijn in dit kader dominant ten opzichte van andere omstandigheden. Formulering van een criterium dat deze 'rechtens relevante' omstandigheden schift is cruciaal.

Als rechtens relevante oorzaak in verzekeringsrechtelijke zin beschouw ik een omstandigheid, toestand welke afwijkt van de normale gang van zaken.⁷⁶ Steun voor deze opvatting is te vinden in een Bindend Advies van 28 oktober 1982⁷⁷:

73. Meijer, 1998, p. 14.

74. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, p. 147.

75. Wansink, VA 1994, p. 43.

76. Deze definitie sluit niet uit dat er meer dan één omstandigheid, toestand in aanmerking kan komen. Eerder heb ik dit criterium aan de orde gesteld in Vrb 1997, p. 103. Zo ook, maar dan in het kader van het onderwerp eigen gebrek, Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 253.

77. BA 28 oktober 1982, S&S 1983, 53. Zie voorts Voetelink, diss. 1952, p. 95; Miss Jay Jay (CA) (1987 1 Lloyd's Rep. 32; Hof Den Haag te kennen uit HR 26 november 1993, NJ 1994, 126; Dorhout Mees, Handelsrecht 1981, nr. 7.156.

'Stilstand van een werk tijdens de bouwvakvakantie is een normaal en zowel in omvang als tijdsverband met zekerheid te verwachten verschijnsel. Stilstand van een werk tijdens de bouwvakvakantie kan daarom als zodanig i.c. niet als oorzaak der schade in aanmerking komen'.

Eerder heeft Van Schellen, voor de onrechtmatige daad, als criterium van de rechtens relevante oorzaak het storings-concept genoemd.⁷⁸ Hij verwijst naar Hart/Honoré die schrijven:

*'The notion that a cause is essentially something which interferes with or intervenes in the course of events which would normally take place, is central to the common sense concept of cause, ...' en 'the cause, though not a literal intervention, is a difference in the outcome'*⁷⁹

Volgens Hart/Honoré onderscheidt dit criterium een 'cause' van 'mere conditions'. Essentieel hierbij is de gedachte dat wordt gezocht naar een verklaring voor de afwijking van de normale gang van zaken in de specifieke omstandigheden van het geval. Wanneer een pand wordt verwoest door brand zijn omstandigheden zoals zuurstof in de lucht, de aanwezigheid van brandbare materialen, of de droge gesteldheid van het gebouw in het algemeen slechts 'mere conditions' ook al zou de brand niet zijn ontstaan zonder deze factoren. Wanneer er brand uitbreekt in een laboratorium of fabriek waar juist bijzondere maatregelen zijn genomen om zuurstof uit de betreffende ruimte te weren teneinde een experiment of een productieproces te doen slagen, dan zou het geenszins absurd zijn om het ontbreken van zuurstof als oorzaak van de brand aan te merken.⁸⁰

Ook Clarke wijst op deze benadering van het begrip oorzaak maar hij betwijfelt de bruikbaarheid ervan voor het verzekeringsrecht:

*'Nonetheless, this approach may not be appropriate for the search for the proximate cause of insurance loss. Generally, the relevance of one cause rather than another depends on the purpose of the inquiry. If we seek a cause of loss because we do not understand what has happened, we may arrive at a cause of one kind; whereas, if we seek the cause of loss in order to attribute responsibility, as in the law of tort, we may arrive at a cause of quite a different kind. A distinguishing feature of the search for the proximate cause of insurance loss is that it is a search for the meaning of a contract, the contract of insurance.'*⁸¹

78. Van Schellen, Juridische causaliteit, diss. 1972, p. 23.

79. Hart/Honoré, Causation in the law, 1985, p. 29. Zie ook Herdt, Die mehrfache Kausalität, 1978, p. 95 die in het kader van zijn stelling dat louter tijdverloop geen oorzaak kan zijn opmerkt: 'Denn Zeitablauf für sich allein kann die Veränderung des Zustandes nicht herbeiführen. Ob der Zeitablauf zur Bewirkung der Veränderung beiträgt, hängt davon ab, ob eine Ursache bereits gesetzt ist, die zur Entfaltung ihrer Wirksamkeit lediglich eines gewissen Zeitablaufs bedarf. Zeitablauf und Ursache sind daher begrifflich streng zu trennen: Ursachen wirken auf den Zustand einer Sache ein und erzeugen Veränderungen; ob die Wirkungen der Ursachen eintreten, hängt von dem Zeitablauf ab, den die Ursachen zur Entfaltung benötigen.'

80. Hart/Honoré, 1985, p. 33 e.v.

81. Clarke, The law of insurance contracts, London 1997, § 25.2.

Naar mijn mening kan de relevantie van de ene dan wel de andere oorzaak inderdaad afhangen van het doel van het onderzoek naar die oorzaak.⁸² Niet duidelijk is het mij echter waarom de benadering van het begrip oorzaak als afwijkende omstandigheid vanwege de contractuele context voor het verzekeringsrecht onbruikbaar zou zijn. Hoewel het storingsconcept in de literatuur over de onrechtmatige daad geen grote rol speelt, lijkt het criterium voor het verzekeringsrecht bruikbaar te zijn. Het criterium is geschikt om een eerste schifting te maken tussen, in causale zin, relevante en irrelevante omstandigheden. Bovendien sluit het aan bij de gedachte dat de afwijking van de normale gang van zaken toch al betekenis heeft maar dan in het kader van het onzekere voorval in de zin van artikel 246 K (oud).

Hiermee is niet gezegd dat de term 'oorzaak' in het algemeen slechts een afwijkende omstandigheid kan zijn. 'Neerslag' bijvoorbeeld kan in een transportgoederenverzekering ook dan als gedekte geldende oorzaak worden beschouwd als deze neerslag in Nederland in november valt. Toch is een dergelijke neerslag nauwelijks een afwijkende omstandigheid te noemen. Het criterium 'afwijkende omstandigheid' gaat pas een rol spelen wanneer wordt betwist dat 'neerslag' de rechtens relevante oorzaak is en andere omstandigheden, zoals het gebruik van een verkeerd soort vervoermiddel, als rechtens relevante oorzaak worden gesteld. De omstandigheid/omstandigheden die afwijkend zijn zullen prevaleren en neerslag in Nederland in de maand november zal alsdan niet langer kunnen gelden als rechtens relevante oorzaak. Mijn opvatting dat oorzaak een afwijkende omstandigheid is, dient derhalve niet als een allesomvattende definitie van het begrip oorzaak te worden beschouwd, maar als middel teneinde uit vele omstandigheden een rechtens relevante oorzaak te kunnen kiezen. Uit deze opvatting volgt dat in het verzekeringsrecht op basis van het begrip 'oorzaak' niet geldt dat een gedekt evenement slechts dan voor vergoeding in aanmerking kan komen indien er sprake is van een afwijkende omstandigheid.

Verwarrend is dat de normale gang van zaken niet alleen een rol speelt bij de rechtens relevante oorzaak, maar in mijn visie ook bij de eis van onzekerheid zodat sprake lijkt te zijn van een inbreuk op de hiervoor aangegeven strikte scheiding. Dat is echter niet het geval. Bij de eis van onzekerheid gaat het erom of de verzekerde bij het sluiten van de overeenkomst wist dat naar de normale loop van de omstandigheden schade zou optreden. Bij het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak gaat het erom uit alle relevante omstandigheden er één (of meer) te halen welke afwijkt van die normale gang van zaken.

82. Zie ook H. Dooyeweerd, *De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband*, Amsterdam 1952.

Uitzondering: de aansprakelijkheidsverzekering

Bij de aansprakelijkheidsverzekering hangt het begrip oorzaak niet in de eerste plaats samen met de 'afwijkende omstandigheid', maar met de vraag of de verzekerde al dan niet aansprakelijk is. Naar mijn mening is deze uitzonderingspositie door het hof miskend in het Meyer-arrest.⁸³ Voor de casus zij verwezen naar nr. 1.2. Als rechtens relevante oorzaak van de schade wordt aangemerkt de bijzondere omstandigheid waardoor het patroon van de normale gang van zaken werd doorbroken: het faillissement van Papeterie. Het hof overweegt dienaangaande:

'Dat laatste feit moet als de oorzaak van de schade worden aangemerkt in de zin van de naar redelijkheid en billijkheid in het licht van omstandigheden van het maatschappelijk verkeer uit te leggen en te interpreteren overeenkomst van verzekering.'

Voor de schadeverzekering is dit weliswaar in beginsel naar mijn mening het correcte uitgangspunt. Echter, voor de aansprakelijkheidsverzekering gaat dit nu juist niet op. Het hof overweegt, en nu mijns inziens ten onrechte:

'Nu de oorzaak van de schade naar het oordeel van het Hof niet is een evenement waarvoor Meyer aansprakelijk wordt gesteld maar de déconfiture van haar zakenrelatie valt de schade niet onder de dekking van de verzekering en moet de vordering onder vernietiging van het vonnis worden afgewezen.'

Bij de aansprakelijkheidsverzekering gaat het niet om de afweging 'welke is de afwijkende omstandigheid', maar in beginsel om de vraag of de schade is ontstaan door de aansprakelijkheid van de verzekerde. Het vaststellen van *dit* causaal verband volgt het principe van het vaststellen van het causaal verband bij de onrechtmatige daad/wanprestatie zelf. Zulks betekent in casu dat de schade bestaande uit het niet ontvangen van de koopprijs, gelet op het onzorgvuldig afhandelen van zijn werkzaamheden, kan worden toegerekend aan de aansprakelijkheid opleverende handeling van Meyer. Het faillissement doorbreekt het causaal verband tussen dit handelen van Meyer en de schade niet.

Bij identieke omstandigheden in het verleden géén schade: vermoeden van een afwijkende omstandigheid wanneer zich wel een schadegeval voordoet?

Voor het vaststellen van de normale loop van de omstandigheden, zowel in het kader van de onzekerheidseis als het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak, kunnen bij de transportgoederenverzekering de, nagenoeg identieke, transporten die in het verleden hebben plaatsgevonden van belang zijn. Wanneer de ervaring leert dat bij die voorgaande identieke transporten geen schade is opgetreden, kan immers moeilijk worden volgehouden dat naar de normale gang van zaken een beschadiging tijdens de

83. HR 19 november 1982, NJ 1983, 711.

verzekerde periode zou optreden. Bovendien bestaat alsdan het vermoeden dat in het bewuste geval waarin, in tegenstelling tot de voorgaande identieke transporten, wél een beschadiging is opgetreden, sprake moet zijn geweest van een afwijkende omstandigheid. Aan een uitzonderlijke schade moet een uitzonderlijke schadeveroorzakende omstandigheid vooraf zijn gegaan. In dit verband verwijs ik naar een uitspraak van de House of Lords uit 1921. Het betreft vervoer van balen wol van Patagonië naar Punta Arenas, Chili nadat het regenseizoen was begonnen. De wol bleek nat geworden door regenwater. Verzekeraars wezen de vordering af omdat een dergelijke schadeoorzaak niet zou vallen onder de all-riskclausule. Lord Sterndale overwoog:

*'I think that where the evidence shows damage quite exceptional, and such as has never in a long experience been known to arise under the normal conditions of such transit, there is evidence of the existence of a casualty, or something accidental, and of a danger or contingency which might not arise although the particular nature of the casualty was not ascertained.'*⁸⁴

In deze zin overwoog ook Lord Justice Scrutton in 1923:

*'Has the assured proved a damage by mildew and mould? I agree that he must prove something extraordinary or a casualty. If the ordinary consequence of sending cigarettes by sea is always mildew or mould that I think is not a thing which the underwriters are insuring; they are insuring against some casualty which causes damage by mildew or mould, some casualty where mildew or mould is the result of something unusual and not the ordinary consequence of the voyage.'*⁸⁵

Een recentere uitspraak is de zaak *Noten B.V. vs. Harding*:

'I accept that if a number of consignments are made in closely comparable conditions, and goods suffer damage on one occasion or a minority of occasions only, it may be possible and right to infer that some fortuitous event has affected the goods on that occasion or those occasions'.⁸⁶

Verwezen zij naar Rechtbank Rotterdam te kennen uit Hof Den Haag 25 mei 1955, S&S 1958, 32 (Oranjepolder). De rechtbank oordeelde, maar dan in het kader van het onzeker voorval: ..., daar onder 'onzeker voorval' in artikel 246 K. moet worden verstaan een voorval dat door belanghebbenden niet met zekerheid valt te voorzien. Daar vroegere zendingen van snelbevoren fruit welke plaats hadden onder nagenoeg dezelfde omstandigheden als het huidige transport, steeds zonder schade zijn uitgevoerd, kon de thans aan dit fruit opgekomen schade

84. *British & Foreign Marine Insurance vs. Gaunt* (1921) 2 AC 41; 26 Com.Cas. 247; (1921) All E.R.Rep. 447; 7 Ll.L.Rep. 62.

85. *Sassoon vs. Yorkshire* (1923) 14 Ll L Rep. 1, p. 132.

86. *Noten B.V. vs. Harding* (CA) (1990) 2 Lloyds Rep. 289.

voor belanghebbenden geenszins zeker worden geoordeeld. Als verzekerde al in staat zou zijn geweest om op soortgelijke vroegere transporten zonder schadelijke afloop te wijzen, bestaat er een gerede kans dat de bewuste oorzaak een uitgesloten evenement zou opleveren. Indien bijvoorbeeld zou komen vast te staan dat gebruik is gemaakt van een ongeschikte container, met onvoldoende mogelijkheden tot ventilering, zou er sprake kunnen zijn van een eigen gebrek.

Praktisch belang

Strikte scheiding van de begrippen onzekerheid en oorzaak heeft praktisch belang. De zaak Cox/Nieuw Rotterdam⁸⁷ zou bijvoorbeeld anders zijn beoordeeld dan de Hoge Raad nu heeft gedaan. In mijn visie zou de zaak, evenals de rechtbank dat in deze zaak heeft gedaan, anders aangepakt worden. Aan de eis van onzekerheid lijkt te zijn voldaan nu verzekerde ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst niet wist dat zich naar de normale loop van de omstandigheden een evenement zou voordoen in de verzekerde periode. Aannemelijk is dat normaal gesproken trucks in januari mét antivries worden vervoerd naar het noorden in Canada en Cox wist niet dat het antivries ontbrak. Vorst is slechts één omstandigheid welke binnen het gehele gebeuren een rol heeft gespeeld en behoort daarom niet tot de categorie onzekerheid (onzeker voorval) in de zin van artikel 246 K (oud). Vorst behoort wel tot de categorie oorzaak juist omdat het één omstandigheid uit het gehele gebeuren betreft. Volgens het storingsconcept komt vorst, in tegenstelling tot het ontbreken van antivries, echter niet in aanmerking als rechtens relevante oorzaak omdat het geen omstandigheid is die afwijkt van de normale gang van zaken. Vermeld zij overigens dat verzekerde tot in het cassatiemiddel bleef stellen dat vorst de oorzaak van de schade was.⁸⁸

De rechtbank⁸⁹ kwam in deze zaak eveneens tot de conclusie dat het ontbreken van antivries de rechtens relevante oorzaak was en wees de vordering vervolgens af op grond van eigen schuld van de verzekerde, aangezien deze niet had gecontroleerd of er antivries aan het koelwater was toegevoegd.

Benadrukt zij dat het vaststellen van deze afwijkende omstandigheid noodzakelijk is teneinde een keuze te kunnen maken tussen een eventuele gedekte en uitgesloten oorzaak. De afwijkende omstandigheid is dominant ten opzichte van de niet-afwijkende omstandigheid. Het criterium 'afwijkende omstandigheid' is dus geen absolute voorwaarde voor schadever-

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

88. Onder meer deze omstandigheid brengt Meijer, 1998, er waarschijnlijk toe te concluderen dat uit het arrest bitter weinig valt af te leiden. Vanuit de rechtspraak is een dergelijk geluid vaker te beluisteren. Tegelijkertijd blijkt aan het arrest veel waarde te worden gehecht. Vgl. Scheltema/Mijnssen, 1998; Mendel in de Kamphuisenbundel 2004.

89. Rb. Rotterdam 9 februari 1990, S&S 1990, 94.

goeding. Uit mijn visie volgt dus niet dat de verzekerde altijd een afwijkende omstandigheid moet aantonen.⁹⁰

1.6 Vereenzelviging 'onzeker voorval' en 'oorzaak'. Wat zijn de beperkingen die het begrip 'onzeker voorval' aanbrengt?

De beperkingen bestaan uit:

- introductie van het onzekerheidselement in het begrip 'gedekte oorzaak' (vereenzelviging 'onzeker voorval' en 'gedekte schadeoorzaak').
- de opvatting dat een onzeker voorval een gebeurtenis is die naar de normale loop van de omstandigheden niet is te verwachten.

1.6.1 Vereenzelviging 'onzeker voorval' en 'gedekte oorzaak'

Introductie van het onzekerheidselement in de 'gedekte oorzaak' kan alleen plaats vinden als het 'onzeker voorval' dogmatisch niet strikt wordt gescheiden van de 'gedekte/uitgesloten oorzaak'. In de literatuur wordt die scheiding niet strikt gehanteerd. Het onzeker voorval wordt over het algemeen niet behandeld in het kader van het karakter en de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst⁹¹, maar in het kader van de gedekte/uitgesloten oorzaak.⁹² Clausing behandelt het onzeker voorval bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst. Toch wijst hij erop dat onder onzeker voorval meestal wordt verstaan een gebeurtenis die naar de normale loop van de omstandigheden niet is te verwachten en verwijst hij kennelijk met instemming naar het Antivries-arrest.⁹³ Tevens blijkt dat rechtspraak over de gedekte oorzaak, voornamelijk het van buiten komend onheil, vaak niet (alleen) afzonderlijk ter sprake komt in het kader van een paragraaf over die gedekte oorzaak, maar ook daar waar het mijns inziens eigenlijk niet thuishoort, namelijk bij het onzeker voorval.⁹⁴ Dit gegeven

90. Zie hierna nr. 5.2.

91. Uitzonderingen zijn Brunner, BR 1977, p. 303 e.v.; Catz, VA 1980, p. 203 e.v.; Wansink, VA 1994, p. 41 e.v.

92. Zie Scheltema/Mijnssen, Algemeen deel van het Schadeverzekeringsrecht, 1998, nr. 5.1; Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht, 1967, p. 241 e.v.; Wery/Mendel, Hoofdzaken verzekeringsrecht, 2004, p. 69 e.v.; Nolst Trenité, Zeeverzekering 1928, p. 24 e.v.; Van Wulfften Palthe, t.a.p., p. 30 e.v.; Van der Burg, 1990, p. 78; Van Oven, VA 1982, p. 181 e.v.; V.d. Kooy, t.a.p., p. 225 wijst erop dat voor de term onzeker voorval ook de termen gevaar, onheil, sinister en schadeoorzaak worden gebruikt.

93. Clausing 1998, nr. 2.1.2. Zie ook Onzeker voorval en onzekerheid. In: Zekerheidshalve, Mendel bundel, 2003, p. waar hij stelt dat ingevolge art. 246 K het onzeker voorval als oorzaakvereiste moet worden aangemerkt.

94. Zie de rechtspraak zoals vermeld bij Dorhout Mees-Wachter, 1967, p. 250 e.v. Ook bij Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.2 is onder de paragraaf over onzeker voorval rechtspraak vermeld die het gedekte evenement (van buiten komend onheil) betreft. De uitspraken Rb. Amsterdam 20 december 1918, W 10430; Rb. Amsterdam 26 maart 1923, W. 11157; Rb. Rotterdam 27 juni 1918, W. 10359 en Hof 's-Gravenhage 12 december 1930, NJ 1931, 463 betreffen alle het in de polis of wet gedekte evenement (fortuin der zee, van buiten komend onheil). Voorts Clausing, 2003, p. 1 alwaar hij het van buiten komende onheil in het kader van het onzeker voorval noemt.

maakt duidelijk dat het onzeker voorval ook in de rechtspraak doorgaans wordt vereenzelvigd met de gedekte oorzaak. Zulks is naar mijn mening een onjuiste benadering.

Uit jurisprudentie blijkt dat aan het onderscheid 'onzeker voorval' en 'oorzaak' voorbij wordt gegaan. Illustratief is de omschrijving van het onzeker voorval in het arrest van de HR 4 januari 1980 zoals vermeld in de MvT op art. 7:925 (7.17.1.1) BW:

'... dat onder de polis, in geval uit eigen gebrek voortvloeiende schade, het onzekere voorval dat de schade doet ontstaan, moet worden gezocht in het aan het licht komen van het eigen gebrek'.⁹⁵

Uit deze omschrijving blijkt dat als onzeker voorval wordt aangemerkt het enkele moment van het aan het licht komen van het eigen gebrek. In mijn visie kan een dergelijk moment hoogstens worden aangemerkt als een 'evenement'. Het onzekerheidselement komt hier in het geheel niet ter sprake zodat de term 'onzeker voorval' naar mijn mening misplaatst is.⁹⁶

Ook in zijn arrest van 26 november 1993 relateert de Hoge Raad het onzeker voorval aan één omstandigheid:

'De schade door bevroering van de koeltoeloeistof is, naar het hof veronderstellenderwijs heeft aangenomen, tijdens de verzekerde periode ontstaan als gevolg van de vorst die tijdens het vervoer van Nederland over de Noord Atlantische Oceaan naar Guelph in Canada, heeft geheerst. Dergelijke vorst is in die periode in dat gebied als een normale gebeurtenis te verwachten en kan niet als een onzeker voorval worden aangemerkt. Daarbij heeft het hof kennelijk het oog geheel op de betekenis van die term in art. 246 K.'⁹⁷

Verwezen zij voorts naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 2 mei 1997.⁹⁸ In die procedure had de rechtbank als volgt geoordeeld:

'Windkracht 7 tot 8 is geen abnormaal sterke wind (minder dan stormkracht) en – naar eiser ook niet betwist heeft – in oktober in het Middellandse zeegebied geen zeldzaam voorkomende gebeurtenis. Daarbij komt dat eiser uitgevaren is bij ruwe zee en terwijl er al een stevige wind stond. Eiser had er dan ook rekening mee moeten houden, dat deze wind zou aanhouden, zodat ook in dit opzicht deze wind niet als een onzeker voorval (van buiten komend onheil) beschouwd kan worden.'⁹⁹

95. HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305, m.nt. FJHM. Kamerstukken II 1985-1986, 19529, nr. 3, p. 5.

96. In dit geval vloede uit de term 'onzeker voorval' overigens geen dekkingsbeperking voort.

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

98. HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597.

99. Kenbaar uit Hof Amsterdam 18 januari 1996, S&S 1996, 109.

Deze duidelijke vereenzelviging van het 'onzeker voorval' en het 'van buiten komende onheil' blijft in de verdere procedure onaangetast. De Hoge Raad oordeelt voorts als volgt:

'Onderdeel 5 is gericht tegen 's Hofs rov. 4.7 waarin het Hof, in het voetspoor van de Rechtbank, oordeelt dat de door de Vries gestelde omstandigheden niet als een van buiten komend onheil in de zin van de verzekeringsvoorwaarden kunnen worden aangemerkt. Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat voor de vraag of een bepaald evenement als onzeker voorval kan worden aangemerkt, het gehele gebeuren in aanmerking moet worden genomen en dat het niet geoorloofd is daarbij een wezenlijk element ter zijde te laten.' (HR 19 november 1982, NJ 1983, 711).

Gelet op de vereenzelviging van het 'van buiten komend onheil' en het 'onzeker voorval'¹⁰⁰ is de verwijzing naar het Meyer-arrest mijns inziens misplaatst. Het van buiten komend onheil betreft immers één enkele schadeveroorzakende omstandigheid, terwijl in het Meyer-arrest nu juist is beslist dat het bij het onzeker voorval gaat om het complex van omstandigheden. Door de vereenzelviging van de termen 'onzeker voorval' en 'van buiten komend onheil' heeft de Hoge Raad de bewuste passage over het 'onzeker voorval' in een andere context, dan die in het Meyer-arrest geplaatst. In de zaak 'Fortuna' is er onmiskenbaar géén sprake van louter een 'normale gang van zaken'. Gewezen zij op het uitvallen van de dynamo en het niet adequaat reageren op deze van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid.

Hof 's-Gravenhage 19 september 1992, S&S 1993, 17

In de zaak Bantle & Preiss BV/UAP wordt na vervoer van Indonesië naar Nederland aan een viertal zendingen pitriet, die gedurende het regenseizoen op 31 december 1987, 19 januari 1988, 14 februari 1988 en 28 maart 1988 waren verscheept, water- en vochtschade geconstateerd. De dekkingsclausule (Institute Cargo Clauses A) luidt: *'The insurance covers all risks of loss of or damage to the subject-matter insured except as provided in Clauses 4, 5, 6 and 7 below.'* Uitgesloten is schade veroorzaakt door slechte verpakking (artikel 4 lid 3) dan wel schade veroorzaakt door eigen gebrek van de goederen (artikel 4 lid 4). Het expertiserapport vermeldt als oorzaak van de schade: *'Naar onze mening moest de schade worden toegeschreven aan de vochtige conditie van het pitriet op het moment van de belading in de betreffende containers, dat overmatige condensvorming tijdens de zeereis tot gevolg heeft gehad. Dit vocht kon door de zeer beperkte ventilatiemogelijkheden van de containers niet uit de containers zodat het vocht zich aan het plafond en langs de wanden verzamelde waarna de lading weer in contact kwam met dit gecondenseerde vocht.'* Verzekerde noemt o.a. als omstandigheid de zeer hoge vochtigheidsgraad in de containers.

100. Ook Clausing, 2003, p. 1 e.v. lijkt het onzeker voorval te vereenzelvigen met het van buiten komende onheil. Zie ook Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 20.

Verzekeraars stellen onder andere dat geen sprake is van een onzeker voorval, dan wel dat de schade is veroorzaakt door een eigen gebrek van het pitriet. Het Hof Den Haag oordeelt dat ook bij een all-risksclausule de verzekerde moet aantonen dat er sprake is van een onzeker voorval, ofwel een van buiten komend onheil:

Het hof is met de Rb. van oordeel dat een all-risks clause als in de Institute Cargo Clauses niet wegneemt dat er een onzeker voorval moet zijn en dat het op de weg van de verzekerde ligt aannemelijk te maken dat de schade aan een onzeker voorval is toe te rekenen. In de toelichting op deze grief voert Bantle & Preiss als (enig) argument tegen de opvatting van de Rb. (en het hof) aan dat een voorval slechts dan onzeker in verzekeringsrechtelijke zin is, indien die onzekerheid bestaat op het moment van het sluiten van de overeenkomst. De vraag naar het moment waarop de onzekerheid van een voorval beoordeeld moet worden is echter een andere vraag dan het in deze bestreden antwoord op de vraag van de verdeling van de stelplicht en bewijslast.¹⁰¹

Een beslissing derhalve die ook duidt op vereenzelviging van 'onzeker voorval' en 'oorzaak'.

1.6.2 Onzeker voorval: een gebeurtenis die naar de normale loop van de omstandigheden niet is te verwachten

De formulering van het onzeker voorval als *een gebeurtenis is die naar de normale loop van de omstandigheden niet is te verwachten* komt neer op een vereenzelviging van het 'onzeker voorval' en de 'gedekte schadeoorzaak' en leidt dus tot een dekkingsbeperking. Dat komt vooral doordat het begrip 'onzeker voorval' wordt geobjectiveerd. Niet langer wordt er in deze visie van uitgegaan dat het evenement *voor de verzekerde* (dus in subjectieve zin) een onzekere gebeurtenis moet zijn en dat er op het tijdstip *van het sluiten van de verzekering* onzekerheid moet bestaan.

Rechtspraak die in dat verband wordt vermeld gaat meestal over de vraag of sprake is van een gedekt evenement.¹⁰² Van der Burg stelt:

'Wat een bepaalde gebeurtenis tot een onzeker voorval bestempelt, wordt vooreerst benaderd vanuit een objectief gegeven: het moet een toevallig abnormaal verschijnsel zijn ofte-wel een van buiten komend onheil'.¹⁰³

Met uitgebreide literatuurverwijzing neemt ook Kuiper aan dat het onzeker voorval een gebeurtenis moet zijn die naar de normale loop van de omstan-

101. Hof 's-Gravenhage 19 september 1992, S&S 1993, 17. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 169 noemt het daaraan voorafgaande, grosso modo gelijklopende, vonnis van de Rechtbank Rotterdam kennelijk met instemming.

102. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.2; Wery/Mendel, 2004, p. 69 e.v. A-G Bloembergen in zijn conclusie voor het arrest van de HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597.

103. Van der Burg, 1990, p. 78.

digheden niet te verwachten is.¹⁰⁴ Hoewel Drion stelt dat het slechts aankomt op subjectieve onzekerheid bij het afsluiten van de verzekering is hij kennelijk toch van mening dat onzeker in verzekeringsrechtelijke zin een gebeurtenis is, die naar de normale loop van de omstandigheden niet te verwachten is.¹⁰⁵

In het Antivries-arrest beslist de Hoge Raad dat het onzeker voorval ontbreekt omdat er geen sprake is van een abnormale gebeurtenis. Verwezen zij naar de hiervoor weergegeven passages. Uit lagere rechtspraak blijkt hetzelfde. Het Hof 's-Gravenhage overweegt in 1992 als volgt:

*'Naar het oordeel van het hof heeft de Rb., terecht overwogen dat de hoge vochtigheidsgraad van de lucht in de regenperiode in Ujung Pandang en omgeving een normaliter te verwachten gebeurtenis is en geen onzeker voorval. Het argument dat de onzekerheid beoordeeld moet worden op het moment dat de verzekering wordt afgesloten, baat Bantle & Preiss niet, omdat ook op dat moment algemeen bekend was dat de vochtigheidsgraad van de lucht in de regenperiode veel hoger is dan buiten die periode en dus voor eventueel in die periode te verzenden lading geen onzeker voorval zou zijn.'*¹⁰⁶

Rechtbank Amsterdam 27 maart 1957, NJ 1957, 661

Voor het vervoer van piano's sluit verzekerde een transportverzekering met de volgende dekking:

Each and every material loss i.e. damage to, destruction of, or entire or partial loss of the insured interests, however small, thus irrespective of percentage however caused.

Na aankomst te Rotterdam doet verzekerde de piano's, verpakt in houten kisten zonder zinkbekleding, opslaan in een scheepsloods die in februari 1953 tijdens de watersnood onderloopt. Daardoor beschadigde piano's worden door verzekeraars vergoed. De niet beschadigde piano's blijven in opslag. Ongeveer twee jaar nadien blijken de piano's door vocht te zijn aangetast. Verzekeraars weigeren de schade te vergoeden. Zij stellen zich op het standpunt dat een schadeverzekering naar haar aard alleen dekking biedt tegen schade tengevolge van onvoorziene gebeurtenissen.

De Rechtbank Amsterdam overweegt als volgt:

Door de door eiseres ingeroepen clause 'however caused', noch door de verlengingen van de verzekering, heeft de overeenkomst tussen pp. haar karakter van verzekering ver-

104. Kuiper, VA 1996, p. 136. Hoewel dezerzijds kan worden ingestemd met haar weergave van de literatuur over dit onderwerp, dient een kanttekening te worden gemaakt bij de verwijzing naar Catz. Uit zijn artikel in het VA blijkt nu juist dat hij het onzeker voorval aanmerkt als voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van de verzekeringsovereenkomst.

105. Drion, VA. 1992, p. 238.

106. Hof 's-Gravenhage 1 september 1992, S&S 1993, 17. Zie ook Rb. Amsterdam 27 maart 1957, NJ 1957, 661 (opgeslagen piano's).

loren: door de eerste niet, omdat, al moge vergoeding zijn toegezegd wegens schade door welke oorzaak ook veroorzaakt, dit niet betekent, zoals eiseres stelt, dat ook zonder evenement geleden schade wordt vergoed, maar slechts dat het onverschillig is van welk evenement, dat bij een transportverzekering als de onderhavige kan worden opgevat als oorzaak, de geleden schade het gevolg is – door de tweede niet, omdat deze verlengingen zijn overeengekomen met het oog op de duur van het risico, doch niet teneinde de mogelijke schadeorzaken ter zijde te stellen. Aldus blijft ook ten deze beslissend art. 246 K. dat bepaalt, dat de schade moet zijn teweeggebracht door een onzeker voorval. Hieronder moet worden verstaan een gebeurtenis, welke naar de normale loop der omstandigheden niet is te verwachten. Gebeurtenissen welke bij een gewone loop van zaken mogen worden verwacht – zoals vochtschade ten gevolge van weersinvloeden – vallen hier derhalve niet onder. Wie in het vochtige klimaat van ons land, in het bijzonder de westelijke provinciën, gevoelige instrumenten als piano's, gedurende enige jaren laat staan in een havenloods, verpakt in houten kisten, welke niet voorzien zijn van een vochtwerende bekleding, moet redelijkerwijze verwachten dat deze door vocht zullen worden aangetast.

1.6.3 Engels recht

Ook naar Engels recht is de verzekeringsovereenkomst een kansovereenkomst en is het element onzekerheid in het kader van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst daarom van belang. Onzekerheid maakt echter ook deel uit van het gedekte evenement, waardoor sprake is van een vereenzelviging van 'onzekerheid' en 'gedekte schadeoorzaak'. Dit vloeit voort uit wettelijke bepalingen betreffende het transportverzekeringsrecht (marine insurance). Op grond van § 3 MIA zijn verzekerd maritime perils waarvan de peril of the sea deel uitmaakt. Artikel 7 van de Rules for Construction of Policy bepaalt: *'The term 'perils of the seas' refers only to fortuitous accidents or casualties of the seas. It does not include the ordinary action of the winds and waves.'*

Algemeen wordt aangenomen dat deze regel ook geldt voor het algemene verzekeringsrecht: het schadeveroorzakende evenement moet 'fortuitous' zijn.¹⁰⁷ Illustratief is de door Colinvaux gegeven definitie van de verzekeringsovereenkomst: *'Contracts of insurance, like wagering contracts, are aleatory contracts depending on an uncertain event or contingency as to both profit and loss.'* Men drukt zich ook wel aldus uit: *'The purpose of a policy is to secure an indemnity against accidents which may happen, not against events which must happen.'*¹⁰⁸

Clarke meent dat de eis van 'fortuity' in ieder geval niet speelt op het moment dat de schade is voorgevallen maar op het moment (voor)dat de dekking of het risico een aanvang neemt.¹⁰⁹ Deze mening acht ik juist, aan-

107. Zie Clarke, 1997, par. 17-3A1. Colinvaux, 1997, p. 75. Mac. Gillivray, t.a.p., p. 686-687 en 841. Hardy Ivamy, 1993, p. 443. Raynes, Insurance London 1960, p. 75.

108. The Xantho (1887) 12 App. Cas. 503, 509. Literatuur: Clarke, t.a.p., p. 389 e.v.; Colinvaux, t.a.p., p. 75; Mac Gillivray, t.a.p., p. 686, 687, 841; Hardy Ivamy, t.a.p., p. 443; H.E. Raynes, Insurance London 1960, p. 75.

109. Clarke, 1997, par. 17-3A2.

gezien op het moment dat de schade zich heeft voorgedaan, in de woorden van Clarke, 'with the benefit of hindsight', deze schade per definitie niet langer onverwacht, toevallig is.¹¹⁰ Het Engelse standpunt lijkt net als het Nederlandse te zijn ingegeven door de eis van onzekerheid in het kader van het karakter van de verzekeringsovereenkomst. Niet duidelijk daarbij is of de eis van onzekerheid strikt moet worden gehanteerd, in die zin dat het voor verzekerde (subjectief) ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzeker moet zijn geweest dat zich schade zou voordoen in de verzekerde periode. Clarke stelt dat schade niet fortuitous is als 'it was inevitable at the beginning of cover or at the time the contract is made, as appropriate to the case'. In een noot vervolgt hij: 'This question has not been the subject of close examination in English cases'.¹¹¹ Eerder stelt hij echter dat 'uncertainty' moet worden vastgesteld bij het aangaan van de verzekering.¹¹² Over de objectieve dan wel subjectieve toets bestaat ook twijfel. Clarke meent dat sprake zou moeten zijn van een subjectieve toets, maar de objectieve toets 'does seem to reflect the current state of English law for all risks cover'. In de Verenigde Staten lijkt evenwel sprake te zijn van een ommekeer, hetgeen onder meer blijkt uit de Bauxites zaak waarin de Court of Appeal in tegenstelling tot de rechtbank voor de subjectieve benadering kiest onder verwijzing naar Section 291 (1932) van de Restatement of Contracts:

*a fortuitous event ... is an event, which so far as the parties to the contract are aware, is dependent on chance.*¹¹³

Aangenomen wordt wel dat een all-risksdekking niet inhoudt 'wear and tear, inherent vice, own act of insured, British capture, or risks that was not lawful to cover'. Deze conclusie is gebaseerd op de gedachte dat een schade niet 'inevitable' mag zijn.¹¹⁴ De eis van toeval, onzekerheid wordt terloops gesteld. Men baseert de stelling op jurisprudentie, maar de reden om deze eis te stellen is kennelijk te vanzelfsprekend voor nadere motivering. In de Verenigde Staten acht men de eis noodzakelijk vanwege 'public policy' of vanwege 'the fundamental principle that insurance is based on contingent risks'. Clarke wijst erop dat in Engeland uitdrukkelijke dekking tegen de gevolgen van inherent vice mogelijk is, zodat niet de public policy maar de definition of cover and the notion of risk doorslaggevend is.¹¹⁵ Hoewel deze conclusie naar mijn mening inhoudelijk juist is, acht ik de motivering niet houdbaar. De mogelijkheid om tegen eigen gebrek te verzekeren brengt nog niet de mogelijkheid van verzekering tegen onvermijdelijke schade (schade die zich zeker zal voordoen) met zich. Eigen gebrek

110. Clarke verwijst naar *Soya v. White* (1982) 1 Lloyd's Rep 136, 150. Bij de House of Lords (1983) 1 Lloyd's Rep 122 kwam dit discussiepunt niet meer aan de orde.

111. Clarke 1997, par. 17-3A.

112. Clarke, 1997, par. 1-1D.

113. Clarke, 1997, par. 17-3A2.

114. Clarke, 1997, par. 17-3A1.

115. Clarke, 1997, par. 17-3A.

en onvermijdbaarheid van schade zijn niet synoniem. Verwezen zij in dit verband naar nr. 3.7.

De Engelse literatuur heeft er naar mijn weten niet de aandacht op gevestigd dat, ervan uitgaande dat een schade toch altijd al 'fortuitous' moet zijn, voornoemd artikel 7 Rules for the construction of a policy eigenlijk overbodig is. Afwijkend in dit opzicht is de stelling van Hazelwood dat in geval van een transportschade veroorzaakt door brand de verzekerde geen 'fortuitous event' behoeft te stellen:

The reason why the assured has a less burden in establishing a loss by fire than when claiming for a loss by perils of the seas, is because there is no requirement in the definition of peril of 'fire' to prove fortuity. So if the assured shows an accidental fire, he succeeds. If he shows a deliberate fire and insurers fail to prove connivance then he also succeeds.¹¹⁶

1.7 Bewijslastverdeling

Uit artikel 150 Rv vloeit voort dat de verzekerde alle feiten dient te stellen die benodigd zijn voor het intreden van het door hem beoogde rechtsgevolg. Stelplicht en bewijslast liggen in elkaars verlengde aangezien de partij die de stelplicht heeft, in beginsel ook de bewijslast heeft.¹¹⁷ Uit artikel 150 Rv volgt dat de verzekerde als eisende partij in beginsel moet bewijzen dat zijn schade is veroorzaakt door een gedekt evenement.¹¹⁸

De uitleg van het begrip onzeker voorval is van groot belang voor de bewijslastverdeling, zeker als wordt aangenomen dat het bij een onzeker voorval mede moet gaan om een abnormale, toevallige omstandigheid. In dat geval dient verzekerde dan immers aan te tonen dat sprake is geweest van een abnormale omstandigheid.¹¹⁹

116. Hazelwood, Marine perils and the burden of proof. In: The modern law of marine insurance (feestbundel aangeboden aan F.J.J. Cadwallader). Edited by D. Rhidian Thomas. LLP, London. New York, Hong Kong, 1996, p. 170.

117. Snijders, Ynzonides en Meijer, 2002, nr. 205. W.D.H. Asser, Vademecum Burgerlijk Procesrecht (april 1998), nr. 6.4.1 wijst erop dat dit adagium wel waarheid bevat maar toch niet helemaal recht doet aan de gecompliceerde werkelijkheid. Het adagium gaat vooral daarom mank omdat het geen oplossing geeft voor het concrete probleem van de bewijslastverdeling, te weten wie wanneer wat moet bewijzen. Zie echter voor het verschil tussen de fase van 'stellen versus betwisten' en de fase van 'bewijslastverdeling' G.J. Visser, Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties, TCR 1997, p. 73 e.v.

118. Artikel 150 Rv luidt immers: De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

119. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 6.5 en 6.6 stelt dat de verzekerde dient te stellen en bewijzen, dat een evenement tot vergoeding van de schadelijke gevolgen waarvan de verzekeraar zich had verbonden heeft plaatsgevonden. In nr. 6.15 stelt hij dat ook bij een all-risksclausule de verzekerde het onzeker voorval moet aantonen en niet kan volstaan met het bewijs van de schade. Hij bestrijdt de opvatting van Dorhout Mees, 1967, nr. 445 die stelt dat bij een uitgebreide all-risksclausule het enkele bewijs van de schade voldoende is. De opvatting van Dorhout Mees lijkt evenwel niet geheel consistent nu hij in nr. 331 stelt dat een all-risksclausule de eis van een onzeker voorval niet terzijde schuift en hij daaronder →

Uit mijn opvatting volgt dat artikel 246 K (oud) aan de verzekerde een lichtere bewijslast toekende, aangezien hij geen specifieke schadeoorzaak hoefde te stellen en bewijzen. De verzekerde moet bewijzen dat het evenement heeft plaatsgevonden in de verzekerde periode. De verzekeraar zal desgewenst moeten betwisten dat het onzeker voorval aanwezig is en zal dus moeten bewijzen dat verzekerde ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst wist dat zich naar de normale loop van de omstandigheden in de verzekerde periode het evenement zou voordoen. Indien dit het geval is, is er geen sprake van een geldige verzekeringsovereenkomst. Mogelijk neemt de verzekeraar het standpunt in dat zich in het geheel geen afwijkende omstandigheid heeft voorgedaan en dus het evenement louter voortvloeit uit een normale gang van zaken waardoor het vermoeden bestaat dat er geen sprake is van een onzeker voorval. Het hangt dan echter van de omstandigheden van het geval af welke bewijslast de rechter alsdan aan partijen zal opleggen. Als regel geldt dan dus niet dat de verzekerde een bepaalde afwijkende omstandigheid zal moeten aantonen. Voor het ontbreken van het onzeker voorval zal de rechter de overtuiging moeten verkrijgen dat de verzekerde bij het sluiten van de verzekering wist dat het evenement zich volgens de normale gang van zaken tijdens de verzekerde periode zou voordoen.

Nadat is vastgesteld of er sprake is van een onzeker voorval komt aan de orde of er een rechtens relevante oorzaak is en zo ja of deze een gedekt dan wel uitgesloten evenement oplevert. Meestal volgt uit de polisbepalingen dat de verzekerde zal moeten bewijzen dat zich een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid, toestand heeft voorgedaan. Zulks vloeit alsdan echter niet voort uit de definitie van het onzeker voorval. Vooral bij de all-risksclausules die bijvoorbeeld eindigen met 'however caused' is het mijns inziens niet vanzelfsprekend dat verzekerde de bewijslast heeft een specifieke afwijkende omstandigheid (een schadeoorzaak in verzekeringsrechtelijke zin) aan te wijzen.¹²⁰ Verzekeraars geven met de uitgebreide all-risksdekking te kennen dat het hen onverschillig is hoe de schade is ontstaan, tenzij er sprake is van een uitgesloten oorzaak. Verzekerde behoeft in beginsel slechts aan te tonen dat het evenement in de verzekerde periode is opgetreden. Rechtspraak die deze benadering bevestigt is schaars.¹²¹ Steun voor mijn opvatting biedt een uitspraak van het OLG

verstaat een van buiten komend onheil. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 169 noemen het vonnis van Rb. Rotterdam 9 februari 1990, S&S 1990, 129 waarin wordt geoordeeld dat een all-risksclausule in een transportverzekering onverlet laat de op de verzekerde rustende bewijslast een bepaald evenement als oorzaak van de schade aan te tonen. Verzekerde zou volgens de rechtbank aan deze bewijslast voldoen als hij aannemelijk weet te maken dat de schade redelijkerwijs is toe te rekenen aan een van buiten komend onheil. In hoger beroep oordeelt het Hof Den Haag 1 september 1992, S&S 1993, 17 overigens in dit kader dat de verzekerde een 'onzeker voorval' moet aantonen.

120. Zie Ritter-Abraham, 1967, § 28, Anm. 9 voor de all-risksdekking bij de 'Seeversicherung': 'Die Rechtsprechung verlangt also keineswegs, daß der Versicherungsnehmer seinen Entschädigungsanspruch auf einen bestimmten Unfall "stutze", und daß er, "um den Ersatz eines Schadens fordern zu können", "den Unfall" beweiße.'

121. Verwezen zij naar Hof Den Haag 29 juni 1962, S&S 1964, 29.

Hamburg uit 1989.¹²² Daarin is beslist dat de verzekerde bij een all-risks-dekking kan volstaan met het bewijs dat de schade tijdens de verzekerde periode (i.c. tijdens het transport) is ontstaan door enig gevaar en dat de verzekeraar dient te bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een niet verzekerd gevaar:

'Dieser Schaden rechtfertigt den geltend gemachten Versicherungsanspruch. Es ist nämlich zunächst eine versicherte Gefahr verwirklicht worden. Nach § 28 S. 1 ADS, Nr. 1.1.1 ADS Güterversicherung 73 trägt der Versicherer grundsätzlich alle Gefahren, denen die Güter während der Dauer der Versicherung ausgesetzt sind. Infolge dieser All-Gefahren-Deckung ist es ausreichend, wenn der Anspruchsteller dartut, daß der Schaden während des versicherten Zeitraums durch irgendeine Gefahr eingetreten ist (vgl. zur Problematik Enge, Transportversicherung 2. Aufl. 1987 S. 56). Der Nachweis, daß das Schadenseignis auf der Verwirklichung einer nichtversicherten Gefahr beruht, obliegt im Fall einer All-Gefahren-Deckung dem Versicherer (Enge aaO S. 57).'

Slechts wanneer de verzekeraar een van de normale gang van zaken afwijkende uitgesloten omstandigheid stelt kan het noodzakelijk zijn dat de verzekerde daar een andere, niet-uitgesloten, van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid tegenover moet stellen. Als hij dat niet doet wordt immers de door de verzekeraar gestelde afwijkende omstandigheid als 'dominante oorzaak' aangemerkt. Verwezen zij dienaangaande naar hoofdstuk 5 over bewijslastverdeling.

1.8 Onzekerheid is gerelateerd aan de totstandkoming van de verzekering en niet aan de aanvang van het risico. De omstandigheid dat de oorzaak reeds bestond vóór de verzekerde periode staat niet in de weg aan dekking onder de polis

Wanneer het onzekerheidsvereiste wordt losgekoppeld van de totstandkoming van de verzekering bestaat de mogelijkheid dat de volgende redenering naar voren zal worden gebracht. *Wanneer de oorzaak van de schade heeft plaatsgevonden vóórdat de verzekerde periode aanvang bestaat er niet langer onzekerheid dat de schade zich zal voordoen en is er dus geen sprake van een onzeker voorval.* Deze redenering is, gelet op de voorgaande paragrafen, mijns inziens niet juist aangezien het voor de verzekerde op het tijdstip van het afsluiten van de verzekering onzeker moet zijn dat de schade zich in de verzekerde periode zal voordoen. Los hiervan snijdt de redenering ook geen hout aangezien niet van belang is of de oorzaak van het evenement, maar of het evenement zelf zich heeft voorgedaan in de verzekerde periode. Dit argument houdt niet zozeer verband met het onzeker voorval, maar met het onderscheid tussen de begrippen 'oorzaak' en 'beschadiging (evenement)', en komt dan ook uitgebreid in het volgende hoofdstuk aan de orde.

122. OLG Hamburg 27 april 1989, VersR 1991, 544.

OORZAAK, BESCHADIGING, EVENEMENT, SCHADE

2.1 Inleiding

In het onderhavige hoofdstuk staat wederom de betekenis van het begrip 'oorzaak' centraal. Anders dan in hoofdstuk 1 wordt echter deze betekenis niet in de eerste plaats afgezet tegen het begrip 'onzeker voorval', maar tegen de begrippen 'beschadiging', 'evenement' en 'schade'. Het is essentieel deze begrippen, die deel uitmaken van de polisvoorwaarden, te analyseren aangezien zij de dekkingssystematiek bepalen.

Wanneer zaken worden verzekerd tegen materiële beschadiging, dan dient zulks in de polisvoorwaarden tot uitdrukking te komen. Steeds zal dan ook, veelal als startpunt van de dekkingssystematiek, een bepaling zijn opgenomen over de (omvang van de) *dekking*. Ter illustratie volgen hiervan vier voorbeelden:

- a. Beurs-rubriekenpolis constructieverzekering voor bouwwerken 1992 (CAR-polis), Rubriek I: Het Werk

Dekking tijdens de bouwtermijn

Tijdens de bouwtermijn dekt de verzekering de schade die een verzekerde lijdt als gevolg van:

- *beschadiging van het werk, ongeacht door welke oorzaak, met terzijdestelling van artikel 249 Wetboek van Koophandel*
- *diefstal van bouwcomponenten*

- b. Nederlandse Beurs Brandpolis – 1990

Omvang van de dekking

Verzekerd wordt tegen schade aan de verzekerde zaken door de gevaren brand en ontploffing als vermeld in 'Nadere Omschrijvingen' en blikseminslag, ongeacht of deze gevaren zijn veroorzaakt door eigen gebrek, eigen bederf of uit de aard en de natuur van de verzekerde zaken zelf onmiddellijk voortspruiten.

- c. Extra uitgebreide gevarenverzekering voor gebouwen

Deze verzekering dekt materiële schade aan de omschreven zaken door de gebeurtenissen als hieronder omschreven, ook als de gedekte gebeurtenissen voortspruiten uit enig gebrek, eigen bederf of de aard en natuur van de verzekerde zaken, maar met inachtneming van de uitsluitingen genoemd onder 2.5.

- *brand, ...*
- *brandblussing*
- *blikseminslag*

- ontploffing, ...
- luchtverkeer, ...
- regen, sneeuw, hagel of smeltwater (verder te noemen neerslag), indien ...
- ...

d. All-Risksclausule behorende bij de Nederlandse Beurs Goederen Polis – 2006

De verzekeraars vergoeden alle verliezen van en materiële schade aan de verzekerde zaken – met inbegrip van de onkosten bedoeld in artikel 3 van de voorwaarden ‘Nederlandse Beurs-goederenpolis 2006’ – onverschillig door welke oorzaak ontstaan, echter onverminderd de bepalingen in de artikelen 16, 17 en 24 ‘Aard en gebrek’, ‘Schuld van een verzekerde’ en ‘vrij van oorlogsrisico en stakersrisico’ van de Voorwaarden ‘Nederlandse Beurs-goederenpolis 1996’

Centraal in deze polisbepalingen staan dus de aanduidingen ‘schade aan’ dan wel ‘schade als gevolg van een beschadiging’. Uit deze omschrijvingen vloeit een zekere begrenzing van de dekking voort. Het over te nemen risico wordt begrensd door de termen ‘schade aan’ e.d. Bij verzekering van zaken is immers hiermee het risico beperkt tot materiële beschadiging. Voorts geldt een verzekering gedurende een bepaalde periode die naar gelang de soort verzekering langer of korter kan zijn. Een transportverzekering wordt bijvoorbeeld afgesloten voor een bepaalde reis, een CAR-verzekering voor de bouw- en onderhoudstermijn, een opstalverzekering voor een aantal jaren.¹ Polisvoorwaarden regelen doorgaans niet op welke wijze deze twee factoren precies de omvang van de dekking beperken.

Naast deze omschrijving van het over te nemen risico, zijnde het gevaar van beschadiging, volgt uit de dekkingssystematiek dat de dekking verder wordt begrensd door het noemen van gedekte en uitgesloten oorzaken. Bij de omschrijvingen onder a en d zijn deze oorzaken zeer ruim geformuleerd (allrisks). Bij de omschrijvingen onder b en c is sprake van een beperktere opsomming van gedekte schade oorzaken en/of gedekte evenementen. Niet altijd duidelijk is steeds de grens tussen het zich verwezenlijken van het verzekerde risico enerzijds en de oorzaak daarvan anderzijds. Brand is hiervan een goed voorbeeld. Is brand een omschrijving van de soort beschadiging of is brand de oorzaak van de beschadiging? Het onderscheid hiertussen is van wezenlijk belang, omdat bijvoorbeeld is vereist dat de verwezenlijking van het verzekerde risico zich binnen de verzekerde periode voor doet. In beginsel bestaat er geen verzekeringsdekking als beschadiging van te vervoeren zaken op grond waarvan de verzekerde schadevergoeding vordert, zich voordoet buiten de verzekerde periode. Zulks geldt echter noch voor het zich voordoen van de oorzaak, noch voor het zich voordoen van de schadelijke gevolgen van het zich verwezenlijken van het

1. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 10.2 maakt voor de CAR-verzekering onderscheid tussen de dekkingstermijn en de contractstermijn. Bij een doorlopend contract zijn er steeds verschillende tijdstippen waarbij opnieuw dekkingstermijnen aanvangen en eindigen. Zulks geldt eveneens voor de contractpolis bij de transportgoederenverzekering.

verzekerde risico. Deze kunnen zich heel wel voordoen vóórdát de verzekerde periode aanvangt, resp. nádat de verzekerde periode is geëindigd. Verwezen zij naar het Monoliet I-arrest.² In die zaak ging het om de vraag of reeds vóór aanvang van de dekkingperiode aangetaste vloerplaten aanleiding konden geven tot schadevergoeding door de verzekeraar. Die vraag werd bevestigend beantwoord aangezien de aantasting werd beschouwd als een eigen gebrek dat tijdens de verzekerde periode aan het licht kwam. Het is echter de vraag of de uitkomst dezelfde was geweest als de aantasting niet was beschouwd als een eigen gebrek maar als een beschadiging. Het arrest zal hierna uitvoerig aan de orde komen.

Doelstelling van dit hoofdstuk is de dekkingssystematiek in het verzekeringsrecht inzichtelijker te maken door bovengenoemde begrippen duidelijk te omschrijven. Gelet op het voorgaande is hierbij van belang scherp onderscheid te maken. De diverse begrippen oorzaak en beschadiging vertonen evenwel ook een bepaalde onderlinge verbondenheid.³ Als oorzaak is eerder aangemerkt een afwijking van de normale gang van zaken. Dit duidt derhalve op een verandering/wijziging. Als beschadiging wordt aangemerkt de bloot feitelijke aantasting van een zaak, ofwel de aantasting van de stoffelijke structuur van een zaak. Zulks impliceert eveneens een *verandering/wijziging*, namelijk een *verandering/wijziging* van de structuur van de zaak. Er is dus sprake van een logische verbondenheid tussen de begrippen oorzaak en beschadiging. Deze verbondenheid is *causaal* bepaald. Mijn gevolgtrekking zal zijn dat ook beschadiging een afwijking van de normale gang van zaken is: *verandering/wijziging* van de structuur van de zaak impliceert een afwijking van de normale gang van zaken. Zulks blijkt vooral bij beschadiging van zaken, verzekerd onder een CAR-polis, die in ontwikkeling zijn. Verbondenheid tussen oorzaak en beschadiging is dus een gegeven. Het betreft hier *causaal verband*.

Het omschrijven van de verschillende begrippen is vooral van belang voor de volgende twee aandachtspunten, waarop in het navolgende dan ook de nadruk zal worden gelegd.

- Slechts het *evenement*, zijnde de door de verzekerde gestelde beschadiging op grond waarvan hij schadevergoeding vordert, en niet de oorzaak daarvan, dient zich binnen de verzekerde periode voor te doen. Het loslaten van deze regel leidt tot misverstanden en onjuiste beslissingen.
- Beschadiging is een afwijkende wijziging van de structuur van een zaak en is in die zin *causaal* bepaald. Toepassing van deze gedachte is zinvol bij het vaststellen van de betekenis van het begrip beschadiging van zaken in ontwikkeling (CAR-verzekering). Beoordeling van de vraag of

2. HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305, m.nt. FHJM.

3. Ook bij de onrechtmatige daad is sprake van verbondenheid tussen verschillende begrippen. Veegens heeft in zijn noot onder het Jaguar-arrest (HR 9 december 1960, NJ 1963, 1) aangegeven dat de criteria voor de onrechtmatige daad (onrechtmatigheid, schuld, *causaal verband*, relativiteit, schade) niet strikt van elkaar kunnen worden gescheiden. Hij gebruikte hiervoor de metafoor 'communicerende vaten'.

iets als een afwijkende wijziging van de structuur moet worden beschouwd wordt bepaald door polisuitleg, verkeersopvattingen en de omstandigheden van het geval en is dus voor een deel normatief bepaald. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van vermenging van verschillend zaai-zaad is geen van de afzonderlijke zaadjes aangetast en is er, in deze benadering, geen beschadiging. Wanneer echter als zaak wordt beschouwd een bepaalde hoeveelheid soort zaai-zaad is er wel een beschadiging aangezien deze bulk een structuurwijziging heeft ondergaan. Doorslaggevend kan dus zijn de verkeersopvatting over het begrip 'zaai-zaad'.

2.2 Oorzaak, beschadiging, evenement en schade

Uit de door Hart/Honore gegeven definitie van oorzaak blijkt dat er sprake moet zijn van 'a difference in the outcome'. Dit komt ook overeen met het begrip beschadiging. Wansink geeft in het kader van de CAR-verzekering de volgende omschrijving van het begrip beschadiging: *'Het moet gaan om een objectieve aantasting van de stoffelijke structuur die naar verkeersopvattingen de stoffelijke gaafheid van de zaak kenmerkt'*. Dorhout Mees voegt daaraan toe dat de aantasting van de stoffelijke structuur een wijziging van de stoffelijke structuur van een zaak veronderstelt.⁴ De begrippen oorzaak en beschadiging kunnen dus niet los van elkaar worden gezien. Wanneer als oorzaak wordt aangemerkt een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid vloeit daar uit voort dat beschadiging ook een afwijking van de normale gang van zaken moet zijn. Zulks vloeit voort uit de causale relatie tussen oorzaak en beschadiging.

Het kan onduidelijk zijn of een evenement moet worden beschouwd als 'oorzaak' of als 'beschadiging'. Soms is de in de wet of de polis geformuleerde oorzaak (bijna) synoniem voor de beschadiging. Dit is bijvoorbeeld het geval bij brand, ontploffing, zinken, slijtage en bederf. In andere gevallen staat de in de wet of de polis geformuleerde oorzaak los, is althans verder verwijderd, van de beschadiging. Eigen schuld, slecht onderhoud, ontwerpfout, kunnen hiervoor als voorbeeld worden genoemd. Naar mijn mening is het verhelderend om in voorkomende gevallen het evenement (bijv. brand⁵) niet aan te merken als oorzaak, maar als beschadiging. Dit

4. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, p. 171. Zie in dit verband The Nukila (1997) 2 Lloyd's Rep. 146 betreffende beschadiging van een 'accommodation platform'. Voor het onderscheid tussen een 'latent defect' en 'damage' is het van belang dat zich een verandering heeft voorgedaan: *'If a latent defect has existed at the commencement of the period and all that has happened is that the assured has discovered the existence of that latent defect then there has been no loss under the policy. The vessel is in the same condition as it was at the commencement of the period. Therefore, in any claim under the Inchmaree clause or similar clause, the assured has to prove some change in the physical state of the vessel.'*

5. Offerhaus, Het oorzakelijk verband bij schadeverzekering, RMThemis 1944, p. 115 stelt: *'Brand is eigenlijk niet een onzeker voorval, maar een vorm van schade, dien artikel 290 W.v.K. voor rekening van den verzekeraar brengt, onverschillig op welke wijze de brand ook zou mogen ontstaan.'* De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 november 2001, NJ 2002, 143, m.nt. K.F.Haak in het kader van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een schip beslist dat brand niet kan worden aangemerkt als schadeoorzaak.

past ook in het normale spraakgebruik: er is sprake van een inwerking van het gevaar (van buiten af dan wel van binnen uit) op de zaak. Bij brand in de zin van verbranding spreken we dan van brandschade, bij bederf van bederfschade, bij ontploffing van ontploffingsschade, bij slijtage van slijtageschade. Bij zinken, taalkundig ligt het hier iets moeilijker, van verlies. De polisvoorwaarden maken over het algemeen geen onderscheid tussen schadeoorzaken en evenementen. Scheltema/Mijnssen stelt in dit verband dat de uiteindelijke en niet-uiteindelijke oorzaken in de wet en in de polissen stelselloos door elkaar heen worden genoemd.⁶

Voor brand geldt overigens dat deze in bepaalde gevallen niet samenvalt met het evenement. Zo kan er brand ontstaan aan een schuur en het verzekerde object zijnde een tractor later hierdoor beschadigd raken.⁷ Er is dan geen sprake van directe verbranding van de beschadigde zaak.

Naar mijn mening is definiëring van de verschillende begrippen van belang omdat hiermee duidelijk wordt dat in geval van bijvoorbeeld een brandverzekering 'brand' niet de rechtens relevante oorzaak is. Verzekerd is brandschade tenzij uit de polis of wet volgt dat deze brandschade is uitgesloten. Mede bepalend is hier overigens de contractuele context. Zo kan in het kader van een brandpolis beschadiging van een pand door brand als gevolg van een aanrijding tussen een auto en opgeslagen brandbare zaken ongetwijfeld als een brandschade worden aangemerkt. In het kader van de WAM zou een dergelijke schade echter kunnen worden aangemerkt als een aanrijdingschade. De vraag of hier sprake is van een aanrijdingschade dan wel een brandschade deed zich daadwerkelijk voor bij de uitleg van het Bindend Besluit Regres (BBR) 1984 waarin brandverzekeraars afstand doen van hun recht van regres, maar daarbij onder meer een uitzondering maken voor 'aanrijdingsschade'. Het betreft een procedure waarin een brandverzekeraar de door haar betaalde schade vordert van een WAM-verzekeraar. De bewuste schade wordt niet als brandschade maar als aanrijdingschade beschouwd zodat de brandverzekeraar de schade in zijn geheel op de WAM-verzekeraar kan verhalen.⁸

Onmiskenbaar is er ook een scherp onderscheid tussen oorzaak-beschadiging-schade. Oorzaak gaat vooraf aan beschadiging en beschadiging gaat vooraf aan schade.⁹

6. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.19.

7. Het betreft hier de casus van het arrest van de Hoge Raad d.d. 26 januari 2001, n.g., zaaknr. C99/114HR

8. HR 16 mei 2003, NJ 2003, 470. A-G Spier, in zijn conclusie vóór het arrest onder nr. 4.5, meent dat 'buiten gevallen van opzet in elk geval verhaal op een voor een aanrijding aansprakelijke persoon dat uitstijgt boven het door de WA(M)-verzekering gedekte bedrag niet mogelijk is.' Hij constateert echter ook dat zulks niet duidelijk is en dat het aan te bevelen is dat verzekeraars dat voor toekomstige gevallen op een heldere wijze zullen regelen.

9. Mendel in zijn noot onder HR 27 juni 1997, NJ 1998, 329 gebruikt in dit verband de beeldspraak van een drietrapsraket: 1. een materiële beschadiging, in de zin van materieel beschadigende handeling, veroorzaakt 2. een materiële beschadiging in de zin van materieel beschadigde toestand en die is de oorzaak van 3. schade in de zin van vermogensvermindering. Verwarrend is mijns inziens dat hij hier voor de 'oorzaak' en de 'beschadiging' de term 'materiële beschadiging' gebruikt. Hij omschrijft met dezelfde term zowel de activiteit als het resultaat.

2.2.1 Beschadiging, evenement, schade

Voor het verzekeringsrecht is het mijns inziens zinvol het begrip evenement te onderscheiden van het begrip beschadiging. Beschadiging is een aantasting van de fysieke structuur van een object.¹⁰ Dit is enerzijds een bloot feitelijke aangelegenheid: feitelijk zal moeten worden vastgesteld of hiervan sprake is. Hierna zal echter blijken dat aan het begrip beschadiging ook een normatief aspect kleeft.

Een beschadiging kan eerst tot schadevergoeding onder de polis leiden als de verzekerde deze heeft gemeld aan zijn verzekeraar. In het vervolg zal deze *aangemelde* beschadiging worden aangemerkt als 'evenement'. Beschadiging *kán* maar behoeft geen 'evenement' te zijn. Een beschadiging kan immers ook een *oorzaak* van een evenement zijn. Als voorbeeld moge het volgende dienen. De stuurinrichting van een auto begeeft het plotseling door een fabricagefout, de verzekerde raakt van de weg, komt tegen een boom tot stilstand waardoor het casco van de auto zodanig beschadigd raakt dat sprake is van een 'total loss'. Verzekerde claimt de casco schade van de verzekeraar. Het totaal verlies van de auto moet worden aangemerkt als het evenement. Het begeven van de stuurinrichting is op zichzelf ook een beschadiging. Maar deze beschadiging, zijnde een eigen gebrek, heeft geleid tot een *andere* beschadiging (het evenement). Als rechtens relevante oorzaak lijkt in aanmerking te komen de fabricagefout. Essentieel is dat het door de verzekerde gestelde evenement zich tijdens de verzekerde periode heeft voorgedaan. Slechts dan komt de schade, indien ook is voldaan aan alle andere vereisten, voor vergoeding in aanmerking. Niet van belang in het gegeven voorbeeld is of het gebrek aan de stuurinrichting reeds vóór aanvang van de verzekerde periode bestond.

Voorts moet onderscheid worden gemaakt tussen de begrippen beschadiging en schade. Ook in geval van een evenement zal de verzekerde zijn schade dienen aan te tonen en te stellen dat de schade het gevolg is van het evenement. Er moet dus ook tussen het evenement en de schade causaal verband bestaan. In het verzekeringsrecht lijkt deze kwestie van causaal verband, die erop neerkomt dat steeds moet worden vastgesteld of de afzonderlijke schadeposten ten opzichte van het evenement niet in een te ver verwijderd verband staan, geen grote rol te spelen nu jurisprudentie hierover ontbreekt.¹¹ Niet elke schade komt overigens in aanmerking voor vergoeding.¹² Een verzekering van zaken dekt bijvoorbeeld doorgaans geen

10. Zoals hierna nog zal blijken verschaft dit criterium niet altijd de gewenste duidelijkheid.

11. Bij de onrechtmatige daad heeft zich dienaangaande wel een discussie voorgedaan. Daar werd onderscheid gemaakt tussen de vestigingsfase (causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en het intreden van de schade) en de omvangsfase (causaal verband tussen het intreden van de schade en de uiteindelijke omvang van de schade). Zie Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 429. Deze kwestie speelde een rol in het kader van de vraag of er in de vestigingsfase een andere causaliteitscriterium (AQT) gold dan in de omvangsfase (TNR). In het algemeen wordt nu aangenomen dat dit niet het geval is, reden waarom aan het nut van genoemde splitsing wordt getwijfeld.

12. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, p. 173; Van Huizen, diss. 1988, p. 280.

bedrijfsschade in de zin van stilstand van de bedrijfsactiviteit, ook niet als deze het gevolg is van een evenement.¹³

2.2.2 *Verschil oorzaak en beschadiging/evenement.*

De omstandigheid dat de oorzaak reeds bestond voor de verzekerde periode staat niet in de weg aan dekking onder de polis

Een wezenlijk kenmerk van een verzekeringsovereenkomst is dat de verzekeraar slechts gedurende een bepaalde periode gehouden is aan de verzekerde schade te vergoeden indien sprake is van een gedekt evenement. Die periode varieert naar gelang van de aard van de verzekeringsovereenkomst. Een opstal- of inboedelverzekering wordt doorgaans voor een periode van meerdere jaren afgesloten, terwijl een transportgoederen- of een CAR-verzekering voor de duur van respectievelijk de reis en het werk kan worden afgesloten. Van belang is dat het verzekerde evenement gedurende die verzekerde periode moet plaats vinden. In het kader van deze vaststelling is een scherp onderscheid tussen de verschillende begrippen essentieel. Uit de voorgaande paragrafen volgt dat naar mijn mening als evenement moet worden aangemerkt de door de verzekerde gestelde *beschadiging* en niet de *schadeoorzaak*. Nederlandse jurisprudentie en literatuur hebben deze vraag (is het evenement een beschadiging of een schadeoorzaak?), die overigens niet erg nadrukkelijk aan de orde is gekomen, niet duidelijk en éénvoudig beantwoord.

Aan de hand van een praktijkvoorbeeld zal duidelijk worden welk belang de beantwoording van voornoemde vraag heeft. Ladingbelanghebbende A verkoopt handelswaar aan koper B in Rusland. A sluit tegen het risico van schade tijdens het vervoer een verzekeringsovereenkomst met verzekeraar V. A weet niet dat de vervoerder, reeds vóórdat de verzekerde periode aanvangt, het plan heeft opgevat de goederen niet aan B doch in strijd met zijn verplichtingen aan een derde af te leveren. De goederen worden dan ook niet aan B afgeleverd en A ontvangt de koopprijs niet. A vordert op grond van de polis schadevergoeding van verzekeraar V, doch V wijst de vordering van de hand aangezien de schadeoorzaak, zijnde de opzet om de goederen niet aan B af te leveren, reeds vóór aanvang van de verzekerde periode bestond.¹⁴ Verzekerde daarentegen betoogt dat niet van

13. Bedrijfsschade is iets anders dan immateriële schade waarmee in tegenstelling tot vermogensschade ideële schade ofwel smartengeld wordt bedoeld. Zie Asser-Hartkamp 4-1, 2004, nr. 464. Anders Van Huizen, diss. 1988, p. 281. Voor de verzekering van zaken vermijdt ik de term 'zuivere vermogensschade'. Verwezen zij naar nr. 2.2.4. Het begrip zuivere vermogensschade wordt wel gehanteerd bij de aansprakelijkheidsverzekering. Zie Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, 2006, nr. 2.3.1.

14. Verzekeraars voerden tevens aan dat hier geen sprake is van een onzeker voorval aangezien vóór aanvang van de dekking reeds vast stond dat er schade zou optreden. Op deze plaats ga ik op deze kwestie niet in doch gelet op voorgaande paragrafen zal duidelijk zijn dat ik met deze uitleg van het begrip onzeker voorval niet kan instemmen. Ritter-Abraham, Das Recht der Seeversicherung, Hamburg 1967, §21, Anm. 11 lijkt van mening te zijn dat dergelijke schade sowieso niet is gedekt: 'Vgl. KGJRPV 1926.25 = Sasse Nr. 348: 'Der Versicherer trägt nicht die Gefahr, daß das Gut an einen unrichtigen Empfänger ausgeliefert wird.'

belang is dat de schadeoorzaak tijdens de verzekerde periode is opgetreden (de polisvoorwaarden kennen geen bepaling waarin een dergelijk vereiste is opgenomen) doch dat het evenement, namelijk vermissing (diefstal) van de handelswaar, tijdens de verzekerde periode moet hebben plaats gevonden. Van dit laatste, zo stelt verzekerde, is in het onderhavige geval sprake. Wat is nu rechtens? Na bespreking van verschillende in de literatuur/jurisprudentie zichtbare meningen zal een eigen standpunt worden ingenomen.

2.2.2.1 Standpunt dat de schade moet zijn veroorzaakt binnen de verzekerde periode

Voor de verzekering van het transportrisico stelt Van Huizen dat ingevolge de Nederlandse Beurs Goederen Polis van 1976 (thans 1991), wanneer daarbij de All Risksclausule van toepassing is, de schade moet zijn veroorzaakt binnen de verzekerde periode. Bij de Nederlandse Beurs Casco Polis voor de Binnenvaart 1966 is dat anders, zo stelt hij, aangezien daar de verzekeringsperiode niet geldt als de termijn waarbinnen de schade moet zijn veroorzaakt: *'De dekkingperiode is relevant, niet voor het moment van ontstaan, maar voor het manifest worden van de schade.'* De laatste regeling is volgens Van Huizen afwijkend *'van de gebruikelijke dekkingregeling van de transportverzekeringen waarbij de schade gedurende de periode van dekking moet zijn veroorzaakt'*.¹⁵ Het door Van Huizen ingenomen standpunt is derhalve gebaseerd op de uitleg van de polis en op de aard van de transportverzekering.¹⁶ Zijn opvatting is ondanks voornoemde niet voor misverstand vatbare woorden echter toch niet éénduidig. Elders schrijft hij: *'De verzekerde is niet ontslagen van zijn verplichting aan te tonen dat de schade (cursief: AB) zich heeft voorgedaan tijdens de reis. Soms zal de aard van de schade (bijv. aantasting door zeewater) een indicatie geven over het tijdstip waarop de schade is ontstaan.'*¹⁷

Ook volgens de objectieve benadering van het onzeker voorval dient de schadeoorzaak zich in de verzekerde periode voor te doen. Een oorzaak van de schade vóór de verzekerde periode kán immers meebrengen dat de schade zich met een grote mate van zekerheid tijdens de verzekerde periode zal voordoen (zie het hierboven genoemde voorbeeld). Van een onzeker voorval in objectieve zin zou alsdan geen sprake zijn. Als voorbeeld moge voorts dienen het geval dat een zending grondnoten tijdens de reis door mijt onbruikbaar is geworden. Verzekeraars mochten bewijzen dat de partij reeds bij inlading zózeer met mijt was bezet dat de uiteindelijke onbruikbaarheid daardoor te verwachten was.¹⁸

15. Van Huizen, Diss. 1988, p. 38. Niet echter wordt aangegeven op welke wijze de polisvoorwaarden dit bepalen.

16. Een verdere motivering van het standpunt ontbreekt.

17. Van Huizen, diss. 1988, p. 160. De laatste woorden geven mogelijk aan dat het om de oorzaak van de schade gaat, maar dat ligt niet voor de hand nu 'ontstaan' meestal slaat op het zich manifesteren van schade. Zie Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 10.3.2.1.

18. Rb. Rotterdam 2 april 1952, NJ 1953, 386. Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht, 1967, nr. 331 noemt deze zaak, kennelijk met instemming, als voorbeeld voor zijn stelling dat ook in het geval van een uitgebreide all-risksclausule sprake moet zijn van een onzeker voorval.

Overeenkomend met het standpunt van Van Huizen heeft de Court of Appeal in de zaak *Kelly v. Norwich Union*¹⁹, maar dan voor de schadeverzekering in zijn algemeenheid, beslist dat niet de beschadiging (van een gebouw) maar de schadeoorzaak het barsten van een waterleiding) moet plaats vinden binnen de verzekerde periode. Verzekerde Kelly sluit een woonhuisverzekering waarbij schade aan het huis (loss or damage to the buildings) is gedekt voorzover veroorzaakt door enig verzekerd gevaar. Eén van de gedekte gevaren is 'burst water mains' (springen van een waterleiding). De polis bepaalt dat de verzekerde slechts recht op schadevergoeding heeft in geval van 'events occurring during the period of insurance'. Voordat de dekking aanvangt springt er een waterleiding waardoor lange tijd water uit de leiding stroomt. Schade aan het huis (scheuren, breken van ramen, klemmen van deuren, door de rechter samengevat als 'serious displacement of the building') als gevolg van de lekkage manifesteert zich tijdens de verzekerde periode. Deskundigen oordelen aanvankelijk dat sprake is van subsidence (verzakking) maar later blijkt dat sprake is van het tegengestelde namelijk het omhoog komen van de grond (heave). Centraal in deze zaak staat het woord 'event'. Het begrip is in de polis niet nader omschreven zodat de Court of Appeal (Croom-Johnson LJ.) moet terug vallen op 'first principles'. Volgens de Court of Appeal moet onder een 'event' worden verstaan een 'insured peril' (*'In this policy the liability is brought about by the happening of one of the insured perils, -----.'*) Het optreden van schade is geen 'event': *'The later occurrence of the damage is not in my view an 'event' within the meaning of the policy'*. Bingham LJ. motiveert uitvoerig waarom hij met het oordeel van Croom-Johnson instemt. Deze motivering komt neer op uitleg van de polis en 'common sense'. In de literatuur wordt benadrukt dat vooral de bewoordingen in de polis doorslaggevend zijn.²⁰

In de *Nikula*²¹ neemt de Court of Appeal evenwel een enigszins ambivalent standpunt in. Het betreft hier de verzekering van een 'accommodation platform' op zee. Het platform staat op drie pilaren van ongeveer 70 meter lengte. De voet van de poot steekt door een 'steel box', genaamd 'spud can' die het platform mogelijk maakt op de zeebodem te rusten. De 'spud cans' zijn door bepaalde lastechnieken bevestigd aan de pilaren. Het platform ligt sinds september 1983 in de Java Zee. De pilaren worden geregeld

19. *Kelly v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd* (1989) All ER 888. Clarke, 1997, nr. 18-1 merkt op: 'Clearly, the usual conclusion is that the peril insured against, the event, must occur during the insurance period.'

20. Zie Clarke, 1997, nr. 16-2A1. Macgillivray, 1997, nr. 6-29 gaat onder verwijzing naar de bewuste uitspraak verder door te stellen: 'Most policies would not render the insurer liable for a loss suffered during the currency of the risk from a peril operating *wholly* before the commencement of the policy.' Instemmend met de uitspraak, maar dan zonder nadere toelichting, is Colinaux, 1997, nr. 4-28 en 19-07. Hardy Ivamy, 1993, p. 403 stelt: 'Where the peril has already operated on the subject-matter of insurance when the period of insurance begins, and no fresh peril intervenes, the loss sustained, though it may take place during the period of insurance, is not covered, seeing that it is attributable solely to a cause which operated before the policy came into force.'

21. *The Nukila* (1997) 2 Lloyd's Rep. 146.

gecontroleerd. In februari 1987 worden bij de verbinding tussen de drie pilaren en de 'spud cans' scheuren geconstateerd waardoor het platform dreigt te bezwijken. In de loop van de tijd hadden zich 'fatigue cracks' ontwikkeld bij bepaalde lasverbindingen die zich uitbreidden tot de uiteindelijk geconstateerde scheuren. Als oorzaak van de beschadiging wordt aangemerkt dat de las tussen de pilaar en de 'spud can' niet juist is uitgevoerd. Verzekerde vordert de reparatiekosten van de pilaren. Van toepassing is de Inchmaree-clause die als volgt luidt:

6.2 This insurance covers damage to the subject matter insured caused by ...

6.2.2 Bursting of boilers breakage of shafts or any latent defect in the machinery or hull

Bovendien zijn gedekt de kosten van reparatie van een defect onderdeel dat schade aan het schip heeft toegebracht in de zin van artikel 6.2.2. Niet geheel duidelijk is of de schadeoorzaak dan wel de beschadiging binnen de verzekerde periode moet vallen. Enerzijds stelt Hobhouse LJ dat een verzekering alleen dekking biedt tegen fortuities. 'Ordinary incidents of the operation of the vessel' komen niet voor vergoeding in aanmerking. Hij overweegt:

Correcting latent defects is, as a matter of principle, an expense to be borne by the ship-owners and not by underwriters. Similarly, the pre-existing defective condition of the subject-matter of the insurance (be it hull or cargo) can be said to have made the loss something which was bound to happen and therefore not fortuitous.

Wel is het volgens Hobhouse ingevolge artikel 55 MIA mogelijk dat partijen dergelijke risico's verzekeren. Volgens Hobhouse is schade door een 'latent defect' vanuit het gezichtspunt van de verzekerde een 'fortuitous incident'. Uit voornoemd citaat lijkt te volgen dat er in beginsel geen dekking bestaat indien een oorzaak (i.c. een eigen gebrek) zich vóór aanvang van de verzekerde periode voordoet. Even later lijkt het er echter op dat hij van oordeel is dat niet de schadeoorzaak maar de schade moet plaatsvinden gedurende de verzekerde periode:

However there are further difficulties. A policy of insurance does not cover matters which already exist at the date when the policy attaches. The assured if he is to recover an indemnity has to show that some loss or damage has occurred during the period covered by the policy.

Naar mijn mening kan uit het arrest worden afgeleid dat het evenement, en niet de oorzaak van het evenement, zich moet voordoen gedurende de verzekerde periode. Wel wordt ook hier zichtbaar dat, mijns inziens ten onrechte, een reeds vóór aanvang van de dekking aanwezige schadeoorzaak vanwege het criterium 'onzekerheid' problemen kan opleveren voor de dekking.

Ritter-Abraham stelt dat de verzekerde kan volstaan met te bewijzen dat schade tijdens het transport is opgetreden en dat de verzekeraar moet bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een omstandigheid die niet onder de dekking valt. Over de periode van dekking stelt hij:

'Der Versicherer trägt während der Dauer der Versicherung alle Gefahren. Aber er hat nicht alle Schäden zu ersetzen, die während der Dauer der Versicherung entstehen. Er hat anderseits auch Schäden zu ersetzen, die erst nach Ablauf der Versicherung entstehen. Er hat die Schäden zu ersetzen, die adäquat durch solche Gefahrereignisse entstehen oder die wahrscheinlichsten oder unvermeidlichen Folgen solcher Gefahrereignisse bilden, welche sich während der Dauer der Versicherung zutragen und nicht etwa ihrerseits die wahrscheinlichste oder unvermeidliche Folge versicherungsfreier Ereignisse sind (oben Anm. 21). Die Regel causa proxima, non remota spectatur muß sich natürlich auch hier bewähren. Die Verkehrsanschauung, der die Regel ihr Dasein verdankt, kann keine andere sein, wenn es sich um die Zeitlichen (oder räumlichen) Grenzen des Versicherungsschutzes handelt, als wenn es sich um die sachlichen Grenzen des Versicherungsschutzes handelt.'

Het daarna gegeven voorbeeld is verhelderend:

*'Wenn das Schiff für die Zeit vom 1. Januar 1963 bis zum 31. Dezember 1963 versichert ist, am 30. Dezember 1962 in der Ladung Feuer ausbricht, das Feuer unvermeidlich über lang oder kurz auch das Schiff eingreifen muß und tatsächlich am 2. Januar 1963 das Schiff ergreift, haftet der Versicherer nicht. Bricht das Feuer am 30. Dezember 1963 aus, so haftet er, auch wenn das Feuer erst am 2. Januar 1964 das Schiff ergreift.'*²²

Tevens citeert hij met instemming Schweighäuser: 'Wenn "der Schaden die notwendige Folge" des Forvertraglichen Gefahrereignisses sei, haftet der Versicherer nicht.'

2.2.2.2 Bestrijding van voornoemd standpunt:
niet de schadeoorzaak maar de beschadiging (het evenement) moet plaatsvinden binnen de verzekerde periode

Met de bovenstaande benadering waarin de schadeoorzaak binnen de verzekerde periode moet plaatsvinden kan ik niet instemmen.²³ Uit de dekkingssystematiek van de hierna weergegeven polisbepalingen volgt dat het verzekerde evenement zich moet voordoen binnen de verzekerde periode. Onder evenement, het zij herhaald, dient te worden verstaan de door de verzekerde gestelde beschadiging van het verzekerde object (het verzekerde voorwerp) op grond waarvan hij schadevergoeding vordert. Dat kan maar hoeft niet samen te vallen met de schadeoorzaak (hetgeen óók een

22. Ritter-Abraham, Das Recht der Seeversicherung, 1966, p. 477.

23. Eerder heb ik zulks betoogd in The necessity of the operation of a 'casualty' during the period of cargo insurance, European Transport law, Vol XXXV, Nr. 3, 2000, p. 375-379.

beschadiging kan zijn). De polis bepaalt welke evenementen zijn gedekt. Zo bepaalt de Nederlandse Beurs Brand Polis (NBBP)1990:

Verzekerd wordt tegen schade aan de verzekerde zaken door de gevaren brand en ont-ploffing

De Nederlandse Beurspolis voor Uitgebreide Gevaren (NBUG) 1998, de opvolger van de NBBP 1990, bepaalt:

Verzekerd wordt tegen plotseling ontstane schade aan of verlies van de verzekerde zaken door een gevaar als hieronder genoemd ...

De All Risksclausule behorend bij de Nederlandse Beurs Goederen Polis (NBGP) 2006 bepaalt:

De verzekeraars vergoeden:

A. alle verliezen van en materiële schaden aan de verzekerde zaken ... onverschillig door welke oorzaak ontstaan

De evenementen clausule behorend bij de NBGP kent eenzelfde bepaling, maar verschilt van de all-risksclausule doordat een aantal met name genoemde gedekte oorzaken van de beschadiging worden vermeld.

Naar mijn mening volgt uit de systematiek van de polisvoorwaarden dat slechts hetgeen in de dekkingsomschrijving is omschreven als primaire verplichting moet plaats vinden binnen de verzekerde periode. De NBUG noemt als 'omvang van de dekking' verzekering van plotseling ontstane materiële schade aan de verzekerde zaken of verlies. Vervolgens worden de gedekte gevaren/gebeurtenissen opgesomd. Slechts de evenementen en niet de oorzaken daarvan kunnen worden gekoppeld aan de begrenzing naar tijd. Het evenement kan tijdens de gedekte periode plaats vinden, terwijl de oorzaak daarvan plaats vindt vóórdat de periode van dekking aanvangt. Alsdan zou naar mijn mening in beginsel sprake kunnen zijn van een onder de polis gedekte schade, tenzij uit de polisbepalingen volgt dat een bepaalde oorzaak zich moet voordoen binnen de verzekerde periode.

Mijn standpunt dat de oorzaak van de schade niet noodzakelijk behoeft plaats te vinden in de verzekerde periode zou ik voorts als volgt willen motiveren:

- a. Allereerst zou ik menen dat het de duidelijkheid niet ten goede zou komen wanneer niet het tijdstip van de door verzekerde gestelde beschadiging maar het tijdstip van de oorzaak van deze beschadiging bepalend is voor de dekkingsvraag. Over de door de verzekerde gestelde beschadiging bestaat immers doorgaans geen onzekerheid. Juist het vaststellen van de oorzaak van de beschadiging levert in het verzekeringsrecht problemen op. Voorspelbaar is dat in vele procedures ernstige pogingen zouden worden gedaan om een bepaalde vóór aanvang van de dekkingsperiode bestaande omstandigheid te doen aanmerken als rechtens relevante oorzaak. Uit de CAR-verzekering volgt, zo is ook op goede

gronden verdedigd door Dorhout Mees in zijn dissertatie, dat de schade moet zijn *ontstaan* en niet behoef te zijn *veroorzaakt* gedurende de dekkingstermijn. Met ontstaan wordt bedoeld hetgeen ik heb aangeduid als beschadiging, namelijk 'de inwerking van geweld of schadelijke omstandigheden op de zaak'. Dorhout Mees stelt dat zulks volgt uit de systematiek van de CAR-polis. Iedere CAR-polis kent een dekkingstermijn die, om enige zin te hebben, een beperkende werking voor de dekking heeft. In de CAR-verzekering wordt dekking verleend tegen beschadiging van het werk gedurende de bouwtermijn en daarbij lijkt het begrip 'ontstaan' het nauwst aan te sluiten. Zijn conclusie is: *'Bepalend voor de dekking is dus de vraag of de schade tijdens de dekkingstermijn van de polis is ontstaan. Of de oorzaak op een tijdstip vóórafgaand aan de dekking is gelegen, is in beginsel niet relevant.'*²⁴ Het standpunt kon reeds eerder in zijn dissertatie worden aangetroffen. Als 'evenement' in CAR-polissen wordt aangemerkt de materiële beschadiging en daarvoor zijn de achterliggende oorzaken niet van belang.²⁵ Het lijkt mij vanzelfsprekend dat het evenement zich gedurende de dekkingstermijn moet voordoen.²⁶

Volgens Prölls/Martin dient 'der Versicherungsfall' '... vor allem nachweislich (§ 49 Anm. 3) während des Haftungszeitraumes (§ 2 Anm. 1) eingetreten sein.' Als voorbeelden van een 'Versicherungsfall' geeft hij 'das Schadensereignis' bij de aansprakelijkheidsverzekering, 'der Unfall' bij de ongevallenverzekering, 'der Beginn des Verbrennens von versicherten Sachen' of 'der Sturm oder Leitungswassereinwirkung auf versicherte Sachen' in 'der Sachversicherung', en 'in den technischen Vers. Zweigen der Sachschaden'. Onder Versicherungsfall wordt blijkbaar niet verstaan de schadeoorzaak: 'VersFall sind also weder schon die Ursachen des Personen- oder Sachschadens, noch erst dessen weitere Auswirkungen auf das Vermögen des VersNehmers (vgl. BGH 25, 34).'²⁷

- b. Met deze opvatting is mijns inziens ook in overeenstemming het Monoliet I-arrest.²⁸ Het betreft hier gebruik van door Monoliet gefabriceerde betonnen vloerplaten voor de bouw van bejaardenwoningen. Na plaatsing in de woningen blijkt dat het wapeningsijzer in de vloerplaten is aangetast door roestvorming hetgeen zijn oorzaak vindt in een te hoog calciumchloride gehalte. Hoewel de oorzaak van de aantasting reeds bestond vóórdat de dekkingstermijn aanving oordeelt de Hoge Raad dat het hier een gedekte schade betreft. De Hoge Raad gaat zelfs een stap verder door te oordelen dat het bestaan van de beschadiging, zijnde de aantasting van de vloerplaten door roestvorming, vóór de verzekerde periode dekking onder de polis niet in de weg behoeft te staan. Voor de

24. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 10.3.2.1.

25. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 6.2.1.

26. Zie in deze zin Rb. Rotterdam 2 april 1952, NJ 1953, 386 (mijt in pindakaas).

27. Prölls Martin, Versicherungsvertragsgesetz 2004, §1 Rn. 31.

28. HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305, m.nt. FHJM. Het arrest komt uitgebreider aan de orde bij het hoofdstuk 'eigen gebrek'.

dekking is volgens de Hoge Raad doorslaggevend dat deze roestvorming tijdens de dekkingstermijn aan het licht komt. Het is mij overigens niet duidelijk op grond waarvan *het aan het licht komen* een doorslaggevende factor is.²⁹ Relevant lijkt mij slechts of het evenement, de aantasting van de vloerplaten, zich gedurende de dekkingstermijn heeft voorgedaan.³⁰ Het hof merkte het aanbrengen van de ondeugdelijke materialen in het werk aan als beschadiging. Dit moment vond plaats in de verzekerde periode. Niet die omstandigheid echter, doch de aantasting van de vloerplaten zelf moet naar mijn mening als het evenement worden aangemerkt. De voor de CAR-verzekering geldende argumenten gelden gelet op de eerder genoemde omschrijvingen van het verzekerde gevaar evenzeer voor andere verzekeringen die betrekking hebben op het risico van schade aan zaken. In beginsel dient de door de verzekerde gestelde beschadiging zich tijdens de dekkingstermijn, voor de transportgoederenverzekering bijvoorbeeld tijdens het vervoer (in ruime zin), voor te doen. De achterliggende oorzaken zijn in dit opzicht niet van belang. Deze dienen er slechts toe het risico van de verzekeraar in zijn omvang en niet in tijd te beperken.³¹

- c. De polissen bevatten over het algemeen geen specifieke bepaling over de relatie schade(oorzaak) en periode van dekking.³² Op zichzelf genomen verzet de polis zelf zich derhalve niet tegen een in de meeste gevallen voor de verzekerde gunstige uitleg inhoudend dat de beschadiging en niet (ook) de schadeoorzaak zich tijdens de verzekerde periode moet voordoen.³³ In beginsel zou naar mijn mening de verzekeraar moeten aangeven dat uit de polis de minder gunstige uitleg volgt. Steun voor deze opvatting vind ik in het arrest van de Hoge Raad d.d. 7 juni 1996

29. De Hoge Raad vereenzelvigt het evenement hier mijns inziens ten onrechte met het onzeker voorval (de Hoge Raad noemt het aan het licht komen van de beschadiging het onzeker voorval). Aan de orde was ook niet daadwerkelijk of het voorval voldeed aan de onzekerheidsseis in het kader van art. 246.

30. Zie ook in deze zin Wansink, BR 1993, p. 341; Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 10.3.2.1.1. Het betreft hier een uiterst verwarrend arrest waartoe ook de manier van procederen van de verzekeraar wellicht heeft bijgedragen. Juist ook in het kader van het onderhavige probleem is verwarrend dat de verzekeraar de roestvorming niet aanmerkt als een beschadiging maar als een schadeveroorzakende gebeurtenis. Roestvorming zou eventueel wel als schadeoorzaak kunnen worden aangemerkt in het geval deze beschadiging als oorzaak van een andere door de verzekerde gestelde beschadiging (het evenement) heeft te gelden (door corrosie stort het plafond bijvoorbeeld naar beneden).

31. Anders Ritter-Abraham, Das Recht der Seeversicherung, 1967, § 28 Anm. 28: *Die Regel causa proxima, non remota spectatur muß sich natürlich auch hier bewähren. Die Verkehrsanschauung, der die Regel ihr Dasein verdankt, kann keine andere sein, wenn es sich um die zeitlichen (oder räumlichen) Grenzen des Versicherungsschutzes handelt, als wenn es sich um die sachlichen Grenzen des Versicherungsschutzes handelt.*

32. Wanneer dat eventueel wel het geval zou zijn, is de uitleg van de betreffende polisbepalingen mijns inziens doorslaggevend.

33. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 10.3.2.1: 'Niet uit alle CAR-polissen blijkt echter met zoveel woorden dat uitsluitend is gedekt schade die is ontstaan gedurende de bouwtermijn. Verzekeraars gaan er kennelijk van uit dat dit zo'n algemeen aanvaard beginsel is dat expliciete vermelding niet strikt noodzakelijk is.'

(Insurance Company of North America (INA)/Antilliaanse Luchtvaart Maatschappij (ALM)).³⁴ Gedurende de dekkingperiode raakt tijdens de vlucht een motor van één van de verzekerde vliegtuigen onklaar, doordat een 'fifth stage blade' van die motor los breekt en vervolgens het binnenste deel van de motor zwaar beschadigt. Het afbreken van de fifth stage blade is veroorzaakt door een 'foreign object damage' (FOD) die zich vóór de aanvang van de dekkingperiode heeft voorgedaan. ICNA betoogt dat zij slechts is gehouden de schade te vergoeden als de FOD zich zou hebben voorgedaan tijdens de looptijd van de verzekering. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba oordeelt:

In geen van beide polissen is een bepaling opgenomen, waarin is bepaald dat van dekking wordt uitgesloten schade die het gevolg is van een voorval dat dateert van vóór de ingangsdatum van de verzekering. Dit betekent dat, nu vast staat dat de schade zelf zich gedurende de looptijd van die verzekering heeft gemanifesteerd, de eerste rechter terecht heeft aangenomen dat North America op grond van de verzekeringsovereenkomst gehouden is deze schade te vergoeden.

A-G Vranken acht deze beslissing niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad beslist dat het oordeel van het hof van feitelijke aard is, zodat zij in casusatie niet op haar juistheid kan worden getoetst. Het oordeel is voorts niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.³⁵ Opvallend is dat evenals in het Monoliet I -arrest het moment waarop de schade zich manifesteert van belang wordt geacht.³⁶ Nog steeds is echter naar mijn mening niet duidelijk of de Hoge Raad werkelijk heeft bedoeld te zeggen dat niet de beschadiging zelf maar het zich openbaren van de schade moet plaats vinden binnen de verzekerde periode. Immers, in de zaak betreffende de vliegtuigmotor vond de beschadiging zelf en niet alleen de *manifestatie* van de beschadiging plaats in de verzekerde periode.

- d. Het is gebruikelijk dat schadeverzekeringen gedekte oorzaken kennen die zich voor kunnen doen vóórdat de dekkingstermijn aanvangt. Met betrekking tot de transportverzekering denk ik aan eigen gebrek van de vervoerde zaken of aan een gebrek aan het voertuig of de container waarmee de goederen worden vervoerd. Wanneer tijdens het vervoer een beschadiging ontstaat aan zaken doordat het vervoermiddel ondeugdelijk blijkt, een omstandigheid die reeds bestond vóórdat de dekking aanving en waarvan verzekerde niet op de hoogte was, lijkt de scha-

34. HR 7 juni 1996, NJ 1996, 583.

35. Ik vraag mij af of verzekeraars er blij mee moeten zijn als de polis die gold ten tijde van de FOD maar niet ten tijde van de beschadiging van de motor, dekking zou bieden.

36. Spier, *Schade en loss occurrence verzekeringen*, Kluwer Deventer, 1998, nr. 7.4 merkt op dat uit het Monoliet I-arrest niet volgt dat de Hoge Raad voor het anker van de manifestatie-theorie is gaan liggen. Los van het feit dat verzekering van aansprakelijkheid niet over één kam kan worden geschoren met verzekering van zaken wordt verdediging van de stelling van Spier met het onderhavige arrest bemoeilijkt.

de toch in beginsel onder de dekking te vallen. Als voorbeeld moge dienen het volgende geval. Verzekerde koopt een catamaran en voor het vervoer daarvan een trailer. Daarna sluit hij voor de catamaran een pleziervaarttuigverzekering. Tijdens het vervoer blijkt de catamaran te zijn beschadigd door de ongeschiktheid van de trailer voor dit vervoer, een omstandigheid waarvan de verzekerde niet op de hoogte was. Naar mijn mening kan de verzekeraar niet de dekking van deze schade van de hand wijzen met het argument dat de schadeoorzaak reeds bestond voordat de verzekerde periode aanving.³⁷ Het is ook hierom dat naar mijn mening het arrest NN/Flier³⁸ niet juist is. In die zaak beslist het hof dat indien de schadeoorzaak vóór de verzekerde periode had gelegen, er geen recht op schadevergoeding zou bestaan omdat (met de 'benefit of hindsight') de schade vóór ingang van het risico voorzienbaar was en er derhalve geen sprake kan zijn van een onzeker voorval.³⁹ In de CAR-verzekering en de cascoverzekering is veelal schade tengevolge van ontwerpfouten meeverzekerd.⁴⁰ Voor de cascoverzekering verwijs ik dienaangaande naar de zaak Winterthur/Plessius.⁴¹ Plessius sluit een cascoverzekering voor zijn kajuitzeiljacht de 'Squid'. Gedekt is onder meer schade tengevolge van een eigen gebrek:

De verzekering dekt de schade door verlies of beschadiging van het vaartuig of onderdelen daarvan tengevolge van (...) eigen gebrek, zijnde een ongunstige eigenschap van het verzekerd vaartuig of onderdelen daarvan die die niet behoren te hebben en voor zover dit bij het aangaan der verzekering aan de verzekeringnemer onbekend was.

Tijdens de verzekerde periode blijkt de 'Squid' te zijn beschadigd: het dek blijft opmerkelijk lang nat, de teak houten delen van het dek zijn op een groot aantal plaatsen zeer beweeglijk en kraken bij het lopen, de dek-delen van het voordek alsmede de gangboorden veren hevig en liggen los. Oorzaak van de beschadiging is een verkeerde bevestigingsmethode bij het monteren van het teakhouten dek. Het hof wijst de vordering toe ondanks het feit dat de schadeoorzaak reeds bestond voordat de verzekerde periode aanving.⁴²

37. Dit voorbeeld is ontleend aan een advies van Wansink aan de Ombudsman Schadeverzekering. Zie het Verslag nr. 4 over het jaar 1994.

38. Hof Den Haag 27 oktober 1998, S&S 2000,126

39. Ten onrechte relateert het hof de factor onzekerheid niet aan het criterium of de verzekerde ten tijde van het afsluiten van de verzekering wist dat het voorval (het evenement) zich tijdens de verzekerde periode zou voordoen. Zie hoofdstuk 1.

40. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 10.3.2.1.

41. Hof Amsterdam 10 juni 1993, S&S 1994, 13.

42. Niet beoordeeld is de vraag of de 'Squid' voor aanvang van de dekkingsperiode reeds was beschadigd. Het in de procedure vastgestelde feit dat het dek vóór aanvang van de dekkings-termijn kraakte had voor de verzekeraar aanleiding kunnen zijn dit verweer te voeren. Niet aan de orde is ook gekomen of de omstandigheid dat volgens de polis de verzekerde geen recht heeft op uitkering ten aanzien van schade veroorzaakt door eigen gebrek als dit gebrek bij aanvang van de verzekering reeds bij verzekerde bekend was, in de weg staat aan het verweer van de verzekeraar dat het eigen gebrek reeds bestond voordat de dekking aanving.

De gedachte dat voornoemde schadeoorzaken zich tijdens de verzekerde periode moeten voordoen zou de dekking voor een groot deel illusoir maken terwijl zulks niet blijkt uit de bewoordingen van de polis.

Beschadiging voorafgaand aan evenement: oorzaak van het evenement of voortgezette beschadiging?

Soms is het duidelijk dat een bepaalde beschadiging als een oorzaak van het evenement moet worden aangemerkt. Verwezen zij naar het voorbeeld van de beschadigde stuurinrichting waardoor de auto van de weg geraakt, tot stilstand komt tegen een boom met als gevolg cascochade. Zoals gezegd, de omstandigheid dat een beschadiging aan de stuurinrichting reeds vóór aanvang van de verzekerde periode bestond behoeft niet in de weg te staan aan dekking van de cascochade. Er zijn echter ook gevallen waarbij het niet zo gemakkelijk is om te beoordelen of een beschadiging moet worden aangemerkt als oorzaak van het evenement of als (het begin van) het evenement. Als voorbeeld moge het volgende dienen. Als verzekerd object geldt een bepaalde dijk. Verzekerde constateert een kleine dijkdoorbraak welke wordt gerepareerd. Enige tijd later ontstaat wederom een, veel omvangrijkere, doorbraak die wordt aangemeld bij de verzekeraar. Is deze laatste gemelde dijkdoorbraak een voortzetting van de eerste doorbraak? Is dit evenement gedekt wanneer de eerste doorbraak reeds plaats vond vóórdat de verzekerde periode aanving? Het antwoord op deze vraag hangt mijns inziens af van de mate waarin de eerste en de tweede doorbraak met elkaar samenhangen. Relevante omstandigheden/vragen lijken o.m: de plaats waar de eerste en tweede doorbraak hebben plaats gevonden; was bij een juiste reparatie een tweede doorbraak te verwachten?; etc.⁴³

2.2.3 Beschadiging

Uit de hiervoor weergegeven clausules volgt dat er sprake moet zijn van een beschadiging van de verzekerde zaken. Er wordt van dit begrip echter geen definitie gegeven. Vooral bij de CAR-verzekering heeft dit aanleiding gegeven tot juridische geschillen. Literatuur en jurisprudentie geven in dat kader nader betekenis aan de term. Meestal worden twee vereisten genoemd.

- Er moet sprake zijn van een fysieke aantasting van een zaak (de zaak moet kapot zijn);
- De zaak moet eerst gaaf zijn geweest.⁴⁴

43. Voorzover sprake is van twee afzonderlijke evenementen kan in een dergelijk geval sprake zijn van het ontbreken van een onzeker voorval als de verzekerde de verzekering sluit tijdens of vlak na het eerste evenement. Bovendien zou een mogelijk verweer kunnen zijn dat de verzekerde zijn verplichting om het schadevoorval aan zijn verzekeraar te melden niet is nagekomen.

44. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, p. 172. Vergelijk ook Kamp, CAR-verzekering, 1988, p. 17 en 19 en R.A. Salomons, Mon. Nieuw BW B.38 (schadevergoeding: zaakschade), Kluwer BV, Deventer, 1983, p. 32 acht het standpunt dat men pas van beschadiging spreekt als er iets kapot is niet verwerpelijk en noemt beschadiging de aantasting van de substantie van de zaak. Asser-Hartkamp I, 2004, nr. 409 verwijst naar Van Dale (al wat de gaafheid van iets teniet doet) en duidt beschadiging aan als een gebrek, toestand.

Ook de transportverzekering en de algemene aansprakelijkheidsverzekering geven in beginsel slechts vergoeding tegen beschadiging en verlies van de zaak zelf.⁴⁵ Uitleg van het begrip beschadiging geeft veel problemen en kan steeds weer aanleiding geven tot discussie. Niet in de laatste plaats vloeit dit voort uit de aard van het begrip. De meeste juristen zijn het er wel over eens dat het begrip oorzaak niet feitelijk maar normatief van aard is. In mindere mate leeft die overtuiging bij het begrip schade. Verwezen zij naar Brunner die in het kader van schadevergoeding in het algemene verbintenissenrecht stelling heeft genomen tegen de gedachte dat het schadebegrip feitelijk en niet normatief van aard is.⁴⁶ Ook voor het verzekeringsrecht wordt wel aangenomen dat het begrip beschadiging een normatief aspect kent. Dorhout Mees stelt in het kader van de CAR-verzekering dat het begrip beschadiging (de aantasting van de stoffelijke structuur van een zaak) objectief moet kunnen worden vastgesteld, met andere woorden het moet gaan om een zgn. blootfeitelijke aantasting van een zaak. Vervolgens stelt hij dat beschadiging tevens een normatief begrip is, namelijk afhankelijk van verkeersopvattingen, de omstandigheden van het geval en polis-uitleg. *'De objectief vastgestelde 'aantasting van de stoffelijke structuur' moet naar verkeersopvatting de stoffelijke gaafheid aantasten.'* Daarbij spelen twee vragen een rol:

- wanneer is sprake van stoffelijke gaafheid van een zaak?
- wanneer moet deze stoffelijke gaafheid als aangetast worden beschouwd?⁴⁷

Hieronder volgen enkele voorbeelden van schadegevallen waarbij de vraag zich voordoet of sprake is van een beschadiging:

- Een door verzekerde op te leveren groene garage die per abuis tijdens de dekkingstermijn rood is geschilderd. Wansink stelt dat hier, gelet op het objectieve karakter dat het begrip zaakbeschadiging kenmerkt, geen sprake is van een beschadiging. Een objectieve toeschouwer die geen weet heeft van hetgeen aan verzekerde is opgedragen, zal de in een verkeerde kleur geverfde deur niet als beschadiging aanmerken. Een streperig geverfde deur zou wel een beschadiging zijn.⁴⁸
- Een groeistoornis van kalveren ten gevolge van krachtvoer met een onjuiste samenstelling.
- Vermenging van verschillend zaai zaad zodat later de gele van de rode uien gescheiden moesten worden. Wansink meent in tegenstelling tot Salomons dat er sprake is van een beschadiging.⁴⁹

45. Zie van Huizen, diss 1988, p. 60; Wansink, diss. 2006, nr. 2.3.1. Dit alles betekent niet dat er *altijd* sprake moet zijn van een (materiële) beschadiging. Gewezen zij op de bedrijfsschadeverzekering, de rechtsbijstandverzekering, verschillende beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen, etc.

46. C.J.H. Brunner, Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht. In: Cahenbundel, Gouda Quint, Deventer, 1997, p. 63-71.

47. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, p. 171.

48. Wansink, diss. 2006, nr. 2.4.4.

49. Wansink, diss. 2006, nr. 2.4.4; Salomons, 1983, p. 33.

- Het niet goed functioneren van een computer doordat een monteur de bedrading van twee verbindingen heeft verwisseld. Wansink en Salomons nemen hier in tegenstelling tot de Raad van Toezicht aan dat hier geen sprake is van een beschadiging.⁵⁰
- Vervuiling van een zaak waarbij de vervuilende stof zich aan de zaak hecht. Wansink meent dat hier sprake is van een beschadiging.⁵¹
- Een in de tuin van de heer X. vallende boom waarbij planten e.d. niet worden beschadigd, is geen beschadiging.⁵²

Voorts is niet als beschadiging aangemerkt: Een betonsluis die na verwijdering van de bekisting een abnormale kleur blijkt te hebben, terwijl het materiaal zelf los en zanderig blijkt te zijn.⁵³ Scheurvorming in onvolkomen uitgevoerd laswerk, al dan niet tijdens transport.⁵⁴ Voorbeelden waarbij wél beschadiging werd aangenomen zijn: losraken van tegels door onvoldoende hechtende lijm.⁵⁵ Blaasvorming in een dekvloer bestaande uit verlijmd rubbernoppen tegels.⁵⁶ Afkeuring van een paalfundering bij een ziekenhuis omdat een aantal palen wegens ‘insnoering’ een onjuiste doorsnede bezit.⁵⁷ Roestvorming aan wapeningsijzer in beton dat te veel calcium chloride bevat.⁵⁸

Dorhout Mees maakt duidelijk dat het begrip ‘beschadiging’ objectieve en normatieve aspecten kent. Een ‘objectieve’ vaststelling van een ‘aantasting van de stoffelijke structuur’ kan volgens hem immers slechts plaats vinden wanneer duidelijk is wanneer naar verkeersopvatting de stoffelijke gaafheid als aangetast moet worden beschouwd. Naar mijn mening is een beschadiging elke wijziging van de structuur van een zaak die afwijkt van de normale gang van zaken c.q. van de normale ontwikkeling van die zaak. Een dergelijke benadering sluit aan bij de benadering van Dorhout Mees en is een logisch vervolg op mijn benadering van het begrip ‘oorzaak’. Het lijkt bijna ondoenlijk in algemene zin een goed criterium te formuleren waarmee bij elk schadegeval is vast te stellen of er sprake is van een beschadiging.⁵⁹ Toch lijkt de zojuist gegeven, ruime, definitie enig houvast te geven. Het aanbrengen van een onjuiste kleur zou bijvoorbeeld een beschadiging

50. Salomons, 1983, p. 32.

51. Wansink, diss. 2006, nr. 2.4.4.

52. Salomons, t.a.p., p. 33.

53. Salomons, t.a.p., p. 32: AB 29 april 1980, BR 1980, p. 644; S&S 1980, 118. Zie ook AB 31 augustus 1983, BR 1984, 366.

54. AB 18 juni 1986, S&S 1987, 58.

55. AB 16 maart 1982, S&S 1982, 65.

56. Rb. Amsterdam 30 november 1983, S&S 1987, 46.

57. AB 20 juni 1986, S&S 1987, 47.

58. HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305.

59. A-G Hartkamp merkt in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad d.d. 27 juni 1997, NJ 1998, 329, m.nt. MMM op dat deze problematiek in de literatuur en rechtspraak niet in alle opzichten tot eenduidige uitkomsten heeft geleid. Hij stelt voorts: *‘In de eerste plaats dekt de polis slechts schade die het gevolg is van een materiële beschadiging van het werk. De vraag in welke gevallen al dan niet van een materiële beschadiging kan worden gesproken, laat zich nauwelijks eenduidig beantwoorden.’*

kunnen zijn (aanbrengen van verf geeft in ieder geval een structuurwijziging, een onjuiste kleur een afwijkende structuurwijziging) evenals wanneer op een bestaande rode deur door een ongelukje een pot gele verf terecht komt (vlekvorming) waardoor de deur opnieuw geverfd moet worden.⁶⁰ Een te klein gemaakt raamkozijn lijkt mij geen beschadiging omdat er geen sprake is van een structuurwijziging. Voor de vraag of vermenging van verschillend zaaizaad een beschadiging is zij verwezen naar de inleiding.

2.2.3.1 CAR-schade. Een zaak die niet gaaf is geweest kan niet worden beschadigd? Een kritische beschouwing

Bij de eerder genoemde criteria wil ik een aantal kanttekeningen plaatsen. Een zaak met een eigen gebrek is in veel gevallen 'nooit goed geweest', ook al heeft het evenement zich nog niet geopenbaard. De auto met de gebrekige stuurinrichting is 'nooit goed geweest', ook toen de casco'schade zich nog niet had voorgedaan. Toch bestaat de mogelijkheid om schade ten gevolge van het eigen gebrek te dekken, ook wanneer het gaat om schade aan dat deel van de verzekerde zaak dat direct is getroffen door het eigen gebrek. Betegeling die losraakt was al ondeugdelijk vóóordat de beschadiging aan het licht kwam, omdat de lijm niet voldoende hechtte (de samenstelling van de lijm was niet goed). In de Monoliet I affaire was de vloer reeds 'niet goed' voordat de beschadiging optrad omdat de vloerplaten te veel calciumchloride bevatten.

De eis van 'fysieke aantasting' zorgt voorts voor verwarring aangezien ook het eigen gebrek, zijnde een oorzaak van de door verzekerde gestelde beschadiging, veelal een fysieke aantasting van de zaak is. Het criterium 'fysieke aantasting' kan dus zowel slaan op een schadeoorzaak als op een evenement. Hierdoor wordt het uiteenhouden van de schadeoorzaak en het evenement bemoeilijkt. Fysieke aantasting van de zaak is ook weinig specifiek. Het is mij bijvoorbeeld niet duidelijk waarom een betonwand die poreus, niet homogeen en niet in overeenstemming is met het bestek geen fysieke aantasting is.⁶¹ Zou onder precies dezelfde omstandigheden scheurvorming wel een fysieke aantasting zijn? Desondanks echter is het criterium mijns inziens wel zinvol omdat het enige houvast kan geven. Er bestaan ook duidelijke schadegevallen waarin geen sprake is van aantasting van een zaak, zoals financieel nadeel door onrechtmatige reclame.⁶² Verzeke-

60. Wellicht kan worden gesteld dat hier geen sprake is van een beschadiging aangezien voor een willekeurige omstander een beschadiging niet zichtbaar is. Dat is naar mijn mening echter geen geldig argument omdat voor talrijke andere beschadigingen (bijvoorbeeld vermenging van zaaizade) hetzelfde geldt. Om een beschadiging te kunnen 'zien' moet men vaak enigszins zijn ingevoerd in de gang van zaken rondom het schadegeval (wat is de normale loop der dingen), dan wel de karakteristieke eigenschappen van de zaak.

61. Salomons 1983, p. 33.

62. L.G. Eykman, Letsel- en zaakschade, onrechtmatige daad, wanprestatie, samenloop, VA 1980, p. 156.

raars willen dit niet verzekeren omdat de risico's te divers en daardoor verzekeringstechnisch onoverzichtelijk zijn.⁶³

Rechtspraak. Producten die tijdens de verzekerde periode een ontwikkeling ondergaan

Een combinatie van de twee in literatuur en jurisprudentie gangbare criteria is de redenering dat pas van een fysieke aantasting kan worden gesproken als de verzekerde zaak op het moment van de beschadiging (op het moment direct voorafgaande aan de beschadiging) gaaf was. Verwezen zij naar een arbitrage⁶⁴ waarin het volgende aan de orde is. De top laag van een door verzekerde te storten vloer moet worden behandeld. ('gevlinderd') teneinde deze voor het beoogde doel geschikt te maken. Tijdens dit productieproces (binnen de dekkingstermijn) begint het onverwacht te regenen waardoor een scheurvorming in de vloer plaatsvindt (binnen de dekkingstermijn). De arbiter (Eschauzier) beslist als volgt:

Dient de vloer in bovenaangeduide zin nu als materieel beschadigd in de zin van de CAR-polis te worden aangemerkt of niet (...)? De arbiter acht het (...) aannemelijk dat sprake is geweest van het intreden van scheurvorming vóórdat het uithardingsproces van het beton was voltooid in de zin dat van een aanvankelijk onbeschadigd verzekerd interest kon worden gesproken. De slotsom (...) is, dat op het moment waarop de scheurvorming is resp. moet zijn ontstaan c.q. heeft ingezet, nog niet kon worden gesproken van een gave c.q. onbeschadigde 'vloer' die vervolgens door scheurvorming materieel beschadigd is geraakt. Mitsdien kan niet worden gezegd dat er te dezer zake is voldaan aan de voorwaarde van materiële beschadiging die de polis (...) stelt, alvorens een vergoedingsplicht aan de orde kan komen.

Bindend Advies 1 maart 1995⁶⁵

Deze casus vormt ook de inzet van een dispuut tussen verzekeraars en verzekerde waarover partijen een bindend advies willen hebben onder meer ter voorkoming van toekomstige procedures. De adviseurs blijken niet eensgezind te zijn zodat dit probleem nog niet tot een oplossing is gekomen. Ook hier gaat het om een vloer die vóór aanvang van de dekkingstermijn nog niet gaaf, gereed was. Tijdens de dekkingsperiode moet de top laag van de vloer worden gevlinderd teneinde deze voor het beoogde doel geschikt te maken. Tijdens dit (productie)proces begint het onverwacht te regenen waardoor een structuurwijziging van de vloer plaatsvindt. Vermoedelijk bestaat de schade uit de te maken extra kosten om de vloer alsnog voor het beoogde doel geschikt te maken. De polis biedt dekking tegen:

63. Wansink, diss. 2006, nr. 2.3.1.

64. AB 27 februari 1993, A&V 1993, p. 21.

65. BA 1 maart 1995, BR 1995, 703, m.nt. T.J. Dorhout Mees; S&S 1996, 8. Zie o.m. over dit arrest T.J. Dorhout Mees, Het schadebegrip in de CAR-verzekering, Vrb 1995, p. 61 e.v.

'alle materiële schade aan en/of verlies of vernietiging van de verzekerde interessen, onverschillig hoe ook ontstaan, met uitzondering van ...'

Als verzekerde interessen worden aangemerkt:

'1.a de te bouwen objecten, in aanbouw en/of gereed;

1.b

Adviseurs Kamp en Wansink oordelen dat hier geen sprake is van beschadiging, terwijl adviseur De Koning meent dat dit wel het geval is. Volgens eerstgenoemde adviseurs kan deze structuurwijziging in de vloer, die zich in de loop van het productieproces heeft voorgedaan, niet als materiële schade worden aangemerkt. De adviseurs onderscheiden enerzijds het gereed gekomen bouwwerk en anderzijds de op het bouwterrein aangeleverde bouwdelen en constructies. Beide komen bij beschadiging voor vergoeding in aanmerking, maar moeilijk wordt het pas wanneer de onderdelen opgaan in grotere eenheden.⁶⁶ Wanneer van dit laatste sprake is kan er volgens de adviseurs gedurende het productieproces geen beschadiging optreden omdat de bouwonderdelen, bouwmaterialen en bouwstoffen geen zelfstandige functie meer hebben in het werk. De vloer kan om die reden gedurende het productieproces niet worden beschadigd:

De vloer is als zodanig een zelfstandig bouwonderdeel, echter bereikt die hoedanigheid pas op het moment dat deze bouwtechnisch af is, d.w.z. zodra het productieproces gereed is. Zowel het storten als het vlinderen vormen onderdeel van het productieproces, immers vinden in één arbeidsgang plaats. Een structuurwijziging van de vloer in de loop van dat productieproces kan dan ook niet als materiële schade worden erkend, zoals eisertes in haar primaire stelling verdedigt.

Kamp en Wansink baseren hun oordeel voorts mede op het uitgangspunt dat de CAR-verzekering geen garantie biedt voor de primaire prestatie waartoe de verzekerde zich heeft verplicht: de 'performance':

'Met verweerster zijn wij derhalve van oordeel dat het probleem met de vloeren is te kenschetsen als een financieel nadeel opleverende mislukking van het produktieproces.'

Adviseurs sluiten evenwel niet uit dat hun oordeel kan leiden tot onaantvaardbare uitkomsten als zich tijdens het bouwproces een omstandigheid voordoet die het bouwwerk ook zou beschadigen als het bouwwerk zou zijn voltooid. Als voorbeeld noemen zij een vliegtuig dat neerstort op een vers gestorte vloer.

De Koning oordeelt dat ook een 'object in wording' beschadigd kan worden. Hij verwijst naar de omschrijving van de verzekerde interessen die

66. Wansink en Kamp overwegen dat niet langer van materiële schade kan worden gesproken als bouwstoffen als zand, cement en grind in de mortel zijn opgegaan en daardoor hun zelfstandigheid hebben verloren. Deze benadering spreekt Dorhout Mees, diss. 1996, p. 190, niet zonder meer aan.

geen onderscheid maakt tussen klare onderdelen en 'onderdelen in wording'.⁶⁷ Hij overweegt:

'De verstoring van de verhouding tussen cement, zand en water aan de oppervlakte door de regen is materiële schade aan de betonmortel met ingeschuurde bovenlaag.' En: 'Hier is een evenement (de regen) dat ingrijpt in de fysieke staat van het werk.'

De Koning overweegt dat terecht de vraag kan rijzen of CAR-verzekeraars steeds materiële schaden als de onderhavige moeten dekken. Zolang zij echter de verzekerde interessen op dezelfde wijze blijven omschrijven zullen zij volgens hem de schade dienen te vergoeden. Het standpunt van de Koning vindt steun in een arrest van het Hof Arnhem waarin, in een soortgelijke casus, wordt beslist dat er wel sprake is van een beschadiging.⁶⁸

In zijn noot onder het Bindend Advies schrijft Dorhout Mees weliswaar dat hij het meerderheidsstandpunt van Wansink en Kamp dogmatisch juist vindt en het minderheidsstandpunt van De Koning dogmatisch onjuist. Toch acht hij, in ieder geval naar de uitkomst, het arrest van het hof en het oordeel van De Koning niet zonder meer onjuist. Nader staat hij stil bij de vraag of sprake kan zijn van een voltooid deel van de vloer dat voor beschadiging vatbaar was. Het hof oordeelde dat de 'basisvloer' moest worden beschouwd als een voltooid deel van het werk dat geschikt was voor monoliet afwerking. Dat is volgens Wansink en Kamp een onjuist technisch uitgangspunt. Dorhout Mees meent dat het Hof niet heeft geoordeeld dat er een kant en klare basisvloer was ontstaan die in een tweede instantie moest worden gevlinderd. Hij stelt: *'Naar mijn indruk zegt het Hof echter niet meer en niet minder, dan dat het de gedeeltelijk uitgeharde 'basisvloer' als voltooid deel van het werk beschouwt, dat voorafgaande aan de regen de potentie in zich had om monoliet afgewerkt te worden.'*⁶⁹

Dorhout Mees benadrukt de voorwaarde dat een zaak eerst gaaf moet zijn geweest om beschadigd te kunnen raken (alleen De Koning heeft hier volgens hem een afwijkend standpunt). Vervolgens echter relativeert hij ook deze voorwaarde:

'Anderzijds heeft de praktijk niet veel meer handvaten gekregen, aangezien de vraag wanneer van een gave zaak moet worden gesproken naar verkeersopvattingen dient te worden beoordeeld en in zoverre van feitelijke aard is. Indien verzekeraars geen schade wensen te vergoeden die ontstaat gedurende de feitelijke productiefase, doen zij er derhalve goed aan dit glashelder in hun polis op te nemen.'

67. De Koning verwijst in dit verband naar AB 20 juni 1986 (mr. H.S. Catz, mr. P.C.H. Jansen, prof. ir. A.F. van Weele) BR 1986, p. 861.

68. Hof Arnhem 25 oktober 1994, n.g., rolnr. 93/641, Vrb 1994, p. 101-102.

69. Dorhout Mees in zijn noot onder BA 1 maart 1995, BR 1995, p. 713. Mij is bekend dat Wansink de mening van Dorhout Mees niet deelt aangezien, in ieder geval in de zaak van het Bindend Advies van 1995, partijen het erover eens waren dat de vloer niet uit zelfstandige lagen bestond.

Dorhout Mees denkt desondanks enige ordening te kunnen aanbrengen:

'De rechtspraak met betrekking tot het schadebegrip laat zien dat deze eerder geneigd is om gedurende een productieproces van een gave zaak te spreken, indien een vorm- of structuurverandering door een van buiten komende oorzaak ontstaat, dan indien deze verandering verband houdt met een oorzaak die aan het productieproces zelf inherent is.'

De Hoge Raad vestigt in de zaak Obdeijn/Nieuw Rotterdam onder meer de aandacht op de verhouding tussen dekking tegen schadelijke gevolgen van eigen gebrek en de door het hof gehanteerde maatstaf met betrekking tot materiële beschadiging.⁷⁰ Obdeijn heeft bij Nieuw Rotterdam (NR) een CAR-verzekering afgesloten waarin is verzekerd tegen *materiële* beschadiging van het werk. Van het werk maakt o.a. deel uit een zwembad met daarop een dakconstructie, die onder meer is samengesteld uit een dampremmende laag en een daarboven aangebrachte laag, bestaande uit 'dampopen folie'. Tijdens de bouw is door een medewerker aan de zijde van Obdeijn de dampremmende laag op een onjuiste wijze, met nieten, vastgezet ('een onzalige maatregel'). Mede door een dalende buitentemperatuur scheurt de dampremmende laag ter plaatse van de nieten waardoor lekkages zijn ontstaan. Obdeijn vordert de herstelkosten van het dak. Rechtbank en hof wijzen de vordering van Obdeijn af. Volgens de rechtbank is de schade van dekking uitgesloten omdat deze is veroorzaakt door een eigen gebrek en is ontstaan in de onderhoudstermijn. Het hof wijst de vordering af omdat er geen sprake is van een materiële beschadiging aangezien het object als gevolg van een uitvoeringsfout van de aanvang af ondeugdelijk is geweest. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. Volgens de Hoge Raad brengt de aard van de CAR-verzekering mee dat materiële beschadigingen tijdens de dekkingsperiode zijn gedekt ook indien deze beschadigingen een gevolg zijn van een ontwerp-, constructie- of uitvoeringsfout reden waarom art. 249 en 276 K pleegt te worden uitgesloten. Niet duidelijk is volgens de Hoge Raad hoe zulks zich verhoudt tot de door het hof geformuleerde maatstaf betreffende 'materiële beschadiging van het werk', namelijk: *'fysieke aantasting van een zaak welke naar verkeersopvattingen gaaf is en voldoet aan de in de gegeven omstandigheden daaraan te stellen eisen.'* Voorts beoordeelt de Hoge Raad de overweging van het hof dat het object van de aanvang af niet 'gaaf' was als niet begrijpelijk o.m. in het licht van de niet bestreden vaststelling van de rechtbank dat zowel de dampremmende laag als het dak gaaf was op het moment dat het dak was gemaakt en pas later beschadigd is geraakt in die zin dat er scheuren in de dampremmende laag zijn opgetreden.

Omtrent de eis van 'gaafheid' merkt Mendel in zijn noot onder het arrest op: *'Deze eis van oorspronkelijke gaafheid is te ruim. Hij wekt ten onrechte de*

70. HR 27 juni 1997, NJ 1998, 329, m.nt. MMM. Het arrest HR 11 maart 2005, C03/317 HR, LJN AR6163 lijkt te bevestigen dat de rechtspraak ertoe neigt eerder aan te nemen dat een zaak in wording is beschadigd wanneer zulks is veroorzaakt door een van buiten komend onheil. Mijs inziens dient dit echter tot uitdrukking te komen in de polisvoorwaarden. Verwezen zij naar de bespreking van dit arrest door Dorhout Mees in AV&S december 2005, p. 215 e.v.

indruk dat indien een tevoren reeds beschadigde maar niet waardeloos geworden zaak een nieuwe beschadiging oploopt, deze laatste beschadiging nimmer op grond van de CAR-verzekering zou kunnen worden vergoed.' Voorts constateert hij dat het criterium in de praktijk problemen kan geven, *bijv.: op welk moment in het proces van het maken van een vloer bereikt datgene wat gemaakt wordt de status van zaak die 'materieel beschadigd' kan worden?*

Mendel gaat naar mijn idee dus verder dan de Hoge Raad: hij acht het criterium 'gaafheid' niet geheel bruikbaar, terwijl de Hoge Raad oordeelt dat in het onderhavige geval niet duidelijk is waarom aan het criterium niet is voldaan.

Eigen standpunt terzake beschadiging aan product in ontwikkeling. Begrip beschadiging mede causaal bepaald

Speciale aandacht voor het Bindend Advies d.d. 1 maart 1995 is op zijn plaats aangezien het hier een principiële zaak betreft waarover geen eenstemmigheid is bereikt. Naar mijn mening is, conform het minderheidsstandpunt van de bindend adviseurs, sprake van een beschadiging. In overeenstemming met het standpunt van de arbiters Kamp en Wansink meen ik dat oorzaak en beschadiging verschillend zijn. Het evenement is de door de verzekerde gestelde beschadiging waarvoor hij schadevergoeding vordert: de structuurwijziging van de vloer. De oorzaak is de omstandigheid die afwijkt van de normale omstandigheden bij een dergelijk risico wanneer geen schade ontstaat: de regenval.⁷¹ Tijdens de dekkingsperiode heeft de verzekerde zaak in de zin van een voor menselijke beheersing vatbaar stofelijk object (artikel 3:2 BW) een fysieke verandering ondergaan in de door verzekerde gestelde zin. Natuurlijk verandert de verzekerde zaak in wording (om in de woorden van De Koning te spreken) in elk geval, maar niet elke verandering is een beschadiging. Wanneer sprake is van een reguliere ontwikkeling/verandering is er geen beschadiging. Gelet op de ervaringsregel dat aan de beschadiging een oorzaak (een omstandigheid die afwijkt van de normale gang van zaken) vooraf is gegaan moet ook de beschadiging zelf een afwijking zijn van de normale gang van zaken.⁷² In die zin zijn oorzaak en beschadiging onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het verbindende element is: *causaal verband*. In deze zaak doet zich ook mijn bezwaar tegen het criterium 'iets wat nooit goed is geweest is geen beschadiging', in de zin van 'niet voltooid', gevoelen. Zaken die tijdens de verzekerde periode in een ontwikkelingsfase verkeren zijn dan per definitie nooit gaaf of goed geweest. Dit is een te statische benadering. Vanuit een meer dynamische benadering is (blijft) een product gaaf of goed zolang het zich tijdens het wordingsproces volgens de normale gang van zaken ontwikkelt. Hierbij

71. Zie ook Dorhout Mees in zijn noot onder het Bindend Advies. Terecht wijst hij erop dat de overweging van De Koning, dat de regen zou kunnen worden aangemerkt als 'het evenement' onjuist is: *'Het evenement in de CAR-polis is, zoals gezegd, dat een deel van het werk beschadigd raakt, waardoor schade ontstaat.'*

72. Voor de betekenis van oorzaak zij verwezen naar hoofdstuk 1. Of sprake is van een afwijking van de normale gang van zaken zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval, verkeersopvattingen en polisuitleg.

past ook het voorbeeld van de te klein gemaakte ramen: deze ontwikkelen zich volgens de normale gang van zaken, namelijk volgens plan (het ontwerp). Alsdan is er geen sprake van een beschadiging.⁷³

Ook een product in ontwikkeling is dus naar mijn mening vatbaar voor beschadiging. De betekenis van het begrip 'zaak' verzet zich niet tegen deze opvatting. Uit de aard van de CAR-verzekering, die blijkens de omschrijving van de verzekerde interessen juist dergelijke zaken verzekert, volgt naar mijn mening dat het criterium, in statische zin, niet geschikt is om het begrip beschadiging te definiëren. De Koning verwijst mijns inziens terecht naar de omschrijving van de verzekerde interessen in de polis. Als, niet met zoveel woorden in de polis opgenomen, uitgangspunt geldt wél, het zij nog maar eens benadrukt, dat de beschadiging zich tijdens de verzekerde periode dient voor te doen.

Tenslotte zou ik bij voorgaande beslissingen het volgende vraagteken willen zetten. Stel dat de vloeren in de dekkingstermijn wél uitharden (gaaf zijn) waarna, ook in de dekkingstermijn, scheurvorming optreedt doordat verkeerde materialen zijn gebruikt. Zou er dan wel sprake zijn van beschadiging? Ook hier betreft het 'financieel nadeel als rechtstreeks gevolg van inferieure kwaliteit en falend vakmanschap'. Voorstelbaar is dat verzekeraars zulks niet wensen te verzekeren, maar afwijzing op grond van definiëring van het begrip beschadiging lijkt mij niet de meest aangewezen weg nu een heldere definitie in de polisvoorwaarden ontbreekt.⁷⁴ Meer voor de hand ligt schade veroorzaakt door (bepaalde vormen van) eigen schuld dan wel 'falend vakmanschap' dan wel schade aan het verzekerde object 'in wording' van dekking uit te sluiten.

Begrenzing

Van een beschadiging is pas sprake wanneer een (van de normale gang van zaken afwijkende) structuurwijziging van de zaak kan worden aangewezen. Een ontwerpfout bijvoorbeeld dient dan ook te resulteren in een structuurwijziging. Van een beschadiging is dus geen sprake wanneer de ontwerpfout slechts leidt tot louter ongeschiktheid voor het beoogde doel. Als voorbeeld moge (wederom) dienen de raamkozijnen die te klein zijn gemaakt waardoor zij niet passen in een te bouwen opstal. De CAR-verzekering geeft geen garantie voor de 'performance' zonder dat er sprake van een beschadiging.

73. Dorhout Mees constateert dat in de rechtspraak niet snel wordt aangenomen dat er sprake is van een beschadiging indien een structuurwijziging een oorzaak kent die inherent is aan het productieproces zelf (zie hiervoor). Uitgaande van de juistheid van deze constatering onderschrijf ik dergelijke uitkomsten in de jurisprudentie niet: indien bijvoorbeeld een ontwerpfout een meeverzekerde schadeoorzaak is behoort een hieruit resulterende beschadiging gedekt te zijn.

74. Verwezen zij naar Dorhout Mees in zijn noot onder de beslissing ten aanzien van de eis dat een zaak eerst een gave zaak moet zijn geweest om 'beschadigd' te kunnen worden: *'Dat staat in het algemeen nergens met zoveel woorden in de polis, maar vloeit uit de eis van beschadiging – noodzakelijkerwijs – voort.'* De laatste zinsnede licht hij niet toe.

2.2.3.2 Andere polissen

Hoewel bij andere schadeverzekeringen dan de CAR-verzekering waarbij bepaalde zaken (objecten) zijn verzekerd tevens sprake kan zijn van een eis van 'materiële beschadiging' lijkt het probleem zich in die branches niet in dezelfde mate te hebben voorgedaan. Ook daar gaat men ervan uit dat er een aantasting van de zaak moet hebben plaatsgevonden. Als voorbeeld moge dienen een arrest van het Hof Amsterdam over een Landmateriaalverzekering (Casco).⁷⁵ Aannemer JPR sluit voor zijn balanskraan een verzekering af op basis van de Nederlandse Beurspolis voor Landmateriaal 1991. De standaardpolisvoorwaarden bieden dekking tegen *schade door verlies of beschadiging van het verzekerde object of een deel daarvan als gevolg van een van buiten komend onheil, enig gebrek, etc.* Deze clause wordt echter doorgehaald en vervangen door de volgende Speciale Clause:

'De verzekeraars vergoeden schade hoe gering ook en hoe (ook?: AB) ontstaan, met renuntiatie aan Art. 249 W.v.K. Mitsdien zijn onder de verzekering o.m. begrepen: breuk, materiaal- en constructiefouten, eigen gebreken al dan niet verborgen (zowel de fout en het gebrek zelf als de gevolgen daarvan), schuld, nalatigheid, verzuim of kwaadwilligheid van onverschillig welke personen (daaronder begrepen leidinggevende en toezichthoudende) al dan niet in dienst van verzekerde, diefstal, vermissing en verduistering.'

Op zeker moment begint de kraan tijdens werkzaamheden ernstig te slingeren. De expert stelt vast dat het bovenste oog van de hoofdcilinder is gebroken. De andere twee cilinders zijn volgens de expert in geen enkel opzicht beschadigd, maar wel onbetrouwbaar aangezien zij (in mindere mate) dezelfde krachten ondervinden en op dezelfde wijze zijn ontworpen en vervaardigd. Er is sprake van een constructiefout van de cilinders. De expert rapporteert dat vervanging van alle cilinders uit kosten oogpunt en uit het oogpunt van voorkoming van ernstige schade redelijk is. Verzekeraars betalen slechts de kosten van vervanging van de hoofdcilinder. De rechtbank oordeelt dat met de Speciale Clause '*... is beoogd de omvang van het aantal schade-oorzaken uit te breiden en niet meer dan dat. Nu onder schade in de zin van deze verzekering uitsluitend is te verstaan al wat de gaafheid van een voorwerp teniet doet en de twee vervangen cilinders als onbeschadigde onderdelen zijn te beschouwen, is er in het onderhavige geval geen sprake van materiële schade.*'

De rechtbank wijst de vordering toe nu JPR zich terecht erop beroept dat de kosten zijn gemaakt ter voorkoming of vermindering van een gedekte schade. Het hof wijst in hoger beroep de vordering van JPR echter af. Alhoewel de Speciale Clause het woord *beschadiging* niet noemt oordeelt het hof dat een redelijke uitleg van art. 3 van de Speciale Clause – gelet op de zin die partijen over en weer aan die clause mochten toekennen en op wat zij ten aanzien van die Speciale Clause redelijkerwijs van elkaar

75. Hof Amsterdam 19 oktober 2000, S&S 2002, 11.

mochten verwachten – meebrengt *‘dat partijen met het bedingen van (art. 3 van) de Speciale Clausule in de polis hebben beoogd om een meer uitgebreide dekking te verzekeren dan die van art. 3.1.2 van de Algemene Voorwaarden, maar dat zij niet hebben beoogd af te wijken van de in die Algemene Voorwaarden opgenomen omschrijving van het begrip ‘schade’, welk begrip daar uitsluitend omvat ‘verlies of beschadiging’.*

Voor deze uitleg van de polisvoorwaarden blijkt een belangrijke rol te hebben gespeeld dat het hier gaat om een zgn. makelaarspolis: *‘In dit oordeel wordt betrokken dat het hier gaat om verzekering op de condities van een beurspolis van tot de werkzaamheden van een onderneming behorende risico’s, welke verzekering is totstandgekomen door bemiddeling, voor JPR, van een makelaar. Deze heeft ook de polis opgemaakt.’*

Ook naar mijn mening zijn de niet-gebroken cilinders (nog) niet beschadigd. Er heeft zich immers (nog) geen wijziging aan de structuur van de cilinders voorgedaan.⁷⁶ Bovendien zou, ook in het geval dat een dergelijke wijziging wel kan worden aangetoond, deze beschadiging hoogst waarschijnlijk niet voor vergoeding in aanmerking komen omdat aannemelijk is dat het evenement (de gestelde gewijzigde structuur van de cilinders) reeds voor aanvang van de periode van dekking reeds bestond.

Het Engelse schadeverzekeringsrecht ziet een beschadiging als *‘a change in the physical state of property’*. Clarke noemt de volgende (Australische) uitspraak: mosselen worden tijdens het transport blootgesteld aan een te hoge temperatuur waardoor de schelpen zich te snel openen. De mosselen zijn bij aankomst wel geschikt voor onmiddellijke consumptie, maar niet voor verkoop in het buitenland. De rechter oordeelt dat er geen sprake is van schade in de zin van de polis. Hier is mijns inziens sprake van een afwijkende omstandigheid (de te hoge temperatuur) die leidt tot een gebrek (te snel openen van de schelp), maar nog niet heeft geleid tot een beschadiging (bederf). Het niet geschikt zijn voor toekomstige consumptie is weliswaar een schadepost, maar geen *beschadiging* zijnde een afwijkende structuurwijziging (het openen van de schelp *sec* is juist een normale structuurwijziging). Er is mijns inziens slechts dreiging van een beschadiging. Clarke stelt dat zulks niet mag worden gelijk gesteld met een beschadiging. Een sanitaire afvoer die naar verwachting gaat lekken is geen beschadiging voorzover lekkage nog niet daadwerkelijk heeft plaats gevonden.⁷⁷

2.2.3.3 Conclusie

Voor een beschadiging (evenement) is bepalend dat de verzekerde zaak is aangetast hetgeen enerzijds objectief moet kunnen worden vastgesteld (bloot feitelijke aantasting). Anderzijds blijkt de vraag wannéér een zaak als aangetast kan worden beschouwd normatieve aspecten kent. Van belang bij

76. Mogelijk dienen er wel bereddingsmaatregelen te worden genomen waarvan de kosten voor vergoeding in aanmerking komen.

77. M.A. Clarke, 1997, nr. 16-2C. Naar mijn mening dient verzekerde hier maatregelen te nemen ter voorkoming van schade.

de beantwoording van deze vraag zijn de omstandigheden van het geval, verkeersopvattingen en polisuitleg. De aard van het begrip beschadiging (structuurwijziging) alsmede de aard van het begrip oorzaak zoals beschreven in hoofdstuk 1 brengen mee dat als evenement kan worden aangemerkt een door de verzekerde gestelde tijdens de dekkingstermijn van de normale gang van zaken afwijkende (fysieke) verandering aan of van de verzekerde stoffelijke zaak waardoor schade ontstaat. Oorzaak en beschadiging vertonen in dit opzicht een logische onderlinge verbondenheid (causaal verband). Géén beschadiging is de enkele ongeschiktheid voor het beoogde doel. Beschadiging is op deze wijze ruim gedefinieerd. Een verdere beperking zal mijns inziens moeten blijken uit de polisvoorwaarden. Polisuitleg is dan dus doorslaggevend.⁷⁸ Zolang de beperking hiermee niet kan worden bereikt dient een ruime invulling voor risico van verzekeraars te blijven. Een onduidelijke, in de woorden van Dorhout Mees *streng*, eis van beschadiging bij CAR-verzekeringen kan naar mijn mening niet worden gelegitimeerd door te stellen dat anders in het geval van constructieve tekortkomingen een premie zou worden gezet op slecht vakmanschap. Als verzekeraars dergelijke risico's niet willen dragen zullen zij evenementen *veroorzaakt* door slecht vakmanschap moeten uitsluiten.

Naast de onderlinge verbondenheid tussen de begrippen oorzaak en evenement dient er tegelijkertijd een scherp onderscheid te worden gemaakt. Het onderscheid is van cruciaal belang voor de vaststelling of een bepaalde beschadiging is gedekt onder de polis: niet de oorzaak maar het evenement dient plaats te vinden gedurende de verzekerde periode.

2.2.4 Zaakschade, zuivere vermogensschade en bedrijfsschade

Bij de aansprakelijkheidsverzekering wordt onderscheid gemaakt tussen zaakschade en zuivere vermogensschade (in verzekeringskringen ook wel papieren schade genoemd).⁷⁹ Als zaakschade wordt dan, ter onderscheiding van zuivere vermogensschade, aangemerkt 'schade als gevolg van een beschadiging'.⁸⁰ Elke schade als gevolg van beschadiging is dan zaakscha-

78. Onder meer kan van belang zijn of sprake is van een consumentenverzekering. Alsdan geldt volgens artikel 6:238 lid 2 BW het contra proferentem beginsel. Dit beginsel is niet slechts een gezichtspunt maar een harde regel. Zie reeds vóór de totstandkoming van deze wettelijke regeling (het artikel trad op 17 november 1999 in werking): Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 183. Anders nog J. Hijma, Uitleg contra proferentem. In: Contractvrijheid, Red. T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, Kluwer Deventer 1999, p. 461-474: 'Het gaat, kort en goed, om een van de middelen die de rechter ten dienste staan om tegen (bepaalde) uitwassen van de contractvrijheid op te treden. In een tijdsgewricht waarin de rechter over allerlei andere – krachtiger – instrumenten beschikt, zoals ten onzent art. 6:233 en 6:248 BW, komt aan de uitleg contra proferentem slechts een rol toe in de periferie.' Voor de professionele wederpartij lijkt het beginsel niet meer te zijn dan een gezichtspunt. Zie Bloembergen c.s., Rechtshandeling en overeenkomst, Kluwer Deventer 2001, nr. 239. Het hangt ook van de omstandigheden af of het beginsel toepassing kan vinden. Zie Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 184.

79. Zie Wansink, diss. 2006, nr. 2.3.

80. Salomons, 1983, p. 27,53. Ten onrechte maakt schrijver geen onderscheid tussen aansprakelijkheidsverzekeringen en verzekering van zaken; Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 413. Lindenbergh, Losbladige Schadevergoeding, Kluwer november 2005, art. 95, aant. 7.

de.⁸¹ Zuivere vermogensschade is het nadeel dat niet is zaakschade of personenschade. Een dergelijke benadering is met het oog op de aansprakelijkheidsverzekering van belang, aangezien deze gewoonlijk geen dekking geeft voor zuivere vermogensschade in voornoemde zin.⁸²

Voor verzekering van zaken is deze benadering naar mijn mening minder bruikbaar aangezien daar onderscheid wordt gemaakt tussen zaakschade en bedrijfsschade. In beginsel is slechts verzekerd de schade aan de zaak zelf (aantasting van de verzekerde zaak), bedrijfsschade kan echter separaat (mee)verzekerd worden. Bedrijfsschade kan (maar hoeft niet) een gevolg te zijn van een beschadiging (bijvoorbeeld het stagneren van het productieproces als gevolg van het kapot gaan van een machine waardoor brand ontstaat). Gelet op voorgaande definitie van het begrip 'zuivere vermogensschade' is bedrijfsschade als gevolg van een beschadiging, zijnde zaakschade, derhalve bij de aansprakelijkheidsverzekering wél meeverzekerd. Bij de verzekering van een zaak evenwel niet (zuivere vermogensschade a fortiori ook niet).⁸³

Gelet op het voorgaande moet de conclusie zijn dat bij de aansprakelijkheidsverzekering het begrip zaakschade een andere betekenis heeft dan bij verzekering van zaken. Bij de aansprakelijkheidsverzekering is deze term vooral causaal bepaald terwijl bij verzekering van zaken de beschadiging voorop staat: er moet sprake zijn van een aantasting van de zaak zelf. Echter, ook bij verzekering van zaken is het van belang vast te stellen welke schadelijke gevolgen van de aantasting nog onder het begrip zaakschade vallen. Mijns inziens volgt uit het karakter van deze verzekering dat slechts het financiële nadeel dat heeft te maken met de beschadigde zaak zelf (bijv. herstellkosten, reparatie, definitieve vervanging, waardedaling, etc.) voor vergoeding in aanmerking komt. Financieel nadeel dat betrekking heeft op iets anders dan de verzekerde zaak zelf (bijv. bedrijfsschade, omzetverlies, de kosten van een huurauto gedurende de tijd dat de beschadigde auto in reparatie is, etc.) is geen zaakschade en valt dan in beginsel ook niet onder de dekking (tenzij uiteraard deze schadeposten uitdrukkelijk in de polis zijn vermeld als voor vergoeding in aanmerking komend).

Bedrijfsschade

In de literatuur is geconstateerd dat over de inhoud van het begrip bedrijfsschade onduidelijkheid bestaat. Dorhout Mees stelt in het kader van de CAR-verzekering: *'Het begrip "bedrijfsschade", dat in uitsluitingen nog wel eens*

81. Zie voorbeeld Salomons, 1983, p. 53.

82. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, 2006, nr. 2.3. Lindenbergh, Losbladige schadevergoeding, Kluwer november 2005, art. 95, aant. 7.

83. Illustratief is de volgende constatering van Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 12.3.2: *'Een uitzondering op het beginsel dat de CAR-polis geen bedrijfsschade pleegt te dekken, vormt vaak de rubriek "Aansprakelijkheid" in de CA-polis'.*

*wordt gebruikt, is overigens onduidelijk.*⁸⁴ Hij is zelfs van mening dat algemene termen als 'bedrijfsschade' beter kunnen worden vermeden.

Het zou mijns inziens de duidelijkheid ten goede komen als in de eerste plaats wordt vermeden de termen 'zuivere vermogensschade' en 'bedrijfsschade' te verwarren. De door Dorhout Mees gebruikte term 'zuivere bedrijfsschade' werkt die verwarring juist in de hand. Ook de term 'gevolgsschade' draagt bij aan onduidelijkheid aangezien de term nauwelijks onderscheidend vermogen heeft. Elke schadepost moet immers een gevolg zijn van de beschadiging. Vermeden dient ook te worden dat oorzaak en gevolg worden verward. Wanneer ter discussie staat of een materiële beschadiging het gevolg is van stilstand van het werk dan wel van een andere omstandigheid ligt het niet voor de hand zulks te bespreken bij een paragraaf over de inhoud van het begrip 'bedrijfsschade'.⁸⁵ Intussen kan discussie bestaan over de vraag of bepaalde (herstel)kosten moeten worden aangemerkt als (redelijke) herstelkosten dan wel als kosten ter voorkoming van bedrijfsschade. Wanneer beschadiging van een ketel wordt hersteld, tot welke categorie behoort dan het hogere uurloon in verband met werkzaamheden buiten kantooruren omdat het bedrijf van verzekerde (een monopolist) vereist dat herstel met spoed geschiedt? De Rechtbank Zutphen acht dit redelijke kosten van herstel die onder de polis gedekt zijn, terwijl Dorhout Mees de extra kosten niet voor rekening van verzekeraars wil laten komen.⁸⁶ Voor het antwoord op deze vraag zal mijns inziens, naast de omstandigheden van het geval en de verkeersopvattingen, veel afhangen van uitleg van de overeenkomst: is het verzekerde object een ketel in zijn algemeenheid of de onderhavige ketel rekening houdend met de aard van de verzekerde installatie?

Enig houvast is er wel. De Nederlandse Beurspolis voor Bedrijfsschade op Uitgebreide Gevarendekking (NBBU 2002) definieert 'bedrijfsschade' als volgt:

De vermindering van de brutowinst, gedurende de schadevergoedingstermijn, van het in het polisblad omschreven bedrijf van verzekerde.

Juist lijkt mij in het kader van de betekenis van het begrip 'bedrijfsschade' de constatering: *Er is hierbij een vermindering van de bedrijfsresultaten, dus aantasting van het vermogen, als gevolg van een ongewilde stilstand of storing in het bedrijfsproces.*⁸⁷

84. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 12.3.2.

85. Mijns inziens ten onrechte behandelt Dorhout Mees het BA 28 oktober 1982, S&S 1983, 53 dan ook onder de paragraaf 'bedrijfsschade' nr. 12.3.2.

86. Rb. Zutphen 29 oktober 1992, BR 1993, p. 90-94. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 12.3.2.

87. Cursusmateriaal NIBE-SVV Bedrijfsschadeverzekering, juni 2002, nr. 2.1.

OORZAAK EN EIGEN GEBREK

3.1 Inleiding

Volgens Nederlands recht hoeft de verzekeraar in beginsel geen schade uit te keren indien de schade is veroorzaakt door een eigen gebrek (beter: aard of enig gebrek). Dit volgt uit artikel 7:951 (7.17.2.8) BW en 249 WvK (oud) (eenig gebrek, eigen bederf).¹

Over de zin en de betekenis van de eigen gebrek regeling is wel getwist. Het komt mij voor dat gelet op de hierboven genoemde regelingen men als een essentiale van de verzekering beschouwde dat deze slechts tegen van buiten komende gevaren dekking gaf. Het verzekeren tegen eigen gebrek druist volgens die opvatting in tegen het wezen van de verzekeringsovereenkomst, het zou bedrog uitlokken.² Hierbij dient te worden bedacht dat de wetgever vooral de transportverzekering voor ogen had. Dit blijkt ook bij de totstandkoming van artikel 249 WvK (oud):

1. De regeling komt voort uit verzekeringsrechtelijke bepalingen vanaf de veertiende en vijftiende eeuw die van invloed waren op latere wetgevingen. De oude Hollandse regelingen, zoals de Amsterdamse Ordonnantie van 31 januari 1598 en 10 maart 1744 hadden alleen betrekking op de zeeverzekering. Ook de Franse Ordonnance de la Marine 1681 en de Code de Commerce 1807 die van invloed zijn geweest op ons huidige verzekeringsrecht hadden betrekking op de zeeverzekering. Vanouds was de zeeverzekering een verzekering tegen de gevaren der zee, hetgeen tot uiting komt in een opsomming van deze gevaren in poliissen en wetgeving. In alle regelingen die hieruit voortkwamen worden de gedekte, van buiten komende oorzaken opgesomd. Het karakter van de zeeverzekering komt in de opsomming tot uiting door bijvoorbeeld de termen 'percillen' (zie noot 31), 'fortuyne' (Placcaat 20 januari 1571), 'fortunes de mer' (Ordonnance 1681). In alle regelingen die hieruit voortkwamen worden de gedekte, van buiten komende oorzaken opgesomd. Niet in alle regelingen wordt met zoveel woorden schade tengevolge van een eigen gebrek van dekking uitgesloten. Wel gebeurt dit in artikel 18 van de Rotterdamse Keur van 12 maart 1604, de Ordonnance de la Marine 1681, artikel 29 van de Rotterdamse Keur van 28 januari 1721 en artikel 352 van de Code de Commerce. In 1631 schreef Hugo de Groot: '§ 15. Van schade die de goederen uit haer zelve overkomt zonder uitwendig geval, als oock van uitwendige schade niet bedraghende boven een ten honderd, en is den verzekeraer niet gehouden'. Uit deze oude bepalingen blijkt dat het eigen gebrek de tegenstelling is van de van buiten komende oorzaak. De Rotterdamse Keur van 1604 bepaalt bijvoorbeeld in artikel 18: '... Item, als de verfeeckerde goeden door hem felven, fonder eenige toekomende uytwendige fortuyne in 't geheel oft deel bederven, foo en fullen de Verfeeckeraers in geen fchade gehouden zijn, ten ware fij in 't perijckel bij de Police van affeurantie fpecialijcken tot hunner lafte genomen hadden'.

2. C.M.J. Willeumier, Eigen gebrek van schepen in verband tot de zeeverzekering, Amsterdam 1867, p. 18, 26, 27.

*'Er kunnen', antwoordde de Regeering, 'in geen geval verzekeringen bestaan tegen inwendig bederf of gebreken welke aan eene zaak eigen zijn. Derhalve toe te laten, zoude den handel en de zeevaart aan de grootste ongelegenheden blootstellen, omdat men dan reeds geheel of gedeeltelijk beschadigde goederen zoude kunnen laten verzekeren, terwijl de verzekeraar zelden in staat zoude zijn om het bedrog te bewijzen. Men kan alzoo alleen verzekeren tegen van buiten komende gevaren.'*³

Voorduin stelt:

*'Als een onmiddellijk gevolg der (art. 246) gegeven definitie', zeide de Heer Sijpkens, 9 maart 1826, 'moet worden aangezien, dat schade of verlies uit eigen gebrek of bederf der verzekerde zaak, geen voorwerp is van assurantie. Ene verzekering daartegen, kan zonder groote moeilijkheid niet worden toegelaten; het geeft aanleiding tot onbewijsbaar bedrog, zoo goederen of koopmanschappen welke geheel of gedeeltelijk bedorven zijn, tegen dit eigen bederf verzekerd konden worden. Uit den aard dezer overeenkomst is dus het gevaar van buiten, haar wezenlijk bestanddeel. Het is een kans-contract, en er bestaat immers bij de zee-assurantiën dezelfde reden van uitsluiting van dit gevaar, als daarvoor bestaat bij het hiermede zeer vermaagschapte contract van bodemerij.'*⁴

Toch is later de mogelijkheid van verzekering tegen eigen gebrek in de wet opgenomen ('ten ware ook daarvoor uitdrukkelijk zij verzekerd'). Nolst Trenité merkt in dit verband op dat verzekering tegen eigen gebrek met het wezen van de verzekeringsovereenkomst niets heeft te maken. In andere landen zoals Frankrijk twijfelde men niet aan de geldigheid van een dergelijke overeenkomst.⁵

De regeling van het eigen gebrek geldt thans voor de schadeverzekering in het algemeen en is dus niet voorbehouden aan de zeeverzekering. Hiermee is de vroegere koppeling met de opsomming der gedekte gevaren vervallen. De opsomming in artikel 637 WvK is namelijk wel voorbehouden aan de zeeverzekering. Geheel consistent is dit alles niet. Wat men als beginsel van de zeeverzekering beschouwde, de verzekering tegen van buiten komende gevaren, bleef voorbehouden aan de zeeverzekering. De regel die hierop aansluit (het eigen gebrek) verhief men evenwel tot een algemeen beginsel.⁶ In Titel 7.17 BW komt het begrip 'van buiten aankomend onheil' niet langer voor. Het begrip 'eigen gebrek' wordt evenwel wél gehandhaafd. Naar mijn mening is dit om die reden inconsistent. Bovendien heeft de wetgever specifiek branche gerichte bepalingen niet willen hand-

3. Opvallend is dat eigen gebrek hier kennelijk wordt opgevat als beschadiging en niet als oorzaak van de beschadiging.

4. Voorduin, Deel IX, p. 146-147.

5. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1928, p. 354-355.

6. Een uitsluiting van schade door eigen gebrek gold in de 19e eeuw niet voor alle landen in Europa. Wetgeving bevatte hierover dikwijls geen specifieke bepaling. Kennelijk liet men dit over aan de polissen. Zie Willeumier, Eigen gebrek van schepen in verband tot de zeeverzekering, p. 5,6 (noot 4) Ook in de huidige wetgeving van andere landen is een wettelijke regeling over eigen gebrek niet altijd opgenomen. In bijvoorbeeld België, Duitsland en Tsjechooslowakije bestaan geen algemene wettelijke uitsluitingen.

haven. Bepalingen over transportverzekering zijn dan ook niet in Titel 7.17 BW opgenomen. Handhaving van het begrip 'eigen gebrek' met zijn 'transport historische' achtergrond past niet in deze benadering van de wetgever. Hierna zal blijken dat uitsluiting van schade ontstaan door een eigen gebrek nog steeds voornamelijk een aangelegenheid van 'transportgoederenpolis' is. Voor andere polisvoorwaarden geldt dat er een divers beeld bestaat betreffende de dekking van schade door eigen gebrek (zie ook hierna). Gelet op dit alles zou mijns inziens een wettelijke uitsluiting van schade door eigen gebrek achterwege kunnen blijven.⁷

Eigen gebrek en polisvoorwaarden

De Nederlandse Beurs Goederen Polis (NBGP) 2006 verleent ingevolge artikel 16 van de Algemene Voorwaarden conform de wettelijke regeling geen dekking tegen schade aan de goederen veroorzaakt door eigen gebrek. De Nederlandse Beurs-Casco Polis voor de binnenvaart 2006 geeft volgens het voorblad slechts dekking tegen 'van buiten komende onheilen'. Voor schade ontstaan door ontploffing wordt gerenuntieerd aan artikel 249 K. Voor de Nederlandse Beurspolis voor Landmateriaal 2006 geldt volgens artikel 4 van de Algemene Voorwaarden:

Standaard

De verzekeraars vergoeden de schade door verlies of beschadiging van het verzekerde object of een deel daarvan:

- a. *als gevolg van een van buiten komend onheil, alsmede*
- b. *door brand, ontploffing, botsen, aanraken, stoten, slippen, omslaan of te water of van de weg geraken als gevolg van enig gebrek, eigen bederf of uit de aard of natuur van het verzekerde object zelf onmiddellijk voortspruitende.*

Uitgebreid

De verzekeraars vergoeden de schade door verlies of beschadiging van het verzekerde object of een deel daarvan als gevolg van:

- a. *een van buiten aankomend onheil;*
- b. *enig gebrek, eigen bederf of uit de aard en de natuur van het verzekerde object zelf onmiddellijk voortspruitende.*

Ook buiten de transportbranche wijken polisvoorwaarden vaak af van de wettelijke regeling door schade ten gevolge van eigen gebrek mee te verzekeren. Verwezen zij naar de NBB 2006 artikel 2.1:

Onder schade wordt verstaan:

Schade aan of verlies van de op het polisblad genoemde verzekerde gevaarsobjecten die is veroorzaakt door de in dit artikel genoemde gevaren/gebeurtenissen, ongeacht of deze

7. A.S.J. van Wassenaer, Artikel 7.17.2.8: een bepaling met een eigenaardig gebrek . In: In volle verzekerdheid (Van Wassenaer van Catwijck bundel), p. 111 e.v. stelt dat wanneer verzekeraars zeer wel in staat zijn op hun eigen wijze bepaalde onderwerpen op het gebied van het verzekeringsrecht te regelen, een wettelijke regeling overbodig is.

gevaaren/gebeurtenissen zijn veroorzaakt door de aard of een gebrek van de verzekerde gevaarsobjecten.

De UGV voor Gebouwen artikel 2.1 bepaalt:

Deze verzekering dekt materiële schade aan de omschreven zaken door de gebeurtenissen als hieronder omschreven, ook als de gedekte gebeurtenissen voortspruiten uit enig gebrek, eigen bederf of de aard en natuur van de verzekerde zaken, maar met inachtneming van de uitsluitingen genoemd onder 2.5.

De Pleziervaartuigenverzekering artikel 2.1 bepaalt:

*Deze verzekering dekt de schade door verlies of beschadiging van het verzekerd object als gevolg van:
een van buiten komend onheil
eigen gebrek, dat bestaat in een mindervwaardige eigenschap in of van het verzekerd object of enig onderdeel daarvan.*

Veelal wordt in de moderne CAR-polissen gerenuntieerd aan artikel 249 K (oud); artikel 7:951 (7.17.2.8) BW.⁸

Vanouds is het begrip eigen gebrek nauw verbonden met de causaliteitsvraag. Hierna zal aandacht worden besteed aan de bijzondere rol die het begrip eigen gebrek speelt bij het onderwerp oorzaak. Daarbij zal mede de betekenis van het begrip eigen gebrek aan de orde komen.

3.2 Inhoud/betekenis van het begrip eigen gebrek

De term eigen gebrek komt niet overeen met de huidige wettekst (aard of een gebrek van de zaak) en de oude wettekst (art. 249 WvK) ('enig gebrek', 'eigen bederf' en 'den aard en de natuur van de verzekerde zaak zelf'). Het begrip, een letterlijke vertaling van het Franse 'vice propre', is in het Nederlands recht echter ingeburgerd en wordt beschouwd als een verzamelnaam voor de termen van artikel 249 WvK (oud).⁹ De literatuur maakt niet altijd onderscheid tussen de onderscheidenlijke wettelijke termen.¹⁰ Zo stelt Dorhout Mees dat een eigen gebrek moet zijn 'een ongunstige eigen-

8. Dorhout Mees, De CAR-verzekering, 1996, nr. 8.1.3.

9. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1928, p. 343; Dorhout Mees, 1967, p. 260.

10. Nolst Trenité, Zeeverzekering 1928, p. 379-380 meent dat een scherpe onderscheiding zeer moeilijk maar ook weinig nuttig zou zijn. Dorhout Mees, 1967, p. 260 e.v. maakt ook geen onderscheid. Scheltema/Mijnssen, 1991, p. 116 meent dat het in artikel 249 WvK gemaakte onderscheid juist is dan de term eigen gebrek (in de druk van 1998 komt de betreffende passage niet meer voor), maar geeft vervolgens toch een definitie van het begrip eigen gebrek. Clausing, Inleiding verzekeringsrecht, Samsom 1998, nr. 4.8.2 maakt onderscheid tussen eigen gebrek, eigen bederf en aard en natuur van een zaak. J.D. Pestman, Brand en ontploffing, VA 1996, p. 37 wijst erop dat 'eenig' een drukfout kan zijn en dat er eigenlijk 'eigen' had moeten staan (de woorden bevatten dezelfde letters).

*schap, die zaken van de soort der verzekerde zaak niet behoren te bezitten; of: eene de zaak zelve aanklevende minderwaardigheid door slechte constructie, slijtage of dergelijke ontstaan.*¹¹ De termen hebben gemeen dat een van buiten komende oorzaak ontbreekt.¹² Andere schrijvers menen dat het onderscheid wel is te maken en wijzen erop dat 'eenig gebrek' een eigenschap is welke een bepaalde zaak doch niet de soort bezit (bv. constructiefout, overmatige roestvorming, verhoogde slijtage) en het 'eigen bederf' en 'den aard en natuur van de verzekerde zaak zelve' een eigenschap is die alle zaken van dezelfde soort gemeen hebben.¹³

*3.2.1 Afgrenzing begrip eigen gebrek causaal bepaald.
Aanduiding eigen gebrek als eigenschap die zaken van dezelfde soort
niet behoren te bezitten is innerlijk tegenstrijdig*

Niet als gebrek wordt beschouwd een voorbijgaande toestand van de verzekerde zaak, die weliswaar aanleiding tot de schade was, maar geen eigenschap van de zaak genoemd kan worden.¹⁴ Sinds jaar en dag wordt verwezen naar een, antiek, vonnis van de Rechtbank Rotterdam waarbij het ontbreken van een splitpen in een zuigerstangpijp niet als een eigen gebrek werd beschouwd.¹⁵ Clausing-Wansink merken in dit verband op: *'Van een eigen gebrek in de zin van art. 249 WvK moet voorts worden onderscheiden een gebrekkige staat van de verzekerde zaak die door een tijdelijk gebrek aan zorg van voorbijgaande aard is.'*¹⁶ Recenter is de uitspraak waarbij het ontbreken van antivries in motoren van trucks die tijdens het transport bevroren geen eigen gebrek vormt omdat zulks niet beschouwd kan worden als een eigenschap van de verzekerde goederen.¹⁷ In de zaak 'Fortuna'¹⁸ komt het eigen gebrek pregnant aan de orde. Verzekerde is eigenaar van het stalen motorzeiljacht 'Fortuna' en sluit hiervoor een cascoverzekering. Hij vertrekt met als reisdoel Cartagena vanuit Alicante. Er staat een krachtige ZW-wind en de zee is ruw. Op een gegeven moment valt de motor uit. Verzekerde probeert tevergeefs de brandstofpomp en -leiding te ontluchten. Eiser is niet in

11. Dorhout Mees, 1967, p. 264. Hij verwijst voor de eerste definitie naar Scheltema. Zie voor de huidige druk Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.21.

12. Deze constatering is betrekkelijk. Ook bederf vindt natuurkundig gezien plaats door invloeden van buitenaf.

13. Zie in deze zin Van Huizen, diss 1988, p. 246; Van der Feltz, VA 1975, p. 227; Pestman, Brandverzekeringstechniek, 1973, p. 104-105. Verwezen zij tevens naar Kamerstukken II 1985/1986, 19 529, nr. 3, p. 25. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 250 wijzen erop dat de aard en natuur geen minderwaardige, maar juist een normale eigenschap van de verzekerde zaak betreft.

14. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.24. Zie hierna voor kritiek op het criterium eigenschap. Dat een eigen gebrek niet van voorbijgaande aard zou mogen zijn lijkt mij een te stringente voorwaarde. Immers nagenoeg elk eigen gebrek is van voorbijgaande aard. Dat is slechts anders als het gebrek niet is te verhelpen.

15. Rb. Rotterdam 9 december 1903, W 6437. Zie Dorhout Mees, 1967, nr. 361 en Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.24.

16. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 248.

17. Rb. Rotterdam 9 februari 1990, S&S 1990, 94. Zie Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.24.

18. HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597 en het vervolg hierop in Hof Den Haag 30 maart 1999, S&S 2000, 23.

staat op de zeilen de kust te bereiken en roept de hulp van een sleepboot in. Hij vordert de kosten hiervan van zijn verzekeraar. De dekklingsclausule luidt als volgt:

‘Deze verzekering dekt:

14.1 Vaartuig en voortstuwingsinstallatie

Materiële schade en/of verlies van het vaartuig veroorzaakt door:

- a. een van buiten komend onheil;
- b. eigen gebrek, waaronder wordt verstaan een minderwaardige eigenschap in of van het verzekerde object.

(...)

Boven de in het polisblad vermelde verzekerde bedragen worden vergoed:

Sleep-, hulp- en berglonen.’

De Rechtbank Amsterdam¹⁹ beslist dat een dergelijk mankement geen eigen gebrek oplevert omdat het een probleem van voorbijgaande aard is en dus geen ‘minderwaardige eigenschap’ van de ‘Fortuna’ zoals omschreven in de polisvoorwaarden. Het Hof Amsterdam overweegt dat verzekerde zelf in de procedure heeft gesteld dat hij in paniek bij het ontluchten wellicht te veel kracht heeft gezet en de moeren naar de verkeerde kant heeft gedraaid. Het hof oordeelt vervolgens:

Dit zou betekenen dat er vanuit gegaan moet worden dat door toedoen van appellant de koperen leiding en/of pomp is gebarsten. Het aldus ontstaan van een barst in de leiding en/of pomp waardoor de motor is uitgevallen levert echter geen eigen gebrek van de leiding/pomp op in de zin van artikel 14.1 van de voorwaarden.

De Hoge Raad vernietigt echter de beslissing van het hof als volgt:

Hetgeen De Vries aldus heeft gesteld kan bezwaarlijk anders worden opgevat dan als de stelling dat sprake was van een gebrek in een essentieel onderdeel van de motor en dat dit gebrek aan het licht is gekomen door het stilvallen van de motor, hetgeen zich heeft voorgedaan vóór het tijdstip waarop De Vries pogingen heeft ondernomen om de brandstofleiding te ontluchten. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, is aldus niet begrijpelijk 's Hofs oordeel dat ervan moet worden uitgegaan dat door toedoen van De Vries de leiding en/of pomp is gebarsten en dat het aldus ontstaan van een barst geen eigen gebrek oplevert in de zin van 14.1 van de verzekeringsvoorwaarden. Evenzeer is aldus onbegrijpelijk 's Hofs oordeel (rov. 4.5 derde alinea) erop neerkomende dat De Vries onvoldoende heeft gesteld voor zijn beroep op een eigen gebrek.

Het Hof Den Haag²⁰, waarnaar de zaak na cassatie is verwezen, oordeelt als volgt:

19. Zie de Rechtbank Amsterdam in een vonnis (te lezen in Hof Amsterdam 18 januari 1996, S&S 1996, 109) dat heeft geleid tot het arrest HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597 (Fortuna).

20. Hof Den Haag 30 maart 1999, S&S 2000, 23.

Ten aanzien van het gestelde eigen gebrek overweegt het hof dat naar zijn oordeel de aanwezigheid van een barst in de brandstofpomp van de scheepsmotor, zo daarvan in het onderhavige geval al sprake was, op zichzelf nog geen eigen gebrek van het verzekerde vaartuig in de zin van de verzekeringsvoorwaarden oplevert: deze voorwaarden definiëren een eigen gebrek als 'een minderwaardige eigenschap in of van het verzekerde object' en een beschadiging in de vorm van bijvoorbeeld een barst kan niet met een eigenschap gelijkgesteld worden. Indien evenwel vast zou komen te staan dat het model en type brandstofpomp van hetzelfde fabrikaat of makelij als in de motor (...) van de 'Fortuna' was gemonteerd, hetzij door zijn ontwerp of constructie, hetzij door het materiaal zelf, in het gebruik defecten heeft vertoond, waardoor lekkages van brandstof zijn opgetreden, die weer tot gevolg hebben gehad dat de brandstoftoevoer naar de motor stakte en de motor uitviel, zou dat tot de conclusie kunnen leiden dat van een eigen gebrek van het verzekerde object als bedoeld in de verzekeringsvoorwaarden sprake is.

De uitkomst is mijns inziens enigszins verrassend aangezien noch de Hoge Raad noch A-G Bloembergen heeft gewezen op de door het hof aangebrachte beperking van het begrip eigen gebrek. A-G Bloembergen laat zelfs doorschemeren dat de barst op zichzelf genomen reeds een eigen gebrek is: *'Ik denk dat De Vries aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd een eigen gebrek bestaande in een barst in de pomp en of leiding. Dat lijkt me wel een ongunstige eigenschap van het schip en daarmee een gebrek. Maar hiermee is nog niet gezegd dat dit gebrek de oorzaak van eventuele schade aan de 'Fortuna' zou zijn geweest.'*

'Abnormale eigenschap': innerlijk tegenstrijdig

Naar mijn mening leidt het gebruik van de term eigenschap met betrekking tot het eigen gebrek onnodig tot verwarring. Niet van belang is de vraag of de oorzaak van de beschadiging (het gebrek) als een eigenschap van de verzekerde zaak kan worden aangemerkt. Gelet op de omschrijving 'eenig gebrek' lijdt de zaak aan een afwijking ten opzichte van de normale eigenschappen van de soort. In zoverre is er dus bij 'eenig gebrek' juist geen sprake van een eigenschap.²¹ Een *abnormale, afwijkende eigenschap* is naar mijn mening dan ook een contradictio in terminis. Het zou mijn voorkeur hebben voor het gebrek niet het woord *eigenschap* maar het neutralere woord *hoedanigheid* te gebruiken: een gebrek is een *hoedanigheid* welke een bepaalde zaak doch niet de soort bezit. In overeenstemming hiermede is het gebruik van de term 'minderwaardigheid' in de definitie 'een de zaak zelve aanklevende minderwaardigheid door slechte constructie, slijtage of dergelijke ontstaan'.²² Eigen bederf betreft een hoedanigheid die alle zaken van dezelfde soort gemeen hebben en zou derhalve eventueel wel een eigen-

21. Vergelijk ook de definitie van 'eigenschap' in Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, Twaalfde uitgave: *een waarneembaar verschijnsel van het wezen van een persoon of zaak*.
22. Zie Dorhout Mees, 1967, nr. 361, die overigens de term minderwaardigheid kennelijk opvat als synoniem van 'eigenschap' nu hij het ontbreken van een splitpen in een zuigerstangpijp niet aanmerkt als een eigen gebrek in de zin van een 'minderwaardigheid' van de machine. De oorzaak 'slijtage' hoort mijns inziens overigens niet in het rijtje thuis: hier is geen sprake van 'gebrek' maar van 'aard en natuur van de zaak'. Voorts zij verwezen naar v.d. Feltz, Beschouwingen, p. 227

schap van dat soort zaken kunnen worden genoemd. De term eigenschap speelt wel op een *andere wijze* een rol bij het algemene begrip eigen gebrek. De omstandigheid die bij het eigen gebrek aanleiding geeft tot de beschadiging behoeft geen 'eigenschap' van de verzekerde zaak te zijn. Kenmerkend voor het begrip 'eigen gebrek' is echter dat, gegeven een bepaalde omstandigheid (oorzaak), (uitsluitend dan wel overwegend) de *eigenschappen van de verzekerde zaak* ervoor zorgdragen dat de beschadiging zich zal voordoen. Dit geldt zowel voor 'enig gebrek' als voor 'bederf'. Wanneer een splitpen ontbreekt in een zuigerstangpijp en wanneer antivries ontbreekt in motoren hebben soortgelijke zaken onder de gegeven omstandigheden de *eigenschap* dat zij beschadigd raken. Wanneer bederfelijke waar door een vertraging in de reis te lang onderweg is hebben soortgelijke zaken de *eigenschap* onder de gegeven omstandigheden te zullen beschadigen (bederven). De eigenschappen verschillen slechts in aard. In het eerste geval is sprake van een mechanische eigenschap en in het tweede geval van een biologische eigenschap.²³ In het Engelse recht wordt het begrip 'inherent vice' in het kader van de transportverzekering dan ook als volgt omschreven:

*'This phrase (generally shortened to 'inherent vice') where it is used in s. 55 (2) (c) refers to a peril by which a loss is proximately caused; it is not descriptive of the loss itself. It means the risk of deterioration of the goods shipped as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated voyage without the intervention of any fortuitous external accident or casualty.'*²⁴

Beperking begrip 'eigen gebrek' causaal bepaald

Deze Engelse definitie lijkt dus een ruimere omschrijving van het begrip eigen gebrek mee te brengen. De beperking is echter causaal bepaald. Wanneer zich een andere van de normale gang van zaken afwijkende van buiten komende gebeurtenis voordoet is er volgens de definitie niet langer sprake van een eigen gebrek. Doorgaans zal om die reden een (eigen) gebrek aan het verzekerde object ontstaan tijdens de verzekerde periode niet gelden als rechtens relevante oorzaak.

Gelet hierop kan beschadiging vanwege het ontbreken van een splitpen in een zuigerstang of het ontbreken van antivries in motoren heel wel in beginsel worden aangemerkt als een gebrek. Daarmee is echter nog niet gezegd dat een dergelijk gebrek ook geldt als oorzaak van de beschadiging. Juist het vereiste dat het eigen gebrek ook de oorzaak van de schade moet zijn kan tot gevolg hebben dat het eigen gebrek niet geldt als een uitgesloten dan wel gedekte schadeoorzaak. Het antwoord op de vraag of het eigen gebrek ook als oorzaak van de beschadiging kan worden aangemerkt kan afhangen van de oorzaak van het eigen gebrek. In geval van een ontwerp-

23. Niet van belang lijkt welke eigenschap nu precies voorafgaat aan de beschadiging. Afhankelijk van de zaak kan het mechanisch proces verschillend verlopen. Dat geldt ook voor het biologisch proces.

24. *Soya v. White* (1983) Lloyd's Rep. 122 (HL). Zie ook *Noten v. Harding* (1990) 2 Lloyd's Rep. 289 (CA).

fout zal een daaruit voortvloeiend eigen gebrek worden aangemerkt als oorzaak van een eventueel daarop volgend evenement. Het antwoord luidt anders als er sprake is van een onjuiste handeling van een timmerman die met nieten een dampremmende laag in een dakconstructie vastzet. Niet het (eigen)gebrek van het dak is alsdan de rechtens relevante oorzaak, maar de onjuiste handeling van de timmerman.²⁵

Het tijdens de verzekerde periode uitvallen van een elektrische waterpomp, die anders een schip voor de ondergang zou hebben behoed, lijkt als eigen gebrek in aanmerking te kunnen komen. A-G Biegman-Hartogh stelt dienaangaande in het arrest *Che Guavara*:

‘En het in gebreke blijven van motor en/of pomp zou aan ‘s Hofs oordeel, dat de verzekerder niet tot uitkering was gehouden was gehouden, slechts dan kunnen afdoen indien eigen gebrek van deze scheepsinstallaties mede was verzekerd, hetgeen niet het geval was, of indien de machines tengevolge van een van buiten komend onheil waren uitgevallen, hetgeen niet is gesteld of gebleken.’

Herhaald zij dat het standpunt wordt verdedigd, mijns inziens ten onrechte, dat een dergelijk mankement geen ‘minderwaardige eigenschap’ van het schip is en om die reden geen ‘eigen gebrek’.²⁶ Naar mijn mening kan deze hoedanigheid in beginsel wel worden aangemerkt als een eigen gebrek van de motor. Het is echter de vraag of dit eigen gebrek tevens als rechtens relevante oorzaak van de schade moet worden aangemerkt. Zulks hangt onder meer af van de oorzaak van het niet-functioneren van de brandstofpomp. Wanneer het eigen gebrek bijvoorbeeld is ontstaan als gevolg van een verkeerde bediening kan het eigen gebrek mijns inziens niet worden aangemerkt als schadeoorzaak.²⁷

Een aantal schrijvers stelt dat de aard van de verzekering het mogelijk maakt dat een eigen gebrek ontstaat tijdens de verzekerde periode. Het gaat hierbij vooral om verzekeringen die erop zijn gericht een dynamisch proces te verzekeren, zoals de casco-aanbouwpolis en de CAR-verzekering.²⁸ Het

25. Het voorbeeld is ontleend aan de zaak *Obdeijn/Nieuw Rotterdam* (HR 27 juni 1997, NJ 1998, 329, m.nt. MMM). Mijns inziens ten onrechte had de rechtbank de vordering afgewezen omdat de beschadiging (scheurvorming) was veroorzaakt door een eigen gebrek.

26. Zie de Rechtbank Amsterdam in een vonnis (te lezen in Hof Amsterdam 18 januari 1996, S&S 1996, 109) dat heeft geleid tot het arrest HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597 (*Fortuna*). De omschrijving luidt: ‘Eigen gebrek waaronder wordt verstaan een minderwaardige eigenschap in of van het verzekerde object.’

27. Zie Hof Amsterdam 18 januari 1996, S&S 1996, 109 ook te lezen in HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597: *Dit zou betekenen dat er vanuit gegaan moet worden dat door toedoen van appellant de koperen leiding/pomp is gebarsten. Het aldus ontstaan van een barst in de leiding en/of pomp waardoor de motor is uitgevallen levert echter geen eigen gebrek van de leiding/pomp op in de zin van artikel 14.1 van de voorwaarden.* Verwezen zij voorts naar Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 248 waar wordt gesteld dat in gevallen van een gebrekkige staat van de verzekerde zaak die door een tijdelijk gebrek aan zorg van voorbijgaande aard is, het gebrek aan zorg en niet een eigen gebrek in de zin van art. 249 K als de rechtens relevante oorzaak zal hebben te gelden.

28. Zie Van Huizen, diss. 1988, p. 250; Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 248; Dorhout Mees, 1996, nr. 8.1.2.1: ‘Voorts kunnen gedurende de bouw zaken met een eigen gebrek ontstaan.’

is mijns inziens echter de vraag of in een dergelijk geval het eigen gebrek kan gelden als een rechtens relevante oorzaak aangezien andere omstandigheden zoals fouten gemaakt (door personeel van) de verzekerde meestal een rol zullen spelen.

3.2.2 Eigen gebrek veelal aanwezig vóór de verzekerde periode

Uit het bovenstaande volgt dat doorgaans een eigen gebrek pas als rechtens relevante oorzaak van de schade kan worden aangemerkt als de hoedanigheid van de zaak enigszins duurzaam van aard is en deze niet het gevolg is van een van buiten komend onheil of een andere omstandigheid die niet met het verzekerde object samenhangt. Opvallend is dat de oorzaken die verbonden zijn met de verzekerde zaak reeds voor aanvang van de verzekerde periode bestonden. Ook bij de transportgoederenverzekering lijkt het antwoord op de vraag of het eigen gebrek al dan niet vóór aanvang van de reis bestond doorslaggevend te zijn. Van Wulfften Palthe noemt het voorbeeld van de planten die beschadigd door insectenvraat op hun bestemming aankomen. Of dan sprake is van een eigen gebrek zou hiervan kunnen afhangen of de planten met insectenlarven waren ingepakt of dat de insecten tijdens de reis van buiten komend hun vernielende werk hebben verricht.²⁹ Doorslaggevend lijkt dat in het eerste geval de insectenlarven deel uit maakten van het te vervoeren product terwijl in het tweede geval de omstandigheid dat de insecten die van buiten af hun vernielende werk hebben verricht als een van buiten aankomend onheil, en derhalve niet als een eigen gebrek, kunnen worden beschouwd. Het product zelf moet bij aanvang van het verzekerde risico de zich normaal voordoende omstandigheden zonder beschadiging kunnen doorstaan. Wanneer niet blijkt van een afwijkende omstandigheid (de rechtens relevante oorzaak), althans wanneer moet worden uitgesloten dat van zo'n omstandigheid sprake is, moet aangenomen worden dat er sprake is van een eigen gebrek. Een ander voorbeeld kan worden ontleend aan een vonnis van de Rechtbank Rotterdam.³⁰ Het betreft hier een transportgoederenverzekering van een zending grondnoten uit Indonesië voor pindakaasfabricage. Bij aankomst blijkt dat de grondnoten zodanig met mijt zijn bezet dat de zending niet langer geschikt is voor het doel waarvoor zij is bestemd. Niet aan de orde komt of hier sprake is van een eigen gebrek omdat deze omstandigheid is meeverzekerd en de rechtbank de beslissing laat afhangen van het antwoord op de vraag of er sprake is van een onzeker voorval. Doorslaggevend hiervoor is of vóór de verlading de grondnoten zodanig met mijt waren bezet, dat voorzienbaar was dat zij bij aankomst in Rotterdam ongeschikt zouden zijn voor de fabricage van pindakaas. Zoals eerder betoogd lijkt dit mij geen juiste benadering van het begrip onzeker voorval. Wel kan worden gesteld dat het eigen gebrek alsdan moet worden aangemerkt als de (meeverzekerde) rechtens relevante oorzaak.

29. Van Wulfften Palthe, *Voorlezingen over Zee-assurantie*, 1932, p. 36.

30. Rb. Rotterdam 2 april 1952, NJ 1953, 386.

Gelet op het vorenstaande is mijn conclusie dat voor het antwoord op de vraag of het eigen gebrek de rechtens relevante oorzaak is, van belang kan zijn of dit gebrek aanwezig was voordat het verzekerde risico aanving.

3.2.3 Duurzaamheid van het eigen gebrek

In de voornoemde causale betekenis past de stelling dat het eigen gebrek enigszins duurzaam van aard dient te zijn. Niet omdat een omstandigheid die van voorbijgaande aard is geen 'eigenschap' is van het verzekerde object, maar omdat deze omstandigheid doorgaans niet zal kunnen worden aangemerkt als rechtens relevante oorzaak aangezien alsdan meestal een andere omstandigheid als zodanig moet worden aangemerkt. In het kader van een cascoverzekering van schepen wijst Nolst Trenité erop dat de onvoldoende staat waarin het schip zich bevindt een gevolg kan zijn van een gebrekkige constructie en dus van blijvende aard is, terwijl ook sprake kan zijn van zorgeloosheid van de bemanning. In het laatste geval mankeert er niets aan de inrichting of uitrusting van het schip. Hij noemt als voorbeelden het niet sluiten van luiken of patrijspooten, dan wel het open laten staan van een kraan die buiten met het water communiceert en concludeert:

'Het komt mij voor dat het niet onjuist is om in al deze gevallen van vice propre te spreken. Het schip is op het oogenblik dat het aan zeegevaar is blootgesteld, niet in alle opzichten in behoorlijken staat en de schade, uit dien gebrekkigen toestand voortvloeiende, is vice propre schade'.³¹

Het standpunt van Nolst Trenité lijkt mij juist met dien verstande dat naar mijn mening het eigen gebrek bij zorgeloosheid van de bemanning niet de rechtens relevante oorzaak zal zijn.

3.3 Eigen gebrek en verpakking

Voor de term 'enig gebrek' volgt uit de hierboven genoemde definitie dat het moet gaan om een omstandigheid die zaken van dezelfde soort niet gemeen hebben. Er moet dus sprake zijn van een oorzaak in de betekenis van een afwijkende omstandigheid. Bijzonder is dat deze afwijkende omstandigheid tegelijkertijd verbonden moet zijn met de verzekerde zaak. Slechts omstandigheden die betrekking hebben op de hoedanigheid van de verzekerde zaak zelf zijn voor de uitsluiting 'enig gebrek' relevant.

In dit verband is de vraag, die zich vooral bij de transportverzekering voordoet, interessant of beschadiging door een gebrekkige verpakking dient te worden aangemerkt als een eigen gebrek. Deze vraag wordt wel

31. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1928, p. 301 en 302.

zonder meer bevestigend beantwoord.³² Het is mij niet duidelijk op welke grond zulks wordt aangenomen. Verdedigbaar lijkt mij de stelling dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak tenzij uit de polisvoorwaarden anderszins volgt.³³ Voor vervoer van zaken met containers lijkt hetzelfde te gelden aangezien een container onder omstandigheden als verpakking wordt beschouwd.³⁴

De Institute Cargo Clauses A 1982 maken ook duidelijk onderscheid tussen 'inherent vice of the subject matter' en 'loss caused by insufficiency of packing'. Het Duitse recht maakt met §131 lid 2 VVG onderscheid tussen eigen gebrek van zaken en 'mangelhafte Verpackung'. Minder duidelijk is de Nederlandse Beurs Goederen Polis 1991 aangezien in artikel 17 (bederf) niets is geregeld over verpakking.³⁵

O'May concludeert ten aanzien van de vraag 'Are packing materials part of the subject matter insured?' als volgt:

*'The authorities, such as they are, do not give clear guidance. The moral must be that the interest be clearly and comprehensively described in the Schedule to the policy under 'subject-matter insured' (...).'*³⁶

32. Rb. Rotterdam 29 mei 1987, S&S 1988, 12. Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht 1967, p. 265. Dorhout Mees, Schets van het Nederlands Handels- en Faillissementsrecht, zevende druk (bewerkt door Mr Pauline IJdo), 1990, nr. 509. Van Huizen, Vrb 1997, p. 7; Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 252.

33. Zie Hof Den Haag 27 oktober 1998, S&S 2000, 126 (NN/Flier): verpakking maakt geen deel uit van de verzekerde zaak. HR 7 juni 1996, NJ 1996, 697 (Dracena-boompjes): container met inhoud valt onder de omschrijving van het verzekerde object waardoor het niet goed functioneren van de container onder de uitsluiting 'inherent vice' valt. Voor commentaar op dit arrest zij verwezen naar Van Huizen, Vrb 1997, p. 5 e.v.

34. Volgens van Huizen, Vrb 1997, p. 7 merken de Institute Cargo Clauses A de container niet als verpakking aan maar als (onderdeel van) het vervoermiddel; behalve als de stuwage van die container is uitgevoerd voor aanvang van de verzekerde periode of indien deze is uitgevoerd door de verzekerde of zijn personeel. Het Hof Den Haag 1 september 1992, S&S 1993, 17 lijkt een stap verder te gaan. Vervoer van pitriet in containers is verzekerd onder de ICC 82. Het hof overweegt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de verzekeraar vanwege een ondeugdelijke verpakking niet behoeft te betalen: *Immers zowel naar Nederlands als naar Engels recht moeten bij stuwage van de verzekerde goederen in containers die containers als verpakking worden aangemerkt ook voor die zendingen ten aanzien waarvan deze zienswijze niet door toepasselijkverklaring van clause 4 lid 3 van de Institute Cargo Clauses (A) mocht zijn bevestigd. Onder de ten tijde van de verscheping uit Ujung Pandang heersende klimatologische omstandigheden waren de containers een ongeschikt verpakkingsmiddel. Hiertegen voert Bantle & Preiss aan dat de containers zijn gesteld door de rederij en niet door de afzender, doch dit baat haar niet daar de uitsluiting van dekking bij onvolgende verpakking, waaronder begrepen containers, dit onderscheid niet maakt, nog daargelaten dat UAP betwist dat i.c. de containers door de rederij zijn gesteld.*

35. Van Huizen, Vrb 1997, p. 7. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 252 menen evenwel dat uit artikel 15 NBGP 1991 impliciet volgt dat de verpakking deel uitmaakt van de verzekerde zaak. Artikel 15 luidt: *Lid 1 Voorzover vergoeding wegens schade aan de zaken niet is uitgesloten, zullen in geval van vermindering van de waarde van de zaken uitsluitend ten gevolge van schade aan of overlies van de verpakking – daaronder begrepen het materiaal gebruikt voor de aanduiding van merk en soort – de kosten van herstel van deze verpakking voor rekening van de verzekeraars zijn.*

Lid 2 Zo zulk een herstel niet mogelijk is, dan wel de kosten daarvan bovenbedoelde waardevermindering te boven zouden gaan, vergoeden de verzekeraars de waardevermindering. Indien dit herstel de waardevermindering niet geheel temiet doet, vergoeden de verzekeraars de overblijvende waardevermindering.

36. O'May on marine insurance, 1993, p. 194.

3.4 Aard van de zaak (bederf), slijtage en gebrek

Het verdient mijns inziens voor een goed begrip de voorkeur de termen bederf en slijtage niet te zien als oorzaak, maar als vorm van schade.³⁷ Valt schade aan een partij vlees welke is vervoerd onder een te hoge temperatuur en welke in bedorven staat aankomt in het licht van artikel 7:951 (7.1.7.2.8) BW en artikel 249 WvK (oud) onder de wettelijke uitsluiting van een transportgoederenverzekering, met andere woorden is dit een schade veroorzaakt door de aard van de zaak? Voor beantwoording van deze vraag is het nodig te weten of het bederf dan wel een andere omstandigheid moet worden aangemerkt als rechtens relevante *oorzaak* of als vorm van *schade*. Het laatste lijkt meer in overeenstemming te zijn met een duidelijke uitleg van de betreffende polisclausules. Illustratief is een zaak waarin vervoer plaatsvindt van diepvriesmaaltijden naar Bushire, Iran. Na lossing wordt de zending in een douaneloods zonder vriesruimte geplaatst waardoor zij ontdooit en bederft. De dekkingsconditie luidt:

'This insurance covers all physical loss or damage from any external cause whatsoever. Special note: Incl. Vice propre and/or deterioration in case of breakage, breakdown, stoppage, failure of freezing appurtenances or other machinery or insulation for a period of at least 48 consecutive hours.'

De rechtbank moet zich bedienen van een moeizame redenering om de verzekerde in het gelijk te stellen:

'Mét eisers is de Rb. van mening dat de zending is beschadigd tengevolge van een van buiten komend onheil. Immers, niet is gesteld of gebleken dat de goederen bij inlading op de een of andere wijze gebrekkig waren, terwijl voorts het enkele feit dat een bepaalde wijze van opslag en vervoer (namelijk in een vriesruimte) voor goederen als de onderhavige noodzakelijk is voor het behoud ervan, niet voldoende is om in een schadegeval als het onderhavige van eigen bederf te kunnen spreken'.³⁸

Deze kwestie zou mijns inziens gemakkelijker oplosbaar zijn wanneer de rechtbank als uitgangspunt had genomen dat bederfschade niet is verzekerd tenzij zulks toch kan worden afgeleid uit de polis. De special note lijkt dit ook zo te bepalen: bederfschade is gedekt in geval van ... De beslissing zou dan wel eens ten gunste kunnen zijn geweest van de verzekeraars, aangezien de koelinstallatie goed functioneerde. Verwezen zij evenwel naar een arrest van het OLG Hamburg van 27 april 1989. Het betreft vervoer van witte kool. Verzekerd is op all-risksbasis en van toepassing is de clausule

37. Zie ook in deze zin Dorhout Mees, 'Schets' 1990, nr. 509. Vergelijkbaar is het begrip brand. Offerhaus, RMThemis 1944, p. 115 stelt: *Brand is eigenlijk niet een onzeker voorval, maar een vorm van schade, dien art. 290 W.v.K. voor rekening van den verzekeraar brengt onverschillig op welke wijze de brand ook zou mogen ontstaan.* Bederf kan, evenals brand, wel vooraf gaan aan een anderssoortige beschadiging.

38. Rb. Rotterdam 22 oktober 1979, S&S 1980, 46.

'einschlieslich Verderb, verursacht durch Niederbrechen der Kühlmachine, wenn dieses niederbrechen mindestens 24 aufeinanderfolgende Stunden dauert'. De witte kool wordt met een te hoge temperatuur vervoerd en raakt daardoor beschadigd. Het OLG oordeelt dat de schade is gedekt. De hiervoor weergegeven clause is volgens het OLG niet bedoeld als een uitsluiting en heeft geen betrekking op de situatie dat fouten worden gemaakt met betrekking tot de koeling van de goederen zonder dat er sprake is van het uitvallen van de koelinstallatie.³⁹ Het OLG oordeelt dat deze clause geen beperking van de all-risksdekking tegen schade aan witte kool door een te hoge temperatuur tijdens het transport meebrengt:

'In dieser Klausel kann kein Gefahrenausschluß gesehen werden. Zum einen läßt die gewählte Formulierung nicht mit hinreichender Klarheit erkennen, daß außer der Gefahr eines völligen Ausfalls der Kühlanlage für mindestens 24 Stunden alle übrigen Risiken infolge nicht ordnungsgemäßer Kühlung, nicht gedeckt sein sollen. Auch scheint die Formulierung "'einschlieslich" eher auf eine Erweiterung als auf eine Einschränkung des Versicherungsschutzes hinzudeuten. Schlieslich wäre bei der Annahme eines Gefahrenausschlusses auch unverständlich, warum in der Generalpolice, die dadurch in die beiden Einzelpolicen einbezogen ist, daß sie mir NR ... im Kopf ausdrücklich aufgeführt wird, eine Temperaturführung von 1 bis 2 °C enthalten ist. Denn wenn Schäden infolge nur fehlerhafter, also zu hoher oder zu niedriger Temperaturführung ohnehin vom Deckungsumfang der Versicherung ausgenommen wären, so wäre diese Bestimmung slechthin überflüssig. Sinnvoll scheint demgemäß nur eine enge Auslegung. So läßt sich die Klausel am ehesten dahin deuten, daß Schäden im Fall eines Totalausfalls der Kühlanlage nur dann gedeckt sein sollen, wenn der Ausfall mindestens 24 Stunden ununterbrochen andauert. Diese Auslegung erscheint auch sinnvoll, da kurzfristige Ausfälle der Kühlanlage auf Schiffen durchaus häufiger vorkommen und es naheliegend ist, daß die Bekl. als Versicherer sich von diesem Risiko entlasten wollten. Dagegen ist es nicht angemessen, die Klausel dahin auszulegen, daß auch alle anderen Gefahren, die nicht auf dem Ausfall der Kühlanlage, sondern auf sonstigen Fehlern im Zusammenhang mit der Kühlung beruhten, aus der All-Gefahren-Deckung herausgenommen werden sollten. Eine solche Deckungsbeschränkung läßt sich der Klausel objektiv nicht entnehmen.'

In de hiervoor genoemde uitspraken vloeit de bederf- dan wel slijtageschade niet *uitsluitend* voort uit de 'natuur en aard van het goed zelf'. Wanneer dit wel het geval is (ik noem dit zuivere bederf- en slijtageschade), is er geen sprake van een oorzaak in de zin van een afwijkende omstandigheid. Dergelijke schade is doorgaans van dekking uitgesloten.⁴⁰ In de zaak 'Squid'⁴¹ komt het verschil tussen slijtage en (eigen) gebrek duidelijk naar

39. OLG Hamburg 27 april 1989, VersR 1991, 544. Mij is niet geheel duidelijk hoe deze uitspraak zich verhoudt tot § 131 lid 2 VVG.

40. Sommige schrijvers nemen aan dat dergelijke schade nimmer is verzekerd aangezien er geen sprake is van een onzeker voorval. Naar mijn mening echter dient voor een beroep op het ontbreken van een onzeker voorval te zijn voldaan aan de voorwaarde dat de verzekerde ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst wist dat de schade zich in de verzekerde periode zou voordoen.

41. Hof Amsterdam 10 juni 1993, S&S 1994, 13.

voren. Verzekerd is het kajuitzeiljacht van Plessius, die ongeveer een jaar na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het jacht doet expertiseren omdat het teakhouten dek op een aantal plaatsen nat blijft en kraakt als er op wordt gelopen, terwijl de delen van het dek op een groot aantal plaatsen beweeglijk zijn. De expert komt tot de conclusie dat bij het monteren van het teakhouten dek een verkeerde bevestigingsmethode is gebruikt. De van belang zijnde dekkingsbepalingen luiden:

'De verzekering dekt de schade door verlies of beschadiging van het vaartuig of (onder-) delen daarvan ten gevolge van (...) eigen gebrek, zijnde een ongunstige eigenschap van het verzekerd vaartuig of onderdelen daarvan die die niet behoren te hebben en voor zover dit bij het aangaan der verzekering aan de verzekeringnemer onbekend was ...'

en

'De maatschappij verleent geen uitkering voor of naar aanleiding van (...) schade bestaande uit slijtage; schade als gevolg van slijtage indien althans het niet vervangen van het aan slijtage onderhevige deel de verzekeringnemer is te verwijten'

Het Hof stelt Plessius in het gelijk:

'Het gaat derhalve om beschadigingen en niet om een normaal achteruitgaan in kwaliteit'.

Hoewel de uitkomst in deze zaak juist lijkt is de hiervoor geciteerde formulering van het hof mijns inziens minder gelukkig waar de term beschadiging als tegenstelling van slijtage wordt beschouwd. Ook slijtageschade, zijnde een normale achteruitgang in kwaliteit, kan immers een beschadiging zijn. Meer in overeenstemming met de polisbepalingen zou naar mijn mening zijn geweest als het hof had bepaald dat hier sprake is van schade als gevolg van een eigen gebrek zijnde een ongunstige hoedanigheid, die het verzekerde schip niet behoorde te hebben. Slijtage is, ook volgens het hof, het normaal achteruitgaan in kwaliteit.

De polis bepaalt dat sprake kan zijn van slijtageschade enerzijds en schade als gevolg van slijtage anderzijds. Het onderscheid maakt duidelijk dat slijtageschade, dat wil zeggen beschadiging van het direct door de slijtage getroffen onderdeel, niet is gedekt. Wanneer daarentegen dit direct door slijtage getroffen onderdeel een beschadiging veroorzaakt aan een ander onderdeel is deze laatste beschadiging wel gedekt.⁴² De polisbepaling illu-

42. Zie voor een geval waarin volgens een pleziervaartuigverzekering dekking bestond voor schade als gevolg van een eigen gebrek, maar van dekking was uitgesloten de herstelkosten van het eigen gebrek zelf (een beschadigde roerkoning) RvT V-96/19. Vergelijk de zgn. 249-min dekking bij de CAR-verzekering, waarin weliswaar aan artikel 249 K wordt gerenuciëerd, maar waarbij van de dekking weer is uitgesloten de schade aan het deel van het werk dat direct door een eigen gebrek wordt getroffen. Rb. Rotterdam 23 oktober 1992, S&S 1995, 19. Wanneer ook schade aan het direct getroffen deel voor vergoeding in aanmerking komt, spreekt men van een zgn. 249 plus-dekking. Zie Dorhout Mees, diss. 1996, nr. 8.1.2.1, alsmede in 'Het schadebegrip in de CAR-verzekering', Vrb 1995, p. 62.

streert mijns inziens dat slijtage niet in de eerste plaats een schadeoorzaak is, maar een vorm van schade.

Gelet op het voorgaande is roestvorming van een roestvrij onderdeel van een jacht geen slijtage maar een gebrek. Mijns inziens ten onrechte beoordeelt de Raad van Toezicht het standpunt van de verzekeraar, dat zulks moet worden toegerekend aan niet verzekerd zijnd eigen bederf (slijtage lijkt een betere omschrijving), niet als onverdedigbaar.⁴³

3.4.1 Engels recht. 'Inherent vice' en 'wear and tear':
wel resp. géén bijzondere voorafgaande omstandigheid⁴⁴

Het Engelse recht kent verschillende termen voor het algemene begrip eigen gebrek. De MIA § 55 lid 2 C bepaalt:

'Unless the policy otherwise provides, the insurer is not liable for ordinary wear and tear, ordinary leakage and breakage, inherent vice, or nature of the subject-matter insured, or for any loss proximately caused by rats or vermin, or for any injury not proximately caused by maritime perils.'

De Institute Cargo Clauses sluiten ordinary wear and tear (art. 4.2) en inherent vice (art. 4.4) uit:

4.2. *ordinary leakage, ordinary loss in weight or volume, or ordinary wear and tear of the subject-matter insured*

4.4. *loss damage or expense caused by inherent vice or nature of the subject-matter insured.*

Inherent vice or nature of the subject-matter insured wordt dus volgens de laatste voorwaarden vereenzelvigd en is wel omschreven als: *'deterioration of the goods shipped as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated or casualty'*.⁴⁵

Het verschil met wear and tear wordt ook niet duidelijk nu daaronder wordt verstaan:

*'an inevitable though gradual process of decay mainly by reason of the action of the winds and waves, a progressive deterioration which is commonly termed wear and tear, for which there is no liability on the part of the underwriter. Again, if the deterioration by wear and tear becomes so serious as to cause the vessel to leak and sink, the underwriter will not be liable for the loss of the vessel.'*⁴⁶

43. RvT V-97/21. Zie mijn commentaar in Vrb 1998, p. 92-93.

44. Hiervoor zijn ook enkele buitenlandse uitspraken besproken ter illustratie van het daar aan de orde zijnde onderwerp. Op deze plaats worden het Engelse en Duitse systeem kort aange-
stipt.

45. *Soya GmbH vs. White (HL)* (1983), *Lloyds Rep.* 122.

46. *Templeman on Marine Insurance*, bewerkt door R.J. Lambeth, 1986, p. 164.

Arnould wijst in het kader van de Inchmaree clause, van toepassing in de cascoverzekering voor zeeschepen, op het verschil tussen inherent vice en wear and tear.⁴⁷ Het onderscheidende criterium is volgens hem de oorzaak van een bepaalde conditie van het schip bij aanvang van het risico. Bij inherent vice gaat het om een bijzondere omstandigheid en bij wear en tear om een gewone omstandigheid (the ordinary incidents of trading). In de zaak de Caribbean Sea⁴⁸ beslist Mr. Justice Robert Goff dat er geen sprake is van wear en tear omdat het gebrek ('fatigue cracks in the wedged shaped nozzle') onder meer kon worden toegeschreven aan de wijze waarop het schip was ontworpen. De schade ontstond aanzienlijk eerder dan mocht worden verwacht op grond van de levensduur van het schip. Een bijzondere omstandigheid derhalve.

Deze beschrijving van inherent vice en wear and tear komt overeen met respectievelijk de Nederlandse begrippen 'eenig gebrek' enerzijds en 'eigen bederf' en 'slijtage' anderzijds. Het begrip wear and tear is dus geen oorzaak in de door mij bedoelde zin, omdat er geen van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid is aan te wijzen. Ook hier zou de uitdrukking 'slijtageschade' wellicht meer op zijn plaats zijn.

3.4.2 Duits recht. *Natürliche Beschaffenheit: bederfschade zonder afwijkende omstandigheid*

Het Duitse recht kent geen algemene uitsluiting van schade als gevolg van een eigen gebrek. Wel kent Titel V van het VVG (Transportversicherung) een uitsluiting van schade aan goederen (zaken) veroorzaakt door 'natürliche Beschaffenheit der Güter'. § 131 lid 2 luidt:

'Das gleiche (Lid 1: Bei der Versicherung von Gütern haftet der Versicherer nicht: AB) gilt von einem Schaden, der durch die natürliche Beschaffenheit der Güter, namentlich durch inneren Bederb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, sowie durch mangelhafte Verpackung der Güter oder durch Ratten oder Mäuse verursacht wird; ist jedoch die Reise durch einen Unfall, für den der Versicherer haftet, ungewöhnlich verzögert worden, so fällt der Schaden dem Versicherer insoweit zur Last, als er infolge der Verzögerung eingetreten ist.'

Onder natuurlijke Beschaffenheit verstaat het Duitse recht de eigenschap van zaken om zich te veranderen, zowel uitsluitend uit zich zelf als in verbinding met de (gewone) omstandigheden waaraan zij zijn onderworpen.⁴⁹ Het BGH⁵⁰ oordeelt dat een beschadiging van een zending gedroogde Mexicaanse vliegen tijdens transport van Veracruz naar Hamburg, welke zending in onbruikbare toestand aankomt doordat de vliegen door innerlijke

47. Arnould, Law of Marine Insurance and Average, Stevens and Sons, London 1981 p. 637.

48. (1980) 1 Lloyd's Rep., 338.

49. Prölls/Martin, 2004, artikel 131 VVG, Rn 9.

50. BGH 27 september 1971, VersR 1971, 1056.

verbranding zijn aangetast en daardoor een penetrante geur verspreiden, moet worden aangemerkt als bederfschade:

Entgegen der Ansicht der Revision ist dem Berufungsgericht auch darin zuzustimmen, daß die Bekl. für den nach alledem nicht mitversicherten Beschaffenheitsschaden nicht haften, auch wenn dieser auf Einwirkungen und Einflüsse eines normalen und regelmäßigen Seetransportes zurückzuführen sein sollte. Denn 'natürliche Beschaffenheit' der Güter i.S. des § 86 Abs. 1 ADS ist diejenige, die die Güter instand setzt, sich durch die ihnen eigentümlichen, regelmäßig dabei aktiv wirksam werdenden Eigenschaften allein oder in Verbindung mit den Verhältnissen, denen sie Bestimmungsgemäß – hier also den gewöhnlichen Seetransportverhältnissen – ausgesetzt sind, zu verändern (Ritter-Abraham aaO § 86 Anm. 7; Passehl aaO S. 78 f., 109 f.).

Later oordeelt het OLG Hamburg⁵¹ overeenkomstig deze uitspraak. Het betreft hier vervoer van sinaasappels van Alexandrië, Egypte naar Dover. In de cognossementen was de bepaling opgenomen: *'The goods are stowed in ventilated space.'* Tijdens het transport valt de mechanische ventilatie uit. Verzekerde stelt dat schade is ontstaan aan de sinaasappels door het defect aan de ventilatie-installatie. De verzekeraar stelt dat de schade is veroorzaakt door 'inherent vice', een uitgesloten oorzaak op de all-riskpolis. Het OLG Hamburg beslist dat sprake kan zijn geweest van reeds bij verlading overrijpe sinaasappels die ook zonder uitval van de ventilatie tot de schade zou hebben geleid. In dat geval is de schadeoorzaak inherent vice. Anderzijds is het mogelijk dat de schade geacht moet worden te zijn veroorzaakt door het uitvallen van de ventilatie. Bij de beslissing (als oorzaak wordt het uitvallen van de ventilatie aangemerkt) speelt de betekenis van het begrip 'inherent vice' een grote rol:

Im zweiten Fall liegt dagegen kein Fall von 'inherent vice' vor, wenn die Güter den Transport unter den gewöhnlichen Seetransportverhältnissen – d.h. ohne den Ausfall der Ventilation (ausweislich der Konnossemente war der Transport im ventilierten Laderaum vereinbart) – unbeschädigt überstanden hätten. (vgl. zur Problematik Ritter/Abraham, 2. Aufl. § 86 ADS Anm. 7; BGH in VersR 65, 755 = BB 65, 767). Beweispflichtig dafür, daß nicht Fall 2, sondern Fall 1 vorliegt, waren dabei die Bekl., da es sich insoweit um eine Ausnahme von der Regel handelt, daß der Versicherer alle Gefahren trägt (vgl. Ritter/Abraham aaO § 86 ADS Anm. 22; Enge, Erläuterungen zu den ADS-Güterversicherung 1973, 1.4.1.2).

51. OLG Hamburg 21 juni 1979, VersR. 1979, 1123. Zie ook het hiervoor besproken arrest van het OLG Hamburg 27 april 1989, VersR 1991, 544. In het laatste geval baseert het OLG zijn oordeel niet op de betekenis van het begrip bederfschade maar is de causaliteitsafweging doorslaggevend.

3.5 Eigen gebrek en onzeker voorval

Hiervoor is aangegeven dat het begrip onzeker voorval het wezen van de verzekeringsovereenkomst, namelijk het aleatoire karakter, belichaamt. Het eigen gebrek is een wettelijke uitsluiting (een niet-gedekt evenement) welke van regeland recht is. Artikel 7:951 (7.17.2.8) BW (evenals artikel 249 K en artikel 637 K oud) heeft dus niet van doen met het wezen van de overeenkomst. Hieruit volgt dat het begrip eigen gebrek ook niets van doen heeft met het begrip onzeker voorval.

Het eigen gebrek is een oorzaak, en kan eventueel de rechtens relevante oorzaak van de schade zijn. De opmerkingen over de verhouding onzeker voorval – rechtens relevante oorzaak gaan dus ook op voor de verhouding onzeker voorval – eigen gebrek. Het begrip eigen gebrek wordt desondanks wel in verband gebracht met het begrip onzeker voorval. Het verst gaat daarin van Oven daar waar hij meent dat, zonder onderscheid te maken tussen een gebrek enerzijds en bederf/slijtage anderzijds, een ‘eigen gebrek’ nimmer een onzeker voorval zou kunnen zijn.⁵² Van der Feltz neemt een soortgelijk standpunt in maar verbindt daaraan minder vergaande consequenties:

‘Op de regel dat een schadeverzekering dekt tegen de gevolgen van alle op het ogenblik van het sluiten er van voor partijen onzekere voorvallen, maakt art. 7.17.2.8 een uitzondering (volgt weergave van 7.17.2.8: AB). De in het ontwerp gebezigde formulering roept in het licht van de Toelichting vragen op. De aard van de verzekerde zaak kan nooit een voorval zijn, dat bij het sluiten van de verzekering voor partijen onzeker was. Het is een vast gegeven. Onzeker is alleen of er gedurende de loop van de verzekering daardoor schade zal ontstaan. Dat betekent niet dat nu (het ontstaan van) die schade het onzeker voorval is, waarvan de verplichting van de verzekeraar afhangt. Ontstaat er schade dan zal men zich moeten aforagen, waardoor deze is veroorzaakt. Dat moet een onzeker voorval zijn.’⁵³

Van der Feltz noemt dus niet het ontstaan van de schade maar de oorzaak daarvan een onzeker voorval.

De heersende mening lijkt nu toch wel te zijn dat een eigen gebrek, ook als dit reeds bestaat ten tijde van het afsluiten van de verzekering, geenszins behoeft mede te brengen dat er geen sprake is van een onzeker voorval.⁵⁴

52. Van Oven, VA 1982, p. 186.

53. Van der Feltz, Beschouwingen, p. 224.

54. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 248-250. In nummer 249 wordt het Monoliet I-arrest (HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305, m.nt. FHJM) aangehaald. Schrijvers sluiten niet uit dat de Hoge Raad in dit arrest heeft bedoeld uit te drukken dat een eigen gebrek verzekerbaar is zolang de verzekerde ten tijde van het sluiten van de verzekering niet ervan op de hoogte was dat het eigen gebrek reeds bestond en dat schade daar met zekerheid uit zou ontstaan. De bewuste overweging van de Hoge Raad luidt: ‘het onzeker voorval dat de schade doet ontstaan, moet worden gezocht in het aan het licht komen van het eigen gebrek’.

Slijtage komt in het verzekeringsrecht doorgaans niet in aanmerking voor schadevergoeding.⁵⁵ Het betreft hier een normale achteruitgang van een bepaalde zaak zonder dat hieraan een bijzondere omstandigheid (oorzaak) is voorafgegaan.⁵⁶ Toch kan mijns inziens wel sprake zijn van een onzeker voorval. Wanneer verzekerde bijvoorbeeld voor een jaar een verzekering afsluit en de slijtageschade doet zich in de verzekerde periode voor dan lijkt het voor verzekerde bij het sluiten van de verzekering onzeker dat de schade zich juist in de verzekerde periode zou voordoen. De slijtageschade kán maar hoeft zich niet in die periode voor te doen. Zoals hiervoor geconstateerd lijkt bederf niet in de eerste plaats schadeoorzaak maar beschadiging te zijn. Voor beantwoording van de vraag of een dergelijke schade kan worden aangemerkt als een onzeker voorval dienen de (alle) omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Steeds echter zal voor het ontbreken van het onzeker voorval naar mijn mening moeten komen vast te staan dat de verzekerde ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst wist dat het verzekerde evenement zich zou voordoen. Met name zullen bijzondere omstandigheden die de bederfschade hebben doen intreden en die de verzekerde bij het sluiten van de verzekering niet heeft voorzien bewerkstelligen dat er sprake is van een onzeker voorval. Doorgaans zal een dergelijke omstandigheid worden aangemerkt als de rechtens relevante oorzaak.⁵⁷ Illustratief zijn de volgende twee zaken. Het Hof Den Haag⁵⁸ oordeelt als volgt over een transportverzekering voor het vervoer van paling vanuit Griekenland naar onder andere Nederland. In de verzekeringsovereenkomst is een franchise opgenomen, inhoudende dat een sterftepercentage van 10% voor rekening van de verzekerde blijft. In de verzekerde periode wordt dit sterftepercentage overschreden zodat verzekerde een claim indient. Bederf is meeverzekerd: het hof oordeelt:

'O., omtrent dit betoog, dat in casu is verzekerd onder de conditie inclusief sterfte en bederf zo nodig met renunciatie aan art. 249 K, zodat Kuyten slechts behoefde te stellen, dat schade van deze soort was geleden, hetgeen Kuyten bij dagvaarding heeft gedaan;'

Voorts zij verwezen naar het hiervoor vermelde vonnis van de Rechtbank Rotterdam betreffende een transportverzekering voor vervoer van diepvriesmaaltijden van Rotterdam naar Bushire, Iran.⁵⁹ Na lossing te Bushire wordt de zending in een douaneloods zonder diepvriesruimte geplaatst waardoor zij ontdooit en bederft. Ook deze polis bepaalt dat bederfschade onder bepaalde omstandigheden is meeverzekerd.

55. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 250 stellen dat de uitsluiting met betrekking tot schade veroorzaakt door de aard (en de natuur) van de verzekerde zaak in vergelijking met eigen gebrek veel directer raakt aan de grenzen van verzekerbaarheid in de zin van artikel 246 K.

56. Een bijzondere slijtage moet dan ook worden aangemerkt als een gebrek.

57. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 250.

58. Hof 's-Gravenhage 29 juni 1962, S&S 1964, 29.

59. Rb. Rotterdam 22 oktober 1979, S&S 1980, 46.

Niet van belang is, dit in tegenstelling tot hetgeen geldt bij het onzeker voorval, of het eigen gebrek reeds bestond ten tijde van het aangaan van de overeenkomst.⁶⁰ In het Che Guavara-arrest⁶¹ beslist de Hoge Raad dat *'voor het slagen van een beroep op art. 249 WoK niet is vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak reeds ten tijde van het sluiten van de verzekering bestond, en dus ook niet dat de verzekerde er als toen mee bekend was'*. Van Schellen, de cassatieadvocaat van de verzekerde had zulks in zijn cassatiemiddel aan de orde gesteld. Mogelijk is dat hier, onterecht, een poging is gedaan de vereisten voor het onzeker voorval ook te doen gelden voor het eigen gebrek.

3.6 Eigen gebrek en rechtens relevante oorzaak

Uitgangspunt bij het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak is dat het in beginsel moet gaan om een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid. Een eigen gebrek (eenig gebrek) zijnde een oorzaak die volgens de wet en/of de polisvoorwaarden van dekking kan zijn uitgesloten, is een bevestiging van dit uitgangspunt. Volgens gangbare opvatting is een gebrek immers een eigenschap (m.i. hoedanigheid) van een zaak die zaken van dezelfde soort niet behoren te bezitten. Aan deze afwijkende hoedanigheid moet logischerwijze een afwijkende omstandigheid, zijnde een oorzaak, voorafgaan. Voor bederf en vooral slijtage behoeft zulks niet te gelden maar die termen dienen mijns inziens dan ook in de eerste plaats niet te worden beschouwd als 'oorzaak' doch als 'beschadiging'. Daarnaast is er hiervoor op gewezen dat het begrip eigen gebrek causaal bepaald is.

3.6.1 Rechtens relevante oorzaak – eigen gebrek – evenement – schade

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de vraag hoe de begrippen oorzaak – eigen gebrek – evenement – beschadiging – schade zich naar mijn mening tot elkaar verhouden. In dit verband ga ik ervan uit dat eigen gebrek behoort tot het begrip oorzaak (van het evenement). Verwezen zij naar de zaak *Soya v. White*.⁶² De procedure betreft vervoer van sojabonen van Indonesië naar Antwerpen alwaar de lading met een te hoge temperatuur en in bedorven staat arriveert. De eigenaar van de goederen heeft de goederen verzekerd tegen de risico's *heat, sweat and spontaneous combustion (HSSC)*. De sojabonen worden geladen met een vochtigheidsgraad van 12-13%. Een vochtigheidsgraad van 12-14% noemt men de 'grey-area' hetgeen betekent dat de toestand van de sojabonen kan verslechteren zonder dat zich tijdens het transport een bijzondere omstandigheid voordoet. De oorzaken waardoor dit soms wel en soms niet gebeurt kent men niet. Verzekeraars weigeren met een beroep op § 55 (2) c MIA (inherent vice) te betalen. Lord Diplock omschrijft de term 'inherent vice' als volgt:

60. Van Wulfften Palthe, Voorlezings 1932, p. 36.

61. HR 23 april 1982, NJ 1982, 520.

62. *Soya v. White* (1983) 1 Lloyd's Rep. 122 (HL).

This phrase (generally shortened to 'inherent vice') where it is used in s. 55 (2) (c) refers to a peril by which a loss is proximately caused; it is not descriptive of the loss itself.

En ten aanzien van 'heat, sweat and spontaneous combustion' (HSSC) nog duidelijker:

In the standard HSSC itself 'heat, sweat and spontaneous combustion' are the words that are descriptive of the perils insured against, not of the loss occasioned by these perils nor of what caused the heat, sweat or spontaneous combustion to occur.

Monoliet-arrest

Illustratief voor het feit dat bovengenoemde begrippen oorzaak (eigen gebrek), evenement en schade met elkaar kunnen worden verward is het Monoliet I-arrest⁶³. Maco krijgt in 1975 opdracht 110 bejaardenwoningen te bouwen. Het werk vangt in april 1975 aan en in oktober 1976 vindt oplevering plaats. Maco sluit een CAR-verzekering waarvan de dekking op 2 april 1975 een aanvang neemt. Het betreft een all-risksdekking met renunciatie aan artikel 249 WvK. Maco gebruikt betonnen vloerplaten die zijn gefabriceerd door Monoliet. In mei 1976 blijkt dat het wapeningsijzer door roestvorming is aangetast doordat de vloerplaten een te hoog percentage calcium chloride bevatten. Maco vordert de kosten van herstel van de beschadigde vloerplaten. De verzekeraar weigert te betalen onder andere vanwege het argument dat het aantastingsproces van het wapeningsijzer direct na aanvang van fabricage bij Monoliet was begonnen zodat de schadeveroorzakende gebeurtenis niet tijdens de duur van de verzekering is voorgevallen. De Hoge Raad oordeelt:

'dat onder de polis, ingeval van uit eigen gebrek voortvloeiende schade, het onzekere voorval dat de schade doet ontstaan, moet worden gezocht in het aan het licht komen van het eigen gebrek'.

De in de procedure gebruikte begrippen zoals schade, beschadiging, eigen gebrek, oorzaak, onzekere voorval zijn niet altijd duidelijk omdat de betekenis elkaar vaak overlapt, of zoals de A-G ten Kate in zijn conclusie voor het arrest stelt, de begrippen door elkaar worden gebruikt.

De feiten die in het begrippenkader moeten worden ingepast zijn: het te hoge percentage calcium chloride, de roestvorming aan het wapeningsijzer, de aantasting van de stijfheid en sterkte van de betonplaten, kosten tot herstel van de betonplaten.

De verzekeraar stelt bovendien dat er geen dekking is omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis niet tijdens de duur van de verzekering is voorgevallen nu de platen voorzover zij teveel calcium chloride bevatten reeds voor aanvang van het risico waardeloos waren. In deze procedure is mijns inziens zeer van belang welke omstandigheden als *schadeoorzaak* en als

63. HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305. Zie hierover o.a. J.H. Wansink, VA 1984, p. 57 e.v.; L. Baggerman, *Ars Aequi Katern* 17, p. 663 e.v.; Kamp, 1988, p. 24 e.v.

beschadiging wordt aangemerkt. Zoals besproken in nr. 1.8 en 2.2.2.2 dient immers de beschadiging wel maar hoeft de oorzaak niet binnen de verzekerde periode plaats te vinden. Verzekeraars hebben aangevoerd dat de platen reeds waardeloos waren voordat zij op het bouwterrein aankwamen. Zelf benoemen zij dit als een schadeveroorzakende gebeurtenis. Mijns inziens ten onrechte, aangezien de corrosie van de vloerplaten kan worden aangemerkt als de door verzekerde gestelde beschadiging. Verdedigbaar lijkt mij dan ook de stelling dat de beschadiging, het evenement, zich heeft voorgedaan voordat de verzekerde periode aanving, indien de corrosie reeds voor aanlevering op het bouwterrein was begonnen. Niet van belang lijkt mij de omstandigheid dat de reeds beschadigde platen later, binnen de verzekerde periode, in de woningen zijn aangebracht. Het door de verzekerde gestelde evenement blijft de corrosie van de vloerplaten die herstelwerkzaamheden behoeven. Als de corrosie kan worden aangemerkt als beschadiging/evenement, is deze omstandigheid per definitie geen eigen gebrek. Als eigen gebrek heeft wel te gelden de oorzaak van de beschadiging zijnde het te hoge calcium-chloride gehalte. Voor de verzekeringsdekking is volgens mijn opvatting niet van belang dat deze laatste omstandigheid buiten de verzekerde periode valt.

De uitkomst zou anders zijn als de vloerplaten naar beneden waren gestort. Alsdan geldt zulks als het door de verzekerde gestelde evenement. Als (een) oorzaak van het evenement geldt dan de roestvorming van de vloerplaten en zulks kan in dit geval wél als eigen gebrek worden aangemerkt. In mijn benadering is dit een essentieel verschil aangezien de beschadiging in het laatste voorbeeld in de verzekerde periode plaatsvindt. In beginsel bestaat er dan dekking. Niet van belang is immers dat het eigen gebrek buiten de verzekerde periode valt.

De Monoliet I-zaak illustreert derhalve het belang van het onderscheid tussen oorzaak (eigen gebrek), de door verzekerde gestelde beschadiging (het evenement) en de financiële gevolgen van de beschadiging (de schade). Zoals hiervoor betoogd, heeft ook het laatste (de schade) zich niet binnen de verzekerde periode voor te doen.⁶⁴

Insectenvraat en mijt-bezetting

Illustratief is ook het hiervoor gegeven voorbeeld over het vervoer van planten die bij aankomst zijn aangetast door insectenvraat. Gesteld dat de insectenlarven reeds voor aanvang van het risico aanwezig waren, is het in mijn benadering nog van belang te weten of de aantasting van de planten (het aanvreten) reeds plaats vond vóór aanvang van het risico. Alsdan is er in beginsel geen dekking omdat reeds voor aanvang van de verzekerde periode de planten waren beschadigd.⁶⁵ De aanwezigheid van insectenlar-

64. In de zaak Monoliet II, Rb. Rotterdam 30 oktober 1981, S&S 1982, 77 speelden dezelfde omstandigheden een rol. Uitgesloten wasschade aan dat deel van het werk of ander voorwerp dat rechtstreeks door een eigen gebrek is getroffen. Herstellkosten aan de Monolietplaten die waren behept met een te hoog percentage calciumchloride werden dan ook niet vergoed.

65. Verzekerde zal nog wel kunnen stellen dat een bepaald deel van de beschadiging gedurende de verzekerde periode is voorgevallen.

ven is echter naar mijn mening geen beschadiging maar eventueel een eigen gebrek als vast staat dat de planten nog niet waren aangevreten. Niet van belang voor de dekking is dat dit eventuele eigen gebrek reeds aanwezig was voor aanvang van de verzekerde periode. Een ander voorbeeld ontleen ik aan de, ook hiervoor ter sprake gekomen, zaak waarin grondnoten zodanig waren bezet met mijt dat deze ongeschikt waren voor de fabricage van pindakaas.⁶⁶ De rechtbank beslist dat in verband met het vereiste van een onzeker voorval doorslaggevend is het antwoord op de vraag of de grondnoten bij aanvang van het transport zodanig met mijt waren bezet dat voorzienbaar was dat zij bij aankomst niet langer geschikt zouden zijn voor de fabricage van pindakaas. De rechtbank geeft hiertoe bewijsopdrachten aan partijen. De van toepassing zijnde all-riskspolis biedt dekking tegen schade door eigen gebrek. Hoewel uit praktisch oogpunt de beslissing van de rechtbank mij wel aanspreekt, zou ik de volgende kanttekening willen maken. De formulering van de rechtbank geeft ten onrechte ruimte voor de mogelijkheid dat verzekeraars in het volgende geval de eis tot schadevergoeding kunnen afwijzen. Bij aanvang van het risico is de lading nog wel geschikt voor de fabricage van pindakaas, maar op dat moment is voorzienbaar dat bij aankomst van de grondnoten deze geschiktheid niet meer zal bestaan. In mijn opvatting zou een dergelijke afwijzing niet moeten voortvloeien uit het begrip onzeker voorval. Voorzienbaarheid sluit immers niet aan bij de eisen die aan het begrip 'onzeker voorval' gesteld moeten worden. Er zou sprake zijn van een eigen gebrek en deze schade oorzaak is meeverzekerd ook al bestond deze omstandigheid reeds vóór aanvang van het risico. Naar mijn mening is de uitspraak van de rechtbank juist voorzover komt vast te staan dat de grondnoten reeds voor aanvang van het transport niet geschikt waren voor de fabricage van pindakaas. Alsdan zou immers vaststaan dat het evenement (de door de verzekerde gestelde beschadiging) buiten de verzekerde periode heeft plaats gevonden, de door verzekerde gestelde beschadiging bestond immers reeds voor aanvang van de dekkingsperiode, en bestaat er om die reden geen recht op schadevergoeding.

The Nukila

Het onderscheid tussen eigen gebrek en beschadiging komt ook nadrukkelijk aan de orde in de zaak 'The Nukila', waarin een 'accomodation platform' door slechte lasverbindingen tussen de 'spud cans' en de pilaren haarscheurtjes is gaan vertonen die uiteindelijk uitmonden in scheuren die de stabiliteit van het platform bedreigen.⁶⁷ De dekkingsclausules luiden als volgt:

The Inchmaree Clause:

6.2 This insurance covers damage to the subject matter insured caused by:

.....

66. Rb. Rotterdam 2 april 1952, NJ 1953, 386.

67. (1997) 2 Lloyd's Rep. 146. De casus is in hoofdstuk 2.2.2.1 uiteengezet.

6.2.2 bursting of boilers breakage of shafts or any latent defect in the machinery or hull

...

The Additional Perils Clause – Hulls:

1. *In consideration of an additional premium this insurance is extended to cover*
 - 1.1. *The cost of repairing or replacing:*
 - 1.1.1. *any boiler which bursts or shaft which breaks*
 - 1.1.2. *any defective part which has caused loss or damage to the vessel covered by Clause 6.2.2 of the Institute Time Clauses ...*

De Queen's Bench (Tuckey, J) oordeelt dat verzekerde geen beschadiging aan het platform heeft aangetoond. De scheuren vormen geen beschadiging aan het schip maar moeten volgens Tuckey J. worden beschouwd als een 'defective part' in de zin van de Additional Perils Clause zonder dat sprake is van een daaruit voortvloeiende schade. Aan de orde is dus het probleem of de scheuren moeten worden beschouwd als een 'defective part' (een 'eigen gebrek') of als een *gevolg* van een 'defective part'. De Court of Appeal (Hobhouse LJ) geeft aan dat het onderscheid hiertussen moeilijk is te maken:

No clear dividing lines can be drawn. A crack is itself one of the forms of discontinuity that can concentrate stress. It can be both the consequence and the cause of metal fatigue. Fatigue cracks not detectable by the exercise of due diligence are a typical example of latent defect. But it is equally accurate to say that fatigue cracks are the consequence of metal fatigue.

Toch hakt Hobhouse LJ de knoop door en komt hij tot het oordeel dat i.c. sprake is van een beschadiging en niet van een eigen gebrek. Zijn oordeel motiveert hij als volgt:

At the commencement of the period of cover there was a latent defect in the welds joining the underside of the top plate of each spud can to the external surface of the leg tube. By that time that latent defect had also given rise to minute fatigue cracks in the surface of the tube in the way of the weld which could also properly be described as latent defects. Those features during the period of cover caused extensive fractures in the full thickness of the tube extending in places both above and below the defective weld,This was on any ordinary use of language damage to the subject matter insured.

Ward LJ overweegt in zijn 'opinion' dat een beschadiging moet afwijken van en groter moet zijn dan het eigen gebrek. Wanneer slechts sprake is van een openbaring van het eigen gebrek, het eigen gebrek slechts zichtbaar wordt zonder dat er een verergering optreedt, kan er geen sprake zijn van 'damage'.⁶⁸

68. Deze overweging wijkt derhalve af van onze rechtspraak. De Hoge Raad heeft immers in zijn arrest van 4 januari 1980, NJ 1984, 304 (Monoliet I) het moment waarop het eigen gebrek aan het licht komt heeft te gelden als het moment waarop 'het onzeker voorval' heeft plaatsgevonden.

Hobhouse LJ verwerpt de gedachte dat het woord 'part' voor de onderhavige beslissing van doorslaggevend belang kan zijn omdat het geen criterium oplevert voor hetgeen wel en niet als beschadiging kan worden aangemerkt. De strekking van het woord 'part' is onduidelijk omdat niet kan worden bepaald wanneer sprake is van 'part' enerzijds en de rest van het platform anderzijds.⁶⁹

De uitspraak verdient behandeling in dit boek aangezien waardevolle pogingen worden verricht oorzaak (eigen gebrek) en gevolg (beschadiging) van elkaar te scheiden. Met de Court of Appeal ben ik van mening dat het criterium 'verandering' zeer van belang is. Toch is een kanttekening hier op zijn plaats. In mijn visie zou als oorzaak van de beschadiging de op een slechte wijze aangebrachte lasverbinding (zijnde een eigen gebrek) moeten worden aangemerkt. De beschadiging is de verandering, de aantasting, van het platform. Op het moment dat zich, weliswaar zeer kleine, 'fatigue cracks' in het platform voordoen is er sprake van een zodanige aantasting. Echter, niet elke beschadiging levert een evenement op met recht op schadevergoeding. Mogelijk ontstaan bijvoorbeeld enige krasjes op de pilaren die in geen enkel opzicht een gevaar opleveren voor het platform en die niet verergeren als het gebrek wordt hersteld/weggenomen.⁷⁰ Een beschadiging wordt in het schadeverzekeringsrecht pas relevant indien daardoor voor de verzekerde mogelijk een recht op schadevergoeding ontstaat. Dat is ook het moment dat de verzekerde zal stellen dat er sprake is van een verzekerd evenement. In de onderhavige zaak is mijns inziens de cruciale vraag op welk moment de beschadigingen een zodanige omvang kregen dat een recht op schadevergoeding ontstond. Op dat moment deed zich een evenement voor. Mogelijk was het in het beginstadium waarin zich minuscule 'fatigue cracks' voordeden, niet nodig tot herstelwerkzaamheden over te gaan en was het in dat stadium voldoende het eigen gebrek, de slechte lasverbinding, te herstellen. Dat zou volgens de polisvoorwaarden geen verzekerd evenement zijn geweest. Op het moment dat de scheurtjes een zodanige vorm aannamen dat herstelwerkzaamheden moesten worden verricht, was er mijns inziens sprake van een relevante beschadiging. In beginsel bestaat er geen recht op schadevergoeding indien deze beschadiging zich voordoet voordat de verzekerde periode aanvangt. In het onderhavige geval bestaat mijns inziens dus geen recht op schadevergoeding indien herstelwerkzaamheden reeds ook noodzakelijk waren voordat de verzekerde periode aanving. Alsdan zou de beschadiging, het door de verzekerde gestelde evenement, zich reeds hebben voorgedaan voor aanvang van de dekking.

Zulks wordt anders indien de aard van de beschadiging zodanig wijzigt, het platform bezwijkt bijvoorbeeld gedurende de verzekerde periode als

69. Hobhouse LJ, p. 156, sluit niet uit dat het woord 'part' in andere gevallen wel onderscheidend vermogen heeft.

70. Meestal zal er dan sprake zijn van gewone slijtage. In deze zin is het begrip beschadiging mede causaal bepaald: er is geen sprake van een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid.

gevolg van de scheuren in de pilaren, dat niet meer kan worden gesproken van hetzelfde evenement. Alsdan is de door verzekerde gestelde beschadiging, het evenement, niet de scheurvorming in de pilaren maar de instorting van het platform. De scheurvorming in de pilaren is dan de *oorzaak* (*één van de oorzaken*) van de beschadiging en zou eventueel als een eigen gebrek kunnen worden aangemerkt. Bij deze stand van zaken zou er naar mijn mening in beginsel sprake kunnen zijn van een gedekt evenement. Het evenement doet zich voor gedurende de verzekerde periode. De omstandigheid dat de *oorzaak* van het evenement (het eigen gebrek) zich vóór de verzekerde periode voordeed doet in mijn visie hieraan niet af.⁷¹ Mijn visie levert derhalve een ander resultaat op dan de beslissing van de Court of Appeal. De overweging van Hobhouse LJ dat het verschil tussen een 'latent defect' en 'damage' in ieder geval gedeeltelijk een 'question of degree' is, kan naar mijn mening in zijn algemeenheid niet worden onderschreven.⁷²

3.6.2 Conclusie

Voor de dekkingsvraag is het evenwel essentieel een scheiding aan te brengen door beide begrippen 'eigen gebrek' en 'evenement' te omschrijven. Daarbij is van belang hetgeen in het vorige hoofdstuk is opgemerkt over de begrippen oorzaak, beschadiging en evenement. Steeds is het zinvol zich te realiseren dat het eigen gebrek zijnde mogelijkerwijze op zichzelf een beschadiging, als schadeoorzaak *altijd* voorafgaat aan de door de verzekerde gestelde beschadiging (het evenement).

3.7 Eigen gebrek en onvermijdelijke schade

Eigen gebrek is niet hetzelfde als onvermijdelijkheid van de schade. Als de schade niet onvermijdelijk is (het derhalve onzeker is dat de bewuste schade zich zal voordoen) behoeft dit nog niet te betekenen dat het eigen gebrek

71. Wellicht lijkt deze redenering tot het absurde resultaat te kunnen leiden dat een verzekerde, wetende dat het herstel aan de pilaren niet vergoed zal worden, het zal laten aankomen op de instorting van het platform waarna hij wél recht krijgt op schadevergoeding. Los van het feit dat dergelijk gedrag niet van erg veel verantwoordelijkheidsgevoel zou getuigen, denk aan het gevaar van dood en letsel, zal een ondernemer doorgaans niet de schade bewust laten vergroten. Het zou ook niet verstandig zijn aangezien de verzekeraar zou kunnen tegenwerpen dat verzekerde niet voldoende maatregelen heeft genomen ter voorkoming van schade (artikel 283 K. (oud) en 7:957 BW) of dat de schade is ontstaan door eigen (grove) schuld. Mijns inziens is ook verdedigbaar is dat scheurvorming in de pilaren en het instorten van het platform *niet* kunnen worden aangemerkt als twee afzonderlijke evenementen. Er zou dan sprake zijn van een voortschrijdende beschadiging. Als tussenoplossing zou kunnen worden gedacht aan betaling van de schade aan het platform minus de beschadiging van de pilaren. Vergelijkbaar is het probleem bij schadevergoeding uit onrechtmatige daad of een bepaalde schade als één geheel dan wel als twee afzonderlijke schaden moet worden aangemerkt. Van Boom, NTBR 2000, p. 204 merkt in dit verband op dat de rechter op basis van artikel 6:97 BW de vrijheid heeft om bij de schadebegroting de berekeningswijze te kiezen die het meest in overeenstemming is met de aard van de schade.

72. Voor de betreffende overweging van Hobhouse LJ (1997) zij verwezen naar 2 Lloyd's Rep. 156.

geen oorzaak van de schade is. Tot dit oordeel is de Court of Appeal gekomen in de zaak *Noten BV v. Harding*.⁷³ De casus betreft vervoer in containers van lederen handschoenen van Calcutta naar Rotterdam. De handschoenen komen door vocht aangetast in Rotterdam aan. Verzekerde doet een beroep op de door haar gestelde omstandigheid dat in het verleden transporten uit Calcutta hebben plaatsgevonden waarbij geen schade is opgetreden. Kennelijk wil zij hiermee aannemelijk maken dat er sprake is van een 'fortuitous event'. Verzekeraars brengen hier tegen in dat verzekerde met deze stelling twee zaken met elkaar verwacht: 'inevitability of loss' en 'inherent vice'. In de uitspraak verwijst Lord Justice Bingham naar Arnould on the Law of Marine Nuance 16th ed. Vol. 2 par. 782, p. 639:

..... The suggestion has sometimes been made that inherent vice means the same thing as damage that must inevitably happen, but this is not so. The distinction is between damage caused by any external occurrence, and damage resulting solely from the nature of the thing itself. Damage from inherent vice may be just as capricious in its incidence as damage caused by perils of the seas.

Lord Justice Bingham citeert het volgende oordeel van Justice Phillips:

*Mr Legatt is correct in submitting that inevitability of loss is not synonymous with inherent vice, although the one will often reflect the other. At the same time, where a combination of circumstances will only rarely combine with the inherent characteristics of the goods carried so as to result in damage, it may be possible to identify that combination of circumstances as an untoward event or fortuity which is the proximate cause of the loss.*⁷⁴

Lord Justice Bingham oordeelt tenslotte als volgt:

*Damage may be caused by inherent vice without being inevitable: see the passage in Arnould already cited, and *Soya v. White*, (1982) 1 Lloyd's Rep. 136 at 150 per Lord Justice Donaldson. It does not therefore avail the plaintiffs to prove only that other cargoes were shipped without damage.*

Dus, ook wanneer het vervoer van handschoenen in het verleden zonder schade verliep kan in een volgend transport schade aan de handschoenen ontstaan door eigen gebrek, bv. doordat de handschoenen nat werden beladen.

Naar mijn mening hebben verzekeraars in deze zaak het argument van verzekerde uit zijn verband gehaald waardoor een irrelevante discussie is ontstaan. Het gaat niet om de vraag of onvermijdelijke schade hetzelfde is

73. *Noten v. Harding* (CA) (1990) 2 Lloyd's Rep. 289.

74. Zie ook *Soya GmbH vs White* (1982) 1 Lloyd's Rep. 149 en 150 (CA). De House of Lords heeft later ook arrest gewezen (1983) 1 Lloyd's Rep. 122, maar daar kwam dit punt niet aan de orde. De Court of Appeal oordeelt: *I can now express my own views. Inevitability of loss and inherent vice are quite separate and distinct concepts. En: At the risk of tedious repetition, inevitability or known certainty of loss has no necessary connections with inherent vice.*

als eigen gebrek (dat is het niet). Waar het wel om gaat, en dat heeft de verzekerde willen aantonen, is dat indien de goederen in het verleden onder 'closely comparable' omstandigheden zijn verscheept en schade toen is uitgebleven, het aannemelijk is dat de schade is veroorzaakt door een andere oorzaak dan eigen gebrek. In het onderhavige geval kon de verzekerde evenwel niet aantonen dat zendingen die in het verleden in het regenseizoen werden verscheept zonder schade werden afgeleverd.⁷⁵ In beginsel echter kunnen voorgaande zendingen volgens Bingham LJ voor het bewijs van een fortuitous event dus wel van belang zijn.

Overigens werd in de zaak *Capital Coastal Shipping v. The Hartford Fire Insurance (The Cristie)*⁷⁶ voor wat betreft onzewaardigheid anders geoordeeld. Judge Walther E. Hoffman komt tot het oordeel dat het zinken van de sleepboot *The Cristie* niet is veroorzaakt door een peril of the sea maar door unseaworthiness:

'In the present case, however, our findings indicate that this was not a fortuitous event but one that was inevitable. As has been recognised in many cases, the test of inevitability is what distinguishes a peril of the sea from unseaworthiness.'

Inderdaad is niet goed voorstelbaar dat een schade die onvermijdelijk moest ontstaan kan worden aangemerkt als een 'fortuitous event'.

In de zaak *Soya v. White*⁷⁷ laat de House of Lords nadrukkelijk in het midden of onvermijdelijke schade vergoed dient te worden als eigen gebrek, een meeverzekerde oorzaak (HSSC policy). Lord Diplock merkt te dien aanzien op:

In conclusion I should make it clear that since in your Lordship's House the concurrent findings of fact that the moisture content of the soya beans fell within the grey area was accepted so that deterioration from heat and sweat in the course of the voyage was not inevitable, it has not been necessary for your Lordships to consider whether the insurers would have been liable under HSSC policy if, unknown to the assured, the moisture content of the beans on shipment had been so high as to make such deterioration inevitable. On that question, on which we have heard no argument, I express no opinion.

De Court of Appeal was ambivalent over de mogelijkheid van dekking van onvermijdelijke schade:

Applying these views to the facts of the present case, I agree with Mr. Justice Lloyd that the policy sued upon does not cover inevitable loss or damage by heat, such as would have occurred if the moisture content had been above about 15 per cent. on shipment. On the

75. Clarke, 1997, nr. 17-3A1 meent dat de genoemde overweging moet worden gezien 'in the context of his conclusion that there may be inherent vice in a particular case, although damage was not inevitable in all consignments of that kind'.

76. US District Court Eastern District of Virginia Norfolk Division (1975) 2 Lloyd's Rep., 100.

77. *Soya vs. White* (HL) (1983) 1 Lloyd's Rep. 122.

other hand, it is an insurance which clearly covers a classic form inherent vice, namely spontaneous combustion, which both parties must be taken to have regarded as a risk. In my judgment, 'heat' and 'sweat' which are but stages on the way to spontaneous combustion (whether or not soya beans can in fact ever reach a condition in which they spontaneously combust), should be construed in a like manner as including heat and sweat caused by inherent vice, provided always that the heat and sweat were risks and not known certainties.

VAN BUITEN KOMEND ONHEIL EN ONGEVAL

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt allereerst het begrip van 'buiten komend onheil' aan de orde. Het begrip 'ongeval' in polissen die betrekking hebben op het menselijk lichaam, arbeidsongeschiktheidspolissen, kent overeenstemmende kenmerken. Ook hier is sprake van een van buiten inwerkende invloed. Echter, niet zoals bij een 'van buiten komend onheil' op een zaak, maar op het menselijk lichaam. Er is dan dus geen sprake van zaakschade maar van letselschade. Illustratief is de volgende passage uit het hierna te bespreken arrest *Kostermans/De Nederlanden*.¹

'In die omstandigheden en gelet op de feitelijke toedracht van de gebeurtenissen is het vermoeden gerechtvaardigd dat de verstikking het gevolg is van – kort gezegd – een van buiten komend onheil (en dus van een ongeval in de zin van art. 2 polis). Dat vermoeden wordt weerlegd als feiten en omstandigheden vaststaan, waaruit valt af te leiden dat de verstikking met voldoende mate van waarschijnlijkheid het gevolg is van medewerking van inwendige oorzaken.'

In zekere zin is bij het begrip 'ongeval' evenals bij het begrip 'van buiten komend onheil' sprake van een tegenstelling tot het begrip 'eigen gebrek'. Het van buiten komend onheil heeft zijn oorsprong in de transportverzekering. De opsomming van artikel 637 WvK (oud) kende enige gelijkenis met de wettelijke regeling van de Engelse transportverzekering. De *Marine Insurance Act 1906 (MIA)* noemt de gedekte schade-oorzaken in artikel 3 op soortgelijke wijze. Ook de in de MIA genoemde 'perils of the sea', zijnde 'fortuitous accidents or casualties of the sea' (artikel 7), moet nader ingevuld worden. Het begrip komt ook voor in het kader van de aansprakelijkheid van de vervoerder volgens Nederlands en Engels recht. Er zij op gewezen dat de termen 'van buiten komend onheil' (artikel 637 WvK oud), 'gevaren, onheilen en ongevallen van de zee' (artikel 8:383 lid 2 sub c BW), 'perils of the sea' (artikel 3 MIA) nauwe verwantschap vertonen.

Het 'van buiten komend onheil' komt niet voor in Titel 7.17 BW. Voor uitleg van deze veelvuldig in polisvoorwaarden voorkomende term dient derhalve artikel 637 K (oud) en de daarop betrekking hebbende rechtspraak te worden geanalyseerd.

1. Hof Amsterdam 16 maart 1989, NJ 1990, 319.

4.2 Het van buiten aankomend onheil

Inleiding

Het begrip 'van buiten komend onheil' is in tegenstelling tot het 'eigen gebrek' geen uitsluitingsbepaling. Het is wel een begrip dat de omvang van de dekking beoogt te bepalen. Het bedoelt een positieve omschrijving en een nadere begrenzing te geven van hetgeen waartegen de verzekeringsovereenkomst dekking verleent.

Centraal in dit hoofdstuk staat de inhoudelijke betekenis van het begrip, dat van oudsher in de transportverzekering werd gebruikt als aanduiding van een gedekt gevaar. Ook in het WvK kende alleen de negende titel *Van verzekering tegen gevaren der zee en die der slavernij* een bepaling waarin het begrip voorkwam. Art. 637 K. luidde:

Voor rekening van den verzekeraar zijn alle verliezen en schaden, die aan de verzekerde voorwerpen overkomen door storm, onweder, schipbreuk, stranding, het overzeilen, aanzeilen, aanvoaren, of aandrijven, gedwongene verandering van koers, van de reis of van het schip, door het werpen van goederen, door brand, geweld, overstrooming, neming, kapers, roovers, aanhouding op last van hooger hand, verklaring van oorlog, represailles; alle schade veroorzaakt door nalatigheid, verzuim of schelmerij van den gezagvoerder of de scheepsgezellen, en, in het algemeen, door alle van buiten aankomende onheilen, hoe ook genaamd ten zij door de bepaling der wet, of door beding bij de polis, de verzekeraar van het loopen van eenige dezer gevaren ware vrijgesteld.²

In het Titel 7.17 BW keert een op art. 637 K gelijkende algemene regeling over wat wel en niet gedekt is onder de polis niet terug.

Nog steeds speelt het van buiten komende onheil een rol in polissen voor transportverzekering, maar tegenwoordig wordt het begrip ook in andere polissen gebruikt. Enkele voorbeelden: de computerverzekering; de verzekering voor woonschepen; verzekering van energie techniek; verzekering van werkmaterieel; watersportpolis; cascoverzekering voor motorrijtuigen, motorfietsen en scooters.³

2. De opsomming van de verzekerde oorzaken is ontleend aan artikel 350 Code de Commerce die op haar beurt de Ordonnance de la Marine van 1681 als voorbeeld had. Zie Nolst Trenité, Zeeverzekering, p. 44-45; Scheltema/Mijnssen, 1991, p. 25; V.A.M. van der Burg, De invloed van de Code de Commerce op ons verzekeringsrecht, VA 1971, p. 148. Artikel 350 CdC luidt: Sont aux risques des assureurs toutes pertes et dommages qui arrivant aux objets assurés, par tempête, naufrage, échouement, abordage fortuit, changements forcés de route, de voyage ou de vaisseau, par jet, feu, prise, pillage, arrêt per ordre de puissances, déclaration de guerre, représailles et généralement par toutes les autres fortunes de mer. De slotzin van art. 637 lijkt evenwel op zijn minst mede geïnspireerd te zijn door art. 45 van de Rotterdamsche Keur van 1721, dat luidt:

'Gelijk mede niet wanneer de geassureerde goederen van zig zelven (zonder een oorzaak van buyten aangekomen) in het geheel of ten deele bedurven/vermindert/of beschadigt zijn'. Waar de Code de Commerce *fortunes de mer* noemt, noemt de Rotterdamsche Keur van 1721 immers *een oorzaak van buyten aangekomen*. Wellicht is in art. 637 K (oud) sprake van een contaminatie van de twee termen.

3. Ontleend aan het Verzekeringsvoorwaardenboek November 1997 van Delta Lloyd.

Vooral van belang is hoe het van buiten komende onheil zich verhoudt tot een all-risksdekking. De dekkingsbepalingen hebben gemeen dat specifieke gevaren onbenoemd blijven. Geanalyseerd zal worden in hoeverre het van buiten komend onheil de dekking beperkt ten opzichte van de zgn. all-risksdekking. Het antwoord op die vraag is direct van invloed op de bewijsvraag: welke feiten dient de verzekerde aan te tonen teneinde te bewijzen dat het evenement is veroorzaakt door een van buiten komend onheil? Deze bewijsvraag zal niet in dit hoofdstuk maar in hoofdstuk 5 verder aan de orde komen.

4.2.1 Het van buiten komend onheil in de context van de opsomming van artikel 637 K (oud)

Uit de slotwoorden van art. 637 K (oud) blijkt dat de dekking een all-risks-karakter heeft. De woorden van buiten aankomende onheilen geven immers aan dat de schadeorzaken niet met name zijn genoemd. Naar mijn mening is het dan ook minder juist om zonder meer te stellen dat de gedekte schadeorzaken limitatief zijn opgenoemd.⁴

De opsomming in art. 637 K (oud) is in meerdere opzichten onduidelijk. Scheltema/Mijnssen merkt bijvoorbeeld op dat de uiteindelijke en niet uiteindelijke schadeorzaken stelselloos door elkaar worden genoemd.⁵ Hij wijst er in dit verband op dat 'storm en onweer' steeds *causa remotae* zijn, terwijl daarvan bij brand daarentegen nimmer sprake is. Volgens de door mij in hoofdstuk 2 gehanteerde terminologie worden in artikel 637 K (oud) zowel evenementen als schadeorzaken genoemd. Schipbreuk zou kunnen worden opgevat als een evenement, terwijl de ook in de opsomming voorkomende storm in bepaalde gevallen als oorzaak van de schipbreuk zou kunnen gelden.

Verhouding 'named perils' en van buiten komend onheil

Volgt uit artikel 637 K (oud) dat de 'named perils' geen van buiten aankomende onheilen behoeven te zijn? Nolst Trenité beantwoordt deze vraag ontkennend. Dorhout Mees daarentegen lijkt de mening te hebben dat in geval van een met name genoemd evenement niet langer van belang is dat

4. In deze zin C.D. Asser Jr., RM 1908, p. 490 waar hij de mening van J.G.L. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1907 bestrijdt. In de tweede druk van 1928 wijzigt Nolst Trenité zijn standpunt niet. Dorhout Mees, Schadeverzekering 1967, p. 246 meent: 'De wet gaat er van uit, dat verzekering in beginsel de schade gevolgen van alle onzekere voorvallen dekt. Dit blijkt met name uit de omschrijving van het risico bij zeeverzekering in art. 637K'. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.18 merkt op: '... al nadert deze laatste verzekering (die van art. 637 K: AB), door de slotwoorden van art. 637 WvK "en, in het algemeen, door alle van buiten aankomende onheilen, hoe ook genaamd ..." tot een allrisks-verzekering'. Van Huizen, diss. 1988, p. 160 merkt op dat de bewijslastverdeling van een dekking volgens artikel 637 K en een all-risksclausule dezelfde is. In noot 3 schrijft hij: 'Hetzelfde zou ik willen aannemen voor een dekkingsomschrijving conform art. 637 K. Ook een All-risksdekking komt per saldo neer op een verzekering van alle van buiten komende onheilen.'

5. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.19.

deze is veroorzaakt door een van buiten aankomend onheil.⁶ Hij vindt steun in een uitspraak van de Hoge Raad uit 1902:

*'Het feit van stranding is, volgens art. 637 WvK, voldoende, om de verzekeringspenningen te vorderen, terwijl daarentegen de verzekeraar kan stellen en bewijzen schuld van den verzekerde, of eigen gebrek van het verzekerde.'*⁷

Uiteindelijk naderen de opvattingen van beide schrijvers elkaar aangezien Dorhout Mees van mening is dat elk evenement moet zijn veroorzaakt door een onzeker voorval:

'De opsomming der evenementen in art. 637 en in de polissen is, hoe vreemd dit op het eerste gehoor moge klinken, van weinig betekenis.' En: *'Deze woorden (van buiten aankomende onheilen: AB) hebben tot gevolg dat ter beantwoording van de vraag, of een bepaalde oorzaak van schade onder het risico van zeeverzekering valt, die oorzaak in de regel niet wordt getoetst aan de met name genoemde evenementen, doch aan het vereiste van onzeker voorval in het algemeen.'*⁸

Volgens Dorhout Mees moet het onzeker voorval in objectieve zin worden opgevat waardoor een sterke gelijkenis bestaat met het van buiten komend onheil.

Het evenement *zinken* is niet in artikel 637 K opgenomen omdat bij dit evenement geen sprake behoeft te zijn van een van buiten komend onheil. Mogelijk is sprake van een niet gedekte oorzaak. Voorduin merkt hierover op:

'Onder de opgetelde gevaren,' antwoordde de Regering bij Hare memorie van toelichting van 21 Oct. 1835, "is het zinken des schips, zonder van buiten aankomende onheilen, niet kunnen vermeld worden, omdat deswege alles van de omstandigheden kan afhangen, en bepaaldelijk, omdat het zinken door het gebrek der bouwning kan zijn veroorzaakt.'

In een noot vermeldt Voorduin vervolgens:

*Toen, Nov. 1835, sommige leden der 4 de afd. op dit punt terugkwamen, antwoordde de Regering: 'Indien het zinken door storm, onweder, schipbreuk of stranding is veroorzaakt, valt zulks in de termen van het artikel; – doch wanneer een schip **zonder van buiten komende oorzaak** zinkt, hangt de beslissing der zaak van omstandigheden af, – en er kunnen gevallen zijn, dat deze ramp niet ten laste van den verzekeraar valt, bijv., indien het ongeval aan den verzekerden zelven is toe te schrijven. Het zoude derhalve zeer gewaagd zijn, om daaromtrent eenen **vasten** regel voor te schrijven, – en zulks is te meer onnoodig, daar het aan partijen vrijstaat, deswege een beding te maken.'*⁹

6. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1928, p. 45. Dorhout Mees, Schadeverzekering, 1967, p. 252.

7. HR 28 november 1902, W. 7838; MvH XIV, 1902, p. 77. Zie Leon's Rechtspraak 1938, art. 637 K., p. 77.

8. Dorhout Mees, Schadeverzekering 1967, p. 583 en Handelsrecht 1987, p. 199.

9. Voorduin X, p. 351.

De redenering is niet erg sterk omdat deze ook toepasbaar is op andere wél in de opsomming van artikel 637 K opgenomen gevaren. Nolst Trenité meent dat de motivering geenszins de weigering tot het opnemen van het evenement zinken in artikel 637 K rechtvaardigt. Hij stelt dat een beslissing over de dekkingsvraag altijd afhangt van de meest verwijderde oorzaak en dat slechts voor de verdeling van de bewijslast van belang is of enig bijzonder gevaar uitdrukkelijk ten laste van de verzekeraar is gebracht.¹⁰

De Rechtbank Rotterdam oordeelt in 1927, dat breken en dientengevolge zinken tijdens belading in de Maashaven niet hetzelfde is als schipbreuk. De rechtbank overweegt:

*'Breken en dientengevolge zinken' vormt niet het evenement 'schipbreuk'. Dit toch is het in hulpeloozen toestand geraken en vergaan van een varend schip, doordat het strandt, aan de woedende elementen is overgeleverd, in brand geraakt of anderszins.*¹¹

Deze overweging komt mij niet overtuigend voor. Schipbreuk lijkt immers ook te kunnen worden veroorzaakt door een eigen gebrek van het schip.

Bewijslast

Naar mijn mening wijst Nolst Trenité er met recht op dat het met name noemen van specifieke gevaren gevolgen heeft voor de bewijslastverdeling. De verzekerde kan volstaan met het stellen en bewijzen van een gedekt evenement. De uiteindelijke schadeoorzaak, al dan niet een van buiten komend onheil, behoeft dan niet te worden aangetoond. Zulks geldt tevens voor het geval aangenomen moet worden dat het 'van buiten komend onheil' impliciet deel uitmaakt van de 'named perils': deze wordt dan als vermoedelijke oorzaak aangemerkt. Wellicht ontbreekt daarom het evenement zinken in de opsomming van artikel 637 K nu zulks een neutrale term is en het vermoeden ontbreekt van een van buiten komend onheil. De verzekerde zou daardoor te gemakkelijk een schade-uitkering kunnen vorderen. Verwezen zij voorts voor dit onderwerp naar hoofdstuk 5.

Opsomming gedekte gevaren in MIA kent een andere systematiek

De MIA kent een op artikel 637 K gelijkende regeling, maar wijkt er op essentiële punten ook vanaf. Het systeem van de dekking is als volgt:

Artikel 1 van de Marine Insurance Act 1906 (MIA) bepaalt dat de transportverzekering dekking biedt tegen 'marine losses', waaronder dient te worden verstaan 'losses incident to marine adventure'. Artikel 3 bepaalt vervolgens dat van een 'marine adventure' sprake is wanneer zaken zijn blootgesteld aan 'maritime perils'. Maritime perils zijn: ... *the perils consequent on, or incidental to, the navigation of the sea, that is to say, perils of the sea, fire, war perils, pirates, rovers, thieves, captures, seizures, restraints, and detentions of princes and peoples, jettisons, barratry, and any other perils, either of the like kind, or which may be designated by the policy.* Artikel 7 van de 'Rules for

10. Nolst Trenité, Zeeverzekering 1928, p. 43.

11. Rb. Rotterdam 16 maart 1927, W. 11652.

Construction of Policy', behorende bij de MIA, bepaalt tenslotte: *The term 'perils of the seas' refers only to fortuitous accidents or casualties of the seas. It does not include the ordinary action of the winds and waves.*

De MIA bepaalt dus, anders dan bij het van buiten komend onheil in het WvK, dat de 'peril of the sea', een bijzondere omstandigheid moet betreffen. De algemene slotbewoordingen 'and any other perils' sluiten aan bij de daarvoor genoemde perils en de 'ejusdem generis rule' geeft aan de opsomming een logische betekenis. Wanneer sprake is van een niet met name genoemd evenement geldt als voorwaarde voor dekking dat dit evenement gelijkvalt op één van de wel genoemde gevaren.¹² Eén van die genoemde gevaren is de 'peril of the sea', een term die op zichzelf garant staat voor een betrekkelijk ruime dekking. Toepassing van de ejusdem generis rule op artikel 637 K, in die zin dat een van buiten komend onheil zou moeten gelijken op de andere genoemde gevaren zou geleid op de door de met name genoemde gevaren bepaalde dekkingsomvang een te beperkende werking hebben op de dekking tegen van buiten komende onheilen. De actuele waarde van de slotwoorden lijkt overigens ook in Engeland gering nu de laatste uitspraak hierover dateert van 1940.¹³ Toepassing van de ejusdem generis rule in verband met § 3 MIA is ook enigszins achterhaald omdat de Engelse polissen de bewoordingen 'and all other perils' niet langer kennen. Bovendien werd de ejusdem generis rule vanouds toegepast om aan de strikte leer van de proximate cause (proximate cause kan slechts dié omstandigheid zijn welke in *tijd* het dichtst bij de beschadiging ligt) te ontkomen¹⁴. Deze strikte leer is sinds 1918 verlaten. In de 'Ikaria' werd door de House of Lords beslist:

*'to treat proximate cause as the cause which is proximate in time is out of the question. The cause which is truly proximate is that which is proximate in efficiency.'*¹⁵

4.2.2 De betekenis van het begrip van buiten aankomend onheil

Het van buiten aankomend onheil is één van de in artikel 637 K (oud) opgesomde gedekte gevaren.¹⁶ Over de betekenis van het begrip van buiten

12. Zie over de 'ejusdem generis rule' Templeman on Marine Insurance (Lambeth), Pitman London, 1986, p. 150 e.v.; Van Huizen, Het Transportverzekeringsbedrijf, MAKLU Apeldoorn-Antwerpen 1988, p. 163 e.v.

13. Canada Rice Mill Ltd. vs. Union Marine & General Insurance Co., Ltd., P.C. (1940) 67, Lloyds Law Report 594.

14. Van Huizen, Het Transportverzekeringsbedrijf, 1988, p. 165.

15. Leyland Shipping Co. vs. Norwich Union Fire Insurance Society (1918) AC 350; (1918-19) All ER 443; 23 Com. Cas 190; 14 asp. M.L.C. 258). Geleid op de toepassing van de ejusdem generis rule nadien heft de strikte leer van de causa proxima leer dus nog enige tijd voortgeduurd. Zie Van Huizen, Het Transportverzekeringsbedrijf, 1988, p. 167.

16. Artikel 637 K maakte deel uit van de 'vierde afdeling: Van regten en plichten van den verzekeraar en den verzekerde', welke afdeling onderdeel is van de 'negende titel: Van verzekering tegen de gevaren der zee en die der slavernij.' Artikel 594 K bepaalde in de 'Eerste afdeling: Van den vorm en den inhoud der verzekering', dat verzekerd kan worden tegen de gevaren der zee. Van der Burg, 1990, p. 205: omtrent het risico geeft art. 594 K een eerste aanduiding, die nader in andere bepalingen wordt uitgewerkt.

komend onheil lopen de meningen uiteen. Enerzijds wordt gesteld dat verzekering tegen van buiten komende onheilen dekking biedt tegen alle gevaren voor zover de schade niet is veroorzaakt door een eigen gebrek (art. 249 K) of door eigen schuld van de verzekerde (art. 276 K). Naast deze uitsluitingen moet er sprake zijn van een onzeker voorval in enge zin.¹⁷ Anderzijds wordt het van buiten komend onheil ook wel opgevat als een bijzondere, buitengewone, afwijkende omstandigheid.

Van buiten komend onheil: tegenstelling van eigen gebrek (en eigen schuld) of een abnormale, buitengewone omstandigheid?

Speciale aandacht verdient de vraag of een 'van buiten komend onheil' slechts de tegenstelling is van een eigen gebrek of dat er ook geen sprake mag zijn van eigen schuld. Illustratief is het arrest van het Hof 's-Gravenhage uit 1976.¹⁸ Voor de bouw van een flatgebouw heeft verzekerde Brandwijk een CAR-verzekering afgesloten bij verzekeraars. Tijdens de uitvoering van het bouwwerk blijkt dat een aantal van dit flatgebouw deel uitmakende balconvloeren doorzakken. Volgens een deskundigenrapport moet als oorzaak worden aangemerkt het feit dat de wapeningsnetten in de betonnen vloeren van de balcon een te grote dekking vertoonden en zich te ver onder de bovenzijde van de balconvloeren bevonden. Hierdoor was de functie van het ijzer, t.w. het opnemen van de trekkracht, verloren gegaan. De dekkingsbepalingen luiden als volgt:

Art. 2. Omvang der verzekering.

Deze verzekering dekt alle schade aan en/of verlies of vernietiging van het werk, veroorzaakt door een van buiten komend onheil, derhalve ook tijdens monteren, beproeven, laden en lossen, verblijf en opslag alles ter plaatse waar het werk wordt uitgevoerd.

...

Onder de dekking valt volgens de polisvoorwaarden tevens schade veroorzaakt door eigen gebrek, fouten in het ontwerp, constructiefouten e.d. Niet gedekt is het hierdoor direct getroffen deel van het verzekerde object (de zgn. 249-dekking). Voorts doen verzekeraars in de polisvoorwaarden afstand van een mogelijk beroep op artikel 276 K.

Verzekeraars wijzen de vordering tot schadevergoeding van verzekerde af. Eén van de verweren luidt dat er geen sprake is van een van buiten komend onheil – 'waarmede wordt bedoeld een onzeker voorval' – in de zin van artikel 2: Het feit dat de wapening overal te laag lag kan uitsluitend worden verklaard door het maken van een stelselmatige fout in de wijze van werken, die het ontstaan van doorbuigingen in de wapening voorzienbaar maakt zodat hier niet van een onzeker voorval kan worden gesproken.

Het Hof overweegt ten aanzien van het begrip 'van buiten komend onheil' als volgt:

17. Wansink, VA 1994, p. 43. Hof Den Haag 22 december 1976, S&S 1978, 4.

18. Hof Den Haag 22 december 1976, S&S 1978, 4.

dat de term 'van buiten komend onheil' – die ook terug te vinden is in art. 637 K. – in deze eerste alinea aangeeft dat de verzekering dekking geeft tegen voorvallen die bij het sluiten van de overeenkomst voor partijen onzeker zijn en die niet aan eigen schuld van de verzekerde en/of enig eigen gebrek van de verzekerde zaak zelf of daaruit voortvloeiende te wijten zijn;

dat bij een schadeverzekering als de onderhavige schuld van ondergeschikten niet als eigen schuld van de verzekerde moet worden aangemerkt maar als een 'van buiten komend onheil'; dat de door de schuld van die ondergeschikten veroorzaakte schade dus is gedekt;

Dat trouwens ook schade door eigen schuld van de verzekerde, voorzover die aan Brandwijk wordt toegeworpen – nader geadstrueerd als: Brandwijk zou hebben nagelaten te zorgen voor goed personeel en redelijk toezicht daarop – door art. 3 van de polis wordt gedekt.

Verzekeraars doen tevens een beroep op de uitsluiting van 'eigen gebrek' aan het direct getroffen deel van het verzekerde object. Het Hof oordeelt echter dat aan de hand van uitleg van de bewuste polisvoorwaarden het van buiten komend onheil de rechtens relevante oorzaak is:

Dat het Hof Liverpool daarin niet kan volgen, aangezien de gebreken aan de balcon juist te wijten waren aan de onjuiste werkwijze van de arbeiders van Brandwijk en dientengevolge onder de dekking van de eerste alinea van art. 2 vallen.

Gewezen zij nog op het volgende. Gesteld dat de fout was gemaakt door de verzekerde zelf, zou er dan geen sprake meer kunnen zijn van een van buiten komend onheil? Naar mijn mening hoeft schuld van de verzekerde als medeoorzaak van de schade een beroep op een van buiten komend onheil niet in de weg te staan. Eigen schuld is zelden een op zichzelf staande schadeoorzaak. Reden waarom in nr. 7.6.1 ervoor zal worden gepleit dat eigen schuld in beginsel slechts een verminderend effect heeft op de schadevergoedingsverplichting van de verzekeraar.¹⁹ Daarnaast blijft het mijns inziens mogelijk dat de verzekerde een omstandigheid aanvoert die een van buiten komend onheil oplevert.

Wanneer geen sprake is van een van buiten komend onheil bij eigen schuld van de verzekerde zou volgens oud recht het volgende scenario denkbaar zijn geweest. Er bestaat dekking tegen schade veroorzaakt door van buiten komende onheilen en van artikel 276 K (oud) is gerenuntieerd. De verzekeraar zou alsdan in geval van lichte eigen schuld toch niet behoeven te betalen omdat alsdan niet is voldaan aan de definitie van een van buiten komend onheil. Een dergelijk scenario lijkt mij ongewenst.

19. Naarmate de schuld ernstiger van aard is, zal het verminderend effect groter zijn. In geval van roekeloosheid in de zin van artikel 7:952 BW ligt het ook in mijn visie voor de hand de verzekeraar geheel bevrijd te achten van zijn schadevergoedingsverplichting.

Van buiten komend onheil als abnormale, buitengewone gebeurtenis

De term van buiten komend onheil wordt ook wel uitgelegd als een abnormale, onverwachte, buitengewone, bijzondere, van de normale gang van zaken afwijkende gebeurtenis. Alsdan zal de verzekerde meer omstandigheden moeten stellen en zondig bewijzen dan wanneer het van buiten komend onheil wordt aangemerkt als tegenstelling van eigen gebrek. Illustratief is hetgeen Nolst Trenité in Zeeverzekering dienaangaande opmerkt:

‘De rechterlijke macht is in den loop der jaren herhaaldelijk voor de taak gesteld artikel 637 K en met name de “sweeping clause” aan het slot van de gevarenopsomming te interpreteren. Daarbij is met groote vastheid het in artikel 246 K gestelde beginsel gehandhaafd, dat er alleen dan sprake kan zijn van een onheil waarvoor de verzekeraar aansprakelijk is, wanneer de schadetoebrengende gebeurtenis niet alleen van buiten aangekomen, doch ook onvoorzien was. De schade te vergoeden, welke geleden is ten gevolge van normale gebeurtenissen, welke men dus heeft kunnen voorzien en verwachten, behoort niet tot de verplichtingen van den verzekeraar.’²⁰

Het van buiten komend onheil opgevat als abnormale gebeurtenis wordt direct gekoppeld aan het begrip onzeker voorval in ruime zin. Een evenement moet alsdan onvoorzien, abnormaal zijn zonder dat daarbij strikt de hand wordt gehouden aan de eisen dat onzekerheid over het zich voordoen van schade bij partijen bestaat op het moment van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Andere argumenten voor de opvatting dat een van buiten komend onheil een afwijkende, ongewone gebeurtenis moet zijn, zijn niet of nauwelijks aangevoerd.²¹

In tegenstelling tot de gangbare ruime uitleg van het begrip onzeker voorval volgt uit de door mij voorgestane restrictieve uitleg dat artikel 246 K (oud) er niet de grondslag van kan zijn dat het van buiten komende onheil een onzekere, buitengewone gebeurtenis is.

Een ander argument kan wellicht worden ontleend aan uitleg van het begrip *onheil*, zijnde een ongewone gebeurtenis. Illustratief is hetgeen van Wulfften Palthe hierover opmerkt:

‘Zoo komen niet ten laste van assuradeuren schaden, die als gevolg van gewone gebeurtenissen te beschouwen zijn, omdat eene gewone gebeurtenis niet aan den in art. 246 gestelden eisch van iets onzekers te zijn voldoet en evenmin als een onheil te beschouwen is, aan welk begrip men toch steeds den eisch van iets bijzonders, iets buitengewoons verbindt’.²²

20. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1928, p. 50. Zie ook A.A.W. van Wulfften Palthe, Voorlezingen over zee-assurantie, 1932, p. 35-36. Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht 1967, nr. 330.

21. Voor het begrip ‘onzeker voorval’ zij verwezen zij naar hoofdstuk 1.

22. Van Wulfften Palthe, t.a.p., p. 33-34. Zie ook p. 36 waarin hij stelt dat hoog water als een gevolg van een gewone tijde-wisseling geen onheil is.

Voorts stelt hij op bladzijde 35:

'Hebben wij met eene schade-oorzaak te doen, die met de in art. 637 genoemde voorbeelden geenerlei punten van overeenkomst vertoont, dan moeten wij trachten langs negatieve weg de vraag, of wij al dan niet met een van buiten aankomend onheil te doen hebben, op te lossen. Wij zeggen dan: 'van buiten aankomend' staat tegenover 'van binnen opkomend', tegenover eigen gebrek dus, 'onheil', zijnde eene onzekere (zie art. 246) schade-veroorzakende gebeurtenis, staat tegenover al datgene wat zeker gebeurt, tegenover gewone slijtage dus, wanneer ik al hetgeen in den gewonen gang van zaken gebeurt zoen mag noemen'.

Even later noemt hij echter de eerder aangegeven tegenstellingen als 'voorzien', tegenover 'onvoorzien' en 'normale' tegenover 'abnormale' gebeurtenissen minder gelukkig geformuleerd en acht hij storm in de winter op de Atlantische Oceaan en ijs in de winter vanzelfsprekende voorbeelden van van buiten komende onheilen.²³ Van Wulfften Palthe is dus enigszins twijfelachtig over de betekenis van het begrip onheil. Het argument vóór de stelling dat het van buiten komende onheil slechts een tegenstelling is van het eigen gebrek wordt wel gebaseerd op artikel 45 van de Rotterdamsche Keur van 1721. Dat artikel noemde echter niet het van buiten komende onheil, maar een van buiten komende oorzaak en juist het woord onheil zou eventueel aanleiding geven tot de veronderstelling dat het van buiten komend onheil een onvoorzien, onverwachte gebeurtenis is.²⁴ De etymologische betekenis van het begrip onheil duidt op een onvoorzien gebeurtenis zijnde een ramp waarop niemand invloed heeft kunnen uitoefenen.²⁵ Het voert mijns inziens evenwel te ver om louter op grond van een taalkundige uitleg een dergelijke conclusie te trekken.

In het kader van de hier aan de orde zijnde betekenis van het begrip met een meer beperkende werking ('het van buiten komend onheil moet een uitzonderlijke omstandigheid betreffen') past ook het oordeel van de Hoge Raad over de zaak Vitesse/UAP-Nieuw Rotterdam.²⁶ Verzekerde verhuurt vorkheftrucks. Eén van de huurders verkoopt de vorkheftruck zonder daartoe te zijn gerechtigd aan een derde. De polisvoorwaarden kennen de volgende dekkingsclausule:

23. Zo ook Wansink, VA 1994, p. 43.

24. Artikel 45 van de Rotterdamsche Keur luidde: 'Gelijk mede niet wanneer de geassureerde goederen van zig zelven (zonder een oorzaak van buyten aangekomen) in het geheel of ten deele bedurven/vermindert/of beschadigt zijn'.

25. Volgens J. de Vries, Nederlands etymologisch woordenboek, Leiden 1978, p. 246 betekende het Oudsaksische heil en het Oudengelse hoel 'voorteken'. Het Oudhoogduitse heil betekende 'geluk', terwijl het Oudnoorse heill 'gunstig voorteken, geluk' betekende. Verdedigbaar lijkt mij de stelling dat de tegenstelling van dit alles (onheil) een ramp is die zich aandient zonder voorteken, onverwacht, derhalve zonder medeweten (met pech) van degene die het overkomt.

26. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 224, m.nt. MMM. Verwezen zij naar mijn kritische commentaar in AV&S 2002, p. 46 e.v. Ook Wansink plaatst kritische kanttekeningen in AV&S 2004, p. 66 e.v. Zie over het arrest ook M. van Maanen, De Beursbengel oktober 2002, p. 25.

De verzekeraars vergoeden de schade door verlies of beschadiging van het verzekerde object of een deel daarvan als gevolg van:

- *een van buiten komend onheil*

...

Volgens het hof betreft het hier geen van buiten komend onheil maar een omstandigheid die veeleer behoort tot het bedrijfsrisico van de verzekerde. De Hoge Raad oordeelt dat deze uitleg van het hof in zijn algemeenheid niet onbegrijpelijk is.²⁷ Deze uitspraak is naar mijn mening niet juist omdat niet duidelijk wordt waarom het zich voordoen van een 'bedrijfsrisico' nimmer kan worden aangemerkt als een van buiten komend onheil. Mendel merkt in zijn noot onder het arrest op dat van pogingen om het van buiten aankomend onheil te begrenzen met behulp van het begrip 'bedrijfsrisico' weinig heil is te verwachten. Het begrip is te weinig eenduidig en hij meent dat de overweging van de Hoge Raad iets weg heeft van een schimmenspel.

Verskil all-risksdekking en dekking tegen van buiten komende onheilen?

Beantwoording van deze vraag hangt mede af van de definiëring van het van buiten komend onheil. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat, voor zover er al een verschil is, het verschil tussen de beide dekkingsbepalingen van bewijsrechtelijke aard is. Betoogd wordt wel dat de dekkingsomvang niet of nauwelijks verschilt.²⁸ Dorhout Mees meent dat een all-risksdekking een andere bewijslastverdeling bewerkstelligt: een ruime dekkingsclausule kan meebrengen dat de verzekerde slechts schade (een beschadiging) (en dus niet een bepaald evenement ofwel gedekte schadeoorzaak: AB) hoeft te bewijzen, terwijl Scheltema/Mijnssen meent dat ook in een dergelijk geval de verzekerde moet aantonen dat er sprake is van een onzeker voorval, een begrip dat zoals hiervoor bleek in literatuur en jurisprudentie ook wel wordt aangemerkt als een 'abnormaal verschijnsel'.²⁹ Voor de opvatting van Dorhout Mees pleit een arbitrale uitspraak uit 1921: *Ook bij de clausule 'voor alle schade hoe gering ook en hoe dan ook ontstaan', is alleen tegen van buiten komende onheilen verzekerd, maar:*

*De betekenis ligt hierin, dat de verzekerde slechts het voorvallen der schade behoeft te stellen, waartegenover de verzekeraar mag bewijzen, dat hij niet aansprakelijk is.*³⁰ Vermeld zij dat Dorhout Mees in een eerder gedeelte van zijn boek schrijft dat ook bij de all-risksclausules het onzeker voorval een rol blijft spelen en hij het onzeker voorval vereenzelvigt met het van buiten komend onheil.³¹

Voor het verschil in bewijslast zij voorts verwezen naar hoofdstuk 5.

27. In het onderhavige geval echter oordeelt de Hoge Raad dat niet valt in te zien dat de verduistering van de vorkheftruck behoort tot het bedrijfsrisico van verzekerde.

28. Van Huizen, Het transportverzekeringsbedrijf, 1988, p. 160. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.18.

29. Dorhout Mees, 1967, p. 326. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 6.15.

30. AB 16 maart 1921, A.R. 48. Ook vermeld in Leon's Rechtspraak 1938, art. 637 K, p. 278.

31. Dorhout Mees, 1967, p. 247-248 en 250 e.v.

Peril of the sea en vervoerrecht

Ook voor de aansprakelijkheid van de vervoerder is de term 'peril of the sea' van belang. Artikel 8:383 lid 2 sub c BW bepaalt dat de vervoerder onder bepaalde overmachtomstandigheden (gevaren, onheilen en ongevalen van de zee of andere bevaarbare wateren) niet aansprakelijk is. De exoneratiebepaling is afkomstig van de in oude Engelse cognossementen voorkomende term 'peril of the sea'.³²

Interessant is dat Carver/Colinvaux de 'peril of the sea' in het kader van de transportverzekering van belang acht voor de betekenis van dit begrip bij de aansprakelijkheid van de vervoerder. Juist bij de kwestie van causaal verband komt zulks bij hem aan de orde. Verschillende verzekeringsrechtelijke uitspraken worden zonder toelichting behandeld. Er wordt dan ook gesteld dat de betekenis van het begrip 'peril of the sea' in polissen enerzijds en charterparties en cognossementen anderzijds niet wezenlijk verschilt:

And by their judgements in that case, and in Hamilton vs. Pandorf, the Lords must be taken to have abolished the destination previously made in the construction of policies on the one hand and of charterparties and bills of lading on the other. They laid it down that the words perils of the sea have the same meaning in these different documents and that the rule as to looking to proximate causes applies in relation to contracts of carriage as well as to policies.

Direct daarop volgt evenwel een relativering:

But that, whereas in a policy that rule alone to be considered, in a contract of carriage, on the contrary, 'you may sometimes look behind the immediate cause, and the shipowner is not protected by the exception of perils of the sea in every case in which he would be entitled to recover on his policies, on the ground that there has been a loss by such perils.

Lord Watson said in Hamilton vs. Pandorf:

'The expression has precisely the same significance in both cases; but there is this difference between them, that when a shipowner, who is bound by the implied terms of his contract to carry with ordinary care, claims the benefit of the exception, the Court will, if necessary, go behind the proximate cause of damage for the purpose of ascertaining whether that cause was brought into operation by the negligent act or default of the shipowner or of those whom he is responsible.'

Naar mijn mening heeft het begrip 'peril of the sea' in het vervoerrecht doorgaans een andere betekenis dan in het verzekeringsrecht. Zoals hierna zal blijken is in het vervoerrecht vooral bepalend of het geheel van omstandigheden meebrengt dat een bekwaam vervoerder redelijkerwijze de scha-

32. Royer, Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht, Tjeenk Willink Zwolle 1959, p. 567 e.v.; Korthals Altes/Wiarda, Vervoerrecht, Kluwer Deventer 1980, p. 202; Haak, Zee- en vervoerrecht. In: Akveld, Dolman, Haak, Holzhauer (Red.), Hoofdstukken Handelsrecht, Kluwer Deventer 2001, nr. 617.

de had kunnen voorkomen. Bij de transportverzekering gaat het niet om deze zorgvuldigheid maar om uitleg van de polis.

Algemeen wordt aangenomen dat het gevaar of onheil, de woorden hebben geen onderscheidende betekenis³³, niet onvoorzienbaar hoeft te zijn.³⁴ Royer stelt dat zee-evenementen slechts dan als gevaren der zee zijn aan te merken, indien zij van zodanige aard zijn, dat een behoorlijk vervoerder redelijkerwijs niet in staat is om de schadelijke gevolgen ervan voor de lading te vermijden.³⁵ Ook naar de mening van Boonk is het begrip 'peril of the sea' relatief van aard. Naar zijn mening is in de recente jurisprudentie (derhalve in 1993: AB) weinig aandacht voor de bijzondere omstandigheden van het geval. Windkracht is niet een alles bepalende factor. Windkracht 5-7 gedurende de gehele reis van Brazilië naar Italië waardoor het schip hevig stampert en slingert en water maakt over de luiken waardoor geen mogelijkheid bestaat tot ruimventilatie en een lading sisal daardoor beschadigd raakt, kan een peril of the sea opleveren.³⁶ Wanneer onder deze omstandigheden schade ontstaat doordat de lading verschuift zou er geen beroep kunnen worden gedaan op een 'peril of the sea', aangezien alsdan het onvoldoende vastzetten van de lading als rechtens relevante oorzaak zal zijn aan te merken.³⁷

Royer concludeert dat los van de onvermijdelijkheidseis het gevaar niet onvoorzienbaar hoeft te zijn. Het Engelse recht lijkt wel in die richting te wijzen, maar volgens Royer geeft men zich daar niet altijd rekenschap van het onderscheid tussen onvermijdelijkheid en onvoorzienbaarheid. Niet geheel duidelijk wordt of een 'peril of the sea' een buitengewone gebeurtenis (extraordinary, accidental) moet zijn. Enerzijds stelt Royer dat dit niet het geval is³⁸, maar op de volgende bladzijde verwijst hij naar Amerikaanse uitspraken waarin is bepaald dat het evenement wel een buitengewoon karakter moet hebben. Ook Carver/Colinvaux neemt niet een duidelijk standpunt in. De volgende citaten lijken althans moeilijk met elkaar te rijmen:

Upon this, it must be remarked that by English law the losses need not be extraordinary, in the sense of arising from causes which are uncommon.

33. R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle 1961, p. 500.

34. H. Boonk, *Zeevervoer onder cognossement*, Arnhem 1993, p. 182; S. Royer, *Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht*, Zwolle 1959, p. 589 stelt dat 'ofschoon het stellen van een onvoorzienbaarheidsvereiste niet algemeen wordt verworpen, zulks in meerderheid wel geschiedt'. R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle 1961, p. 500-501; J.A.L.M. Loeff, *Vervoer ter zee*, deel I, Zwolle 1981, p. 158.

35. Royer, t.a.p., p. 572.

36. Hof Amsterdam 13 december 1990, S&S 1991, 87.

37. Boonk, t.a.p., p. 185.

38. Royer, t.a.p., p. 582.

En:

And, indeed, we may correctly say that any accident, any mischance which could not be foreseen as one of the ordinary consequences of the voyage, which has arisen from some of the sources of danger denoted by perils of the sea, is included prima facie within that exception. If there has been no accident the exception will not apply.

4.3 Ongeval

4.3.1 Nederlands recht

Definitie van het begrip ongeval blijkt evenals bij de begrippen eigen gebrek en van buiten komend onheil nauw verbonden te zijn met het onderwerp oorzaak en oorzakelijk verband. Dat blijkt onder meer uit de benadering van het ongevalsbegrip door Ubbink.³⁹ Hij constateert dat er gemeenschappelijke kenmerken zijn aan te wijzen in de vele in omloop zijnde definities. Naar zijn mening brengen de definities mede dat onderscheid moet worden gemaakt tussen:

- a. de letseloorzaak (de ongevalsgebeurtenis);
- b. het letsel zelf (de opgelopen kwetsuur);
- c. het letselgevolg (dood, invaliditeit, arbeidsongeschiktheid).⁴⁰

Tussen deze drie factoren moet een rechtstreeks causaal verband bestaan. Reeds indien er bijkomende omstandigheden zijn geweest die invloed op het ontstaan van letsel en/of letselgevolg hebben uitgeoefend, dan ontbreekt volgens Ubbink het causale verband. Vervolgens deelt hij de kenmerkende onderdelen van de definitie, voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil er sprake zijn van een ongeval, als volgt in:

De letseloorzaak moet zijn:

- ongewoon
- plotseling
- uitwendig (van buiten komend)
- gewelddadig
- onvrijwillig (toevallig)
- onmiddellijk (rechtstreeks)

Het letsel zelf moet zijn:

- lichamenlijk
- geneeskundig vast te stellen

In het arrest Oomen / Interpolis⁴¹ omschrijft de ongevallenverzekering het begrip ongeval als volgt:

39. J.W. Ubbink, Ongevallen-, ziekengeld- en invaliditeitsverzekering, J.H. de Bussy, Amsterdam, 1962, p. 35-56.

40. Ik verwijs naar het onderdeel 'eigen gebrek' waar ik een soortgelijke onderverdeling heb gemaakt.

41. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98.

Een plotseling van buitenaf op het lichaam inwerkend geweld, waardoor lichamelijk letsel, waarvan de aard en plaats geneeskundig zijn vast te stellen, rechtstreeks wordt veroorzaakt.

Los van het ontbreken van causaal verband brengen woorden zoals plotseling, lichamelijk letsel, geneeskundig vast te stellen een beperking van de dekking met zich. A-G Bakels merkt in zijn conclusie vóór het arrest over de woorden 'geneeskundig vast te stellen' op dat mocht de toerekening tussen partijen punt van discussie worden de rechter er niet aan ontkomt medische deskundigen te benoemen.

In beginsel zal verzekerde moeten aantonen, althans aannemelijk maken dat van een ongeval in de zin van de polis sprake is. In de zaak Kostermans/De Nederlanden oordeelde het Hof Amsterdam⁴² naar aanleiding van de volgende feiten dat verzekerde in haar bewijslast was geslaagd. Kimmijzer⁴³ raakt in een dusdanig ernstig opgewonden gemoedstoestand dat hij gevaarlijk is voor zijn omgeving, reden waarom de hulp van de politie wordt ingeroepen. Teneinde hem in bedwang te houden hielden aanvankelijk familieleden en later de politiemensen Kimmijzer met kracht vast. Eén van de agenten sloeg hierbij een arm om zijn hals waardoor een armklem (bedoeld zal zijn een nek- of halsklem) tot stand kwam. Neus en mond lagen in het kussen van een fauteuil gedrukt. Na enige tijd bemerkte één van de agenten dat de polsslagen van Kimmijzer was weggevallen. Na een poging tot reanimatie bleek hij te zijn overleden. Uit het sectierapport blijkt onder meer dat er tekenen van uitwendig geweld op de hals aanwezig waren en dat er sprake was alcoholgebruik (0,9 promille). Kostermans vordert f 20 000 uit hoofde van een ongevallenverzekering. De polis bepaalt:

Een ongeval in de zin van deze ongevallenverzekering is elke bijzondere, uitwendige, plotseling en onverwacht intredende, schadetoebrengende inwerking op het lichaam van de verzekerde, die zonder medewerking van inwendige oorzaken enig letsel veroorzaakt. Deze verzekering strekt zich niet uit tot 'ongevallen', veroorzaakt door (...) grove schuld, (...) ziekten, kwalen of gebreken, gebruik van alcohol (...).

De Nederlanden stelt zich op het standpunt dat hier geen sprake is van een ongeval in de zin van de polis aangezien de langdurige extreme opwindingsstoestand, een inwendige oorzaak, heeft meegewerkt aan het overlijden. Bovendien doet de verzekeraar een beroep op de uitsluiting grove schuld vanwege het extreem en ziekelijk gedrag en wijst hij op het alcoholgebruik. Ten aanzien van het begrip ongeval oordeelt het hof dat gelet op het sectierapport de verstikking kan worden verklaard door samendrukkend geweld en dat een andere oorzaak niet aanwijsbaar was. Het vermoede

42. Hof Amsterdam 16 maart 1989, NJ 1990, 319.

43. Uit het gepubliceerde arrest blijkt niet welke de verhouding is tussen Kostermans en Kimmijzer. Vermeld wordt slechts dat Kostermans op basis van de afgesloten levensverzekering uitkering van f 20 000 vraagt.

den van een ongeval kan volgens het hof slechts worden weerlegd als feiten en omstandigheden vaststaan, waaruit valt af te leiden dat de verstikking met voldoende mate van waarschijnlijkheid het gevolg is van medewerking van inwendige oorzaken. Het hof acht het geen feit van algemene bekendheid dat een extreem opgewonden gemoedstoestand verstikking kan veroorzaken. Deze gemoedstoestand biedt – hoezeer zij ook aanleiding is geweest voor het handelen van derden – onvoldoende houvast om aan te nemen dat zij als inwendige oorzaak aan de verstikking heeft meegewerkt. In deze uitspraak is voor het dekkingsvraagstuk de nadruk gelegd op uitleg van het begrip ‘ongeval’. Daarvoor is echter tevens bepalend het causaliteitsvraagstuk. Wanneer immers zou komen vast te staan dat afwijkende, abnormale inwendige oorzaken hebben meegewerkt aan de verstikking is er niet langer sprake van een ongeval. Met andere woorden: uitleg van het begrip ‘ongeval’ is mede causaal bepaald.⁴⁴

4.3.2 Duits recht

Het Duitse recht kent een soortgelijke definitie in § 1 III AUB 94:

Ein Unfall liegt vor, wenn der versicherte durch ein plötzlich von außen auf seinen Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet.

Er bestaat een uitvoerige jurisprudentie over de in deze bepaling opgenomen vereisten van buiten af inwerkend, plotseling, onvrijwilligheid, beschadiging van de gezondheid en causaliteit.⁴⁵ Onder omstandigheden kan deze jurisprudentie een inspiratiebron voor toekomstige geschillen over het begrip ‘ongeval’ volgens Nederlands recht vormen.

Dood door verdrinking is in beginsel van buiten af inwerkend, tenzij de verdrinking bijvoorbeeld is veroorzaakt door een hartaanval of een epileptische aanval (§ 2 I 1 AUB 88). Zulks geldt evenzeer voor verstikking bij de maaltijd en de zgn. herniagevallen. Niet als zodanig geldt bijvoorbeeld dood door overwerktheid en overbelasting tijdens ‘ein Ritt’. Ook dood door bevriezing kan volgens Duits recht problemen opleveren indien niet is voldaan aan alle vereisten van het begrip ‘ongeval’. Ubbink noemt ‘bevriezing’ een zeer dubieus geval. Het plotselinge van de geweldsinwerking, alsmede inwendige oorzaken zoals vermoeidheid en alcoholgebruik kunnen moeilijkheden geven. Doorgaans wordt ‘bevriezing’ evenwel uitdrukkelijk onder de insluitingen opgenomen waardoor bij Nederlandse polissen geen discussie meer kan ontstaan of ‘bevriezing’ onder het begrip ‘ongeval’ valt.⁴⁶ Genoemde moeilijkheden zijn voor een deel ‘oorzakelijk’ van aard

44. Vgl. E.J. Wervelman. De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Diss. Kluwer 2004. Ik verwijs naar zijn uitvoerige beschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid.

45. Pröller/Martin (Knappmann), Versicherungsvertragsgesetz 2004, § 1 AUB 94, Rn 5 e.v.

46. Ubbink, t.a.p., p. 61.

Plötzlichkeit

Het begrip plotseling duidt in beginsel op een inwerking die in een kort tijdsbestek plaats vindt. Aangenomen wordt evenwel dat wanneer aan dit criterium niet is voldaan er toch sprake kan zijn van een plotselinge gebeurtenis als deze voor de verzekerde onverwacht, niet voorzienbaar, onontkoombaar is. Zo kan dood door bevriezing 'plotseling' zijn als de verzekerde zulks daadwerkelijk niet heeft voorzien. Niet van belang is of de verzekerde de bevroeringsdood had *kunnen* voorzien.⁴⁷ Onvoorzienbaarheid is niet een cumulatief vereiste zodat een in een kort tijdsbestek voor verzekerde niet onverwacht plaats vindende gebeurtenis een ongeval kan zijn.⁴⁸ Niet van belang is of verzekerde met inachtneming van de normale voorzichtigheid de gebeurtenis had kunnen voorzien. Het gaat erom dat de verzekerde de gebeurtenis daadwerkelijk niet had voorzien.⁴⁹ Niet de gezondheidsbeschadiging maar wel de inwerking op het lichaam moet plotseling geschieden. Volgens het Bundesgerichtshof kan van een ongeval sprake zijn wanneer een bergbeklimmer, die plotseling overvallen wordt door slecht weer met lage temperatuur, langzaam door bevriezing komt te overlijden.⁵⁰ Nadien is door de lagere rechter een nadere invulling gegeven aan het begrip 'Plötzlichkeit'. Uit de volgende twee zaken blijkt evenwel dat geen volstrekte duidelijkheid bestaat over de eis van 'Plötzlichkeit'.

L neemt deel aan een Mount Everest expeditie met acht deelnemers. Het basiskamp wordt op een hoogte van 6400 m. opgeslagen. Samen met P klimt L dezelfde avond door tot een hoogte van 6600 m. L wil de top bereiken middels een route die nog door niemand is begaan. P probeert L er tevergeefs van te overtuigen dat deze poging te gevaarlijk is. De volgende dag gaat L alleen verder. L ontmoet hevig onweer, sneeuwstormen met windsnelheden van meer dan 200 km/h en temperaturen van ca. -35° C. L slaat op een hoogte van 7700 m. zijn tent op. Een aantal dagen later, nadat het zicht was verbeterd, konden de overige deelnemers aan de expeditie met een sterke telescoop, die zij van engelse bergbeklimmers konden lenen, L lokaliseren op 7850 m hoogte. Zij herkenden een slaapzak waarin L zittend bevroren was. De broer van L vordert uitkering onder de door L afgesloten levensverzekering met ongevalsdekking.

Ongeveer een jaar later neemt verzekeringnemer V, lid van de 'Deutschen Alpenverein' en een ervaren skiër, deel aan een skitoer van een aantal dagen in het skigebied Monte Rosa waaraan ook vier anderen deelnemen. Zij vertrekken van de G- Hütte teneinde naar de P.-Spitze op een hoogte van 4432 m. te stijgen. Samen met F blijft V achter vanwege het wisselen van 'Steighilfen'. Daarna zetten zij hun weg voort naar de B.-Horn waar

47. OLG Karlsruhe 17 maart 1994 VersR 1995, 36. Wellicht anders OLG Stuttgart 29 september 1994, VersR 1997, 176.

48. BGH 13 juli 1988, VersR 1988, 951; OLG Saarbrücken 18 december 1996, VersR 1997, 949.

49. Pröller/Martin (Knappmann), 2004, § 1 AUB 94, Rn 15; OLG Karlsruhe 17 maart 1994, VersR 1995, 36.

50. VersR 1962, 341.

zich een noodonderkomen bevindt en bereiken zij het L.-Joch waar zij warmere kleding aantrekken. Vanwege verslechterende weersomstandigheden besluiten F en V terug te keren en sluiten zij zich aan bij een groepje langlaufers (in het Duits Skiläufer). F keert terug naar de G.-Hütte, V echter besluit alleen verder te gaan naar het noodonderkomen bij de B.-Horn. F alsmede de andere deelnemers die de tocht ook hadden afgebroken keren in de loop van de dag terug naar de G.-Hütte. Aangezien V om 15.00 uur nog niet is gearriveerd slaan de andere deelnemers alarm. Door de slechte weersomstandigheden is het echter niet mogelijk dezelfde dag een zoekactie te beginnen. Ook de volgende dagen blijven de zoekpogingen vruchteloos. Pas na enkele weken wordt V ongeveer 300 m. verwijderd van het noodonderkomen gevonden. Hij wordt in een gehurkte houding, naar achter omgevallen, met de typische uiterlijke verschijningsvormen 'des Kälte-todes', aangetroffen. Artsen stellen dood door bevriezing vast. De echtgenote van V vordert uitkering onder de levensverzekering met ongevalsdkking.

Hoewel deze twee casus voor wat betreft de juridisch relevante feiten op elkaar gelijken wordt de vordering in het eerste geval niet en in het tweede geval wel toegewezen.

In het eerste geval wijst het OLG Stuttgart⁵¹ de vordering van de hand omdat in geval van bevriezingsdood niet voldaan is aan de eis van 'Plötzlichkeit'. De door verzekerde gestelde extreme weersomstandigheden komen niet als gebeurtenis in aanmerking omdat deze de dood van L niet rechtstreeks hebben veroorzaakt. Het OLG erkent onder verwijzing naar een uitspraak van het BGH uit 1962 dat bevriezingsdood onder de dekking kan vallen als deze is veroorzaakt door een daaraan voorafgaande gebeurtenis die tot gevolg heeft dat verzekerde niet meer in staat is zich te bewegen. Bijvoorbeeld door beenbreuk aan het strand of een val in de bergen zonder de mogelijkheid tot terugkeer. Mij is niet duidelijk waarom de door verzekerde gestelde extreme weersomstandigheden niet kunnen worden aangemerkt als een zodanige eerste gebeurtenis.⁵² Dat hier geen sprake is van rechtstreekse veroorzaking lijkt geen genoegzaam argument nu het in het arrest gegeven voorbeeld van beenbreuk dat wel als eerste gebeurtenis in aanmerking zou komen, de dood ook niet rechtstreeks veroorzaakt.

In het tweede geval wijst het OLG Karlsruhe⁵³ de vordering toe. Er is volgens het OLG sprake van een ongeval ook al wordt het letsel niet rechtstreeks veroorzaakt door het van buiten komende onheil:

Die für eine Leistungspflicht nach § 2 Nr. 1 BBUZ erforderliche Einwirkung auf den Körper muß nicht stets unmittelbar eine Körperverletzung herbeiführen. Auch wenn keine unmittelbare Schädigung des Körpers eingetreten ist, kann eine Einwirkung auf

51. OLG Stuttgart 29 september 1994, VersR 1997, 176.

52. De voor de verzekerde te voorziene weersomstandigheden komen niet in aanmerking als gedekte schadeoorzaak omdat alsdan niet is voldaan aan de eis van 'Plötzlichkeit'.

53. OLG Karlsruhe 17 maart 1994, VersR 1995, 36.

den Körper vorliegen, nämlich z. B. dann, wenn diese zu einem Verlust der Bewegungsmöglichkeit (.....) oder zu einer sonstigen Einschränkung führt, die den Betroffenen hilflos schädigenden Einflüssen aussetzt.

Als een zodanige 'Einwirkung' kan gelden een door het verslechterde weer veroorzaakte zodanige belemmering van het zicht dat een 'Tourgänger' zich niet langer kan oriënteren en zijn weg deswege niet kan voortzetten. Het zou iets anders zijn als de skiër zonder een van buiten komend onheil verdwaalt en dan van koude of uitputting sterft. Ook aan de eis van 'Plötzlichkeit' is voldaan nu de gebeurtenis door V niet was voorzien.⁵⁴ Een subjectief criterium derhalve.

In beide zaken is van toepassing de uitsluiting van § 2 Nr. 3:

*'Dagegen fallen nicht unter den Versicherungsschutz: ...
c)...
Gesundheitsbeschädigungen durch Licht-, Temperatur- und Witterungseinflüsse; Versicherungsschutz besteht jedoch, wenn es sich um Folgen eines unter die Versicherung fallenden Unfallereignisses handelt.'*

In de eerste zaak komt het OLG Stuttgart aan de uitsluiting niet toe. In de tweede zaak beslist het OLG Karlsruhe dat de uitsluiting dekking niet in de weg staat, aangezien deze slechts geldt als verzekerde niet door een ongeval aan weersinvloeden is blootgesteld.

Unfreiwilligkeit

In de jurisprudentie is de eis van Unfreiwilligkeit diverse malen aan de orde geweest. Het gaat dan om gevallen waarbij verzekerde zich welbewust begeeft in gevaarlijke situaties zoals gevaarlijke sporten of beroepen, bergbeklimmen op zeer grote hoogte zonder zuurstofapparaat, zelfmoorddemonstraties, sadomasochistische contacten of 'autoerotischen Handlungen' (Selbststrangulation). Aangenomen wordt dat ondanks de bewuste aanvaarding van het verhoogde risico van letsel toch van onvrijwilligheid sprake is tenzij verzekerde het letsel heeft beoogd.⁵⁵ Het oogmerk behoeft niet precies gericht te zijn geweest op het letsel zoals zich dat in concreto heeft voorgedaan. Knappmann stelt: *'Es reicht aus, daß diese in dem nicht eng zu sehenden Rahmen der Vorstellung des Verletzten bleibt.'*⁵⁶ Schrijver noemt als voorbeeld amputatie van de hand in plaats van de vingers en de lichamelijke gevolgen van een mislukte zelfmoord.

54. Zie hierna bij de bespreking van de eis van 'Plötzlichkeit'.

55. Er bestaat een opvallende hoeveelheid jurisprudentie over de meer gewelddadige vormen van sexueel verkeer die gevaarlijke vormen kunnen aannemen. Zie T. Trompetter, *Der Unfall im Rahmen einer (auto)erotischen Handlung*, VersR 1998, p. 685-688. Evenals Knappmann komt schrijver tot de conclusie dat hier doorgaans van een ongeval sprake zal zijn hoewel er tevens rechterlijke uitspraken zijn die op het tegendeel duiden.

56. Prölls/Martin (Knappmann), *Versicherungsvertragsgesetz 2004*, § 1 AUB 94, Rn 19.

Aantasting gezondheid en causaal verband

De Gesundheitsbeschädigung dient naar medisch inzicht te worden vastgesteld, zodat niet van belang is of verzekerde zich in zijn gezondheid aangetast voelt maar of hij dat *is*. Ook voor het causaal verband tussen het ongeval en het letsel kan het oordeel van deskundigen bepalend zijn.⁵⁷

Tussen het ongeval en de gezondheidsbeschadiging moet 'adequate causalität' bestaan. Bij de zgn Unfallneurose ontbreekt dit causaal verband. Niet noodzakelijk is dat het letsel een onmiddellijk gevolg is van het ongeval. Medische kunstfouten onderbreken het causaal verband tussen het ongeval en het letsel niet, tenzij '*der Arzt alle ärztlichen Regeln derart außer acht gelassen und jede berechtigte Erwartung auf ein vernünftiges und gewissenhaftes Verfahren derart getäuscht hat, daß der Mißerfolg im rechtlichen Sinne allein auf diese ungewöhnlichen Umstände zurückgeführt werden muß: im übrigen sind auch Kunstfehler adequat.*'⁵⁸

Wanneer de verzekerde vanwege een ziekte toch al dood zou gaan of invalide zou raken, maar het een en ander wordt versneld door een ongeval, is de verzekeraar in beginsel schadeplichtig.⁵⁹

De verzekerde dient te bewijzen dat er sprake is van een gebeurtenis welke als ongeval kan worden aangemerkt, behalve wanneer uit de aard van het letsel volgt dat deze slechts door een ongeval kan zijn ontstaan. Het causaal verband tussen ongeval en dood of invaliditeit dient tevens door de verzekerde te worden aangetoond. De oorzaak van het ongeval behoeft niet te worden bewezen.⁶⁰

4.3.3 Engels recht

Ook in het Engelse recht speelt de uitleg van het begrip ongeval in de ongevallenverzekering een grote rol. Terecht merkt Clarke op dat de betekenis van de term ongeval gedeeltelijk afhangt van de bewoordingen van de polisvoorwaarden. De stelling dat casus niet kunnen worden vergeleken als de bewoordingen in de polisvoorwaarden verschillen gaat schrijver echter te ver: '*This is more often convenient than convincing.*' Voorts acht hij het aannemelijk dat de betekenis van het begrip ongeval in andere polissen dan de ongevallenpolis, zoals de aansprakelijkheidsverzekering of de all-risksverzekering, kan verschillen. Schrijver merkt op dat beslissingen weliswaar soms tegenstrijdig zijn, maar dat deze tegenstrijdigheid een poging tot het geven van een richtsnoer niet in de weg staat.⁶¹ In de handboeken heeft het grootste deel van de bespreking van de ongevallenverzekering betrekking op de betekenis van het begrip ongeval.⁶² De handboeken gaan in de eerste plaats niet uit van een definitie van het begrip ongeval in de polis, hetgeen

57. Zie bijv. OLG München 28 december 1984, VersR. 1986, 910.

58. Pröls/Martin (Knappmann), *Versicherungsvertragsrecht* 2004, §1 AUB 94, Rn 24.

59. OLG München 28 december 1984, VersR 1986, 910. Pröls/Martin (Knappmann), *Versicherungsvertragsrecht*, § 1 AUB, Anz. 3e.

60. Pröls/Martin (Knappmann), *Versicherungsrecht* 2004, § 1 AUB 94, Rn 25.

61. Clarke, 1997, nr. 17-5.

62. Zie MacGillivray, 1997, nr. 1761-1852; Clarke, 1997, nr. 17-5; Colinviaux, 1997, nr. 17-1-17-25.

tot gevolg heeft dat duidelijke criteria zoals in het Nederlandse en Duitse recht ontbreken. Hierna zal ik grosso modo aangeven wat in de jurisprudentie wel en niet is aangemerkt als 'accident'.

Accident

Wanneer het letsel ontstaat als een gevolg van een 'voluntary act of the insured' is er geen ongeval. In de zaak *Gray v. Barr* speelt het begrip 'accident' in een aansprakelijkheidsverzekering een belangrijke rol.⁶³ Mrs Barr en Mr Gray krijgen een verhouding die ongeveer een jaar duurt. Mr Barr, een keurige middenstander, is hiervan op de hoogte, maar slaagt erin zijn vrouw terug te winnen. Op de fatale dag treft hij zijn vrouw niet thuis aan hetgeen hem tot razernij moet hebben gebracht. Hij verwacht dat zijn vrouw bij Gray is en loopt gewapend met een geladen geweer⁶⁴ door de voordeur naar binnen. Gray, die zich boven aan de trap bevindt, staat niet toe dat Barr hem passeert en een vechtpartij volgt. Twee geweerschoten gaan af. Het tweede schot, dat onopzettelijk wordt afgevuurd, doodt Gray. Het blijkt allemaal een vergissing te zijn. Mrs Barr had in een poging tot zelfmoord een grote hoeveelheid slaapmiddelen ingenomen en lag buiten in het bos te slapen. Drie maanden nadien heeft de strafrechter Barr vrijgesproken van moord en doodslag. Mr en Mrs Barr zijn later weer bijeengekomen.

Barr heeft een zgn. 'Hearth and Home' policy waarin is gedekt schade waarvoor verzekerde '*... shall become legally liable in respect of bodily injury to any person caused by accidents*'. Het blijkt uiterst moeilijk te beslissen of het bovenstaande gebeuren een 'accident' oplevert. Voor de betekenis van het woord 'accident' zoekt Lord Denning de oplossing bij het causaliteitsbeginsel. Is het overlijden van Gray veroorzaakt door de 'deliberate act' van Barr bestaande uit het benaderen van Gray met een geladen geweer? Of is het overlijden veroorzaakt door het 'accidental' afgaan van het tweede schot? Lord Denning beslist dat de 'deliberate act' als rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt hetgeen meebrengt dat er geen 'accident' is. Lord Justice Salmon heeft een ander standpunt. Proximate cause is niet noodzakelijk de laatste oorzaak, maar zulks brengt niet mee dat de laatste oorzaak nooit de rechtens relevante oorzaak kan zijn. Salmon vindt, in afwijking van Denning, dat de rechter in eerste aanleg niet de ouderwetse benadering van de 'proximate cause' heeft toegepast en overweegt:

I think that he decided (rightly in my view) that the accident of Barr falling on the gun and thereby firing the second barrel was in substance and in common sense the real cause of Gray's injuries resulting in his dead.

Lord Justice Phillimore meent met Denning dat hier geen sprake is van een accident, maar komt niet tot die conclusie door het gebeuren in 'immedia-

63. (1970) 2 Lloyd's Rep. 69 (CA).

64. Lord Justice Phillimore vermeldt hierover: It is, perhaps, a little ironical that Gray had sold him the gun before he left for New Zealand.

te' en 'predisposing' oorzaken te verdelen. Hij benadert de gebeurtenis als een geheel:

If anyone who saw him doing it could foresee that it was dangerous and reckless and might result in harm to another and in the event it did so and thus caused a death which the law terms manslaughter, does the ordinary citizen term it an accident? I think not.

In de zaak *Beller v. Hayden*⁶⁵ rijdt M om ongeveer 22.15 uur met hoge snelheid in zijn auto nadat hij een te grote hoeveelheid alcohol had genuttigd. Bij nadering van een bocht naar links raakt M. de macht over zijn stuur kwijt en raakt hij de vangrail. De weersomstandigheden en de gesteldheid van de weg waren normaal. M. overlijdt aan zijn verwondingen en zijn werkgever vordert vergoeding onder de op het lijf van M. afgesloten Personal Accident Insurance policy. De polisvoorwaarden bieden dekking indien:

The insured person shall sustain accidental bodily injury which shall solely and independently of any other cause ... result in his death.

De uitsluitingsclausule luidt:

The underwriters shall not be liable for death or disablement directly or indirectly resulting fromdeliberate exposure to exceptional danger (except in an attempt to save human life) or the insured persons own criminal act.

Rechter Edgar Fay acht zich niet gebonden aan het arrest *Gray v. Barr*, aangezien de overwegingen van de drie raadsheren ten aanzien van de uitleg van het begrip 'accident' niet eensluidend zijn. Zijn voorkeur gaat uit naar de analyse van Lord Salmon en hij oordeelt dan ook dat sprake is van een ongeval. In zijn oordeel betreft hij de volgende drie Canadese uitspraken. In *Candler v. The London and Lancashire Guarantee and Accident Company of Canada*⁶⁶ trachtte de overledene te demonstreren dat hij in staat was op de 13de verdieping van een gebouw over de rand van een hotel patio te lopen. Zijn val wordt niet beschouwd als een 'accident' omdat 'Candler was quite aware of the danger of falling'. In *Greenway v. Saskatchewan Government Insurance*⁶⁷ tracht verzekerde met hoge snelheid te ontsnappen aan de politie. Bij een T-splitsing beschadigt hij zijn auto. Ook hier werd geoordeeld dat er geen sprake was van een 'accidental or fortuitous loss'. Verzekerde nam immers opzettelijk het risico terwijl hij volledig op de hoogte was van de omstandigheden. In *Jones v. Prudential*⁶⁸ overlijdt een man met een plastic zak over zijn hoofd met daarin een flesje nagellakverwijderaar die een kalmerende drug bevat, op bed in zijn hotelkamer in aanwezigheid van

65. (1978) 1 Lloyd's Rep. 472 (QB).

66. (1963) 40 D.L.R. (2nd), 408.

67. (1967) 59 W.W.R. 673.

68. (1971) 24 D.L.R. (3rd), 683.

enkele opengeslagen 'girlie magazines'⁶⁹ door verstikking. Het overlijden wordt niet als 'accident' beschouwd aangezien dit zgn. 'thrill seeking' hoogst gevaarlijk is en de verzekerde wist of kon weten dat deze roekeloze daad de dood als gevolg zou kunnen hebben.

Deze laatste uitspraak gaat Judge Fay te ver en hij motiveert zijn oordeel dat in de zaak *Beller v. Hayden* sprake is van een 'accident' als volgt:

*'It seems to me that a clear distinction could be drawn between cases where the predisposing cause was the deliberate taking of an appreciated risk and the cases such as the present where the predisposing cause, although it led to the taking of risk, involved risk which was neither deliberately run nor actually appreciated.'*⁷⁰

Vrijwillige handeling met onverwacht gevolg een 'accident'?

Sinds enige jaren is er meer duidelijkheid gekomen over de vraag of een vrijwillige actie of beweging met als gevolg een onverwacht, onvoorzien letsel een 'accident' oplevert. Wanneer de verzekerde is verzekerd tegen 'accidental injuries' bestaat er volgens Macgillivray in een dergelijk geval recht op vergoeding.⁷¹ De bewoordingen 'bodily injury caused by accidental external and visible means' kunnen echter tot een andere uitkomst leiden. In *Hamlyn v. Crown Accidental Insurance Company* bukte de verzekerde zich om een rollende knikker van de grond te pakken en verdraaide daarbij zijn knie. Gedekt was 'bodily injury caused by accidental external and visible means'. De 'Court of Appeal' wees het verzoek tot schadevergoeding toe. Uit de zaak *De Souza v. Home & Overseas Insurance Company*⁷² wordt evenwel afgeleid dat het in de zaak *Hamlyn* ging om een abnormale beweging. In de zaak *Dhak v. Insurance Company of North America*⁷³ stikt een hoofdverpleegster, na in een korte periode op zijn minst een fles gin te hebben gedronken in haar eigen braaksel. De Court of Appeal beslist dat het overlijden geen gevolg was van een 'accident' omdat er een tijdstip moet zijn geweest dat zij zich realiseerde dat verder drinken gevaarlijk was en zij 'thus took a calculated risk of sustaining some injury'. Volgens MacGillivray kan uit deze jurisprudentie worden afgeleid dat letsel direct voortkomend uit een vrijwillige beweging niet is gedekt onder de dekkingsclausule 'injury by accidental means' ook al is het letsel uitzonderlijk.⁷⁴ Clarke wijst er daarnaast op dat in de zaak *Dhak* werd beslist dat er geen sprake was van een 'accident' omdat 'the result was no more than what she should have foreseen might happen in the event of someone drinking to excess'. Zulks ontlokt Clarke de uitspraak dat indien de dood het normale gevolg zou zijn van excessief drinken de *Mediterrané van Corfu* tot de *Costa del Sol* bezaaid zou zijn met lichamen. Een 'accident' moet vol-

69. Zie Macgillivray, 1997, nr. 25-4.

70. Judge Fay wees de vordering van de verzekerde af omdat er sprake was van een 'criminal act'.

71. MacGillivray, 1997, nr. 25-7.

72. (1995) L.R.L.R. 453.

73. (1996) 1 Lloyd's Rep. 632.

74. MacGillivray, 1997, nr. 25-9.

gens Engels recht derhalve een toevallige en onverwachte aanleiding hebben, maar aan de andere kant is het normale te verwachten gevolg van een handeling geen 'accident'.⁷⁵ Gelet op de jurisprudentie dienaangaande bedoelt men met 'handeling' in laatst genoemde zin vermoedelijk een opzettelijke, althans gevaarlijke handeling aangezien anders immers in bijna geen geval sprake zou zijn van een 'accident'. Bovendien zou er een conflict ontstaan met de algemene causaliteitsregel dat als 'proximate cause' moet worden aangemerkt een gebeurtenis die, uitgaande van alle omstandigheden voorafgaande aan die gebeurtenis, onvermijdelijk leidde tot de zich in het specifieke geval voordoende of soortgelijke schade. Het betreft hier geen absolute onvermijdelijkheid: *Similarly, if the peril is one of the causes in a chain of events leading naturally and in the ordinary course to loss or damage to the insured object, such loss or damage will be proximately caused by the peril.*⁷⁶ Van belang kan zijn op welk moment vast stond dat de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg zou zijn van het evenement. Clarke stelt dat relevant is het tijdstip 'when the sequence of events begins'.⁷⁷

Het valt op dat het begrip 'accident' opgevat in voornoemde zin gelijkenis vertoont met het begrip 'marine peril' en 'peril of the sea' in de Marine Insurance Act, alsmede met het begrip van buiten komend onheil (onzeker voorval in objectieve zin) in het Nederlandse recht. Evenals bij de bespreking van het onzeker voorval constateer ik ook hier dat het criterium 'normale omstandigheid of gebeurtenis' niet de vereiste helderheid brengt ten aanzien van de dekkingsvraag. Het vereiste van 'accidental means' kan worden opgevat als een buitengewone, abnormale omstandigheid. Dit kan als consequentie hebben dat alle ook niet te verwachten gevolgen van een bewuste, vaak met de 'benefit of the hindsight', als gevaarlijk te bestempen handeling niet onder de dekking vallen. Zulks kan leiden tot de volgende beslissing. De verzekerde rent teneinde op het allerlaatste moment zijn vliegtuig te halen. Daarbij loopt hij een hartaanval op tengevolge waarvan hij overlijdt. De U.S. Court beslist dat de verzekerde bewust rende en dat er daarom geen sprake is van een ongeval.⁷⁸ Clarke merkt mijns inziens met recht het volgende op:

One difficulty about decisions like these is that nearly every injury is preceded by an intentional act on the part of the insured which, with the benefit of the hindsight, appears to be more or less related to the injury that follows and that, if these decisions are applied literally, few mishaps in human affairs will be accidents; the man who buys accident insurance will get very little cover for his money.

In de zaak De Souza loopt de verzekerde tijdens een strandvakantie een zonnesteek op waardoor zij komt te overlijden. Volgens de rechter is er geen

75. Clarke, 1997, nr. 17-5F1 en 17-5C.

76. MacGillivray, 1997, nr. 19-2. Zie ook Clarke, 1997, nr. 25-4. Deze regel is vergelijkbaar met hetgeen in het Nederlands recht wordt verstaan onder adequate veroorzaking.

77. Clarke, 1997, nr. 17-5C.

78. Benante v. Allstate Ins. Co, 477 F 2d 553 (5 Cir, 1973-PA).

sprake van een ongeval, omdat de verzekerde de bedoeling had te zonnen.⁷⁹

Gevolgen van ziekte geen ongeval

Over het algemeen zijn de gevolgen van ziekte niet gedekt onder de ongevallenverzekering. Veelal vanwege een uitsluiting, maar ook omdat de gevolgen van ziekte, los van eventuele uitsluitingen, niet als ongeval worden aangemerkt. Clarke merkt op dat deze regel bij de ongevallenverzekering niet zozeer van doen heeft met de aard van de verzekering, met logica, of met taal. Veeleer is het gebruik van de branche de reden dat disease niet onder de dekking van de polis valt. Verzekeraars hebben het risico niet inclusief dekking van ziekte gecalculeerd.⁸⁰ Het begrip ziekte geeft in het bijzonder problemen wanneer het gaat om de vraag of ziekte dan wel ongeval moet worden aangemerkt als de rechtens relevante oorzaak. Er bestaat aanleiding te veronderstellen dat het begrip 'accident' ruimer, voor de verzekerde gunstiger, wordt uitgelegd wanneer de gebeurtenis plaats vindt tijdens het werk en de Workmen's Compensation Acts van toepassing zijn.⁸¹

Blootstelling aan de natuurlijke elementen

In vergelijking met het Duitse recht lijkt het Engelse recht, wanneer het gaat om blootstelling aan de natuurlijke elementen, terughoudender te zijn het begrip ongeval op een ruimhartige manier uit te leggen. Letsel is niet 'accidental' wanneer slechts de normale krachten der natuur bij normale werkzaamheden of vrije tijdsbesteding een rol spelen. Er moet duidelijk sprake zijn van een 'accidental event' zoals de motorrijder die vanwege motorpech in een sneeuwstorm terecht komt of de bergbeklimmer die van zijn basis wordt afgesneden door een val of door een lawine.⁸² De jurisprudentie over dit onderwerp blijkt volgens MacGillivray 'somewhat conflicting' te zijn.⁸³ Dat verbaast mij niet. Ik vraag mij bijvoorbeeld af waarom een sneeuwstorm op zichzelf, dus zonder tussenkomst van motorpech, niet een 'accidental event' is.⁸⁴ Een lawine is dat kennelijk wel. In welke gevallen krachten van de natuur als normaal zijn te beschouwen is niet duidelijk. Enerzijds is de Engelse rechter blijkbaar terughoudend. In *The Miss Jay Jay*⁸⁵ daarentegen werd een ruimere interpretatie gegeven aan het begrip 'accident'. Het jacht *Miss Jay Jay* was slecht gebouwd en liep schade op tijdens een reis door het Engelse kanaal van Deauville naar Hamble. Het weer was ongunstig (a choppy, confused sea with waves about three metres high, maybe a little more), maar geenszins uitzonderlijk. De Court of Appeal

79. *De Souza v. Home & Overseas Ins Co Ltd* (1995) L.R.L.R. 453. Clarke, nr. 17-5C merkt op dat een zonnesteek eerder als ziekte dan als ongeval wordt aangemerkt.

80. Clarke, 1997, nr. 17-5G1.

81. *Idem*.

82. MacGillivray, 1997, nr. 25-9.

83. *Idem*.

84. MacGillivray, 1997, nr. 25-19 merkt op dat letsel tengevolge van blikseminslag waarschijnlijk wel moet worden aangemerkt als 'accidental'.

85. (1987) 1 Lloyd's Rep. 32 (CA).

besliste desondanks dat er sprake was van een 'accident'. Op de heenreis van Hamble naar Deauville raakte het jacht niet beschadigd en op de terugreis, waarin de schade zich voordeed, deden de ongunstige weersomstandigheden zich niet voor. Het feit dat de weersomstandigheden niet uitzonderlijk waren deed aan het karakter van een 'accident' niet af:

The fact as the judge found, that the sea was not exceptional and could have been anticipated, does not stop the loss from being adjudged to have been caused by 'external accidental means'. It was not caused by 'the ordinary action of the wind and waves' (see r. 7 of the Construction Rules in the First Schedule of the Marine Insurance Act, 1906) but by the frequent and violent impacts of a badly designed hull upon an adverse sea.

Slade L.J. overweegt:

Even if the occurrence of a particular unwanted event, which may or may not occur, is a readily foreseeable risk, the event may still be properly regarded as accidental when it does in fact occur.

Deze beslissing is conform oudere rechtspraak.⁸⁶ In de zaak *De Souza v. Home & Overseas Insurance Co. Ltd.*⁸⁷ werd echter overwogen dat de beslissing moet worden gezien in de context van 'marine insurance' die de striktere uitleg in de ongevallenverzekering onverlet laat. MacGillivray merkt vervolgens op:

While it seems illogical that the construction of the words 'accidental means' in a marine insurance policy should differ from their construction in a non-marine policy, it has to be accepted that that is the current legal position.

Eigen schuld en ongeval

Aangenomen wordt dat eigen schuld van de verzekerde een beroep op de ongevallenpolis niet in de weg behoeft te staan.⁸⁸ Zo kon een verzekerde (dan wel zijn nabestaande) een beroep doen op de ongevallenpolis toen hij onoplettend de treinrails passeerde en vervolgens werd aangereden.⁸⁹ Anderzijds lijken beslissingen waarin de Engelse rechter het begrip 'accident' in strikte zin uitlegt mee te brengen dat 'eigen schuld' is uitgesloten van dekking.

Bij de ongevallenverzekering speelt de vraag van de rechtens relevante oorzaak een belangrijke en vaak bijzondere rol.⁹⁰ Het gaat dan om de vraag van meervoudige causaliteit, reden waarom deze kwestie in Deel II zal worden behandeld.

86. Zie O'May, 1993, p. 105-106.

87. (1995) L.R.L.R. 453.

88. MacGillivray, 1997, nr. 25-27; Clarke, 1997, nr. 17-5C; Colinvaux, 1997, nr. 17-13.

89. Zie Colinvaux, 1997, nr. 17-13.

90. MacGillivray, 1997, nr. 25-36 – 25-45.

DEEL II

OORZAKELIJK VERBAND: MEERVOUDIGE CAUSALITEIT

Meervoudige causaliteit in het verzekeringsrecht

In het verzekeringsrecht komt de causaliteitsvraag vaak overeen met het probleem van meervoudige causaliteit. Wanneer meer dan één omstandigheid in aanmerking komt als rechtens relevante oorzaak dient in het kader van de dekkingsvraag te worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een volgens de polisvoorwaarden of de wet gedekte dan wel een uitgesloten omstandigheid. Vooropgesteld zij dat het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak in het verzekeringsrecht een andere benadering vereist dan bij de onrechtmatige daad of in het strafrecht. Aan de verschillen zal hierna in deze inleiding afzonderlijk aandacht worden besteed.

Binnen het systeem van gedekte en uitgesloten schade oorzaken is hantering van het begrippenkader in verband met het onderwerp oorzaak en oorzakelijk verband van essentieel belang. In Deel I is aan de orde gekomen de betekenis van het begrip oorzaak, een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid, almede de wijze waarop dit begrip zich onderscheidt van het begrip 'onzeker voorval'. Voorts komt daarin aan de orde het verschil tussen de begrippen 'oorzaak', 'evenement', 'beschadiging' en 'schade'. Daarnaast blijkt het begrip 'oorzaak' een belangrijke rol te spelen bij de begrippen 'eigen gebrek', 'van buiten komend onheil' en 'ongeval'. In een aantal gevallen zal met behulp van het juiste begrippenkader, zo er al een causaliteitsprobleem is, de rechtens relevante oorzaak kunnen worden vastgesteld.

Wanneer echter meer omstandigheden in aanmerking komen als rechtens relevante oorzaak, er zijn meer van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheden aan te wijzen, zal er een keuze moeten worden gemaakt. Daar waar partijen van mening verschillen over de te benoemen oorzaak zal de rechter gemotiveerd tot een oordeel moeten komen. In het onderhavige Deel II zal in drie hoofdstukken worden beschreven volgens welke methoden een causaliteitsafweging kan worden gemaakt. Hierbij kan grosso modo onderscheid worden gemaakt tussen twee groepen casus. De eerste groep bestaat uit gevallen waarbij de oorzaak van het schadegeval onbekend is. Alsdan zal het dispuut veelal worden beslecht aan de hand van bewijslastverdeling. In hoofdstuk 5 zal worden beschreven op welke wijze de zaak aan de hand van bewijslastverdeling wordt beslist nadat partijen hebben gesteld dat de gevorderde wel respectievelijk niet is gedekt. De

rechter behoeft hierbij nog niet daadwerkelijk een keuze te maken. In die zin vindt er nog geen werkelijke causaliteitsafweging plaats. Bewijslastverdeling gaat hieraan vooraf, reden waarom dit hoofdstuk als eerste aan de orde komt. De tweede groep bestaat uit casus waarbij de omstandigheden die hebben geleid tot het evenement wel bekend zijn, maar partijen het niet eens kunnen worden over het antwoord op de vraag of sprake is van een gedekte dan wel uitgesloten oorzaak. De rechter zal alsdan daadwerkelijk een keuze moeten maken. Voor deze gevallen worden in dit onderzoek twee methoden beschreven aan de hand waarvan de rechter tot zijn oordeel komt. In hoofdstuk 6 zal worden beschreven in welke mate de rechter louter aan de hand van uitleg van de polisvoorwaarden het geschil kan beslechten. In het bijzonder komt aan de orde of partijen met causaliteitsbewoordingen kunnen beïnvloeden op welke wijze de afweging zal plaats vinden. Uitleg van de polisvoorwaarden staat voor wat betreft de causaliteitsafweging voorop.¹

Herdt² meent dat volgens Duits recht voor het vaststellen van het vereiste causaal verband in de eerste plaats moet worden gelet op causaliteitsaanduidingen in de polisvoorwaarden:

‘Diese Regelungen genießen bei der Behandlung der Kausalfrage Vorrang; erst wenn sich aus speziellen Gesetzesvorschriften, AVB oder der Parteiwillen keine konkrete Regelung der Kausalbeziehung entnehmen läßt, ist auf die Kausalitätstheorien zurückzugreifen.’³

Ook volgens Engels recht is uitleg van de polisvoorwaarden c.q. de bedoeling van partijen doorslaggevend. Clarke schrijft: *‘As the “rules” of causation rest on the supposed intention of the parties to the contract, they can change them by appropriate wording.’⁴* Colinvaux stelt: *‘The rule of proximity in insurance law, depending as it does on the presumed intention of the parties to a commercial document, is a very simple one.’⁵*

Wanneer polisuitleg geen uitkomst biedt kan de rechter de rechtens relevante oorzaak vaststellen door hantering van zgn. causaliteitstheorieën.⁶ In hoofdstuk 7 zal worden beschreven welke invloed de volgende theorieën hebben op beslissingen over causaliteitskwesties: leer van de *condicio sine qua non*, adequate theorie, toerekening naar redelijkheid, ‘proximate cause’ (dominant cause), *causa remota*. De eerste drie theorieën zijn vooral ontwikkeld in het kader van het strafrecht en bij de onrechtmatige daad. De laatste twee vinden hun oorsprong vooral in het (Engelse) verzekeringsrecht.

1. Zulks volgt uit het hierna weergegeven citaat uit het arrest Hogenboom/Unigarant (HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210). Het belang van polisuitleg zal in deze inleiding bij de bespreking van de verschillen tussen causaliteit bij de onrechtmatige daad enerzijds en verzekeringsrecht anderzijds nader aan de orde komen. Zie ook Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 294.

2. A. Herdt. Die mehrfache Kausalität im Versicherungsrecht, Karlsruhe, 1978, p. 89-98.

3. Herdt, 1978, p. 89.

4. Clarke, 1997, nr. 25-9C.

5. Colinvaux, 1997, nr. 4-31.

6. Scheltema-Mijnssen, 1998, nr. 5.11.

Van oudsher hebben schrijvers de voor de onrechtmatige daad van toepassing geachte causaliteitstheorieën ook in het verzekeringsrecht willen toepassen. De adequate theorie (in het verzekeringsrecht ook wel aangeduid als 'causa remota') wordt aangemerkt als de methode om de rechtens relevante oorzaak in het verzekeringsrecht vast te stellen: als rechtens relevante oorzaak wordt aangemerkt de meest verwijderde gebeurtenis, die bij een normale gang van zaken (of: naar redelijkerwijs was te verwachten) dat gevolg teweeg moest brengen.⁷ Ook de, modernere, leer van de Toerekening naar Redelijkheid (TNR) wordt toepasselijk geacht op het verzekeringsrecht.⁸ Clausing/Wansink stellen dat bij de schadeverzekering altijd is gelet op de opvattingen die in literatuur en rechtspraak worden gehuldigd met betrekking tot de vraag welk causaal verband vereist is tussen onrechtmatige daad of wanprestatie en de geleden schade.⁹ Daarna bespreken zij evenwel deze afzonderlijke theorieën niet voor het verzekeringsrecht.

De Hoge Raad heeft zich er nimmer over uitgesproken of en zo ja welke van de hiervoor genoemde theorieën als causaliteitscriterium in het verzekeringsrecht dient te worden gehanteerd.¹⁰ Opvallend is verder dat bij de bespreking van de AQT (causa remota) vooral oudere rechtspraak wordt vermeld.

Onderscheid meervoudige causaliteit bij onrechtmatige daad en verzekeringsrecht
Wettelijke regels over causaal verband bij de onrechtmatige daad en wanprestatie zijn niet van toepassing op het verzekeringsrecht. Artikel 6:98 BW is slechts van toepassing op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Daaronder valt tevens wanprestatie, doch dat is iets anders dan louter uitkeringsverplichtingen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst.¹¹ In de Memorie van Toelichting op Boek 6, Titel 1, Afdeling 10 wordt gesteld:

'In deze afdeling zijn enige bepalingen bijeengebracht, die betrekking hebben op de wettelijke verplichting tot vergoeding van schade. Indien uit een rechtshandeling een primaire

7. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, 1967, nr. 421-423. Scheltema-Mijnssen, 1998, nr. 5.11.

8. Scheltema-Mijnssen, 1998, nr. 5.11. Zie voor een overzicht *Bijzondere Contracten (van Huizen/Verschoof)*, Suppl. 51 (december 1993), nr. 57 (XI.A.246-p. 169 e.v.). Wery-Mendel, 2004, p. 93 e.v.

9. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 293. Zie in dit verband H.M. Voetelink, *Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering*, Uitgeversmaatschappij Diligentia Amsterdam, 1952.

10. Wel hebben het Hof Amsterdam 18 mei 1972, NJ 1972, 470 en het Hof Amsterdam 6 december 1974, S&S 1976, 4 zich uitgesproken over een causaliteitscriterium voor het verzekeringsrecht.

11. Mendel in zijn noot onder het arrest Hogenboom/ Unigarant (HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210) en Asser in zijn conclusie nr. 2.12 voor dit arrest; Asser-Hartkamp 4-I, 1996, nr. 405. Wanneer blijkt dat de verzekeraar ten onrechte heeft geweigerd uit te keren bestaat mijns inziens in beginsel de mogelijkheid om eventuele door die weigering veroorzaakte schade van de verzekeraar te vorderen. Wanprestatie is voor deze vordering wel de grondslag en artikel 6:98 BW is derhalve wel van toepassing voor wat betreft het vereiste causaal verband tussen de weigering op basis van de verzekeringsovereenkomst uit te keren en de schade die verzekerde, los van de reeds eerder geleden schade, lijdt. Verwezen zij naar T.J. Dorhout Mees, *Preadvies* 1998, p. 39.

*verplichting tot schadevergoeding voortvloeit, zoals bij een verzekeringsovereenkomst, zijn deze bepalingen niet – althans niet rechtstreeks – van toepassing.*¹²

Ook uit het Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen blijkt dat de causaliteitsmaatstaf van artikel 6:98 BW niet van toepassing is op verzekeringsovereenkomsten. Artikel 7 bepaalt uitdrukkelijk dat de artikelen 98, 99, 103, 104, 107a tweede lid en 109 niet van toepassing zijn. De MvT meldt:

*‘De artikelen 6:99, 103 en 104 BW zijn niet van toepassing omdat de strekking van deze bepalingen zich niet goed verdraagt met de aard van de verplichting van de verzekeraar. Daarnaast is ook artikel 98 van Boek 6 BW niet van toepassing. Bij de vraag voor welke schade de verzekering dekking biedt komt het er immers niet op aan of de schade volgens de maatstaf van dit artikel aan de verzekeraar kan worden toegerekend, maar of ingevolge de wet en dit besluit de schade onder de dekking van de verzekering valt, waarbij in geval van twijfel de aard van de verzekering in verband met de eisen van redelijkheid en billijkheid de doorslag geeft.’*¹³

Dat de bepalingen van Afdeling 10 niet rechtstreeks van toepassing zijn op uitkeringen uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst is gerechtvaardigd omdat de desbetreffende vorderingen fundamenteel van elkaar verschillen. In het kader van de vraag of de verzekeraar op basis van de verzekeringsovereenkomst gehouden is schade te vergoeden, is in beginsel niet aan de orde of de verzekeraar zich onrechtmatig heeft gedragen dan wel zijn contractuele verplichtingen niet is nagekomen. De verplichting tot schadevergoeding vloeit niet voort uit onrechtmatigheid of wanprestatie maar uit de verzekeringsovereenkomst zelf. Bij de onrechtmatige daad is het vertrekpunt de onrechtmatige gedraging van de aangesprokene. Steeds zal moeten worden beoordeeld of de schade niet in een te ver verwijderd verband staat met die gedraging. Die beoordeling verloopt volgens een ingewikkeld proces dat door tal van omstandigheden kan worden beïnvloed. Maar elke beoordeling komt tenslotte hierop neer: is het redelijk dat de laedens de schade vergoedt van de gelaedeerde. De afweging is derhalve hoofdzakelijk normatief gekleurd. In de samenleving heersende opvattingen zijn van invloed op het afwegingsproces.

Het civiele verzekeringsrecht is van een andere orde. Uitgangspunt daar is niet een onrechtmatige gedraging, maar een overeenkomst waarin wordt afgesproken dat de ene partij (de verzekerde) bepaalde risico's afwentelt op een andere partij (de verzekeraar). Centraal staat dus de privaatrechtelijke overeenkomst waarbij rechten en verplichtingen zo nauwkeurig mogelijk plegen te worden omschreven in de polisvoorwaarden. Belangrijk onderdeel van die overeenkomst is de gehoudenheid van de verzekeraar om in

12. Parlementaire Geschiedenis Boek 6, 1981, p. 331.

13. Staatsblad 2003, nr. 266, p. 19. Zie over dit onderwerp Engelhard, Schade door medische experimenten met mensen, AV&S juni 2004, p. 100 e.v.

bepaalde in de polisvoorwaarden omschreven gevallen de verzekerde schadeloos te stellen. Essentieel hierbij is of de schade een causaal verband heeft met de in de polisvoorwaarden omschreven gevallen die in beginsel recht doen ontstaan op schadevergoeding. Dit vereiste van causaal verband maakt altijd deel uit van de dekkings- en uitsluitingsbepalingen. Anders dan bij de onrechtmatige daad heeft de wederpartij (de verzekeraar) van de schadelijgende partij (de verzekerde) de schade niet veroorzaakt. De afweging is dan ook niet of het gedrag van de verzekeraar in een bepaald geval kan worden aangemerkt als oorzaak van de schade. Het begrip oorzaak speelt een geheel andere rol: het maakt deel uit van de afspraak tussen partijen in welke toekomstige gevallen de verzekeraar dient over te gaan tot schadeloosstelling. Geen rol derhalve speelt of de verzekeraar op grond van zijn gedraging behoort op te komen voor de schade van de verzekerde. Toerekening aan de verzekeraar geschiedt niet aan de hand van zijn gedraging maar aan de hand van de polisbepalingen. Uitleg van de polisvoorwaarden is gelet op het voorgaande dan ook doorslaggevend wanneer het gaat om beantwoording van de vraag of er sprake is van causaal verband tussen de schade en het gedekte dan wel uitgesloten evenement. De uitgesloten oorzaken zijn daarbij in beginsel van even groot gewicht als de gedekte oorzaken. Zulks brengt met zich dat in het verzekeringsrecht er niet aan zal kunnen worden ontkomen een keuze te maken tussen die verschillende omstandigheden. Bij de onrechtmatige daad daarentegen behoeft in de meeste gevallen bij meervoudige causaliteit geen keuze te worden gemaakt tussen een omstandigheid waarvoor de laedens wél en een omstandigheid waarvoor deze niet aansprakelijk is. Het probleem van meervoudige causaliteit speelt bij de onrechtmatige daad een veel minder grote rol. Niet van invloed in het algemeen is immers of andere omstandigheden dan de onrechtmatige daad een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de schade. Hartkamp merkt in dit verband op dat slechts het mede veroorzaken van de schade door de benadeelde of door verschillende andere personen van invloed kan zijn op de aansprakelijkheid van de aangesprokene.¹⁴ Eigen schuld van de benadeelde kan ingevolge artikel 6:101 BW leiden tot vermindering of het geheel wegvallen van de aansprakelijkheid van de dader. Artikel 6:102 BW bepaalt dat twee of meer personen op wie een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust, hoofdelijk zijn verbonden. Niet nodig is dat elk van deze personen afzonderlijk zou kunnen worden aangesproken voor het geheel.¹⁵ Een uitzondering op deze regel vormt artikel 6:166 BW. Wanneer in groepsverband schade wordt toegebracht is volgens dat artikel een ieder hoofdelijk aansprakelijk ook al wordt de schade veroorzaakt door één lid van die groep. Voorwaarde is dat alleen hij aansprakelijk kan zijn die wist of behoorde te begrijpen dat het groepsoptreden het gevaar schiep voor het ontstaan van schade zoals die in concreto is geleden.¹⁶ Ook overmacht kan worden aangemerkt als een

14. Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 439.

15. HR 24 december 1999, NJ 2000, 351 (Nugteren/Meskes). Vgl. Oosterveen 2005 (T&C BW), art. 6:102 BW, aant. 2.

16. TM, PG 6, p. 663.

omstandigheid die van invloed is op de aansprakelijkheid volgend uit de daad die op zichzelf beschouwd onrechtmatig zou zijn.¹⁷

Het arrest Hogenboom/Unigarant laat zien dat inhoud, strekking en uitleg van de polisvoorwaarden doorslaggevend zijn voor beantwoording van de causaliteitsvraag in het verzekeringsrecht.¹⁸ Verzekerde slaapt tijdens zijn vakantie op een veldbed in een tent. De bestuurder van een personenauto rijdt op de tent in waardoor verzekerde van zijn veldbed valt. Hij stelt hierdoor lichamelijk letsel te hebben opgelopen en blijvend invalide te zijn geworden. Hij kan zijn rechter arm niet meer gebruiken. Deskundigen stellen vast dat de functiestoornis hoofdzakelijk is veroorzaakt door conversiehysterie. Een psychische oorzaak derhalve. De door verzekerde afgesloten reisverzekering omschrijft blijvende invaliditeit als 'elke in de toekomst niet voor verbetering vatbare beschadiging van het lichaam en/of de geest, als rechtstreeks gevolg van het ongeval'. De polis bevat tevens een uitsluiting van 'ongevallen en ziekte toestanden als direct of indirect gevolg van psychische stoornissen'. Bij een onrechtmatige daad pleegt de rechter een dergelijke schade, ondanks de predispositie van het slachtoffer toe te rekenen aan degene die de onrechtmatige handeling heeft verricht.¹⁹ Verzekerde bepleitte, analoog aan deze rechtspraak, toerekening van de schade aan de verzekeraar. De Hoge Raad oordeelt dat deze analogie niet op gaat:

'In de hiervoor weergegeven overweging heeft het hof tot uiting gebracht dat hier niet aan de orde is de vraag of, in het kader van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, een bepaalde schade als gevolg van de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, aan de aansprakelijke kan worden toegerekend, doch de vraag of een causaal verband aanwezig is, dat in een overeenkomst voor een bepaald overeengekomen rechtsgevolg wordt geëist tussen twee gebeurtenissen van andere aard, hier het voormelde ongeval en de hiervoor bedoelde functiestoornis. Bij de beoordeling of een dergelijk in een overeenkomst geëist causaal verband 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.'

Het onderscheid tussen causaliteit bij de onrechtmatige daad en causaliteit bij het verzekeringsrecht komt ook aan de orde in het arrest Oomen/Interpolis.²⁰ Verzekerde vordert een uitkering op grond van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Hij stelt letsel te hebben opgelopen ten gevolge van een ongeval en daardoor arbeidsongeschikt te zijn geworden terwijl deskundigen concluderen dat causaal verband tussen het ongeval en de arbeidsongeschiktheid niet vast staat. Ook hier hanteert de Hoge Raad niet

17. Voor een zeer uitvoerige beschrijving van het onderwerp overmacht zij verwezen naar: Onrechtmatige Daad (Jansen), artikel 6:162 lid 2 BW, aant. 171 e.v. (december 2005). Zie voorts Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 59.

18. HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, m.nt. MMM.

19. HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360; HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372; HR 8 februari 1985, NJ 1986, 16 en 137; HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, m.nt. CJHB.

20. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98. Voor een bespreking verwijs ik naar 6.1.

het ruime causaliteitscriterium dat wellicht wel zou gelden in een onrechtmatige daad actie. A-G Bakels gaat uitgebreid in op de 'predispositie gevallen' bij de onrechtmatige daad en concludeert dat deze rechtspraak voorzover daar een ruim causaliteitscriterium wordt gehanteerd, voor het verzekeringsrecht niet geldt:

*'Waar wel wordt aangevoerd dat de ruime toerekening in buitencontractueel kader mede of zelfs met name wordt gerechtvaardigd door preventieve overwegingen, kan datzelfde – wat er overigens van zij – niet worden gezegd van een verzekeringscontract. Het staat de verzekeraar vrij te bepalen in hoeverre hij aan de markt dekking aanbiedt; Oomen is op die voorwaarden – hoezeer ongetwijfeld ongelezen en/of onbegrepen – ingegaan. Het tegenwoordig gegroeide besef dat ook verzekeraars geen onbepaalde fondsen tot hun beschikking hebben en hun diensten slechts kunnen blijven aanbieden wanneer de gedekte risico's overzienbaar en – in meerdere of mindere mate – berekenbaar zijn is temeer reden niet door roeien en ruiten te gaan om een op het eerste gezicht niet aanwezige dekking te construeren.'*²¹

Een sprekend voorbeeld waaruit duidelijk het onderscheid tussen causaal verband bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en causaal verband in het verzekeringsrecht blijkt, betreft de Milieuschadeverzekering (MSV 1998). Vanwege verschillende ontwikkelingen op het gebied van de aansprakelijkheid, in het bijzonder de milieuaansprakelijkheid, hebben verzekeraars gezocht naar alternatieven voor een aansprakelijkheidspolis voor milieuaansprakelijkheid. Daarbij speelde mede een rol 'de (in het (milieu)-aansprakelijkheidsrecht toe te passen norm met betrekking tot) causaliteit. Verzekeraars zijn onder meer vanwege een ruime toepassing van het causale verband, zo men wil een oprekking van het causaliteitsbeginsel, beducht voor een te grote aansprakelijkheidslast. Zij hebben de oplossing gezocht in de in 1998 tot stand gekomen Milieuschadeverzekering. Deze verzekering biedt geen dekking tegen milieuaansprakelijkheid maar tegen milieuschade. Het betreft hier een 'first-party' ofwel directe schadeverzekering waarbij de veroorzaker van de schade ten behoeve van zichzelf én ten behoeve van derden een verzekering afsluit. Niet noodzakelijk is dat de verzekerde zijn aansprakelijkheid voor het toebrengen van de schade aantoonst. Bewezen moet worden dat de schade is veroorzaakt door een in de polis genoemd evenement. In de polis is tevens omschreven welk causaal verband er moet bestaan tussen dit evenement en de schade. Dit causaal verband is derhalve anders dan het voor de aansprakelijkheid vereiste causaal verband. Daar komt bij dat het causaal verband in strikte bewoordingen is omschreven.'²²

Involed causaliteit in het kader van onrechtmatige daad op het verzekeringsrecht
Uit het arrest Hogenboom/Unigarant is wel afgeleid dat het criterium van de toerekening naar redelijkheid (artikel 6:98 BW) niet van toepassing is op

21. Conclusie voor het arrest nr. 2.6.

22. Zie voor verdere bespreking Hoofdstuk 6.

het verzekeringsrecht.²³ Ook het hof lijkt gelet op de volgende overweging de leer van de toerekening naar redelijkheid niet op de verzekeringsovereenkomst te willen toepassen: *'Hogenboom heeft nog wel doen opmerken dat de gestelde persoonlijke gepredisponerdheid voor hysterie niet afdoet aan het feit dat de functiestoornis aan de rechter schouder, -arm en -hand in redelijkheid aan de veroorzaker ervan moet worden toegerekend, maar daarbij ziet Hogenboom eraan voorbij dat bedoeld causaliteitscriterium²⁴ op een geval als dit, dat niet op wettelijke maar op contractuele aansprakelijkheid betrekking heeft²⁵, niet voor toepassing in aanmerking komt.'* Asser in zijn conclusie nr. 2.13 voor het arrest benadert het causaliteitsprobleem liever met de uitleg van de overeenkomst dan met de leer van de toerekening naar redelijkheid.

Ook naar mijn mening speelt uitleg van de overeenkomst een overheersende rol maar wanneer deze methode geen uitkomst biedt kunnen ook causaliteitstheorieën mogelijk behulpzaam zijn bij het vaststellen van de rechtsrelevante oorzaak. In Hoofdstuk 7 zal aan de orde komen of en zo ja op welke wijze de causaliteitstheorieën een rol kunnen spelen.

De Hoge Raad heeft in het arrest Hogenboom/Unigarant over de toepasselijkheid van een bepaald causaliteitscriterium mijns inziens geen oordeel gegeven. De Hoge Raad oordeelt dat het hof terecht als uitgangspunt heeft genomen dat het in de eerste plaats aankomt op de inhoud, strekking en uitleg van de overeenkomst. Impliciet verwerpt de Hoge Raad de stelling dat het hof was gehouden de ruime toerekening die heerst bij de onrechtmatige daad in verband met de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen ook toe te passen bij een zaak als de onderhavige. Daarmee is echter niet gezegd dat de leer van de toerekening naar redelijkheid niet van toepassing kan zijn op het verzekeringsrecht. Toepassing van deze leer betekent immers niet automatisch een ruime toerekening.²⁶ De TNR is niet

23. Zie bijvoorbeeld Dorhout Mees, diss., 1996, nr. 9.1. Scheltema-Mijnssen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, 1991, was van mening dat de leer van de toerekening naar redelijkheid ook in het verzekeringsrecht moet worden toegepast, bij welke toerekening de uitlegging van de overeenkomst een belangrijke rol speelt. In de druk van 1998 komt hij op dit standpunt terug. Geen van de beschreven causaliteitstheorieën is volgens hem bij uitsluiting van toepassing. Beslissend is in zijn optiek de inhoud en strekking van de overeenkomst. Ook Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 294 achten uitleg van de verzekeringsovereenkomst van centrale betekenis en achten het kennelijk minder van belang welke theorie in het verzekeringsrecht van toepassing is.

24. Kennelijk wordt hier het criterium van de toerekening naar redelijkheid bedoeld. Zie A-G Asser in zijn conclusie nr. 2.8 voor het arrest.

25. Het hof maakt hier ten onrechte geen onderscheid tussen de vraag of causaal verband bestaat tussen het niet nakomen van een contractuele verplichting en de schade en de vraag of causaal verband aanwezig is tussen een uitgesloten dan wel een gedekt evenement in een verzekeringsovereenkomst.

26. Zelfs bij de onrechtmatige daad is dat niet het geval. Ruime toerekening wordt doorgaans slechts toegepast bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen en dan nog slechts meestal in geval van letselschade. Voor het eerst werd in het Busluisarrest (HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547, m.nt. CJHB) aangenomen dat ruime toerekening ook bij zaakschade kan plaats vinden. Over de wenselijkheid van deze uitbreiding bestaat geen eenstemmigheid. Spier, NTBR 1993, p. 49, heeft een 'zekere twijfel bij de wenselijkheid daarvan'. Andere schrijvers lijken minder moeite te hebben met deze ontwikkeling: zie Schadevergoeding 1 (Boonekamp), juli 2005, artikel 98, aant. 30; C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, 2000, nr. 809; Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 451b. →

meer dan een systeem waarbinnen subregels kunnen worden toegepast.²⁷ TNR is ontstaan vanuit een zekere onvrede met de destijds geldende Adequatietheorie (AQT). Köster pleitte in het kader van de onrechtmatige daad voor een algemene regel die het mogelijk maakt de werkelijke redenen zichtbaar te maken die het al dan niet bestaan van het causaal verband bepalen. De 'redelijke toerekening' zorgt voor een indeling van schadegevallen en schadefactoren in categorieën, waartussen kan worden gedifferentieerd door het uitwerken van aan iedere categorie aangepaste regels.²⁸ Het lijkt niet bezwaarlijk het verzekeringsrecht binnen deze indeling in te passen.²⁹

Boonekamp, Losbladige Schadevergoeding, art. 98, aant. 29.3, augustus 2004, ziet een trend van ruime toerekening bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen in geval van zaak-schade. Hij verwijst daarbij naar het Bussluisarrest en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584, m.nt. CJHB. Zie ook Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief), 2000, nr. 218, noot 104. Het voert te ver om in het kader van dit onderzoek de onderhavige rechtspraak te analyseren. Ik volsta met de constatering dat behalve in het Bussluisarrest de hier genoemde rechtspraak mijns inziens niet ziet op schade die buiten de lijn der verwachtingen ligt, althans deze is niet uitzonderlijker dan in het arrest Waterwingebied, HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251, m.nt. G.J.S.

27. Dommering-van Rongen, Schadevergoeding en verzekering. In: In volle verzekerdheid, Tjeenk Willink Zwolle, 1993, p. 243.

28. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid, Inaugurele rede, 1963, p. 14. Op p. 15 betoogt hij: *'Hierdoor zal worden bereikt, dat de argumenten, waarmede partijen de rechter pogen te overtuigen, niet langer zullen bestaan uit sofistieke causaliteitsredeneringen, noch uit het aandragen van steeds grotere hoeveelheden precedenter en boeken, waarin enge of ruime causaliteitsformules zijn aanvaard. Partijen zullen de kern van het geschil dienen te behandelen, t.w. de vraag of het redelijk is dat het gevorderde schadebedrag door de benadeelde wordt afgewenteld op de partij, die voor de schadegebeurtenis aansprakelijk is.'* Brunner, Causaliteit en toerekening van schade, Verkeersrecht 1981, p. 210 ev. (Deel I) en p. 233 e.v (Deel II), heeft aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad de TNR als een systeem van toerekening getoond.

29. Zie in deze zin L. Dommering-van Rongen, t.a.p. p. 242. Wery/Mendel, Hoofdzaken verzekeringsrecht, 2004, p. 96 achten toepasselijkheid van TNR mogelijk. Dorhout Mees, Preadvies 1998 meent dat slechts uit uitleg van de polisbepalingen kan volgen dat de leer van de TNR van toepassing is. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.11 meent dat de leer van de TNR weinig houvast geeft.

BEWIJSLASTVERDELING

5.1 Inleiding

Essentieel voor de dekkingssystematiek in het verzekeringsrecht is dat uit de vele omstandigheden die samen tot de uiteindelijke schade hebben geleid er één rechtens relevante oorzaak wordt aangewezen die een gedekt dan wel een uitgesloten evenement oplevert. Niet altijd duidelijk echter is welke omstandigheden zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. De bewijslastverdeling speelt natuurlijk vanaf de aanvang van het geschil een grote rol aangezien beide partijen hun standpunten moeten verdedigen door het stellen en zonodig bewijzen van feitelijke omstandigheden. Wanneer echter sprake is van één of meer onbekende oorzaak/oorzaken kan de bewijslastverdeling van beslissende betekenis zijn omdat één van de partijen niet in staat is om aan de bewijslast te voldoen. In de situatie van een onbekende oorzaak zal de bewijslastverdeling dan ook een overheersende rol spelen. Tegelijkertijd is voor de vraag of de verzekerde aan zijn bewijslast heeft voldaan bepalend de omschrijving en uitleg van de gedekte of uitgesloten oorzaak zoals weergegeven in de polisvoorwaarden of de wet. Uitleg van een begrip zoals het 'van buiten komend onheil' is direct van invloed op de omvang van de bewijslast. Wanneer het van buiten komend onheil wordt beschouwd als (slechts) de tegenstelling van eigen gebrek behoeft de verzekerde minder te bewijzen dan wanneer hij daarnaast dient aan te tonen dat sprake is van een onzeker voorval in objectieve zin en/of de schade niet te wijten is aan zijn onzorgvuldig gedrag. Naarmate meer beperkingen aan het begrip worden gekoppeld zal de bewijslast van de verzekerde dus zwaarder zijn. In het onderhavige hoofdstuk wordt beschreven op welke wijze de rechter causaliteitskwesties beslecht aan de hand van bewijslastverdeling.

Uit artikel 150 Rv vloeit voort dat de verzekerde alle feiten dient te stellen die benodigd zijn voor het intreden van het door hem beoogde rechtsgevolg. Deze stelplicht vloeit mede voort uit het beginsel van hoor en wederhoor. De gedaagde (verzekeraar) dient in de gelegenheid te worden gesteld behoorlijk verweer te voeren. Stelplicht en bewijslast liggen in elkaar's verlengde aangezien de partij die de stelplicht heeft, in beginsel ook de bewijs-

last heeft.¹ Uit artikel 150 Rv volgt dat de verzekerde als eisende partij in beginsel moet bewijzen dat zijn schade is veroorzaakt door een gedekt evenement.² Volgens Nederlands recht hangt de zwaarte van de bewijslast af van de aard van de verzekering en van de omstandigheden van het geval.³ Uit artikel 150 K vloeit rechtstreeks voort dat ook de redelijkheid en billijkheid hierop van invloed is. Hierna zal blijken dat wanneer een bepaald evenement zoals diefstal moeilijk is te bewijzen, aan het bewijs niet al te zware eisen worden gesteld. De zwaarte van de bewijslast hangt voorts in belangrijke mate af van de waardering van de stellingen van partijen door de rechter. Bij twijfel blijft de bewijslast van een onder de polis vallend evenement in beginsel bij de verzekerde rusten.

Het vorenstaande brengt mee dat de verzekerde in beginsel dient aan te tonen dat het evenement is veroorzaakt door een in de polisvoorwaarden genoemde gedekte schadeoorzaak. Bij benoemde schadeoorzaken zal de verzekerde dus één van deze oorzaken moeten aantonen.

In nr. 5.2 komt aan de orde de all-risksclausule, waarin de schadeoorzaken niet benoemd zijn. De vraag doet zich daar voor óf de verzekerde een schadeoorzaak dient te stellen en/of te bewijzen, dan wel dat hij slechts dient te stellen dat hij schade heeft geleden. Moet de verzekerde bewijzen dat er sprake is van een onzeker voorval of van een afwijkende omstandigheid? Moet de verzekerde een specifieke omstandigheid kunnen aanwijzen die de schade heeft veroorzaakt? Of kan de verzekerde ermee volstaan te bewijzen dat het evenement zich tijdens de verzekerde periode heeft voorgedaan en moet de verzekeraar bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een omstandigheid die van dekking is uitgesloten? Voor beantwoording van de vraag welke bewijslast op de verzekerde rust kan het karakter van bijvoorbeeld dekking tegen 'perils of the seas', al dan niet een all-risksdekking, van doorslaggevend belang zijn. Zo heeft de Engelse rechter beslist dat een verzekering tegen onder meer 'perils of the seas' geen all-risksclausule is en dat zulks meebrengt dat de verzekerde niet kan volstaan met het globaal aantonen van een 'peril of the sea'. Hij zal een specifieke omstandigheid moeten bewijzen die een 'peril of the seas' oplevert. Wanneer een schip tijdens de verzekerde periode bodemschade oploopt zal de verzekerde bijvoorbeeld een bepaald, specifiek grondingsincident dienen aan te

1. Snijders, Ynzonides en Meijer, 2002, nr. 205 en 212. W.D.H. Asser, *Vademecum Burgerlijk Procesrecht* (april 1998), nr. 6.4.1 wijst erop dat dit adagium wel waarheid bevat maar toch niet helemaal recht doet aan de gecompliceerde werkelijkheid. Het adagium gaat vooral daarom mank omdat het geen oplossing geeft voor het concrete probleem van de bewijslastverdeling, te weten wie wanneer wat moet bewijzen. Zie voor het verschil tussen de fase van 'stellen versus betwisten' en de fase van 'bewijslastverdeling' G.J. Visser, *Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties*, TCR 1997, p. 73 e.v.

2. Artikel 150 Rv luidt immers: De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

3. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 168; Clausing, 1998, nr. 4.3.1.

tonen en kan hij niet volstaan met te stellen dat de schade is ontstaan door *een* (ongespecificeerd) ‘peril of the sea’.⁴

Dezelfde vragen doen zich voor bij clausules die dekking bieden tegen ‘van buiten komende onheilen’. Kan een dergelijke clausule worden aange-merkt als een all-risksclausule? Hoe dienen de hiervoor in het kader van de all-risksclausule gestelde vragen te worden beantwoord? Wat dient de verzekerde te bewijzen als hij stelt dat de schade is veroorzaakt door een van buiten komend onheil? Bepalend is in dit verband mede het antwoord op de vraag wat precies de betekenis van de term is.

Bewijslastverdeling speelt ook een belangrijke rol bij verlies wegens diefstal en bij (een vermoeden van) opzettelijk veroorzaakte schade. Deze schadeoorzaken zijn immers meestal moeilijk aantoonbaar.

In het kader van het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak verdient ook de rol van deskundigen speciale aandacht. In zaken over bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid of schade veroorzaakt door brand dient een medisch respectievelijk technisch onderzoek plaats te vinden. De rechter dient een oordeel te geven over de bewijskracht van de bevindingen van deze deskundigen.⁵

Vooruitlopend op hetgeen hierna aan de orde komt, kan in zijn algemeenheid worden gesteld dat wanneer op één van de partijen de bewijslast rust (de partij die stelt moet ook bewijzen), de rechter niet snel zal beslissen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid de bewijslast overgaat naar de wederpartij. Exemplarisch is het Kruimeldief arrest, dat nader aan de orde komt in nr. 5.5.1 over bewijs van brandstichting.⁶ Verzekerde vordert op basis van zijn opstal- en inboedelverzekering vergoeding van brandschade aan zijn opstal en inboedel. Verzekeraars weigeren de schade te vergoeden wegens een ernstig vermoeden van brandstichting door verzekerde. Het hof beslist dat in beginsel de bewijslast van merkelijke schuld (en dus ook van opzet) op verzekeraars rust, maar dat op grond van feiten en omstandigheden een omkering van de bewijslast gerechtvaardigd is. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat de bewijslast vooralsnog bij verzekeraars blijft rusten aangezien de rechtvaardiging van de omkering van de bewijslast niet blijkt uit de overwegingen van het hof:

Bij beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat in een geval waarin de verzekeraar zich op de voet van art. 294 K erop beroept dat de brand door merkelijke schuld van de verzekerde is veroorzaakt, de verzekeraar dient te bewijzen dat sprake is van een ernstige mate van schuld in de zin van art. 276 en 294 K (zie laatstelijk HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119). Dit betekent dat het risico dat onbewezen blijft dat de brand door merkelijke schuld van de verzekerde is ontstaan, op de verzekeraar rust.

4. Rb. Rotterdam 25 november 1999, S&S 2001, 10 (Ulla Danielsen). Zie ook *Brownsville Holdings v. Adamjee Insurance (The ‘Millasan’)* (2000) 2 Lloyd’s Rep. 459 (QB).

5. Vranken in zijn noot onder HR 2 februari 1990, NJ 1991, 1 (Staat der Nederlanden/Stichting Natuur en Milieu) stelt dat sprake zou zijn van een ongeoorloofde delegatie van rechtsprekende macht indien de rechter gebonden zou zijn aan het deskundigenoordeel.

6. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419, m.nt. MMM.

Vervolgens houdt de Hoge Raad het voor mogelijk dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit, maar de rechter zal zulks alsdan dienen te motiveren. In het onderhavige geval heeft het hof volgens de Hoge Raad niet voldoende feiten vastgesteld die een omkering van de bewijslast rechtvaardigen.

Iets anders is dat de rechter wel de mogelijkheid heeft en hiervan ook veelvuldig gebruik maakt, om afhankelijk van de omstandigheden van het geval extra zware of juist lichtere eisen te stellen aan de stelplicht van eiser en/of de betwisting van deze stellingen door gedaagde. Ook meer kans van slagen voor degene die zijn bewijslast graag verlicht ziet, biedt de mogelijkheid om zodanige feiten en omstandigheden naar voren te brengen dat de rechter de geponeerde stellingen 'voorschans bewezen acht behoudens door de wederpartij te leveren tegenbewijs'. In dat geval blijft de bewijslast en dus het bewijsrisico bij eiser. Een omkering van de bewijslast bewerkstelligt daarentegen dat de bewijslast en het bewijsrisico daadwerkelijk overgaat naar de gedaagde.⁷

Tenslotte zij benadrukt, en dat staat los van de omschrijving van de gedekte oorzaken, dat de verzekerde in het kader van de schadebehandeling verplicht is de toedracht van de schade aan de verzekeraar mede te delen (artikel 7:941 (7.17.1.14) lid 2 BW). Hij dient volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek van de experts en is dan ook gehouden vragen omtrent oorzaak en omvang van de schade te beantwoorden. Verzekerde dient deze gegevens vanzelfsprekend naar waarheid te verstrekken. Onvolledige of onjuiste informatie kan gevolgen hebben voor de bewijslastverdeling.

Bij een all-risksdekking bijvoorbeeld behoeft de verzekerde mijns inziens slechts de beschadiging aan te tonen en bij dekking tegen van buiten komende onheilen een beschadiging die niet is veroorzaakt door eigen gebrek. Wanneer de toedrahtsomschrijving ongeloofwaardig is, kunnen er echter zwaardere eisen aan de op de verzekerde rustende bewijslast worden gesteld. Illustratief is het vonnis van de rechtbank Amsterdam inzake *De Hollander*.⁸ Van toepassing zijn de Institute Yacht Clauses waarin als volgt dekking wordt verleend: '*... all other Perils, Losses, and Misfortunes that have or shall come to the Hurt, Detriment of Damage of the said Goods, Merchandises and Ship.*' In beginsel kan de verzekerde volgens de rechtbank volstaan met het bewijs dat zijn schip is gezonken en vervolgens rust op de verzekeraar de bewijslast van een schadeoorzaak die niet onder de dekking is begrepen. In het specifieke geval komt de bewijslastverdeling evenwel anders te liggen. Verzekerde stelt op grond van de verklaring van de enige opvarende kapitein Van Deventer, dat zich een ontploffing in de machinekamer heeft voorgedaan waarna hevige rookontwikkeling volgde. Ongeveer een minuut daarna voelt de kapitein dat het schip slagzij maakt. Hij stelt zich in veiligheid door een opblaasbare 'life-raft' in zee te werpen en

7. Zie verder onder 5.5.

8. Rb. Amsterdam 7 november 1984, S&S 1985, 66.

het schip te verlaten. De gehele ramp voltrekt zich in 20 minuten en de kapitein wordt ongeveer 5 uur nadien door de 'Alfer' gered. Vanwege onverklaarbaarheid omtrent het ontstaan van de brand, het snelle zinken en de plaats waar de ramp zich heeft voltrokken (de kapitein legt over de plaats van het ongeval verschillende verklaringen af en de plaats waar hij wordt gered is ver verwijderd van de plaats van het ongeval) rijst bij de rechtbank het vermoeden dat het relaas niet in overeenstemming is met de werkelijke gang van zaken. De rechtbank belast verzekerde met het bewijs van de oorzaak van het zinken. Ook hier dient verzekerde bij twijfel de oorzaak van het zinken te bewijzen.

Bij schade door diefstal heeft de verzekerde over het algemeen een betrekkelijk lichte bewijslast, het aannemelijk maken van de diefstal is dan voldoende. Ook hier geldt echter dat de rechter de bewijslast verzwaaert indien de verzekeraar aannemelijk maakt dat de door de verzekerde geschetste toedrachtomschrijving niet in overeenstemming is met de werkelijke gang van zaken.⁹

5.2 All-risksclausule: bewijslast

Bewijslastverdeling hangt direct samen met hetgeen in hoofdstuk 1 over de begrippen onzeker voorval en oorzaak aan de orde is gekomen. Juist bij een in beginsel onbeperkte dekking speelt de betekenis van het 'onzeker voorval' immers een belangrijke rol. Naarmate het 'onzeker voorval' voor de dekking restrictiever van aard is zal de verzekerde een zwaardere bewijslast worden opgelegd. Volgens de zgn. objectieve benadering van het begrip onzeker voorval kunnen beschadigingen die objectief, dus geabstraheerd van de verwachting van de verzekerde, als een normaal te verwachten gebeurtenis moeten worden aangemerkt niet als een onzeker voorval worden aangemerkt. Gelet op het gegeven dat de rechter niet zelden van deze 'objectieve benadering' uitgaat, is het niet verbazingwekkend dat de rechter, zoals hierna zal blijken, een betrekkelijk zware bewijslast aan de verzekerde oplegt. Alsdan moet de verzekerde bijvoorbeeld bewijzen dat het evenement naar de normale loop van de omstandigheden niet was te verwachten.

Uit mijn opvatting over het onzeker voorval volgt echter dat, in tegenstelling tot de objectieve benadering, voor de verzekerde bij het sluiten van de verzekering onzekerheid moet bestaan omtrent het zich voordoen van een evenement tijdens de verzekerde periode. Het 'onzeker voorval' zou in mijn visie moeten gelden als voorwaarde voor de geldigheid van de verzekeringsovereenkomst. Het ligt in de rede dat de verzekeraar de geldigheid van de verzekeringsovereenkomst dient te betwisten met de stelling dat ten

9. Benadrukt zij nogmaals dat de verzekerde in het kader van de afhandeling van de schade de verplichting heeft de verzekeraar te voorzien van informatie. Verwezen zij naar HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 141; HR 11 april 2003, NJ 2004, 568; VR 2004, 38. Deze arresten worden in nr. 5.3 besproken.

tijde van het sluiten van de verzekering de verzekeringnemer ervan op de hoogte was dat het bewuste evenement zich tijdens de duur van de verzekering zou voordoen.¹⁰ Daar moet immers enige aanwijzing voor zijn. Niet van de verzekerde kan worden verwacht dat hij telkenmale dient te stellen dat hij er ten tijde van het sluiten van de verzekering *niet* van op de hoogte was dat het evenement zich zou voordoen. Bewijs van een negatief feit (niet-weten) is onmogelijk dan wel zeer moeilijk. De verzekerde zal vervolgens deze door de verzekeraar gestelde wetenschap dienen te ontkennen. Het hangt van de stellingen van de verzekeraar af in welke mate de verzekerde zijn ontkenning dient te motiveren.

In mijn visie kan de verzekerde bij een all-risksclausule waarin alle mogelijke oorzaken zijn gedekt, dan ook in beginsel volstaan met het bewijs van het gedekte evenement. Dat is naar mijn mening elke beschadiging die gedurende de verzekerde periode is opgetreden en die niet door de wet en/of de polisvoorwaarden van de dekking is uitgesloten.

In de zaak Bantle & Preiss BV/UAP¹¹ wordt na vervoer van Indonesië naar Nederland aan een viertal zendingen pitriet, die gedurende het regenseizoen op 31 december 1987, 19 januari 1988, 14 februari 1988 en 28 maart 1988 waren verscheept, water- en vochtschade geconstateerd. De dekkingsclausule (Institute Cargo Clauses A) luidt: *'The insurance covers all risks of loss of or damage to the subject-matter insured except as provided in Clauses 4, 5, 6 and 7 below.'* Uitgesloten is schade veroorzaakt door slechte verpakking (artikel 4 lid 3) dan wel schade veroorzaakt door eigen gebrek van de goederen (artikel 4 lid 4). Het expertiserapport vermeldt als oorzaak van de schade: *'Naar onze mening moest de schade worden toegeschreven aan de vochtige conditie van het pitriet op het moment van de belading in de betreffende containers, dat overmatige condensvorming tijdens de zeereis tot gevolg heeft gehad. Dit vocht kon door de zeer beperkte ventilatiemogelijkheden van de containers niet uit de containers zodat het vocht zich aan het plafond en langs de wanden verzamelde waarna de lading weer in contact kwam met dit gecondenseerde vocht.'* Verzekerde noemt o.a. als schadeveroorzakende omstandigheid de zeer hoge vochtigheidsgraad in de containers. Verzekeraars stellen onder andere dat geen sprake is van een onzeker voorval, dan wel dat de schade is veroorzaakt door een eigen gebrek van het pitriet. Het Hof Den Haag oordeelt dat ook bij een all-risksclausule de verzekerde moet aantonen dat er sprake is van een onzeker voorval, ofwel een van buiten komend onheil:

Het hof is met de Rb. van oordeel dat een all-risks clausule als in de Institute Cargo Clauses niet wegneemt dat er een onzeker voorval moet zijn en dat het op de weg van de verzekerde ligt aannemelijk te maken dat de schade aan een onzeker voorval is toe te rekenen. In de toelichting op deze grief voert Bantle & Preiss als (enig) argument tegen de opvatting van de Rb. (en het hof) aan dat een voorval slechts dan onzeker in verzeke-

10. Zie bijv. hierna Hof Den Haag 19 september 1992, S&S 1993, 17 en HR 26 november 1993, NJ 1994, 210.

11. Hof 's-Gravenhage 19 september 1992, S&S 1993, 17.

ringsrechtelijke zin is, indien die onzekerheid bestaat op het moment van het sluiten van de overeenkomst. De vraag naar het moment waarop de onzekerheid van een voorval beoordeeld moet worden is echter een andere vraag dan het in deze bestreden antwoord op de vraag van de verdeling van de stelplicht en bewijslast.¹²

In mijn visie zou de verzekeraar het ontbreken van het onzeker voorval aan de orde moeten stellen in de zin die Bantle & Preiss in het hierboven weergegeven citaat aangeeft. Verzekerde behoefde naar mijn mening slechts de beschadiging te bewijzen en zonodig te weerspreken dat hij ten tijde van het afsluiten van de verzekering wist dat het evenement zich tijdens de duur van de verzekering zou voordoen. De verzekeraar kan los hiervan een beroep doen op de uitsluiting van schade veroorzaakt door een eigen gebrek. Wanneer de verzekeraar omstandigheden stelt die in voldoende mate wijzen op een eigen gebrek, is het aan de verzekerde om aan te tonen dat niet het eigen gebrek maar een andere omstandigheid de rechtens relevante oorzaak is. Gelet op de bevindingen van de expert lijkt de vochtigheid van het pitriet voor belading, een eigen gebrek, aannemelijk te zijn. Blijkbaar is verzekerde er niet in geslaagd aan te tonen dat een andere omstandigheid als de dominante, de rechtens relevante, oorzaak moet worden aangemerkt.¹³ Terecht oordeelt het hof dat vocht afkomstig uit de met de lading in de containers opgesloten lucht niet als zodanig kan gelden. Echter, mijns inziens niet omdat zulks geen onzeker voorval is, maar omdat het gelet op het regenseizoen geen afwijkende omstandigheid is. Het stellen van een ongeschikte container, de expert noemt 'de zeer beperkte ventilatiemogelijkheden van de betreffende containers', zou naar mijn mening wel de rechtens relevante oorzaak kunnen zijn. Dit is immers een omstandigheid die door zijn afwijkende karakter automatisch prevaleert boven het eigen gebrek. Schade is niet veroorzaakt door een eigen gebrek wanneer een van buiten komende gebeurtenis heeft geïntervenieerd.¹⁴ Het had verzekerde echter waarschijnlijk niet veel geholpen omdat volgens artikel 4 lid 3 mede van dekking was uitgesloten *'loss damage or expense caused by insufficiency or unsuitability of packing or preparation of the subject-matter insured ...'*.

Blijkens een Bindend Advies uit 1994 kan in geval van een all-risksclausule de verzekerde volstaan met bewijs van waterschade en dient de verzekeraar het uitgesloten 'eigen gebrek' aan te tonen.¹⁵ In het kader van voedsel-

12. Hof 's-Gravenhage 19 september 1992, S&S 1993, 17. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 169 noemt het daaraan voorafgaande, grosso modo gelijklopende, vonnis van de Rechtbank Rotterdam kennelijk met instemming.

13. Verwezen zij naar hoofdstuk 3 (nr. 3.2.1) waarin is gesteld dat wanneer sprake is van een rechtens relevante van buiten komende oorzaak het eigen gebrek niet langer kan gelden als oorzaak. Zie ook hierna in hoofdstuk 7 (nr. 7.8).

14. Het eigen gebrek is een 'hoedanigheid' en niet in de eerste plaats een rechtens relevante (dominante) schadeoorzaak. In beginsel moet dan ook nagenoeg altijd een, rechtens relevante, oorzaak voor die hoedanigheid zijn aan te wijzen. Zie hoofdstuk 3 over het eigen gebrek. Het 'eigen gebrek' kan overigens afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval wel, een afwijkende omstandigheid zijn.

15. BA 28 oktober 1994, S&S 1996, 19.

hulp aan Suriname verzendt verzekerde vanuit Nederland een hoeveelheid levensmiddelen. Op 10 april 1992 is de betreffende container gelost en opgeslagen op het terrein van de douane in Paramaribo. Op 12 juni 1992 constateert de ontvanger waterschade en maakt deze de bemerking 'waterschade container lekt'. Van toepassing zijn de ICC (A) (een all-risksclausule). De bindend adviseur overweegt dat volgens Nederlands en Engels recht de verzekerde aannemelijk moet maken dat er sprake is van een onzeker voorval en dat de schade aan dat voorval kan worden toegerekend. Vervolgens oordeelt hij: *In de onderhavige zaak kan als onzeker voorval worden aangemerkt het binnendringen van buitenaf van (regen)water in een container waarvan normaal gesproken verwacht mag worden dat die container niet zal lekken.* De verzekeraar krijgt de gelegenheid te bewijzen dat de verpakking onvoldoende of ongeschikt was hetgeen betekent dat vast zal moeten komen te staan dat de container in zodanige slechte toestand was dat hij voor inlading al lek was of dat hij tijdens de verzekerde periode uit zichzelf lek kon raken.¹⁶ De verzekeraar slaagt er niet in dit bewijs te leveren zodat de vordering wordt toegewezen.

Voorts zij verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam uit 1952.¹⁷ Ter zake van het vervoer van grondnoten voor het produceren van pindakaas is een verzekering afgesloten zulks tegen allrisks volgens aan de polis gehechte clause nr. 78, d.w.z. inclusief eigen gebrek en met uitsluiting alleen van opzet van de verzekerde, benevens – volgens de polis zelf – van diefstal, vermissing, manco, onderwicht, indrogen en gewichtsverschil. Bij de aflevering wordt geconstateerd dat reeds voor aanvang van het risico de lading in meer of mindere mate bezet moet zijn geweest met mijt. De Rechtbank Rotterdam overweegt:

Dat de tussen pp. gesloten transportverzekering eiseres dekking bood tegen afkeuring van de grondnoten voor de pindakaas-fabricage wegens beschadiging door alle gevaren (behoudens de uitgezonderde) van het transport; dat daarom eiseres had te stellen (zoals zij trouwens heeft gedaan) en te bewijzen, dat de ongeschiktheid voor de pindakaas-fabricage gedurende het transport is ontstaan; dat eiseres hiertoe niet behoeft aan te tonen – gelijk gedaagden bij pleidooi schenen te verlangen – dat bij de verlading van de partij grondnoten daarin nog geen enkele mijt te bekennen was, doch kan volstaan met het bewijs van verscheping der grondnoten in voor de pindakaas geschikte conditie, waartegenover gedaagden dan mogen waarmaken, dat de grondnoten reeds vóór de verlading zódanig met mijt bezet waren, dat voorzienbaar was, dat zij bij aankomst te Rotterdam ongeschikt zouden zijn voor de fabricage van pindakaas; dat de Rechtb. hierbij niet van belang acht de tussen pp. omstreden vraag, of de bezetting met mijt als eigen gebrek van de grondnoten dan wel als een van buiten aankomend onheil moet worden aangemerkt, omdat in beide gevallen de verzekering tegen dat gevaar dekt, maar ook in beide gevallen alleen dán, wanneer het bij de aanvang van het risico een onzeker voorval was.

16. In vergelijking met de hiervoor genoemde jurisprudentie komt de verzekerde hier mijns inziens goed weg nu hij niet hoeft te verklaren hoe het lek in de container heeft kunnen ontstaan.

17. Rb. Rotterdam 2 april 1952, NJ 1953, 386.

Opgemerkt zij dat het ontbreken van een onzeker voorval ook hier op onjuiste wijze aan de orde komt.¹⁸ Iets anders is dat er naar mijn mening in ieder geval geen dekking zou bestaan indien de lading bij aanvang van de dekking zozeer bezet was met mijt dat deze toen al als beschadigd moest worden beschouwd.

De Rechtbank Amsterdam¹⁹ heeft nadien beslist dat in geval van een all-risksclausule (dekking tegen '*...all other Perils, Losses, and Misfortunes that have or shall come to the Hurt, Detriment of Damage of the said ... Ship*) de verzekerde in beginsel kan volstaan met het bewijs dat zijn schip is gezonken en dat op de verzekeraar de bewijslast rust van een schadeoorzaak die niet onder de dekking is begrepen. In het onderhavige geval echter moest volgens de Rechtbank een uitzondering op dit beginsel worden gemaakt aangezien het door de kapitein '*gegeven relaas van het vergaan van 'De Holland' niet de gang van zaken beschrijft zoals deze zich in werkelijkheid heeft voorgedaan*'.²⁰

Ook uit het vonnis van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Nicomet/Fortis²¹ blijkt dat de verzekerde in geval van een transportgoederenverzekering bij toepasselijkheid van een all-risksclausule ('alle verlies en schade door welke oorzaak ook ontstaan') niet meer behoeft te bewijzen dan dat zijn schade is ontstaan tijdens het verzekerde transport. Het laatste staat in het onderhavige geval vast. De Rechtbank overweegt voorts:

Gelet op de ruime dekking onder de verzekeringsovereenkomst is het onder deze omstandigheden niet aan Nicomet om aan te tonen hoe en wanneer de schade is ontstaan, maar aan assuradeuren om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat en welke schade(oorzaak) niet onder de dekking van de verzekeringsovereenkomst valt.

Wisselend oordelen de Rechtbank en het Hof den Haag over de vraag of verzekerde heeft voldaan aan zijn bewijslast inzake een waterschade.²² Verzekerde heeft een opstalverzekering afgesloten waarin onder meer is gedekt schade door '*water en stoom, onvoorzien gestroomd uit de zich in het pand of een aangrenzend pand bevindende waterleiding- en centrale verwarmingsinstallaties en uit daarop aangesloten leidingen, sanitaire en andere toestellen, als gevolg van een plotseling opgetreden defect of van springen door vorst, alsmede het overlopen van water uit genoemde installaties en toestellen.*'²³

18. Ook hier wordt miskend dat sprake moet zijn van een onzeker voorval bij aanvang van *het sluiten van de verzekering* en niet zoals door het hof overwogen bij aanvang van het *risico*. Niet relevant in het kader van het ontbreken van een onzeker voorval is ook de overweging dat bij aanvang van het risico *voorzienbaar* was dat het evenement zich zou voordoen.

19. Rb. Amsterdam 7 november 1984, S&S 1985, 66.

20. Voor een beschrijving van de casus zij verwezen naar nr. 5.1. Zie ook hierna nr. 5.3.

21. Rb. Rotterdam 25 mei 2005, S&S 2006, 10.

22. Hof den Haag 22 november 1988, S&S 1990, 95.

23. Blijkens de hierna weergegeven overweging van de rechtbank wordt deze dekkingsclausule kennelijk beschouwd als een all-risksclausule nu het uitgangspunt is dat de verzekerde (slechts) dient te bewijzen dat de schade is ontstaan door een onzeker voorval en een van buiten komend onheil.

Door het springen van een waterleiding stroomt 215 kubieke meter water in de kruipruimte onder de woning van verzekerde. Verzekerde stelt dat zijn nieuwe parketvloeren door de lekkage krom zijn getrokken en geheel onbruikbaar zijn geworden. Verzekeraars stellen dat de schade niet is ontstaan door de lekkage, maar door de hoge vochtigheidsgraad in de woning en het ontbreken van ventilatie in de woning. De rechtbank stelt voorop:

Degene die een beroep doet op een overeenkomst van schadeverzekering, in dit geval eiser, moet in het algemeen stellen en bij betwisting bewijzen dat de geclaimde schade is ontstaan door een onzeker voorval (art. 246 K) en een van buiten komend onheil. Dit geldt ook in dit bijzondere geval. De bewijslast rust daarbij in beginsel op eiser als verzekerde. Anders dan eiser gesteld heeft, hoeft gedaagde niet te bewijzen dat, nu de schade volgens eiser is ontstaan tijdens een door de polis gedekt evenement, te weten de lekkage, de betreffende schade desondanks niet een gevolg is van dat evenement. Integendeel, eiser zal dienen te bewijzen dat de schade aan de parketvloeren het uitsluitende gevolg is van die lekkage, nl. veroorzaakt door het water dat onder de begane grond is vrijgekomen door de lekkage.

In appel stelt verzekerde onder verwijzing naar een rapport van Ir. Van Beek dat sprake was van een evidente vochtinwerking op de vloer van de begane grond, dat een 'dampwerende laag' tegen een dergelijke vochtinwerking niet bestand is en dat het een natuurkundig gegeven is dat muren zich door de zgn. 'capillaire werking' met water volzuigen. Mede ook op basis van de expertiserapporten komt het hof de verzekerde in de bewijsvoering tegemoet. Allereerst overweegt het hof:

Het eerder overwogene brengt mee dat grief I gegrond is, omdat appellant ook zonder nadere bewijslevering aannemelijk heeft gemaakt dat de schade op de begane grond i.c. is toe te schrijven aan het springen van (of lekkage uit) de waterleiding onder zijn woning; dit blijkt reeds uit de genoemde expertiserapporten.

Vervolgens oordeelt het hof dat niet aannemelijk is dat de vochtigheid van het huis vóór de lekkage een doorslaggevende factor was.

Naar het oordeel van het hof brengt de zeer aanzienlijke hoeveelheid water in de kelder, die daar vermoedelijk langdurig heeft gestaan in verband met de bouwvakantie en appellant's hospitalisatie, het vermoeden mee, dat de schade in overgrote mate moet worden toegeschreven aan die wateroverlast. Assuradeuren zullen evenwel gezien hun gedaan bewijsaanbod worden toegelaten tot het bewijs, dat de bovengenoemde factoren a/c (o.a. het ontbreken van ventilatie en verwarming, afdragen van vocht door pas gemetselde kamerwanden: AB) mede van invloed zijn geweest op de schade, of de omvang daarvan.²⁴

24. De expert schrijft dat de beschadiging van de parketvloer op de eerste en tweede verdieping onmogelijk kan zijn veroorzaakt door het water in de kruipruimte reden waarom het hof de bewijslast voor dit deel van de schade aan de verzekerde laat. Dit oordeel roept bij mij de vraag op waarom de factoren die bij die schade een rol hebben gespeeld ook niet een rol hebben gespeeld bij de, soortgelijke, schade op de begane grond. Met andere woorden, niet geheel begrijpelijk vind ik dat de constatering van de expert ten aanzien van de schade op de begane grond geen vermoeden oplevert van de juistheid van de stelling van de verzekeraar.

Het betreft hier een duidelijk voorbeeld waarin de rechter voorshands behoudens tegenbewijs bewezen heeft geacht dat het door verzekerde gestelde evenement (de beschadiging van de parketvloeren) is veroorzaakt door een gedekte oorzaak (het springen van een waterleiding). In tegenstelling tot de rechtbank leunt het hof in zijn oordeel zwaar op de diverse expertiserapporten. Deze uitspraak is derhalve illustratief voor de stelling dat deskundigen een zeer belangrijke rol spelen bij het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak.²⁵ De diverse oordelen van de deskundigen lijken doorslaggevend voor de beslissing van het hof tot vernietiging van het eerdere oordeel van de rechtbank.

Het hof diende tevens een beslissing te nemen over de aard van de causale relatie tussen de lekkage en de daarbij vrijgekomen hoeveelheid water enerzijds en de schade anderzijds. Verzekeraars hadden immers gesteld dat causaal verband ontbrak aangezien deze hoeveelheid water niet direct in contact was gekomen met de vloeren. Voor beantwoording van deze vraag zij verwezen naar hoofdstuk 7.2.

Engels en Duits recht

Volgens Engels recht lijkt de verzekerde ook bij een all-risksdekking een 'accident' of fortuitous event' te moeten bewijzen.²⁶ Gelet op het feit dat hierbij niet een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen 'marine risks' en overige schadegevallen lijkt deze constatering mede te zijn ingegeven door artikel 3 lid 2 MIA (Marine Insurance Act 1906) waarin de term peril of the seas is opgenomen.²⁷

Volgens Duits recht lijkt de all-risksdekking in beginsel alle gevaren te dekken en in die zin dus geen dekkingsbeperking te bevatten. Prölls/Martin stellen:

*Der grundsatz der Allgefahrendeckung (Universalität der Gefahr, I, II) besagt, daß der Versicherer grundsätzlich alle Gefahren deckt, soweit sie nicht ausgeschlossen werden, aber nicht, daß er alle Schäden ersetzt.*²⁸

Zij verbinden aan deze constatering geen conclusies. Hansen komt tot de conclusie dat bij een 'echte' all-risksdekking (wirklich uneingeschränkter Totalität) slechts de schade behoeft te worden bewezen. Hij wijst ook op dekkingsomschrijvingen die de all-risksdekking beperken. Volgens Hansen brengt zulks volgens de heersende mening geen wijziging in de bewijslastverdeling mee. Zelf deelt hij het zo door hem aangeduide 'minderheidsstandpunt' dat, mijns inziens met recht, wél gevolgen verbindt aan de

25. Hierna onder nr. 5.6 zal dan ook uitvoerig aandacht worden besteed aan de invloed van de deskundigen op de door de rechter vast te stellen oorzaak van de schade.

26. Clarke, 1997, nr. 17-3b. MacGillivray, 1997, nr. 19-6. Colinvaux, 1997 is hierover niet duidelijk. Hij stelt dat bij een allrisks transit policy bewijs van onbeschadigdheid vóór aanvang van de reis en beschadigdheid bij aankomst voldoende 'prima facie evidence' oplevert.

27. Zie verder bij 'peril of the sea'.

28. Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 2004, § 129 Rn 15.

bepanking in de dekking. Niet duidelijk altijd is echter waarop hij door hem aanwezig geachte beperkingen baseert. Discutabel bijvoorbeeld is mijns inziens zijn interpretatie van artikel 1 ADS (Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen) hetwelk als volgt luidt:

1. *Umfang der Versicherung.*
- 1.1. *Versicherte und nicht versicherte Sachen*
- 1.1.1. *Der Versicherung trägt alle Gefahren, denen die Güter während der Dauer der Versicherung ausgesetzt sind*
- 1.1.1. *Ausgeschlossen sind die Gefahren*

Hansen meent dat de dekking is beperkt tot het 'Seeschiffsgefahr' en de verwezenlijking daarvan moet door de verzekerde worden bewezen. De beperking zelf is mijns inziens in artikel 1 echter niet te lezen.²⁹

5.3 Bewijs van een van buiten komend onheil

Verschillen in interpretatie van het begrip 'van buiten komend onheil' hebben gevolgen voor de bewijslastverdeling. Behoeft de verzekerde slechts te bewijzen dat géén sprake is van een eigen gebrek (en/of eigen schuld) of dient hij te bewijzen dat sprake is van een bijzondere, afwijkende omstandigheid. Bovendien doet zich de vraag voor of de verzekerde een specifieke omstandigheid dient te stellen en/of te bewijzen. Gelet op mijn interpretatie van het 'van buiten komend onheil' behoeft de verzekerde mijns inziens niet méér te stellen dan een evenement dat niet voortvloeit uit een eigen gebrek.

Het lijkt vanzelfsprekend dat het bewijsaanbod specifiekere moet zijn naarmate de risico-omschrijving specifiekere is. Een 'van buiten komend onheil' lijkt weinig specifiek en verzekerde is uit dien hoofde mijns inziens niet gehouden een specifieke omstandigheid te stellen. Uit de aard van de schade kan bijvoorbeeld voortvloeien dat sprake moet zijn geweest van een van buiten komend onheil ook al is verzekerde niet in staat een bepaalde gebeurtenis als schadeoorzaak aan te wijzen. Zulks kan blijken uit verklaringen van deskundigen. Dat het hier niet zou gaan om een all-risksverzekering, wat daarvan zij, lijkt niet terzake doende. Weliswaar biedt deze verzekering dekking tegen niet gespecificeerde gevaren, maar dat doet een verzekering tegen 'van buiten komende onheilen' tot op zekere hoogte ook. Bovendien is het all-riskskarakter van een verzekering rijkelijk vaag. Zo kan een verzekering diverse gevaren noemen waartegen is verzekerd en zou dit dus geen all-risksverzekering zijn. Wanneer echter één van deze genoemde gevaren brand is krijgt de verzekering toch een all-riskskarakter bij brandschade. Ook dan behoeft de verzekerde immers geen specifieke omstandigheid te stellen die de brand heeft veroorzaakt. In beginsel is de

29. U. Hansen, *Beweislast und Beweiswürdigung im Versicherungsrecht*, Diss. Hamburg 1990, Verlag Peter Lang, p. 216 e.v.

verzekerde dan niet gehouden een rechtens relevante oorzaak te stellen en te bewijzen.

Illustratief is een uitspraak van het Hof Den Haag inzake De Pegasus.³⁰ Verzekerd is het jacht De Pegasus op basis van de Nederlandse Beurs Casco Polis voor de Binnenvaart 1991. De dekking omschrijving luidt als volgt:

Bestaande ons risico in alle gevaren van de vaart, storm, onweder, schipbreuk, stranden, overzeilen, aanzeilen, aanvoeren of aandrijven, kappen, overboord werpen, brand, geweld, overstroming, nalatigheid en verzuim van schipper of scheepsvolk, alsook schelmerij van de schipper-niet-eigenaar en van het scheepsvolk en alle andere van buiten aankomende onheilen, bedacht of onbedacht, gewoon of ongewoon, geen uitgezonderd.

Van toepassing is bovendien clause B17 waarvan artikel 9 luidt:

In afwijking van de wet behoeft de verzekerde in geval van schade enig van buiten komend onheil niet aan te tonen. De verzekeraar behoudt echter het recht te bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een niet verzekerd gevaar.

In aanvulling hierop geldt:

Brandstichting door bezoekers uitgesloten. Uitgesloten schaden welke zijn verzekerd onder polisnr. ED924822 'molestdekking' incl. Vandalisme en malicious damage. Tav dit soort schaden heeft deze verz. een secundair karakter met doorhaling van artikel 9 B 17 (1991).

Ten gevolge van brand, waarvan de oorzaak onbekend blijft, ontstaat schade die de verzekeraar weigert uit te keren. Hij vermoedt betrokkenheid van de verzekerde bij brandstichting. Onder andere wijst hij de vordering af met de stelling dat verzekerde niet heeft bewezen welk van buiten komend onheil de brand heeft doen ontstaan. De rechtbank wijst de vordering af. Na het horen van de makelaar en de gevolmachtigd agent oordeelt de rechtbank dat de bedoeling van de doorhaling was te regelen dat '*...eiseres in geval van schade waarop de doorhaling betrekking had, de oorzaak daarvan zou moeten bewijzen.*' Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en geeft aan de verzekeraar de opdracht te bewijzen dat *de brand aan boord van de Pegasus door verzekerde is gesticht, dan wel dat het ontstaan van de brand aan diens merkelijke schuld is toe te schrijven.*³¹ Essentieel is dat het hof overweegt dat de verzekerde de oorzaak van de brand niet hoeft te bewijzen:

'In de onderhavige binnenvaart-casco polis wordt behalve tegen specifieke risico's ook dekking verleend tegen "...alle andere van buiten aankomende onheilen...". Indien de verzekerde claimt onder dat algemeen beschreven verzekerde risico zal hij, anders dan bv bij "brand", nader moeten aantonen dat de door hem gevorderde schade veroorzaakt is door

30. Hof Den Haag 30 juni 1998, S&S 2000, 115.

31. De polisvoorwaarden kennen hierover geen bepaling zodat artikel 294 K (oud) van toepassing is.

een specifiek te benoemen van buiten komend onheil. Het is van die verplichting, dat art. 9 B 17 de verzekerde ontheft. Aangezien het in het onderhavige geval een brandschade betreft kan de doorhaling van art. 9 B 17, ongeacht haar reikwijdte blijkens de sluitnota, en ongeacht bedoelingen van partijen, die overigens naar het oordeel van het hof, ter gelegenheid van de getuigenverhoren niet eenduidig zijn vast komen te staan, geen effect sorteren: de bewoordingen van art. 9 B 17 zijn eenvoudig niet op de onderhavige situatie toegesneden.'

Het Che Guavara arrest³² maakt duidelijk dat de verzekerde een specifieke gedekte schadeoorzaak moet aantonen als de verzekeraar omstandigheden stelt die een uitgesloten oorzaak opleveren. Raimond vaart in juni 1976 met zijn Noordzee-kotter de 'Che Guavara' van Enschede naar Nordeich. Na een tussenstop waarin hij het schip leeg maakt laat de motor het op de Waddenzee afweten. De 'Che Guavara' begint met grote slagen te schommelen op een zwakke Oostenwind en de deining van de vloed, waarbij het schip op elk punt even blijft hangen. Het schip zinkt na vergeefse pogingen de pomp in werking te stellen en het schip leeg te hozen. Raimond weet zich met een pluut, die achter de 'Che Guavara' hing, in veiligheid te stellen. Van toepassing is de Nederlandse Beurs Casco polis voor de binnenvaart 1966 die op het voetspoor van artikel 637 K dekking biedt tegen een aantal met name genoemde gevaren waaronder schipbreuk en 'alle andere van buiten komende onheilen'. Op grond van artikel 249 K is schade veroorzaakt door eigen gebrek van dekking uitgesloten. Het hof oordeelt dat sprake is van schipbreuk, een gedekt evenement, maar stelt tevens vast dat het zinken moet zijn veroorzaakt door een eigen gebrek van het schip. Niet is gebleken, zo stelt het hof vast, dat een aantal door Raimond gestelde omstandigheden zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Vervolgens oordeelt het hof:

Nu ook overigens niet is gesteld of gebleken dat het water maken van het schip is te wijten aan een gebeurtenis tijdens de reis, zoals stoten of een aanvaring moet dit zijn veroorzaakt door het feit dat het schip ernstig lekte en dus een eigen gebrek had.

Volgens de Hoge Raad heeft het hof zijn oordeel mede gegrond op een onderzoek van hetgeen door Raimond was aangevoerd omtrent de omstandigheden waaronder de schipbreuk plaats had gevonden en overweegt vervolgens:

Dit onderzoek heeft het Hof blijkens zijn r.o. 10 gelezen in verband met r.o. 6 tot de slotsom gebracht dat het water maken van het schip niet geweten kan worden aan omstandigheden, die als een ander onder de polis gedekt evenement dan schipbreuk kunnen worden gezien.

32. HR 23 april 1982, NJ 1982, 520, m.nt. BW.

Het hof acht het aannemelijk dat de 'Che Guvara' is gezonken doordat het schip ernstig lekte en leidt daaruit af dat het zinken werd veroorzaakt door een eigen gebrek. Het bestaan van het eigen gebrek werd voor een groot deel afgeleid uit het relaas van Raimond zelf. De conclusie wordt het Hof voorts mede ingegeven doordat Raimond geen andere plausibele verklaring voor het zinken van de 'Che Guavara' kan geven. Wanneer er geen althans minder sterke aanwijzingen voor een eigen gebrek waren geweest zou een andere bewijslastverdeling waarbij de verzekerde had kunnen volstaan met het stellen van het evenement 'schipbreuk' niet denkbeeldig zijn geweest. Wanneer de verzekeraar een beroep doet op een uitsluiting zal hij immers omstandigheden moeten stellen die dat beroep aannemelijk maken.³³ Nu rustte op verzekerde een zwaardere bewijslast aangezien hij specifieke omstandigheden moest bewijzen die het zinken van zijn schip (de 'schipbreuk') hadden veroorzaakt.

Uit de term 'van buiten komend onheil' kan de eis dat de verzekerde een specifieke omstandigheid moet aantonen mijns inziens niet worden afgeleid. Verdedigbaar is mijns inziens dat de verzekerde ermee kan volstaan aannemelijk te maken dat geen sprake is geweest van een eigen gebrek, bijvoorbeeld door aan te tonen dat het schip vóór aanvang van de reis in zeewaardige toestand verkeerde. De jurisprudentie geeft hierover geen volstrekke duidelijkheid. In de zaak 'Pegasus' heeft het hof geoordeeld dat bij dekking tegen van buiten komende onheilen de verzekerde een specifieke omstandigheid moet stellen en bewijzen die de schade heeft veroorzaakt en niet kan volstaan met te stellen dat sprake is van enig van buiten komend onheil. In de zaak 'Che Guavara' is beslist dat er aanwijzingen van een eigen gebrek als oorzaak van de schade waren en dat de verzekerde daartegenover geen van buiten komend onheil aannemelijk heeft kunnen maken. Niet duidelijk is of de verzekerde kan volstaan met aannemelijk te maken dat géén sprake is van een eigen gebrek.

Los van de hiervoor weergegeven discussie zij benadrukt dat naar mijn mening in de eerste plaats de verzekerde moet aantonen dat de beschadiging (het evenement) zich in de verzekerde periode heeft voorgedaan.³⁴

Het Engels begrip 'peril of the sea' is enigszins vergelijkbaar met de term 'van buiten komend onheil'. Om die reden is het interessant om te vergelijken of een verzekerde bij toepasselijkheid van die dekking gehouden is een specifieke omstandigheid aan te tonen die een 'peril of the sea' oplevert.

33. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 172; Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 6.10.

34. Zulks vloeit voort uit het door mij ingenomen standpunt dat niet de schade oorzaak maar het evenement zich tijdens de verzekerde periode moet voordoen. Zie hoofdstuk 2.2.2.2 Verwezen zij naar Rb. Rotterdam 25 mei 2005, S&S 2006, 10.

5.3.1 Engels recht: *Peril of the sea*

Hoewel de 'peril of the sea' in bepaalde opzichten verschilt van het van buiten komende onheil (zie hoofdstuk 4.2.2) is vergelijking uit een oogpunt van bewijslastverdeling interessant aangezien zoals hierna zal blijken vergelijkbare vragen aan de orde komen.

De 'peril of the sea' komt als één van de gedekte evenementen voor in de MIA. Blijkens de Rules for Construction of Policy moet er sprake zijn van een buitengewone gebeurtenis (zie Rule 7). Verzekering tegen 'perils of the sea' kan impliceren dat de verzekerde gehouden is een specifieke omstandigheid aan te tonen die als 'peril of the sea' de schade heeft veroorzaakt. Volgens het vonnis van de Queens Bench inzake de 'Milasan' is dekking tegen o.m. 'perils of the sea' geen all-risksdekking.³⁵ Daarvóór werd in de literatuur echter geoordeeld dat dekking tegen 'peril of the seas' wel een vorm van all-risksdekking is.³⁶ Ook in geval van een all-risksdekking echter dient de verzekerde het uitzonderlijke karakter van het evenement in beginsel aan te tonen. Volgens de uitspraak *British and Foreign Marine Ins. v. Gaunt*³⁷ kan de verzekerde bij verzekering tegen perils of the sea ('some event covered by the general expression'³⁸) van een vermoeden van 'fortuity' profiteren.³⁹ Wanneer verzekeraars echter voldoende twijfel weten te zaaien over het bestaan van een 'fortuitous event' zal dat vermoeden niet langer het uitgangspunt zijn en keert de zwaardere bewijslast weer bij de verzekerde terug.

Volgens Engels recht dient de verzekerde, 'on the balance of probabilities', aan te tonen dat de schade is veroorzaakt door een verzekerd evenement. Prima facie bewijs⁴⁰ is niet voldoende.⁴¹ De House of Lords heeft ten aanzien van de hiernavolgende omstandigheden beslist over een schade ten gevolge van het zinken van 'The Popi M'.⁴² Met rustig weer en kalme zee vaart de Popi M op de Middellandse Zee. Plotseling stroomt een grote hoeveelheid zeewater de machinekamer in. Na pogingen het water door middel van pompen te lozen verlaat de bemanning het schip. Dankzij een SOS

35. *Brownsville Holdings v. Adamjee Insurance* (2000) 2 Lloyd's Rep. 458 (QB). Zie ook Rb Rotterdam 23 december 1999, S&S 2001, 10.

36. Zie Clarke, 1997, nr. 17-3B. In noot 157 beschouwt hij in de zaak *Popi M* dekking tegen 'perils of the sea' als 'marine allrisks'.

37. (1921) 7 Ll. L. Rep. 62.

38. Zie Clarke, 1997, nr. 17-3B.

39. Clarke, 1997, nr. 17-3B.

40. L.E. Davids, *Dictionary of insurance*, Littlefield, Adams & Co, 1977, p. 203 geeft de term als volgt weer: 'At first view. Prima evidence is such as in law sufficient to establish a fact, unless rebutted.'

41. Clarke, 1997, nr. 16-3A: 'It is sometimes said that the insured must make a *prima facie* case; in so far as this implies something less than the balance of probabilities on the evidence then before the court, this is probably wrong. Hardy Ivamy, 1993, p. 441 meent, op mijns niet geheel duidelijke gronden: 'All that he need do is to establish a *prima facie* case.'

42. *Rhesa Shipping v. Fenton Insurance* (1985) 2 Lloyd's Rep. 1. Hazelwood, *Maritime perils and the burden of proof*. In: *The modern law of marine insurance*, Ed. R. Thomas, p. 151 noemt deze zaak 'the leading authority on the subject'.

signaal pikt een tanker de bemanning op. Ongeveer 7 uur later zinkt de 'Popi M'. Verzekerde stelt dat er sprake is van een 'peril of the sea' zijnde een gedekt evenement. De verzekeraar stelt dat er sprake is van een gebrek aan het schip, een uitgesloten evenement. Een aantal van de door verzekerde als bewijs aangevoerde omstandigheden wordt als onmogelijk aangemerkt. Een zich onder het wateroppervlak bevindende rots bleek niet op de kaart voor te komen en de geopperde mogelijkheid van een aanvaring met een unarmed torpedo was volgens de Queen's Bench (Bingham J.) door verzekerde 'very sensibly not treated as serious possibility'. Over blijft de onwaarschijnlijke mogelijkheid van een aanvaring met een onderzeeër. De QB oordeelt dat deze mogelijkheid weliswaar onwaarschijnlijk is maar dat het eigen gebrek van het schip 'effectively must be ruled out'. Het oordeel van Bingham J. dat derhalve sprake is van een gedekt evenement houdt stand bij de Court of Appeal. De House of Lords vernietigt deze beslissing. Lord Brandon of Oakbrook verwijst naar de roman 'The sign of four' van Sir Arthur Conan Doyle. Mr. Sherlock Holmes zegt daarin tegen zijn vriend Dr. Watson: '*How often have I said to you that, when you have eliminated the impossible, whatever remains, however improbable, must be the truth?*' Deze benadering die tevens wordt toegedicht aan Bingham J. ('no doubt') acht de House of Lords onjuist. Bingham J. behoefde niet tussen twee theorieën te kiezen en had in navolging van de beslissing *La Compania Naviera Martiartu v. Royal Exchange*⁴³ aan de volgende, derde, mogelijkheid moeten denken, namelijk *that the evidence left him in doubt as to the cause of the aperture in the ship's hull, and that, in these circumstances, the shipowners had failed to discharge the burden of proof which was on them.*

De House of Lords overweegt voorts:

The shipowners failed to establish that the ship was seaworthy, and they only put forward an extremely improbable cause of her loss. In these circumstances the Judge should have found that the true cause of the loss was in doubt, and that the shipowners had failed to discharge the burden of proof which was on them.

Uit de beslissing van de House of Lords kan derhalve worden afgeleid dat in geval van een onbekende oorzaak, althans bij twijfel over de door partijen gestelde omstandigheden, de bewijslastverdeling van beslissende betekenis is. Wanneer één van de partijen op wie de bewijslast rust niet in zijn bewijslast slaagt zal een beroep op een gedekt dan wel uitgesloten evenement niet worden gehonoreerd.

Mr Justice Bingham beschikt in deze zaak over vele getuigen- en deskundigenverklaringen⁴⁴ en in beginsel is het mijns inziens dan gerechtvaardigd een keuze te maken tussen een door de verzekerde gestelde gedekte oorzaak en een door de verzekeraar gestelde uitgesloten oorzaak. Dat daarbij een methode van eliminatie wordt gehanteerd acht ik onder verwijzing naar Kollhoser niet onzinnig: '*Ein Indizienbeweis erfordert dieselbe hohe Wahr-*

43. (1922) 13 L.L.Rep. 298.

44. De zgn. 'hearing' duurde 12 dagen.

scheinlichkeit wie der directe Beweis. Ein Indizienbeweis für den VersFall kann z.B. auch dadurch geführt werden, daß alle nicht versicherten Möglichkeiten ausgeschlossen werden, so daß nach der Lebenserfahrung nur der Schluß übrig bleibt, daß eine versicherte Möglichkeit vorgelegen hat.⁴⁵ Dat Bingham J een keuze maakt is dus mijns inziens niet onverdedigbaar, waarmee echter nog niet gezegd is dat de keuze de juiste is. Het House of Lords acht het niet duidelijk of Bingham J., ondanks de door hem gebruikte bewoordingen 'effectively ruled out', een eigen gebrek als onmogelijk bestempelt.⁴⁶ Naar mijn inschatting is de beslissing van Bingham J. hoofdzakelijk bepaald door de verklaringen van de door verzekerde ingeschakelde deskundigen, die sterke technische argumenten tegen een eigen gebrek naar voren brengen.⁴⁷ Dat neemt echter niet weg dat het hier een verwaarloosd oud schip betreft.⁴⁸ Niet begrijpelijk vind ik daarom dat 'on the balance of probabilities' de hoogst onwaarschijnlijke theorie van 'aanvaring met een onderzeeër' als verklaring van het zinken van de 'Popi M' moet gelden. Mede in verband met de afwezigheid van een aannemelijke 'fortuitous event' en gelet op de onderhoudstoestand van het schip lijkt het eigen gebrek meer voor de hand te liggen.

Overigens is het resultaat hetzelfde: zowel in het geval dat de verzekerde er niet in slaagt te bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een gedekt evenement als in het geval dat het eigen gebrek als meest aannemelijke oorzaak wordt aangemerkt wordt de vordering van de verzekerde afgewezen.

Ook in het geval de verzekerde kan bewijzen dat het schip zeewaardig is, zal hij in het geval verzekeraars een mogelijke uitgesloten oorzaak naar voren brengen moeten bewijzen dat het zinken van zijn schip is veroorzaakt door een 'peril of the sea'. Niet voldoende is dan dat bij gebreke aan een aannemelijker uitgesloten oorzaak het vermoeden van een gedekte oorzaak moet worden aangenomen. In de zaak 'The Marel'⁴⁹ stelt de verzekerde dat zijn zeewaardige schip is gezonken zodat uit moet worden gegaan van het gerechtvaardigde vermoeden van een 'peril of the sea'. Het m.s. The Marel vaart van Salonika, Griekenland naar Gent, België. Nabij de kust van Spanje ontmoet het schip windkracht 7 en golven van 2 tot 3 meter. Het schip beweegt hevig wanneer volgens opvarenden een botsing plaats vindt, die voldoende is om hen uit balans te krijgen. Onmiddellijk daarna stroomt een

45. Pröls/Martin (Kollhoser), 2004, § 49, Rn 36.

46. Inderdaad merkt Bingham J., (1983) 2 Lloyd's Rep. 244 op: '...; it (een peril of the sea: AB) was supported as the most likely explanation only because any other hypothesis, and in particular the hypothesis advanced by the other party ('wear and tear'), was regarded as *almost* (cursivering AB) (if not altogether) impossible.'

47. Bingham J. betoont zich zeer onder de indruk van deze deskundigen: 'Both (de twee deskundigen: AB) impressed me as excellent witnesses, professionally highly competent, fairminded and unpartisan in their approach'.

48. De House of Lords geeft de volgende van Bingham J. afkomstige omschrijving: 'The ship was an old one build in 1952. By 1976 she had become very seriously run down. Since 1976 she had been repaired in an unmethodical way, but the ship as a whole, and in her shell plating in particular, were still in a generally wasted condition'.

49. CA (1994) 1 Lloyd's Rep. 624.

grote hoeveelheid zeewater de machinekamer in waarna het schip niet meer functioneert. De bemanning verlaat het schip, dat ongeveer 6 uur later zinkt. Verzekerde stelt dat er sprake is van een 'peril of the sea', bestaande uit een aanvaring met een drijvende container, dan wel een niet vaststelbare ('unascertainable') peril of the sea. Verzekeraars stellen weliswaar dat de schade hier is ontstaan door 'scuttling' (opzettelijk doen zinken) maar beperken zich uit tactische overwegingen tot betwisting van een schade door een 'peril of the sea' daarmee de verzekerde belastend met het bewijs (put the assured to the strict burden of proof). De verzekerde stelt dat de schade mogelijk is ontstaan door aanvaring met een 'unidentified floating object; possibly a derelict container'. Verzekerde slaagt er niet in aan te tonen dat de schade het gevolg is van een 'peril of the sea'. Diamond J. overweegt:

First, the burden of proving, on a balance of probabilities, that a ship was lost by perils of the sea is and remains throughout on the owners. Whether or not underwriters seek to prove an alternative cause of the loss, if 'an examination of all the evidence leaves the Court doubtful what is the real cause of the loss, the assured has failed to prove his case'; La Compania Naviera Martiartu v. The Corporation of The Royal Exchange Assurance (The Arnus), (1922) 13 Ll.L.Rep. 298 at p. 304, col. 2; (1923) 1 K.B. 650 at p. 657 per Lord Justice Scrutton; Rhesa Shipping Co. S.A. v. Herbert David Edmunds (The Popi M), (1985) 1 Lloyd's Rep. 1 at p. 3, col. 1; (1985) 1 W.L.R. 948 at p. 951 per Lord Brandon of Oakbrook giving the leading speech in the House of Lords with which all the other of their Lordships agreed.

Second, it is not sufficient for owners, in order to discharge the burden of proof which rests on them, merely to prove the incursion of seawater into an insured vessel. This is because an entry of seawater is not in itself a peril of the sea. That incursion has to be shown to be accidental or fortuitous. If the owners are to discharge successfully the burden of proof which rests on them it will be necessary for them 'to condescend to particularity in the matter; The Popi M (sup.) at p. 5, col. 1; p. 954 A-B.

Third, there are circumstances where a shipowner may be able to discharge the burden of proof resting upon him by proving that the vessel was seaworthy on sailing and by seeking to establish by inference a case of a loss due to an unascertained peril of the seas.

.....

Fourth, etc.

Diamond J. oordeelt het, na het horen van diverse deskundigen, vrijwel onmogelijk dat het schip is gezonken door een botsing met een container. Vervolgens ziet hij zich gesteld voor de zeer moeilijke vraag of de vordering dient te worden toegewezen op grond van een andere, niet vaststelbare, peril of the sea. Enerzijds komt hij tot de conclusie dat het zinken niet is veroorzaakt door 'some action of the wind or waves not amounting to perils of the seas or through wear and tear alone'. Voorts oordeelt hij dat er sterke aanwijzingen zijn ten faveure van de stelling van verzekerde:

.....the evidence of the ship's witnesses as to the 'bump' which they heard or felt, the finding which I have made as to the seaworthiness of the shell plating in way of the engine

room, the exclusion of the possibility that the vessel might have been lost through an accidental failure of the seawater pipes within the vessel, or that she might have been deliberately sunk, and the absence of any known explanation for the casualty other than some unascertainable accident.

Toch oordeelt Diamond J. ten nadele van de verzekerde omdat noch de verzekerde noch de door haar geraadpleegde deskundigen in staat waren behalve aanvaring met een container, een andere mogelijkheid te noemen die de aantasting van het schip zou kunnen hebben veroorzaakt:

If I were to draw the inference in favour of the owners which I was invited to draw, then I would be accepting that the vessel collided with some object whose very nature lay beyond the experience, and even I think the imagination, of the numerous experts who gave evidence on the owner's behalf. It is one thing to draw an inference that a vessel has met with an unknown accident; it is quite another to draw such an inference when the mechanism by which the casualty occurred must be some mechanism which lies beyond the experience of informed persons. In the end, after considering the factors in favour and the factors against drawing the inference which the owners ask me to draw, I remain doubtful whether the casualty was caused by some unascertainable accident. The findings which I have made are of probabilities not certainties. It is not therefore a conclusive factor in favour of drawing the suggested inference that there is no known explanation for the casualty other than some collision with an external object. I find therefore that the owners have failed to satisfy me on a balance of probabilities that Marel was lost due to some unascertainable peril of the seas. I decline to draw the inference which I am asked by the owners to draw.

Een beslissing die zwaar leunt op de uitspraak van het House of Lords inzake de 'Popi M', zij het dat in deze zaak de mogelijkheid wordt geopend dat verzekerde niet altijd de daadwerkelijke oorzaak behoeft aan te tonen. Voor deze mogelijkheid was naar mijn mening overigens reeds in de niet door Diamond J. genoemde zaak *British & Foreign Marine Insurance v. Gaunt*⁵⁰ de basis gelegd.

De Court of Appeal blijft in twijfel over de oorzaak van het binnenstromen van het water zelfs wanneer de mogelijkheid van 'scuttling' (opzettelijk laten zinken van een schip) buiten beschouwing wordt gelaten.⁵¹ De beslissing van Judge Diamond QC blijft in stand en de Court of Appeal overweegt:

Even in the case of scuttling, which the underwriters could not put forward as an affirmative case, is put wholly out of mind and, likewise, all possible suspicions of scuttling are put out of mind, the Judge was not bound to accept as the truth, or accept on the

50. (1921) 2 AC 41; 26 Com. Cas. 247 (CA). In die zaak is mijns inziens de aard van de schade van invloed geweest op de beslissing.

51. De Court of Appeal merkt hierover op: 'Mr Hamilton (advocaat van verzekeraars: AB) did not and could not put to any of the ship's witnesses of fact that they were lying, or were not telling the whole truth. In those circumstances the Judge held, as he had to in the absence of challenge, that the plaintiffs' witnesses were witnesses of truth.'

balance of probabilities, a case of loss by 'perils of the sea', which was shown after thorough examination at the trial to have been wholly improbable and very nearly impossible.

De Court of Appeal herhaalt de redenering van de House of Lords inzake de 'Popi M' waarom de benadering van Sherlock Holmes (zie hiervoor in de zaak Popi M) niet de juiste benadering is:

It requires a Judge of first instance, before he finds that a particular event occurred, to be satisfied on the evidence that it is more likely to have occurred than not. If such a Judge concludes on a whole series of cogent grounds that the occurrence of an event is extremely improbable, a finding by him that it is nevertheless more likely to have occurred than not does not accord with common sense.

Wanneer zich de situatie voordoet dat een schip met man en muis is vergaan ligt de zaak anders. Alsdan geldt bij een zeewaardig schip wel een presumptie van een 'peril of the sea': *'The only alternative would be that she was scuttled, but members of a ship's company who scuttle their ship do not normally intend to commit suicide. They expect to be rescued'*. Het is mij niet duidelijk hoe deze laatste overweging zich verhoudt tot de overweging dat de mogelijkheid van 'scuttling' in deze zaak buiten beschouwing wordt gelaten.

Uit deze beslissing volgt derhalve dat de verzekerde een specifieke omstandigheid moet aantonen die een 'peril of the sea' oplevert, ook wanneer er geen sprake is van een eigen gebrek of opzettelijk doen zinken van het schip.

In de zaak 'The Milasan'⁵² komt aan de orde het verschil tussen verzekering tegen 'perils of the seas' en een zgn. verzekering tegen 'all-risks'. Van toepassing zijn de Institute Yacht Clauses (IYC) met de volgende dekklingsclausule:

*This insurance covers loss of or damage to the subject-matter insured caused by:
Perils of the sea ...*

Verzekerde stelt dat hij geen specifieke omstandigheid, die het zinken van zijn schip heeft veroorzaakt, behoeft te bewijzen. Aikens J. verwoordt het standpunt van de verzekerde als volgt:

... it (de bewuste dekklingsclausule, AB) is akin to an 'Allrisks' cover, so that the assured does not need to prove which particular peril operated to cause the loss. It only needs to prove that the loss was fortuitous and on a balance of probabilities the loss fell somewhere within the 'continuum' of cover.

52. *Brownsville Holdings v. Adamjee Insurance* (2000) 2 Lloyd's Rep. 458 (QB).

Aikens J. volgt de stelling van de verzekerde echter niet:

*The policy is clearly not an 'Allrisks' policy. In cl. 9 of the IYC specific perils are identified. The terms state expressly that the insurance covers loss or damage to the subject-matter insured 'caused by ...' the particular perils that are then set out. That is not different from any other policy that enumerates specific risks, whether only one or a large number of risks are identified. There is no specific wording in these policy terms that enable an assured to evade the task of identifying which particular insured peril caused the loss suffered.*⁵³

Aikens J. verwierpt tevens de stelling van verzekerde dat er sprake is van een weerlegbaar vermoeden van een schade door een 'peril of the seas' wanneer een zeewaardig schip zinkt onder onopgehelderde omstandigheden. Dat gaat hier niet op omdat het schip niet is verdwenen onder volledig onopgehelderde omstandigheden: de bemanning werd gered en heeft verslag gedaan van het gebeurde. Met verzekeraars vindt Aikens J het relaas van de bemanning inconsistent en op sommige punten onbetrouwbaar ('incredible').

Ook in een vonnis van de Rechtbank Rotterdam⁵⁴ dient de vraag te worden beantwoord welke bewijslast op de verzekerde rust wanneer hij o.m. is verzekerd tegen 'perils of the sea'. Het m.s. Ulla Danielsen is gedurende de jaren 1995 en 1996 verzekerd bij SON. Tijdens droogdokken op 2 september 1997 ontdekt verzekerde aanzienlijke bodemschade en stelt dat deze reeds in de verzekerde periode is ontstaan door 'enig onder de polis verzekerd evenement'. De rechtbank verwierpt deze stelling en overweegt:

*Deze grondslag is bij gebreke van een nadere concretisering van het evenement ongenoegzaam omschreven, zodat SON zich daartegen niet op adequate wijze kan verweren en ook overigens niet voldoende kan blijken of de verzekeraar gehouden is dekking te verlenen. Het gaat immers niet om een 'all-risks'-verzekering, maar om een polis, die uitsluitend dekking biedt ingeval de schade het gevolg is van één of meer van de in art. 6 van de 'Institute Standard Dutch Hull Form' genoemde 'perils'.*⁵⁵

De rechtbank raakte er niet van overtuigd dat zich een grondingsincident zoals door de kapitein in een getuigenverklaring voorgesteld had voorgedaan. De getuigenverklaringen lopen uiteen en de verklaring van de kapitein wordt niet geloofwaardig geacht. Het incident was niet in het logboek vermeld, tot aan het moment van droogdokken heeft hij over het incident gezwegen en tot tweemaal toe heeft hij een verklaring afgelegd die aantoonbaar onjuist bleek te zijn.

53. Zie over polisbewoordingen Hoofdstuk 6.

54. Rb. Rotterdam 25 november 1999, S&S 2001, 10.

55. Vergelijk ook het vonnis inzake de 'The Milasan', *Brownsville Holdings v. Adamjee Insurance* (2000) 2 Lloyd's Rep. 458 (QB).

5.3.2 *Bewijsvermoeden van buiten komende oorzaak tegenover eigen gebrek:
bij soortgelijke verzekerde transporten heeft zich in het verleden geen
schade voorgedaan*

Vergelijking met vergelijkbare risico's in het verleden kan dienstig zijn voor beantwoording van de vraag of het gebrek als rechtens relevante oorzaak moet worden beschouwd. Voor een geslaagd beroep door de verzekeraar op de uitsluiting eigen gebrek kan slechts een vermoeden voldoende zijn als de schadeoorzaak niet vast staat en verzekerde ook geen van buiten komend onheil aannemelijk kan maken. Verwezen zij naar het Che Guavara arrest. Dit vermoeden van een eigen gebrek kan de verzekerde bij een transportschade aan vervoerde zaken wellicht ontzenuwen wanneer hij erop wijst dat onder vergelijkbare (nagenoeg gelijke omstandigheden) dezelfde goederen in het verleden zonder schade zijn afgeleverd. Zulks rechtvaardigt immers het vermoeden dat zich in het geval dat zich in tegenstelling tot voorgaande transporten wél schade voordoet een (onbekende) van buiten komende oorzaak moet hebben voorgedaan. Steun voor deze gedachte is te vinden in het Engelse recht en wel in de zaak *Noten B.V. v. Harding*⁵⁶ betreffende vervoer van handschoenen van Calcutta naar Rotterdam in het regenseizoen. De zending komt door vocht beschadigd ter bestemming aan. Bingham LJ oordeelt dat vergelijking met andere transporten relevant kan zijn, maar dat zulks in het onderhavige geval de verzekerde geen soelaas biedt:

I accept that if a number of consignments are made in closely comparable conditions, and goods suffer damage on one occasion or a minority of occasions only, it may be possible and right to infer that some fortuitous event has affected the goods on that occasion or those occasions. But it will only be safe to draw that inference if the conditions affecting each consignment are established to be comparable save in respect of the allegedly fortuitous event. In the present case – for reasons entirely understandable, having regard to the way the case developed – the evidential foundation of the argument was never laid. Only containers of gloves shipped during the monsoon season would appear to me to be relevant and in fact it seems that some other shipments – those made during the monsoon season of 1981 – did suffer damage. But there was no evidence before the Court to establish the conditions in which either they or any other consignments were shipped and one cannot begin to assess whether the conditions were comparable or not.

Eerder had de Court of Appeal in de zaak *British & Foreign Marine Insurance v. Gaunt*⁵⁷ een soortgelijke uitspraak gedaan in een zaak waar balen wol gedurende het regenseizoen werden vervoerd van Patagonië naar Punta Arenas, Chili. Lord Sterndale overweegt:

I think that where the evidence shows damage quite exceptional, and such as has never in a long experience been known to arise under the normal conditions of such a transit, there

56. *Noten BV v. Harding* (1990) 2 Lloyd's Rep. 283 (CA).

57. *British & Foreign Marine Insurance v. Gaunt* (1921) 2 AC 41 (CA).

is evidence of the existence of a casualty, or something accidental, and of a danger or contingency which might not arise, although the particular nature of the casualty was not ascertained.

Opmerking verdient dat het vaak niet gemakkelijk zal zijn om vast te stellen dat voorgaande transporten zodanig vergelijkbaar zijn dat het gerechtvaardigd is aan te nemen dat sprake moet zijn van een onbekende van buiten komende oorzaak. Wanneer is een transport vergelijkbaar? Vele omstandigheden, zoals de aard van de goederen, weersinvloeden (vochtigheid, temperatuurverschillen), kunnen een rol spelen. Hoeveel van dergelijke omstandigheden moet een rechter in ogenschouw nemen? Ook voor deze afweging zal een rechter zich wellicht moeten verlaten op een deskundige.

Van buiten komende oorzaak versus eigen gebrek

Wanneer geen (van buiten komende) afwijkende omstandigheid die los staat van het gebrek, kan worden aangewezen of voldoende aannemelijk kan worden gemaakt, blijft het eigen gebrek over als rechtens relevante oorzaak. Wat afwijkend is hangt af van hetgeen men beschouwt als de marges binnen het normale. De omstandigheden in vergelijkbare gevallen behoeven niet precies gelijklopend te zijn. Zo zullen de weersomstandigheden op zee tijdens vervoer van goederen dan wel tijdens de reis van een verzekerd zeiljacht kunnen verschillen met voorgaande reizen. Toch behoeft windkracht 7 ten opzichte van windkracht 4 op voorgaande reizen geen rechtens relevante afwijkende omstandigheid (oorzaak) te zijn indien windkracht 7 niet afwijkt van hetgeen als passend binnen de normale omstandigheden wordt beschouwd. De verzekerde zaak wordt geacht de normale, de te verwachten, omstandigheden gedurende de verzekerde periode te doorstaan. Wanneer een dergelijke omstandigheid is aan te wijzen die los staat van het eigen gebrek, kan deze omstandigheid eventueel worden aangewezen als de rechtens relevante oorzaak. Wel dient er voldoende causaal verband te bestaan tussen deze omstandigheid en de schade. De leer van de adequate veroorzaking, de schade moet het redelijkerwijze te verwachten gevolg zijn van de bewuste omstandigheid, lijkt hiervoor een goede maatstaf te zijn.⁵⁸ Indien geen rechtens relevante oorzaak van de beschadiging bestaat dan blijft slechts het eigen gebrek als verklaring van de beschadiging over.

Welke oorzaak is doorslaggevend wanneer twee oorzaken een rol spelen die beide afzonderlijk niet de schade hadden kunnen veroorzaken. Als voorbeeld moge dienen het zinken van een schip na een zo geringe aanvaring dat dit type schip normaliter niet zou zinken maar nu wel omdat het schip een gebrek heeft. De aanvaring is dan wel een afwijkende omstan-

58. Zie bijv. Rb. Amsterdam 10 april 1991, S&S 1993, 54 (Rapa Iti).

digheid maar niet per definitie de rechtens relevante oorzaak omdat het zinken geen adequaat gevolg is van de aanvaring.

5.3.3 Eigen gebrek ontstaat doorgaans vóór de verzekerde periode

Gelet op de aard ervan zal het eigen gebrek zich doorgaans voordoen voordat de verzekerde periode aanvangt. Vooral in verband met de bewijslastverdeling speelt zulks een rol. Verwezen zij naar de conclusie van A-G Biegman-Hertogh dienaangaande vóór het Che Guavara arrest.⁵⁹ In dit arrest gaat het om de vraag of het zinken van de noordzeekotter Che Guavara is verzekerd onder de Nederlandse Beurs-casco polis. Verzekerde stelt in het cassatiemiddel dat het hof niet heeft vastgesteld dat bij de aanvang van de verzekering het schip was behept met een eigen gebrek (niet zeewaardig was) en derhalve een beroep op de uitsluiting 'eigen gebrek' niet gerechtvaardigd is. Vermoedelijk heeft verzekerde hiermee op het oog gehad de aanvang van de verzekerde periode en niet het moment van het sluiten van de overeenkomst.⁶⁰ De A-G acht deze stelling niet van belang:

De vraag naar zeewaardigheid van een schip bij de aanvang van de reis (welk tijdstip niet hoeft samen te vallen met het begin van de periode van verzekering) is, in verband met de 'zorgplicht', van belang voor de aansprakelijkheid van de vervoerder van goederen over zee, en dus ook van diens assuradeur (zie hierover o.m. Royer, Hoofdzaken der Vervoers(ders: AB?)aansprakelijkheid in het zeerecht, diss. Leiden 1959, p. 380 e.v., Van Oven a.w., p. 271 e.v.); in het onderhavige geval echter is deze vraag niet ter zake dienende, nu ongeacht het moment dat het schip onzeewaardig is geworden, de verzekeraar niet hoeft uit te keren, indien die onzeewaardigheid een gevolg was van eigen gebrek van het schip.

In het licht van het gegeven dat de verzekerde in beginsel het verzekerde evenement, i.c. een van buiten komende oorzaak, dient aan te tonen, lijkt het op de weg van de verzekerde te liggen het vermoeden van een eigen gebrek als de schadeoorzaak weg te nemen. Verzekerde zou dan moeten aantonen, althans aannemelijk maken, dat het schip bij aanvang van de verzekerde periode zeewaardig was. Dat rechtvaardigt immers het vermoeden dat de schade niet door een eigen gebrek maar door een gedekt evenement was veroorzaakt aangezien zonder bijzondere omstandigheden niet aannemelijk is dat het schip tijdens de verzekerde reis behept raakt met een eigen gebrek. Uit het arrest blijkt echter niet dat verzekerde zulks aannemelijk heeft kunnen maken of dat hij in de feitelijke instanties hiervoor bewijs heeft aangeboden. Was dit wel het geval geweest dan had de verzekeraar mogelijk aannemelijk moeten maken dat het eigen gebrek is ontstaan tij-

59. HR 23 april 1982, NJ 1982, 520, m.nt. BW.

60. Dit is niet geheel duidelijk. In de alinea na de bewuste klacht echter wordt afzonderlijk onder nr. 7 van het cassatiemiddel ('Evenmin is door het Hof vastgesteld...') het moment van het sluiten van de verzekering aan de orde wordt gesteld.

dens de verzekerde reis, want ook dan kan er sprake zijn van een niet gedekte schade. Met A-G Biegman-Hartogh ben ik van mening dat zee-waardigheid bij de aansprakelijkheid van de vervoerder een andere rol speelt dan bij de transportgoederenverzekering. Volgens artikel 8:381 BW heeft de vervoerder slechts vóór en bij aanvang van de reis de verplichting tot het zeewaardig maken van het schip. Voor handelingen van de bemanning gepleegd bij de behandeling van het schip is de vervoerder volgens artikel 8:383 lid 2 sub a BW niet aansprakelijk. Voor de transportgoederenverzekering ontbreekt een dergelijke specifieke regeling. Echter, uit het voorgaande is gebleken dat het ook voor de vaststelling van de rechtens relevante oorzaak in het kader van de polisvoorwaarden van belang kan zijn te weten of er voorafgaande aan de verzekerde reis sprake was van een eigen gebrek.⁶¹ Meestal kan het eigen gebrek namelijk slechts dan in aanmerking komen als rechtens relevante oorzaak. Immers, wanneer een eigen gebrek *tijdens* de reis ontstaat, de motor van het schip begeeft het bijvoorbeeld, zal er immers dikwijls ook een andere van buiten komende oorzaak een rol spelen (de machinist heeft bijvoorbeeld een fout gemaakt).⁶²

5.4 Diefstal

In gevallen waar het voor de verzekerde problematisch of zelfs onmogelijk is de oorzaak van de schade te bewijzen kan de rechter de bewijslast verlichten. Wanneer bijvoorbeeld de dader niet wordt gevonden is bewijs van diefstal, wanneer daar strenge eisen aan worden gesteld, nagenoeg onmogelijk. De rechter stelt aan dit bewijs dan ook geen al te zware eisen.⁶³ Dat is anders wanneer de omstandigheden aanleiding geven tot twijfel omtrent de door verzekerde gestelde oorzaak. Illustratief is het arrest Krassenburg/Stad Rotterdam.⁶⁴ Krassenburg is verzekerd tegen o.a. aansprakelijkheid en diefstal, maar niet tegen beschadiging van zijn auto. Hij botst frontaal met zijn auto tegen een paal waardoor een zware beschadiging ontstaat. De auto is niet meer rijvaardig en wordt weggesleept. Ruim een maand later doet Krassenburg aangifte van diefstal van zijn auto. Nadien treft de politie de auto met daarin een sleutel aan bij een sloopbedrijf, dat de herkomst van de auto niet kan verklaren. De auto heeft (nog steeds) een beschadiging die kan zijn ontstaan bij de botsing met de paal. Krassenburg stelt weliswaar dat hij zijn auto heeft laten herstellen maar kan dit niet bewijzen. Krassenburg stelt dat zijn auto is gestolen en vordert van zijn verzekeraar schadevergoeding. De verzekeraar betwist gemotiveerd, onder aanvoering van bovengenoemde feiten, de diefstal. De vordering wordt afgewezen aangezien Krassenburg er niet in slaagt te bewijzen dat de diefstal heeft plaatsgevonden.

61. Vgl. nr. 3.2.1 en 3.2.2.

62. Zie HR 2 mei 1997, NJ 1997, 597 (Fortuna).

63. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 169.

64. HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 141.

Krassenberg stelt in hoger beroep dat zijn aangifte bij de politie niet als voldoende bewijs van diefstal is aangemerkt. Het hof oordeelt evenwel dat ook bij een verzekering als de onderhavige de bewijslast van het verzekerde evenement in beginsel bij de verzekerde rust:

Appellant gaat er blijkbaar van uit dat, bij een verzekering als de onderhavige, de verzekerde die aangifte bij de politie heeft gedaan van diefstal, jegens de verzekeraar verder niet tot bewijs van dat evenement gehouden is. Dat uitgangspunt is evenwel zeker in zijn algemeenheid onjuist. Het hangt van de zich voordoende omstandigheden af of en zo ja in hoeverre de verzekerde in redelijkheid ontheven kan worden geacht van de hier in beginsel op hem rustende bewijslast.

Gelet op de gemotiveerde betwisting door verzekeraar die de stellingen van Krassenburg onvoldoende aannemelijk maken, oordeelt het hof dat de rechtbank terecht het bewijs van diefstal aan Krassenburg heeft opgedragen.

A-G Strikwerda wijst erop dat bewijsnood op zichzelf geen reden is om in te grijpen in de bewijslastverdeling ingevolge artikel 177 Rv (oud: AB). Hij benadrukt dat verzekerde ook met indirect bewijs, dat wil zeggen door het bewijs van feiten (hulpfeiten) waaruit kan worden afgeleid dat de diefstal heeft plaatsgevonden, het bewijs kan leveren. Bewijs van de gestelde reparatie, of van het feit dat Krassenburg inderdaad op de dag van de diefstal naar Amsterdam is gereden, of dat hij na die dag de sleutels van de auto nog in zijn bezit had kunnen in dit verband volgens hem bijvoorbeeld bijdragen tot voldoening aan de bewijsopdracht.

De Hoge Raad oordeelt dat het Hof een juiste bewijslastverdeling heeft toegepast:

Het Hof is terecht ervan uitgegaan dat op degene die uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst als de onderhavige schadevergoeding ter zake van diefstal van zijn auto vordert, de bewijslast rust van zijn stelling dat de diefstal heeft plaatsgevonden, ingeval de verzekeraar die stelling gemotiveerd betwist. Dit is niet anders indien de dief niet kan worden opgespoord. Anders dan onderdeel 1.1 klaarblijkelijk veronderstelt, is bewijs van diefstal ook in een dergelijk geval zeer wel mogelijk, te weten door bewijs te leveren van feiten en/ of omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat de gestelde diefstal heeft plaatsgevonden.⁶⁵

Ook in de zaak Zwolsche Algemene/A⁶⁶ slaagt verzekerde niet in het bewijs dat sprake is van diefstal. P sluit een motorrijtuigverzekering (aansprakelijkheid en casco) af bij verzekeraar Zwolsche Algemeene (ZA). Zij leent haar auto zo nu en dan uit aan haar broer L. Acht maanden na het sluiten van de verzekering stelt de politie P ervan op de hoogte dat door een

65. De Hoge Raad maakt hier geen scherp onderscheid tussen het stadium van de stelplicht en het stadium van de bewijslastverdeling. Zie voor dit onderscheid G.J. Visser, Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties, TCR 1997, p. 73 e.v.

66. HR 11 april 2003, NJ 2004, 568, m.nt. MMM.

onbekend gebleven persoon is gemeld dat haar auto in brand stond. P vordert schadevergoeding. Zij stelt dat de auto is gestolen van een parkeerterrein aan de achterzijde van de woning van L die stelt dat hij op de bewuste avond te voet is vertrokken om te zaalvoetballen en 's nachts thuis kwam. De volgende ochtend heeft P haar broer gebeld met de vraag of de auto nog geparkeerd stond. Na constatering dat zulks niet het geval was hebben P, haar echtgenoot en L bij de politie aangifte gedaan van diefstal. ZA weigert de schade te vergoeden aangezien zij niet bewezen acht dat de auto is gestolen. ZA voert daartoe een aantal omstandigheden aan, zoals: het is onaannemelijk dat een dief zich de moeite getroost om een alarm en een startonderbreker onklaar te maken met het enkele doel om die auto enkele kilometers verderop in brand te steken; Opel Astra's met voornoemde preventieve voorzieningen worden niet vaak gestolen; L heeft een strafblad. De Rechtbank stelt P gelet op de gemotiveerde betwisting door ZA in de gelegenheid bewijs van de diefstal te leveren. Nadat P heeft medegedeeld dat zij van deze gelegenheid geen gebruik wenste te maken (zij vond dat zij al voldoende feiten en omstandigheden had gesteld) wijst de Rechtbank de vordering af. Het Hof overweegt dat aan de onderhavige op L rustende bewijslast niet al te hoge eisen mogen worden gesteld en wijst de vordering toe. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof. Onder verwijzing naar zijn arrest Krassenburg/Stad Rotterdam⁶⁷ overweegt de Hoge Raad dat onder omstandigheden de enkele aangifte van diefstal in een door de politie opgemaakt proces-verbaal als voldoende bewijs kan worden aanvaard. Weliswaar heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, maar het mocht *'niet zonder motivering voorbij gaan aan hetgeen Zwolsche Algemeene, noodzakelijkerwijs weinig concreet, met de hiervoor in 3.3 onder a) tot en met f) vermelde stellingen, tegen dat relaas (van L: AB) heeft ingebracht.'*

Uit deze arresten van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat:

- Op de verzekerde de bewijslast van diefstal rust.
- De rechter in beginsel deze bewijslast verlicht door niet al te zware eisen hieraan te stellen.
- De bewijslast weer zwaarder wordt als de verzekeraar voldoende gemotiveerd de stellingen van verzekerde betwist, de verzekeraar derhalve voldoende twijfel weet te zaaien.

In dit opzicht wijkt de bewijslastverdeling mijns inziens niet wezenlijk af van de bewijslastverdeling bij andere gedekte schade oorzaken waarbij op de verzekerde een betrekkelijk geringe bewijslast rust, dan wel waarbij de rechter normaal gesproken die bewijslast verlicht. Hetzelfde principe geldt immers voor de all-risksdekking. In beginsel heeft de verzekerde daar een betrekkelijk lichte bewijslast. Wanneer echter het vermoeden rijst dat het relaas van de verzekerde niet juist is, wordt deze bewijslast verzwaard.⁶⁸

67. HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 141.

68. Rb. Amsterdam 7 november 1984, S&S 1985, 66. Verwezen zij naar nr. 5.1 en 5.2.

Ook volgens Duits recht worden bij diefstal niet al te hoge eisen gesteld aan het bewijs. Voldoende is dat de verzekerde aangifte van diefstal bij de politie doet en dat vaststaat dat de verzekerde zaak vóór de gestelde diefstal op een bepaalde plaats aanwezig was en na die tijd niet meer. Wanneer de geloofwaardigheid in het geding is dient de verzekerde meer omstandigheden te stellen en zonedig te bewijzen. Verzekeraars kunnen in hun verweer zowel de geloofwaardigheid van de verzekerde zelf als de geloofwaardigheid van zijn voorstelling van zaken naar voren brengen.⁶⁹

5.5 Bewijs van eigen (merkelijke) schuld en opzet. Brand

De verzekeraar dient in het kader van artikel 294 K te bewijzen dat sprake is van eigen merkelijke schuld van de verzekerde, alsmede dat tussen de gedraging van verzekerde en de brandschade causaal verband bestaat. Aan dit bewijs worden strikte eisen gesteld. Niet snel wordt aangenomen dat het bewijs door vermoedens is geleverd, althans niet snel wordt voorshands bewezen geacht dat de brand door merkelijke schuld is veroorzaakt. Gezaghebbend in dit verband is het door Visser gemaakte onderscheid tussen de constructie 'voorshands bewezen achten behoudens tegenbewijs' en 'omkering van de bewijslast'.⁷⁰ In het eerste geval berust de bewijslast (en dus ook het bewijsrisico) in beginsel bij de verzekerde, maar acht de rechter het voldoende dat de stellingen van de partij die de bewijslast heeft niet met zekerheid zijn komen vast te staan. In het tweede geval gaat de bewijslast (en dus ook het bewijsrisico) over naar de wederpartij.

Nu het bewijsrisico in beginsel bij de verzekeraar rust, rust op deze ook het risico dat onbewezen blijft dat de brand door merkelijke schuld van de verzekerde is ontstaan. Daarbij past niet toepassing van de zgn. omkeringsregel waarin uit het maken van bepaalde fouten die een kans op schade teweeg brengen de aanwezigheid van causaal verband wordt afgeleid. Niet voldoende is ook toepassing van de methode van eliminatie waarbij de verzekeraar bij gebreke aan voldoende positief bewijs van merkelijke schuld van de verzekerde volstaat met verwerping van mogelijke andere oorzaken.

Illustratief is het arrest Amev/Sjors Meubel.⁷¹ Verzekerde Sjors Meubel BV (hierna Sjors) sluit een bedrijfsschadeverzekering en een verzekering voor roerende zaken bij verzekeraar AMEV. Ruim een jaar later ontstaat brand in

69. Pröls/Martin (Kollhoser), 2004, § 49, Anm. 55.

70. G.J. Visser, Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties, TCR 1997, p. 73 e.v. (W.H. Bouman, Bb 23 maart 2001, nr. 6, p. 73 merkt op dat naar verluidt dit artikel bij veel rechters steeds binnen handbereik ligt). Visser stelt dat het rechterlijk vermoeden geen bewijsmiddel meer is. Het betreft hier volgens hem een verouderde term voor wat nu voorshands bewezen wordt geacht. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 277 hanteert in het kader van de bewijslastverdeling wel het rechterlijk vermoeden. In de praktische uitwerking is er mijns inziens geen verschil.

71. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 m.nt. MMM.

het pand alwaar Sjors zijn bedrijf uitoefent. Twee brandhaarden worden aangetroffen, één bij de polyester vuilcontainer en één bij de spuitmachine. Vast staat dat Sjors diverse brandveiligheidsvoorschriften van de hinderwetvergunningen niet is nagekomen. Zo heeft Sjors geen metalen afvalbakken voorzien van zelfsluitende metalen deksels gebruikt. AMEV stelt dat er aanwijzingen zijn van brandstichting door verzekerde en dat er 'structureel een klimaat werd geschapen waarbij een willekeurige vergissing tot brand leidt, of met grote mate van waarschijnlijkheid vroeg of laat zal leiden'. AMEV doet een beroep op artikel 294 K. (uitsluiting van merkelijke schuld). De oorzaak van de brand komt niet vast te staan.

De Rechtbank oordeelt dat sprake is van merkelijke schuld en wijst de vordering van Sjors af. Het hof laat in het midden of sprake is van merkelijke schuld en oordeelt dat niet is komen vast te staan dat er ook causaal verband bestaat tussen de merkelijke schuld van Sjors en de brand. In cassatie gaat het voornamelijk om de vraag of causaal verband tussen het nalatige gedrag (overtreding van de veiligheidsvoorschriften) van Sjors en de brand moet worden bewezen door AMEV of door Sjors. Verzekeraars stellen dat bij toepassing van artikel 294 K. causaal verband moet worden voorondersteld.

De Hoge Raad stelt voorop:

- (1)
- (2) *Voorzets rust op de verzekeraar de last te bewijzen dat de brand door de merkelijke schuld is veroorzaakt, dat wil zeggen dat causaal verband bestaat tussen het als merkelijke schuld te kwalificeren gedrag van de verzekerde en de brand.*
- (3)
- (4) *Is weliswaar de brand zelf niet door merkelijke schuld van de verzekerde veroorzaakt, maar heeft de brand zich als gevolg van onzorgvuldig gedrag van de verzekerde kunnen uitbreiden, dan is art. 294 eveneens van toepassing indien deze onzorgvuldigheid van de verzekerde, in verband met de voorzienbaarheid van de brand, zo ernstig was dat zij als merkelijke schuld in de zin van art. 294 dient te worden gekwalificeerd.*

Schending van de veiligheidsvoorschriften is volgens de Hoge Raad geen omstandigheid die een omkering van de bewijslast rechtvaardigt:

In onderdeel 2.3 wordt betoogd dat het Hof niet heeft onderzocht of aan schending van de hiervoor bedoelde veiligheidsvoorschriften in dit geval niet het gevolg moet worden verbonden dat het aan (verweerster) is te bewijzen dat de brand ook mét het in acht nemen van de brandveiligheidsvoorschriften zou zijn ontstaan. Het Hof is klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat geen grond ervoor was aan te nemen dat zó waarschijnlijk was dat de brand door de aan (verweerster) verweten merkelijke schuld was veroorzaakt dat op haar de bewijslast rustte het tegendeel te bewijzen.

De cassatiemiddelen falen derhalve. Op één onderdeel heeft de verzekeraar evenwel bij de Hoge Raad wel (en bij de A-G geen) succes. Het hof heeft namelijk niet gerespondeerd op de stelling van verzekeraar dat de brand zich als gevolg van als merkelijke schuld van Sjors aan te merken onzorg-

vuldigheid, heeft kunnen uitbreiden: *In de van haar afkomstige stukken heeft Amev bij herhaling gesteld dat het vuur tot de vuilcontainer zou zijn beperkt indien gebruik was gemaakt van metalen afoalbakken voorzien van zelfsluitende metalen deksels.*

Voorts doen verzekeraars een beroep op de hierboven vermelde omkeringsregel. A-G Spier acht deze regel niet van toepassing aangezien honoreren van dat beroep de poten onder artikel 294 K zou wegzagen. Bovendien kunnen verzekeraars door het opnemen van zgn. preventieve garanties, waarin de verplichting tot het nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen is opgenomen, een voor hen gunstige causaal-verband regel creëren.⁷²

De Hoge Raad stelt verzekeraars grotendeels in het ongelijk. Verzekeraars moeten bewijzen dat sprake is van een ernstige mate van schuld. Bovendien moeten zij het causaal verband tussen de gedraging van de verzekerde en de schade aantonen. Ten aanzien van de omkeringsregel overweegt de Hoge Raad dat hij die weliswaar in gevallen van onrechtmatige daad en wanprestatie in een reeks van arresten heeft aanvaard (in deze zin, aldus de Hoge Raad, HR 30 oktober 1953, NJ 1954, 261 en laatstelijk HR 16 juni 2000, nr. C98/300, RvdW 2000, 155), maar dat de regel in het onderhavige geval geen toepassing kan vinden. De Hoge Raad overweegt:

‘Niet gesteld is dat de gedragingen die Amev aan Sjors verwijt als onrechtmatig jegens Amev moeten worden aangemerkt dan wel dat deze gedragingen als een aan Sjors toerekenbare tekortkoming in de nakoming van enige verbintenis jegens Amev moet worden aangemerkt. Het Hof heeft zulks dan ook niet vastgesteld. De voorwaarde voor toepassing van de regel, te weten onrechtmatig gedrag van Sjors jegens Amev dan wel door Sjors jegens Amev gepleegde wanprestatie, is derhalve niet vervuld.’

Kennelijk rechtvaardigen de stellingen van de verzekeraar niet dat, behoudens tegenbewijs te leveren door Sjors, het bewijs van causaal verband voorshands is geleverd. Over toepassing van de omkeringsregel bij artikel 294 K is na het arrest discussie ontstaan. Kamphuisen meent dat merkelijke schuld in de zin van artikel 294 K kan worden opgevat als wanprestatie van de verzekerde jegens de verzekeraar en langs deze omweg acht hij in tegenstelling tot de Hoge Raad toepassing van de omkeringsregel mogelijk.⁷³ Naar mijn mening verliest Kamphuisen met deze stelling uit het oog dat het stelsel van dekkings- en uitsluitingsbepalingen de schadevergoedingsverplichting van de verzekeraar voortvloeiend uit de verzekeringsovereenkomst nader bepaalt. Bij de verzekeringsovereenkomst gaat het in de eerste plaats om de in de overeenkomst gemaakte afspraken. Mogelijk is het de bedoeling van partijen om eigen (merkelijke, grove) schuld mee te verzeke-

72. Zie hierna Bicak/Aegon, HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM.

73. Kamphuisen, De gevolgen van ongeregeld gedrag in het verzekeringsrecht, oratie Nijmegen, Tjeenk Willink Deventer, 2001, p. 34.

ren. Een beroep op wanprestatie is niet mogelijk aangezien de verzekerde met zijn eigen schuld opleverende handeling geen schade, in ieder geval niet rechtstreeks, toebrengt aan de verzekeraar. De verzekerde benadeelt alleen zichzelf, de verzekeraar hoeft slechts te betalen als hij daar uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst toe verplicht is.⁷⁴ Wansink wijst erop dat het niet nakomen van de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 283 K, in tegenstelling tot eigen merkelijke schuld in de zin van artikel 294 K, wel wanprestatie oplevert aangezien hier als sanctie 'schadevergoeding' geldt.⁷⁵ Overigens is de betekenis van de omkeringsregel bij onrechtmatige daad en wanprestatie aanzienlijk afgenomen doordat steeds strengere eisen worden gesteld aan toepassing ervan. Giesen vraagt zich zelfs af of de regel nog wel enige betekenis heeft.⁷⁶ Veel zeggend is een vijf tal uitspraken van de Hoge Raad waarin elke keer een beroep op de omkeringsregel is afgewezen.⁷⁷ Het betreft hier een 'echte' omkering van de bewijslast. De terughoudende toepassing van de omkeringsregel is begrijpelijk in het licht van de constatering van Visser dat de rechter in de praktijk niet veelvuldig gebruik maakt van zijn bevoegdheid om op grond van de redelijkheid en billijkheid de bewijslast om te keren:

'De verwachting dat de rechter de bevoegdheid om op grond van redelijkheid en billijkheid de bewijslast om te keren, veelvuldig hanteert, komt niet uit. De werkelijkheid is dat de praktijk veelal gebruik maakt van de eerder al genoemde verzwaarde motiveringsplicht (van de arts, de werkgever) of van de als stadium 3 te bespreken constructie dat de rechter aanneemt dat de eisende partij in haar bewijs 'voorschans' is geslaagd. De echte omkering van de bewijslast op grond van redelijkheid en billijkheid zien we vooral in het geval dat de ene partij door toedoen van de andere partij in een moeilijker bewijspositie is komen te verkeren. Denk aan het zoekmaken van bewijsstukken, aan het heel laat reageren op een onjuist geachte gedraging van de andere partij. De bewijslast kan daardoor verschuiven. Ook is goed voorstelbaar dat wanneer een partij door de buitengewoon trage

74. M. van Ardenne-Dick en A. Blom, Eigen schuld en opzet in het verzekeringsrecht. In: K.F. Haak en F.L. Koot, Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht, Sanders Instituut/Kluwer, 2004, p. 107 e.v. A-G Spier wijst in zijn conclusie voor het arrest op de eigen context van het aansprakelijkheidsrecht waarin de omkeringsregel tot ontwikkeling is gekomen.

75. J.H. Wansink, Eigen schuldperikelen in het perspectief van het nieuwe verzekeringsrecht, AV&S 2004, p. 66 e.v.

76. Giesen, AV&S 2001, p. 150 e.v.

77. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (lekkende container met zeer giftige stoffen die op het terrein van benadeelde milieuschade veroorzaakt); HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, m.nt. DA (vordering inkomensschade vanwege het door de Gemeente onterecht weigeren van een vergunning voor de uitbreiding van een bedrijf); HR 18 april 2003, NJ 2004, 306, m.nt. DA (vordering van een expeditiebedrijf terzake van diefstal van sigaretten na inbraak uit haar loods tegen een door haar ingeschakeld beveiligingsbedrijf dat haar taak niet naar behoren heeft uitgevoerd); HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, m.nt. DA (vordering van de echtgenote van een overleden patiënt jegens een huisarts die te lichtvaardig heeft gehandeld nadat hij van de echtgenote telefonisch ervan op de hoogte werd gesteld dat de patiënt na het innemen van Seresta achttien uur sliep en niet aanspreekbaar was); HR 9 april 2004, NJ 2004, 308, m.nt. DA (bromfietstuurster vordert letselschade vanwege fibromyalgie klachten nadat zij is aangereden door een automobilist).

*wijze van procederen van de andere partij in bewijsproblemen komt de redelijkheid en billijkheid een omkering van de bewijslast rechtvaardigen.*⁷⁸

Opvallend is dat in een vergelijkbare zaak waarin de verzekerde ook verzuimt bepaalde veiligheidsvoorschriften na te komen, de bewijslastverdeling gunstiger voor verzekeraars is. In het arrest *Bicak/Aegon*⁷⁹ heeft verzekerde met verzekeraar Aegon een brandverzekering gesloten voor zijn cafébedrijf. In de polisvoorwaarden is een preventieve garantie opgenomen volgens welke verzekerde van metalen afvalcontainers en peukenverzamelers voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken gebruik moet maken. Na het uitbreken van een brand blijkt dat verzekerde gebruik heeft gemaakt van plastic afvalbakken. In deze zaak kan de verzekeraar met een beroep op het niet naleven van de garantie de vordering tot schadevergoeding afwijzen, tenzij de verzekerde bewijst dat het causaal verband tussen het niet naleven van de garantie en de schade ontbreekt.⁸⁰ Hier rust de bewijslast dus niet op de verzekeraar, maar dient de verzekerde te bewijzen dat het causaal verband ontbreekt.

Ter verklaring van het verschil in bewijslast zij erop gewezen dat de van elkaar verschillende juridische constructies ieder een eigen uit artikel 150 Rv. voortvloeiende stelplicht en bewijslastverdeling hebben. Bij een voorwaarde treedt de verbintenis tot schadevergoeding pas in nadat de verzekerde aan de voorwaarde heeft voldaan. De verzekeraar kan dus volstaan met te stellen en te bewijzen dat niet is voldaan aan de voorwaarde. Daarentegen moet, nadat verzekerde heeft gesteld en bij betwisting bewezen dat sprake is van een gedekt evenement⁸¹, verzekeraar stellen en bij betwisting bewijzen dat de schade een gevolg is van een uitgesloten schadeoorzaak. Illustratief is de conclusie van A-G Spier in de zaak *AMEV / Sjors Meubel BV*⁸²:

Bij gebreke van andersluidende bepalingen kan de verzekeraar zich slechts in geval van merkelijke schuld waardoor de schade is veroorzaakt aan uitkering onttrekken. Van merkelijke schuld is niet spoedig sprake. (O.m. HR 3 februari 1989, NJ 1990, 477 rov. 3.5 en HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814, rov. 3.3.) Het wettelijk stelsel zou worden ontkracht wanneer, zoals de subonderdelen voorstaan, het causaal verband zou worden voorondersteld. Voor het formuleren van een dergelijke regel bestaat ook geen aanleiding, noch ook bestaat er behoefte aan omdat verzekeraars desverkiezend zulks zelf in de polisvoorwaarden kunnen opnemen; ook kunnen zij bepalen dat de verzekerde bepaalde veiligheids-

78. Visser, t.a.p., p. 74-75. I. Giesen, *RMThemis* 2004, p. 94 stelt dat hij niet verbaasd zou zijn als de Hoge Raad de omkeringsregel terug zou brengen tot een *'heel gewoon feitelijk (rechterlijk) vermoeden van causaal verband'*. Hij constateert echter tegelijkertijd dat niet in overeenstemming met deze verwachting is, dat de Hoge Raad zo uitvoerig zijn best heeft gedaan de 'omkeringsregel' nader uit te leggen.

79. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM.

80. Voor een uitgebreidere bespreking van het arrest zij verwezen naar hoofdstuk 9.

81. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 6.10; Clausing, 1998, nr. 4.3.1.

82. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119.

voorzieningen in acht moet nemen. (Vgl. HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 MMM; alsdan geldt een voor de verzekeraar gunstige causaal verband-regel (rov. 3.4); HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 780).

5.5.1 Brandstichting

Bij het bewijs van brandstichting is het onderscheid tussen 'omkering van de bewijslast' en 'voorshands bewezen verklaren behoudens te leveren tegenbewijs' zeer van belang.

In het Kruiemeldief-arrest⁸³, waaraan in de inleiding reeds aandacht is besteed, slagen verzekeraars er niet in brandstichting door verzekerde voldoende aannemelijk te maken. J heeft een opstalverzekering voor zijn woning en een inboedelverzekering voor zijn inboedel afgesloten. Door een brand ontstaat aanzienlijke schade aan het pand (ongeveer f 70.000,-) en de inboedel (ongeveer f 40.000,-). Verzekeraars wijzen de vorderingen af op grond van een ernstig vermoeden van brandstichting door J. Rechtbank en hof stellen verzekeraars in het gelijk. Het hof overweegt dat de bewijslast van brandstichting in beginsel bij verzekeraars berust, maar dat de feiten en omstandigheden een omkering van de bewijslast rechtvaardigen. Het hof baseert zijn oordeel hoofdzakelijk op een door het hof als 'goed gemotiveerd' aangemerkt onderzoeksrapport van een door verzekeraars ingeschakeld bureau dat als vermoedelijke oorzaak vermeldt: *'brandstichting (modus) onbekend'*. Een mogelijke technische oorzaak, zoals een defect in een kruiemeldief en/of bijbehorende transformator wordt volgens het hof door een door de rechtbank benoemde deskundige als 'uiterst onwaarschijnlijk' aangemerkt. Het hof benadrukt overigens dat deze conclusie van de deskundige niet met zoveel woorden in het rapport staat vermeld. Het hof oordeelt dat J. het hem opgedragen bewijs 'dat de brand in de woning te H op 9 juni 1993 is ontstaan zonder dat sprake was van merkelijke schuld of nalatigheid ten aanzien van de oorzaak van die brand' niet heeft geleverd. Het cassatiemiddel klaagt er onder meer over dat de door het hof gegeven bewijsopdracht een ware 'probatio diabolica' is aangezien vaststaat dat het restant van de kruiemeldief na de brand niet technisch is onderzocht en ook niet meer voor technisch onderzoek beschikbaar is (het hof heeft in overweging 2.9 geoordeeld dat J slechts in zijn bewijslast kan slagen als *'het door hem bijgebrachte bewijs leidt tot de conclusie dat sprake is geweest van een technische storing in het elektrische circuit van lamp en/of kruiemeldief met laadapparaat'*).

A-G Spier staat nadrukkelijk stil bij de problemen die J stelt te hebben als zijn schade niet wordt vergoed. Voorts constateert hij dat de rechtbank en het hof een onjuiste slotsom kunnen hebben bereikt en dat het mogelijk is dat J geheel onschuldig is. Desondanks meent hij dat er keuzes moeten worden gemaakt die fout kunnen uitpakken. Hij vervolgt: *Ik zeg dat met weinig vreugde, maar het is een realiteit* (dat de rechter geen middelen ten dienste

83. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419, m.nt. MMM.

staan om met zekerheid vast te stellen of (hoe) bepaalde feiten hebben plaatsgevonden: AB) *waar ook J. (als Uw Raad het beroep verwerpt) mee zal moeten leven.*' Deze mededelingen van A-G Spier⁸⁴ zijn in het licht van zijn verwerping van het cassatieberoep te meer moeilijk te plaatsen nu hij zijn conclusie besluit met de mededeling dat de 'ontboezemingen' van de door verzekeraar ingeschakelde deskundige niet terstond overtuigen.⁸⁵

De Hoge Raad maakt korte metten met het arrest van het hof en (verwezen zij naar de inleiding) oordeelt dat de verzekeraar dient te bewijzen dat de brand door merkelijke schuld van de verzekerde is ontstaan.

Omkering van deze bewijslast is niet gerechtvaardigd. Het Hof heeft '*... niet voldoende feiten vastgesteld die een omkering van de bewijslast rechtvaardigen noch voldoende inzicht gegeven in de gedachtengang die het hiertoe heeft geleid. De omstandigheid dat geen sprake is geweest van een buiten toedoen van J. gelegen technische oorzaak van de onderhavige brand is daartoe niet voldoende nu, zoals hiervoor is overwogen, het risico dat onbewezen blijft dat de brand door merkelijke schuld van de verzekerde is ontstaan in beginsel op de verzekeraar rust.*'

84. Opvallend zijn ook zijn beschouwingen naar aanleiding van het debat over de 'equality of arms'. Van Oven merkt als advocaat van J op dat van J, die gelet op zijn financiële omstandigheden niet in staat was zelf een deskundige in te schakelen, niet mag worden verwacht dat hij gefundeerd de bevindingen van het rapport van de door verzekeraars ingeschakelde deskundige bestrijdt (J kon volgens A-G Spier slechts met vage en algemene stellingen het meer gefundeerde rapport bestrijden). A-G Spier: '*De consequentie zou immers, ten einde doorgedacht, zijn dat iedere justitiabele die over onvoldoende financiële middelen beschikt recht zou hebben op de beste advocaat en op de beste deskundige. Dezen zouden hun werk ofwel geheel of ten dele kosteloos moeten verrichten, dan wel door de overheid moeten worden gefinancierd. De overheid heeft, zoals bekend, andere prioriteiten. Van advocaten en deskundigen kan een dergelijk altruïsme niet worden gevergd. Nog geheel afgezien van het feit dat de beste advocaten en deskundigen schaars zijn. Trekken ze zich de belangen aan van onvermogens, dan zijn ze niet beschikbaar voor anderen. Deze laatsten zouden dan met vergelijkbare klachten kunnen komen, waarmee we zouden belanden in een juridisch perpetuum mobile. Daarin loopt de stelling vast.*' J beschikt blijkbaar in cassatie gelukkig toch over zo'n topadvocaat die zich de belangen van de minder gefortuneerde justitiabele aantrekt. De redenering van deze advocaat weet bij de Hoge Raad immers meer respect af te dwingen dan hetgeen door de A-G dienaangaande wordt gesteld: de Hoge Raad haalt een streep door deze vorm van klassenjustitie. Mijns inziens ziet A-G Spier eraan voorbij dat het hier ten principale niet in de eerste plaats gaat om toebedeling van de beste advocaat of deskundige maar om een objectieve vaststelling van de feiten. Naar mijn mening zijn de éézijdig door een door verzekeraars aangewezen deskundige vastgestelde feiten minder objectief te noemen dan wanneer ook de verzekerde een deskundige had kunnen inschakelen. Dat behoort consequenties te hebben voor de bewijslastverdeling. Het zou dan ook naar mijn mening, niet alleen voor de verzekerde maar ook voor de verzekeraar, wenselijk zijn als in de polisvoorwaarden wordt geregeld dat de verzekerde voor rekening van de verzekeraar een expert mag inschakelen. Dit geldt, gelet op de lastige bewijsvraag, te meer indien er een vermoeden van brandstichting bestaat. Doorgaans beschikt de verzekerde reeds over dit recht, maar dan alleen voor de vaststelling van de schade.

85. Zie nr. 4.5 van de conclusie. A-G Spier benadrukt dat 'de geëerde steller van de s.t. voor J' zulks omstandig en niet zonder grond uiteenzet. Zijn conclusie (nr. 2.16) vermeldt overigens de stelling van verzekeraars dat Stekelenburg de kruimeldief in handen heeft gehad en deze kort heeft bekeken. De kruimeldief was echter verworden tot een klomp plastic en de technische recherche heeft deze niet zekergesteld. In een noot vermeldt A-G Spier vervolgens: '*Dat laatste valt te begrijpen nu de onderzoeker van Stekelenburg, naar ik begrijp, dit voorwerp 'persoonlijk' in een (afval)container heeft gedeponereerd (mva blz. 5).* Van de advocaat van verzekeraars heb ik nadien vernomen dat dit op een misverstand berust. De deskundige zou later hebben verklaard dat hij de kruimeldief wel heeft gezien, maar niet heeft weggegooid.

In zijn noot wijst Mendel erop dat het hof ten onrechte ervan is uitgegaan dat de brand slechts kan zijn veroorzaakt óf door brandstichting óf door een buiten toedoen van J gelegen technische oorzaak. Hij wijst op de mogelijkheid van brandstichting door een derde en op de mogelijkheid dat sprake is geweest van een technische oorzaak van de brand weliswaar niet buiten toedoen van J, maar zonder dat dit merkelijke schuld (inclusief opzet) van J oplevert.

Gelet op het voorgaande konden verzekeraars niet volstaan met de stelling dat een technische oorzaak ontbrak. De methode van louter eliminatie van andere mogelijke oorzaken is niet voldoende, aangezien hieruit de betrokkenheid van de verzekerde bij de brand niet genoegzaam blijkt.⁸⁶ Wellicht kunnen o.m. de volgende door verzekeraars gestelde omstandigheden van belang zijn voor die betrokkenheid:

- de brand is ontstaan op het moment dat verzekerde zijn pand verliet;
- de brand zich binnen 10 minuten kon ontwikkelen;
- er sporen zijn dat in grote gebieden in de gang brandversnellende middelen werden verspreid;
- een andere oorzaak dan brandstichting onwaarschijnlijk is.

Uit het arrest blijkt niet dat de rechtbank en het hof enige aandacht hebben besteed aan een eventueel motief van J.⁸⁷ Niet blijkt dat J. door justitie is aangemerkt als verdachte van brandstichting. De technische recherche heeft bij monde van Bosma als getuige in de onderhavige procedure te dien aanzien als volgt verklaard: *‘Bij ons onderzoek ter plaatse hebben wij geen sporen van brandstichting gevonden ... wij hebben een grondig onderzoek ingesteld.’* In haar commentaar op het arrest wijst Dommering-van Rongen erop dat grove onvoorzichtigheid doorgaans gemakkelijker is te bewijzen dan opzet van de verzekerde, aangezien bij grove onvoorzichtigheid de betrokkenheid van verzekerde meestal vast staat.⁸⁸

Niet duidelijk is of de Hoge Raad in het voordeel van verzekeraars zou hebben beslist als het hof niet een ‘omkering van de bewijslast’ had toegepast, maar voorshands de stellingen van verzekeraars bewezen had verklaard behoudens door verzekerde te leveren tegenbewijs.

In de zaak Timco Import-Export/Nationale Nederlanden⁸⁹ is de methode van ‘voorshands bewezen verklaren behoudens tegenbewijs’ wél toegepast en slagen verzekeraars er wél in betrokkenheid van verzekerde bij brandstichting voldoende aannemelijk te maken.

Verzekeraar NN weigert schadevergoeding te betalen voor schade ten gevolge van een brand aan hal, inventaris en handelsvoorraden die is ontstaan in de bedrijfshal van Timco. NN vermoedt dat de brand is ontstaan

86. L. Dommering-van Rongen, AV&S mei 2001, nr. 2, p. 58 meent dat verzekeraars het bewijs eventueel kunnen leveren door andere oorzaken uit te sluiten.

87. In noot 4 van de conclusie voor het arrest constateert A-G Spier dat verzekeraars te dien aanzien wijzen op tal van omstandigheden, maar dat hem niet duidelijk is wat zij daarbij op het oog hebben.

88. L. Dommering-van Rongen, AV&S mei 2001, nr. 2, p. 58.

89. HR 12 september 2003, NJ 2005, 268.

op instigatie van Timco's directeur. Volgens een deskundigenrapport van Centrilab moet het 'inbrengen van vuur' als enige mogelijkheid om een brand van een zodanige omvang als is opgetreden te bewerkstelligen, worden aangemerkt. Cruciaal in deze zaak zijn de bevindingen van recherche en informatiebureau FIF 33 te Rotterdam. Via een tipgever worden er verklaringen tegenover Kronenburg, eigenaar van FIF 33, afgelegd waaruit blijkt dat de hal in opdracht van de directeur van Timco (C) in brand is gestoken. Het hof oordeelt uiteindelijk:

Op grond van de aan al het vooroverwogene, in onderling verband en samenhang beschouwd, te ontlenen vermoedens acht het hof, evenals de rechtbank, voorshands voldoende aannemelijk dat de brand is gesticht op instigatie van C, zodat de grief faalt.

Doorslaggevend voor dit oordeel zijn:

- bij Kronenburg afgelegde verklaringen van de brandstichters over de betrokkenheid van C
- ongeloofwaardigheid van verklaringen die deze betrokkenheid zouden moeten ontkrachten.

Als bijkomende omstandigheden neemt het hof in aanmerking:⁹⁰

- Financieel belang van Timco bij de brand, o.a. hierin bestaande dat sprake was van liquiditeitsproblemen.
- Reeds driemaal in een paar jaar tijd zijn bedrijfspanden van Timco door brand verloren gegaan, waarvan twee maal door brandstichting.
- Omstandigheden die wijzen op betrokkenheid van een 'insider'.

De uitspraak van de Hoge Raad is voor het onderhavige hoofdstuk niet bijzonder interessant omdat de cassatiemiddelen worden verworpen onder verwijzing naar art. 81 RO. Voorts verwerpt de Hoge Raad klachten met betrekking tot het niet verder toelaten van Timco tot het leveren van getuigenbewijs. Wel interessant zijn de beschouwingen van A-G Verkade in zijn conclusie vóór het arrest. Hij wijst erop dat het bewijsrisico in het kader van art. 294 K op de verzekeraar rust. Echter, hiervoor is niet noodzakelijk het verschaffen van een wiskundige mate van zekerheid over het bestaan van zekere feiten en rechten. Voldoende is dat de rechter hierover een redelijke mate van zekerheid verkrijgt. Bij de bewijswaardering kan de rechter bovendien gebruik maken van vermoedens. Voorts blijkt uit hetgeen in de conclusie aan de orde komt een essentieel onderscheid tussen enerzijds 'op voorhand behoudens tegenbewijs bewezen verklaren' en anderzijds 'omkering van de bewijslast'. Bij omkering van de bewijslast zou het bewijsrisico overgaan van de verzekeraar naar de verzekerde. Bij 'op voorhand bewezen verklaren' blijft het bewijsrisico rusten bij de verzekeraar, maar kan deze volstaan met het aan de rechter verschaffen van een redelijke mate van zekerheid door middel van vermoedens. Aldus wordt de bewijslast mijns inziens verlicht. Daartegenover staat vervolgens dat aan het tegenbewijs

90. A-G Verkade in zijn conclusie voor het arrest nr. 4.1.19 merkt over deze bijkomende omstandigheden op: *Ik heb met het in aanmerking nemen van deze omstandigheden zelfs als 'steunargumenten' moeite. Maar dat is nog niet hetzelfde als: onbegrijpelijk achten.*

ook geen al te zware eisen dienen te worden gesteld. Asser stelt in dit verband:

*Dat tegenbewijs hoeft niet te bestaan in het bewijs van het tegendeel van wat de rechter voorshands als bewezen had aangenomen. Strikt genomen is al voldoende dat door de tegenbewijslevering zoveel twijfel wordt gezaaid dat die vaststelling onhoudbaar wordt.*⁹¹

Volgens Giesen is het leveren van tegendeelbewijs bij de 'echte' bewijslastomkering daarentegen wel nodig.⁹²

Clausing/Wansink noemen een aantal zaken waarin de rechter voorshands, behoudens tegenbewijs, brandstichting bewezen heeft verklaard.⁹³ Het is natuurlijk moeilijk een rode draad aan te geven aan de hand van welke omstandigheden de rechter tot de conclusie komt dat er voldoende aanwijzingen van brandstichting en betrokkenheid van de verzekerde daarbij zijn. In elke zaak moet de rechter immers alle omstandigheden wegen en (het samenstel van) die omstandigheden (is) zijn in elke zaak verschillend. Wel is het mogelijk een aantal omstandigheden te noemen die in deze beslissingen een rol hebben gespeeld:

- het aantreffen van brandversnellende middelen op verdachte plaatsen;
- de aanwezigheid van verschillende brandhaarden;
- het traject waarin het vuur zich heeft verspreid;
- het gedrag van verzekerde, zoals het kopen van petroleum kort voor de brand of afwijkend handelen met betrekking tot in- en uitschakelen van het alarm;
- snelle verspreiding van het vuur;
- de aanwezigheid van de verzekerde op de plaats des onheils vlak voordat de brand ontstond;
- sterke aanwijzingen van brandstichting in combinatie met het ontbreken van sporen van braak en/of andere omstandigheden waaruit volgt dat een derde de brand niet kan hebben aangestoken;
- het ontbreken van een andere aannemelijke verklaring dan brandstichting.

Opvallend is dat in geen van de gevallen de verzekerde ook strafrechtelijk is veroordeeld.⁹⁴ Voorts zij benadrukt dat bovenstaande omstandigheden overtuigend over het voetlicht moeten worden gebracht. Doorslaggevend zijn dan ook vaak de bevindingen van de door de verzekeraar ingeschakelde deskundige, mits deze goed zijn onderbouwd.

91. Asser, Bewijslastverdeling, Monografieën Nieuw BW A-24, 1992, p. 237.

92. I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, diss. 2001, p. 14.

93. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 277. In aanvulling hierop wijs ik op de uitspraken van het Hof Amsterdam 13 juni 1996, S&S 2000, 45; Hof Den Haag 19 mei 1998, S&S 2000, 94; Hof Amsterdam 5 augustus 1999, S&S 2001, 94; Hof Den Haag 19 maart 2002, n.g., rolnr. 00/1247.

94. Het Hof Amsterdam 5 augustus 1999, S&S 2001, 94 wijst erop dat aan het strafrechtelijk bewijs strengere eisen worden gesteld dan aan het bewijs in civiele procedures. In het strafrecht bestaat het 'voorshands bewezen verklaren behoudens tegenbewijs te leveren door de verdachte' niet.

5.6 De invloed van deskundigen op de bewijslastverdeling

De rechter kan op verzoek van partijen of ambtshalve een deskundigenbericht bevelen.⁹⁵ Volgens artikel 198 lid 3 Rv zijn partijen verplicht aan het bevolen onderzoek mee te werken bij gebreke waarvan de rechter 'daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht'. De wet kent geen bepaling over de waardering van de bevindingen van de deskundigen. Het oordeel van de deskundigen bindt de rechter dan ook niet. Vrijwel nimmer echter zal de rechter dit oordeel naast zich neerleggen.⁹⁶ Wanneer de rechter desondanks de zienswijze van de door hem benoemde deskundige verwerpt dient hij zulks volgens de Hoge Raad in het arrest Stichting Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd voldoende te motiveren.⁹⁷ Dat het rapport van de door de rechter benoemde deskundige veel gewicht in de schaal legt ligt voor de hand aangezien volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bij de totstandkoming van het deskundigenbericht regels van zorgvuldigheid in acht moeten worden genomen. De wet lijkt hiemeer te beogen de kwaliteit van een deskundigenbericht te waarborgen. Zo hebben partijen invloed op de benoeming van de deskundige (artikel 194 lid 2 Rv) en moeten partijen tijdens het onderzoek in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen te maken en verzoeken te doen (artikel 198 lid 2 Rv). Sterk heeft erop gewezen dat de deskundige twee taken vervult in de gerechtelijke procedure: voorlichting en onderzoek.⁹⁸

De wettelijke regels hebben betrekking op de door de rechter benoemde deskundige en niet op de partijdeskundige. Partijen zijn vrij om zich te laten voorlichten en eventueel rapporten in het geding te brengen. Het is aan de rechter om te beslissen welk gebruik hij hiervan zal maken.⁹⁹

Wanneer de door partijen ingeschakelde deskundigen het niet eens kunnen worden en het tot een gerechtelijke procedure komt, zal de rechter in veel gevallen een deskundige benoemen. Het is raadzaam ervoor te zorgen dat zulks dan in een vroeg stadium geschiedt. In de zaak Oomen /Interpolis¹⁰⁰ merkt A-G Bakels in zijn conclusie vóór het arrest op:

'Het zij mij vergund in het algemeen over dit type zaken op te merken dat het nogal eens voorkomt dat slachtoffers van een whiplash moeilijk met de gevolgen daarvan kunnen

95. Artikel 194-200 WvBRv.

96. Snijders, Ynzonides, Meijer, 2002, nr. 228. Vademecum Burgerlijk Procesrecht (E.J. Numann), nr. 31.6.1. De laatste acht het volgen van het oordeel van de deskundige voor de handliggend: *'...waarom anders de deskundige ingeschakeld?'*

97. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.

98. T.A.W. Sterk, Deskundige in rechte. In: Vorm en wezen (Van Heemskerk bundel), Uitgeverij Lemma BV Utrecht, 1991, p. 305 schrijft: *'Als voorlichter verschaft hij informatie aan de rechter en de partijen. Deze taak nadert die van de bijzondere getuige; de deskundige wordt echter niet beperkt in zijn verklaringen tot wat hij zelf heeft waargenomen. Als onderzoeker wordt de deskundige dieper in het proces betrokken; als bewaker van zijn eigen onpartijdigheid en een goede procesorde werkt hij in het verlengde van de rechter. Ook al wordt hij daarmee nog geen rechter, toch verdient zijn onpartijdigheid meer bewaking bijvoorbeeld door wraking en verschoning. De thans geldende wettelijke regels voorzien onvoldoende in zijn vervanging op de wens van partijen, die wel zijn honorarium moeten betalen.'*

99. Sterk, 1991, p. 302.

100. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98.

omgaan en huns ondanks verstrikt raken in hun slachtofferrol. Dit kan de verzekeraar aanleiding geven een causaliteitsverweer te voeren. Hoe langer daarover wordt geprocedeerd, des te meer die procedure een belemmering kan gaan vormen voor het genezingsproces, zulks in strijd met de belangen van beide partijen. Daarom vraag ik mij af of de persoonlijke drama's die achter de zakelijk gestelde stukken schuil gaan, niet vaak in omvang en ernst beperkt kunnen (en dus behoren te) worden door reeds in een vroeg stadium van het geschil een voorlopig deskundigenonderzoek (art. 227 e.v. Rv) te doen verrichten.'

Dat het niet opvolgen van deze raad tot zeer ongelukkige gevolgen kan leiden laat de zaak Univé/Keller zien.¹⁰¹ Keller wordt door de bestuurder van een tractor van achteren aangereden, stelt daardoor whiplash te hebben opgelopen en vordert daarom schadevergoeding. De bestuurder van de tractor is verzekerd bij Univé. Keller lijdt sinds jaren aan fibromyalgie klachten en verplaatst zich, ook op het moment van de aanrijding, met een invalidenwagen. In deze zaak gaat het om de vraag of Keller letselschade heeft opgelopen tengevolge van de aanrijding. De rechtbank wijst de vordering toe op basis van de rapportage van de revalidatiearts van Keller. Zij gaat voorbij aan het verzoek van Univé tot het benoemen van een deskundige. In hoger beroep wordt er een voorlopig deskundigenonderzoek gelast. Op basis van het rapport van neurochirurg Prof. van Alphen komt het hof tot een radicaal andere uitspraak. De vordering van Keller, die leeft van een bijstandsuitkering, wordt hem volledig ontzegd en hij wordt veroordeeld tot terugbetaling van € 58 529,10, alsmede tot betaling van de kosten in eerste en tweede instantie, in totaal meer dan € 25 000 waaronder een bedrag van f 25 000 voor het deskundigenbericht.

Het ware beter geweest als de deskundigen reeds bij aanvang van de procedure waren benoemd.

In het verzekeringsrecht spelen deskundigen een grote rol bij het schaderegelingsproces. Gelet op het vorenstaande is het in dit verband van belang scherp onderscheid te maken tussen enerzijds de door de rechter benoemde en anderzijds de door partijen ingeschakelde deskundige. Gebruikelijk is dat in geval van een schademelding de verzekeraar een expert inschakelt. Deze stelt niet alleen de hoogte maar tevens de oorzaak van de schade vast. Ook een dergelijke expert is een deskundige, maar hij is niet benoemd door de rechtbank. Als er sprake is van zowel een door de rechtbank benoemde als door partijen ingeschakelde deskundigen geeft de eerste doorgaans de doorslag, althans de rechter zal gemotiveerd moeten aangeven waarom hij afwijkt van het standpunt van de door hem benoemde deskundige. Zulks volgt uit het reeds genoemde arrest Stichting Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd.¹⁰² De Stichting heeft een brandverzekering voor bedrij-

101. Hof Arnhem 13 augustus 2002, rolnr. 00/425, besproken door Akkermans in TVP 2003, nummer 1, p. 30 e.v. Het betreft hier geen verzekeringszaak, maar een aansprakelijkheidskwestie.

102. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.

ven afgesloten bij NHL. In de polisvoorwaarden is als garantieclausule opgenomen het gebod om onbrandbare afvalbakken te gebruiken. Verzekerde verliest het recht op schadevergoeding als hij die garantieclausule niet nakomt, tenzij hij kan bewijzen dat de brand hierdoor niet veroorzaakt en/of vergroot is. Na een in het pand uitgebroken brand blijkt dat de Stichting in strijd met de clausule kunststoffen afvalbakken heeft gebruikt. Beide partijen hebben een deskundige ingeschakeld: Stekelenburg namens de Stichting (althans Gem. Dienst Verzekeringszaken) en CED i.s.m. Biesboer namens NHL. De Rechtbank benoemt als deskundige Centrilab. In het rapport van Centrilab is vermeld dat:

niet in redelijkheid valt aan te nemen, dat het ontstaan van de brand is gelegen in het in de afvalbak achterlaten van een nagloeiende peuk alleen, en wel om twee redenen.....

Stekelenburg meldt:

Het is zeer onwaarschijnlijk dat de brand is ontstaan in de afvalbak.

CED sluit niet uit dat de brand in verband staat met het niet naleven van de garantieclausule:

Resumerend moet dan ook worden gesteld dat het ontstaan van deze brand een gevolg is van het achterlaten van bijvoorbeeld een nog brandende sigaret in of ter hoogte van de kunststof afvalbak.

De rechtbank en het hof wijzen de vordering tot schadevergoeding van de Stichting af. A-G Wesseling-van Gent verwerpt het cassatieberoep. Verassend is derhalve de vernietiging van het arrest van het hof door de Hoge Raad. In zijn algemeenheid stelt de Hoge Raad voorop dat de rechter een grote mate van vrijheid heeft bij de waardering van het bewijs en overweegt dan:

In beginsel heeft de rechter een beperkte motiveringsplicht ook wat betreft zijn beslissing de zienswijze van de deskundige al dan niet te volgen; de inhoud van deze motiveringsplicht is afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren.

Vervolgens wijst de Hoge Raad erop dat de rechter een deskundige benoemt opdat deze commentaar kan leveren op de door partijen geraadpleegde deskundigen. De hierna volgende passage vormt min of meer een handleiding voor de dan te volgen wijze van handelen, reden waarom een uitgebreid citaat volgt:

Indien de rechter in een dergelijk geval de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie, hem overtuigend

overkomt. De rechter zal op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Indien de rechter in een geval als hier bedoeld – waarin partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achten – de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet volgt, dient hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

In het licht van de rapporten oordeelt de Hoge Raad dat het hof zijn conclusie, dat niet kan worden vastgesteld dat de brand niet door overtreding van de clausule is veroorzaakt en/of vergroot, onvoldoende heeft gemotiveerd. Immers, twee deskundigen waaronder de door de rechtbank benoemde onderschrijven deze conclusie niet (zonder meer) en slechts één deskundige wijkt van de conclusie van de twee anderen af.

De invloed van het rapport van de door de rechter benoemde deskundige hangt mede af van de meegekregen opdracht. Het is mogelijk dat de rechter een reeds in het geding gebracht rapport als gedegen aanmerkt en aan de door hem benoemde deskundige mededeelt dat deze, voor zover hij tot een andere conclusie komt, de reden voor die afwijking gemotiveerd dient aan te geven.¹⁰³

Vooraf in de transportverzekeringsbranche zijn de bevindingen van de experts essentieel. Aan nagenoeg alle beslissingen in zaken die in dit boek aan de orde komen ligt een expertiserapport ten grondslag. Illustratief voor de doorslaggevende betekenis van het oordeel van de deskundige zijn twee beslissingen van het OLG Hamburg. In de beslissing van 27 april 1989¹⁰⁴ betreft het vervoer van witte kool die beschadigd op de plaats van bestemming aankomt. De expert stelt vast dat een deel van de schade is veroorzaakt door onvoldoende koeling tijdens de zeereis. Op basis van deze vaststelling concludeert het OLG dat er sprake is van een verzekerd gevaar. Ook op basis van het expertiserapport beslist het OLG dat er geen sprake is van bederf:

‘Der Sachverständige A hat in seinem Gutachten die Frage verneint, daß der Schaden durch die natürliche Beschaffenheit des Weißkohls verursacht worden ist.’

Nadrukkelijker laat het OLG in zijn vonnis van 21 januari 1979 zijn oordeel afhangen van de bevindingen van de expert.¹⁰⁵ Een partij sinaasappels blijkt

103. Verwezen zij naar het tussenarrest van het hof alinea 5.4 in het hiervoor besproken arrest over de ‘Kruimeldief’, HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419, m.nt. MMM.

104. OLG Hamburg 27 april 1989, VersR 1991, 544.

105. OLG Hamburg 21 juni 1979, VersR 1979, 1123.

na transport bij aankomst te zijn beschadigd. Als mogelijke schadeoorzaken stellen verzekeraars slechte verpakking alsmede overrijpheid bij belading en verzekerde het uitvallen van de ventilatie. De rechter beslist dat slechte verpakking niet als oorzaak kan worden aangemerkt.

‘Mängel der Verpackung, für deren Folgen die Bekl. nach Maßgabe der Ziff. 1.4.1.5 keinen Ersatz zu leisten brauchen, scheiden als Schadenursache aus: Insoweit hat nämlich der Sachverständige B in seinem Gutachten überzeugend ausgeführt, daß die festgestellten Veränderungen an den Früchten ihrer Art nach nicht Folge einer mangelhaften Verpackung sein können...’

Het OLG beslist bovendien dat niet overrijpheid bij belading maar het uitvallen van de ventilatie als oorzaak moet worden aangemerkt. Na bespreking van specifieke bevindingen van de expert overweegt de rechter:

‘Daraus läßt sich indes nicht ableiten, daß die Apfelsinen bereits in überreifem Zustand an Bord gekommen sind, da – wie der Sachverständige B überzeugend ausgeführt hat dieser fortgeschrittene Reifezustand gerade auf den Ausfall der mechanischen Ventilation zurückgeführt werden kann.’

Voor engels recht zij verwezen naar de ‘Popi M’ waarin de deskundigen sterke argumenten inbrengen tegen de mogelijkheid van een eigen gebrek als schadeoorzaak. Deze argumenten lijken bepalend te zijn voor het oordeel van Bingham J.¹⁰⁶

5.6.1 De invloed van deskundigen op de bewijslastverdeling bij verzekeringen tegen letselschade

Ook bij letselschade in verband met een ongevallen- of arbeidsongeschiktheidsdekking kan het oordeel van medici voor het bewijs van doorslaggevend belang zijn. Zo ook in de zaak Oomen/ Interpolis.¹⁰⁷ Oomen, van beroep rijsschoolhouder/rij-instructeur, overkomt tijdens het geven van motorrijles een ongeval tengevolge waarvan hij letsel heeft opgelopen. Hij heeft een ongevallenverzekering (OV) en een arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) afgesloten bij Interpolis. Interpolis besluit na een jaar de uitkering onder de polis niet langer te verstrekken. Oomen stelt mede op basis van medische rapporten een whiplash-laesie te hebben opgelopen waardoor hij lijdt aan nekklachten, hoofdpijnen en duizeligheid/evenwichtsstoornissen en psychische problemen. Hij stelt blijvend invalide te zijn en zijn beroep niet meer te kunnen uitoefenen. Interpolis stelt dat wat er zij van de arbeidsongeschiktheid, deze niet is aan te merken als een gevolg van het ongeval in de zin van de polissen en legt eveneens een medisch rapport over. De rechtbank wijst de vordering tot uitkering onder de polis toe. Het hof benoemt drie deskundigen en wijst de vordering uiteindelijk af omdat

106. Zie hiervoor onder 5.3.1.

107. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98.

het letsel/de ziekte niet, zoals de polisvoorwaarden vereisen, medisch aanwijsbaar is.¹⁰⁸ Oomen stelt in het cassatiemiddel dat het hof zijn oordeel niet zonder meer had mogen baseren op het deskundigenrapport. Uit hetgeen bekend is over het verschijnsel whiplash volgt zonder meer dat de klachten van Oomen rechtstreeks zijn veroorzaakt door het ongeval. Die klachten zijn immers onmiddellijk na het ongeval opgetreden en naar ervaringsregels zijn zij terug te voeren op het ongeval. Volgens Oomen is niet gebleken van een enigszins waarschijnlijke andere oorzaak. Voorts stelt Oomen dat het hof de bewijslast onjuist heeft verdeeld door te miskennen dat, indien de verzekerde aannemelijk kan maken dat tussen het ongeval en zijn arbeidsongeschiktheid het door de polis geëiste causaal verband bestaat, het in beginsel op de weg van de uitkering weigerende verzekeraar ligt aan te tonen dat dit verband ontbreekt. Volgens de Hoge Raad kon het hof zijn oordeel zonder nader onderzoek en nadere motivering baseren op de bevindingen van de deskundigen nu Oomen betrokken was bij de aan de deskundigen te stellen vragen en het middel niet klaagt over de deskundigheid van de door het hof benoemde deskundigen. Over de bewijslastverdeling oordeelt de Hoge Raad:

Daargelaten dat het Hof blijkens zijn eerste tussenarrest nu juist niet heeft aangenomen dat Oomen het bedoelde verband reeds aannemelijk had gemaakt, heeft het in overeenstemming met het bepaalde in art. 177 Rv. op Oomen de bewijslast gelegd met betrekking tot diens stelling dat zijn klachten in de door de polis bedoelde zin het gevolg zijn van het ongeval. De omstandigheid dat het bij verzekeringen als de onderhavige om voor de verzekerde essentiële belangen gaat, wettigt niet een andere verdeling van de bewijslast.¹⁰⁹

De Hoge Raad verwerpt in zijn arrest van 16 april 1999 (L/Interpolis)¹¹⁰ het beroep tegen de afwijzing van een soortgelijke vordering gebaseerd op een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Ook hier verschillen deskundigen van mening en uiteindelijk geeft het oordeel van deskundige Prof. Dr. Rozing de doorslag. Hij stelt o.a.: 'Bij het doornemen van het dossier komt steeds duidelijker naar voren dat ondanks de reële klachten van belanghebbende, er geen zodanige objectieve afwijkingen kunnen worden gevonden, die deze klachten afdoende kunnen verklaren.' Hoewel verzekerde dus reële klachten heeft (de klachten behoren niet tot de categorie aanstellerij, inbeelding of aggravatie) slaagt zij

108. De deskundigen achtten het onwaarschijnlijk dat Oomen een whiplash-laesie had opgelopen. Er werden slechts geringe afwijkingen gevonden die niet met enige zekerheid op het ongeval terug te voeren waren.

109. A-G Bakels stelt: 'Het strookt immers met art. 177 Rv en met hetgeen in het algemeen ten aanzien van de bewijslastverdeling in het verzekeringsrecht gebruikelijk is, dat het hof op Oomen de bewijslast – en dus ook het bewijsrisico – heeft gelegd van zijn stelling dat zijn klachten het gevolg zijn (in de door de polis bedoelde zin) van het ongeval. Voorts stelt hij dat medische onzekerheid niet een afwijkende bewijslastverdeling rechtvaardigt, 'omdat de verzekerde dan ten opzichte van de verzekeraar zonder goede gronden zou worden beoordeeld. Het valt immers niet in te zien waarom het risico van deze medische onzekerheid in bewijsrechtelijk opzicht ten laste van de verzekeraar zou moeten komen, zulks in afwijking van wat in beginsel heeft te gelden; het onderdeel voert daarvoor ook geen argumenten aan.'

110. HR 16 april 1999, NJ 1999, 666, m.nt. prof. mr. P. Clausing.

er niet in aan te tonen dat sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polisvoorwaarden: *'rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van ongeval en/ of ziekte'*.

Voor een zaak waar de verzekerde wel in zijn bewijslast slaagt verwijst ik naar een arrest van het Hof Amsterdam.¹¹¹ Verzekerde stelt te lijden aan het pijnsyndroom fibromyalgie en daardoor functionele beperkingen te onderkennen die ertoe leiden dat hij als arbeidsongeschikt moet worden aangemerkt. Deskundige Snoek¹¹² concludeert onder meer op basis van testen met een zgn. Ergosapparaat dat sprake is van een beperking van de duurzaamheid van verzekerde hetgeen een beperkte fysieke arbeidsfunctionaliteit meebrengt. Het hof oordeelt mede op basis van de bevindingen van deskundige Snoek dat verzekerde in de zin van de (AOV) polis: *'rechtstreeks en uitsluitend door de medisch vast te stellen gevolgen van ziekte en/ of ongeval geheel of gedeeltelijk ongeschikt is om arbeid te verrichten ...'*

Opvallend is dat het Hof Den Bosch, kenbaar uit het arrest L/ Interpolis (Hoge Raad 16 april 1999), de zaak vergelijkt met die van het Hof Amsterdam en concludeert dat de zaken verschillen omdat in het laatste geval een duidelijker ziektebeeld zou bestaan. Waar het naar mijn mening echter in de eerste plaats om gaat is dat de bewijslast in het laatste geval afwijkend lijkt te zijn. Voldoende is dat aangetoond wordt dat verzekerde fysieke beperkingen heeft en de door de deskundige uitgevoerde testen zijn daar ook op gericht. In de zaak van het Hof Den Bosch is dat niet voldoende en moet de verzekerde aantonen dat zijn klachten, bovendien, medisch vaststelbaar zijn. Vertaald naar mijn begripsvermogen op het gebied van de medische wetenschap: de klachten moeten voor de medicus zichtbaar zijn. Blijkens het rapport van de orthopeed Prof. Rozing heeft het onderzoek hier als doel het vinden van duidelijk aantoonbare afwijkingen van de lumbale wervelkolom.¹¹³ Anders gezegd: in de zaak L/ Interpolis moet de oorzaak van de klachten vaststaan terwijl het Hof Amsterdam het voldoende acht dat de klachten zelf reëel zijn. Clausing merkt in zijn noot onder het arrest L/ Interpolis op: *'Het hof acht kennelijk, anders dan Hof Amsterdam, van ziekte in de zin van de polis eerst sprake wanneer de oorzaak van de serieus te nemen klachten bekend is.'*¹¹⁴ Hij ziet evenwel in het arrest van het Hof Den Bosch voor verzekerden ook een lichtpunt: *'Het hof acht het echter ook in de lijn van de ontwikkelingen op medisch gebied voor de hand liggend dat op zeker moment een ziektebeeld kan worden herkend en benoemd, waarvan eerst enige tijd later ook de oorzaak bekend wordt. Een redelijke uitleg van art. 8 van de polisvoorwaarden*

111. Hof Amsterdam 27 januari 1994 en 18 april 1996, NJ 1998, 159.

112. Waarin hij deskundig is wordt uit het arrest niet duidelijk.

113. Dat is ook hetgeen van een orthopeed verwacht wordt. Van Dale geeft als definitie van *orthopedie*: *'... wetenschappelijke kennis en behandeling van misvormingen en verminkingen van beenderen, spieren en gewrichten van het menselijk lichaam; in 't bijz. de verkrommingen van romp en ledematen op jeugdige leeftijd.'*

114. Het Hof Amsterdam gaat ook uit van een voor de verzekerde gunstiger uitleg van het begrip 'ziekte'. Niet de in medische kringen gangbare definitie van het begrip ziekte, maar de betekenis die aan het begrip 'ziekte' in het algemeen spraakgebruik wordt toegekend is doorslaggevend.

*brengt dan naar het oordeel van het hof mede bij onbekendheid van de oorzaak toch reeds van een 'medisch vaststelbaar' gevolg van ziekte in de zin van de polis te spreken. Dat deed zich in het geval van het Hof Amsterdam voor. Fibromyalgie, aldus Hof 's-Hertogenbosch, is een ziektebeeld dat wel wordt herkend doch waarvan een eenduidige oorzaak (nog) niet bekend is. In het geval van L. was evenwel van een zodanig herkenbaar ziektebeeld naar het oordeel van het hof geen sprake.'*¹¹⁵

In het arrest Amersfoortse/X¹¹⁶ beslist de Hoge Raad als volgt over de vraag of verzekerde die lijdt aan fibromyalgie-klachten recht heeft op uitkering onder haar arbeidsongeschiktheidsverzekering. Verzekerde had een aantal speciaalzaken in onder meer kaas. Zij stelt gelet op haar pijnklachten niet meer in staat te zijn haar werkzaamheden uit te oefenen. Volgens de polisvoorwaarden is er sprake van arbeidsongeschiktheid *"indien de verzekerde rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van ziekte en/of ongeval voor tenminste 25% ongeschikt is om arbeid te verrichten,*'

De rechtbank benoemt een deskundige die rapporteert dat de diagnose voor fibromyalgie wordt gesteld *'op grond van een bepaalde constellatie van (subjectieve) pijnklachten. Medisch vaststelbaar in de zin van objectiveerbaar is de diagnose niet.'* Even verder in het rapport schrijft hij dat met een objectievere diagnose wordt bedoeld *bevindingen welke onafhankelijk zijn van het oordeel van de patiënt.'* In een (vierde) tussenvonnis oordeelt de rechtbank: *'(...) Indien het gaat om reële (dat wil zeggen: niet denkbeeldige of gesimuleerde) subjectieve klachten kan van een ziekte (in de zin van het algemeen spraakgebruik) worden gesproken waarvan de gevolgen medisch zijn vast te stellen (...) (rov. 3).'* Vervolgens benoemt de rechtbank een arbeidsdeskundige die moet onderzoeken of de door de deskundige genoemde verschijnselen en gevolgen van de aandoening leiden tot arbeidsongeschiktheid in de zin van de polisvoorwaarden. Amersfoortse gaat tegen dit tussenvonnis in hoger beroep. In het kader van beantwoording van de vraag of bij X sprake is van medisch vast te stellen gevolgen van ziekte benoemt het hof twee revalidatieartsen als deskundigen. Zij concluderen dat er sprake is van een chronisch pijnsyndroom. Ondanks de in het begeleidend geneeskundig rapport vermelde ernstige klachten van X¹¹⁷, die volgens de deskundigen reëel zijn, wordt als volgt geconcludeerd:

115. Mijns inziens verliest A-G Spier de nuance uit het oog daar waar hij stelt dat bepaalde klachten van een 'patiënt' slechts dan tot een bekende ziekte of aandoening kan worden herleid indien duidelijk wordt wat de oorzaak van de klachten is (alinea 3.2). In alinea 3.6.2 stelt hij het triest te vinden als iemand een uitkering misloopt in geval van een reële kwaal die medisch nog niet is vast te stellen. Dat zou echter volgens hem 'slechts kunnen worden voorkomen door een ieder die *opgeeft* kwalen te hebben een uitkering te geven.' Dat laatste is naar mijn mening onjuist aangezien, zoals het hof ook aangeeft, sprake kan zijn van herkenbare en benoembare ziektebeelden waarvan (nog) geen oorzaak bekend is.

116. HR 10 oktober 2003, JOL 2003, 511. Het betreft hier een procedure die ruim 13 jaar heeft geduurd en nu nog niet ten einde is (de Hoge Raad verwijst naar een ander hof).

117. X meldt o.a. dat zij niet langer dan 15 minuten kan staan; trappen lopen niet goed mogelijk is, zij gaat zittend de trap op en af; fietsen niet mogelijk is; autorijden beperkt mogelijk is, de rit van Almelo naar Beetsterswaag werd 5 maal onderbroken vanwege pijnklachten.

'Met betrekking tot het vermogen tot het verrichten van loonvormende arbeid deel ik U mede dat ik betrokkene in staat acht met inachtneming van de geduide beperkingen gedurende 8 uur per dag 5 dagen per week te werken.'

Volgens een partijdeskundige, die forse kritiek uit op de rapporten van de revalidatieartsen, zou X slechts voor maximaal 1,5 uur per week 'beschikbaar' zijn voor arbeid. Het hof oordeelt uiteindelijk als volgt:

'Al deze – onderling zeer uiteenlopende en tegenstrijdige – informatie en conclusies van artsen en andere deskundigen bijeen genomen en gelet op het feit dat X in haar eigen beleving 100% arbeidsongeschikt is en naar het oordeel van alle deskundigen en zelfs naar het (oorspronkelijk) (Zie de akte van van 3 september 1998 onder 3.) oordeel van de Amersfoortse zelf – aan welk oordeel het hof de Amersfoortse houdt – niet aggraveert of simuleert blijft onbegrijpelijk hoe er toch geconcludeerd kan worden tot een arbeidsgeschiktheid van meer dan 75%. Alle uitgebrachte rapportages in aanmerking genomen, komt het hof tot geen ander oordeel dan dat X voor meer dan 25% ongeschikt is tot het verrichten van werkzaamheden die voor haar krachten en bekwaamheden zijn berekend en die met het oog op haar opleiding en vroegere werkzaamheden in redelijkheid van haar verlangd kunnen worden, daaronder begrepen de gebruikelijke tot een huishouding behorende werkzaamheden. Het hof stelt, gelet op al het vooroverwoegene, bij gebreke van eenduidige oordelen van de deskundigen, dit percentage van arbeidsongeschiktheid, met ingang van 28 november 1986, naar redelijkheid en billijkheid vast op 50 (rov. 2.13).'

Dit oordeel vindt, ook na de conclusie van A-G Spier tot verwerping van het cassatieberoep, bij de Hoge Raad geen genade. Hij verwerpt het cassatiemiddel voorzover het gaat om de betwisting dat sprake is van 'ziekte'. Het arrest van het hof sneuvelt echter als gevolg van een motiveringsgebrek. Ten eerste had het hof zelf aangegeven dat hij het zgn. FIS rapport onjuist had uitgelegd, doch het heeft vervolgens niet duidelijk gemaakt waarom zulks geen gevolgen had voor zijn eindoordeel. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat het hof niet zonder meer de vrijheid had om de arbeidsongeschiktheid 'naar redelijkheid en billijkheid' vast te stellen en overweegt hij dienaangaande:

'Vorzover het hof niet overtuigd was van de juistheid van de adviezen van de medisch deskundigen, had het op basis van de door de deskundigen verschaftte gegevens een eigen, zelfstandig en toereikend gemotiveerd, oordeel kunnen geven en, waar de benodigde informatie ontbrak, om nieuwe gegevens kunnen vragen of, indien daartoe reden was, kunnen motiveren waarom en in hoeverre in een geval als het onderhavige niet doorslaggevend kan zijn dat de gevolgen van ziekte of ongeval niet (met de vereiste zekerheid) medisch zijn vast te stellen.'

Aan de beslissing van het hof is mede ten grondslag is gelegd dat X in haar beleving 100% arbeidsongeschikt en is mede daardoor onbegrijpelijk. De Hoge Raad overweegt:

'De beleving van X kan – hoezeer deze ook bestaat en voor haar van belang is – immers geen zelfstandige grond opleveren voor een vaststelling van de arbeidsongeschiktheid, omdat, naar het hof had vastgesteld, de polis vereist dat het moet gaan om medisch vast te stellen gevolgen van ziekte of ongeval.

In zijn bespreking van het arrest stelt Van Orsouw dat het arrest geen antwoord geeft op de vraag waar het omslagpunt ligt tussen louter (reële) subjectieve klachten en medisch geobjectiveerde gevolgen van ziekte.¹¹⁸ Uit bovenstaande uitspraken kan naar mijn mening de conclusie worden getrokken dat fibromyalgie geen aandoening is die volledige erkenning heeft met betrekking tot arbeidsongeschiktheid. Ook in de literatuur bestaat hierover volgens B.J. Vortman (revalidatiearts en arts voor manuele geneeskunde) volop discussie.¹¹⁹

Ook de zaak D/Achmea¹²⁰ bevestigt deze conclusie. Hoewel het hier geen verzekeringszaak maar een aansprakelijkheidskwestie betreft en dergelijke zaken in deze studie met terughoudendheid worden behandeld, is vermelding interessant aangezien ook hier de status van 'fibromyalgieklachten' aan de orde komt. Centraal staat hier of de klachten van D als gevolg van het door de verzekerde van Achmea veroorzaakte ongeval, D wordt op haar bromfiets door een personenauto aangereden, kunnen worden beschouwd. Het hof oordeelt dat van causaal verband in de zin van artikel 6:98 BW eerst sprake kan zijn als er sprake is van *condicio sine qua non*-verband tussen de klachten en het ongeval. Ook de Hoge Raad komt tot dit oordeel:

'De in de onderdelen vervatte klachten miskennen dat van 'zodanig verband' als bedoeld in art. 6:98 BW eerst sprake kan zijn, indien is voldaan aan de eis van het condicio sine qua non-verband.'

Ook het beroep van D op de zgn. omkeringsregel wordt afgewezen. Het *csqn*-verband tussen het ongeval en de klachten kan niet als in beginsel gegeven worden aangenomen:

'...reeds omdat – in het algemeen – naar de huidige stand van de medische wetenschap een oorzakelijk verband tussen een ongeval en de als fibromyalgie te benoemen klachten niet aantoonbaar is en omdat – in het bijzonder –, nu de oorzaak of oorzaken van fibromyalgie tot op heden niet zijn vastgesteld, er onvoldoende aanknopingspunten zijn om tot uitgangspunt te nemen dat het onderhavige ongeval het risico van de als fibromyalgie te benoemen klachten, zoals die zich bij D voordoet, in het leven heeft geroepen.'

118. Van Orsouw, Bb 18 maart 2004, nr. 6, p. 56.

119. B.J. Vortman, Whiplash, post-traumatisch stress-syndroom en fibromyalgie, Verkeersrecht 1998 nr. 7/8, p. 202.

120. HR 9 april 2004, NJ 2004, 308, m.nt. DA.

5.7 Conclusie

De bewijslastverdeling komt uiteindelijk neer op een weging van de door partijen gestelde omstandigheden. De bij de rechter ontstane overtuiging of juist het ontbreken daarvan kan leiden tot de beslissing dat één van de partijen niet is geslaagd in de op hem rustende bewijslast of kan aanleiding zijn voor een bepaalde bewijslastverdeling.

Naar mijn mening is de rechter echter zo mogelijk gehouden een keuze te maken tussen twee mogelijke schadeoorzaken en dient ervoor te worden gewaakt dat te snel bij twijfel de knoop louter wordt doorgehakt op grond van de formele overweging dat één van de partijen de bewijslast heeft en aan deze bewijslast niet kan voldoen. Opvallend is in dit verband het verschil in benadering tussen het Che Guavara arrest¹²¹ waarin bij twijfel wordt gekozen voor de uitgesloten oorzaak eigen gebrek en de zaak Popi M waarin de House of Lords bij twijfel beslist dat verzekerde er niet in is geslaagd te bewijzen dat sprake is van een 'peril of the sea'. De uitkomst is weliswaar dezelfde, maar de eerste beslissing getuigt meer van afweging van de in het geding gebleken feiten.

De omschrijving van de gedekte gevaren bepaalt in beginsel de bewijslastverdeling. Wanneer de verzekering tegen 'alle gevaren' dekking biedt behoeft de verzekerde in beginsel slechts een beschadiging tijdens de periode van dekking aan te tonen, zij het dat ook deze dekking wordt beperkt door het onzekerheidsvereiste, dan wel het onzeker voorval. De reikwijdte van deze beperking wordt bepaald door uitleg van deze termen. Wanneer de polis dekking biedt tegen 'alle van buiten komende onheilen' of 'perils of the sea', een omschrijving die weliswaar doet denken aan een 'all-risks'-dekking maar toch enigszins specifiek aangeeft dat tegen bepaalde gevaren is verzekerd, blijkt uit jurisprudentie dat de verzekerde de omstandigheden dient aan te geven die een dergelijk onheil opleveren. Naar mijn mening vloeit zulks niet noodzakelijkerwijs uit deze termen voort. Volgende zou mijns inziens kunnen zijn dat de verzekerde bewijst dat sprake is van een beschadiging gedurende de dekkingsperiode die niet voortvloeit uit een eigen gebrek. Het verschil in benadering is vooral van belang wanneer de exacte oorzaak van de beschadiging onopgehelderd blijft. Voorts is gebleken dat bij verzekering tegen bepaalde gevaren – zoals brand, zinken en diefstal – de verzekerde in beginsel de oorzaken hiervan niet behoeft te bewijzen.

Behalve de omschrijving van de gedekte gevaren in de polis is voor de bewijslast verdeling tevens van belang of het relaas van de verzekerde geloofwaardig overkomt. De verzekerde is verplicht de verzekeraar na een schadevoorval alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen (artikel 7:941 (7.17.1.14) BW). Wanneer die informatie onjuist is dan wel tegenstrijdigheden bevat kan de rechter beslissen dat het schadevoorval geen gedekt

121. HR 23 april 1982, NJ 1982, 520, m.nt. BW.

gevaar oplevert omdat de exacte oorzaak van de schade niet is bewezen. Voorts kan de verzekeraar aannemelijk maken dat de schade is veroorzaakt door een niet-gedekte oorzaak. Ook dan kan de rechter beslissen dat de verzekerde meer specifieke omstandigheden moet aangeven die bewijs van een gedekt evenement opleveren.

Bij het vaststellen van de omstandigheden die hebben geleid tot de schade zijn de bevindingen van deskundigen vaak doorslaggevend. Deze bevindingen omvatten naast de beschrijving van deze omstandigheden ook het vaststellen van de oorzaak en de omvang van de schade. Hoewel het aan de rechter is het causaal verband tussen een gedekte/uitgesloten oorzaak en de schade vast te stellen en daarmee de dekkingsvraag te beantwoorden, baseert hij zijn oordeel doorgaans op de door de deskundigen uitgebrachte rapporten. Waardering van de inhoud hiervan is de taak van de rechter. Daarbij moet wel worden bedacht dat hij tegelijk in zekere mate is gebonden aan de bevindingen van een eventuele door hem benoemde deskundige. Wanneer hij van het oordeel van deze deskundige wil afwijken zal hij zulks volgens de Hoge Raad dienen te motiveren. Uit nr. 5.6 blijkt dat het bewijs van een gedekte dan wel uitgesloten oorzaak in dergelijke zaken veeleer een technische dan een juridische aangelegenheid is. Gelet op de invloed van deskundigen op de uitkomst van de zaak is het vanuit een oogpunt van 'equality of arms' aangewezen dat de verzekerde de beschikking heeft over dezelfde middelen als de verzekeraar om deskundigen in te schakelen. In tegenstelling tot A-G Spier ben ik van mening dat een eventuele 'inequality of arms' niet te snel als een realiteit, waarmee de minder draagkrachtige justitiabele moet leren leven, zal moeten worden aanvaard.¹²²

122. Verwezen zij naar het Kruimeldiefarrest, HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419, m.nt. MMM.

MEERVOUDIGE CAUSALITEIT IN HET VERZEKERINGSRECHT. POLISUITLEG

6.1 Inleiding

In het kader van het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak is in het verzekeringsrecht vooral uitleg van de polisbepalingen bepalend. Voor de verzekeringsovereenkomst gelden geen bijzondere wettelijke regels over uitleg. Ook in het algemeen deel van het Burgerlijk Wetboek zijn, een enkele uitzondering daargelaten (zie artikel 6:238 lid 2), hieromtrent geen bepalingen opgenomen. Uitleg van overeenkomsten is daarmee nagenoeg geheel aan de rechtspraak en rechtswetenschap overgelaten, zij het dat aan enige algemene wetsbepalingen (met name de artikelen 6:248 en 3:35 BW) inspiratie kan worden ontleend.¹

Algemeen wordt aangenomen dat het uitgangspunt zoals door de Hoge Raad geformuleerd in het Haviltex-arrest² ook voor uitleg van de verzekeringsovereenkomst geldt.³ Het in het verleden reeds vele malen weergegeven criterium luidt:

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.’

De Hoge Raad heeft het Haviltex criterium in 1988 ook van toepassing verklaard op een verzekeringsovereenkomst.⁴

Toepasselijkheid van uitlegregels voor het overeenkomstenrecht in het algemeen op de verzekeringsovereenkomst is vanzelfsprekend. De verzekeringsovereenkomst is weliswaar een bijzondere overeenkomst, maar evenals voor andere bijzondere overeenkomsten geldt dat, mede in aanmerking genomen het bijzondere karakter hiervan, ook algemene karaktertrekken zijn te onderscheiden. Het algemene overeenkomstenrecht wordt

1. Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 279.

2. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB.

3. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 181; Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 3.8.

4. HR 11 november 1988, NJ 1990, 440.

bepaald door de verschillende bijzondere overeenkomsten. *Alle* juridische geschillen betreffen nu eenmaal bijzondere overeenkomsten: er bestaat niet zoiets als een 'algemene overeenkomst'.⁵

Voor het aanduiden van het door de polisvoorwaarden vereiste causaal verband kunnen verzekeraars gebruik maken van verschillende bewoordingen. De dekkingsbepaling kan bijvoorbeeld inhouden dat de beschadiging het *gevolg* moet zijn van de omschreven omstandigheden (gedekte schadeoorzaken). In plaats van *gevolg* kan de polis echter ook bepalen *direct of indirect of onmiddellijk of rechtstreeks veroorzaakt door; veroorzaakt door; waardoor schade ontstaat; ontstaan uit; schade ten gevolge van; indien terzake van het verzekerde voorwerp schade is toegebracht aan andere goederen; schade veroorzaakt met of door het motorrijtuig; schade in verband met stilstand van het werk; schade welke zich tijdens de onderhoudsperiode openbaart en veroorzaakt is door de oplevering*. Deze opsomming, die nog met vele aanduidingen kan worden aangevuld, roept de vraag op of de opsteller van de polisvoorwaarden met deze bewoordingen de mate van causaal verband kan beïnvloeden.

Diverse Engelse schrijvers stellen dat polisbewoordingen de normale regels aangaande causaal verband (proximate cause) opzij kunnen zetten. Colinvaux komt in dit verband tot de volgende constatering: *'But the rule can be displaced by express words, as where a policy against death by accident excepted death "directly or indirectly caused by war", for an indirect proximate cause is an absurdity.*⁶ In het hoofdstuk over accident insurance schrijft hij: *Appropriate wording may, however, restrict the causation principle and may allow the assured to recover only where accident was the sole or independent cause of the loss.*⁷ Clarke schrijft: *'As the "rules" of causation rest on the supposed intention of the parties to the contract, they can change them by appropriate wording.*⁸ Sommige woorden kunnen het vereiste causaal verband versoepelen, in de woorden van Clarke *'increase the power of the cause'*.

In dit hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan polisgeschillen waarin causaliteitsbewoordingen een rol hebben gespeeld die bepalend zijn geweest voor de uitkomst van de zaak.

6.2 De term onmiddellijk, rechtstreeks, uitsluitend e.d.

Eigen gebrek

Het woord *onmiddellijk* had volgens artikel 249 K. (oud) volgens de algemene opvatting geen bijzondere betekenis.⁹ Volgens Dorhout Mees bedoelt

5. Vgl. Wansink, van Ardenne-Dick, Blom, Van Tiggele-van der Velde. In: *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Red. van den Berg, Zondag, Kluwer/Sanders Instituut, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2003, p. 157.

6. Colinvaux's law of insurance, 1997, nr. 4-32. Zie ook MacGillivray, 1997, nr. 19-4.

7. Colinvaux, 1997, nr. 17-9.

8. Clarke, 1997, nr. 25-9C.

9. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 253. Wery, 1995, p. 72.

het woord slechts te verduidelijken dat het eigen gebrek meer dan een zijdelingse oorzaak moet zijn.¹⁰ De zijdelingse oorzaak, een term welke door Nolst Trenité is geïntroduceerd, maakt niet deel uit van de onafgebroken keten van oorzaak en gevolgen die door causaal verband aan de naaste oorzaak, in de zin van de dichtst bij gelegen oorzaak, gehecht zijn. De zijdelingse oorzaak maakt niet deel uit van de keten van oorzaak en gevolgen welke tot de schade hebben geleid.¹¹ Het concept van een keten van oorzaak en gevolgen werd overigens later bekritiseerd door Lord Shaw of Dunfermline in de *Ikaria*, die stelde: *'Causation is not a chain, but a net; at each point influences, forces, events, precedent and simultaneous, meet; and the radiation from each point extends infinitely. Oorzaak is die, welke was 'proximate in efficiency ... proximate cause is an expression referring to the efficiency as an operating factor on the result.'*¹²

Het eigen gebrek moet dan ook de rechtens relevante oorzaak zijn, voorzover de verzekeraar een beroep wil doen op artikel 249 K (oud). Dit wijkt niet af van de gewone causaliteitsleer, zo stelt Dorhout Mees.¹³

Mijns inziens benadrukt het woord rechtstreeks derhalve dat het eigen gebrek slechts als uitsluiting in aanmerking komt als deze omstandigheid als rechtens relevante oorzaak aangemerkt kan worden. Artikel 7:951 (7.17.2.8) BW neemt het woord 'rechtstreeks' dan ook niet over. Toch gaf de term 'rechtstreeks' mijns inziens een bijzonderheid aan: het eigen gebrek zal veelal niet in aanmerking komen als uitsluiting als daarnaast andere rechtens relevante oorzaken een rol spelen.¹⁴

In het Duitse recht kent de zeeasco- en binnenvaartcascoverzekering een uitsluiting voor schade veroorzaakt door slijtage, waarbij gebruik wordt gemaakt van het woord 'nur':

'Der Versicherer haftet nicht für einen Schaden, der nur eine Folge der Abnutzung des Schiffes im gewöhnlichen Gebrauch ist oder nur durch Alter, Fäulnis, Rost oder Wurmfraß verursacht wird'.

Ook dit woord 'nur' (alleen, slechts) lijkt te benadrukken dat het eigen gebrek niet als rechtens relevante oorzaak in aanmerking komt wanneer slechts sprake is van een zijdelingse oorzaak. Herdt meent dat het woord 'nur' niet méér bewerkstelligt dan dat onderzocht moet worden of er naast de slijtage ook andere oorzaken een rol hebben gespeeld. Als de schade een adequaat gevolg is van die meewerkende oorzaak kan de verzekeraar geen beroep doen op de uitsluiting. Het woord *nur* heeft niet tot gevolg dat de

10. Dorhout Mees, 1967, nr. 428.

11. Nolst Trenité, Zeeverzekering, 1907, p. 76 e.v. Offerhaus, Het oorzakelijk verband bij schadeverzekering, RMThemis 1944, p. 113 zag de term liever verdwijnen.

12. House of Lords 31 januari 1918, *Leyland Shipping Co. vs. Norwich Union* (1918) A.C. 350. Citaat ontleend aan J. Offerhaus, Het oorzakelijk verband bij schadeverzekering, RMThemis 1944, p. 120.

13. Dorhout Mees, 1967, nr. 428.

14. Verwezen zij naar hoofdstuk 3.

verzekeraar reeds geen beroep op de uitsluiting toekomt indien ook andere 'niet-adequate' oorzaken een rol spelen.¹⁵

Verwezen zij in dit verband naar het arrest 'Miss Jay Jay'.¹⁶ De eigenaar van het jacht (gebouwd om boven een bepaalde snelheid te planeren) sluit een cascoverzekering. Verzekerd is schade '*against all loss of or damage to the insured craft...which is directly caused by external accidental means*'. Tevens is gedekt schade door: '*latent defects in the hull or machinery (excluding the cost and expense of replacing or repairing the defective part)*... Daarnaast kent de polis een uitsluiting: *Exclusions. No claim shall be allowed in respect of (i) any loss or expenditure incurred solely in remedying a fault in design or in the event of damage resulting from faulty design ...for any additional expenditure incurred by reason of betterment or alteration in design or for the cost and expense of replacing or repairing any part condemned solely in consequence of a latent defect or fault or error in design or construction.*' De Miss Jay Jay vaart van Deauville naar Hamble en ontmoet tijdens die reis zwaar doch geen uitzonderlijk zwaar weer, windkracht vier en golven van drie meter hoog: '*the sea was confused and these were difficult conditions for a boat of this particular type.*' Vastgesteld wordt dat de cruiser '*was in such a condition, by reason of defects in design and construction, as to be unseaworthy for a passage from Deauville to Hamble*'. Bij aankomst blijkt dat schade was ontstaan aan het casco.

De Court of Appeal oordeelt dat aangezien het eigen gebrek niet '*the sole cause*' van de schade was, de verzekeraar op grond van de polisvoorwaarden dient te betalen. Als rechtens relevante oorzaak geldt '*the adverse sea*':

The fact, as the judge found, that the sea was not exceptional and could have been anticipated, does not stop the loss from being adjudged to have been caused by 'external accidental means'. It was not caused by 'the ordinary action of the wind and waves' (see r. 7 of the Construction Rules in the First Schedule to the Marine Insurance Act, 1906) but by the frequent and violent impacts of a badly designed hull upon an adverse sea.

De woorden *sole cause* lijken derhalve doorslaggevend. De bewoordingen '*sole cause*' hebben m.i. niet tot gevolg dat de uitsluiting slechts van toepassing is als er geen enkele andere 'oorzakelijke' omstandigheid aanwijsbaar is. De uitsluiting zou nagenoeg niets om het lijf hebben aangezien immers een eigen gebrek hoogst zelden zelfstandig, zonder dat daarbij andere omstandigheden een rol spelen, schade zal veroorzaken.¹⁷ Een eigen gebrek openbaart zich nagenoeg altijd pas wanneer zich een andere omstandigheid voordoet. Een redelijke uitleg van de polisbepalingen lijkt veeleer te zijn dat bij het zich voordoen van twee gelijkwaardige, rechtens

15. Herdt, Die mehrfache Kausalität im Versicherungsrecht, 1972, p. 90. Hij stelt op p. 90 en 91 dat volgens heersend Duits recht het woord *unvermeidlich* slechts aangeeft dat er sprake moet zijn van een adequaat causaal verband en dus geen bijzondere van de normale causaliteitsregels afwijkende regeling inhoudt.

16. Lloyd Instruments v. Northern Star Insurance (1987) 1 Lloyd's Rep. 32 (CA).

17. Zie ook in deze zin Clarke, The law of insurance contracts, 1997, nr. 25-9C2.

relevante, oorzaken het eigen gebrek niet zal prevaleren. De eis dat een eigen gebrek de 'sole cause' moet zijn bevestigt dit uitgangspunt.

Clarke wijst erop dat gelet op de bestaande jurisprudentie de dekking in hoge mate wordt beperkt wanneer de dekkingsclausule de term 'sole cause' bevat. Hij constateert dat geen oorzaak geheel geïsoleerd de schade teweeg brengt en betoogt daarom dat de beperking van de term 'sole cause' enigszins dient te worden getemperd. Als oplossing ziet hij dat niet alle oorzaken, maar slechts die welke expliciet zijn uitgesloten van dekking de gedekte oorzaak opzij zullen zetten.¹⁸ Clarke stelt overigens eerder dat volgens Engels recht de expliciet uitgesloten oorzaak ook voorrang heeft wanneer de dekkingsclausule *niet* de woorden 'sole cause' bevat.

Vershil 'onmiddellijk' en 'rechtstreeks'

Uit de zaak INA (UK) Limited/ALM N.V.¹⁹ blijkt dat de termen 'onmiddellijk' en 'rechtstreeks' een verschillende betekenis kunnen hebben. 'Onmiddellijk' duidt aan dat de oorzaak in tijd gemeten direct voorafgaat aan de schade, terwijl 'rechtstreeks' (in overeenstemming met de hierna genoemde interpretatie van Ubbink) aanduidt dat zich na de oorzaak geen andere relevante omstandigheden/oorzaken voordoen. ALM heeft bij ICNA een vliegtuigschadeverzekering afgesloten voor de periode van 1 oktober 1988 tot 1 oktober 1989. De dekking is als volgt omschreven²⁰:

'.....coverage does not apply

(...)

4.2 to physical damage caused by or attributed to the ingestion of grit, dust, sand, ice or any corrosive or abrasive material which has a progressive or cumulative effect which will be regarded as "wear and tear". NEVERTHELESS immediate damage caused by accidental, sudden and unexpected ingestion of objects attributable to a single recorded incident which if its severity were known would require the immediate removal of the engine is covered hereunder.'

Op 25 juni 1989 raakt één van de motoren defect (de 'fifth stage blade' breekt af) ten gevolge van een in februari 1987 opgelopen 'foreign object damage' (FOD). Verzekeraars betogen dat onder 'immediate damage' moet worden verstaan onmiddellijke schade en niet rechtstreekse schade. Onmiddellijke schade houdt volgens hen in een schade ten gevolge van een FOD die zich tijdens de looptijd van de verzekering heeft voorgedaan. In de onderhavige zaak is hiervan geen sprake. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba beslist op grond van uitleg van voornoemde bepaling, dat onder 'immediate damage' moet worden verstaan 'rechtstreekse schade', dat wil zeggen *schade die het rechtstreeks*

18. Clarke, *The law of insurance contracts*, 1997, nr. 25-9C2. Opvallend is dat Clarke het arrest 'Miss Jay Jay' niet noemt.

19. HR 7 juni 1996, NJ 1996, 583.

20. Zie cassatiemiddel onder 1.

gevolg is van een 'single recorded incident'. Volgens het hof blijkt één en ander uit het vervolg van de hierboven weergegeven zin waarin de dekking is omschreven, nu daarin uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt opengehouden dat de bedoelde 'ingestion of objects' pas later aan het licht komt. Voorts oordeelt het hof dat in de polis geen bepaling is opgenomen '*...waarin is bepaald dat van dekking wordt uitgesloten schade die het gevolg is van een voorval dat dateert van vóór de ingangsdatum van de verzekering.*' Dat van een rechtstreekse schade sprake is blijkt volgens het hof genoegzaam uit het deskundigenrapport. Het oordeel van het hof is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. A-G Vranken stelt in zijn conclusie vóór het arrest dat uit de gehele uitsluitingsclausule de bedoeling volgt dat schade welke niet het gevolg is van 'wear and tear' (schade als gevolg van normaal gebruik en normale slijtage) is gedekt onder de polis. Vervolgens stelt hij:

Zodra evenwel de grens van het zich langzaam ontwikkelende en van het normale wordt overschreden, is dit anders. Plotselinge en onverwachte schade door het binnenzuigen van objecten, die is terug te voeren op een duidelijk afgebakend voorval komt voor vergoeding in aanmerking, mits de in de slotzinsnede van par. 4.2 bepaalde mate van ernst is overschreden.

Uitleg van de onderhavige polisbepalingen brengt dus mede dat 'immediate' niet noodzakelijk inhoudt een schade in tijd direct volgend op de gestelde oorzaak. Rechtstreekse schade betekent hier kennelijk een schade welke volgt na een bepaalde oorzaak zonder dat nadien nog sprake is van een tussen komende oorzaak.

Niet geheel duidelijk is naar mijn mening de uitleg van de slotzin van de hierboven weergegeven clausule. Met name is het tijdsverloop van 2 jaar en 4 maanden tussen de FOD en het defect raken van de motor²¹ vooralsnog niet te rijmen met het vereiste dat de ernst van de FOD zodanig moet zijn dat '*...if its severity were known would require the immediate removal of the engine.*' Het is mogelijk dat het deskundigenrapport hierover meer duidelijkheid schept. Het arrest verschaft in dit verband evenwel geen inzicht.

'Vernieling onmiddellijk veroorzaakt door ontploffing'

Ook deze omschrijving beperkt de omvang van de dekking. Zulks blijkt uit het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 25 augustus 2004 (Brood en banket bakkerij X/Mercurius).²² X sluit met verzekeraars een inventarisverzekering. Van toepassing zijn de volgende polisvoorwaarden:

21. Volgens het hof verschillen de deskundigen van mening over de datum van de FOD.

22. Rb. Arnhem 25 augustus 2004, S&S 2006, 46.

Begripsomschrijving
(...)

Ontploffing

Onder schade door ontploffing wordt verstaan: gehele of gedeeltelijke vernieling onmiddellijk veroorzaakt door een eensklaps verlopende, hevige krachtsuiging van gassen of dampen (...).

Omvang van de dekking
(...)

Ontploffing

Is verzekerd onverschillig waar de ontploffing mocht zijn ontstaan in de verzekerde opstal dan wel elders. In geval van gehele of gedeeltelijke vernieling van de verzekerde zaken door ontploffing is tevens gedekt de schade aan de verzekerde zaken, welke als een gevolg van die vernieling moet worden aangemerkt. In geval van gehele of gedeeltelijke vernieling van andere zaken door ontploffing is mede gedekt de schade aan de verzekerde opstal, welke als een gevolg van die vernieling moet worden aangemerkt.

Verzekerde stelt dat zijn bakoven beschadigd raakt door een ontploffing.

De volgende omstandigheden hebben zich voorgedaan:

- Door het niet goed functioneren van de elektronische ontsteker wordt een te groot gas/lucht mengsel ontstoken. Hierdoor gaat de ontsteking gepaard met een drukgolf.
 - Door de drukgolf raken deeltjes van de inwendige vervuiling van de verwarmingsspiraal los, zonder dat dit geleid heeft tot permanente vervorming van de spiraal.
 - Deze losse deeltjes hebben vervolgens geleid tot het verstopt raken van het olie circuit. De oliecirculatie komt tot stilstand.
 - De stilstaande olie wordt daarna tot extreem hoge temperaturen verhit en het materiaal van de spiraal wordt bros.
 - Door de druk in het systeem bezwijkt de buis van de spiraal, er ontstaat een klein gat, en de olie kan uitstromen. De uitstromende olie vat vlam.
- De rechtbank wijst de vordering van de verzekerde af aangezien de schade niet het onmiddellijke gevolg is van de drukgolf.

'Arbeidsongeschiktheid/invaliditeit als rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolg van een ongeval en/of ziekte.'

In ongevalspolissen komt dikwijls een dekkingsclausule voor die het evenement, arbeidsongeschiktheid of invaliditeit, als volgt omschrijft:

*Blijvende invaliditeit is 'elke in de toekomst niet voor verbetering vatbare beschadiging van het lichaam (zowel naar bouw als naar verrichtingen) en/of de geest, als rechtstreeks gevolg van een ongeval.'*²³

Volgens Ubbink dient de eis in een ongevallenpolis dat de schade het *rechtstreeks* gevolg moet zijn van het ongeval ertoe om factoren (oorzaken: AB)

23. Deze polisclausule komt voor in de zaak Hogenboom/Unigarant (HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, m.nt. MMM).

die een rol spelen na het ongeval (zoals de situatie waarin verzekerde komt te overlijden tijdens een hartaanval na een aanrijding) van de dekking uit te sluiten.²⁴

In het arrest Oomen/Interpolis²⁵ omschrijven de polisvoorwaarden arbeidsongeschiktheid als volgt:

'Arbeidsongeschiktheid is aanwezig indien de verzekerde rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van een ongeval en/of ziekte voor tenminste 25% ongeschikt is tot het verrichten van werkzaamheden, die ...'

A-G Bakels meent dat deze causaliteitsaanduiding van invloed is op de vereiste mate van causaal verband:

In een concreet geval is het weliswaar een uitlegkwestie – zoals gezegd: feitelijk en binnen voormelde grenzen onttrokken aan toezicht door de Hoge Raad – welke gevolgen in dit opzicht als 'rechtstreeks' veroorzaakt zijn aan te merken, maar deze term strekt onmiskenbaar tot beperking van de kring van de aan de oorzaak (in deze zaak: het ongeval) toe te rekenen gevolgen.

Daarnaast wijst hij erop dat de clause ook in ander opzicht de toerekening beperkt:

Ten tweede vindt deze toerekening volgens de polis slechts plaats op grond van medisch inzicht. Het gaat er in deze zaak dus niet om welke gevolgen naar ervaringsregels in redelijkheid tot het ongeval zijn te herleiden. Zou die toerekening tussen partijen punt van discussie worden, dan ontkomt de rechter er niet aan medische deskundigen te benoemen, zoals in deze zaak inderdaad is geschied.²⁶

Daarentegen wordt in de zaak Kostermans/De Nederlanden van 1870²⁷ volgens de polisvoorwaarden geen *rechtstreeks* causaal verband geëist:

'Een 'ongeval' in de zin van deze ongevallenverzekering is elke bijzondere, uitwendige, plotseling en onverwacht intredende, schade toebrengende inwerking op het lichaam van de verzekerde, die zonder medewerking van inwendige oorzaken enig letsel veroorzaakt.'

De verzekeraar stelt dat niet de inwerking van lichamelijk geweld maar de inwendige gesteldheid van de verzekerde tot de (verstikkings)dood heeft geleid. Het Hof Amsterdam beslist evenwel dat sprake is van een ongeval, aangezien niet voldoende omstandigheden zijn gesteld *'waaruit valt af te lei-*

24. Ubbink, 1962, p. 52.

25. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98. Zie ook Bijzondere Contracten XI, artikel 246 K aant. 57 (Van Huizen en Verschoof).

26. Naar mijn mening speelt hier voornamelijk een rol de vaststelling door deskundigen van ziekte, arbeidsongeschiktheid, invaliditeit e.d. Zie hierover 5.6.1.

27. Hof Amsterdam 16 maart 1989, NJ 1990, 319.

den dat de verstikking met voldoende mate van waarschijnlijkheid het gevolg is van inwendige oorzaken.'

Opvallend is dat de benadering zoals toegepast in de zaak Oomen/Interpolis fundamenteel verschilt van de benadering zoals toegepast in het arrest van het Hof Amsterdam uit 1972 (De Roode/ De Zeven Provinciën).²⁸ Polisuitleg staat, naar mijn mening in overeenstemming met andere jurisprudentie, voorop. Daarnaast echter valt op dat in het arrest Oomen/Interpolis, afgaande op het betoog van A-G Bakels, vooral het belang van de verzekeraar in het oog wordt gehouden, terwijl in de zaak De Roode/De Zeven Provinciën veel aandacht wordt geschonken aan het belang van de verzekerde. Immers, ondanks het feit dat slechts is gedekt arbeidsongeschiktheid *uitsluitend* veroorzaakt door een ongeval, laat het hof gelet op de aard van de verzekering de slechtere gezondheid van de verzekerde (trombose) buiten beschouwing.

*De rubriekenpolis milieuschadeverzekering (MSV 1998): 'Verzekerd zijn de kosten van sanering van de verzekerde locatie. Deze sanering moet betrekking hebben op verontreiniging die het rechtstreekse en uitsluitende gevolg is van een emissie, veroorzaakt door één of meer van de in de van toepassing verklaarde rubriek(en) genoemde verzekerde gevaren, mits: etc.'*²⁹

Het causaal verband speelt bij deze dekkingsomschrijving een prominente en ten aanzien van de omvang van de dekking beperkende rol. De sanering moet betrekking hebben op een verontreiniging die het rechtstreekse en uitsluitende *gevolg* is van een emissie, die is *veroorzaakt* door één van de gedekte gevaren. Gelet op de woorden rechtstreeks en uitsluitend is onmiskenbaar een strikt causaal verband beoogd.³⁰ Als emissie wordt aangemerkt *'het vrijkomen van gassen, vloeistoffen en/of fijn verdeelde vaste stoffen'*, op zichzelf genomen dus ook een beperking van de dekking.

Voorheen was milieuschade gedekt onder diverse, doch vooral aansprakelijkheids polissen. De aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (polismodel AVB 96) gaf dekking tegen: aansprakelijkheid voor schade van derden in verband met een milieu-aantasting die plotseling en onzeker is, en niet rechtstreeks het gevolg is van een langzaam inwerkend proces.³¹ De

28. Hof Amsterdam 18 mei 1972, NJ 1972, 470. Voor een bespreking van dit arrest zij verwezen naar hoofdstuk 7.1.

29. De verzekerde kan kiezen uit drie rubrieken, de basisdekking of de uitgebreide gevarendekking of de topdekking, die elk een verschillende dekking bieden. De basisdekking en de uitgebreide gevarendekking noemen met name een aantal gedekte evenementen (basisdekking: brand, blikseminslag en ontploffing; uitgebreide gevarendekking: ter aanvulling op de basisdekking een aantal andere evenementen). De topdekking biedt een all-risksdekking: als verzekerde gevaren worden aangemerkt alle van buiten komende onheilen en enig eigen gebrek van opstallen en roerende zaken, veroorzaakt door fouten in ontwerp, constructie, uitvoering of materiaalkeuze.

30. Vgl. A-G Bakels in verband met een arbeidsongeschiktheidsverzekering in zijn conclusie vóór HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98.

31. Zie rubriek IV artikel 26 AVB 96.

MAS (Milieu Aansprakelijkheids Samenwerkingsverband)-dekking die apart moest worden bijverzekerd, verzekerde bovendien de geleidelijk ontstane milieuschade.

Verschil tussen de twee vormen van verzekering is dat niet langer van belang is of de verzekerde jegens de derde aansprakelijk is. De MSV polis is een zgn directe verzekering. Niet alleen de verzekeringnemer maar ook locaties van meeverzekerde derden zijn op grond van een derdenbeding (artikel II.2.1 MSV 1998) verzekerd. Na toestemming van de verzekeringnemer hebben deze derden een rechtstreeks vorderingsrecht op de verzekeraar.³²

*Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*³³

Voornoemd Besluit vloeit voort uit de 'Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen'. Zoals bij de MSV is de schadelijgende partij, in dit geval de proefpersoon bij medisch-wetenschappelijk onderzoek, direct verzekerd. Volgens artikel 5 van het Besluit wordt schade door dood of letsel onder bepaalde omstandigheden vergoed als deze het gevolg is van de verwezenlijking van de aan het wetenschappelijk onderzoek verbonden risico's. Niet van belang is of de instelling die het onderzoek uitvoert aansprakelijkheid is jegens de proefpersoon op basis van onrechtmatige daad of wanprestatie. Artikel 7 van het Besluit bepaalt dat artikel 6:98 en 6:99 BW niet van toepassing zijn. Dit is een bevestiging van het gegeven dat de causaliteitsregels voor het verzekeringsrecht afwijken van de causaliteitsregels welke gelden voor aansprakelijkheid voortvloeiend uit de wet.³⁴ Het betreft hier een op basis van het Besluit verplichte verzekering. Evenals de MSV kent het Besluit maximaal uit te keren bedragen.

Unmittelbar

Bijzondere aandacht heeft in het Duitse recht de causaliteitsaanduiding 'unmittelbar' gekregen. Zo kan stormschade verzekerd zijn *wenn die Zerstörung oder Beschädigung auf der unmittelbaren Einwirkung des Sturmes beruht*. Doorgaans wordt dan geleerd dat slechts dekking bestaat indien de storm de in tijd gemeten laatste oorzaak is.³⁵

Volgens een beslissing van OLG Hamburg uit 1972 bewerkstelligt het woord *unmittelbar* een afwijking van de adequate theorie.³⁶ Tijdens het vervoer van vlees vindt er een ongeval plaats waardoor de koelinstallatie van de koelwagen beschadigd raakt. Het vervoer ondervindt vertraging en bij

32. P.J.M. Drion, *Vrb* maart 1998, p. 19.

33. Besluit van 23 juni 2003, houdende regels inzake de verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Staatsblad* 2003, 266. Inwerkingtreding 1 september 2003. Zie hierover E.F.D. Engelhard, *AV&S* 2004, nr. 3, p. 100 e.v.

34. Verwezen zij naar de opmerkingen hiervóór in *Deel II*.

35. Prölls/Martin, 1992, §49, Anm.4A. Zie ook de 27 ste druk (2004). Storm wordt dan echter niet meer genoemd.

36. OLG Hamburg 21.2.1972, *VersR* 1972, 753, m.nt. Martin.

aflevering blijkt dat het vlees verschijnselen van bederf vertoont. De polisvoorwaarden kennen de volgende uitsluitingsclausule:

'Schäden, entstanden durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich einen Verderb, gelten grundsätzlich ausgeschlossen. Auch im Falle eines versicherten Gefahrenereignisses (Transportmittelunfall, Feuer, höhere Gewalt) werden derartige Schäden nur ersetzt, soweit sie die unmittelbare Folge eines solchen Gefahrenereignisses sind. Mittelbare Schäden, z.B. durch zeitliche Verzögerung im Zusammenhang mit einem versicherten Gefahrenereignis, verspätete Ankunft des Gutes oder durch Marktverlust, bleiben in jedem Fall von der Versicherung ausgeschlossen.'

Het Oberlandesgericht beslist dat verzekeraars terecht een beroep doen op de uitsluitingsclausule. Weliswaar is de schade het onmiddellijke gevolg van de beschadiging van de koelinstallatie waardoor warme lucht het vlees kon aantasten, maar zij is slechts het middellijke gevolg van het ongeval zelf. Niet voldoende volgens het OLG, is dat de schade het adequate gevolg is van het ongeval: *'Es genügt für die Haftung der Bekl. nicht, daß die auf die natürliche Beschaffenheit des Fleisches zurückführende Fäulnis durch den Transportmittelunfall adäquat verursacht worden ist.'*

In tegenstelling tot hetgeen Martin in zijn noot stelt meent Herdt dat de onderhavige uitspraak niet meebrengt dat *unmittelbar* hetzelfde is als *sofort*. Aan sommige schadeoorzaken (zoals bederf) is volgens hem inherent dat de schade pas na enige tijd optreedt. Herdt meent dat het OLG de beschadiging van de koelinstallatie als de tussenliggende oorzaak aanmerkt, waardoor niet langer het ongeval de *'unmittelbare'* oorzaak is.³⁷

De polisclausule is mijns inziens niet erg duidelijk, in ieder geval niet goed toegesneden op verzekering van vervoer van vlees met een koelwagen. Kennelijk is het de bedoeling dat bederfschade soms onder de dekking kan vallen wanneer sprake is van een ongeval. Met deze uitleg van het woord *unmittelbar* lijkt daar voor het onderhavige risico echter nimmer sprake van te kunnen zijn. Het OLG overweegt dat een schade wel gedekt zou zijn als b.v. fruit door een ongeval op de bodem van het vervoermiddel valt en daardoor vervalt tot slechts 'Fallobst'. Dit is naar mijn mening echter geen bederfschade omdat hier sprake is van een beschadiging die niet voortkomt uit de natuurlijke eigenschappen van het goed zelf.

6.3 Schade veroorzaakt door, met of door, etc.

In een Bindend Advies d.d. 13 februari 1991 is de gehoudenheid tot schadevergoeding voortvloeiend uit rubriek II (aansprakelijkheid) van een CAR-polis uitgesloten *'indien de schade is veroorzaakt door het gebruik van luchtvaartuigen of vaartuigen.'* Van Seumeren dient twee ijzeren brugdelen te verwijderen en op de wal te plaatsen. Tijdens het heffen van de beide brug-

37. Herdt, 1972, p. 96.

delen door de drijvende bokken Saturnus en Limburgia bezwijkt de Saturnus en valt deze op de Limburgia. De brugdelen vallen in het water. De Rechtbank Dordrecht oordeelt dat Van Seumeren jegens de eigenaar van de bok aansprakelijk is voor de schade. Van Seumeren vordert deze schade van zijn CAR-verzekeraar, die een beroep doet op voornoemde uitsluiting. Terecht volgens Brunner, aangezien het betoog van van Seumeren dat de uitsluiting slechts ziet op het vaarrisico onjuist is. Voor een dergelijke beperkte uitleg geven noch de bewoordingen noch de strekking van de uitsluitingsbepaling aanleiding.³⁸ Verzekeraars hadden erop gewezen dat niet is uitgesloten 'schade door vaartuigen' maar 'schade door het gebruik van vaartuigen'. Ten aanzien van de strekking van de clause overweegt Brunner o.a.:

Voor vaartuigen ligt het voor de hand, dat de aansprakelijkheid voor risico's verbonden aan het gebruik daarvan, wordt gedekt onder de aansprakelijkheidsverzekering van die vaartuigen. Dekking daarvan ook onder de CAR-verzekeringen zou leiden tot samenloop van verzekeringen, die in beginsel ongewenst is.

Transportgoederenverzekering. Schade door en/of tengevolge van bevroezing en/of vorst

Tijdens vervoer van een zending tomaten treedt vorst op. Bij aankomst van het schip in de bestemmingshaven is geen schade zichtbaar. De tomaten dienen na aflevering bij geadresseerde in zgn cellen een rijpingsproces te ondergaan. Na enige tijd blijkt dat een deel van de tomaten niet tot rijping wil komen en dat bederf is opgetreden. Deskundigen geven te kennen dat het uitblijven van rijping na vorst een bekend verschijnsel is. Verzekerd is 'alle schade door en/of tengevolge van bevroezing en/of vorst'. De verzekeraar ontkent dat de schade, voorzover geleden, onder de dekking van deze clause valt. De rechtbank verwerpt dit verweer en overweegt als volgt:

'Uit deze clause in de polis blijkt, dat niet alleen was verzekerd tegen schade door en/of tengevolge van bevroezing, maar dat voldoende was, dat de schade door en/of tengevolge van vorst was ontstaan, zonder dat deze vorst tot bevroezing van de tomaten leidde.

*Bovendien was niet alleen verzekerd schade, ontstaan door vorst, maar ook schade tengevolge van vorst, reden waarom moet worden aangenomen, dat de clause zo ruim mogelijke dekking wil geven, zodat daar ook onder valt schade, ontstaan doordat vorst optrad zonder dat dientengevolge de temperatuur van de verzekerde goederen zelf tot beneden 0° Celsius daalde. Verzekerd was dus ook tegen de schade, die aan de tomaten mocht ontstaan, doordat deze werden vervoerd in een omgeving, waar vorst heerste.'*³⁹

Van Huizen/Verschoof delen het uitgangspunt dat 'tengevolge van' een uitbreiding van de dekking betekent ten opzichte van 'door'. Zij stellen dat polisbepalingen toepassing van de leer van de adequate veroorzaking in de weg kunnen staan en zij leiden uit uitspraken van de Raad van Toezicht af

38. Bindend Advies 13 februari 1991, S&S 1993, 77.

39. Rb. Amsterdam 29 mei 1957, NJ 1957, 647.

dat dekking tegen schade 'door' diefstal of storm beperkter wordt geduid dan schade 'ten gevolge van' diefstal of storm.⁴⁰ Schade is volgens hen alleen dan gedekt als diefstal of storm de naaste oorzaak is.

Het is mij niet duidelijk op grond waarvan een onderscheid gemaakt kan worden tussen 'door' en 'tengevolge van'.⁴¹ Weliswaar is diverse malen geoordeeld dat er een 'direct' causaal verband moet bestaan tussen bijv. storm en schade, maar zulks valt m.i. veeleer te verklaren door uitleg van de gehele clausule waaruit blijkt dat dergelijke schade slechts gedeeltelijk is verzekerd.

Schade 'door' storm. Direct door stormkracht?

Volgens de Raad van Toezicht dient er bij dekking tegen schade door storm inderdaad sprake te zijn van een direct causaal verband. Zulks lijkt echter niet slechts te worden ingegeven door het woord 'door'. Ook uitleg van de gehele polis lijkt bepalend voor de beslissing. Zo wordt in één van de door Van Huizen/Verschoof aangehaalde uitspraken beslist dat onder de hierna volgende omstandigheden de schade niet is gedekt. Tijdens een zware storm wordt het water in de Loosdrechtse plassen opgezweept waardoor de golven schade aan een steiger veroorzaken. Van toepassing zijn de uitgebreide voorwaarden van de Amsterdamsche Beurs-brand polis die onder meer bepalen:

'De verzekering geschiedt mede tegen schadeontstaan door:

Storm en de gevolgen van storm. Onder storm wordt verstaan een zodanige windkracht dat... en windsnelheid of windstoten worden waargenomen van tenminste 14 meter per seconde.

Met schade door storm wordt gelijkgesteld:

- a. Schade direct of indirect veroorzaakt door het neerstorten van bomen of andere voorwerpen tengevolge van storm.*
- b.etc.'*

De verzekerde meent dat deze schade het gevolg is van de storm. De verzekeraar stelt evenwel dat de polis beoogt dekking te bieden tegen directe stormschade, ofwel schade direct veroorzaakt door de windkracht, en dat daarnaast in een aantal specifiek aangegeven gevallen bovendien een uitgebreidere dekking bestaat. Een dergelijk specifiek geval doet zich volgens de verzekeraar hier niet voor. De Raad van Toezicht volgt het standpunt van de verzekeraar. De storm heeft de schade aan de steiger niet rechtstreeks veroorzaakt. Vervolgens overweegt de Raad en daarin is naar mijn mening de motivering van de uiteindelijke beslissing te vinden:

De Raad is van oordeel dat, nu voorts schade veroorzaakt door gevolgen van storm in de voorwaarden, voor zover hier van belang, slechts wordt gedekt, indien deze schade wordt

40. Bijzondere Contracten XI, artikel 246 K, aant. 57.

41. Duidelijker is de overweging van de rechtbank dat uit de clausule blijkt dat ook schade door of tengevolge van vorst die niet leidt tot bevrozing onder de dekking valt.

veroorzaakt door 'het neerstorten van bomen of andere voorwerpen', het standpunt van verzekeraar verdedigbaar is dat de onderhavige schade niet door de verzekering wordt gedekt.

De dekkingsclausule acht ik niet geheel consistent nu er in beginsel dekking wordt geboden tegen schade ontstaan door storm en de gevolgen van storm, waardoor niet direct duidelijk is dat dekking tegen zgn. directe stormschade het uitgangspunt is. Vervolgens stelt de clausule schade door het neerstorten van bomen gelijk met *schade door storm* zodat niet kan worden aangenomen dat zulks een nadere uitwerking is van schade ontstaan door *de gevolgen van storm*.

Bij twijfel zal de Raad van Toezicht echter niet snel een door verzekeraar voorgestane uitleg onverdedigbaar achten. De terughoudende aard van de beslissing wordt door de Raad als volgt gemotiveerd:

De Raad stelt voorop dat het niet tot zijn taak behoort een partijen bindende uitspraak te doen omtrent de uitleg van de voorwaarden. Een dergelijke uitspraak is voorbehouden aan de rechter. Wel staat ter beoordeling van de Raad of het door verzekeraar ingenomen standpunt verdedigbaar is.⁴²

Toch geeft ook de Raad te kennen dat de polisclausule geen toonbeeld van duidelijkheid is:

Wel is de Raad van oordeel dat verzekeraar er goed aan zou doen de betrokken polisclausule zodanig te formuleren dat een misverstand als hier is opgetreden, zich niet kan herhalen.

Volgens de Raad van Toezicht is ook het standpunt van de verzekeraar niet onverdedigbaar dat schade aan het verfwerk van kozijnen (putjes in de kozijnen) veroorzaakt door hagelstenen tijdens een zware storm niet valt onder de dekking van '*schade door storm*'. De Raad van Toezicht overweegt *dat uitsluitend schade veroorzaakt door storm gedekt is en dat het door verzekeraar ingenomen standpunt dat de onderhavige schade niet door storm is veroorzaakt, gelet op de aard van de schade, verdedigbaar is.⁴³*

Ook deze uitleg door de verzekeraar van de bewuste polisclausule is naar mijn mening discutabel. Verdedigbaar immers is de stelling dat de storm de dominante factor is. Althans wanneer de niet-betwiste stelling van de verzekerde juist is, dat hagel welke zonder storm recht naar beneden valt, normaal gesproken geen schade aan kozijnen toebrengt. Een redelijke uitleg van de bewoordingen *schade door storm* lijkt te zijn dat schade welke redelijkerwijze als gevolg van de storm is te verwachten, onder de dekking valt. De ervaring leert dat storm nu juist doorgaans zijn verwoestende kracht uitoefent in samenhang met voortbewogen voorwerpen. Niet zelden gaat een storm gepaard met hagel en om die reden is verdedigbaar een der-

42. RvT II-83/65.

43. RvT II-86/42.

gelijke schade aan te merken als een redelijkerwijze te verwachten gevolg van de storm. Naar normaal spraakgebruik wordt na een over Nederland razende storm zelfs ook schade door omgevallen bomen e.d. als 'stormschade' aangemerkt.

Ook niet onverdedigbaar volgens de RvT⁴⁴ is het standpunt van de verzekeraar in het volgende geval waarin de volgende polisclausule van toepassing is:

*'Deze verzekering geschiedt mede tegen alle schade aan het verzekerde veroorzaakt door storm of door storm bewogen voorwerpen met inachtneming van het volgende:
Met schade door storm veroorzaakt wordt gelijkgesteld:
(...)
regen-, sneeuw- en/of hagelschade, voor zover deze schade het gevolg is van stormschade aan het (de) verzekerde gebouw(en) of aan het (de) gebouw(en) waarin de verzekerde voorwerpen zich bevinden;
(...)'*

Op 4 juli teistert zwaar noodweer, storm gepaard gaande met hagel, midden Limburg. De hagelstenen zijn van extreem grote omvang (diameter 3,5 cm) en deze beschadigen het dak van een schuur. De verzekeraar vergoedt de gevorderde schade niet met onder meer het argument dat ook zonder de storm deze schade zou zijn ontstaan. In dit geval lijkt het verdedigbaar dat er geen causaal verband bestaat tussen de storm en de schade aan het dak.⁴⁵

Het Hof 's-Gravenhage oordeelde reeds eerder dat in geval van de volgende dekkingsclausules, die helaas niet letterlijk zijn weergegeven, alleen schade die rechtstreeks ontstaat door storm (windkracht) is gedekt:

Gedekt is 'schade aan het verzekerde veroorzaakt door storm of door storm bewogen resp. getroffen voorwerpen'.

Onder bepaalde voorwaarden is een aantal schaden gelijkgesteld met stormschade, zoals *'regen-, sneeuw- en/of hagelschade aan een verzekerd gebouw en/of verzekerde inhoud van een gebouw, voor zover deze schade het gevolg is van materiële schade door storm aan het betrokken gebouw toegebracht.'*

Uitgesloten wordt een aantal, door storm veroorzaakte, schaden zoals schade door overstroming en schade door atoomkernreacties.

Het instorten van een dak door het gewicht van een grote watermassa die door een storm van de waterafvoeren afgevoerd of gestuwd wordt, is volgens het hof niet rechtstreeks door deze storm in de zin van de polisvoorwaarden ontstaan. De motivering luidt als volgt:

44. RvT II-95/23 en RvT II-95/24.

45. De motivering van de RvT is naar mijn mening minder juist. Bespreking laat ik evenwel achterwege aangezien zulks buiten het kader van dit onderzoek valt.

*'Onder schade aan het verzekerde veroorzaakt door storm dient uitsluitend te worden begrepen de rechtstreeks ten gevolge van storm (windkracht) ontstane schade, derhalve niet de schade welke indirect door storm (windkracht) is ontstaan, nu immers bij een interpretatie overeenkomstig dit laatste het afzonderlijk vermelden van de schade welke is toe te schrijven aan 'door storm bewogen resp. getroffen voorwerpen' weinig zinvol zou zijn en nu bovendien het feit dat een aantal niet rechtstreeks door storm veroorzaakte schaden onder bepaalde voorwaarden met storm wordt 'gelijkgesteld' erop wijst dat niet elke schade welke indirect aan storm is toe te schrijven door de polis wordt gedekt.'*⁴⁶

Hetzelfde hof⁴⁷ oordeelt in het navolgende geval waarin niet duidelijk is of de polis dekking biedt tegen schade door storm, wederom op grond van uitleg van de gehele dekkings- en uitsluitingsclausule dat alleen schade direct veroorzaakt door de windkracht onder de dekking valt. Een strandpaviljoen wordt niet langer ondersteund door een duin dat ten gevolge van het door een storm hoog opgestuwde water van de Noordzee afkalft en dient daarom te worden afgebroken. Uitgesloten is 'schade veroorzaakt door, optredende bij of voortvloeiende uit overstroming ongeacht waardoor de overstroming is veroorzaakt'. Uit de bewoordingen van de polisclausules leidt het hof af dat alleen de door windkracht veroorzaakte schade is gedekt en niet de schade die door storm in combinatie met een ander natuurverschijnsel ontstaat. Het is mijns inziens de vraag of hier sprake is van een overstroming. Gelet op het ontbreken van de dekkingsclausule in de gepubliceerde uitspraak is niet goed te beoordelen of de schade hieronder valt.

Toepassing van de Adequatie theorie zou wellicht eerder leiden tot dekking onder de polis. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam in 1937⁴⁸ geoordeeld dat ook schade die niet uitsluitend is ontstaan door storm als stormschade dient te worden aangemerkt. In die zaak was schade ontstaan door het overlopen van een dakgoot tengevolge van een opeenhoping van bladeren tijdens een storm gepaard gaande met een hevige regenval.

Schade 'door' neerslag

Het Hof 's-Gravenhage heeft in de zaak Den Haring/Tulleners van Buren⁴⁹ in zijn oordeel mede het belang van het ontbreken van de bewoordingen 'rechtstreeks veroorzaakt door' tot uitdrukking doen komen. Verzekerd is tegen schade aan gebouwen als gevolg van neerslag ('Water, Stoom en Neer-

46. Hof 's-Gravenhage 16 januari 1981, S&S 1982, 44. In een soortgelijke zaak heeft het Hof Amsterdam 27 november 1997, rolnr. 19/97, n.g. de mogelijkheid opengelaten dat storm als oorzaak in aanmerking kan komen wanneer hierdoor een zodanige waterstuwing ontstaat dat het dak daardoor instort. Zie ook RvT II-95/29, waarin de Raad het standpunt van de verzekeraar dat niet het noodweer maar de slechte constructie van het dak de oorzaak is van de waterschade is, niet onverdedigbaar acht.

47. Hof 's-Gravenhage 27 september 1984, S&S 1985, 57.

48. Rb. Amsterdam 2 juni 1937, NJ 1938, 637 (zie voor een verdere bespreking hoofdstuk 7). Dorhout Mees, 1967, nr. 639 vermeldt deze uitspraak kennelijk met zijn instemming. Hij stelt dat niet alleen directe maar ook indirecte stormschade, bijv. doordat tengevolge van een storm een boom op het verzekerde pand valt, is gedekt onder een gebouwen/inboedelverzekering.

49. Hof 's-Gravenhage 20 januari 1998, VR 1999, 136.

slag'). Vaststaat dat overvloedig neergevallen regen als neerslag in genoemde zin opgevat, via de grond door kieren en over drempels de beschadigde ruimten is binnengestroomd. Volgens verzekeraars is de rechtstreekse oorzaak van de schade niet de regenval maar een niet functionerend gemaal. Indien het gemaal goed zou hebben gefunctioneerd zou de schade zich volgens hen niet hebben voorgedaan. Het hof onderzoekt in de eerste plaats of de polisvoorwaarden aangeven welke omstandigheid in dit geval als rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt. De overweging te dien aanzien luidt:

*'Ten aanzien van de causaliteit spreekt het clauseblad UG I van schade ... veroorzaakt door', en spreken de te dezen met toepasselijke Algemene Voorwaarden van de Nederlandse Beurs Brandpolis van 'ontstaan uit' of 'optredende bij' of 'voortvloeiende uit', maar nergens zoals verzekeraars doen voorkomen van 'rechtstreeks veroorzaakt door etc.', voor welke opvatting – een en ander in de context van de polisvoorwaarden geplaatst – ook overigens geen steun is te vinden.'*⁵⁰

Hieruit volgt volgens het hof dat inhoud en strekking van de verzekeringsovereenkomst geen houvast bieden voor het te hanteren causaliteitscriterium. In casu oordeelt het hof vervolgens dat de hevige regenval als de *initiale en doorslaggevende* oorzaak heeft te gelden.⁵¹

Een wel bijzonder vrije uitleg van de polisvoorwaarden geeft het Hof Amsterdam in de zaak Delta Lloyd/Hartholt welke in cassatie onaangetast blijft.⁵² Hartholt verzekert zijn woonhuis met bijbehorende, aan een derde verhuurde, kippenschuur met daarin 30000 slachtkuikens. De schuur stort in doordat 21 cm sneeuw op het dak lag en het daarna is gaan ijzelen en sneeuwen. Het geheel wordt daardoor een massieve zware laag en het dak bezwijkt. Alle slachtkuikens kwamen om als gevolg van een sterke temperatuur daling. Er zijn geen bouwkundige gebreken geconstateerd die de instorting kan verklaren. Als gedekte gebeurtenis is onder meer genoemd:

Neerslag

Schade als gevolg van het woonhuis binnengedrongen neerslag.

Van deze dekking is uitgesloten:

- *Schade ontstaan door neerslag die is binnengedrongen via openstaande ramen, deuren of luiken;*

50. Het hof maakt tevens korte metten met het argument van verzekeraars dat hier geen sprake is van schade door neerslag, maar van schade door grondwater: ... *het water dat de schade heeft veroorzaakt, heeft zich immers niet eerst onder of in de grond bevonden, doch is na gevallen te zijn de verzekerde gebouwen binnengestroomd.* Eerder heeft de Raad van Toezicht (RvT II-96/36) een vergelijkbare redenering van de verzekeraar verdedigbaar geacht. Zie hierover mijn kritisch gestelde reactie in De vergoedingsplicht voor waterschade ingevolge de inboedel- en opstalverzekering, Vrb oktober 1999, p. 105.

51. Ook bij een goed functionerend gemaal zou er schade zijn opgetreden. Zo lees ik althans de overweging van het hof. Zie verder hoofdstuk 7.

52. Hof Amsterdam 26 februari 2004, NJF 2004, 398. HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 117.

- Vocht- en waterdoorlating van muren of vloeren;
- Reparatiekosten van daken, dakgoten en afvoerpijpen;
- Neerslagschade die het gevolg is van slecht onderhoud of een constructiefout.

Hartholt vordert een verklaring voor recht dat Delta Lloyd dekking dient te verlenen voor alle geleden en te lijden schade. Volgens het hof heeft hij daarmee slechts de kosten van herstel van het ingestorte dak (en niet de schade door het naar beneden vallen van sneeuw, ijzel en regen) op het oog. Delta Lloyd weigert de schade te vergoeden aangezien de schade aan het dak niet is veroorzaakt door *binnengedrongen* neerslag.

De hierboven weergegeven clausule lijkt deze schade niet te dekken. De rechtbank wijst de vordering echter toe en overweegt dat:

‘...hoewel een specifieke bepaling voor de onderhavige schade in de polisvoorwaarden ontbreekt, gezien de strekking van de verzekering Hartholt artikel 2.2.12 redelijkerwijs zo heeft mogen opvatten dat daaronder alle schade aan een opstal valt die wordt veroorzaakt door onvoorziene, van buiten komende en negatieve bijwerkingen van neerslag.’

Ook het hof wijst de vordering toe met toepassing van het Haviltex criterium. In de motivering wordt, gelet op het feit dat Hartholt moet worden aangemerkt als een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, gewezen op het contra proferentem beginsel van artikel 6:238 lid 2 BW.⁵³ Het hof overweegt voorts:

Door de aanduiding ‘uitgebreide opstalverzekering’ behoeft de verzekerde niet bedacht te zijn op uitsluiting van zich in het normale leven voordoende evenementen en op ‘verborgen’ uitsluitingen in de positieve formulering van de dekking van de verzekering. Bovendien zijn buitengewone evenementen zoals botsingen met ruimtevaartuigen gedekt waardoor de indruk van een ruime dekking wordt gewekt. Delta Lloyd had een als de onderhavige schade expliciet kunnen uitsluiten.

In cassatie wijst de Hoge Raad het incidentele beroep toe: ten onrechte heeft het hof de vordering van Hartholt beperkt tot de herstelkosten van het dak. Het principale beroep van Delta Lloyd wordt afgewezen: het hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en voorts kan de uitleg van een overeenkomst wegens zijn feitelijke karakter slechts in beperkte mate worden getoetst.

A-G Strikwerda staat kennelijk welwillend tegenover het standpunt dat de aanduiding ‘uitgebreide opstalverzekering’ mede van invloed is op de uitleg van de bewuste polisvoorwaarde:

‘.....De overweging heeft slechts de strekking tot uitdrukking te brengen welk effect de wijze van presentatie van een opstalverzekering als een ‘uitgebreide opstalverzekering’

53. Weliswaar was artikel 6:238 lid 2 BW op het moment van het afsluiten van de onderhavige verzekering nog niet van toepassing, maar het hof neemt aan dat het contra proferentem beginsel als gezichtspunt geldt.

heeft op de betekenis die een niet professionele verzekeringnemer aan de polisvoorwaarden inzake dekkingsomvang en uitsluitingen zal toekennen en dat dit een omstandigheid is dat bij de uitleg van het onderhavige polisbeding in de afweging betrokken dient te worden.'

Zulks betekent dat verzekeraars in dit opzicht voorzichtig dienen te zijn! Aanduidingen als 'uitgebreide opstalverzekering' blijken polisvoorwaarden met een schijnbaar duidelijke beperkte dekking aanzienlijk te kunnen verruimen. Althans voor de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Hoewel sympathie valt op te brengen voor een dergelijke uitleg⁵⁴, lijkt in dit geval de polisclausule toch niet voor tweërlei uitleg vatbaar. Schade bestaande uit herstelkosten van het dak is niet veroorzaakt door *binnengedrongen* neerslag. Bovendien zijn deze reparatiekosten expliciet uitgesloten.

Onduidelijk is of nu nog moet beslist welke schadeposten voor vergoeding door Delta Lloyd in aanmerking komen. De toegewezen vordering behelst immers niet meer dan een verklaring voor recht.

Het hof motiveert de onderhavige uitspraak door middel van uitleg van de overeenkomst. De beslissing lijkt echter meer te zijn ingegeven door de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵⁵

Verzilvering van cheques na diefstal is schade 'door' diefstal?

In de jurisprudentie is aan de orde geweest of het verzilveren van gestolen cheques het onder een inboedelverzekering gedekte evenement 'schade door diefstal' oplevert. De Raad oordeelt dat in een dergelijk geval de schade niet (zonder meer) is ontstaan door diefstal, *maar eerst ontstaan is als gevolg van de tussenkommende, van een menselijke gedraging afhankelijke omstandigheid dat de cheque of betaalkaart eerst moest worden ingevuld met een bedrag en van een valse handtekening moest worden voorzien om te kunnen worden verzilverd.*⁵⁶

De Raad verbindt de betekenis van het papier aan de eis van causaal verband en stelt dat in het strafrecht een cheque weliswaar wordt aangemerkt

54. Verwezen zij naar polisclausules die bijvoorbeeld water *onvoorzien* stromend uit leidingen dekken. Volgens de RvT valt met deze bewoordingen een schade ontstaan doordat een verwarmingsmonteur een vulslang heeft laten zitten die naderhand lekt niet onder de dekking. Niet van belang is dan dat de verzekerde die schade niet heeft voorzien, derhalve een objectieve uitleg. Zie mijn kritisch gestelde artikel in Vrb 1999, p. 102 e.v.

55. Zie Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 289 e.v. Begrijpelijk is dat het hof het niet op deze aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft laten aankomen. Weliswaar wordt aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid naast de wet en de gewoonte als afzonderlijke aanvullende bron van contractuele verbintenissen kan worden beschouwd, maar zulks is alleen dan mogelijk als sprake is van een leemte in de door partijen gemaakte afspraken. Zie Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 295. *Wijziging* van de door partijen gemaakte afspraken op basis van artikel 6:248 lid 2 BW is slechts mogelijk als de daaruit voortvloeiende regel onaanvaardbaar zou zijn.

56. RvT II-91/44. Gepubliceerd in TvC 1992-nr. 1, p. 26-30, m.nt. J.G.J. Rinkes. Zie ook, in dezelfde zin, RvT II-91/40 en RvT II-89/39. In het kader van dit proefschrift zal ik niet nader ingaan op de kwestie of een cheque of betaalkaart moet worden aangemerkt als 'geldswaardig papier'.

als een geldswaardig papier, maar dat zulks in het verzekeringsrecht anders kan zijn. De Raad overweegt:

'Ten aanzien van deze vraag (of een cheque een geldswaardig papier is: AB) mag worden vooropgesteld dat hier geen sprake is van geldswaardig papier in die zin dat het papier aan de daarop gedrukte of geschreven inhoud een meerwaarde boven de waarde van het papier zelf ontleent, zodat met de diefstal van het papier die waarde aan de bestolene is ontnomen. In dit licht is verdedigbaar het standpunt van verzekeraar dat gesteld kan worden dat een niet ingevulde en niet ondertekende cheque op zich zelf zodanige meerwaarde niet heeft en dat een schade als door klager geleden niet door de diefstal zelf ontstaat maar eerst als gevolg van de omstandigheid dat van de cheque na invulling met een bepaald bedrag door het plaatsen van een valse handtekening gebruik is gemaakt en dat de aldus geleden schade niet onder de inboedelverzekering, die slechts diefstal dekt, gedekt is.'

De Raad overweegt droogjes: *Daaraan doet de door de Consumentenbond overgelegde uitspraak van de Kantonrechter te Rotterdam niet af.*⁵⁷ De Raad doelt hier op het vonnis van de Kantonrechter waarin deze zowel met betrekking tot de juridische status van de cheque als met betrekking tot het causale verband tot een tegengesteld oordeel komt. De Kantonrechter oordeelt als volgt: *'De onderhavige schade wordt aangemerkt zal (als?: AB) te zijn ontstaan als gevolg van diefstal. Weliswaar heeft de onbekende derde de gestolen cheques en betaalkaarten na de diefstal moeten invullen, ondertekenen en incasseren alvorens de schade kon ontstaan, doch deze handelingen vormen een redelijkerwijs te verwachten gevolg van de diefstal, nu zonder meer moet worden aangenomen dat de pleger van de diefstal het oogmerk had eisers te benadelen en het niet onwaarschijnlijk was dat de cheques en betaalkaarten op enig moment zouden worden verzilverd. Voorts blijkt uit de polisvoorwaarden niet dat gedaagde de gevolgschade heeft willen beperken op een wijze als thans door haar voorgestaan.'*⁵⁸

De Raad acht derhalve de strikte uitleg van de polisvoorwaarden door de verzekeraar niet klachtwaardig. Niet doorslaggevend hierbij is het woord 'door'. In tegenstelling tot de stormschadegevallen is echter in het onderhavige geval ook niet de uitleg van de dekkingsclausules in breder verband doorslaggevend geweest. De opvatting van de Raad over het begrip causaal verband, die afwijkt van de opvatting van de Kantonrechter, is hier echter wel bepalend. De Raad ziet de ondertekening van de cheque als een omstandigheid die de causale keten tussen de diefstal en de schade onderbreekt, terwijl de Kantonrechter gemotiveerd deze omstandigheid, en daarmee ook de schade, beschouwt als een redelijkerwijze te verwachten gevolg van de diefstal.

57. De annotatoren van Garderen-Groeneveld, Rijkmans-Troost en Salomons, De Beursbengel augustus 1992, p. 31-32, merken op dat de Raad hier kennelijk het principe hanteert dat één zwaluw nog geen zomer maakt. Daarmee bedoelend dat één of twee rechterlijke uitspraken een beslissing van de verzekeraar die in overeenstemming met vaste jurisprudentie van de Raad is, nog niet onverdedigbaar maakt.

58. Ktg. Rotterdam 23 augustus 1991, TvC 1991, p. 371-376, m.nt. J.G.J. Rinkes. De Raad had eerder over dezelfde zaak zijn oordeel gegeven (RvT II-89/39).

De opvatting van de Kantonrechter past binnen de theorie van de adequate veroorzaking (de adequatietheorie, afgekort AQT), in het verzekeringsrecht een vooral in oudere uitspraken toegepaste benadering van het begrip causaal verband. Een bepaalde omstandigheid kan worden aangemerkt als oorzaak, indien de schade daarvan het redelijkerwijze te verwachten gevolg is. De overweging van de Raad lijkt van deze benadering af te wijken. Niet wordt aangegeven althans waarom de omstandigheid dat de cheque door de dief moet worden verzilverd niet past in de normale opeenvolging van omstandigheden die leiden van de diefstal naar de schade. Weliswaar vloeit de verzilvering niet noodzakelijkerwijze voort uit de diefstal, maar die eis, zijnde te vergaand, wordt ook niet gesteld in het kader van het begrip causaal verband. Terecht neemt de Kantonrechter vervolgens in ogenschouw of uit de polisvoorwaarden een striktere benadering van het vereiste causaal verband volgt hetgeen naar zijn oordeel niet het geval is. De Raad motiveert zijn strikte opvatting over het causaal verband niet door middel van uitleg van de polisvoorwaarden. Gelet op het vorenstaande acht ik de beslissing van de Kantonrechter de juiste.

6.4 Verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt met of door het motorrijtuig

Inleiding

Ingevolge de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM) is de bezitter of houder van een motorrijtuig verplicht een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten voor het motorrijtuig. De WAM zelf beperkt de (minimale) omvang van de dekking tot het zgn. *verkeersrisico* (zie artikel 3 WAM). Gelet op het doel van deze verplichte dekking, slachtofferbescherming, wordt deze op zichzelf beperkte dekking in de jurisprudentie ruim uitgelegd. WAM-verzekeraars bieden echter in de praktijk ook een ruimere dekking dan alleen het verkeersrisico: '*Verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt met of door het motorrijtuig.*'⁵⁹ Alsdan is tevens het zgn. *werkrisico* verzekerd. Zoals hierna zal blijken kan het bij een dergelijke dekking toch in het voordeel zijn van de verzekerde om ervoor te pleiten dat de schade is gedekt onder het verkeersrisico en niet onder het werkrisico. In bepaalde gevallen kan de dekking van het verkeersrisico in vergelijking met de dekking van het werkrisico ruimer uitvallen.⁶⁰

Verkeersrisico

De Hoge Raad heeft in 1976 beslist dat een ruime uitleg van de bewoordingen 'veroorzaakt door het motorrijtuig' van artikel 3 lid 4 WAM (oud, thans lid 5) geboden is als het verkeersrisico in het geding is. De bromfiets van verzekerde krijgt bij nacht een lekke band op een onverlicht fietspad.

59. Verwezen zij naar Wansink, Van Ardenne-Dick, *Verkeersrecht* 2005, nr. 3.3 en 3.5.

60. Zie de hierna besproken uitspraak van de Verbondscommissie Samenloop 10 mei 1996 (nr. 88), VR 1997, 43.

Verzekerde zet de bromfiets in het donker in de berm en buigt zich voorover om de spijker te zoeken. Daarbij helt hij met zijn hoofd en schouder over het fietspad. Een langsrijdende bromfiets merkt verzekerde niet op, raakt hem, komt ten val en loopt daardoor letselschade op. Verzekeraars stellen dat deze letselschade niet is 'veroorzaakt door een motorrijtuig'. De Hoge Raad verwerpt deze stelling als volgt:

dat een dergelijk gedrag van een bromfietser in zodanig nauw verband staat met het per bromfiets deelnemen aan het wegverkeer, en met de daaraan verbonden risico's, dat een uit dit gedrag voortvloeiende schade valt aan te merken als te zijn 'veroorzaakt door de bromfiets' in de zin van art. 3 lid 4 WAM; dat immers een ruime uitleg van de uitdrukking 'veroorzaakt door het motorrijtuig' (motorrijtuig: AB) geboden is, nu de WAM beoogt om door middel van een verplichte verzekering en een waarborgfonds de slachtoffers van door een motorrijtuig toegebrachte schade te beschermen tegen het risico van oninbaarheid van hun vordering tot schadevergoeding als gevolg van insolventie of onvindbaarheid van de eigenaar of de bestuurder van het bewuste motorrijtuig, en de wetgever daarbij blijkens de wettekst – met name de term 'aanleiding kunnen geven' in art. 2 lid 1 – en blijkens de wetsgeschiedenis, heeft gestreefd naar een ruime afbakening van de gevallen, waarin de wet toepasselijk is.⁶¹

Wansink meent dat het belang van het arrest vooral daarin moet worden gezocht dat 'ook in die gevallen waarin de betrokkenheid van het motorrijtuig bij de aansprakelijkheidsbepalende gedraging (fout) veel minder direct is, met name dan toch van een door of met een motorrijtuig veroorzaakte schade kan worden gesproken, indien deze gedraging voortvloeit uit het met een motorrijtuig deelnemen aan het verkeer en ten nauwste samenhangt met de daaraan verbonden risico's'.⁶²

In het geval van dekking van schade 'veroorzaakt door of met een motorrijtuig' kan het wellicht in het voordeel zijn van de verzekerde ervoor te pleiten dat niet het werkrisico maar het verkeersrisico is verzekerd.⁶³ Zulks geldt evenwel slechts als voor voornoemde bewoordingen voor het verkeersrisico een ruimere interpretatie wordt gehanteerd dan voor het werkrisico. Uit een uitspraak van de Commissie Samenloop van 10 mei 1996 lijkt te volgen dat dit inderdaad het geval is.⁶⁴ Een chauffeur van verzekerde rijdt zijn vrachtauto klem. Teneinde de situatie te bezien stapt hij uit en loopt hij over de motorkap van een personenauto, die daarbij beschadigd raakt. De WAM- en AVB verzekeraar verschillen van mening over het antwoord op de vraag wie dekking dient te verlenen. De WAM-verzekeraar betoogt dat hier geen sprake is van schade 'veroorzaakt met of door een motorrijtuig'. De commissie oordeelt echter dat het hier gelet op artikel 3

61. HR 9 januari 1976, NJ 1976, 310 m.nt. ARB.

62. Wansink, diss., 2006, nr. 5.4.3. Zie ook C.P. Robben, De action directe en de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, diss. 1993, nr. 3.4.2.

63. De zgn. WAM strik zorgt ervoor dat elke WAM-polis in ieder geval mede dekking verschaft tegen het verkeersrisico zoals dat in de WAM is omschreven.

64. Verbondscommissie Samenloop 10 mei 1996 (nr. 88), VR 1997, 43.

WAM een verkeersrisico betreft en dat derhalve de WAM-verzekering dekking biedt. Doorslaggevend acht de Verbondscommissie: *'Bij het op deze wijze uitstappen, uitsluitend ten behoeve van het uitvoeren van een manoeuvre met de vrachtauto, heeft de werknemer derhalve in zijn hoedanigheid van bestuurder van de vrachtauto schade aan de geparkeerde auto toegebracht.'*

Daarnaast biedt ook de AVB-verzekering dekking aangezien de uitsluiting 'schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig' op grond van de formulering van het polisartikel beperkt dient te worden uitgelegd en de schade derhalve niet valt onder deze uitsluiting.⁶⁵

Werkrisico. Reikwijdte 'schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig' bij samenloop tussen verschillende polissen met aansprakelijkheidsdekking.

Inleiding

Zoals hierboven reeds is geconstateerd bieden WAM-polissen in de praktijk ook dekking wanneer niet het verkeersrisico maar het werkrisico in het geding is. Hierna zal blijken dat bovenstaande polisbewoordingen evenals bij het verkeersrisico ruim worden uitgelegd. Vooral wanneer de aansprakelijkheidsbepalende fout⁶⁶ niets te maken heeft met de bediening van het motorrijtuig maar met een verkeerde aanpak van de opdracht (een zgn. regiefout), doet de vraag zich voor of er dekking bestaat onder de clausule schade 'veroorzaakt met of door een motorrijtuig' in de WAM en/of Werkmaterieel polis. Dekking van het werkrisico geeft dan naar mijn mening onder de WAM-polis in feite een zelfde dekking als onder bijvoorbeeld een Werkmateriaalpolis.

Jurisprudentie regiefouten

Cultivering verkeerd stuk land. Cie Samenloop 8 maart 1984 en 2 september 1986. Verzekerde cultiveert het verkeerde stuk land met een landbouwtrekker waardoor schade ontstaat aan de gewassen. In een dergelijk geval heeft de Commissie Samenloop aanvankelijk geoordeeld dat niet de WAM-verzekeraar maar de AVB verzekeraar de schade moet vergoeden, maar is daar later onder invloed van een uitspraak van het Hof Amsterdam op terug gekomen.⁶⁷ In de eerste zaak overweegt de Commissie:

Bepalend is het antwoord op de vraag of de schade met of door het motorrijtuig danwel door onzorgvuldig handelen van verzekerde bij het cultiveren is teweeggebracht. Het laatste moet worden geacht de relevante oorzaak van de schade te zijn geweest. Het motorrijtuig was niet een onmisbare schakel in de veroorzaking. Het speelde hier slechts een toe-vallige rol.

65. De uiteindelijke beslissing luidt: *'Dit geschil dient derhalve geregeld te worden conform art. 1 van de "Overeenkomst inzake samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen" zodat ieder zijn deel draagt naar evenredigheid van het bedrag waarvoor ieder afzonderlijk had kunnen worden aangesproken.'*

66. Deze term is afkomstig van Wansink, diss. 2006, nr. 5.4.3.

67. Respectievelijk Commissie Samenloop, 8 maart 1984, nr. 23, VR 1984, 79, m.nt. v.W.v.C., TvA 1986/6, nr. 28 en 2 september 1986, nr. 33, TvA 1986/6, 29 m.nt. L.M.

Wansink meent dat op de motivering wel iets is af te dingen. Toch lijkt hij zich te kunnen vinden in de uitkomst omdat de aansprakelijkheidsbepalende fout niet was gelegen in enig onzorgvuldig handelen met het motorrijtuig zelf, zodat het motorrijtuig niet zo zeer slechts een toevallige, maar in feite geen enkele rol speelde bij het veroorzaken van de schade. In de tweede zaak overweegt de Commissie:

De Commissie constateert dat uit de polisbepalingen van Verzekeraar A valt af te leiden dat de landbouwwerktuigverzekering welke terzake van deze tractor bij Verzekeraar A loopt een ruime dekking biedt; dat deze polis zowel het verkeersrisico als het werkrisico dekt, immers volgens het clausuleblad, art. A wordt dekking verleend voor schade aan derden veroorzaakt met of door het verzekerde object. Met andere woorden de contractuele bepalingen maken dat de dekking van de onderhavige landbouwmateriaalpolis verder gaat dan alleen een WAM-dekking.

Vervolgens verwijst de Commissie naar en conformeert hij zich aan het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 10 mei 1984⁶⁸, waarin uitdrukkelijk onderscheid is gemaakt tussen schade die *door* het voorwerp en schade die *met* het voorwerp is veroorzaakt. De Commissie overweegt vervolgens:

De commissie stelt vast dat op grond van het door pp. voorgelegde feitenmateriaal en zich conformerend aan het oordeel van het Hof Amsterdam, kan worden geconcludeerd dat de schade is veroorzaakt met de aan de tractor van X gekoppelde ploeg. Daar de Verzekeraar A-polis dekking geeft voor schade met of door het motorrijtuig veroorzaakt, is de onderhavige schade op deze polis gedekt.

Onjuiste sloopmethode. Hof Amsterdam 10 mei 1984.

In het arrest van het Hof Amsterdam van 10 mei 1984⁶⁹ waarnaar de commissie verwijst gaat het om het volgende. Tijdens sloopwerkzaamheden waarbij een dragline wordt gebruikt past Sloopbedrijf van de Vrande een onjuiste methode toe. Hierdoor ontstaat schade en van de Vrande is aansprakelijk jegens zijn opdrachtgever. Van de Vrande heeft een aansprakelijkheidsverzekering (AVB) afgesloten bij Nieuwe Hollandse Lloyd (NHL). Van de Vrande heeft tevens een werkmateriaalverzekering afgesloten bij Verzekeringmaatschappij Holland (Holland). Deze polis verzekert de wettelijke aansprakelijkheid voor schade aan goederen veroorzaakt met of door het verzekerde voorwerp. NHL, in de rechten getreden van van de Vrande, spreekt de Holland aan tot schadevergoeding. In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het hof dat hier sprake is van schade 'veroorzaakt met of door een motorrijtuig'. Van schade veroorzaakt 'met' een motorrijtuig is sprake wanneer die schade is veroorzaakt doordat van het voorwerp gebruik is gemaakt zonder dat de oorzaak in of op het voorwerp is gelegen. De kennelijke strekking van deze bepaling is dat deze mede omvat de dekking van het risico van de ver-

68. Hof Amsterdam 10 mei 1984, VR 1984, 119, S&S 1986, 104.

69. Hof Amsterdam 10 mei 1984, VR 1984, 119, S&S 1986, 104.

zekeringnemer voor aansprakelijkheid die kan voortvloeien uit het gebruik maken van een machine als de onderhavige, ongeacht of de schade is veroorzaakt door een fout van of op de machine zelf dan wel van iemand die haar gebruikt.

Het hof overweegt voorts:

Nu vast staat dat de schade is veroorzaakt doordat van de graafmachine is gebruik gemaakt – dus is veroorzaakt met het voorwerp – verleent de polis dekking. Hieraan doet niet af dat de schade niet zou zijn ontstaan als niet – door de gebruiker – een verkeerde sloopmethode was toegepast, noch ook dat de schade evenzeer zou zijn veroorzaakt indien een andere krachtbron was aangewend. De sloper had nu juist het gebruik van de onderhavige ‘krachtbron’ verzekerd en het valt niet in te zien dat zijn wettelijke aansprakelijkheid terzake daarvan niet onder de polis zou zijn gedekt indien hij zelf door een onjuiste sloopmethode de machine verkeerd gebruikt. Een andere opvatting is bovendien onbruikbaar omdat daarbij niet valt af te bakenen wanneer schade waartoe het gebruik van het voorwerp heeft bijgedragen al dan niet ‘met het voorwerp veroorzaakt’ is. Een ‘betrekkelijk rechtstreeks verband tussen de schade en het aandeel van de machine in het toebrengen van die schade’ biedt geen houvast nu dekking uiteraard niet bestaat wanneer het voorwerp geen factor is geweest in de veroorzaking van de schade, terwijl niet geëist kan worden dat het voorwerp de enige of de laatste factor is geweest.

*Beschadiging van kabels door verstrekking van onjuiste informatie over de ligging.
HR 16 februari 1996 en 14 mei 2004*

In zijn arrest van 16 februari 1996 geeft de Hoge Raad een ruime uitleg aan voornoemde bepaling in een Werkmaterieelpolis. Siemen B.V., huurder van een door Rijdsdijk bemande graafmachine, brengt tijdens graafwerkzaamheden schade toe aan een elektriciteitskabel. Siemen meent een beroep te kunnen doen op dekking onder de door Rijdsdijk afgesloten Werkmaterieelpolis die de volgende bepaling kent:

Zürich verzekert de aansprakelijkheid van verzekerde voor schade, veroorzaakt met of door het motorrijtuig, tot betaling waarvan hij op grond van wettelijke bepalingen gehouden is, ...

De verzekeraar wijst een beroep op de polis van de hand aangezien de aansprakelijkheid van Siemen berust op het op onzorgvuldige wijze verstrekken van aanwijzingen door Siemen omtrent de ligging van de kabels. De oorspronkelijke vordering van de schadelijdende partijen is niet gelegen in enig gebruik van een motorrijtuig. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat Siemen een beroep kan doen op de polis:

De strekking van de polis is onmiskenbaar aansprakelijkheid te dekken die kan voortvloeien uit het gebruik van de machine, ongeacht of die schade is veroorzaakt door een gebrek van de machine of door een fout van de bestuurder dan wel van iemand op wiens aanwijzingen de machine gebruikt werd.⁷⁰

70. HR 16 februari 1996, NJ 1997, 186, m.nt. MMM.

In het verlengde van deze beslissing geeft de Hoge Raad in 2004⁷¹ ook onder de volgende omstandigheden een ruime uitleg aan soortgelijke polisbepalingen. Eiseres (hierna te noemen X) voert graafwerkzaamheden uit en maakt in het kader daarvan gebruik van een van A gehuurde graafmachine met machinist (machinist wordt hierna met B aangeduid). Tijdens de graafwerkzaamheden worden twee electriciteitskabels toebehorend aan Delfland beschadigd. X wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade kennelijk vanwege een door haar opzichter gemaakte regiefout.⁷² In de procedure komt vast te staan dat B geen verwijt treft. A heeft bij Nationale Nederlanden (NN) een 'Verzekering voor Werk-/Landbouwmaterieel en Ongekenkende voertuigen' afgesloten. Artikel 8.2 van de algemene voorwaarden luidt als volgt:

Verzekerden bij overige aansprakelijkheid zijn:

- a. *de verzekeringnemer;*
- b. *de bezitter, de bestuurder en de passagiers van een verzekerd object;*
- c. *de houder, indien hij*
 - *aansprakelijk is voor een gedekte schade die door een onder a. of b. genoemde verzekerde is veroorzaakt*
 - *niet onder een andere verzekering voor deze aansprakelijkheid is gedekt.*

In artikel 9.1 wordt de dekking van de verzekering omschreven als die voor aansprakelijkheid van de verzekerde voor 'schade met of door het verzekerd object toegebracht aan personen en/of goederen'.

X vordert als 'houder' schadevergoeding van NN. NN weigert te betalen aangezien naar haar mening B de schade niet heeft 'veroorzaakt' in de zin van artikel 8.2 sub c 1°. Hem treft immers geen verwijt. Om die reden oordeelt het hof dat B in redelijkheid niet als veroorzaker van de schade dient te worden aangemerkt, zodat X geen verzekerde in de zin van de polis is. De vordering wordt dan ook afgewezen. A-G Spier concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof. De Hoge Raad acht het cassatiemiddel gegrond. Artikel 8 stelt wel de eis dat i.c. de bestuurder de schade heeft veroorzaakt, maar verbindt daaraan geen verdere eisen. Voorts overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar artikel 9.1:

Deze bepaling, waarin de dekking evenmin afhankelijk is van nadere eisen, gesteld aan het 'toebrengen van de schade door het verzekerde object', volgt op het in geding zijnde art. 8; beide maken deel uit van de rubriek 'Bijzondere voorwaarden aansprakelijkheidsverzekering'. Gelet op de strekking van deze bepaling om dekking te verlenen voor aansprakelijkheid bij het gebruik van de graafmachine, valt zonder nadere motivering, die ontbreekt,

71. HR 14 mei 2004, NJ 2006, 3. Zie over de gelijkens tussen Zürich/Siemen en het onderhavige arrest A-G Spier in alinea 3.22: 'Ten slotte ben ik niet overtuigd geraakt door de argumentatie van Nationale Nederlanden waarin de verschillen tussen de onderhavige zaak en de zaak Zürich/Siemen wordt benadrukt. Hoewel juist is dat de polisbepalingen niet ten volle overeenstemmen, zie ik geen voldoende kenmerkende verschillen die, zonder nadere verklaring, een tegengestelde uitkomst rechtvaardigen. Veeleer is sprake van een treffende gelijkens.'

72. Verwezen zij naar nr. 3.13 van de conclusie van A-G Spier vóór het arrest.

niet in te zien waarom voor de dekking onder art. 8.2 onder c. de eis gesteld zou moeten worden dat de bestuurder verwijt treft ter zake van de schade, zoals het hof heeft beslist.

Opvallend verschil tussen de polisbewoordingen in het arrest Zürich/Siemen en X/NN is dat het causaal verband in het eerste geval wordt uitgedrukt met 'veroorzaakt met of door' en in de tweede zaak met 'schade met of door het verzekerd object toegebracht aan'. Tussen deze beide omschrijvingen wordt hier geen principiële verschil gemaakt. Zulks blijkt ook uit overweging 3.6 van het arrest Zürich/Siemen waarin de Hoge Raad artikel 10 van de polisvoorwaarden waarvan het begrip 'veroorzaakt met of door het motorrijtuig' deel uitmaakt uitlegt als een dekking van 'de wettelijke aansprakelijkheid van de verzekerde voor schade toegebracht met of door de graafmachine'. Dit is opvallend omdat in het hierna te bespreken arrest Drippy/NN⁷³ door het hof wél onderscheid wordt gemaakt tussen bedoelde polisbewoordingen.

Kennelijk staat aan een ruime uitleg niet in de weg dat er polisbepalingen denkbaar zijn die een (nog) ruimer causaal verband aangeven. Het is dus de vraag of dekking tegen 'schade die verband houdt met het houden, gebruiken of besturen van motorrijtuigen' een van de hiervoor besproken polisbewoordingen afwijkende dekking geeft.⁷⁴ Vooralsnog blijkt veeleer dat uit de polisvoorwaarden moet blijken dat een beperking is beoogd van hetgeen valt onder de dekking van 'toegebracht bij het gebruik van het motorrijtuig'.

Reactie literatuur op de uitspraken van de Cie Samenloop

Wansink en in navolging van hem Korthals Altes, betogen dat het niet de bedoeling kan zijn dat van 'een met een motorrijtuig veroorzaakte schade' al sprake kan zijn wanneer de aansprakelijkheid van de verzekerde voor die schade uitsluitend berust op een onzorgvuldige gedraging voorafgaande aan het gebruik van het motorrijtuig en dus niet tenminste op een fout bij het gebruik van het motorrijtuig zelf.⁷⁵ Mok acht de aanvankelijke benadering van de Commissie Samenloop van 8 maart 1984 meer in overeenstemming met 'wat het gezond verstand ons zou hebben geleerd als wij geen rechten hadden gestudeerd'. Mijns inziens is de door het Hof Amsterdam gegeven uitleg van de clausule weliswaar betwistbaar, maar desondanks zeer wel verdedigbaar. Het onderscheid tussen een onzorgvuldige gedraging voorafgaande aan het gebruik van het motorrijtuig en een fout bij het gebruik van het motorrijtuig zelf is moeilijk hanteerbaar. De aansprakelijkheidsbepalende gedraging behelst (onrechtmatig) schadeveroor-

73. HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 22.

74. Zie Rb. Amsterdam 12 februari 1997, rolnr. H 95.1818, n.g., Vrb 1997, p. 40-41 met commentaar C.W.M. Lieverse. Duidelijker blijkt van een ruim causaal verband in het arrest van het Hof 's-Gravenhage 27 september 1984, S&S 1985, 57 waar de volgende clausule van toepassing is: 'Schade veroorzaakt door, optredende bij of voortvloeiende uit overstroming, ongeacht waardoor de overstroming is veroorzaakt, komt niet voor vergoeding in aanmerking.'

75. Wansink, diss. 2006, nr. 5.4.3, p. 247; Korthals Altes, WA-verzekering: opmars over struikelblokken, NJB 1988, p. 861.

zakend gebruikmaken van het verzekerde object. Uit de polisbewoordingen blijkt niet dat het van belang is welke hierbij de exacte beweegredenen zijn geweest. Verwezen zij naar een uitspraak van de Commissie Samenloop van 10 september 1980.⁷⁶ Verzekerde klust in anderman's werkplaats op onzorgvuldige wijze met een snijbrander aan zijn auto, waardoor de auto in brand vliegt en brandschade ontstaat aan de werkplaats. De eigenaar van de werkplaats stelt de eigenaar van de auto aansprakelijk. De commissie oordeelt dat niet de WAM-verzekeraar maar de AVP verzekeraar moet betalen. Wansink acht deze uitkomst, mijns inziens met recht, betwistbaar en zou er geen probleem mee hebben wanneer deze schade wordt beschouwd als zijnde veroorzaakt 'met het motorrijtuig'. Meer nog echter dan bij de hiervoor besproken gevallen lijkt in deze casus echter sprake te zijn van aanwezigheid van de auto als bijkomende factor. Het onzorgvuldige gebruik van de snijbrander is de onrechtmatige gedraging. Aannemelijk is dat de schade ook zou zijn ontstaan wanneer aan een andere auto was gewerkt. Korthals Altes is resoluut in zijn oordeel dat hier geen sprake is van een WAM-risico.

Overigens vordert de AVB verzekeraar NHL de schade van de Holland aangezien de AVB polis slechts een aanvullende dekking biedt.

Eigen opvatting

In de hiervoor genoemde gevallen is mijns inziens het motorrijtuig aan te merken als een causale factor zolang deze als *condicio sine qua non* kan worden beschouwd. Zeker wanneer het motorrijtuig de schade fysiek direct teweeg brengt valt moeilijk in te zien dat zulk een causaal verband niet bestaat. Immers, indien het gebruik van het motorrijtuig wordt weggedacht zou de schade niet hebben plaatsgevonden. Daaraan staat mijns inziens niet in de weg dat de schade ook op had kunnen treden wanneer gebruik was gemaakt van een ander motorrijtuig of zelfs van een instrument dat niet als een motorrijtuig kan worden aangemerkt. De eis dat de schade alleen dan voor vergoeding in aanmerking komt wanneer deze zich slechts had voorgedaan bij gebruikmaking van *dát* of van *een* motorrijtuig is een niet gerechtvaardigde beperking. Een beperking die ook niet in het begrip 'veroorzaakt met of door een motorrijtuig' is te lezen.⁷⁷ Wansink wijst op het onderscheid tussen 'schade, veroorzaakt met een motorrijtuig' en 'schade ontstaan met een motorrijtuig'.⁷⁸ Naar mijn mening is slechts *dán* sprake van een verschil tussen deze aanduidingen in het geval er geen enkel causaal maar slechts een temporeel verband bestaat.⁷⁹ De laatste frase duidt mijns inziens vooral aan dat *tijdens, gedurende* het gebruik van het motorrij-

76. Commissie Samenloop 10 september 1980 (nr. 5), VR 1983, 2.

77. Zie ook Hof Amsterdam 10 mei 1984, S&S 1986, 104: *Hieraan doet niet af dat de schade niet zou zijn ontstaan als niet – door de gebruiker – een verkeerde sloopmethode was toegepast, noch ook dat de schade evenzeer zou zijn veroorzaakt indien een andere krachtbron was aangewend.*

78. Wansink, 2006, nr. 5.4.3, p. 247.

79. Zie over het temporele en causale element tevens HR 31 maart 2000, NJ 2000, 357 (Alpina/Royal Nederland).

tuig schade is ontstaan waarbij een causale relatie nauwelijks een rol heeft gespeeld.⁸⁰

Werkrisico. Impliceert 'met of door een motorrijtuig' mechanische beschadiging door het motorrijtuig?

Bij verwezenlijking van het verkeersrisico is voor de dekking niet van belang of het motorrijtuig door fysieke aanraking een beschadiging teweegbrengt.⁸¹ Zulks geldt mijns inziens niet zonder meer tevens voor de dekking Clausule 'schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig', indien het verkeersrisico *niet* aan de orde is. Wansink stelt dat de schade alleen dan 'met of door een motorrijtuig is veroorzaakt':

... wanneer de schade zijn oorzaak vindt in een gebrek in het motorrijtuig, in een gedraging met het motorrijtuig, waarbij zich een gevaar, eigen aan het motorrijtuig als zodanig of aan het gebruik daarvan, verwezenlijkt, of in een gedraging die de verzekerde vanwege het bezit van een motorrijtuig moet worden toegerekend. Niet voldoende is dat het motorrijtuig – al dan niet door rechtstreekse aanraking – het instrument van de schade is.⁸²

Niet duidelijk is of Wansink meent dat, los van verwezenlijking van het verkeersrisico, fysieke aanraking een noodzakelijke voorwaarde voor dekking is.

Verdedigbaar lijkt, gelet op de bewoordingen, dat 'schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig' fysieke aanraking (beschadiging) impliceert. Gewezen zij op het volgende voorbeeld. Een werknemer bestuurt jarenlang een motorrijtuig dat is bestemd om zijkanten van sloten en singels te bewerken. Door een constante naar de zijkant gekeerde zithouding ontstaan medisch vaststelbare lichamelijke klachten. De werkgever wordt aansprakelijk gesteld. Is dit een 'met of door een motorrijtuig' veroorzaakte schade onder bijvoorbeeld een Werkmaterieel verzekering? Een verschil met voorgaande zaken waarbij mede sprake is van een regiefout is dat in die laatste zaken het motorrijtuig mechanisch beschadiging toebrengt. Vooral wanneer ook een AVB verzekering is afgesloten lijkt deze laatste meer toegesloten op de hier bedoelde schade. De verkeerde zithouding lijkt toch een zodanig dominante factor te zijn dat het motorrijtuig als veroorzakende factor hierbij in het niet valt.

80. Gewezen zij op het hiervoor genoemde voorbeeld van de 'onjuiste zithouding'.

81. Verwezen zij naar het 'Voorover buigende bromfietser arrest' (HR 9 januari 1976, NJ 1976, 310, m.nt. ARB) en Verbondscommissie Samenloop 10 mei 1996 (nr. 88), VR 1997, 43. Zie ook BenGH 15 december 2003, NJ 2004, 279. Lopend met zijn bromfietser aan de hand brengt een Belgische WAM-verzekerde met zijn elleboog een op de openbare weg geparkeerde bromfietser schade toe. Een dergelijke schade kan volgens het BenGH in beginsel gedekt zijn onder de verplichte WAM-verzekering.

82. Wansink, diss. 2006, nr. 5.4.3.

AVB verzekering: 'Uitgesloten is de aansprakelijkheid voor schade die verband houdt met het houden, gebruiken of besturen van motorrijtuigen.'

Inleiding

Vooraf uit de hiervoor weergegeven zaken waarbij sprake is van zgn. regiefouten blijkt dat de bewoordingen 'veroorzaakt met of door een motorrijtuig' een ruim causaal verband weergeven. Voor de verzekerde met een WAM-verzekering betekent zulks dat hij een ruime dekking geniet. Voor de verzekerde die een AVB-verzekering heeft afgesloten waarin met dezelfde bewoordingen een uitsluiting is opgenomen zou zulks evenwel een minder ruime dekking tot gevolg hebben. Fouten in het kader van de bedrijfsuitoefening, waarbij 'toevallig' een motorrijtuig is betrokken, vallen bij eenzelfde interpretatie van de bewoordingen alsdan immers onder de uitsluiting en derhalve niet onder de dekking. Als deze verzekerde geen WAM- of Werkmaterieel-polis heeft afgesloten betekent zulks dat hij in het geheel verstoken blijft van dekking. Wansink betwijfelt evenwel of de AVB verzekeraar de bewuste interpretatie ook daadwerkelijk altijd zal kunnen tegenwerpen. Hij meent dat de interpretatieregel 'de betekenis die een verzekerde aan een voorwaarde redelijkerwijs mag toekennen en die de verzekeraar te dien aanzien redelijkerwijs van hem mag verwachten, mede gelet op de maatschappelijke kringen waartoe beide partijen behoren en de rechtskenis die van hem mag worden verwacht' veeleer leidt tot de uitkomst dat er alsdan geen sprake is van schade 'veroorzaakt met of door een motorrijtuig'. Wansink is van mening dat in geval van regiefouten waarbij de werkzaamheden met het werkmaterieel op zichzelf genomen geheel correct zijn uitgevoerd, het motorrijtuig niet moet worden aangemerkt als de causale factor. Daarmee heeft de verzekerde geen ruime dekking op grond van de dekkingsclausule bij een WAM-verzekering, maar wel een ruime(re) dekking op grond van een beperkte werking van de uitsluitingsclausule bij een AVB-verzekering.⁸³

Uit de hierna volgende jurisprudentie blijkt dat, ook in de gevallen waarin niet slechts sprake is van een regiefout, de bewuste uitsluiting *beperkt* wordt uitgelegd

Rechtbank Amsterdam 12 februari 1997⁸⁴

Een werknemer van verzekerde probeert op vier meter hoogte een storting te verhelpen. Hiertoe wordt op een vorkheftruck een baal gedroogd gras geklemd, de bewuste werknemer gebruikt de baal als werkplatform en een andere werknemer tilt de vorkheftruck naar de gewenste hoogte. Terwijl de werknemer aan het werk is begint de vorkheftruck van het licht hellende terrein te rijden doordat de 'chauffeur' verzuimt deze op de handrem te zetten. De werknemer valt van de grasbaal en loopt hierdoor ernstig letsel op. De uitsluitingsclausule in de AVB-polisvoorwaarden luiden: *'Uitgesloten is*

83. Wansink, 2006, nr. 5.4.2.

84. Rb. Amsterdam 12 februari 1997, rolnr. H 95.1818, n.g., met commentaar C.W.M. Lieveerse, Vrb 1997, p. 40-41.

de aansprakelijkheid voor schade die verband houdt met het houden, gebruiken of besturen van motorrijtuigen.’ De rechtbank oordeelt dat de verzekeraar geen beroep toekomt op de uitsluitingsclausule:

De vorkheftruck is gebruikt om (de werknemer) op vier meter hoogte te brengen op de plaats waar de reparatie aan het kolentoevoersysteem moest worden verricht. Op het moment waarop het ongeval zich voordeed was de heftruck niet als motorrijtuig in gebruik, maar fungeerde in feite als een steiger op wielen. Aangenomen moet worden dat, indien een rolsteiger op het hellend vlak was geplaatst, waarbij de reminrichting evenmin in werking was gesteld, deze evenzeer onder (de werknemer) uitgereden zou zijn. De rechtbank meent daarom dat het ‘wegrijden’ van de vorkheftruck in dit geval niet aangemerkt dient te worden als een risico dat specifiek verbonden moet worden geacht aan het houden, gebruiken of besturen van een motorrijtuig. Een redelijke uitleg van de polisvoorwaarden brengt mee dat de daarin vervatte uitsluiting in de situatie als de onderhavige toepassing mist.

In haar commentaar merkt Lieverse op dat de formulering van de uitsluitingsclausule een ruimer causaal verband lijkt te impliceren dan bij de formulering ‘met of door een motorrijtuig’ het geval zou zijn en kan in het vonnis van de rechtbank niet terugvinden waarom het ongeval niet onder de uitsluiting valt.

Het ligt voor de hand dat de rechtbank bij toepasselijkheid van de formulering ‘schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig’, a fortiori, zou hebben beslist dat de AVB-verzekeraar geen beroep op de uitsluitingsclausule toekomt. De werkmaterieelverzekeraar had overigens eerder dekking geweigerd aangezien van de vorkheftruck een oneigenlijk gebruik was gemaakt en de schade dientengevolge viel onder een uitsluiting in zijn polisvoorwaarden. De AVB-verzekeraar heeft hoger beroep ingesteld.

Cie Samenloop 10 mei 1996⁸⁵ en HR 10 oktober 2003 (Dritty/NN)⁸⁶

Schade toegebracht aan een motorkap van een auto door een chauffeur die zijn vrachtauto heeft klemgereden en uitstapt om te beoordelen hoe hij verder moet handelen, valt niet onder de uitsluiting van een AVB verzekering. De motivering luidt als volgt:

In de polisvoorwaarden van de AVB-verzekering is in art. a een uitsluiting opgenomen voor de aansprakelijkheid voor schade met of door motorrijtuigen. De commissie is op grond van de formulering van dit polisartikel van oordeel dat deze uitsluiting beperkt moet worden uitgelegd, aangezien dit artikel voor de omschrijving van het begrip motorrijtuig uitsluitend verwijst naar de definitie van een motorrijtuig in de zin van de WAM en niet naar het ‘verkeersrisico’. In de onderhavige kwestie werd de schade niet toegebracht met of door een motorrijtuig in de zin van art. 1 van de AVB-polis, maar door de handelwijze van de uitstappende chauffeur.

85. Verbondscommissie Samenloop 10 mei 1996, VR 1997, 43. Deze uitspraak is ook hiervóór aan de orde geweest.

86. HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 22.

Ook volgens het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2003 dient de uitsluitingsbepaling restrictief te worden uitgelegd. Dritty verhuurt aan schildersbedrijf Penders een hoogwerker. Matthieu, als constructieschilder in dienst van Penders, verongelukt doordat hij uit de door Dritty bediende hoogwerker valt. De hoogwerker was gemonteerd op een vrachtwagen waarvoor Dritty bij Hannover een WAM-verzekering had afgesloten. Dritty is aansprakelijk jegens de weduwe van Matthieu omdat de hoogwerker door veranderingen van de oorspronkelijke constructie onveilig was. De WAM-verzekering zou geen dekking bieden omdat de onderhavige schade niet 'met of door het motorrijtuig is veroorzaakt'. Dritty spreekt dan ook Nationale Nederlanden, zijn AVB verzekeraar aan. Deze weigert evenwel te betalen met een beroep op artikel 3 van de polisvoorwaarden dat luidt:

Niet gedekt is de aansprakelijkheid voor schade, toegebracht met of door een motorrijtuig of een luchtvaartuig, dat een verzekerde bezit, houdt, bestuurt, gebruikt of als werkgever doet of laat gebruiken.

De rechtbank wijst de vordering van Dritty af omdat artikel 3 geen enkel aanknopingspunt geeft voor de stelling van Dritty dat slechts aansprakelijkheid voor schade is uitgesloten die is veroorzaakt bij deelname van een motorrijtuig aan het verkeer. Het hof wijst de vordering van Dritty toe nu Dritty er redelijkerwijze van mocht uitgaan en NN redelijkerwijs niet anders van hem mocht verwachten dan dat de uitsluiting in de AVB-polis aansluit bij de dekking van de WAM-polis. De overweging van het hof luidt als volgt:

Strikt genomen ontbreekt, gelet op de tekst van artikel 3 van deel B van de AVB-polis (...), een sluitende spiegelbeelddekking ten aanzien van de WAM-polis en de AVB-polis. De term 'toegebracht met of door een motorrijtuig' in genoemd artikel B3 legt een ruimer causaal verband tussen de schade en het motorrijtuig dan 'schade, veroorzaakt door of met een motorrijtuig', met welke term wél een sluitende spiegelbeelddekking zou zijn gecreëerd. Bedacht moet echter worden, dat de oorsprong van een uitsluiting als de onderhavige in AVB-polissen lijkt te zijn gelegen in het feit dat het motorrijtuigrisico voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering een relatief te hoog risico vormt en dientengevolge in een specifieke motorrijtuigpolis is ondergebracht. Vanuit deze achtergrond mocht Dritty er redelijkerwijs vanuit gaan en mocht NN van hem redelijkerwijs niet anders verwachten dan dat de uitsluiting in de AVB-polis aansluit bij de dekking van de WAM-polis.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand ook al zouden, zoals NN betoogt, in de praktijk andere WAM-verzekeraars dan Hannover een ruimere dekking verlenen dan die waartoe de WAM verplicht. NN heeft immers moeten begrijpen dat het Dritty te doen was om een volledige verzekering van de aansprakelijkheid ter zake van de hoogwerker te verkrijgen. Het lag op de weg van NN om in de polisvoorwaarden met voldoende duidelijkheid tot uitdrukking te brengen dat de verzekering niet aansluit bij de verplichte, volgens NN beperkte, WAM-dekking. In die zin moeten

de woorden 'strikt genomen' naar mijn mening worden uitgelegd. Het ligt immers niet voor de hand dat 'strikt' betekent 'grammaticaal'. Mijns inziens duiden de bewoordingen op een 'ruime uitsluiting'.

De conclusie kan meen ik niet anders zijn dan dat de betekenis van de clause zoals deze behoort te zijn voorrang heeft boven de feitelijk juiste uitleg.

Het verschil tussen 'toegebracht' en 'veroorzaakt' ontgaat mij overigens. Doorslaggevend voor een al dan niet ruim causaal verband lijken mij veel- eer de woorden 'door of met'. De bewuste overweging is mijns inziens ook in strijd met de arresten Zürich/Siemen en X/NN.⁸⁷

Wansink en van Ardenne komen in tegenstelling tot het Hof, de A-G (nr. 3.4) en de Hoge Raad tot de conclusie dat in het onderhavige geval gelet op de polisbewoordingen wel degelijk sprake is van een zgn ruime dekking op de WAM-verzekering van Hannover.⁸⁸ Met hen vraag ik mij af waarom de verzekerde in de eerste plaats geen gerechtelijke procedure tegen de WAM-verzekeraar heeft doorgezet.⁸⁹ Desondanks menen zij dat, niettegenstaande de ruime bewoordingen van de uitsluiting, de verzekerde redelijkerwijze mocht verwachten dat de uitsluiting in de AVB polis aansloot bij de, enge, dekking van de WAM-polis. Dat standpunt is mijns inziens betwistbaar. Wel ben ik van mening dat in deze omstandigheden redelijkerwijze mag worden aangenomen dat sprake is van een spiegelbeelddekking. Dat spiegelbeeld moet dan echter betrekking hebben op de daadwerkelijke reikwijdte van de polissen. Waarom mag van NN worden verwacht dat deze begrijpt dat de uitsluiting in zijn AVB polis aansluit bij het 'enge' WAM risico, terwijl volgens de bewoordingen aangesloten wordt bij het 'ruime' motorrijtuigrisico en de WAM-polis ook daadwerkelijk het 'ruime' risico dekt?

Mijns inziens kon de Hoge Raad niet anders dan beslissen dat, ofwel de WAM-verzekering géén dekking bood en de AVB verzekering 'spiegelbeelddekking' diende te verlenen, ofwel de WAM-verzekering wél dekking bood en de AVB verzekering op basis van de polisbewoordingen, juist als 'spiegelbeeld', dus geen dekking bood.

Conclusie

Het is niet gemakkelijk een duidelijke lijn te ontdekken in de jurisprudentie ten aanzien van de dekking van 'schade veroorzaakt door of met een motorrijtuig'. De polisclausule wordt ruim uitgelegd bij dekking onder de WAM- en Werkmaterieel polis, terwijl dezelfde clausule bij de uitsluitings-

87. HR 16 februari 1996, NJ 1997, 186, m.nt. MMM; HR 14 mei 2004, NJ 206, 3.

88. Verkeersrecht 2005, p. 35.

89. De dekkingsomschrijving van de WAM-verzekeraar luidt als volgt: *Ondergetekenden dekken de aansprakelijkheid van verzekerde voor schade veroorzaakt met of door het motorrijtuig, tot betaling waarvan zij op grond van wettelijke bepalingen gehouden zijn, hetzij terzake van letsel of dood van personen en/of dieren, hetzij terzake van beschadiging, verlies of vernietiging van goederen van derden. (...)*. Mogelijk geven de vet gedrukte woorden aan dat deze WAM-polis slechts het verkeersrisico dekt. Het Hof heeft, al dan niet vanwege niet-betwisting door NN, als vaststaand aangenomen dat de WAM-verzekeraar terecht de schade vordering heeft afgewezen omdat het hier geen verkeers- maar een werkrisico betreft. Verwezen zij naar overweging 8.4.5 jo. 8.2.d.2. Meer voor de hand ligt de stelling van Wansink/van Ardenne dat de woorden *wettelijke bepalingen* niet aanduiden de WAM maar het in de wetgeving verankerde aansprakelijkheidsrecht.

clausule onder een AVB polis restrictief wordt uitgelegd. In beginsel is het natuurlijk niet fraai wanneer aan dezelfde polisclausule onder verschillende polissen een verschillende betekenis wordt gegeven. Toch lijkt de uitkomst van de jurisprudentie niet ongerechtvaardigd. Het betreft hier, zeker voor de gemiddelde verzekerde, een door verzekeraars gecreeërd schemergebied van gedekte en uitgesloten aansprakelijkheidsrisico's. Steeds is het de vraag of de aansprakelijkheid is verbonden met een motorrijtuig dan wel met een oorzaak die los staat van het motorrijtuig. Onder deze omstandigheden ligt het in de rede rekening te houden met gerechtvaardigde verwachtingen van de verzekerde. Daarbij zou in ieder geval niet de situatie passen dat een verzekerde die een WAM- en een AVB polis afsluit een 'spiegelbeeld dekking' wordt onthouden. Voorts mag een verzekerde er gelet op de bewuste bewoordingen vanuit gaan dat hij op de WAM en Werkmaterieel polis een ruime dekking heeft. Niet echter behoeft de verzekerde te verwachten dat hij op de AVB polis vanwege de op zichzelf in ruime bewoordingen gestelde uitsluitingsclausule geen dekking heeft voor schade die weliswaar enig verband heeft met een motorrijtuig maar waarbij een andere fout die niets te maken heeft met de staat of de bediening van het motorrijtuig, veel meer in het oog springt.

De dekkingssystematiek zou eenvoudiger en duidelijker kunnen. Gedacht zou kunnen worden aan een uitsluiting in de AVB polis van slechts de strikte (verplichte) WAM-dekking. Voor het overige zou ik menen dat de problematiek voornamelijk een aangelegenheid is van verzekeraars onderling. Overlap van dekking zou dan ook moeten worden opgelost door het opnemen van zgn. 'na-u-clausules'. Mocht het de bedoeling zijn om bepaalde aansprakelijkheidsrisico's in verband met motorrijtuigen in het geheel niet te dekken, dan lijkt het op de weg van verzekeraars te liggen hierover duidelijkheid te verschaffen. Indien zulks niet geschiedt blijft het risico bestaan dat de rechter polisvoorwaarden in het voordeel van verzekerde blijft uitleggen.

Laden en lossen. Bij samenloop WAM- en AVB verzekering is de causale en niet de temporele factor doorslaggevend. HR 31 maart 2000

In de zaak *Alpina/Royal Nederland*⁹⁰ is sprake van samenloop van een WAM- en een AVB verzekering. Cementbouw B.V. vervoert poederlading met tankwagencombinaties die zijn ingericht voor het vervoer van bulkkladingen over de weg en die zijn voorzien van een eigen losinrichting. Op ieder voertuig is een compressor aangebracht waarmee de laadtank onder druk kan worden gebracht. Vervolgens kan de lading, via slangen, in de ontvangstsilo van de geadresseerde worden geblazen. Schade is ontstaan doordat het mangatdeksel door de verhoogde binnendruk is weggeblazen. Alpina stelt dat de vleugelmoeren van het losgeschoten mangatdeksel los lagen.⁹¹ De poederlading wordt vervolgens met kracht over het bedrijfster-

90. HR 31 maart 2000, NJ 2000, 357.

91. Alpina stelt tevens dat Royal zulks uitdrukkelijk heeft erkend waardoor dit als feit in rechte is komen vast te staan.

rein van de betrokken geadresseerde geblazen. Partijen, verzekerde en verzekeraars, zijn het erover eens dat verzekerde voor de schade aansprakelijk is. Verzekerde heeft twee aansprakelijkheidsverzekeringen afgesloten, een AVB bij Royal en een motorrijtuigverzekering bij Alpina. De WAM-verzekering van Alpina houdt onder meer in:

'Par. 12. Gedekt risico

De verzekering dekt de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerden wegens schade met of door het motorrijtuig toegebracht aan personen en/of goederen (...)

Par. 14. Ladingrisico

De verzekering heeft ook betrekking op schade veroorzaakt – anders dan bij het laden en lossen – door goederen, die zich bevinden op, dan wel vallen of gevallen zijn van het motorrijtuig.'

De AVB verzekering houdt onder meer in:

'Motorrijtuigen (...)

De aansprakelijkheid voor schade, voortvloeiend uit het houden, gebruiken of besturen van motorrijtuigen (...) is niet verzekerd, met uitzondering van de hierna volgende insluitingen.

Verzekerd is de aansprakelijkheid:

(...)

d. voor schade, veroorzaakt met of door de lading of andere goederen, terwijl deze worden geladen op of gelost van een motorrijtuig. Voorzover niet gedekt op enige polis van motorrijtuigverzekering, al dan niet van oudere datum, is medeverzekerd de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt met of door de lading of andere goederen, terwijl deze zich bevinden op, worden vervoerd met, vallen van dan wel nadat deze zijn gevallen van een motorrijtuig.'

Partijen zijn het erover eens dat de verzekeringsvoorwaarden zijn geënt op de 'Regeling inzake de samenloop van motorrijtuig- en algemene w.a. verzekering' van september 1964 (hierna de Regeling inzake samenloop). Deze regeling houdt onder meer in:

'Clausule 2a (Primaire dekking ladingrisico op motorrijtuigpolis)

Onder de verzekering is mede begrepen de wettelijke aansprakelijkheid van de op deze polis verzekerde personen voor schade – anders dan bij het laden of lossen – aan derden toegebracht met of door de lading of andere goederen, terwijl deze zich bevinden op, worden vervoerd met, vallen van dan wel nadat deze zijn gevallen van het in deze polis genoemde motorrijtuig.

Clausule 2c (Primaire dekking laden en lossen op algemene w.a. polis)

Onder deze verzekering is mede begrepen de wettelijke aansprakelijkheid van de op deze polis verzekerde personen voor schade aan derden toegebracht met of door de lading of andere goederen, terwijl deze worden geladen en gelost van een motorrijtuig.'

Beide verzekeraars stellen dat de ander de schade moet vergoeden. De WAM-verzekeraar stelt dat doorslaggevend is of de schade zich heeft voorgedaan tijdens het laden en/of lossen. Het hof beslist echter:

Voor de beantwoording van deze vraag (of sprake is van verwezenlijking van het ladingrisico gedekt onder de WAM-polis dan wel het laad- en losrisico gedekt onder de AVB-polis: AB) is niet doorslaggevend het feitelijke gegeven dat in casu het evenement zich heeft voorgedaan tijdens de periode waarin het lossen plaatsvond. Het gaat om de vraag onder welke van de twee verzekerde risico's het evenement zich heeft gerealiseerd. En daarvoor is bepalend de oorzaak van de schade.

Niet het temporele maar het causale element is derhalve doorslaggevend. Het hof acht aannemelijk dat een gebrek van het voertuig (de tank/laad- en losinrichting) als de oorzaak van de schade moet worden aangewezen en oordeelt dat op Alpina de bewijslast rust ten aanzien van het standpunt dat dit gebrek een gevolg is van een fout van de verzekerde. Niet voldoende voor dat tegenbewijs volgens het hof is het feit dat de vleugelmoeren los lagen. De Hoge Raad oordeelt dat gegeven de uitleg van de bovengeciteerde polisvoorwaarden het hof terecht heeft beslist dat de oorzaak van de schade doorslaggevend is en dat een defect van het voertuig valt onder het risico van de WAM-verzekering. Volgens de Hoge Raad is het 'kennelijke' oordeel van het hof dat voor het door Alpina te leveren tegenbewijs de omstandigheid dat de vleugelmoeren van het mangatdeksel los lagen onvoldoende is.

A-G Spier gaat nader in op het argument van de WAM-verzekeraar dat niet het causale aspect maar het temporele aspect doorslaggevend is. Wanneer schade is ontstaan *tijdens* het lossen, zo is de stelling, betreft het een schade die niet onder de WAM-verzekering maar in beginsel onder de AVB-verzekering valt. Spier wijst er in alinea 3.10 op dat de WAM-polis, die mede dekking biedt tegen schade veroorzaakt door goederen anders dan *bij* het laden en lossen, voor deze stelling geen steun biedt. Schade *bij* het laden kan maar behoeft niet hetzelfde te zijn als schade *tijdens* het laden:

*Wanneer een vrachtauto aan de voorzijde wordt gelost, terwijl – geheel onafhankelijk van het lossen – aan de achterzijde een deel van de lading naar beneden valt, dan biedt de litigieuze WAM-polis m.i. dekking. Dan kan immers moeilijk worden gezegd dat de schade is ontstaan **bij** het lossen (de tekst van de polis). Zij is wel ontstaan **tijdens** het laden en lossen (de door het onderdeel vertolkte lezing).⁹²*

In het Duitse recht bestaat enige discussie over de term 'bei'. Herdt stelt dat in het geval gevolgschade niet mede is gedekt, er sprake moet zijn van een

92. Asser, Uitleg van verzekeringsovereenkomsten in cassatie. In: Verzekering en maatschappij, Red. Hartlief en Mendel, Kluwer Deventer 2000, p. 19 lijkt tot een tegengestelde uitkomst te komen. Hij stelt: *Daarom zou, gelet op de tekst van de bepalingen reeds prima facie art. 3 A onder d van de AVB-polis van Royal Nederland van toepassing zijn en niet de WAM-polis want par. 14 van de WAM-polis van Alpina sluit die schade-oorzaak uit.*

adequaat causaal verband en niet slechts van een in tijd bestaande samenhang.⁹³ Prölls/Martin (Kollhoser) stelt:

*'Bei dem Brande' ist eine Sache abhandengekommen, wenn das Abhandenkommen durch den Brand ermöglicht (mitverursacht) ist.*⁹⁴

In 1980 (22. Auflage) nog schreven Prölls/Martin: *'Bei dem Brande' ist rein zeitlich.*

In het Engelse recht wordt wel gesteld dat polisbewoordingen kunnen meebrengen dat niet causaal verband maar 'coincidence in time and place' bepalend is. *'Occasioned by civil commotion' means that there must be a civil commotion somewhere, and that the act (causing the loss) must be an act which is attributable to that commotion, but nothing more.*⁹⁵ Voldoende is dan dat er een verband is, niet in termen van causaliteit, maar in termen van tijd en plaats. In de zaak *Spinney's vs Royal Insurance* echter (zie hierna) wordt echter overwogen dat deze causaliteitsbewoordingen niet zo ruim moeten worden gelezen dat elke schade *tijdens* 'civil commotion' onder de uitsluiting valt. Opvallend is dat blijkbaar de woorden 'attributable to' hetzelfde effect hebben. 'Directly or indirectly caused by' brengt mee dat een oorzaak die 'less proximate', maar iets meer dan een 'but for' oorzaak is het verband tussen die oorzaak en de schade kan bewerkstelligen.⁹⁶

Ruime uitsluiting: 'directly or indirectly caused by'. Oei vs. Foster en Spinney's vs. Royal Insurance. Causaal?

In de zaak *Oei v. Foster*⁹⁷ sluiten de polisvoorwaarden van een aansprakelijkheidsverzekering aanspraak op schadevergoeding uit in geval van *'damage arising directly or indirectly from ownership or occupation of any land or building.'* De echtgenote van de verzekerde liet een pannetje met vet op een elektrische kookplaat staan. Zij verliet het door hen van Oei geleende huis, het pannetje met vet vatte vlam, waardoor brandschade ontstond aan het huis. Hoewel het gebruik van het huis niet als 'proximate cause' kon worden aangemerkt, besliste rechter J. Glidewell dat de schade indirect was veroorzaakt door 'occupation':

I take the view that it was an indirect cause on that state of the facts. I do so for this reason, that in my view cooking meals is a necessary, indeed, inevitable incident of the Crawford's occupation of the house and thus, in my view, it can properly be said that if the damage was caused by Mrs. Crawford leaving the cooker turned on when she went out of the house then that damage did arise indirectly from her, and indeed her husband's, occupation of the Oei's house.

93. Herdt, 1972, p. 91.

94. Prölls/Martin, 2004 (27. Auflage), §83, Rn 6.

95. *Cooper v. General Accident Fire & Life Assurance Co* (1923) 128 LT 481.

96. *Clarke*, 1997, nr. 25-9C1.

97. *Oei v. Foster* (1982) 2 Lloyd's Rep. 170.

Glidewell verwees in deze zaak naar *Spinney's v. Royal Insurance*.⁹⁸ Diverse eisers hadden een acht-tal verzekeringen afgesloten met verschillende dekkingen. Verzekerd was tegen oproer en stakingsrisico, maar niet tegen de gevolgen van burgeroorlog of plaatselijke ongeregelheden. De uitsluitingsclausule luidde:

'This insurance does not cover any loss or damage occasioned by or through or in consequence directly or indirectly of any of the following occurrences: (a)...civil war; (b) ... civil commotion

Verzekerden hadden een aantal bedrijven in Libanon in hun bezit. In 1975 en 1976 waren er in Libanon, vooral in Beirut, politieke onlusten waarbij op grote schaal vernielingen plaatsvonden. In januari 1976 werden meerdere winkels van eisers geplunderd, waardoor een schade ontstond van ongeveer £1,4 miljoen. J. Mustill komt in een vonnis van 39 bladzijden, waarin hij zeer uitvoerig de sociale en politieke stand van zaken weergeeft, tot de conclusie dat er voldoende causaal verband bestaat tussen de schade en de uitsluiting. Hij constateert dat *'it is quite clear that the draftsman has gone to great lengths to ensure that the doctrine of proximate cause does not apply.'* Anderzijds kent de toepassing van de uitsluitingsclausule ook een beperking: *The draftsman must have intended to stop somewhere: and that place must be the point at which an event ceases to be a cause of the loss, and becomes merely an item of history.'* Het is niet mogelijk met woorden precies aan te geven wanneer dat punt zich voordoet, dat is uiteindelijk een kwestie van instinct. Vermoedelijk valt volgens Mustill niet iedere daad van geweld tijdens civil war/commotion onder de uitsluiting: *'In essence, the task is to assess whether the particular act of violence simply takes place against the background of a "war-like" state of affairs, or whether it has itself (even if in a rather remote way) a war-like aspect of its own.'*

In de bewuste kwestie was dat een uitgemaakte zaak; Mustill achtte zelfs verdedigbaar dat de schade direct was veroorzaakt door civil war/commotion.

Voorts zij verwezen naar de zaak *'Miss Jay Jay'*⁹⁹ waarin een 'adverse sea' (windkracht vier en golven van drie meter hoogte) als proximate cause wordt aangemerkt aangezien het eigen gebrek slechts dan is uitgesloten wanneer dat de 'sole cause' is van de schade.¹⁰⁰

98. (1980) 1 Lloyd's Rep. 406.

99. (1987) 1 Lloyd's Rep. 35.

100. Zie 6.2 voor een uitvoeriger commentaar op het arrest van de Court of Appeal.

**6.5 Beursgoederenpolis en de evenementenclausule.
Dekking vervoerde zaken bij evenement m.b.t. het voertuig mits
redelijkerwijze kan worden aangenomen dat dat evenement
oorzaak van de schade is. Verschil met 'schade aan de zaken als
gevolg van een evenement'?**

In de evenementenclausule behorende bij de Beursgoederenpolis 2006 is de dekkingsomschrijving in twee rubrieken ondergebracht, waarbij elke rubriek het vereiste causaal verband verschillend omschrijft. De clausule luidt:

De verzekeraars vergoeden:

- A *Alle verliezen van en materiële schaden aan de verzekerde zaken – met inbegrip van de onkosten bedoeld in artikel 3 van de voorwaarden NBGP 2006 uitsluitend indien:*
- I. *het vaartuig waarin of waarop de verzekerde zaken zich bevinden*
 - a. *in brand is geraakt*
 - b. *is gestrand of gezonken,*
 - c. *in aanvaring of aanraking is gekomen met ijs of enig ander voorwerp dan water,*
 - II. *enig vervoermiddel (anders dan een vaartuig) waarop of waarin de verzekerde zaken zich bevinden een ongeval is overkomen of in brand is geraakt,*

Mits redelijkerwijze kan worden aangenomen dat het evenement naar zijn aard en omvang het verlies van en de schade aan de verzekerde zaken heeft veroorzaakt.

2. *Het verlies en de schade het gevolg zijn van:*
 - a. *brand of ontploffing*
 - b. *het vallen van de verzekerde zaken (bulklading hieronder niet begrepen) of een deel daarvan tijdens laden of lossen,*
 - c. *het overboord werpen of spoelen of op ander wijze te water geraken van de verzekerde zaken of een deel daarvan,*
 - d. *het lossen van de verzekerde zaken uit nood of in een noodhaven en het opnieuw laden van die zaken.*

Etc.

De eerste rubriek dekt schade aan de goederen, indien het vaartuig of vervoermiddel een aantal met name genoemde onheilen zoals brand, aanvaring, ongeval is overkomen, mits redelijkerwijze kan worden aangenomen dat het evenement naar zijn aard en omvang het verlies van en de schade aan de verzekerde zaken *heeft veroorzaakt*. De tweede rubriek bepaalt dat de schade *het gevolg* moet zijn van een aantal met name genoemde evenementen/schadeoorzaken zoals brand en ontploffing. Van Huizen betwijfelt of het daadwerkelijk veel uitmaakt dat de eerste en de tweede rubriek verschillende causaliteitsaanduidingen hanteren. Het verschil kan in zijn visie in ieder geval niet meer dan marginaal zijn.¹⁰¹ Wurfbain tilt wat zwaarder

101. Van Huizen, diss. 1988, p. 161.

aan voornoemd verschil door te stellen dat in bepaalde gevallen (ik neem aan de in de eerste rubriek genoemde) een verlichting van de bewijslast voor de verzekerde geldt.¹⁰² Hij acht dat in lijn met de Europese F.P.A. (free of particular average) polis die als inspiratie heeft gediend voor de huidige evenementen clause. Voordien bestond er een zgn. Angel-Saksische en een continentale dekkingsclause. Bij de Angel-Saksische bestond er een all-risks dekking indien zich bepaalde evenementen voordeden ongeacht of er een causaal verband tussen deze evenementen en de schade bestond. Bij de zgn. continentale clause bestond er dekking indien kon worden aangetoond dat de schade was veroorzaakt door met name genoemde evenementen. De Europese polis was een tussenoplossing door als uitgangspunt te nemen dat tussen het evenement en de schade causaal verband moet bestaan. Wanneer evenwel sprake zou zijn van een groot evenement zou het causaal verband voorondersteld worden met de mogelijkheid voor de verzekeraar om tegenbewijs te leveren.¹⁰³ De rubrieken in de evenementen-clause kennen in navolging van de European F.P.A.-polis aldus een verschillende bewijslastverdeling hetgeen in voorkomende gevallen, bijvoorbeeld wanneer de exacte oorzaak van de schade aan de goederen niet bekend is, van doorslaggevende betekenis kan zijn.

De Institute Cargo Clauses (B) kennen een soortgelijke dekkingsbepaling.¹⁰⁴ De causaliteitsaanduidingen luiden hier *'reasonably attributable to'* en *'caused by'*. Vergelijkbaar met het Nederlandse recht doet zich ook in Engeland de discussie voor welke betekenis moet worden gehecht aan het verschil tussen de twee aanduidingen. Van Huizen komt tot de conclusie dat ingevolge de woorden *'reasonably attributable'* de bewijslast op de verzekeraar komt te rusten met nadere gegevens een niet gedekt evenement als de dominant cause aan te wijzen.¹⁰⁵ Een conclusie derhalve die verder gaat dan zijn conclusie bij de Nederlandse evenementenclausule. O'May meent dat:

'The answer may be that, as "reasonably attributable to" had been used in the W.A. and F.P.A Clauses, a change to "caused by" would have been fastened upon as a diminution in cover.'

102. J.W. Wurfbain, De Nederlandse Beurs-Goederen Polis 1976, Het Verzekeringsarchief 1978, p. 255.

103. J.H.G. Zeelenberg, European F.P.A.-Policy, Het Verzekeringsarchief 1971, p. 160.

104. Artikel 1 (Risks clause) luidt als volgt:

1. Risks Clause. This insurance covers, except as provided in Clauses 4, 5, 6 and 7 below.

1.1 loss of or damage to the subject-matter insured reasonably attributable to

1.1.1 fire or explosion

(...)

1.2 loss of or damage to the subject-matter insured caused by

1.2.1 general average sacrifice

(...).

105. Van Huizen, diss. 1988, p. 172.

Even verder betoogt hij echter met een beroep op 'The Salem'¹⁰⁶ dat:

'Reasonably attributable to, it may be thought, is no more than the addition of a mellifluous epithet and does not affect the principle of causation. (Compare "Gross negligence", i.e. negligence with a vituperative adjective.)'

Kortom, ook in het Engelse recht bestaat er onzekerheid over de vraag of het verschil in causaliteitsaanduidingen bij de evenementenclausule (Institute Cargo Clauses B) wezenlijk is.

6.6 Conclusie

Uit het voorgaande concludeer ik dat uitleg van de polisbepalingen bepalend is voor het antwoord op de vraag of er causaal verband bestaat tussen een gedekte/uitgesloten oorzaak en het evenement. Het systeem van en de samenhang tussen deze polisbepalingen zijn voor de uitleg het uitgangspunt. Causaliteitsbewoordingen vervullen slechts ten dienste van die uitleg een rol. Zo behoeft de aanduiding 'uitsluitend' of 'onmiddellijk' niet steeds dezelfde betekenis te hebben (bij het eigen gebrek volgens artikel 249 K (oud) speelde deze aanduiding geen zelfstandige rol). Voorts kan bijvoorbeeld uit het ontbreken van de aanduiding 'direct gevolg' o.i.d. niet altijd worden afgeleid dat ook schade indirect veroorzaakt door een bepaalde omstandigheid is gedekt. Onder schade 'veroorzaakt door storm' wordt bijvoorbeeld verstaan schade *direct* veroorzaakt door de storm.

Uiteindelijk bepalend is welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de gehele dekkings- en/ of uitsluitingsbepaling mogen toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. Daarbij speelt ook de aard van de verzekeringsovereenkomst een rol. Voor de ongevallenzekeringsverzekering lijkt te worden erkend dat min of meer strikte toerekening op basis van de polisbewoordingen vanuit een economisch perspectief gerechtvaardigd is. Illustratief is hetgeen A-G Bakels in zijn conclusie vóór het arrest Oomen/Interpolis¹⁰⁷ opmerkt:

'Het staat de verzekeraar vrij te bepalen in hoeverre hij aan de markt dekking aanbiedt; Oomen is op die voorwaarden – hoezeer ongetwijfeld ook ongelezen en/of onbegrepen – ingegaan. Het tegenwoordig gegroeide besef dat ook verzekeraars geen onbepaalde fondsen tot hun beschikking hebben en hun diensten slechts kunnen blijven aanbieden wanneer de gedekte risico's overzienbaar en – in meerdere of mindere mate – berekenbaar zijn is temeer reden niet door roeien en ruiten te gaan om een op het eerste gezicht niet aanwezige dekking te construeren.'

106. Shell International Petroleum Co. Ltd. v. Gidds (The Salem) [1982] 1 Lloyd's Rep. 369 at 381 C.A.

107. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98.

In 1972 hield het Hof Amsterdam daarentegen veel minder rekening met dit economische perspectief. Niet in overeenstemming met de aard van de verzekering werd geacht dat een verzekeraar een beroep kan doen op de minder goed geworden lichamelijke gesteldheid van de verzekerde doordat deze in enige mate heeft bijgedragen aan het gevolg. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat de lichamelijke gesteldheid van mensen nu eenmaal uiteenloopt en dat oudere mensen in dit opzicht een groter risico vormen. Laatstgenoemden zouden allengs hun belang bij voor lange tijd afgesloten verzekeringen goeddeels verliezen.

Opvallend is dat de Hoge Raad in het arrest NN/Dritty¹⁰⁸ bij de uitleg van causaliteitsbewoordingen in een AVB polis in tegenstelling tot het arrest Oomen/Interpolis juist wel een op het eerste gezicht niet aanwezige dekking construeert. Doorslaggevend lijkt te zijn dat de verzekerde, ondanks de min of meer duidelijke uitsluiting, mocht vertrouwen op een spiegelbeelddekking. Ook hier is de volgende opmerking van de A-G, Mr Verkade, veelzeggend:

'Bij de onbevooroordeelde lezer die mijn opmerkingen tot zover met instemming heeft kunnen volgen, zullen zich net als bij mij, thans de volgende vragen opdringen. Hoe is het mogelijk – en is het aanvaardbaar – dat iemand (Dritty) die zich voor zijn algemene aansprakelijkheid nu juist onder een AVB-polis verzekert, en die (nolens volens) bovendien de verplichte WAM-verzekering afsluit, nadat hij te horen krijgt dat de WAM-verzekeraar in het concrete geval van het ongeluk op het ENCI-terrein uitkering weigert en mag weigeren, vervolgens van zijn algemene AVB-verzekeraar (NN) te horen krijgt dat óók die niet zou behoeven uit keren?

NN heeft daarvoor niettemin argumenten naar voren gebracht. Met de toonzetting hierboven heb ik aangegeven dat een zodanig, door het hof van de hand gewezen standpunt van NN er ook bij mij moeilijk ingaat: uiteraard onverminderd de aan de afzonderlijke middelonderdelen te geven aandacht.'

Ook in de zaak Delta Lloyd/Hartholt is het bij de verzekerde opgewekte vertrouwen doorslaggevend. Gelet op de omschrijving 'uitgebreide opstalverzekering' behoeft de verzekerde niet verdacht te zijn op 'verborgen' uitsluitingen in de positieve formulering van de dekking van de verzekering.

Bij verzekering tegen stormschade lijkt de rechtspraak uit te gaan van een beperkte uitleg van de dekkingsbepaling. Slechts schade welke direct wordt veroorzaakt door stormkracht valt onder de dekking. Niet goed in te zien valt waarom de dekkingsclausule bij stormschade beperkt wordt opgevat, terwijl de dekkingsclausule voor schade door neerslag blijkens het arrest Delta Lloyd/Hartholt ruim kan worden uitgelegd.

108. HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 22.

Hartlief heeft gesteld dat de Hoge Raad de te beantwoorden rechtsvragen ten aanzien van aansprakelijkheidskwesties meestal benadert op een technisch juridische wijze. Een enkele keer ligt dat anders en zitten er in werkelijkheid policy-argumenten achter een beslissing die niet expliciet worden gemaakt.¹⁰⁹ Het lijkt er sterk op dat zulks tevens geldt voor de uitleg van dekking- en uitsluitingsbepalingen in verzekeringsovereenkomsten.

Verzekeraars (en/of makelaars namens verzekeringnemers) pogen de omvang van de dekking onder meer te construeren aan de hand van het in de polisvoorwaarden aangegeven benodigde causaal verband tussen een gedekte/uitgesloten oorzaak en de schade. Uit het voorgaande volgt dat uit de gepubliceerde rechtspraak niet steeds een consistent beeld ten aanzien van de methode van uitleg van volgt.

Volgens huidig recht is uitleg van polisvoorwaarden grotendeels voorbehouden aan de feiten rechter. Asser pleit ervoor dat de Hoge Raad voor zijn eigen keuze van uitleg van algemene voorwaarden openlijker zou moeten kunnen uitkomen dan nu het geval is. Daartoe zou hij meer dan nu het geval is bevoegd moeten zijn *'... te beoordelen of de bestreden uitleg van een polisvoorwaarde dan wel de door het cassatiemiddel daartegenover gestelde uitleg zich laat verenigen met een redelijke uitleg van het betrokken beding.'*¹¹⁰

Asser stelt dat de lagere rechters en de praktijk op die manier meer zekerheid omtrent een eenduidige interpretatie van de betrokken voorwaarde krijgen. Aansluitend op deze stelling ben ik ervan overtuigd dat de kans op een meer consistente uitleg van bepalingen omtrent causaal verband tussen een gedekte/uitgesloten oorzaak en de schade, zal toenemen. Zulks zal bijdragen aan een duidelijker beeld van de aangegeven omvang van de dekking.

109. Hartlief, Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?, AV&S 2004, p. 242-243.

110. Asser, Uitleg van verzekeringsovereenkomsten in cassatie. In: Verzekering en maatschappij. Red. Hartlief en Mendel, Kluwer Deventer 2000, p. 29.

MEERVOUDIGE CAUSALITEIT. TOEPASSING VAN CAUSALITEITSTHEORIEËN

7.1 Inleiding. Toegepaste causaliteitscriteria in de jurisprudentie

Vanaf het begin van de vorige (de 20ste) eeuw beginnen Nederlandse juristen zich bezig te houden met het causaliteitsprobleem in het strafrecht en de onrechtmatige daad.¹ Twee theorieën sprongen in het oog: de leer van de *condicio sine qua non* (csqn) en de leer van de adequate veroorzaking ofwel de adequatietheorie (AQT).

De leer van de csqn merkt een gebeurtenis als oorzaak aan wanneer zonder die omstandigheid de schade zich niet had kunnen voordoen. Dit wordt evenwel nauwelijks als een juridische causaliteitsleer aangemerkt aangezien doorgaans bij één schadeval veel omstandigheden een rol spelen die gelden als een onmisbare schakel in de causaliteitsketen. Wanneer al deze omstandigheden als juridisch relevante oorzaak in aanmerking zouden komen zou de aansprakelijkheid te ver worden uitgebreid. Wel kan, zo wordt geleerd, de theorie van de csqn nuttig zijn als uitgangspunt voor de juridische causaliteit: wanneer de onrechtmatige handeling géén noodzakelijke voorwaarde is voor het intreden van de schade is er geen aansprakelijkheid.²

Als belangrijkste theorie heeft voor de onrechtmatige daad sinds lange tijd gegolden AQT. In deze theorie is de voorzienbaarheid van de schade beslissend voor het antwoord op de vraag of er tussen de onrechtmatige daad en de schade voldoende causaal verband bestaat. Er is alleen dan sprake van causaal verband indien de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg, ofwel het voorzienbaar gevolg, is van de daad.³ Voor het verzekeringsrecht geldt deze theorie in enigszins aangepaste vorm. Volgens de leer van de 'causa remota' is het verst verwijderde feit waarvan de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg is, de rechtens relevante oor-

1. Volstaan wordt met constatering van dit gegeven. Voor een beschrijving van de ontwikkeling van de causaliteitstheorieën zij verwezen naar Voetelink, *Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering*, diss. Amsterdam, 1952, p. 22 e.v.; Van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. Amsterdam, 1972. Zie ook Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 424 e.v.

2. Schut, *Onrechtmatige daad*, 1997, p. 75. *Anders* van Schellen die op ondermeer dogmatische grond ('Rechtstheoretisch bezien stuit deze opvatting (de csqn-theorie is het uitgangspunt van de juridische causaliteit: AB) bij mij op onoverkomelijke bezwaren, omdat de heersende leer het primaat van de juridische causaliteit verleent aan een theorie met een onmiskenbaar "logisch-mechanisch-fysiek" karakter.'

3. Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 428. Zie voor een beschrijving van deze theorie in al zijn nuances en voetklemmen Van Schellen, diss., p. 89 ev. alsmede Voetelink, diss., p. 22 e.v.

zaak. Deze theorie wordt in de literatuur voor het verzekeringsrecht als een gangbare causaliteitsleer voorgesteld. Een dergelijke stelling is begrijpelijk nu deze theorie niet meer is dan een variant op de leer van de adequate veroorzaking.⁴

In het Engelse recht gold aanvankelijk als rechtens relevante oorzaak niet de *causa remota* maar de '*causa proxima (non remota spectatur)*': de omstandigheid die zich in tijd gemeten direct voorafgaande aan het schadegeval voordeed. Wat ook van deze benaderingen zij, sinds lange tijd wordt in het Engelse recht de leer van de '*causa proxima*' niet strikt gehanteerd. Volgens de heersende leer moet als rechtens relevante oorzaak worden beschouwd de '*dominant cause*'. In navolging hiervan wordt in het Nederlandse recht wel de term '*dominante oorzaak*' gehanteerd.⁵ Deze term echter geeft mijns inziens vooral het uiteindelijke resultaat van de causaliteitsafweging weer, maar biedt geen richtsnoer voor de afweging zelf.

Aan de orde zal tevens komen de leer van de toerekening naar redelijkheid. De rechter heeft deze causaliteitstheorie, die volgens artikel 6:98 BW van toepassing is bij aansprakelijkheid uit de wet, tot op heden niet van toepassing verklaard in het verzekeringsrecht.

Hierna zal worden beschreven welke rol causaliteitstheorieën spelen in het kader van de afweging of sprake is van een gedekte dan wel uitgesloten schade oorzaak. In dit kader zullen uitspraken aan de orde komen waarin de rechter op basis van de hiervoor geformuleerde causaliteitstheorieën heeft beslist welke omstandigheid als de rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt.

7.2 Welke is de relevantie van causaliteitstheorieën voor het verzekeringsrecht?

De Hoge Raad heeft nimmer geoordeeld dat het voor de wettelijke aansprakelijkheid geldende causaliteitscriterium tevens van toepassing is op het verzekeringsrecht. In de verzekeringsrechtelijke literatuur werden de diverse voor de onrechtmatige daad geldende causaliteitstheorieën evenwel aan de orde gesteld. De lagere rechtspraak paste deze ook daadwerkelijk toe. Het Hof Amsterdam heeft in zijn arresten van 18 mei 1972 en 6 december 1974 de adequatietheorie (*causa remota*), ook voor het verzekeringsrecht, aangeduid als de heersende leer.⁶ In deze zaken werd als volgt beslist.

4. Dorhout Mees, 1967, nr. 421; Wery, 2004, p. 95.

5. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 296. Van Huizen, Het Transportverzekeringsbedrijf (diss), MAKLU 1988, MAKLU, p. 152.

6. Hof Amsterdam 18 mei 1972, NJ 1972, 470 en 6 december 1974, S&S 1976, 4.

Hof Amsterdam 6 december 1974, S&S 1976, 4

Twee panden aan de Nieuwendijk 133 en 135 te Amsterdam worden geheel verwoest door brand. De drie belendende panden lopen in meer en mindere mate brandschade op. Eén van die panden, nr. 141, loopt zeer geringe brandschade op, maar moet toch op last van de Gemeente wegens bouwvalligheid worden gesloopt. Het pand is tegen brand verzekerd. Verschillende omstandigheden wijzen erop dat het verzekerde pand niet in staat was los en zelfstandig overeind te blijven staan. Verzekerde stelt dat het in de oude binnenstad van Amsterdam gebruikelijk is, dat de percelen tegen elkaar aanleunen en meent dat de schade is ontstaan door 'naburige brand'. De algemene voorwaarden van de Onderlinge Waarborgmaatschappij waarbij verzekerde is aangesloten bepalen:

Verzekerd is tegen schade aan het verwaarborge door brand, hoe ook veroorzaakt, alsmede tegen 'schade welke als een gevolg van de brand moet worden aangemerkt, ook wanneer die voor(t?: AB)komt uit naburige brand, als daar zijn bederf of vermindering van het verwaarborge voorwerp door het water en andere middelen tot stuiting of tot blussing van de brand gebruikt, of het vermisen van iets van het verwaarborge door dieverij of op enige andere wijze gedurende de brandblussing of beredding, alsmede de schade welke wordt veroorzaakt door gehele of gedeeltelijke vernieling van het verwaarborge op last van hoger hand geschied ten einde de voortgang van de ontstane brand te stuiten.'

De Rechtbank Amsterdam draagt aan verzekerde de bewijslast op dat de afbraak van het perceel is veroorzaakt door de brand en oordeelt uiteindelijk dat deze daarin niet is geslaagd. Verzekerde tekent tegen dit vonnis hoger beroep aan, stellende dat het wegvallen van de steun als een gevolg van de brand moet worden aangemerkt.

Het Hof Amsterdam volgt het standpunt van de verzekerde niet. Het hof overweegt mede op basis van overgelegde deskundigenrapporten dat het pand was behept met een eigen gebrek. Ten aanzien van causaal verband overweegt het hof als volgt:

O., dat ook in het verzekeringsrecht als rechtens relevante oorzaak van een schade geldt de meest verwijderde gebeurtenis, van welke de schade als het redelijkerwijs te verwachten gevolg is aan te merken, tenzij uitdrukkelijk bij de verzekeringsovereenkomst anders is overeengekomen, waaromtrent echter in casu niets is gesteld of gebleken;

O., dat naar die causaliteitsleer de schade van de gedwongen afbraak van het pand is te beschouwen als een gevolg van eigen gebrek van het pand en niet als een gevolg van de brand, indien het pand na wegvallen van de steun van aangrenzende percelen door de brand moet worden gesloopt omdat het wegens eigen bouwvalligheid niet los en zelfstandig overeind kan blijven staan;

Dat alsdan het wegvallen van de steun van aangrenzende percelen door de brand slechts is te beschouwen als een evenement, bij het optreden waarvan zich het eigen gebrek als schadeoorzaak voordoet.

Hof Amsterdam 18 mei 1972, NJ 1972, 470

Van Leeuwen, 55 jaar oud, wordt aangereden door een auto wanneer hij als voetganger de weg oversteeft. Hij loopt daarbij ernstige verwondingen op

(verbrijzelingsbreuken met bloeduitstortingen van het rechter onderbeen, scherprandige huidwonden van het rechter deel van het behaarde hoofd, bloeduitstorting onder het verharde hersenvlies en een hersenschudding) en wordt op 3 januari 1968 in het ziekenhuis opgenomen. Op 10 januari wordt hij naar een ander ziekenhuis overgebracht. Ter voorkoming van trombose, waartoe hij zowel door zijn conditie als hartpatiënt als door het ongeval was voorbestemd, wordt er een zgn. antistollingsbehandeling toegepast. Hierbij ontstaat het onvermijdelijke risico van het optreden van bloedingen c.q. van het verergeren van een bestaande bloeding. Van Leeuwen overlijdt op 15 januari tengevolge van een hersenbloeding.

De door van Leeuwen afgesloten ongevalspolis definieert 'ongeval' als volgt:

Een plotseling, onafhankelijk van de wil van verzekerde uitwendig, onmiddellijk op hem inwerkend geweld, hetwelk uitsluitend en alleen de oorzaak is van het lichamelijk letsel en/of dood van verzekerde.

Als 'ongeval' in de zin der polis wordt niet beschouwd dood, invaliditeit of arbeidsongeschiktheid tengevolge van de directe of indirecte gevolgen van een gebrekkige gezondheidstoestand; in het bijzonder aanvallen van beroerte, vallende ziekte, slagaderbreuken, toevallen, duizelingen, congesties en krampen.

De verzekeraar stelt dat het overlijden niet het uitsluitende gevolg is van het ongeval en dat de gebrekkige gezondheid minstens als medeoorzaak moet worden aangemerkt. De rechtbank oordeelt dat *een medische ingreep, genomen en geëigend ter afwending van dreigend gevaar voor een, mogelijk fatale, ongevalscomplicatie, maar vervolgens zelf rechtstreeks oorzaak van het overlijden, de causale keten tussen het ongeval en het overlijden niet verbreekt*. Op basis van de rapporten van drie deskundigen oordeelt de rechtbank voorts dat niet met zekerheid is komen vast te staan dat de hersenbloeding dan wel het trombosegevaar is terug te voeren op de pre-existente lichamelijke conditie van Van Leeuwen. Wel staat vast dat van Leeuwen sinds vele jaren een matig verhoogde bloeddruk had, sprake was van een matige verharding en vernauwing van de kransslagaderen, alsmede van een hartvergroting.

Het hof verwerpt de tegen het vonnis ingebrachte grieven. Het hof overweegt allereerst dat het causaliteitscriterium voor het verzekeringsrecht niet afwijkt van hetgeen geldt voor het algemene burgerlijk recht:

O. dat waar in burgerrechtelijke verhoudingen een partij tegenover een andere partij moet instaan voor de gevolgen van zekere feiten, in het algemeen geldt dat als gevolg van enig feit wordt aangemerkt datgene wat naar ervaringsregelen redelijkerwijs als gevolg van dat feit is te verwachten.

(...)

dat voor het verzekeringsrecht dezelfde zogenaamde causaliteitsleer geldt, waarbij erop kan worden gewezen dat art. 249 K., bepalende dat de verzekeraar niet aansprakelijk is voor schade of verlies uit eigen gebrek, eigen bederf of uit de aard en de natuur van de verzekerde zaak zelve 'onmiddellijk voortspuitende', geen ander oorzakelijk verband aanduidt dan volgens evenbedoelde leer in het algemeen geldt.

Vervolgens oordeelt het hof dat de polisvoorwaarden niet tot uitdrukking brengen dat tussen 'geweldsinwerking' c.q. 'geweld' (een en ander als in die bepalingen nader omschreven) enerzijds en 'de dood van de verzekerde' anderzijds een nauwer oorzakelijk verband wordt geëist dan in burgerrechtelijke verhoudingen in het algemeen geldt.

Dat mitsdien moet worden onderzocht of de dood van Van Leeuwen het naar ervaringsregelen redelijkerwijs te verwachten gevolg was van het feit dat Van Leeuwen werd aangerezen;

Dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord ingeval de aanrijding met de dood wordt verbonden door een ononderbroken keten van oorzaak en gevolg, waarvan met betrekking tot elke schakel het rechtens vereiste verband aanwezig is.

Toegespitst op het onderhavige geval komt het hof tot het oordeel dat hiervan sprake is en dat dus het overlijden als het adequate gevolg van de aanrijding moet gelden. Dat zou slechts anders zijn als de verzekeraar een andere adequate oorzaak aanwijst. Het hof stelt echter vast dat uit de medische rapporten onvoldoende blijkt dat evenbedoelde lichamelijke gesteldheid van Van Leeuwen zodanig was dat daarvan naar ervaringsregelen redelijkerwijs te verwachten zou zijn geweest, dat hij op 15 jan. 1968 zou zijn overleden, meer in het bijzonder door een zogenaamde spontane hersenbloeding, ook zonder dat de aanrijding, het daardoor opgelopen letsel en het in verband daarmee noodzakelijke medische ingrijpen zouden hebben plaatsgevonden;

Dat daarom de hierbedoelde lichamelijke gesteldheid van Van Leeuwen niet als een zelfstandige adequate oorzaak van zijn overlijden kan worden beschouwd.

Het Hof overweegt uitdrukkelijk dat de lichamelijke gesteldheid van Van Leeuwen wellicht aan zijn overlijden heeft bijgedragen, maar dat zulks niet kan leiden tot ontheffing van de verplichting tot uitkering van de verzekeraar. De motivering komt hierop neer dat het een feit van algemene bekendheid is dat de lichamelijke gesteldheid van mensen nu eenmaal uiteenloopt en dat oudere mensen in dit opzicht een groter risico vormen. Zulks moet als in de aard van een verzekering als de onderhavige besloten worden aangemerkt. Met name de aard van deze verzekering verzet zich ertegen dat oudere mensen allengs hun belang bij voor lange tijd afgesloten verzekeringen goeddeels zouden verliezen doordat een verzekeraar een beroep kan doen op de minder goed geworden lichamelijke gesteldheid van de verzekerde doordat deze in enige mate heeft bijgedragen aan het gevolg. Dat is volgens het Hof slechts anders als sprake is van duidelijke ziekelijke afwijkingen of ongewone ouderdomsverschijnselen.

De laatste overwegingen lijken een nadere motivering in te houden voor de beslissing dat de verzekeraar i.c. slechts dan met een beroep op een bepaalde omstandigheid een schadevordering kan afwijzen als deze een 'adequate' oorzaak is. Zulks geldt tevens als uit de polisbepalingen blijkt dat deze omstandigheid als 'meewerkende oorzaak' ook als uitsluiting geldt. Deze redenering volgend zou de lichamelijke gesteldheid van Van Leeuwen

in het geheel niet voldoen aan de in hoofdstuk 1 geformuleerde definitie van oorzaak. Er is immers geen sprake van een 'afwijkende omstandigheid'.

Naar mijn mening is de centrale rol die het Hof Amsterdam blijkens de hierboven weergegeven beslissingen toekende aan de AQT achterhaald sinds het arrest Hogenboom/Unigarant uit 1993.⁷ In dat arrest besliste de Hoge Raad immers met recht dat het bij causaal verband in het verzekeringsrecht in de eerste plaats aankomt op uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Het Hof Amsterdam oordeelde in zijn arrest uit 1974 nog dat niet uitleg van de polisvoorwaarden maar de leer van de *causa remota* voorrang had: de leer van de '*causa remota*' is van toepassing tenzij de polisvoorwaarden anders bepalen.

Voorts zij erop gewezen dat met de invoering van het huidige BW er door de wetgever uitdrukkelijk op is gewezen dat het causaliteitscriterium van artikel 6:98 BW niet van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst. Aansprakelijkheid voortvloeiend uit de wet is anders dan de gehoudenheid tot betaling van schadevergoeding op basis van een verzekeringsovereenkomst. Causaliteitstheorieën in het kader van de onrechtmatige daad (maar ook in het strafrecht) zijn er immers op gericht de toerekenbaarheid van de schade aan de laedens te beperken. Niet elke schade, hoe ver causaal gezien ook verwijderd, dient door de laedens te worden vergoed. Voor het verzekeringsrecht dient evenwel aan de hand van uitleg van de overeenkomst te worden vastgesteld welke dekking overeen is gekomen.

Wat rest is dat causaliteitstheorieën kunnen fungeren als gezichtspunt voor het vaststellen van het vereiste causaal verband. De gehanteerde redeneringen geven vorm aan het volgens spraakgebruik op te vatten logische verband van oorzaak en gevolg. Deze notie sluit aan bij wat in het Engels recht wordt aangeduid met '*common sense principles*'. Volgens deze benadering slagen wij erin om op een bevredigende te communiceren over het begrip '*causaal verband*'. Hart en Honoré menen dat de waarschuwing in de literatuur dat deze benadering te vaag is en geen '*statable principles*' kan formuleren, ten onrechte door wanhoop is ingegeven:

*'Whatever difficulties attend the notion of causation, we do after all succeed in communicating with each other satisfactorily over a great area of discourse where we use this notion; we manage to agree in our judgments about particular cases of causation in a very large number of cases. The position surely cannot be therefore as desperate as such writers claim. We must not think of a common-sense notion as necessarily a matter of mere impression, or so intuitive that it cannot be further elucidated, at least in its application to standard cases, however vague a penumbra may surround it. Common sense is not a matter of inexplicable or arbitrary assertions, and the causal notions which it exploits, though flexible and complex and subtly influenced by context, can be shown to rest, at least in part, on statable principles; though the ordinary man who uses them may not, without assistance, be able to make them explicit.'*⁸

7. HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, m.nt. MMM.

8. Hart and Honoré, *Causation in the law*, Clarendon Press, Oxford 1985, p. 26.

Opvallend is dat de rechtspraak die in de literatuur aan de orde komt als 'causaliteitstheorie' over het algemeen gedateerd is.⁹ Na het arrest Hogenboom/Unigarant zijn er, voorzover mij bekend, geen beslissingen waaruit blijkt dat de rechter zich uitsluitend heeft laten leiden door één van de causaliteitstheorieën. De hierna genoemde, niet gepubliceerde, uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1997 vormt een uitzondering maar in die zaak diende slechts te worden beslist waarom een bepaalde gestelde schade oorzaak *niet* rechtens relevant was.

Hierna zal een aantal uitspraken aan de orde komen waarin de leer van de CSQN dan wel de AQT is toegepast. In het commentaar zal steeds worden aangegeven of de motivering naar mijn mening voldoende is en of een andere benadering de voorkeur zou hebben verdiend.

7.3 *Conditio sine qua non*

Rechtbank Rotterdam 18 oktober 1991, S&S 1992, 88¹⁰

Verzekerde is eigenaar van een tjalk. Deze zinkt tijdens een vorstperiode. Nadien blijkt dat de buitenboordkraan niet was afgesloten waardoor via een door vorst gebarsten wierpot water onbelemmerd de machinekamer in kon stromen. Volgens de bepalingen van de zgn. Pleziervaartuijgenverzekering bestaat er dekking tegen alle 'van buiten komende onheilen', maar is van dekking uitgesloten schade als gevolg van 'onvoldoende onderhoud en/of onvoldoende zorg voor het verzekerde voorwerp'. Verzekeraars doen een beroep op de uitsluiting stellende dat het zinken is veroorzaakt doordat een buitenboordkraan niet was dichtgedraaid, tengevolge waarvan water via een gebarsten wierpot onbelemmerd in de machinekamer kon stromen. Verzekerde stelt: De rechtens relevante oorzaak van het zinken van het schip is het gebarsten zijn van de wierpot, niet het loutere niet gesloten zijn van een buitenboordkraan. De Rechtbank Rotterdam oordeelt:

Het feit dat de wierpot gebarsten was moet redelijkerwijs beschouwd worden als de rechtens relevante oorzaak van de schade, omdat kennelijk de boot in ieder geval niet gezonken zou zijn als dat niet het geval was geweest. Gedaagde heeft immers niet betwist de stellingen van eiser dat het koelwatersysteem van het schip gesloten was en dat het openstaan van de buitenboordkraan zonder meer niet tot zinken behoeft te leiden, terwijl zij zelf heeft gesteld dat het water dat door die kraan binnenliep via de wierpot in het schip is gestroomd.

9. Scheltema/Mijnssen, 1991, p. 100 e.v. vermeldt nog een aantal uitspraken. In de druk van 1998 wordt centrale betekenis toegekend aan het arrest Hogenboom/Unigarant en wordt er in § 5.11 kort aandacht besteed aan de leer van de 'causa remota', zonder vermelding van rechtspraak.

10. In hoger beroep ('s-Gravenhage 22 december 1992; 1 maart 1994; 21 januari 1997, S&S 1999, 43) is de causaliteitskwesitie niet meer aan de orde gekomen. Het vonnis van de rechtbank werd bekrachtigd.

De rechtbank wijst de vordering van verzekerde evenwel toch af aangezien de omstandigheid dat zich in een vorstperiode, toen er niet werd gevaren, water bevond in de wierpot moet worden beschouwd als onvoldoende zorg voor het schip. Enigszins verborgen ligt aan deze beslissing overigens ook de AQT ten grondslag, aangezien, de lekke wierpot weggedacht, redelijkerwijze niet was te verwachten dat het openstaan van de buitenboordkraan zou leiden tot schade. Naar mijn mening is deze beslissing voldoende gemotiveerd.

Rechtbank Rotterdam 29 mei 1987, S&S 1988, 12

Verzekerde doet een rioolcamera per vliegtuig vervoeren van Eindhoven naar Zürich. De camera is verpakt in een kartonnen doos die verder is opgevuld met krantenpapier en tissues. Bij aankomst in Zürich blijkt de camera zwaar beschadigd te zijn. Verzekerde heeft een transportverzekering afgesloten op basis van de Institute Air Cargo Clauses die een all-risksdekking bieden. Uitgesloten is schade als gevolg van eigen gebrek: *'This insurance ... shall in no case be deemed to extend to cover loss damage or expense proximately caused by ... inherent vice ... of the subject matter insured.'* De schade moet volgens verzekerde zijn veroorzaakt door een val, een gedekt evenement. Verzekeraar stelt dat de schade is veroorzaakt door onvoldoende verpakking, een eigen gebrek. De Rechtbank Rotterdam stelt vast dat tussen partijen in confesso is dat onder voldoende verpakking dient te worden verstaan: bestand tegen de normale transportrisico's. Aangezien algemeen bekend is dat bij vliegtuigtransporten veelal op vrij ruwe wijze met de te vervoeren goederen wordt omgegaan acht de rechtbank een forse stoot of schok een normaal transportrisico. De rechtbank is van oordeel dat sprake is van onvoldoende verpakking. Over causaal verband oordeelt de rechtbank:

De Rb. acht het voorts op grond van de aard van de schade, alsmede op grond van het in de door Nieuw Rotterdam overgelegde brief van Graham Miller & Co. gestelde dat 'een schade van die omvang nooit was ontstaan indien het voorwerp, goed opgesloten in schuimrubber (of een ander schokabsorberend materiaal, doch zeker geen kranten!) in een stevige doos of houten kist was vervoerd.', voldoende aannemelijk dat de slechte verpakking van de camera tenminste als medeoorzaak van de beschadiging moet worden beschouwd.

De laatste zinsnede is naar mijn mening niet in overeenstemming met vornoemde uitsluitingsclausule. Een omstandigheid die slechts kan worden aangemerkt als medeoorzaak geldt immers niet als 'proximate cause'. De motivering is naar mijn mening ook niet toereikend om gebrekkige verpakking als hoofdoorzaak te kunnen aanmerken. De methode volgens de adequatietheorie zou geschikter zijn: gebrekkige verpakking zou slechts dan als 'proximate cause' in aanmerking komen als het schadelijke gevolg redelijkerwijze te verwachten zou zijn.¹¹ Doorslaggevend lijkt mij hier dat

11. Los van het 'oorzakelijk verband' is het naar mijn mening niet vanzelfsprekend dat de gebrekkige verpakking moet worden aangemerkt als 'inherent vice'.

niet is komen vast te staan dat de val zodanig ernstig was dat ook bij deugdelijke verpakking de schade zou zijn ontstaan. Bij gebreke aan een van buiten komend onheil blijft dus als schade oorzaak het eigen gebrek (de ondeugdelijke verpakking) over.

Rechtbank Amsterdam 23 januari 1985, S&S 1985, 77

Verzekerde heeft een pleziervaartuigverzekering afgesloten. De premie voor deze verzekering vervalt op 2 april 1981. Verzekerde betaalt op 4 juni 1981 de premie waardoor op ongeveer 5 of 6 juni 1981 de verzekeringsdekking die na 2 april 1981 is opgeschort wederom een aanvang neemt. Op 4 juni 1981 ontvreemdt, tezamen met een vriend, de broer van verzekerde diens boot. Terwijl de dieven op 24 augustus 1981 met de boot varen geraakt deze in brand. Verzekeraar wijst de schadevordering af op grond van de volgende redenering: De brand is een gevolg van de diefstal, *welk evenement plaats vond tijdens de onder 1c weergegeven periode van opschorting van het effect van de verzekering, zodat de brand evenmin als de diefstal gedekt was.* Verzekerde betwist het bestaan van causaal verband tussen de diefstal en de brand. De Rechtbank Amsterdam verwerpt dit verweer als volgt:

Uit die verklaring (van K.: AB) komt immers naar voren dat, zo de boot al niet door de dieven of een van hen in brand is gestoken, het geheel uitbranden ervan in dusdanige mate aan het achterwege laten van ieder schadebeperkend optreden door de dieven moet worden toegeschreven dat niet gezegd kan worden dat de algehele verwoesting van de boot naar alle waarschijnlijkheid ook zou hebben plaatsgevonden wanneer van gebruik door de dieven geen sprake was geweest.¹²

Naar mijn mening kan niet de diefstal als oorzaak van de brand worden aangemerkt. Vanzelfsprekend hebben weliswaar *deze* dieven de brand veroorzaakt, maar moeilijk kan worden volgehouden dat diefstal *in zijn algemeenheid* leidt tot brand. De diefstal is niet de 'dominante oorzaak' aangezien brand niet het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van de diefstal. Overigens worden in dit vonnis geen dekkings- en uitsluitingsbepalingen weergegeven reden waarom verdere discussie over de 'rechtens relevante oorzaak' zonder zin is.

12. Naar mijn mening is deze afwijzingsgrond niet juist. In nr. 1.8 en 2.2 heb ik betoogd dat niet de oorzaak van de beschadiging (i.c. de diefstal) maar de beschadiging zelf (i.c. de brand) binnen de verzekerde periode moet vallen. In dit geval zou zulks betekenen dat, nu de brand buiten de opschortingsperiode valt, de verzekerde in beginsel recht op dekking heeft. Mogelijk kan de verzekeraar wel op andere gronden schadevergoeding weigeren. Zo kan wellicht worden betoogd dat de beschadiging reeds heeft plaatsgevonden op het moment dat de boot werd gestolen. Op dat moment immers is het object voor de verzekerde reeds geheel verloren en is het derhalve verder niet vatbaar voor beschadiging. In die zin is de brand niet meer van belang. De diefstal is dan niet langer de *oorzaak* van de beschadiging. Niet de brand maar de diefstal moet alsdan worden aangemerkt als de beschadiging.

Bindend Advies (Dorhout Mees, Hijmans van den Bergh, Drion) 10 april 1968, S&S 1968, 62

Verzekerde heeft een bedrijfsschadeverzekering afgesloten waarin onder meer schade door ontploffing is gedekt. Op 13 oktober 1964 valt een stoomketel uit. De aanleiding hiertoe is een gebeuren dat in drie fasen uiteenvalt: 1. In een pijp ontstaat door onbekende oorzaak een haarscheurtje waardoor een fijne straal water van 240° C., dadelijk in stoom overgaand, spuit; 2. Deze straal snijdt in zeer korte tijd de wand van de naastliggende pijp door, waardoor deze openklapt; 3. Daardoor ontwikkelt zich plotseling stoom (de druk van 80 atm. in de pijp valt ineens weg). Na 189 uur (totale duur van het herstel over voornoemde 3 fasen) wordt de ketel weer in werking gesteld. Verzekeraars wensen de bedrijfsschade in verband met herstel van het haarscheurtje in de eerste fase (60 uur) niet te vergoeden omdat deze schade geen gevolg was van een ontploffing. Verzekerde stelt dat, hoewel een onderverdeling is gemaakt in 3 fasen, hier sprake is van één evenement. Ook de bedrijfsstilstand in de eerste fase (60 uur) dient derhalve te worden vergoed. Tussen partijen staat vast dat er in de derde fase sprake was van een ontploffing in de zin van de polis. Bindend adviseurs overwogen als volgt:

Partijen zijn het er, als gezegd, over eens dat er tussen het ontstaan van het gaatje in de eerste 'eco-pijp' en de explosie die er het gevolg van was, slechts enkele seconden zijn verlopen, in ieder geval niet meer dan een fractie van een minuut. Dit betekent dat van een ontdekking van een haarscheurtje vóór de explosie, en het nemen van zelfstandige, bedrijfsstoornis veroorzakende maatregelen tot het repareren van het betreffende gaatje, geen sprake kon zijn. De explosie was dan ook het noodzakelijke gevolg van het ontstaan van het betreffende haarscheurtje. Zij kan niet worden weggedacht, zonder tevens het scheurtje, zoals het zich in concreto had ontwikkeld, weg te denken. Daarmee alleen al vervalt het beroep van verzekeraars op art. 5 van de 'Bijzondere voorwaarden' van de polis, waarvan de tweede zin luidt: 'Evenzo zal behoorlijk rekening worden gehouden met elke vermeerdering of vermindering van de prestaties en/of het verzekerde belang, welke had kunnen worden verwacht indien de storing niet was opgetreden, enz.'

Hier wordt dus met gebruikmaking van de leer van de CSQN op logische wijze aannemelijk gemaakt dat van één evenement sprake is. Onder 'noodzakelijk gevolg' wordt hier verstaan dat na het zich voordoen van het haarscheurtje een ontploffing niet kón uitblijven.

7.4 Adequate veroorzaking

Hof Amsterdam 6 december 1974, S&S 1976, 4 (de casus is hiervoor weergegeven)

De redenering van het hof dat het eigen gebrek als causa remota en dus als rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt is naar mijn mening niet een voldoende motivering.

Als beschadiging (het evenement) dient hier mijns inziens te worden verstaan de (gedwongen) sloop, derhalve het volledig verloren gaan, van het pand. Naar mijn mening geldt de brand in deze zaak dus niet als het evenement zelf maar als een eventuele oorzaak van het evenement.¹³ Het probleem van samenwerkende oorzaken treedt hier op pregnante wijze naar voren. Beide omstandigheden, de brand en het eigen gebrek, gelden als noodzakelijke voorwaarden voor het zich voordoen van het evenement. Wanneer één van de omstandigheden wegvalt doet het evenement zich niet voor. Beide omstandigheden gelden hier derhalve als *condicio sine qua non*. De vraag is vervolgens of de leer van de adequate veroorzaking dan uitkomst biedt. Is de beschadiging het redelijkerwijze te verwachten gevolg van de brand dan wel van het eigen gebrek? Toepassing van deze test op elke afzonderlijke schadeoorzaak, derhalve geïsoleerd van de andere schadeoorzaak, kan maar behoeft mijns inziens geen genoegzaam antwoord te geven. Wanneer brand woedt in een naburig pand met als gevolg geringe brandschade aan het verzekerde pand zelf, is het in het algemeen niet waarschijnlijk (valt redelijkerwijze niet te verwachten) dat tot sloop moet worden overgegaan. De beschadiging staat dus in een (te?) ver verwijderd verband met de brand. Of sloop het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van het eigen gebrek is mijns inziens evenwel ook zeer twijfelachtig. Veel zal afhangen van de aard van het eigen gebrek. Wanneer het betreffende pand reeds lange tijd met het eigen gebrek is blijven staan en instorting of noodzaak tot sloop voorafgaande aan de sloop niet waarschijnlijk was, is het mijns inziens moeilijk vol te houden dat sloop als gevolg van het eigen gebrek redelijkerwijze was te verwachten. Wanneer de panden reeds op het punt van instorten stonden is sloop daarentegen wel te verwachten. Nu het arrest geen eenduidige aanwijzingen van het laatste bevat lijkt het niet onaannemelijk dat van de eerste situatie sprake is. Noch van de brand, noch van het eigen gebrek was derhalve in abstracto het evenement redelijkerwijze te verwachten. De adequatieleer biedt dan ook i.c. geen antwoord op de vraag welke omstandigheid als rechtens relevante oorzaak heeft te gelden.¹⁴

Teneinde een keuze te kunnen maken moeten dan ook andere factoren in aanmerking worden genomen. In tegenstelling tot de test volgend uit de adequatieleer kan daarbij de specifieke situatie in ogenschouw worden genomen.¹⁵ Hieronder volgt een aantal omstandigheden:

- Uitleg van de verzekeringsvoorwaarden.
- Het tegen elkaar aanleunen van percelen in de oude binnenstad van Amsterdam is al dan niet gebruikelijk.
- De staat van de panden op de Nieuwendijk en de aard van het eigen gebrek van het verzekerde pand (daaronder begrepen het tijdstip waarop het eigen gebrek is ontstaan).

13. Het hof oordeelt gelet op de weergegeven overwegingen anders.

14. Het heeft dan ook geen zin om de leer van de 'causa remota' toe te passen.

15. Bij toepassing van de adequatieleer is het mijns inziens essentieel dat op het moment van het zich voordoen van de oorzaak wordt beoordeeld of schade redelijkerwijze is te verwachten.

- Een eventuele inspectie van de zijde van verzekeraars bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, dan wel het door verzekeraars op enig tijdstip op de hoogte geraken van het eigen gebrek van het pand.
- De oorzaak van het eigen gebrek.
- De waarschijnlijkheid dat het pand ook zonder de brand diende te worden gesloopt.
- Het al dan niet ontbreken van elk dwarsverband in het pand door talrijke verbouwingen.
- Etc.

Met het afwegen van alle relevante omstandigheden wordt het gemakkelijker vast te stellen welke van de twee mogelijke schadeoorzaken moet worden aangemerkt als de rechtens relevante, de heersende, de dominante oorzaak. Voor beide omstandigheden zijn argumenten aan te voeren. Wanneer inderdaad zou komen vast te staan dat het ‘aanleunen’ ter plaatse een gebruikelijke situatie is, lijkt niet het eigen gebrek maar de brand de meest storende factor. Anderzijds zou de brand als min of meer toevallige omstandigheid kunnen worden aangemerkt aangezien gerekend vanaf het moment van het zich voordoen van het eigen gebrek ook andere omstandigheden, zoals achterstallig onderhoud van één van de panden waardoor sloop noodzakelijk wordt, zouden kunnen bewerkstelligen dat het verzekerde pand moet worden gesloopt. Ik ben geneigd het eerste argument de doorslag te laten geven nu het tweede argument uitgaat van een hypothetische omstandigheid.

Uitleg van de polis lijkt de keuze voor brand als schadeoorzaak in de weg te kunnen staan. Uit de bewoordingen zou immers kunnen worden afgeleid dat schade door een naburige brand slechts onder bepaalde omstandigheden is verzekerd. De gegeven voorbeelden in de tekst betreffen schade ontstaan tijdens het nemen van reddingsmaatregelen. Het onderhavige pand is niet om die reden verloren gegaan.

Hof Amsterdam 18 mei 1972, NJ 1972, 470 (de casus is hiervoor weergegeven) Het is twijfelachtig of met uitleg van de polisvoorwaarden dezelfde uitkomst zou zijn bereikt nu wellicht het overlijden als *indirect* gevolg van de hersenbloeding (‘beroerte’ in de zin van de uitsluiting) kan worden aangemerkt.

Hof Amsterdam 7 juni 1990, S&S 1991, 46

De woonboot van verzekerde zinkt ten gevolge van het binnendringen van water via de in slechte toestand verkerende, niet waterdichte flensverbinding tussen de porseleinen closetpot en de loden standpijp. Rechtbank en hof stellen vast dat een niet-waterdichte waterkering als een eigen gebrek moet worden aangemerkt.¹⁶ Het Hof Amsterdam oordeelt vervolgens ten aanzien van het causaal verband:

16. Een kennelijk niet gedekte schadeoorzaak.

Dit eigen gebrek is de rechtens relevante oorzaak van het zinken. Naar redelijkerwijs moet worden verwacht zal het ontbreken van een voldoende waterkering vroeg of laat tot zinken (kunnen) leiden. Weliswaar heeft partij Kemperman gewezen op een combinatie van ongunstige voorwaarden, maar zij heeft niet gesteld dat het zinken van het schip ook zou hebben plaatsgevonden bij een voldoende hoge, waterdichte, waterkering. De grondoorzaak van het zinken ligt in een (veel) te geringe veiligheidsmarge bij de hoogte van de waterdichte waterkering.

De hier weergegeven redenering maakt gebruik van zowel CSQN (het zinken kan niet worden weggedacht zonder het eigen gebrek) als AQT (redelijkerwijs moet worden verwacht). De motivering schiet mijns inziens tekort. Allereerst lijken de polisbepalingen in het geheel geen rol te spelen in de beslissing. Voorts verdiende de door verzekerde gestelde schadeoorzaak meer aandacht: 'gewichtsverandering in het schip en het aftrimmen van de ankerkettingen, die ertoe hebben geleid dat het schip door de sb.-boegketting langzaam maar zeker aan de voorzijde naar beneden is getrokken met als gevolg dat het water in de pijp omhoog kwam en door de niet functionerende pakking van de toiletput in het schip kon komen.' Ervan uitgaande dat de stelling van verzekerde dienaangaande juist is moet vervolgens worden beslist of er sprake is van een eigen gebrek en zo ja of dit eigen gebrek ook de rechtens relevante oorzaak is.

Hof Amsterdam 16 maart 1989, NJ 1990, 319

Kostermans vordert uitkering onder een door Kimmijzer afgesloten ongevallenverzekering. Kimmijzer raakt op 19 september 1982 in een zeer ernstig opgewonden gemoedstoestand waardoor hij een gevaar is voor zijn omgeving. Door familieleden en later door de politie wordt hij met kracht in bedwang gehouden. Daarbij heeft ten minste één van de agenten met zijn arm de nek van Kimmijzer omklemd en werden neus en mond in het zitkussen van de fauteuil gedrukt. Kimmijzer overlijdt. Later blijkt uit het sectierapport o.a. dat er tekenen waren van inwerking van uitwendig mechanisch, samendrukkend geweld op de hals en dat het alcoholgehalte in het bloed 0,90 promille bedroeg. Verzekerd is onder meer het risico van overlijden ten gevolge van een ongeval. De verzekering strekt zich volgens artikel 3 van de polisvoorwaarden echter niet uit 'tot ongevallen veroorzaakt door (...) grove schuld, (...) ziekten, kwalen of gebreken, gebruik van alcohol (...)'. Verzekeraars stellen dat het overlijden niet het gevolg is van een ongeval maar van een extreme opwindingsstoestand, een inwendige oorzaak. Voorts doen zij een beroep op artikel 3. Het Hof Amsterdam oordeelt dat gelet op de feitelijke omstandigheden het vermoeden gerechtvaardigd is dat de verstikking het gevolg is van een ongeval en overweegt vervolgens:

Dat vermoeden wordt weerlegd als feiten en omstandigheden vaststaan, waaruit valt af te leiden dat de verstikking met voldoende mate van waarschijnlijkheid het gevolg is van medewerking van inwendige oorzaken. Voorts oordeelt het hof dat de omstandigheden zoals genoemd in artikel 3 het overlijden niet hebben veroorzaakt: Daartoe is immers nodig dat feiten en omstandigheden bekend zijn waaruit een zodanig nauw verband tus-

sen die ziekte of dat alcoholgebruik en het ongeval valt af te leiden, dat dit ongeval rechtegens als gevolg van die ziekte of dat alcoholgebruik kan gelden. Tot die omstandigheden behoort in het bijzonder de mate van waarschijnlijkheid waarmee dit gevolg is te verwachten.

Naar mijn mening heeft het hof voldoende en consistent gemotiveerd dat tussen het ongeval en de hierboven genoemde uitgesloten omstandigheden onvoldoende causaal verband bestaat.

Hof 's-Gravenhage 22 november 1988, S&S 1990, 95

Verzekerde sluit een opstalverzekering voor een nieuw gebouwd woonhuis waarin onder meer is verzekerd schade door 'water en stoom onvoorzien gestroomd uit de zich in het pand of een aangrenzend pand bevindende waterleiding- en centrale verwarmingsinstallaties en uit daarop aangesloten leidingen, sanitaire en andere toestellen, als gevolg van een plotseling opgetreden defect of van springen door vorst, alsmede het overlopen van water uit genoemde installaties en toestellen.' Voordat de parketvloer volledig is gelegd trekt deze krom. Verzekerde stelt dat een gesprongen waterleidingbuis in de kruipruimte onder zijn huis hiervan de oorzaak is. Verzekeraars wijzen een te hoge vochtigheidsgraad van de lucht binnenshuis als oorzaak aan. De rechtbank oordeelt dat verzekerde niet is geslaagd in de op hem rustende bewijslast dat de schade is veroorzaakt door een onzeker voorval (artikel 246 K.) en een van buiten komend onheil. Het hof vernietigt dit oordeel met een motivering waarin, ongetwijfeld daartoe geïnspireerd door de in het college zitting hebbende raadsheer Van Schellen, het causaliteitsdenken een zeer grote rol speelt:

Kennelijk gaan assuradeuren ervan uit, dat bij de uitleg van deze polisbepaling alleen de naaste oorzaak (causa proxima) als rechtens relevant heeft te gelden, evenwel ten onrechte: beziens dient te worden welke schadefactor achteraf beschouwd als de adequate oorzaak van de schade moet worden aangemerkt, dan wel welke schadefactoren naar redelijke toerekening ten laste van assuradeuren moeten worden gebracht, waarbij ook aan andere dan 'naaste oorzaken' betekenis toekomt. Toepassing van deze normen brengt mede, dat als rechtens relevante oorzaak van de schade i.c. voorshands moet worden aangemerkt het plotseling uitstromen van water uit een waterleiding onder de vloer van appellant's woning, waarvan het ontstaan van een hoge vochtigheidsgraad in het huis het redelijkerwijs te verwachten gevolg was. Aldus beschouwd is de schade i.c. (...) het gevolg van een in de polis in art. 2 sub i. gedekt evenement. Ook naar redelijke toerekening moet worden aangenomen, dat zich hier een geval voordoet dat onder de polisdekking begrepen moet worden geacht.¹⁷

17. Los van deze op de adequatieleer geïnspireerde motivering levert uitleg van de polisvoorwaarden dezelfde uitkomst op: Ook los van het sub 4 gestelde is het hof van oordeel dat een redelijke uitleg van de polis tot hetzelfde resultaat leidt: art. 2 sub I dekt schade als gevolg van leidingbreuk, toegebracht door het onvoorzien uitstromen van water en stoom; aangezien stoom hete waterdamp is, valt niet in te zien waarom de koude waterdamp die i.c. (via het volzuigen van de muren) tot de schade heeft geleid juridisch anders behandeld zou moeten worden en buiten de polisdekking zou moeten vallen.

Uit het arrest spreekt het verlangen de leer van de redelijke toerekening van toepassing te doen zijn op het verzekeringsrecht. Niet duidelijk echter wordt welke omstandigheden, die geen rol spelen bij de leer van de adequate veroorzaking, in aanmerking moeten worden genomen. Uit het arrest volgt dat als rechtens relevante oorzaak geldt de eerste omstandigheid (causa remota) waaruit de schade naar redelijkerwijs mag worden verwacht (volgens de normale gang van zaken) zal voortvloeien. Slechts wanneer zich daarna een zodanige nieuwe omstandigheid voordoet die de normale gang van zaken doorbreekt bestaat de mogelijkheid dat die nieuwe en niet de eerste omstandigheid moet gelden als rechtens relevante oorzaak. De hoge vochtigheidsgraad past kennelijk binnen de normale loop van de omstandigheden waardoor de eerste omstandigheid, het springen van de waterleidingbuis, blijft gelden als rechtens relevante oorzaak.

Hetzelfde resultaat zou zijn bereikt door te redeneren dat de polisbeoordelingen geen bijzondere eisen aan het causaal verband stelt. Het hiervoor overwogene brengt mijns inziens op een logische wijze onder woorden waarom er voldoende causaal verband bestaat.

Arbitrale Beslissing (Van Marwijk Kooy, Schultsz, Wachter) 15 februari 1981, S&S 1982, 9

Verzekerde heeft zowel een CAR- als een brandverzekering afgesloten voor een in aanbouw zijnde elektrische centrale. In september 1975 wordt een inductiemotor en beschermhuis aangevoerd. Na een val van het beschermhuis wordt een plastic zeil over de motor aangebracht. Nadien komen lasvonken op het zeil terecht waardoor dit in brand geraakt. Bij blussing wordt gebruik gemaakt van een poederblusser. Verzekerde tracht de motor van het daarin doorgedrongen bluspoeder te ontdoen. In maart 1976 wordt de motor voor het eerst in bedrijf gesteld. In de ruimte waar de motor zich bevindt breekt op 2 augustus 1976 een aanwezige leiding, waardoor via een rooster nabij het lek een grote hoeveelheid water/stoommengsel in het beschermhuis terecht komt. Nadat het lek is gerepareerd en de motor na een uur weer is gestart, ontstaat kortsluiting in de motor. Bij onderzoek is gebleken dat zich in de motor nog bluspoeder bevond, dat door het draaien van de motor op de rotor terecht was gekomen. Brand- en CAR-verzekeraars hebben ieder 50% van de schade vergoed. Verzekeraars starten een arbitrage procedure teneinde te doen beslissen wie van hen uiteindelijk dient te betalen.

De CAR-verzekering bepaalt dat van dekking is uitgesloten *loss or damage directly caused by fire, lightning and explosion*. De sluitnota bepaalt: *Exclusief de risico's van brand en explosie*. Arbiters beoordelen of de schade onder één van deze uitsluitingen valt. Bij ontkennende beantwoording van die vraag zijn CAR-verzekeraars gehouden te betalen. Arbiters oordelen dat de schade niet is veroorzaakt door brand:

Uit de memories van CAR-assuradeuren c.q. andere gedingstukken blijkt, dat zich tussen 16 sept. 1975 en 2 aug. 1976 een aantal gebeurtenissen hebben voorgedaan die – nog afgezien van het op zichzelf reeds een vermoeden in andere zin opleverende tijdsverloop tus-

sen die twee data – beletten aan te nemen dat de gebeurtenissen van 2 aug. 1976 waren 'directly caused' door de brand van 16 sept. 1975: Verzekerde heeft na 16 sept. verzuimd de electromotor deskundig te laten reinigen en op gebreken te laten controleren; tussen maart en 2 aug. 1976 is de electromotor twintig maal gestart/ in bedrijf gesteld; op 2 aug. 1976 breekt een 'veiligheidje', behorende bij een afsluiter, ten gevolge waarvan het water kon ontsnappen.

Ook op grond van de sluitnota is er volgens arbiters geen sprake van een uitgesloten schade Zij vatten de betreffende bepaling op als *exclusief schade veroorzaakt door brand* en overwegen: *De gebeurtenissen van 16 sept. 1975 (het tijdstip van de brand: AB) kunnen echter niet worden aangemerkt als het voorval waaruit naar de normale gang van zaken de gebeurtenissen van 2 aug. moesten voortvloeien en mitsdien laatstgenoemde niet als veroorzaakt door eerstgenoemde.*¹⁸ In deze zaak spelen derhalve buiten de adequatietheorie ook andere aspecten van causaliteitsbeoordeling een rol. Allereerst de polisbewoordingen, maar ook het (ontbreken van) bewijs is van belang. Niet is overigens vastgesteld wat de daadwerkelijke oorzaak van de schade is. Onduidelijk is dan ook welke schade oorzaak deze schade onder de dekking van de CAR-verzekering doet vallen. De motivering is mijns inziens niet bevredigend. Met name ontbreekt een genoegzame motivering waarom de CAR-verzekering hier dient te prevaleren boven de brandverzekering.

Hof 's-Gravenhage 25 mei 1955, S&S 1958, 32

Verzekerde doet een hoeveelheid snel bevroren fruit per schip voorzien van een koelruimte vervoeren van Rotterdam naar Londen. De koelruimte heeft een koelcapaciteit van -6°C welke temperatuur nog kan worden verlaagd door het inbrengen van andere goederen met een lagere temperatuur en koudmakende toevoegsels als droogijs. Bij aankomst blijken de goederen in ernstige mate te zijn aangetast. De onmiddellijke oorzaak van de schade is een te hoge temperatuur van de vrieskamer tijdens de overtocht. Verzekeraars doen onder meer een beroep op eigen schuld van de verzekerde aangezien deze wist dat de maximum temperatuur voor het vervoer van de zending -15°C mocht bedragen terwijl de minimumtemperatuur van de vrieskamer -12°C bedroeg. Verzekerde stelt dat vroegere zendingen van snelbevroren fruit welke plaats hadden onder nagenoeg dezelfde omstandigheden als het huidige transport bij een minimumtemperatuur van -10°C , steeds zonder schade zijn uitgevoerd. Verzekerde stelt ten aanzien van het door verzekeraars gevoerde verweer betreffende eigen schuld *'dat men aan de hand van de hier te lande gangbare leer der adequate veroorzaking slechts dan van veroorzaking kan spreken, wanneer de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg van het aangevochten handelen of nalaten is geweest.'* De rechtbank overweegt dienaangaande:

18. In deze procedure kwam tevens aan de orde de term *'directly caused by fire'*. Voor causaliteitsbewoordingen zij verwezen naar Hoofdstuk 6.

Daargelaten de juistheid van de stelling van eiseres omtrent de gangbaarheid hier te lande van de leer der adequate veroorzaking, strekt de in artikel 276 K. vermelde schade zich in ieder geval uit over het nadeel, dat de verzekerde op het ogenblik van het hem verweten handelen of nalaten redelijkerwijze als gevolg van een en ander kan voorzien.

Evenals de rechtbank oordeelt het hof dat van eigen schuld geen sprake is:

dat onder deze omstandigheden Frosta de koelinstallatie van de Oranjepolder van voldoende capaciteit voor het litigieuze vervoer kon en mocht achten, immers kon en mocht aannemen, dat de temperatuur van de litigieuze frambozen tijdens het vervoer van Rotterdam naar Londen niet boven de temperatuur voor dat vervoer vereist, zou uitkomen;

Bij eigen schuld liggen verwijtbaarheid en causaal verband dicht bij elkaar. Het redelijkerwijze kunnen voorzien slaat immers zowel op verwijtbaarheid als op causaal verband in de zin van de adequatieleer. Opvallend is dat de rechtens relevante oorzaak niet is vastgesteld. Nu op kennelijk nagenoeg identieke voorgaande transporten geen schade optrad zou voor het vaststellen van één of meer relevante omstandigheden een voor de hand liggende methode zijn het zoeken naar de van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid dan wel omstandigheden.¹⁹ Mogelijk is de *vervoerder* nalatig geweest bij het voldoende koel houden van de goederen, bijvoorbeeld door in de vriesruimte geen droogijs te plaatsen. Wanneer dat het geval is lijkt eerder sprake van een van buiten komend onheil dan van eigen schuld.²⁰

Rechtbank Rotterdam 25 september 1997, rolnr. 283/97, n.g.

Op 19 mei 1995 vraagt verzekerde uitvoercertificaten voor melkpoeder aan ten behoeve van restituties van het Produktschap voor Zuivel (PZ). De certificaten zijn uitsluitend geldig voor vervoer vanuit Nederland. Verzekerde koopt op 8 juni 1995 een hoeveelheid melkpoeder in Duitsland voor verkoop aan een afnemer in Mexico. Een werknemer van verzekerde instrueert een Duitse expediteur onder meer de restitutieaanvragen te verzorgen. Hij laat echter na mede te delen dat de uitvoercertificaten dienen te geschieden bij een Nederlandse douanepost. De certificaten zijn aan de Duitse douane gepresenteerd en aldaar zijn restitutie-aanvragen ingediend. De Duitse douaneautoriteit heeft voorschotten op de restituties aan verzekerde uitbetaald. Na aanmelding bij PZ worden de waarborgen alsnog verbeurd verklaard en worden de voorschotten teruggevorderd. Verzekerde vordert vergoeding van de misgelopen restituties. Verzekeraars voeren onder meer aan dat de fout van de werknemer van verzekerde moet worden aangemerkt als de rechtens relevante oorzaak en dat deze omstandigheid zich niet binnen de verzekerde periode heeft voorgedaan. De Rechtbank Rotterdam oordeelt evenwel anders:

19. Zie nr. 1.5.

20. Anders Dorhout Mees, 1967, nr. 279.

Hoewel de onjuiste instructies die Dortmans heeft gegeven in zoverre schade-oorzaak zijn dat zonder die instructies de schade niet geleden zou zijn, moet als rechtens relevante oorzaak worden gezien hetgeen daarna tijdens de dekkingsperiode is gevolgd, met name de door de Duitse douane gemaakte fouten. Immers, van (het op grond van) de onjuiste instructies (aanbieden van deze documenten aan de Duitse douane) zou het normaal te verwachten gevolg niet zijn geweest dat de certificaten/restitutieaanvragen door de Duitse douane waren geaccepteerd, doch juist dat deze waren geweigerd, in welk laatste geval de schade zich niet zou hebben voorgedaan. Van de onjuiste acceptatie door de Duitse douane en het uitgekeerde voorschot op de restitutie was de onderhavige schade het normaliter te verwachten gevolg.²¹

Naar mijn mening is de onderhavige discussie overbodig aangezien niet de schadeoorzaak maar het evenement zelf (het mislopen van de restitutie) binnen de verzekerde periode moet plaatsvinden. De polisvoorwaarden bieden een zeer ruime dekking door te bepalen dat iedere schade als gevolg van welk onzeker voorval dan ook voor vergoeding in aanmerking komt.

Rechtbank Amsterdam 2 juni 1937, NJ 1938, 637

In deze summier weergegeven zaak is (kennelijk water)schade ontstaan aan (kennelijk) inboedel en/of opstal doordat tijdens een storm en hevige regenval bladeren de waterafvoer verstopten. Verzekeraars betogen dat de schade niet is veroorzaakt door de storm maar door de hevige regenval (waterschade is kennelijk niet verzekerd). De Rechtbank wijst dit verweer af en overweegt:

Dat voor het ontstaan van de verplichting tot vergoeding der schade niet vereischt is dat de storm van die schade uitsluitend de oorzaak is en dat, indien samenwerking van storm en regenval de goot hebben doen overloopen, de storm in elk geval daartoe in belangrijke mate heeft bijgedragen en zoo niet als de oorzaak, dan toch als de hoofdoorzaak, althans een der oorzaken is te beschouwen, immers de normale functie van een goot is het regenwater op te vangen en af te voeren, doch de storm den normalen loop van zaken heeft verstoord, doordat een zoodanige hoeveelheid bladeren en vuil in de goot zijn gewaaid, dat deze is verstopt geraakt, en zij haar functie niet meer kon vervullen, terwijl ook naar ervaringsregelen bij storm het volwaaien van dakgoten met daaraan verbonden verdere gevolgen als voormeld te verwachten.

Hiermee staat echter nog niet vast dat de rechtbank de vordering van verzekerde zal toewijzen. Verzekeraar heeft tevens als verweer naar voren gebracht:

Het feit, dat bladeren den waterafvoer hebben kunnen verstopten, is een gevolg geweest hetzij van een verkeerde inrichting, hetzij van onvoldoende verzorging van het waterafvoerstelsel, zoodat de onderhavige schade hetzij door een eigen gebrek van het verzekerde, hetzij door onvoldoende zorg en eigen schuld van eischeres veroorzaakt is.

21. Naar mijn mening is het uitgangspunt dat de schadeoorzaak zich in de dekkingsperiode moet voordoen onjuist: zie nr. 1.8 en 2.2.2.

In het kader van dit verweer draagt de rechtbank aan de verzekerde op te bewijzen dat de goten kort voor het evenement waren gereinigd. Het lijkt niet aannemelijk dat de verzekerde in deze bewijslast is geslaagd. De ervaring leert dat bij normaal onderhoud bij 'storm' niet redelijkerwijs is te verwachten dat een dakgoot door bladeren verstopt raakt en vervolgens waterschade ontstaat.

7.5 Leer van de toerekening naar redelijkheid

Analyse van de rechtspraak brengt naar mijn mening mede dat in sommige gevallen een causaliteitsafweging volgens de leer van de adequate veroorzaking niet volstaat. Illustratief in dit verband is het arrest 't Witte Paerdje.²² 't Witte Paerdje, exploitant van een exclusieve damesmodezaak, sluit bij Nationale Nederlanden (NN) een brandverzekering tegen zaakschade aan de in het bedrijfspand aanwezige inventaris en goederen alsmede tegen bedrijfsschade. De omschrijving van de dekking luidt als volgt:

'De omschreven goederen zijn verzekerd tegen schade veroorzaakt door:

1. brand en brandblussing,

(...)

12.rook en roet, plotseling uitgestoten door op de schoorsteen van het omschreven gebouw aangesloten installaties voor lokaalverwarming,

(...)'

In een nabijgelegen pand breekt brand uit, als gevolg waarvan rook in het bedrijfspand binnen dringt. Hierdoor ontstaat rook- en/of geurschade aan de aanwezige kleding. Op instigatie van NN heeft VKS Salvage BV een enzymenbehandeling uitgevoerd teneinde de rookgeur te verdrijven. VKS heeft hierbij een hogere dosering toegepast dan de productinformatie voorschrijft. Het gebruikte product dringt door in de vezelstructuur en kan niet gemakkelijk worden verwijderd. Uiteindelijk moet een deel van de kleding worden afgevoerd. 't Witte Paerdje vordert schadevergoeding.

Kan de schade die ontstaat na het op onjuiste wijze nemen van beschermende maatregelen, geacht worden te zijn veroorzaakt door de brand? Voor beantwoording van deze vraag is allereerst van belang de aard van de schade. Het hof maakt onderscheid tussen rookschade enerzijds en schade veroorzaakt door de enzymenbehandeling anderzijds. Kennelijk bedoelt het hof dat er mogelijk ook sprake is van kleding welke *niet* is aangetast door rook. Zulks vindt ook wel enige steun in de door de Hoge Raad weergegeven bevinding van Centrilab dat bij kleding vervaardigd van wol en van zgn. structuurstoffen geurschade, maar bij kleding vervaardigd van leer een verandering van oppervlaktestructuur veroorzaakt door residuen van het enzympreparaat, is waargenomen.²³ Het hof oordeelt dat de schade

22. HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89, m.nt. MMM. Verwezen zij naar mijn commentaar in AV&S juni 2004, p. 124-128.

23. Overweging 3.1 sub viii.

tengevolge van de onjuist uitgevoerde enzymenbehandeling niet rechtstreeks op grond van de polis is gedekt. Ook is er geen sprake van gevolgschade:

De overwegingen luiden als volgt:

'Voor zover aan de kleding rookschade is opgetreden wordt vergoeding ervan, terecht rechtstreeks op grond van de polis gevorderd. In welke omvang er van dergelijke schade sprake is zal nog nader aan de hand van het terecht door de rechtbank bevolen deskundigenbericht moeten worden vastgesteld.'

En ten aanzien van de schade tengevolge van de onjuist uitgevoerde enzymenbehandeling:

'... aangezien het hier geen schade betreft die is ontstaan als gevolg van de schade door een gedekt evenement, nu het optreden van V.K.S. het gevolg is van het feit dat dit bedrijf daartoe is ingeschakeld, en niet het rechtstreekse gevolg van het optreden van rookschade.'

Bij de Hoge Raad komt de causaliteitskwestie niet meer aan de orde.²⁴ Naar mijn mening echter is zeer wel verdedigbaar dat de schade tengevolge van de onjuiste enzymenbehandeling kan worden toegerekend aan de gedekte oorzaak 'brand'.

Indien wél sprake is van rookschade aan alle kledingstukken doet het causaliteitsprobleem zich niet voor aangezien alsdan sprake zou zijn van schade veroorzaakt door de brand die door de daarop volgende behandeling niet is weggenomen.²⁵ Slechts wanneer een gedeelte van de kleding niet is aangetast door rook en deze later wordt aangetast door bestrijdingsmiddelen doet zich een causaliteitskwestie voor. Volgens de zgn. adequatietheorie (AQT) is het bestaan van causaal verband tussen de brand en de schade dan moeilijk vol te houden. Niet redelijkerwijze te verwachten is immers in het onderhavige geval dat kleding die na een brand onaangetast is, alsnog wordt beschadigd door bereddingsmaatregelen. Deze kleding behoefde immers geen maatregelen, behalve dan dat deze wellicht diende te worden gesepareerd. Bij toepassing van de leer van de toerekening naar redelijkheid (TNR) zou er wellicht wel dekking zijn. Deze theorie is in het leven geroepen om te ontkomen aan het uitsluitende, enigszins vage criterium van het 'redelijkerwijze te verwachten gevolg'. TNR biedt de mogelijkheid om *daarnaast* alle omstandigheden te betrekken bij de toerekeningsvraag waardoor precies is te zien welke omstandigheden voor de beslissing een doorslaggevende rol hebben gespeeld. Ervan uitgaande dat de brand in ieder geval een causale factor is (*conditio sine qua non*), zou voor toerekening van de schade aan de brand dan mede een rol kunnen spelen de omstandigheid dat NN zelf een grote rol heeft gespeeld bij de

24. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat de verzekeraar in beginsel de schadevergoeding als bereddingskosten dient te voldoen.

25. Conclusie A-G Spier onderdeel 4.2.4.

enzymenbehandeling door VKS. Hierdoor immers bracht NN zelf een nadien opgetreden schade onder de scope van het gedekte gevaar. De schade vloeit voort uit de be- en afhandeling van de brandschade en hangt daar mijns inziens dan ook ten nauwste mee samen. Gelet hierop meen ik dan ook dat de handeling van VKS niet behoef te worden aangemerkt als een tussenkomen factor die het causaal verband tussen de brand en de schade doorbreekt.

Nadeel van deze benadering is dat het causaal verband hiermee wordt opgerekt op zodanige wijze dat de grens van een te ver verwijderde schade nog moeilijk is te trekken. Wat te denken bijvoorbeeld van de situatie dat VKS door een fout een ontploffing veroorzaakt. Is de daaruit voortvloeiende schade ook nog aan te merken als schade veroorzaakt door de brand? Mijns inziens komt de handelwijze van VKS als meest dominant in aanmerking. Het is echter de vraag of die benaderingswijze slechts zou moeten gelden wanneer sprake is van een gedekte en uitgesloten oorzaak of tevens als deze dominante oorzaak niet van dekking is uitgesloten maar slechts 'niet expliciet is meeverzekerd'.²⁶

Het arrest Hogenboom/Unigarant²⁷ behoeft aan toepassing van de leer van de TNR mijns inziens niet in de weg te staan. In die zaak ging het om de vraag of uitzonderlijke, niet te verwachten, met de constitutie van de verzekerde samenhangende letselschade na een aanrijding, door diens reisverzekeraar op basis van de polisvoorwaarden diende te worden betaald. De verzekerde pleitte ervoor eenzelfde causaliteitsmaatstaf te hanteren als bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad waar dergelijke ver verwijderde schade in de rechtspraak meermalen is toegerekend aan de onrechtmatige gedraging van de automobilist. Terecht heeft de Hoge Raad toen geoordeeld dat de toerekeningsmaatstaf voor de reisverzekeraar in de eerste plaats wordt geregeerd door polisuitleg. Zulks sluit niet uit dat daarbij de leer van de TNR wordt gehanteerd.

Conclusie

In een aantal gevallen is mijns inziens niet, dan wel te weinig aandacht besteed aan uitleg van de polisclausules. Niet altijd kunnen de leer van de CSQN en de AQT een voldoende motivering van het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak opleveren. Het ruime karakter van de leer van de TNR kan mijn inziens altijd een genoegzame motivering opleveren, maar kan juist ook als een zwakte worden gezien, omdat het nagenoeg geen richtsnoer verschaft.

Uitgangspunt dient naar mijn mening te zijn dat het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak aan de hand van polisuitleg dient plaats te vin-

26. Van Huizen, diss. 1988, p. 157 meent dat dit in Engeland gemaakte onderscheid tussen impliciet dan wel expliciet uitgesloten oorzaken in Nederland niet dient te worden gehanteerd omdat hij de polisredactie in dit verband een te willekeurig instrument acht. Ik deel die opvatting niet aangezien uitleg van de polis nu juist aan de basis staat van het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak in het verzekeringsrecht.

27. HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, m.nt. MMM.

den. Daarbij zal mede een rol kunnen spelen dat aan de in de polisvoorwaarden opgenomen causaliteitsbeoordelingen een logische invulling zal moeten worden gegeven. In dit kader kunnen de leer van de CSQN, de AQT en de TNR een nuttige functie vervullen.

7.6 Eigen schuld en causaal verband

Artikel 7:952 (7.17.2.9) BW bepaalt dat de verzekeraar niet hoeft op te komen voor schade die is veroorzaakt door opzet dan wel roekeloosheid van de verzekerde. Het verzekeringsrecht wijkt af van de algemene regeling in artikel 6:101 BW. In het geval van onrechtmatige daad dan wel wanprestatie wordt bij eigen schuld van de benadeelde de betalingsverplichting van de laedens niet opgeheven maar verminderd.²⁸ In het kader van dit boek zullen, voorzover causaal verband niet aan de orde is, de diverse aspecten van eigen schuld, zoals de diverse schuldgraden, niet aan de orde komen.

Artikel 7:952 (7.17.2.9) BW is regelend recht en polisvoorwaarden kunnen dan ook bepalingen bevatten die hiervan afwijken. Voorzover lichtere vormen van schuld dan roekeloosheid zijn uitgesloten kan jurisprudentie met betrekking tot artikel 276 (lichte schuld) en 294 (merkelijke schuld) K (oud) dan ook een rol blijven spelen.

In de recente Nederlandse literatuur komt de vraag, in welke mate er voor een gerechtvaardigd beroep door verzekeraars op voormelde bepalingen causaal verband moet bestaan tussen de eigen gedraging van de verzekerde en de schade, niet vaak aan de orde.²⁹ Dorhout Mees schenkt in 1967 hieraan daarentegen wel aandacht. Hij stelt dat schuld als directe oorzaak moeilijk denkbaar is: zij scheidt of vergroot slechts de kans op schade door een andere oorzaak. Als voorbeeld wordt het volgende geval, dat zich in de jaren 1920 afspeelt, genoemd. Verzekerde geeft een tas met goud en zilver ter waarde van f 5000 ter bewaring af aan een portier zonder daarbij melding te maken van die inhoud. De tas verdwijnt. Is de schade veroorzaakt door de grove nalatigheid van de verzekerde? De rechtbank wijst de vordering van de verzekerde af, doch het hof vernietigt deze uitspraak. Dorhout Mees acht de beslissing van het hof niet vreemd omdat diefstal van de tas niet het redelijkerwijze te verwachten gevolg van het verzuim van de verzekerde is. Toch geeft hij de voorkeur aan de beslissing van de rechtbank en stelt: *'Er bestaat dan ook reden, schuld eerder als oorzaak aan te merken dan oorzaken van andere aard die zonder de voorafgaande schuld geen schade zouden hebben veroorzaakt. Schuld is reeds als oorzaak aan te merken indien zij maar tot de schade heeft medegewerkt, dus ook indien zij slechts zijdelingse oorzaak*

28. De vermindering kán in sommige gevallen de betalingsverplichting van de laedens reduceren tot nul.

29. De moderne handboeken Asser-Clausing-Wansink, 1998; Scheltema/Mijnssen, 1998; Wery/Mendel, 2004; Van Huizen e.a., 1997; Clausing, 1998 vermelden hierover niets.

*was. De aard van de overeenkomst brengt deze voorrang van eigen schuld als oorzaak mede, tenminste als die schuld niet van al te geringe betekenis was.*³⁰

Hij maakt een uitzondering voor deze regel indien naast de schuld van verzekerde sprake is van schuld van een derde. Alsdan zijn volgens hem de normale causaliteitsregels van toepassing: *'schuld absorbeert alle andere samenwerkende oorzaken behalve schuld'*.

Ook in het arrest Aalbers/Onderlinge Waarborgmaatschappij UA³¹ oordeelt de Hoge Raad dat aan het causale verband niet al te grote eisen dienen te worden gesteld. Een te beperkte opvatting is, dat voor merkelijke schuld de verzekerde er zich van bewust moet zijn dat de brand 'het rechtstreeks en onvermijdelijke gevolg van zijn nalatigheid zou zijn'. Hiermee staat echter niet vast welk causaliteitscriterium bij eigen schuld moet worden gehanteerd. Moet zijn voldaan aan het adequatiecriterium (de schade is het *redelijkerwijze te verwachten* gevolg)? Of is het voldoende dat is voldaan aan het *conditio sine qua non* vereiste (zonder eigen schuld van de verzekerde had de schade zich niet voorgedaan)? Meestal zal zelfs moeilijk vast te stellen zijn of de eigen schuld *conditio sine qua non* is voor de schade. In het hiervoor genoemde voorbeeld over de aan de portier afgegeven tas zou de tas wellicht ook zijn gestolen als de verzekerde wel melding had gemaakt van de inhoud ervan.

Ontwikkeling begrip 'merkelijke schuld': causaal bepaald

Voor de betekenis van het begrip 'merkelijke schuld' blijkt het causaal verband mede een rol te spelen. In het arrest Van Kasteren/NN uit 1988 heeft de Hoge Raad een omschrijving van merkelijke schuld gegeven.³² Verzekerde parkeert haar Ford Mustang met Nederlands kenteken in het centrum van Keulen. Zij keert terug van vakantie en is op weg van Zwitserland naar Nederland. De auto bevat onder meer een dure lammy coat die niet geheel onzichtbaar tussen de voorstoel en de achterbank ligt en een beauty case met sieraden ter waarde van f 250 000 die in de afgesloten achterbak ligt. Na ongeveer drie uur keert verzekerde terug en dan blijkt dat haar auto met inhoud is gestolen. Verzekerde heeft een kostbaarhedenverzekering afgesloten. De verzekeraars wijzen de schadevergoedingsvordering terzake van diefstal van de sieraden af met een beroep op eigen merkelijke schuld. Onder merkelijke schuld dient, aldus de Hoge Raad, te worden verstaan 'een ernstige mate van schuld'.³³ Vlak na dit arrest beslist de Hoge Raad dat merkelijke schuld niet gelijk is te stellen met opzet of in ernst daaraan grenst.³⁴ In april 2003 geeft de Hoge Raad een duidelijker omschrijving van 'merkelijke schuld'. De casus luidt als volgt. Verzekerde voert een bedrijf dat automotoren reviseert. Hij voert in dat kader laswerkzaamheden uit op

30. Dorhout Mees, 1967, nr. 430 en 435. Zo ook Dorhout Mees, 1987, nr. 199. Dorhout Mees, diss. 1996, nr. 9.2.2.3 deelt dit standpunt.

31. HR 3 februari 1989, NJ 1990, 477.

32. HR 17 juni 1988, NJ 1988, 966.

33. Wansink, AV&S 2004, p. 68 betreft het dat de uitkomst van dit arrest laat zien dat het gebrek aan een heldere omschrijving ruimte biedt om aan merkelijke schuld een te ruime invulling te geven ten faveure van verzekeraars.

34. HR 3 februari 1989, NJ 1990, 477.

minder dan één meter afstand van een stellage met daarop twee vaten met olie en wasbenzine. Verzekerde verwacht geen schadelijke gevolgen aangezien kort tevoren door een ander bedrijf op dezelfde wijze is gelast zonder dat er brand was ontstaan. Toch ontstaat er brand door het in aanraking komen van vonken met de (damp van de) wasbenzine in de lekbak. De rechtbank en het hof verwerpen het beroep van de verzekeraar op ‘merkelijke schuld’. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof met onder meer de volgende overweging.

‘Bij de beantwoording van de vraag welke mate van zorg de verzekeraar mag verwachten, kan als uitgangspunt gelden dat van de verzekerde mag worden verwacht, dat hij zich onthoudt van gedragingen waarvan hij weet of behoort te weten dat een aanmerkelijke kans bestaat dat deze tot schade zullen leiden. Van merkelijke schuld in de zin van art. 294 K is derhalve ook sprake, indien het gaat om een gedraging die, al is verzekerde zich daar niet van bewust, naar objectieve maatstaven een zodanige aanmerkelijke kans op schade met zich brengt dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn en door zich van die gedraging niet te onthouden in ernstige mate tekortschiet in zorg ter voorkoming van schade.’³⁵

Uit de laatste geciteerde zin blijkt dat de Hoge Raad kiest voor een objectieve benadering van het begrip ‘merkelijke schuld’. Zulks betekent dat wordt geabstraheerd van schuld in de zin van ‘subjectieve verwijtbaarheid’ en dat de term ‘merkelijk’ wordt gekoppeld aan de grootte van de kans dat zich schade zal voordoen tengevolge van het handelen van de verzekerde. Het causale element betreft de mate van waarschijnlijkheid dat door het gedrag schade zal optreden. Niet het criterium ‘redelijkerwijze te verwachten’ in de zin van de AQT, maar de ‘aanmerkelijke kans op schade’ is bepalend voor de mate van (‘merkelijke’) schuld. Voor het causaal verband wordt dus een grotere mate van waarschijnlijkheid geëist en daarmee is een strikter crite-

35. HR 4 april 2003, NJ 2004, 536, m.nt. MMM. Vgl ook het standpunt van de wetgever ten aanzien van het begrip grove schuld. Zie voorts M.M. Mendel, In volle verzekerdheid, Tjeenk Willink Zwolle 1993, p. 118. Met betrekking tot het onderscheid tussen bewuste en onbewuste roekeloosheid merkt hij op dat onbewuste roekeloosheid niet minder verwijtbaar behoort te zijn dan bewuste roekeloosheid. Hij geeft daarbij het volgende voorbeeld. Twee wielrenners zien tijdens een training in de verte een rij overstekende kinderen. Elk kind loopt op dezelfde, vrij korte afstand van elkaar. De ene wielrenner is zich, hoe vreemd dit ook klinkt, niet bewust van het grote gevaar dat hij voor de kinderen creëert. Het gevaar dringt eenvoudigweg niet tot hem door. Hij rijdt in volle vaart tussen de kinderen door en rijdt er één aan. De andere wielrenner is zich wel bewust van het grote gevaar dat hij sticht als hij in volle vaart doorrijdt. Toch rijdt hij door omdat hij erop vertrouwt dat zijn stuurmanskunst een ongeluk zal voorkomen. Dat pakt anders uit en ook hij rijdt een kind aan. De eerste wielrenner maakt zich schuldig aan onbewuste roekeloosheid, de tweede wielrenner aan bewuste roekeloosheid. Waarom, zo vraagt Mendel zich af, zou nu het gedrag van de eerste wielrenner die zich niet eens realiseerde welk groot gevaar hij voor de kinderen schiep door gewoon door te rijden, per se minder verwijtbaar zijn dan dat van de tweede wielrenner die zich het grote gevaar wel realiseerde maar als gevolg van zelfoverschatting toch in volle vaart doorreed? Steun voor deze opvatting vindt Mendel bij Hazewinkel-Suringa/Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht (1991), p. 216-217 die in het kader van het strafrecht opmerkt: ‘Voor wat de strafwaardigheid betreft zal de onbewuste schuld niet zelden ernstiger zijn, want bij bewuste culpa heeft de dader zich tenminste nog om de gevolgen bekommerd, al heeft hij deze dan ook lichtvaardig onderschat.’

rium gegeven. Voordeel van deze benadering is dat het een duidelijk richtsnoer verschaft. Nadeel is wat mij betreft dat het afbreuk doet aan de mogelijkheid te nuanceren. Met A-G Asser ben ik van mening dat voor het bepalen van de mate van schuld alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden meegewogen.³⁶ De mate van waarschijnlijkheid dat zich schade zal voordoen is één van die omstandigheden, op het causale aspect is nu te veel nadruk gelegd. Waarom kan er onder omstandigheden geen sprake zijn van merkelijke schuld als verzekerde weliswaar niet het aanmerkelijke, maar wel het 'geenszins te verwaarlozen' risico neemt dat zaken met een waarde van f 250 000 (in 1982) achtergelaten in een kofferbak van een auto in het centrum van Keulen worden ontvreemd?³⁷

Opvallend is dat met de benadering van de Hoge Raad tussen 'schuld' en 'causaal verband' een verwevenheid is ontstaan. Dit fenomeen is niet nieuw. Ook bij de onrechtmatige daad is geconstateerd dat de verschillende elementen van onrechtmatige daad elkaar beïnvloeden. Veegens heeft er in zijn noot onder het Jaguar-arrest³⁸ op gewezen dat de vereisten voor onrechtmatige daad elkaar wederzijds beïnvloeden en benoemde dit verschijnsel beeldend 'communicerende vaten': *'De begrippen waaruit art. 1401 B.W. is opgebouwd, kunnen dus worden vergeleken met communicerende vaten. Er bestaat meer overeenstemming over de vereisten voor toewijzing van een vordering dan over de plaats waar zij thuis behoren. De schuld wordt nu eens van haar inhoud ontdaan ten behoeve van de onrechtmatigheid of het oorzakelijk verband en dan weer uit deze bronnen tot de rand toe gevuld.'*

Van Schellen pleit er in zijn dissertatie voor de begrippen daderschap, onrechtmatigheid, schuld, causaal en adequaat verband te laten opgaan in een algemeen begrip juridische oorzaak.³⁹ Anderen pleiten ervoor het begrip toerekening te laten opgaan in de onrechtmatigheid.⁴⁰ Van Dam wijst er in zijn dissertatie op dat waarschijnlijkheidsvragen in de Nederlandse

36. Zie zijn conclusie vóór het Keulse autodiefstal arrest (HR 17 juni 1988, NJ 1988, 966, m.nt. MMM), nr. 2.22: *'Daartoe (omstandigheden van het concrete geval) kan men bijv. rekenen de zorg die de verzekeraar, gelet op de aard van de verzekering, van de verzekerde mag verwachten ten opzichte van het verzekerde object, in verband met de waarde daarvan.'* Voorts lijken de polisbewoordingen een belangrijke rol te kunnen spelen. Wanneer zeer expliciet en in niet mis te verstane bewoordingen in bijvoorbeeld een reis- of kostbaarhedenverzekering tot uitdrukking wordt gebracht dat géén recht op uitkering bestaat bij onvoorzichtig gedrag, komt ook in mijn beleving algeheel verval van recht in aanmerking als sanctie. Vergelijk Asser-Clausing-Wansink, 1998, die stellen dat ook onder het oude recht verzekeringen tegen het 'gevaar van alledag' dekking bieden tegen lichte vormen van schuld tenzij de polisvoorwaarden uitdrukkelijk strenge eisen stellen aan de zorgplicht.

37. Ik vrees dat van het begrip 'merkelijke schuld' geen eenduidige definitie, los van de concrete omstandigheden van het geval, is te geven. In die zin is het begrip 'wazig'. Zie A-G Asser in zijn conclusie voor HR 17 juni 1988, NJ 1988, 966 en zijn verwijzing naar Van der Feltz, VA 1975, p. 234. Zulks geldt overigens tevens voor het begrip 'roekeloosheid': hieronder wordt verstaan een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld. Met die benadering lijkt in tegenstrijd de toevoeging dat hieronder ook valt *onbewuste* roekeloosheid. Inherent aan opzet is immers enige vorm van bewustheid. Verwezen zij naar Van Ardenne-Dick/Blom, t.a.p., p. 103 e.v.

38. HR 9 december 1960, NJ 1963, 1.

39. Van Schellen, diss., p. 37.

40. Onrechtmatige daad II juni 1998 (Jansen), art. 162 lid 3, aant. 2. In suppl. 87 (augustus 2004) merkt hij op dat dit systeem nauwelijks nog zelfstandige betekenis heeft.

rechtspraak zowel onderdak vinden bij de causaliteit als bij de onrechtmatigheid en de schuld.⁴¹ Voorts constateert hij dat met de komst van de leer van de toerekening naar redelijkheid een scherp onderscheid tussen zorgvuldigheidsnorm en causaliteit nauwelijks mogelijk is.⁴²

7.6.1 Eigen schuld: vermindering van schadevergoeding. Artikel 6:101 BW

Artikel 7:952 (7.17.2.9) BW bepaalt dat de verzekeraar geen schade aan de verzekerde vergoedt die deze met opzet of roekeloosheid veroorzaakt. Zoals gezegd is het evenwel mogelijk om in de polisvoorwaarden van deze regeling af te wijken en ook schade veroorzaakt door lichtere vormen van schuld van verzekerde uit te sluiten van schadevergoeding. Weliswaar vormt een expliciete bepaling in de polisvoorwaarden dienaangaande een uitzondering op het uitgangspunt dat de verzekering dekking biedt tegen de risico's van alledag en zal de verzekeraar op een dergelijke uitsluiting in beginsel een beroep kunnen doen. Toch zou ik ervoor willen pleiten om in plaats van een algehele uitsluiting een meer genuanceerd rechtsgevolg van toepassing te doen zijn.

Het is mijns inziens onbevredigend dat het recht op schadevergoeding geheel komt te vervallen bij een lichtere vorm van schuld van de verzekerde, ook als deze in een betrekkelijk ver verwijderd verband staat met de schade. Niet goed te verdedigen is dat, zoals Dorhout Mees stelt, de schadevordering ook dient te worden afgewezen als eigen schuld niet de dominante oorzaak is. En die situatie doet zich vaak voor: ook Dorhout Mees meent dat eigen schuld van de verzekerde in de meeste gevallen slechts een medeoorzaak is. Anderzijds is naar mijn mening ook niet goed vast te stellen wanneer eigen schuld ten opzichte van een andere oorzaak moet worden aangemerkt als dominante oorzaak. Meestal zijn deze omstandigheden niet goed met elkaar te vergelijken.⁴³

Naar mijn mening is het daarom zinvol voor het verzekeringsrecht om in sommige gevallen aansluiting te zoeken bij de algemene regeling van artikel 6:101 BW. Uitgangspunt zou dan niet moeten zijn dat eigen schuld van de verzekerde de verzekeraar geheel ontheft van zijn schadevergoedingsverplichting, maar dat eigen schuld van de verzekerde de schadevergoedingsverplichting doet verminderen. Voornaamste reden voor dit van de heersende leer en praktijk afwijkende standpunt is de redelijkheid en bil-

41. In zijn arrest van 12 mei 2000, NJ 2001, 300 oordeelt de Hoge Raad dat gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien *de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden* (HR 9 december 1994, nr. 15527, NJ 1996, 403).

42. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss., Deventer, 1989, nr. 8.3.1 (82). Toch ziet hij kennelijk een onderscheid tussen causaal verband en zorgvuldigheidsnorm. De bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen is voor het vaststellen van causaal verband niet, maar voor het bepalen van het vereiste zorgvuldige gedrag wel van belang. Mijns inziens zou deze omstandigheid evenzeer bij het causaal verband, de toerekening naar redelijkheid, een rol kunnen spelen.

43. Met Dorhout Mees ben ik eens dat onder omstandigheden wel een goede afweging kan worden gemaakt als die andere omstandigheid bestaat uit schuld van een derde.

lijkheid in de zin van artikel 6:2 BW. Het huidige systeem waarbij de schadevordering ofwel in zijn geheel dient te worden afgewezen ofwel in zijn geheel dient te worden toegewezen werkt onbevredigende uitkomsten in de hand. Illustratief is het hiervóór gememoreerde arrest van de Keulse autodiefstal.⁴⁴ Tot aan de Hoge Raad wordt de verzekeraar in het gelijk gesteld. Het Hof, de A-G en de Hoge Raad oordelen dat sprake is van merkelijke schuld. Van der Grinten merkt in zijn noot onder het arrest op dat naar zijn mening hier geen sprake is van merkelijke schuld. Clausing en Wansink menen dat van der Grinten zich terecht kritisch heeft uitgelaten over de uitkomst van de zaak.⁴⁵ Ook hier blijkt dat schuld van de verzekerde slechts een meewerkende oorzaak is. Het achterlaten van de sieraden in de auto geldt als *condicio sine qua non* voor de diefstal van de sieraden. Was het echter ook redelijkerwijze te verwachten dat de auto (met sieraden) gestolen zou worden? Discussabel is inderdaad of geheel afwijzen van de vordering gerechtvaardigd is. Niemand zal echter betwisten dat het achterlaten van sieraden ter waarde van f 250 000 in een Nederlandse auto in het centrum van een grote buitenlandse stad zeer onvoorzichtig is te noemen. Naar mijn mening zou een verminderde schadevergoeding dan ook aanvaardbaar zijn geweest. De maatstaf van artikel 6:101 BW zou het mogelijk maken met alle omstandigheden van het geval rekening te houden en deze te verdisconteren in het vast te stellen percentage van de schade dat voor rekening blijft van de verzekerde. Toepassing van deze maatstaf brengt mee dat, voorzover mogelijk, eerst moet worden beoordeeld in welke mate de gedekte oorzaak en de eigen schuld van de verzekerde elk aan de schade hebben bijgedragen (causaliteitsafweging). Vervolgens kan een billijkheids-correctie plaatsvinden in verband met bijvoorbeeld de ernst van de aan verzekerde toe te rekenen eigen schuld. Het zal dan vooral aankomen op deze laatste billijkheidscorrectie.

Genuanceerder kan worden ingespeeld op het gedrag van de verzekerde. Het is mijns inziens gerechtvaardigd om in de hoogte van de schade-uitkering uit te laten komen dat onvoorzichtig gedrag van verzekerden nadelige consequenties heeft. Gerechtvaardigd is het ook onderscheid te maken tussen de voorzichtige, oplettende verzekerde en de onvoorzichtige, onoplettende verzekerde.

Volgens huidig recht en volgens de huidige polisvoorwaarden is het niet mogelijk te nuanceren. Wanneer eenmaal is voldaan aan de uitsluiting heeft de verzekerde geen recht op uitkering en daarbij maakt het dan geen verschil meer in welke mate schuld van de verzekerde heeft bijgedragen aan de schade en in welke mate verzekerde verwijtbaar heeft gehandeld. Het maakt bijvoorbeeld geen verschil dat de verzekerde de schade opzettelijk heeft toegebracht (bijvoorbeeld brandstichting) of dat de verzekerde slechts (in hoge mate) nalatig is geweest (bijvoorbeeld vóór het verlaten van de woning vergeten een pan met eten van het vuur te halen).

44. HR 17 juni 1988, NJ 1988, 966, m.nt. G.

45. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 256.

De door mij voorgestane benadering doet recht aan de belangen van zowel de verzekerde als de verzekeraar. De verzekerde verwacht van zijn verzekering dat deze zekerheid biedt ook al treft hem een (min of meer ernstig) verwijt. Anderzijds mag de verzekeraar van de verzekerde verwachten dat deze zich als een 'goed huisvader' gedraagt. Een financiële sanctie ter preventie van onzorgvuldig gedrag is dan op zijn plaats. Naar mijn overtuiging zal de sanctie 'vermindering van schadevergoeding' ook op meer erkenning van de verzekerde kunnen rekenen dan nu bij de huidige regeling het geval is. Een sprekend voorbeeld ontleen ik aan de zaak waarover het Hof Den Bosch in voor de verzekerde ongunstige zin heeft geoordeeld.⁴⁶ In de woning van verzekerde ontstaat brand. Uit vrees dat hij geen schadevergoeding zal krijgen verzuimt hij mede te delen dat hij drie waxinelichtjes heeft laten branden toen hij zijn huis verliet. Uit het arrest wordt niet duidelijk hoe de brand is ontstaan. Kennelijk merkt het hof de omstandigheid dat verzekerde de waxinelichtjes heeft laten branden aan als schadeoorzaak. Dat behoeft mijns inziens niet juist te zijn aangezien het laten branden van waxinelichtjes alléén normaal gesproken geen brand tot gevolg heeft. Van de exacte toedracht van de brand zal het in mijn visie afhangen in welke mate een korting op het te vergoeden schadebedrag zal moeten plaatsvinden. Bijkomende omstandigheden kunnen van invloed zijn op de mate van schuld. Heeft verzekerde bijvoorbeeld een hond die de waxinelichtjes met zijn staart van tafel kan vegen?⁴⁷

Tegenstanders van deze benadering kunnen tegenwerpen dat toekenning van schadevergoeding op deze wijze kenmerken heeft van een loterij. Die kenmerken zijn er echter ook, zelfs in versterkte mate, wanneer het systeem van alles-of-niets wordt gevolgd. Het lot bepaalt of de verzekerde alles of helemaal niets krijgt.

Wat blijft is dat bij zeer ernstige vormen van schuld de verzekerde in het geheel geen schadevergoeding verkrijgt en bij zeer licht schuld de schade geheel voldaan zal worden.

7.6.2 Causaal verband tussen de gedraging van de verzekerde en de brand alsmede tussen de gedraging van verzekerde en de omvang van de schade. Gedrag van de verzekerde ook ná het ontstaan van de brand van belang?

De Hoge Raad heeft in het arrest Sjors/Amev beslist dat niet alleen van belang is het causaal verband tussen merkelijke schuld en het ontstaan van de brand. Verzekerde Sjors Meubel BV (hierna Sjors) sluit een bedrijfsschadeverzekering en een verzekering voor roerende zaken, beide tegen het gevaar van brand, bij verzekeraar Amev. Ruim een jaar later ontstaat brand in het pand alwaar Sjors zijn bedrijf uitoefent. Twee brandhaarden worden

46. Hof Den Bosch 30 januari 2001, Prg. 2001, 5652, m.nt. M.L. Hendrikse. Het hof wees de schadevordering af omdat verzekerde opzettelijk had verzuimd de ware toedracht van de schade mede te delen en niet op grond van eigen schuld van de verzekerde.

47. Mogelijk zijn de waxinelichtjes zelfs in het geheel niet aan te merken als schadeoorzaak. De overwegingen van het hof geven hierover geen enkele duidelijkheid.

aangetroffen, één bij de polyester vuilcontainer en één bij de spuitmachine. Vast staat dat Sjors diverse brandveiligheidsvoorschriften van de hinderwetvergunningen niet is nagekomen. Zo heeft Sjors geen metalen afvalbakken voorzien van zelfsluitende metalen deksels gebruikt. Amev stelt dat er aanwijzingen zijn van brandstichting door verzekerde en dat er *'structureel een klimaat werd geschapen waarbij een willekeurige vergissing tot brand leidt, of met grote mate van waarschijnlijkheid vroeg of laat zal leiden'*. Amev doet een beroep op artikel 294 K (oud) (uitsluiting van merkelijke schuld). De oorzaak van de brand komt niet vast te staan.

De Hoge Raad oordeelt dat artikel 294 K tevens van toepassing is als het gedrag van de verzekerde van invloed is geweest op de omvang van de schade:

'Is weliswaar de brand zelf niet door merkelijke schuld van de verzekerde veroorzaakt, maar heeft de brand zich als gevolg van onzorgvuldig gedrag van de verzekerde kunnen uitbreiden, dan is art. 294 eveneens van toepassing indien deze onzorgvuldigheid van de verzekerde, in verband met de voorzienbaarheid van de brand, zo ernstig was dat zij als merkelijke schuld in de zin van art. 294 dient te worden gekwalificeerd.'

Ten onrechte had het hof volgens de Hoge Raad niet gerespondeerd op stellingen van de verzekeraar dienaangaande. In dit specifieke geval vraag ik mij af of merkelijke schuld aan het ontstaan van de brand los kan worden gezien van merkelijke schuld aan de omvang van de schade. Indien moet worden aangenomen dat het gebruik van metalen afvalbakken voorzien van zelfsluitende metalen deksels ertoe zou hebben geleid dat de brand zich buiten deze afvalbakken niet had kunnen uitbreiden, lijkt het immers onontkoombaar dat het niet nakomen van de desbetreffende verplichting ook in verband moet hebben gestaan met het ontstaan van de brand.

Het arrest Sjors Meubel/Amev ziet op het gedrag van de verzekerde vóórdat het evenement zich heeft voorgedaan. Kan de verzekeraar echter ook een beroep op de uitsluiting merkelijke schuld doen als zijn gedrag ná het evenement de omvang van de schade heeft vergroot? De Hoge Raad heeft in het arrest De Gans/Nationale Nederlanden⁴⁸ deze vraag bevestigend beantwoord. Daarin werd door het hof de schadeclaim afgewezen omdat verzekerde terwijl er een brand woedde is weggegaan zonder de brandweer te waarschuwen en/of zelf te trachten de brand te blussen. Niet bewezen werd geacht dat verzekerde de brand had gesticht of daaraan merkelijke schuld had. De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van het cassatiemiddel van de zijde van verzekerde tegen deze beslissing:

'Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld. Aan art. 294 K ligt de gedachte ten grondslag dat de verzekeraar bij de beoordeling van het risico dat hij krachtens de te sluiten overeenkomst zal gaan lopen, ervan mag uitgaan dat de verzekerde niet zozeer tekortschiet in

48. HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814.

zorg ter voorkoming van schade dat er sprake is van merkelijke schuld (HR 19 juni 1992, RvdW 1992, 167). Zulks in aanmerking genomen bestaat geen aanleiding die bepaling louter op grond van haar bewoordingen zo beperkt uit te leggen dat van merkelijke schuld als daar bedoeld slechts sprake kan zijn ingeval de verzekerde de brand heeft veroorzaakt. Dit brengt mee dat het hof niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 294 K. Het hof behoeft ook niet nader te motiveren waarom het merkelijke schuld aanwezig oordeelde, en het was niet gehouden vast te stellen welke oorzaak de brand had.'

Er lijkt communis opinio te bestaan over de juistheid van het arrest: samenloop tussen artikel 276 en 294 K (artikel 7:952 (7.17.2.9) BW) enerzijds en artikel 283 K (artikel 7:957 (7.17.2.18) en 7:959 (7.17.2.22 BW)) anderzijds is zonder meer mogelijk.⁴⁹

De Hoge Raad lijkt deze opvatting nog eens in zijn arrest van 26 januari 2001⁵⁰ te bevestigen, maar wellicht wordt daar tevens een belangrijke nuancering aangebracht. Verzekerde steekt in de nabijheid van een schuur met een rieten dak waarin een tractor is geparkeerd een stapel afvalhout en stro in brand. Het was die zomer zeer zonnig geweest en het had nauwelijks geregend. Ongeveer een half uur later blijkt de schuur in brand te staan en wordt de tractor beschadigd. Verzekerde vordert schadevergoeding ten aanzien van zijn tractor. In zijn conclusie vóór het arrest stelt A-G Bakels ten aanzien van samenloop tussen eigen (merkelijke) schuld en het niet nakomen van de bereddingsplicht: *'Deze beide rechtsfiguren, hoezeer op zichzelf ook verschillend, kunnen in toepasselijkheid samenlopen.'* Hij verwijst te dien aanzien naar het arrest De Gans/NN. De Hoge Raad beslist dat hier geen sprake is van opzet of goedgevinden ten aanzien van het ontstaan van de brand, maar oordeelt dat het hof zal moeten ingaan op de stellingen van verzekeraars dat hiervan wel sprake is bij het optreden van verzekerde nadat het rieten dak van de schuur had vlamgevat. Beoordeeld zal moeten worden of dit gedrag de schade aan de tractor, *'hetzij geheel hetzij ten dele'*, heeft veroorzaakt. Verzekeraars zullen dus moeten aantonen welk deel van de schade is veroorzaakt door het gedrag na het ontstaan van de brand. Praktisch betekent dit dat aangetoond zal moeten worden dat er schade door ernstige nalatigheid (om maatregelen te nemen) is ontstaan. Onder meer zal dan vast moeten komen te staan dat deze schade niet had plaatsgevonden als verzekerde de maatregelen wel had genomen. Hiermee komt het onderscheid met de gevolgen van het niet nakomen van de bereddingsplicht grotendeels te vervallen. In het laatste geval moet de verzekeraar immers ook aantonen dat zijn schade het gevolg is van het aan de verzekerde te verwijten gedrag. Naar mijn mening betekent het arrest van 26 januari 2001 dan

49. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 261 en 308; Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 6.18; Van Huizen, Wezeman, Zevenbergen, 1996, nr. 63. In mijn bespreking van het arrest in Vrb 1993, p. 21 e.v. heb ik mij kritisch uitgelaten. Naar mijn mening dient in dat geval artikel 283 K, (artikel 7:957 (7.17.2.18) en 7:959 (7.17.2.22 BW)) te prevaleren. Zie ook M.L. Hendrikse, diss., 2002, nr. 4.2.2.

50. HR 26 januari 2001, JOL 2001, 68. Voor een bespreking zij verwezen naar W.H. Bouman, Bb 2001, p. 71 e.v.

ook een nuancering ten aanzien van het arrest De Gans/NN, aangezien in het laatste arrest de schadevordering zonder meer in zijn geheel werd afge-
wezen.⁵¹

7.7 Verhouding gedekte - uitgesloten oorzaak. Expliciete uitsluiting gaat per definitie vóór gedekte oorzaak? Schadeverdeling

Kan er in zijn algemeenheid worden gesteld dat de gedekte dan wel de uit-
gesloten oorzaak prevaleert? Volgens Engels lijkt dat het geval te zijn. Het
Nederlandse recht lijkt de causaliteitsproblemen anders op te lossen.

In de hiervoor besproken zaak betreffende de beschadigde camera⁵² is
sprake van een gedekte oorzaak (het onzorgvuldige gedrag van de ver-
voerder) en een uitgesloten oorzaak (slechte verpakking). De rechtbank
overweegt in het vonnis onder andere:

*Naar vaste Engelse jurisprudentie heeft de verzekerde geen recht op vergoeding door de
verzekeraar, als één van de twee schadeveroorzakende factoren een van de verzekering uit-
gesloten factor betreft.*

Van Huizen concludeert dat volgens Engels recht bij samenwerkende oor-
zaken die elk even dominant zijn van belang is of er één omstandigheid
impliciet (de oorzaak valt niet onder het gedekte evenement) dan wel expli-
ciet (de oorzaak valt onder een uitsluitingsbepaling) is uitgesloten. In het
eerste geval bestaat er in beginsel dekking, in het andere geval niet.⁵³

Volgens Clarke bestaat volgens Engels recht voorzover de gedekte en uit-
gesloten oorzaak 'interdependent' zijn, dat wil zeggen geen van de oorza-
ken zou de schade hebben veroorzaakt zonder aanwezigheid van de ande-
re oorzaak, de volgende regel: 'If the application of Rule (a) gives two concu-
rent and proximate causes, one a peril and the other an exception, and if these cau-
ses are interdependent, in that neither would have caused loss without the other, the
exception prevails.'⁵⁴ Ook MacGillivray en Colinvault lijken van deze regel uit
te gaan maar zij noemen ter ondersteuning van het standpunt tevens de uit-
spraak 'Miss Jay Jay' (zie hierna). In die zaak echter is één van de oorzaken
impliciet uitgesloten en de Court of Appeal oordeelt dat de andere, gedekte,
oorzaak prevaleert.⁵⁵

Als leading case voor de regel dat de expliciete uitsluiting prevaleert
wordt doorgaans genoemd de zaak Wayne Tank and Pump Co. v. Employ-

51. In mijn bespreking van het arrest in Vrb 1993, p. 22 heb ik mij juist ten aanzien van dit punt
kritisch uitgelaten en heb ik er onder meer op gewezen dat bijvoorbeeld niet goed valt in te
zien waarom de verzekerde geen recht heeft op schadevergoeding voor schade die reeds is
ontstaan voordat hij in staat was maatregelen te nemen.

52. Rb. Rotterdam 29 mei 1987, S&S 1988, 12.

53. Van Huizen, diss., p. 156-158.

54. Clarke, 1997, nr. 25-6A. Rule A houdt volgens Clarke in: 'In England, the proximate cause is
the event, whether peril or exception, which, in all the circumstances prevailing at the time of the event,
led inevitably to the kind of loss in question.' Zie nr. 25-4.

55. MacGillivray, 1997, nr. 19-5.

ers' Liability Assurance Corporation.⁵⁶ In deze zaak heeft verzekerde, een installatiebedrijf, een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten. Schade ontstaat in een gebouw waar verzekerde een installatie heeft aangelegd. De installatie wordt 's nachts ingeschakeld teneinde proef te draaien. Op de installatie wordt geen toezicht gehouden en op enig moment smelt een deel van de pijpleiding waardoor brand ontstaat. De pijpleiding is niet voldoende hittebestendig en daardoor geheel ongeschikt voor gebruik. Er zijn dus twee oorzaken aan te wijzen: nalatigheid van een werknemer van verzekerde en een eigen gebrek van de pijpleiding. De eerste omstandigheid levert een gedekt evenement op aangezien verzekerde hiervoor aansprakelijk is. De tweede omstandigheid is in de polisvoorwaarden van dekking uitgesloten: *'The Company will not indemnify the Insured in respect of liability consequent upon ... (5) death injury or damage caused by the nature or condition of any goods or the containers thereof sold or supplied by or on behalf of the Insured.'* Lord Denning, M.R. overweegt dat op basis van 'common sense' het eigen gebrek de rechtens relevante oorzaak is. Het gedrag van de werknemer van verzekerde is 'just the trigger'. Op grond hiervan acht de Court of Appeal geen dekking aanwezig. 'For the sake of argument' echter overweegt Lord Denning tevens dat in een situatie waarbij twee rechtens relevante oorzaken een rol spelen waarvan de ene valt onder de algemene bewoordingen van de dekking en de andere onder een expliciete uitsluiting de laatste dient te prevaleren: *In such a case it would seem that the insurers can rely on the exception clause.* Lord Denning voert hiervoor twee argumenten aan:

1. *The reason is that if the underwriters were held liable for loss, they would not be free of it. Seeing that they have stipulated for freedom, the only way of giving effect to it is by exempting them altogether. The loss is not apportionable. Hence no part of it can fall on the policy.* (Lord Denning haalt hier met instemming Lord Sumner aan in de zaak Board of Trade v. Hain Steamship Co. Ltd. (1929) A.C. 534).
2. *General words always have to give way to particular provisions*

Gelet ook op de motivering acht ik het twijfelachtig of aan deze uitspraak een zo vergaande betekenis mag worden gehecht als in de vermelde literatuur wordt gedaan. Doorgaans zal een uitsluitingsbepaling in specifiekere bewoordingen zijn opgesteld dan een dekkingsbepaling, maar niet uitgesloten is dat de dekkingsbepaling specifiekere is. Prevaleert de uitsluitingsbepaling dan nog steeds? Mijns inziens is de gestelde regel te grofmazig. Doorslaggevend is de uitleg van de polisbepalingen en inderdaad kan wellicht uit de hoedanigheid van de voorwaarden, algemeen dan wel specifiek, een bepaalde uitleg voortvloeien. Op grond van voornoemde clausule lijkt het eigen gebrek de rechtens relevante oorzaak te zijn nu de aansprakelijkheid niet anders dan in relatie tot de ongeschikte pijpleiding kan worden beschouwd.

56. (1973), 2 Lloyd's Rep. 237 (CA).

De eigenaar van het jacht 'Miss Jay Jay'⁵⁷ (gebouwd om boven een bepaalde snelheid te planeren) sluit een cascoverzekering. Verzekerd is schade 'against all loss of or damage to the insured craft...which is directly caused by external accidental means'. Tevens is gedekt schade door: 'latent defects in the hull or machinery (excluding the cost and expense of replacing or repairing the defective part) ... Daarnaast kent de polis een uitsluiting: Exclusions. No claim shall be allowed in respect of (i) any loss or expenditure incurred solely in remedying a fault in design or in the event of damage resulting from faulty design ... for any additional expenditure incurred by reason of betterment or alteration in design or for the cost and expense of replacing or repairing any part condemned solely in consequence of a latent defect or fault or error in design or construction.' De Miss Jay Jay vaart van Deauville naar Hamble en ontmoet tijdens die reis zwaar doch geen uitzonderlijk zwaar weer, windkracht vier en golven van drie meter hoog: 'the sea was confused and these were difficult conditions for a boat of this particular type.' Vastgesteld wordt dat de cruiser 'was in such a condition, by reason of defects in design and construction, as to be unseaworthy for a passage from Deauville to Hamble'. Bij aankomst blijkt dat schade was ontstaan aan het casco.

De Court of Appeal oordeelt dat aangezien het eigen gebrek niet 'the sole cause' van de schade was, de verzekeraar op grond van de polisvoorwaarden dient te betalen. Als rechtens relevante oorzaak geldt 'the adverse sea':

The fact, as the judge found, that the sea was not exceptional and could have been anticipated, does not stop the loss from being adjudged to have been caused by 'external accidental means'. It was not caused by 'the ordinary action of the wind and waves' (see r. 7 of the Construction Rules in the First Schedule to the Marine Insurance Act, 1906) but by the frequent and violent impacts of a badly designed hull upon an adverse sea.

De woorden *sole cause* lijken derhalve doorslaggevend. Echter de Court of Appeal (LJ Lawton) overweegt mede:

It now seems to be settled law, at least as far as this Court is concerned, that, if there are two concurrent and effective causes of a marine loss, and one comes within the terms of the policy and the other does not, the insurers must pay. In the last three editions of Halsbury's Laws, the law has been stated in these terms: 'If one of these causes is insured against under the policy, and none of the others is expressly excluded from the policy, the insured will be entitled to recover.' ... Since the defendants did not exclude unseaworthiness or design defects which contributed to a loss without being the sole cause (as they could have done) the plaintiffs' claim falls within the policy provided that what happened in the sea conditions was a proximate cause.

De Court of Appeal (LJ Lawton) oordeelt vervolgens:

What has to be decided in this case is whether on the evidence the unseaworthiness of the cruiser due to the design defects was such a dominant cause that a loss caused by the

57. Lloyd Instruments v. Northern Star Insurance (1987) 1 Lloyd's Rep. 32 (CA).

adverse sea could not fairly and on common sense principles be considered a proximate cause at all. In my judgment, the evidence did not establish anything of the kind. What it did establish was that, but for a combination of unseaworthiness due to design defects and an adverse sea, the loss would not have been sustained. One without the other would not have caused the loss. In my judgment, both were proximate causes.

Blijkbaar is het in een situatie als de onderhavige voldoende dat de van buiten komende oorzaak slechts *condicio sine qua non* voor de schade is ('but for'). Abstraherend van de omstandigheid dat het schip een gebrek heeft, is het immers bij windkracht vier en golven van drie meter niet redelijkerwijze te verwachten dat het schip beschadigd zou raken. Volgens de adequatietheorie is de weersgesteldheid dus geen rechtens relevante oorzaak. Het is zelfs maar de vraag of deze weersomstandigheden kunnen worden aangemerkt als *een* oorzaak ofwel een van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid. Naar Nederlands recht lijkt het gebrek van de Miss Jay Jay dan ook de dominante, heersende, rechtens relevante oorzaak te zijn en dient de schade derhalve aan de uitsluitingsbepaling te worden toegerekend. De bewoordingen '*sole cause*' doen hieraan mijns niet af.⁵⁸

Van Huizen meent dat de hier bedoelde in Engeland heersende regel dat expliciete uitsluitingen in geval van meervoudige causaliteit prevaleren boven de dekkingsclausule, niet behoort op te gaan voor het Nederlandse recht.⁵⁹ Deze mening deel ik aangezien de regel mijns inziens te star en bovendien niet erg sterk gemotiveerd is.

Gedeeltelijke schadevergoeding bij meerdere oorzaken?

De mening van van Huizen dat een tussenweg dient te worden bewandeld door in geval van gelijkwaardige oorzaken partijen elk voor een gelijk deel de schade voor hun rekening te laten nemen deel ik niet onverkort.⁶⁰ De mogelijkheid van deze oplossing dient te volgen uit de polisvoorwaarden en doorgaans lijken deze juist te zijn geschreven met het oog op een te maken keuze. Slechts wanneer uit de polisvoorwaarden niet is af te leiden of de dekkings- dan wel de uitsluitingsbepaling dient te prevaleren bij gelijkwaardige schade-oorzaken is het voorstel van van Huizen een mogelijke oplossing. Voor alle duidelijkheid zij overigens vermeld dat ook bij de door van Huizen voorgestane oplossing steeds zal moeten worden beoordeeld of één van de omstandigheden kan worden aangemerkt als *dé* rechtens relevante oorzaak. Slechts wanneer sprake is van twee gelijkwaardige omstandigheden, die beide als de '*dominant cause*' zouden kunnen worden aangemerkt, is schadeverdeling mogelijk. Gelet op de bestaande jurisprudentie lijkt er zelden een situatie te bestaan waarbij die keuze niet kan worden gemaakt. Dorhout Mees, die dezelfde opvatting heeft als van Huizen,

58. Zie hierover hoofdstuk 6.

59. Van Huizen, diss. 1988, p. 157-158.

60. Zie Van Huizen, diss. 1987, p. 158 en Van Huizen c.s., Grondslagen verzekeringsrecht, 1996, nr. 53.

merkt in dit verband op: *‘Toerekening van dezelfde schade aan twee oorzaken zou juist zijn indien die oorzaken steeds gelijkwaardig waren, maar dat is bijna nooit het geval, in het bijzonder niet bij verzekering. In de gevallen die zich in de praktijk voordoen, leidt de billijkheid steeds tot het aanwijzen van één oorzaak.’*⁶¹

In oudere literatuur wordt wel verdedigd dat in geval van meerdere oorzaken de verzekeraar voor een deel de schade voor zijn rekening moet nemen.⁶² Voorzover mij bekend is er echter geen enigszins recente Nederlandse uitspraak waarin is bepaald dat bij samenwerkende oorzaken een deel van de schade moet worden toegerekend aan de verzekeraar. In de door van Huizen en Verschoof genoemde uitspraken van de Raad van Toezicht is zulks ook niet beslist.⁶³

Mij is niet bekend dat in de Engelse literatuur en rechtspraak schadeverdeling bij samenwerkende oorzaken wordt gepropageerd. Herdt is ten aanzien van Duits recht enigszins uitvoerig op de kwestie ingegaan.⁶⁴ Hij signaleert schrijvers die analoog aan § 59 lid 2 voorstander zijn van schadeverdeling. Wanneer meerdere oorzaken zijn aan te wijzen die elk op een verschillende polis zijn gedekt dienen de verzekeraars ieder naar rato te betalen. Pröls/Kollhoser merkt overigens op dat voor § 59 de ‘Verhältnis der Einzelverpflichtungen’ en niet de ‘Grad der Kausalität’ doorslaggevend is.⁶⁵ De voorstanders van schadeverdeling betogen vervolgens dat het probleem van samenwerkende oorzaken hiermee kan worden vergeleken door de verzekerde te beschouwen als ‘Selbstversicherer’. Voorts wijzen zij op § 8 AUB waar is bepaald dat wanneer behalve het ongeval de gebrekkige gezondheid van de verzekerde voor meer dan 25% heeft meegewerkt aan het letsel de schade naar rato wordt gekort. Tegen schadeverdeling wordt aangevoerd dat van ‘Selbstversicherung’ slechts kan worden gesproken wanneer de verzekerde daar speciaal voorzieningen voor heeft getroffen. Bovendien leidt schadeverdeling tot willekeurige resultaten aangezien bij iedere schade naast de gedekte tevens niet (expliciet) gedekte oorzaken een rol spelen. Het laatste argument acht Herdt in verband met artikel 131 VVG en 10 AUB niet overtuigend, maar ook hij is uiteindelijk geen voorstander van schadeverdeling. Juist uit de speciale wettelijke bepalingen blijkt dat van schadeverdeling slechts sprake kan zijn als zulks uitdrukkelijk is vastgelegd.

61. Dorhout Mees, 1987, nr. 202.

62. Voetelink, 1952, p. 104 e.v.; Offerhaus, 1944, p. 132; Van Wulfften Palthe, Voorlezingen over Zee-Assurantie, 1932, p. 49. In de buitenlandse literatuur wordt sporadisch voor een pro-rata verdeling van de schade gepleit. Zie Ritter-Abraham, 1967, § 28, Anm. 20.

63. Bijzondere contracten XI (Van Huizen/Verschoof), artikel 246, aantekening 57 (december 1993). RvT II-83/62 betreft een casus waarin de verzekeraar reeds voordat de zaak aanhangig werd bij de Raad had aangeboden 50% van de schade te vergoeden. Het gaat hier niet om samenwerkende oorzaken, maar om oorzaken die elk een deel van de schade konden hebben veroorzaakt. Alsdan is het zonder twijfel mogelijk dat het deel van de schade dat is veroorzaakt door het gedekte evenement voor vergoeding in aanmerking komt.

64. Herdt, Die mehrfache Kausalität im Versicherungsrecht, 1978, p. 112-115.

65. Pröls/Kollhoser, 1998, § 59, Anm. 4A.

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 onder doen en uitleg van de polisbepalingen ook geen uitsluitel geeft kan schadeverdeling, vergoeding van 50% van de schade, gerechtvaardigd zijn. Naar mijn inschatting zal een degelijke situatie zich echter zelden voor doen.

De situatie waarbij twee oorzaken ieder duidelijk een deel van de schade teweegbrengen 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.⁶⁶ Voor samenwerkende oorzaken in het vervoerrecht wordt hetzelfde betoogd.⁶⁷

7.8 Eigen gebrek

In veel gevallen geldt het eigen gebrek als restcategorie; als er geen andere oorzaak kan worden gevonden blijft eigen gebrek als oorzaak van de schade over.

In dit verband speelt de bewijslast een grote rol. Als voorbeeld noem ik het Che-Guavara-arrest.

Verzekerde Raymond vaart met zijn Noordzee-kotter op de Waddenzee. Op een gegeven moment valt de motor uit. De weersomstandigheden zijn normaal (zwakke wind). Het schip maakt water en zinkt. Het hof overweegt:

'Nu ook overigens niet is gesteld of gebleken dat het water maken van het schip is te wijten aan een gebeurtenis tijdens de reis, zoals stoten of een aanvaring moet dit zijn veroorzaakt door het feit dat het schip ernstig lekte en dus een eigen gebrek had'.⁶⁸

De Hoge Raad laat blijkens haar oordeel deze overweging in stand.

In een Engelse zaak zinkt het schip Popi M. door onbekende oorzaak. De lagere rechter stelt vast dat, hoewel de door verzekerde gestelde oorzaak (aanvaring met een onderzeeër) onwaarschijnlijk is, de vordering toch moet worden toegewezen, omdat de door de verzekeraar gestelde oorzaak (wear and tear) 'on the evidence must be effectively ruled out'. Mr. Justice Bingham overweegt:

66. Als ik het goed zie heeft ook Clarke, 1997, nr. 25-6B een dergelijke schadeverdeling op het oog.

67. Zie Van Huizen, Samenwerkende oorzaken in het zeevervoerrecht, Tijdschrift voor vervoer en recht, 1998, p. 33 e.v.

68. HR 23 april 1982, NJ 1982, 520, m.nt. BW.

*'My conclusion is that despite its inherent improbability, and despite the disbelief with which I have throughout been inclined to regard it, the owners' submarine hypothesis must be accepted as, on the balance of probabilities, the explanation of the casualty.'*⁶⁹

De House of Lords acht deze overweging onjuist. Lord Brandon of Oakbrook laat zich inspireren door Sherlock Holmes:

'My Lords, the late Sir Arthur Conan Doyle in his book "The Sign of Four", describes his hero, Mr. Sherlock Holmes, as saying to the latter's friend, Dr. Watson: "How often have I said to you that, when you have eliminated the impossible, whatever remains, however improbable, must be the truth?" Its is, no doubt, on the basis of this well-known but unjudicial dictum that Mr. Justice Bingham decided to accept the shipowners' submarine theory, even though he regarded it, for seven reasons, as extremely improbable.'

De House of Lords beslist dan ook dat de vordering moet worden afgewezen:

*'The shipowners failed to establish that the ship was seaworthy, and they only put forward an extremely improbable cause of her loss. In the circumstances the Judge should have found that the true cause of the loss was in doubt, and that the shipowners had failed to discharge the burden of proof which was on them.'*⁷⁰

Een steeds terugkerende vraag is of de schade is veroorzaakt door een externe, toevallige (fortuitous) oorzaak. Zo deed zich in de zaak *Noten B.V. vs. Harding*⁷¹ de vraag voor of vochtschade aan leren handschoenen vervoerd van Calcutta naar Rotterdam een gevolg was van een 'casualty' of van 'inherent vice'. De handschoenen hadden in Calcutta door de vochtige atmosfeer water opgenomen en werden geladen in een container. Tijdens de reis zakte de temperatuur waardoor condensatie optrad en het vocht zich afzette tegen de bovenkant van de container. Bij aankomst bleek dat het water vanaf de bovenkant van de container op de handschoenen terecht was gekomen. In eerste aanleg oordeelde de rechter dat sprake was van een externe oorzaak:

'The damage was caused by the dropping of water from a source external to the insured goods on to those goods. In so far as the quality of the goods contributed to the casualty, it did so because the goods absorbed moisture before being placed in the container, which moisture escaped subsequently to condense and fall back on the goods.

*Mr. Leggatt (for the defendant) submitted that one could still properly say that it was the natural behaviour of the goods which caused them to sustain the damage, within the test of Lord Justice Donaldson in *Soya v. White*. I do not agree. Lord Justice Donaldson also referred with approval to inherent vice being 'unfitness of the goods to withstand the ordinary incidents of the voyage'. When that test is applied it does not, in my view, aptly*

69. *Rhesa Shipping vs. Edmunds (The Popi M.)* (QB) (1983) 2 Lloyd's Rep. 248.

70. (HL) (1985) 1 Lloyd's Rep. 6.

71. CA (1990) 2 Lloyd's Rep., 283.

cover the position where the proximate cause of the damage to the goods has been external to the goods, even if a characteristic of the goods has helped to create the external cause.'

Lord Justice Bingham komt in hoger beroep tot een andere conclusie daarbij uitgaande van 'the common sense of a business or seafaring man'. Alvorens een gemotiveerde beslissing te geven verwijst hij naar Arnould on the Law of Marine Insurance, waarin wordt gesteld:

'The suggestion has sometimes been made that inherent vice means the same thing as damage that must inevitably happen, but this is not so. The distinction is between damage caused by any external occurrence, and damage resulting solely from the nature of the thing itself. Damage from inherent vice may be just as capricious in its incidence as damage caused by perils of the sea.'

Bingham bepaalt:

'If the factual cause of the damage to these gloves has been correctly identified, then I think it plain that that was an excepted peril under these policies. The goods deteriorated as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated voyage, without the intervention of any fortuitous external accident or casualty. The damage was caused because the goods were shipped wet. For the reasons already given I regard it as immaterial that the moisture travelled round the containers before doing the damage complained of.'

Het OLG Hamburg⁷² oordeelt in het geval dat witte kool beschadigd ter bestemming aankomt door een te hoge temperatuur tijdens het vervoer dat er geen sprake is van bederfschade:

Auch ein innerer Verderb liegt nicht vor. Richtig ist sicherlich, daß sich im Fall unzureichender oder fehlender Kühlung in dem entstehenden Schaden naturgemäß auch die Gefahr des inneren Verderbs realisiert. Sie ist jedoch nicht alleinige Ursache, sondern trifft zusammen mit dem Umstand nicht ordnungsgemäßer Kühlung. Erst durch das Zusammenwirken beider Gefahren kommt es zur Entstehung des Schadens. Dabei ist die entscheidende, weil wirksamste Schadensursache die fehlerhafte Kühlung (Causa proxima), denn vom natürlichen Verderb ist die Ware ständig bedroht; erst durch den vom gewöhnlichen Verlauf der Reise abweichenden Umstand einer nicht ordnungsgemäßen Temperaturführung kommt es zum Schaden (vergl. Enge aaO S. 54 Beispiel 1). Dieser ist kein Beschaffenheits-, sondern Beschädigungsschaden und als solcher grundsätzlich vom Versicherungsumfang gedeckt. Nr. 1.4.1.2 ADS Güterversicherung 73 verfolgt dagegen lediglich den Zweck, solche Schäden aus der Deckung herauszunehmen, die Folge des gewöhnlichen mehr oder weniger zwangsläufigen Geschehensablaufs sind und eben deshalb nicht vom Versicherer getragen werden können (vergl. Enge aaO S. 36). Hierunter fallen die reinen Verderb- bzw. Beschaffenheitsschäden, nicht jedoch die erst im Zusammenwirken mit versicherten Gefahren entstehenden Beschädigungsschäden.

72. OLG Hamburg 27 april 1989, VersR 1991, 544.

Uit het voorgaande volgt dat een eigen gebrek slechts als rechtens relevante oorzaak kan worden aangewezen indien niet sprake is van een (andere) van buiten komende omstandigheid die als rechtens relevante oorzaak kan worden aangemerkt. Met dit laatste wordt bedoeld dat de van buiten komende omstandigheid moet afwijken van de normale gang van zaken.

Wanneer naast het eigen gebrek ook een andere, van buiten komende, oorzaak een rol speelt blijkt tevens dat de leer van de adequate veroorzaking in combinatie met de leer van de *causa remota* kan gelden voor het verzekeringsrecht. Als rechtens relevante oorzaak geldt de verst verwijderde omstandigheid waaruit naar redelijkerwijze valt te verwachten schade zal voortvloeien. Zolang deze eerste omstandigheid niet wordt onderbroken door een andere van de normale gang van zaken afwijkende oorzaak blijft de eerste omstandigheid gelden als de rechtens relevante oorzaak. Zo kan een reeds bestaand eigen gebrek gelden als rechtens relevante oorzaak indien redelijkerwijze was te verwachten dat de schade uit dit gebrek zou voortvloeien. Het is echter mogelijk dat na het ontstaan van het eigen gebrek zich een nieuwe omstandigheid voordoet welke als rechtens relevante oorzaak moet worden aangemerkt. Voorstelbaar is de situatie dat een schip is behept met een eigen gebrek welke normaal gesproken tijdens de reis tot zinken zal leiden. Wanneer dit eigen gebrek tijdens de reis door de bemanning wordt opgemerkt, maar deze geen geëigende maatregelen neemt zal deze laatste omstandigheid als rechtens relevante oorzaak moeten worden aangemerkt. De schade is dan, achteraf gezien, niet langer meer het redelijkerwijze te verwachten gevolg van het eigen gebrek. Anderzijds, wanneer zich een bepaalde omstandigheid voordoet waaruit een eigen gebrek voortvloeit geldt die eerste omstandigheid als rechtens relevante oorzaak als de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van die eerste omstandigheid.

Vanzelfsprekend geldt het voorgaande wanneer sprake is van omstandigheden die in causaal opzicht uit elkaar voortvloeien. De situatie is anders als sprake is van een eigen gebrek en een omstandigheid die niets van doen heeft met dat eigen gebrek. Nog steeds in de sfeer van zinkende schepen is het voorbeeld waarin een schip met een ernstig eigen gebrek (een uitgesloten oorzaak) terecht komt in extreem slechte weersomstandigheden zoals een orkaan (een gedekte oorzaak). Zowel het eigen gebrek zonder de orkaan als de orkaan zonder het eigen gebrek zouden afzonderlijk hebben geleid tot het vergaan van het schip. In deze hypothetische situatie zie ik geen andere oplossing dan betaling van 50% van de schade.

DEEL III

VERPLICHTINGEN VAN DE VERZEKERDE EN CAUSAAL VERBAND

Verplichtingen van de verzekerde: algemeen

De wet en/of polisvoorwaarden kennen bepalingen die de verzekerde verplichten tot zeker handelen of nalaten. In tegenstelling tot het Nederlandse recht brengt het Duitse recht deze verplichtingen onder in één juridische categorie en noemt deze 'Obliegenheiten'. Het rechtskarakter van 'Obliegenheiten' is omstreden. Kenmerkend wordt wel geacht dat het hier geen afdwingbare verplichtingen betreft die eventueel bij niet nakoming leiden tot een verplichting tot schadevergoeding, maar dat het hier voorwaarden betreft voor het recht op schadevergoeding (Voraussetzungstheorie). Pröls is echter in afwijking van, naar hijzelf stelt, de heersende opvatting van mening dat een dergelijke benadering niet juist is, aangezien de wet duidelijk laat uitkomen dat 'Obliegenheiten' als 'echte Rechtspflichten wie alle anderen' moeten worden aangemerkt (Verbindlichkeitstheorie). In beginsel zijn in die laatste visie de verplichtingen wel afdwingbaar en kan niet naleving van de verplichting leiden tot een schadevergoedingsverplichting.¹ Hartkamp lijkt uit te gaan van de 'Voraussetzungstheorie' nu hij een 'Obliegenheit' omschrijft als een verplichting waarvan de niet-nakoming geen recht op nakoming of schadevergoeding geeft, doch leidt tot beperking van contractuele rechten.² Ook Brunner lijkt deze betekenis aan het begrip 'Obliegenheit' te willen verlenen, maar merkt daarbij tevens op dat dergelijke verbintenissen dun gezaaid zijn en in de praktijk niet altijd van echte verbintenissen zijn te onderscheiden.³ Gelet ook vooral op de discussie in de Duitse literatuur, verwezen zij naar Pröls/Martin, lijkt de stelling gerechtvaardigd dat over het rechtskarakter van 'Obliegenheiten' geen eenstemmigheid bestaat.

Ook in het Engelse recht bestaat geen volstrekte duidelijkheid. De hier bedoelde voorwaarden worden aangeduid als een 'warranty', 'a term of the contract of insurance'. Indien de verzekerde zich niet houdt aan een dergelijke warranty eindigt de verzekering van rechtswege tenzij de verzekeraar

1. Pröls/Martin, 2004, § 6, Rn 30.

2. Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 309 en Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 11. Zie ook, onder verwijzing naar Hofmann-Van Opstall, Het Nederlandse Verbintenissenrecht, deel 1, 1976, p. 49, Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, 1989, nr. 164. Vranken meent overigens dat de door hem onderzochte plichten niet als 'Obliegenheiten' moeten worden aangemerkt aangezien zij wel rechtens afdwingbaar zijn.

3. Brunner/de Jong, Verbintenissenrecht algemeen, Kluwer, Deventer, 2004, nr. 11.

laat weten de verzekering te willen voortzetten ('waiver of termination').⁴ Niet nakoming van een warranty leidt doorgaans dus niet tot een verplichting tot schadevergoeding aan de verzekeraar.⁵ Volgens Clarke dient onderscheid te worden gemaakt tussen een 'warranty' en een 'condition precedent', welke laatste term aangeeft dat een contract slechts tot stand kan komen als aan de condition is voldaan. Toch wordt een warranty soms een condition genoemd.⁶ Voorts stelt Clarke dat een warranty 'conditional, but not promissory' is. Artikel 33 MIA lid 1 bepaalt evenwel over het karakter van een warranty:

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.

Verwezen zij tevens naar de bespreking door Clarke van het arrest 'The Good Luck'⁷ waarin de House of Lords een warranty aanmerkt als een 'condition precedent'.⁸

Ook volgens Engels recht lijkt de betekenis van de overkoepelende term warranty derhalve niet geheel duidelijk.

Het onderscheid tussen een Obliegenheit en andersoortige bepalingen is voorts niet altijd gemakkelijk te maken. Een verjarings- of vervaltermijn zou bijvoorbeeld als een 'Obliegenheit' kunnen worden omschreven wanneer deze zou worden aangemerkt als een verplichting van de verzekerde om een vordering binnen een bepaalde termijn bij de rechter aanhangig te maken.⁹ Ook hier gaat het dan om een niet-afdwingbare verplichting. Bovendien leidt niet-nakoming van de verplichting, en dat is tevens onderdeel van de definitie, tot een beperking van de rechten van de verzekerde.

Het Nederlandse recht kent geen overkoepelende term voor de verplichtingen die de verzekerde jegens de verzekeraar in acht heeft te nemen en lijkt de verschillende verplichtingen van de verzekerde ook niet onder één noemer te willen brengen. In het kader van deze studie is het evenwel zinvol in één afgebakend geheel verschillende verplichtingen te bespreken. Bij elk van de verplichtingen gaat het er immers om of het ontbreken van causaal verband van invloed is op de 'sanctie' die volgt op niet-nakoming van een verplichting.

4. Clarke, *The law of insurance contracts*, 1998, nr. 20-1.

5. Clarke, 1998, nr. 20-1.

6. Zie Clarke, 1998, nr. 20-1.

7. (1992) 1 AC 233 (hull); (1991) 2 Lloyd's Rep. 191.

8. Clarke, t.a.p., nr. 20-6C.

9. Dergelijke termijnen worden in het Duitse recht kennelijk niet aangemerkt als 'Obliegenheiten'. De verjarings- en vervaltermijn vindt zijn regeling in artikel 12 VVG en artikel 6 VVG is niet van toepassing.

De gevolgen van de niet nakoming van een verplichting jegens de verzekeraar zijn wisselend. Bij niet-nakoming van de ene verplichting kunnen de gevolgen verder strekkend zijn dan bij niet-nakoming van de andere verplichting. Niet nakoming van de bereddingsplicht bijvoorbeeld leidt zowel volgens artikel 7:957 (7.17.2.18) BW als volgens artikel 283 K (oud) tot een verplichting tot schadevergoeding jegens de verzekeraar. Hetzelfde is het geval bij de verplichting tot het onverwijld mededelen van het schadegeval aan de verzekeraar (artikel 283 lid 1 K en 7:941 ((7.17.1.14)) BW).¹⁰ Vaak ervaren verzekeraars deze sanctie als onvoldoende effectief. Gesteld wordt ook wel dat het hier een in de praktijk nauwelijks te hanteren sanctie betreft.¹¹ Zulks hangt mijns inziens samen met het gegeven dat het zich achteraf vaak moeilijk laat vaststellen of de financiële nadelige gevolgen niet hadden opgetreden in het geval de verzekerde zijn verplichtingen wel na was gekomen. In polisvoorwaarden is dan ook meestal een andere sanctie opgenomen: het verval van het recht op uitkering. Uit hetgeen hierna aan de orde komt zal echter blijken dat verzekeraars deze sanctie niet altijd onverkort kunnen toepassen.

Wanneer de verzekerde niet voldoet aan de verplichting tot het mededelen van een risicoverzwarende omstandigheid zal de dekking onder de polis veelal eindigen.¹² Niet nakoming van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering daarentegen leidt volgens het huidige artikel 251 K tot vernietigbaarheid van de verzekeringsovereenkomst. Volgens artikel 7:929 (7.17.1.5) e.v. BW echter blijft de overeenkomst alsdan in beginsel bestaan, maar zal de verzekeraar onder bepaalde omstandigheden niet langer gehouden zijn schadevergoeding te betalen.

Gelet op de in het Duitse en Engelse recht bestaande onduidelijkheid over de betekenis van een overkoepelend begrip betreffende de verplichtingen van de verzekerde, lijkt het niet voor de hand te liggen pogingen te doen een dergelijke eenduidige benadering te introduceren in het Nederlandse recht. Toch lijkt de term 'Obliegenheit' in de betekenis van de Voraussetzungenstheorie voor het verzekeringsrecht wel relevantie te hebben nu de hier besproken verplichtingen van de verzekerde in de verzekeringspraktijk normaal gesproken niet worden afgedwongen. Het is bijvoorbeeld niet goed voorstelbaar dat een verzekeraar een juridische procedure start waarin hij vordert dat verzekerde omstandigheden mededeelt die betrekking hebben op risicoverzwarende of waarin hij vordert dat verzekerde een schadegeval meldt. Zulks is inherent aan de verzekeringsovereenkomst aangezien pas achteraf kan worden geconstateerd dat de verzekerde niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Het vertrouwensbeginsel brengt mee dat de verzekeraar ervan mag en in feite ook van moet uitgaan dat de verze-

10. Opgemerkt zij dat artikel 7:941 lid 3 BW wel de mogelijkheid noemt dat verzekeraars in de polisvoorwaarden bepalen dat bij schending van deze verplichting het recht op schadevergoeding komt te vervallen.

11. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 164.

12. Zie mijn artikel Rechtsgevolgen van risicoverzwarende, NTBR 1996, p. 160.

kerde zijn verplichtingen in de hier bedoelde zin nakomt. De verzekerde zal dan ook tegengeworpen kunnen krijgen dat hij geen beroep kan doen op het hem door de verzekeringsovereenkomst toegekende recht op schadevergoeding, indien hij zijn verplichtingen schendt. Ook dit, een beperking op de contractuele rechten van de verzekerde, komt overeen met wat veelal wordt verstaan onder de term 'Obliegenheit'. Het gegeven dat ook andere rechtsgevolgen mogelijk zijn doet hieraan niet af.

De verplichtingen kunnen betrekking hebben op de periode vóór en ná het moment dat het schadegeval zich heeft voorgedaan.¹³ Als belangrijkste verplichtingen zijn aan te merken:

- de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering,
- verplichtingen in het geval dat zich na het afsluiten van de verzekering een risicoverzwaaring voordoet,
- de verplichting tot het nemen van maatregelen teneinde de schade te voorkomen dan wel te verminderen,
- de verplichting een schadegeval zo spoedig mogelijk aan de verzekeraar door te geven,
- de verplichting de verzekeraar gegevens te verschaffen teneinde de schade vast te stellen.

Opvallend is dat slechts de als tweede en derde genoemde verplichtingen enigszins van doen hebben met het ontstaan van het schadegeval en/of de daaruit voortvloeiende schade. In het geval van de andere verplichtingen (mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering, mededelingsplicht betreffende het schadegeval, het verschaffen van gegevens ten behoeve van de schadevaststelling) kan er van causaal verband tussen het schenden van deze verplichtingen en het ontstaan van het schadegeval sprake zijn. Uiteindelijk gaat het er echter om of de belangen van de verzekeraar zijn geschaad door het gedrag van de verzekerde en doet het er niet toe of deze belangenbeschadiging betrekking heeft op het ontstaan van het schadegeval dan wel zich *direct* vertaalt in de hoogte van het door de verzekeraar uit te betalen schadebedrag. Verzekeraars verlangen immers nakoming van de verplichtingen omdat zij willen voorkomen dat, al dan niet in de verre toekomst, schadevergoedingen dienen te worden betaald die zij op grond van kansberekeningen niet hadden ingeschat. Aan de orde is steeds of er causaal verband bestaat tussen de schending van de verplichting en de (benadeling van) de belangen van de verzekeraar. Aan de orde behoort derhalve niet altijd te zijn de vraag of er causaal verband bestaat tussen het gedrag van de verzekerde en de hoogte van het in het concrete geval uit te keren schadebedrag.¹⁴

13. Zie voor dit onderscheid Prölls/Martin, 2004, § 6, Rn. 91 e.v.

14. Volgens Prölls/Martin (Prölls), 2004, § 6, Rn 104 kan bij Obliegenheiten ná het schadegeval causaal verband een rol spelen. In geval van grove schuld blijft de verzekeraar gehouden te betalen '*als die Verletzung (aa) keinen Einfluß auf die Feststellung des Versfalls, (bb) keinen Einfluß auf die Feststellung der dem Versicherer obliegenden Leistung, (cc) keinen Einfluß auf den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung gehabt hat (Kausalitätsprinzip).*

De verplichtingen van de verzekerde kunnen zowel in de wet als in de polisbepalingen zijn opgenomen. Zoals hiervoor geconstateerd kent het Nederlandse recht hierover geen algemene wettelijke regeling. Bepaalde onderwerpen zijn afzonderlijk geregeld. Het Duitse recht kent daarentegen wel een uitgebreide wettelijke regeling ten aanzien van de verplichtingen van de verzekerde. Op de contractuele 'Obliegenheiten' in het algemeen is artikel 6 VVG van toepassing, terwijl een aantal verplichtingen ook expliciet in de wet is opgenomen. Verwezen zij naar § 16 e.v. VVG (mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering), § 23 e.v. (risicoverzwaren), § 33 e.v. (mededelingsplicht ten aanzien van het schadegeval en de schade), § 62 e.v. (bereddingsplicht). In het Engelse recht is het begrip 'warranty' in de doctrine en de rechtspraak ontwikkeld. Slechts voor de transportverzekering gelden de artikelen 33-41 MIA.

Steeds doet zich de vraag voor welke de rechtsgevolgen zijn als de verzekerde zijn verplichtingen schendt. Voor deze studie is in het bijzonder van belang welke de rechtsgevolgen zijn wanneer een schending van de verplichting niets van doen heeft met de nadien opgetreden schade of met enige benadeling van de belangen van de verzekeraar. Met andere woorden, kan de verzekeraar onverkort sancties verbinden aan schending van de verplichtingen door de verzekerde als er geen causaal verband bestaat tussen deze schending en de schade, dan wel de benadeling van het belang van de verzekeraar?

De hier centraal gestelde vraag houdt de gemoederen in het verzekeringsrecht bezig. In rechtspraak en wetgeving is een ontwikkeling betreffende dit onderwerp gaande. Zulks is merkbaar bij mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering waar het huidige BW, zo wordt in het algemeen gesteld, een geheel nieuwe regeling aangaande causaal verband kent die afwijkt van de rechtsontwikkeling in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot nu toe. Bij het onderwerp risicoverzwaren is het voorspellen op welke wijze de vraag bij de diverse deelonderwerpen dient te worden beantwoord. De rechtspraak van de Hoge Raad geeft niet altijd een duidelijk richtsnoer.

Vergelijking met het Duitse en Engelse recht brengt een eenduidig antwoord op de implicaties van het ontbreken van causaal verband niet nader. Duidelijk wordt althans dat buiten het Nederlandse recht geen eenstemmigheid heerst. Grosso modo kan immers worden gesteld dat het Duitse recht meer geneigd is het causaal verband tussen het niet-nakomen van een verplichting en de schade dan wel beschadiging van de belangen van de verzekeraar voor de vergoedingsplicht van de verzekeraar van belang te achten dan het Engelse recht. Hieruit blijkt dat verschillende benaderingen mogelijk zijn.

Het lijkt erop dat het causaal verband geen zelfstandig beginsel is dat het antwoord op de hier gestelde vraag bepaalt. Het lijkt dan ook misplaatst

om te spreken over het 'causaliteitsbeginsel' of 'causaliteitsprincipe'.¹⁵ Veel-
eer lijkt het algemene beginsel van de redelijkheid en billijkheid het beslissende criterium te zijn. Uiteindelijk zal dit beginsel moeten bepalen of de verzekeraar ondanks het ontbreken van causaal verband tussen een schending van een verplichting door een verzekerde en de schade (inclusief de beschadiging van de belangen van de verzekeraar) een beroep kan doen op wettelijke dan wel polisbepalingen waarin hij van zijn verplichting tot schadevergoeding wordt ontheven. Hierbij speelt zowel de aanvullende als de beperkende werking van het beginsel, verwezen zij in dit verband naar artikel 6:2 en 6:248 BW, een rol. Aanvullend in die zin dat, ook al is zulks niet uitdrukkelijk bepaald in de wet of de polisvoorwaarden, het ontbreken van causaal verband van invloed kan zijn op het beroep van de verzekeraar op een polisbepaling waaruit in beginsel volgt dat hij vanwege het niet nakomen van een verplichting door de verzekerde zijn verbintenis tot schadevergoeding niet hoeft na te komen. Beperkend in die zin dat het ontbreken van causaal verband gevolgen kan hebben voor de mogelijkheid van de verzekeraar onverkort vast te houden aan polisbepalingen volgens welke hij zijn verplichting tot schadevergoeding niet hoeft na te komen. Het betreft hier een gangbaar onderscheid. Duidelijk is echter dat in de praktijk de figuren niet gemakkelijk te scheiden zijn: het één impliceert het ander.¹⁶

15. Kennelijk anders Pröls/Martin, 2004, § 6 Rn. 104 alwaar de term 'Kausalitätsprinzip' wordt gebruikt.

16. Zie in dit verband Rijken, Redelijkheid en billijkheid, Mon. Nieuw BW A-5, 1994, nr. 32.

SCHEMDING VAN DE MEDEDELINGSPLICHT BIJ HET AFSLUITEN VAN DE VERZEKERING EN CAUSAAL VERBAND

8.1 Karakter van de wettelijke regeling

In artikel 7:928 (7.17.1.4) BW is de verzwijgingsregeling neergelegd in de vorm van een mededelingsplicht van de verzekeringnemer. Ingevolge het eerste lid van dit artikel is de verzekeringnemer verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen. De verzwijgingsregeling¹ is juridisch gezien een verbijzondering van de algemene regels inzake dwaling en bedrog in de artikelen 6:228 en 3:44 BW. De wettelijke regeling wordt vooral gekenmerkt door de gedachte dat, in tegenstelling tot artikel 251 K (oud), de sanctieregeling zoveel mogelijk moet zijn gericht op continuering van de verzekeringsovereenkomst. Slechts in twee gevallen kan de verzekeraar met dadelijke ingang de verzekering opzeggen:

- wanneer de verzekeraar in het geheel geen verzekering had gesloten als hij op de hoogte was geweest van de ware stand van zaken
- wanneer de verzekerde de ware stand van zaken niet heeft medegedeeld met het opzet de verzekeraar te misleiden.

In de overige gevallen dient aan de hand van het zgn. causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel te worden beoordeeld of de verzekeraar na het zich voordoen van een schadegeval, ondanks schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering, zijn verplichting tot schadevergoeding dient na te komen.²

1. De term 'verzwijging' dekt niet de gehele lading aangezien schending van de mededelingsplicht zowel *niet* als *onjuist* mededelen kan inhouden. Uit praktisch oogpunt, de term is kort in vergelijking met 'niet nakoming van de mededelingsplicht bij het sluiten van de verzekering', gebruik ik de term hierna als overkoepelend begrip.

2. De regeling verschilt in aanzienlijke mate van artikel 251 K (oud). Daarin werd bepaald dat de verzekering, met terugwerkende kracht, kon worden vernietigd als de verzekeringnemer niet had voldaan aan zijn mededelingsverplichting. Deze regeling werd gekenmerkt door een 'altijd niets' principe. Algemeen wordt aangenomen dat de verzwijgingsregeling aan herziening toe was. In de loop der jaren is het strenge karakter van de sanctie van artikel 251 K (oud) in toenemende mate bekritiseerd in de literatuur. Die kritiek betreft in hoofdzaak de uiterst ernstige gevolgen voor de verzekerde. De verzekerde raakte zijn risicodekking geheel kwijt ook in het geval de verzekeraar bij een juiste en volledige opgave de verzekering had geaccepteerd tegen beperkende voorwaarden of tegen een hogere premie. Zie Clausing, VA 1980, p. 264. Bovendien liep hij ook het risico dat hij zich in het geheel niet meer kon verzekeren. Zie Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 113. Toch kende ook artikel 251 K (oud) enige matiging van deze voor de verzekerde zeer harde regeling. Daarnaast heeft de jurisprudentie in de loop van de jaren een verzachting van de regeling bewerkstelligd.

Het causaliteitsbeginsel maakt deel uit van een in artikel 7:929 (7.17.1.5)-7:930 (7.17.1.6) BW gecreëerd systeem, dat bepaalt wanneer dit beginsel kan worden toegepast. Dit systeem zal derhalve in het onderhavige hoofdstuk worden beschreven. Tevens zal, als inleiding op het eigenlijke onderwerp, kort aandacht worden besteed aan de voorwaarden voor een beroep op verzwijging. Het sanctiestelsel is zonder deze beschrijving moeilijk te plaatsen.

8.2 Voorwaarden voor een beroep op verzwijging

Voor een succesvol beroep op verzwijging door de verzekeraar moet zijn voldaan aan een aantal vereisten namelijk het kennis-, kenbaarheids-, relevantie- en verschoonbaarheidsvereiste.

Deze vereisten zijn alle opgenomen in artikel 7:928 (7.17.1.4) BW.

Het *kennisvereiste* duidt aan dat de verzekeringsovereenkomst in stand blijft als de verzekeringnemer terzake van de onjuiste opgave geen enkel verwijt treft omdat hij de ware stand van zaken niet kende en ook niet behoefde te kennen.

Het *kenbaarheidsvereiste* is in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen en duidt aan dat de mededelingsplicht slechts ziet op feiten waarvan, naar de verzekeringnemer wist of behoorde te weten, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen (het zgn. ruime kenbaarheidsvereiste).³

Volgens het met het kenbaarheidsvereiste in verband staande *relevantievereiste* kan de verzekeraar alleen dan een beroep doen op artikel 7:928 e.v. BW als de achteraf gebleken feiten die de verzekeringnemer niet of niet juist heeft medegedeeld een redelijk handelend verzekeraar ervan zou hebben weerhouden de in concreto gesloten verzekeringsovereenkomst aan te gaan. Zulks volgt uit artikel 7:928 lid 1 en 4 BW.

Het verschoonbaarheidsvereiste tenslotte brengt mee dat de verzekeraar geen beroep kan doen op artikel 7:928 e.v. BW als de mededelingsplicht feiten betreft die de verzekeraar kende of behoorde te kennen.

De verzekeringsrechtelijke literatuur bespreekt deze vereisten op uitgebreide wijze zodat in het kader van dit boek, los van het feit dat het onderzoek geen betrekking heeft op de gehele verzwijgingsproblematiek, met uitzondering van het relevantievereiste nadere behandeling niet zal plaatsvinden.⁴ Zoals hierna zal blijken vertoont dit laatste vereiste immers raakvlakken met het in artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW opgenomen causaliteitsvereiste.

3. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 99. Wery/Mendel, 2004, p. 54 e.v.

4. Wansink/Van Garderen-Groeneveld, Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten, Zwolle 1993, p. 19 e.v.

8.2.1 Relevantievereiste

Het hiervoor weergegeven relevantievereiste kan tevens worden verwoord in termen van causaliteit: er moet causaal verband bestaan tussen de niet-medegedeelde omstandigheid en het door de verzekeraar te beoordelen risico. Niet zeker is of de toetsing dient plaats te vinden aan de hand van het criterium redelijk handelend verzekeraar. Artikel 7:928 (7.17.1.4) lid 4 BW noemt slechts *de* verzekeraar. Naar verwachting zal een verzekeraar zich echter bij een beroep op artikel 7:928 (7.17.1.4) e.v BW op basis van artikel 6:2 BW dienen te conformeren aan het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar, tenzij deze verzekeraar zijn afwijkende opvatting in de marketinginformatie omtrent de in het geding zijnde polis heeft kenbaar gemaakt.⁵ Onder het oude recht vond toetsing plaats aan de hand van de beoordeling van een *redelijk handelend verzekeraar*.⁶

8.3 Rechtsgevolgen bij niet-nakoming mededelingsplicht

Artikel 7:929 lid 1 (7.17.1.5) BW bepaalt slechts dat de verzekeraar na ontdekking van de 'verzwijging' de verzekeringnemer kan wijzen op de niet-nakoming onder vermelding van de mogelijke gevolgen.⁷ Onderhandeling over wijziging van de verzekeringsovereenkomst geschiedt alleen dan als de verzekeringnemer daarop aanstuurt.⁸ De wetgever heeft er bewust voor gekozen de verzekeraar niet de mogelijkheid te verstrekken om de verzekeringsovereenkomst te wijzigen. De toelichting luidt als volgt:

*Er is – in afwijking van het voorontwerp – van afgezien onderhandelingen voor te schrijven, omdat van de verzekeraar niet steeds kan worden gevergd dat hij een voorstel tot wijziging doet, en de wetgever niet kan voorschrijven dat, en hoe, onderhandelingen tot een goed einde moeten leiden. Aldus verdient het de voorkeur alleen een wettelijke regeling te geven binnen het kader waarvan onderhandelingen moeten plaatsvinden.*⁹

Bijgevolg is deze regeling curieus te noemen. Het zou toch immers in de rede liggen de verzekeraar de *mogelijkheid* te geven de verzekeringsvoorwaarden middels wijziging van de overeenkomst af te stemmen op de fei-

5. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 104. Zie ook Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 3.56.

6. HR 19 mei 1978, NJ 1978, 607 m.nt. BW (Hotel Wilhelmina). Gangbaar is de mening dat deze beoordeling ruimer opgevat moet worden dan de beoordeling volgens de gangbare opvattingen binnen het verzekeringsbedrijf. Het zal, naar mag worden gehoopt, niet vaak het geval zijn, maar het is immers mogelijk dat opvattingen binnen de bedrijfstak niet in overeenstemming zijn met de redelijkheid. Zie Wansink/Van Garderen-Groeneveld, t.a.p., p. 33.

7. Artikel 7:929 (7.17.1.5) lid 2 BW noemt de twee omstandigheden op grond waarvan de verzekeraar binnen twee maanden na ontdekking van de 'verzwijging' met dadelijke ingang kan opzeggen. Verwezen zij naar nr. 8.1.

8. Vgl. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 116 alwaar wordt opgemerkt dat het aan de verzekeringnemer om het door de verzekeraar gemaakte voorbehoud voor kennisgeving aan te nemen, in overleg met de verzekeraar tot een wijziging proberen te komen, dan wel de verzekering binnen twee weken op te zeggen.

9. Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 10.

ten en omstandigheden die hem later bekend zijn geworden. Voor de hand ligt dan om de verzekeringnemer de mogelijkheid te verlenen bezwaar tegen deze wijziging te maken dan wel om de verzekering op te zeggen indien hij zich niet kan vinden in de nieuwe voorwaarden. De motivering van de Minister schiet mijn inziens tekort. Niet in te zien valt immers dat in de wet een *verplichting* tot wijziging van de verzekering moet worden opgenomen. Dommering-Van Rongen stelt dat in de praktijk aan de mogelijkheid van wijziging van de overeenkomst behoefte bestaat.¹⁰ Zij komt evenwel tot de conclusie dat de verzekeraar in feite hetzelfde bereikt wanneer hij de verzekeringnemer op de rechtsgevolgen wijst. Dit nu is, gelet op de hierna bedoelde bevindingen over de verhouding tussen het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel, zeer de vraag.

8.4 Artikel 7:930 (7.17.1.6) BW: Schadevergoeding. Causaal verband en proportionaliteit

Artikel 7:930 (7.17.1.6) BW kent een verzwijgingsregeling met andere rechtsgevolgen dan artikel 251 K (oud). Het 'altijd niets' beginsel maakt plaats voor een meer genuanceerd rechtsgevolg, waarbij de verzekerde onder bepaalde omstandigheden het recht op een (gedeeltelijke) schadeuitkering behoudt ook al heeft hij bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst feiten of omstandigheden verzwegen dan wel onjuist meege-deeld.

Het rechtsgevolg van het niet nakomen van de mededelingsplicht is in de artikelen 7:929-930 (7.17.1.5-7.17.1.6) BW geregeld, in het kader waarvan het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol spelen. Het 'altijd niets' beginsel blijft evenwel in twee situaties onverkort van toepassing. Artikel 7:929 (7.17.1.5) lid 2 BW bepaalt dat de verzekeraar met onmiddellijke ingang de verzekering kan opzeggen indien hij ontdekt dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden of bij die kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Artikel 7:930 lid 4 BW bepaalt dat de verzekeraar onder deze omstandigheden in geen geval uitkering is verschuldigd. Onder opzet dient volgens de toelichting te worden verstaan het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan, die hij anders niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. De bewijslast rust op de verzekeraar. De verzekeraar zal zulks niet gemakkelijk rechtstreeks kunnen bewijzen. Mogelijk zal de verzekeraar het bewijs echter kunnen leveren met op feiten en omstandigheden gebaseerde vermoedens. Wansink/Van Garderen zien hier enige kans van slagen, *'met name wanneer hij gebruik maakt van eenduidige en scherp omlinjnde vragen, die voor een verschoonbare onjuiste of onvolledige beantwoording nauwelijks of geen ruimte laten en die tegelijkertijd tot uitdrukking*

10. Dommering-van Rongen, De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering. In: Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht (red. Kamphuisen en Wansink e.a.), Kluwer Deventer, 2005, nr. 2.2.

*brenge dat de verzekeraar de gevraagde gegevens voor de beoordeling van het risico van belang acht.*¹¹

Niet geheel duidelijk is het criterium 'in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten'. Betekent dit dat de verzekeraar de 'betreffende verzekering', of 'welke verzekering dan ook' niet had willen sluiten. Het eerste ligt het meest voor de hand. Maar hoe beperkt of ruim moet de 'betreffende verzekering' worden aangemerkt? Als bijvoorbeeld een bepaalde verzekeraar de 'betreffende verzekering' niet onder andere voorwaarden aanbiedt, maar een andere verzekeraar wel, is dan voldaan aan het criterium dat hij 'in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten'? In dit opzicht dient nog te worden gezocht naar een bruikbaar criterium. In beginsel zou mijns inziens doorslaggevend moeten zijn hetgeen in een bepaalde branche gebruikelijk is. Niet van belang is dan dat de betreffende verzekeraar een mager aanbod heeft. Anderzijds behoeft ook niet te worden gespeurd naar een verzekeraar die een dergelijke verzekering onder bijzondere voorwaarden, afwijkend van hetgeen in de branche gebruikelijk is, aanbiedt.

Het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel maakt deel uit van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW dat als volgt luidt:

1. *Indien aan de in artikel 4 omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, bestaat alleen recht op uitkering overeenkomstig de leden 2 en 3.*
2. *De bedongen uitkering geschiedt onverkort, indien de niet of onjuist meegedeelde feiten van geen belang zijn voor de beoordeling van het risico, zoals dit zich heeft verwezenlijkt (het zgn. causaliteitsbeginsel: AB).*
3. *Indien aan lid 2 niet is voldaan, maar de verzekeraar bij kennis van de ware zaken een hogere premie zou hebben bedongen, of de verzekering tot een lager bedrag zou hebben gesloten, wordt de uitkering verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer of de verzekerde som minder zou hebben bedragen. Zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden hebben gesteld, dan is slechts een uitkering verschuldigd als waren deze in de overeenkomst opgenomen. (het zgn. proportionaliteitsbeginsel: AB).*
4. *In afwijking van de leden 2 en 3 is geen uitkering verschuldigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten.*
5. *In afwijking van de leden 2 en 3 is geen uitkering verschuldigd aan de verzekeringnemer of de derde, bedoeld in artikel 4 lid 2 of lid 3, die heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Evenmin is een uitkering verschuldigd aan de derde indien de verzekeringnemer, met het opzet de verzekeraar te misleiden, niet heeft voldaan aan de mededelingsplicht betreffende de derde.*

8.4.1 Causaliteitsbeginsel

Het verzwijgen of onjuist mededelen van bepaalde feiten en/of omstandigheden kan niet als oorzaak van een evenement worden aangemerkt. De

11. Wansink/Van Garderen-Groeneveld, 1993, nr. 26.

verzwijging zelf kan immers een schadevoorzval niet bewerkstelligen. Wel kan het verzwegen *feit* of de verzwegen *omstandigheid* een rol spelen bij het plaatsvinden van het evenement, maar dit is niet noodzakelijk. Artikel 7:930 (7.17.1.6) BW bepaalt dan ook niet dat wanneer causaal verband tussen het verzwegen feit en de (oorzaak van de) schade ontbreekt de verzekeraar niet langer een beroep kan doen op schending van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer.¹² Het causaliteitsbeginsel houdt immers in dat wanneer er geen causaal verband tussen de niet of onjuist medegedeelde feiten enerzijds en de *beoordeling van het risico, zoals zich dat heeft verwezenlijkt* anderzijds bestaat, de verzekeraar zich niet op verzwijging kan beroepen. Hiermee zijn er bij het causaliteitsbeginsel twee elementen te onderscheiden:

- het schadevoorzval
- de beoordeling van het risico

Aldus blijft dus mede de beoordeling van het te verzekeren risico en niet alleen het schadevoorzval het uitgangspunt. Meijer merkt in dit verband op:

‘Echter, het gaat hierbij om meer dan gewone ‘causaliteit’. Ook als de onjuist of onvolledig medegedeelde feiten niet causaal hebben bijgedragen tot de risico-realiserie, maar wel de kans hebben vergroot dat dit risico zich zou verwezenlijken, is er geen aanspraak op een integrale uitkering. Cruciaal is derhalve de invloed die de verzwegen feiten, indien wel dadelijk medegedeeld, zou hebben gehad op de toenmalige inschatting door de verzekeraar van het betreffende risico, en zulks zowel naar aard als naar omvang.’¹³

Volgens In ’t Veldt-Meyer kan toepassing van het causaliteitscriterium een probleem opleveren omdat de aard van de relatie tussen de feiten die de verzekeraar van belang acht en het risico zeer verschillend is: soms direct en duidelijk causaal, soms indirect en dan vaak nauwelijks causaal.¹⁴ Ook omstandigheden zoals het niet-mededelen van een ‘schade-verleden’ kunnen dus tot de toepassing van het causaliteitsbeginsel leiden.¹⁵

Het causaliteitsvereiste is gedeeltelijk een herhaling van het relevantievereiste van artikel 7:928 (7.17.1.4) BW: de verzekerde hoeft geen feiten mede te delen die geen negatieve invloed hebben op de beoordeling van het risico door de verzekeraar. Van belang is dus de eventuele relatie tussen

12. Soms ontstaat de indruk dat men een andere mening is toegedaan. Zie bijvoorbeeld Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 3.85; Mijnssen, Clausing bundel, p. 88.

13. R.S. Meijer, De mededelingsplicht van de aspirant verzekeringsnemer (art. 7.17.1.4-6a ONBW en art. 251 K), Euroforum cursus Nieuw Verzekeringsrecht 29 oktober 2002 Soest, p. 8. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 11. Reeds eerder is in Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 119 bepleit dat het causaliteitsbeginsel niet alleen ziet op de kans dat het desbetreffende voorval zich zou voordoen groter werd, maar tevens op de kans dat de omvang van de schade als gevolg van het schadevoorzval in ongunstige zin zou worden beïnvloed. In het arrest Sjors/Amev (HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119, m.nt. MMM) werd beslist dat niet alleen van belang is het causaal verband tussen merkelijke schuld en het ontstaan van de brand. Artikel 294 K is volgens de Hoge Raad tevens van toepassing als het gedrag van de verzekerde van invloed is geweest op de omvang van de schade.

14. In ’t Veldt-Meyer, Het verzekeringsrecht en het NBW-I, Verzwijging en risicoverzwaarig, VA 1981, p. 16. Zie ook in deze zin Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 119.

15. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 119.

verzwegen omstandigheden en het *te beoordelen risico*. Nieuw is dat artikel 7:930 (7.17.1.6) BW het relevantievereiste toespitst op het risico *zoals dat zich heeft verwezenlijkt*. Hierdoor gaat het schadeveroorzakende evenement wel een rol spelen. De MvT licht als volgt toe:

'De uitkering geschiedt onverkort indien aan de in lid 2 gestelde eisen is voldaan. Het gestelde criterium verlangt dat de niet of onjuist opgegeven feiten niet alleen geen enkele rol hebben gespeeld bij de verwezenlijking van het risico (eerste element: AB), maar ook dat zij de kans dat het risico zich op deze wijze zou verwezenlijken, niet hebben vergroot (tweede element: AB).'¹⁶

Vervolgens worden de volgende voorbeelden gegeven:

'Indien in een pand naast het tegen brand verzekerde huis brandgevaarlijke werkzaamheden worden verricht, welk feit was verzwegen, doch het verzekerde huis door blikseminslag afbrandt, is aan beide gestelde voorwaarden voldaan. Hetzelfde geldt indien het huis zowel tegen brand als tegen storm is verzekerd en het stormschade lijdt. Wanneer daarentegen bij het sluiten van een automobielverzekering tegen eigen schade vorige aanrijdingen zijn verzwegen en opnieuw door eigen schuld een aanrijding ontstaat, dan hebben de vorige aanrijdingen daartoe niet bijgedragen, maar hun bekendheid zou het oordeel over de kans van een nieuwe aanrijding ongunstiger hebben doen uitvallen.'¹⁷

Gelet op het vorenstaande zal toepassing van het causaliteitsbeginsel niet altijd gemakkelijk zijn.¹⁸ Zou er sprake zijn van causaal verband in het in de MvT genoemde voorbeeld wanneer na het afsluiten van de verzekering een aanrijding buiten de schuld van de verzekerde is ontstaan? Er is wel sprake van een verband, maar naar mijn mening is dit verband niet voldoende causaal bepaald omdat eerdere aanrijdingen niets behoeven te zeggen over de kans dat in de toekomst een aanrijding buiten de schuld van verzekerde zal plaatsvinden. Ook in het volgende voorbeeld lijkt het causaal verband te ontbreken. Verzekerde sticht op 17-jarige leeftijd brand. De kinderrechter beschouwt het delict als een jeugddetentie en veroordeelt verzekerde tot twee weken voorwaardelijke jeugddetentie. Op 23 jarige leeftijd sluit verzekerde een inboedelverzekering af. Nadien, gedurende verblijf van verzekerde in het buitenland, breekt brand uit die blijkt te zijn gesticht door een derde. Wel daarentegen lijkt er causaal verband te zijn in het geval dat verzekerde een veroordeling vanwege seksueel misbruik van een minderjarige verzwijgt bij het afsluiten van een opstalverzekering en nadien door boze buurtbewoners die van deze veroordeling op de hoogte zijn geraakt brand wordt gesticht. Overigens lijkt de verzekeraar in het laatste voorbeeld geen beroep te kunnen doen op het niet nakomen van de mededelingsplicht vanwege het relevantievereiste. Niet in te zien valt immers dat een veroorde-

16. Kamerstukken II 1985/86, nr. 19 529, nr. 3, p. 11.

17. Kamerstukken II 1985/86, nr. 19 529, nr. 3, p. 11.

18. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 119.

ling vanwege seksueel misbruik een redelijk handelend verzekeraar ervan zou weerhouden een opstalverzekering af te sluiten.

8.4.2 Proportionaliteitsbeginsel

Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de verzekeringnemer recht heeft op schadevergoeding op basis van de in artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 3 BW genoemde criteria. Indien de verzekeraar een hogere premie dan wel een lagere verzekerde som zou hebben gehanteerd ware hij op de hoogte van de werkelijke feiten en/of omstandigheden, dan heeft de verzekerde recht op schadevergoeding evenredig aan de verhouding tussen de bij het sluiten overeengekomen premie/verzekerde som en voornoemde hogere premie resp. lagere verzekerde som. Volgens de Minister zal het eerste geval (de premie) zich voornamelijk voordoen bij schade-, het tweede (verzekerde som) bij levensverzekering.¹⁹ Volgens het Ontwerp 1986 van Titel 7.17 BW kwam de verzekerde niet in aanmerking voor (gedeeltelijke) schadevergoeding indien vast zou komen te staan dat de verzekeraar andere polisvoorwaarden (bijv. uitsluitingen of garanties) zou hebben bedongen.²⁰ In het Ontwerp 2000 is in deze lacune voorzien door aan artikel 7.17.1.6 lid 3 NBW toe te voegen: *'Zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden hebben gesteld, dan is slechts een uitkering verschuldigd als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen.'*

8.4.3 Verhouding causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel

De wetgever heeft ervoor gekozen het proportionaliteitsbeginsel te doen aansluiten op het causaliteitsbeginsel. Volgens de bewoordingen van lid 3 ('indien aan lid 2 niet is voldaan') en lid 2 ('de bedongen uitkering geschiedt onverkort') treedt het proportionaliteitsbeginsel alleen dan in werking als sprake is van causaal verband. Alsdan behoudt de verzekerde dus mogelijk recht op vergoeding van (een deel van) zijn schade. Zulks betekent dat indien er géén sprake is van causaal verband in de zin van lid 2, de verzekerde recht heeft op volledige schadevergoeding.

Ook volgens de toelichting is dit systeem het uitgangspunt:

Volgens lid 3 bestaat wanneer aan lid 2 niet is voldaan, toch nog in twee gevallen recht op een, zij het verminderde, uitkering.²¹

Zoals eerder opgemerkt bestond aanvankelijk geen recht op uitkering als de verzekeraar ware hij op de hoogte van de werkelijke feiten en omstandigheden de verzekering onder andere voorwaarden zou hebben afgesloten. In de toelichting op de wijziging dienaangaande merkt de Minister op: *Er is dan geen uitkering verschuldigd* (volgens de regeling vóór de wijziging

19. Kamerstukken II 1985/86, nr. 19 529, nr. 3, p. 11.

20. Kamerstukken II 1985/86, nr. 19 529, nr. 3, p. 12.

21. Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 11.

in het wetsontwerp: AB) *behoudens indien het geval van het tweede lid zich voordoet* (causaal verband ontbreekt: AB).²²

In de literatuur wordt tevens van dit systeem uitgegaan. Dommering-van Rongen merkt op dat eventueel een naar evenredigheid verminderde uitkering verschuldigd is, 'indien de verzwegen omstandigheid wel voor de beoordeling van het risico, zoals zich dat heeft verwezenlijkt, van belang is geweest'.²³

De verzekeraar blijft dus bij het ontbreken van causaal verband gehouden de gehele schade te vergoeden ook al zou volgens de voorwaarden overeenstemmend met de werkelijke feiten en omstandigheden daadwerkelijk een hogere premie, een hoger eigen risico, een lagere verzekerde som, aanvullende uitsluitingen en/of garanties zijn overeengekomen. In dit opzicht prevaleert het causaliteitsbeginsel boven het proportionaliteitsbeginsel. Zulks geldt (zelfs) tevens als de verzekeraar van de 'verzwijging' door de verzekeringnemer op de hoogte geraakt vóórdat het schadevooral zich heeft voorgedaan. De wet voorziet immers niet in de mogelijkheid voor de verzekeraar om de overeenkomst alsdan te wijzigen. Naar mijn mening is aldus sprake van een onevenwichtige regeling: het zou de voorkeur verdienen om de verzekeraar de mogelijkheid te verschaffen de verzekeringsovereenkomst aan te passen. Overigens zijn de artikelen 7:928-930 BW slechts van dwingend recht ten aanzien van de consument. In het zakelijke verkeer kan dus in afwijking van de wet in de polisvoorwaarden worden bepaald dat de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging de verzekeringsovereenkomst mag aanpassen.

8.4.4 Bewijslastverdeling

De verzwijgingsregeling in Boek 7 Titel 17 BW kent geen bepaling over de bewijslastverdeling. Uitgangspunt is de algemene regel 'degene die stelt dient te bewijzen'.

Wanneer aan de voorwaarden van verzwijging is voldaan zal de verzekerde dienen te stellen en zonodig te bewijzen dat hij desondanks recht heeft op schadevergoeding omdat niet is voldaan aan het vereiste van causaal verband in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW.

Onder het oude recht kon de verzekeraar volstaan met de stelling dat hij de verzekering *niet* dan wel *op andere voorwaarden* zou hebben afgesloten. In beide gevallen was hij in het geheel niet tot schadevergoeding gehouden. Volgens artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW echter behoeft de verzekeraar slechts dan in het geheel geen schade te vergoeden wanneer hij de verzekering in het geheel niet zou hebben afgesloten (en wanneer sprake is van opzet tot misleiding). Wanneer hij de verzekering op andere voorwaarden

22. Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 22.

23. Dommering-van Rongen, 2005, nr. 3.3. Vgl. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 119. Van Huizen, Wezeman, Zevenbergen, Grondslagen verzekeringsrecht, Koninklijke Vermande/Open Universiteit, 1996, nr. 20 maken een kennelijke vergissing door als voorwaarde voor toepasselijkheid van het proportionaliteitsbeginsel te stellen het *ontbreken van* causaal verband.

zou hebben afgesloten zal hij mogelijk ingevolge artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 en 3 BW de schade, al dan niet gedeeltelijk, moeten vergoeden. Voor de bewijslastverdeling is het van belang of de verzekeraar stelt dat hij de verzekering *niet* dan wel *onder andere voorwaarden* zou hebben gesloten als hij op de hoogte was geweest van de ware omstandigheden. In het laatste geval lijkt het immers aannemelijk dat hij tevens zal moeten stellen onder welke voorwaarden hij die verzekering zou hebben afgesloten.

Volgens de MvT zal het doorgaans de verzekeraar zijn die zich zal beroepen op één van de rechtsgevolgen van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 3 BW:

*Bij het niet voldoen aan de mededelingsplicht zal het overigens doorgaans de verzekeraar zijn die zich zal beroepen op één van de rechtsgevolgen van het onderhavige artikel. Zou hij zich erop beroepen dat hij bij kennis van de ware stand van zaken op andere voorwaarden de verzekering zou hebben geaccepteerd, dan zal hij moeten stellen onder welke voorwaarden hij de verzekering anders had geaccepteerd en rust op hem de bewijslast daarvan.*²⁴

Dommering-Van Rongen merkt naar aanleiding van deze opmerking op:

*Ik kan mij echter voorstellen dat de verzekeraar zich op een verdergaande sanctie (geen uitkering) beroept en dat de verzekeringnemer betoogt dat de verzekering wél zou zijn geaccepteerd, zij het op andere voorwaarden. Dan rust de bewijslast uiteraard op de verzekeringnemer.*²⁵

Mijns inziens neemt de verzekeraar een risico als hij slechts stelt dat hij de verzekering in zijn geheel niet had afgesloten. Mogelijk zal de verzekeringnemer dan immers volstaan met een betwisting van *die* stelling. Wanneer de verzekeraar vervolgens zijn stelling niet kan bewijzen zal hij de schadevordering geheel moeten voldoen, ook in het geval dat hij de verzekering tegen andere voorwaarden zou hebben afgesloten. Het ligt derhalve voor de hand dat verzekeraars doorgaans subsidiair zullen stellen dat zij de verzekering tegen andere voorwaarden zouden hebben afgesloten indien zij op de hoogte waren geweest van de ware feiten en omstandigheden. In dat geval lijkt de stelling van de Minister gerechtvaardigd: op de verzekeraar rust de stelplicht en de bewijslast onder welke andere voorwaarden hij de verzekering had geaccepteerd. Voor het geval de bewijslast op de verzekerde rust dient onder ogen te worden gezien dat de verzekerde vaak niet in staat zal zijn dit bewijs te leveren. Aan deze bewijslast mogen dan ook naar mijn mening geen al te hoge eisen worden gesteld. Van de verzekeraar mag worden verwacht dat hij de stelling van de verzekerde gemotiveerd betwist.

24. Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr 5, p. 22.

25. Dommering-van Rongen, 2005, nr. 3.3.

8.5 Juridische basis causaliteitsbeginsel

Inleiding

In de inleiding bij Deel III is aangegeven dat de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering kan worden aangemerkt als een Obliegenheit. Centraal staat steeds de vraag of de verzekeraar bij verzuim van de verzekeringnemer en/of verzekerde een beroep kan doen op de daaraan verbonden rechtsgevolgen indien er geen causaal verband bestaat tussen dit verzuim en nadien ingetreden schade, dan wel benadeling van de belangen van de verzekeraar. Ook in het onderhavige hoofdstuk komt deze vraag aan de orde. In de vorige paragraaf is weergegeven op welke wijze de wetgever gestalte heeft gegeven aan het causaliteitsbeginsel. In de onderhavige paragraaf wordt de rechtsontwikkeling dienaangaande besproken.

In de jurisprudentie met betrekking tot artikel 251 K (oud) is de vraag aan de orde gekomen of het beginsel van de redelijkheid en billijkheid instrument kan zijn voor het betoog van de verzekerde dat in geval van het ontbreken van causaal verband tussen het verzwegen feit en het schadevoorzakende feit, de verzekeraar geen beroep kan doen op vernietiging van de verzekering vanwege verzwijging. In het kader van deze jurisprudentie kwam tevens aan de orde of anticipatie op Titel 7.17 BW geoorloofd was. Nuttig is bij deze discussie alsnog een eigen standpunt in te nemen aangezien er naar mijn overtuiging een samenhang bestaat tussen het beginsel van de redelijkheid en billijkheid en de mogelijkheid van anticipatie. Aannemelijk is dat introductie van het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel in de huidige wettelijke regeling rechtstreeks uit dit beginsel voortvloeit. Reeds daarom had het vereiste van causaal verband in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW mijns inziens in een eerder stadium kunnen worden toegepast. Bovendien was het dan mogelijk geweest artikel 7:928-930 (7.17.1.4-7.17.1.6) BW te toetsen aan concrete casus. Wellicht zouden alsdan eventuele onduidelijkheden en/of tekortkomingen aan het licht hebben kunnen komen.

In de literatuur is niet uitvoerig stilgestaan bij de vraag welke de rechtvaardiging is van toepassing van het causaliteitsbeginsel. Weliswaar wordt in dit verband het beginsel van de redelijkheid en billijkheid genoemd, maar concrete omstandigheden worden niet aangegeven.²⁶ Naar mijn mening is het causaliteitsbeginsel in het kader van niet nakoming van verplichtingen door de verzekeringnemer/verzekerde een instrument om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van laatst genoemden. Dit belang houdt in dat de verzekeringnemer/verzekerde te goeder trouw die in de veronderstelling verkeert te beschikken over een verzekering, erop mag vertrouwen dat hij daarop ook een beroep kan doen als zich een schadegeval voordoet waartegen deze verzekering in beginsel dekking biedt. Het causaliteitsbeginsel corrigeert de in de wettelijke verzwijgingsregeling

26. Zie Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 3.53; Wansink/Van Garderen-Groeneveld, 1993, nr. 26.

besloten liggende afweging van belangen van de verzekeraar en verzekeringnemer ten gunste van de laatste. Zulks is gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat de verzekeraar jegens wie de mededelingsplicht niet in acht is genomen en die desondanks is gehouden tot betaling van een schade uitkering door toepassing van het causaliteitsbeginsel, niet in een redelijk (concreet) belang wordt geschaad. In nr. 8.7 zal nader op deze belangenafweging worden ingegaan. Gepleit zal worden voor een prominere rol van het causaliteitsbeginsel.

*8.5.1 Artikel 251 K (oud): geen ruimte voor een beroep op het ontbreken van
causaal verband. Uitzondering mogelijk*

Artikel 251 K (oud) kende de genuanceerde regeling van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW niet. Wanneer verzekerde zijn mededelingsplicht niet was nagekomen en vast stond dat de hiervoor genoemde vereisten waren vervuld kon de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst doen vernietigen. Bezwaarlijk werd geacht het rigide rechtsgevolg van deze verzwijgingsregeling.²⁷ Artikel 251 K (oud) bood immers, indien was voldaan aan de hierboven vermelde vereisten, niet de mogelijkheid om na het zich voordoen van schade de gevolgen van verzwijging voor verzekerde te verzachten. De verzekeringsovereenkomst is echter ook onderworpen aan de regels van het gemene burgerlijke recht zodat een eventueel gewenste tegemoetkoming aan de verzekerde ook aldaar gezocht had kunnen worden. Gewezen zij bijvoorbeeld op artikel 3:41 BW (partiële nietigheid) en 3:42 BW (conversie).²⁸

Vooraf van belang, juist ook in het kader van de causaliteitsvraag, is het beginsel van redelijkheid en billijkheid.²⁹ Artikel 6:248 lid 1 BW bepaalt dat uit eisen van redelijkheid en billijkheid rechtsgevolgen voor de overeenkomst kunnen voortvloeien. Artikel 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW bepalen zelfs dat dit beginsel een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens de wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel, opzij kan zetten voorzover

27. Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 7; Wansink/Van Garderen-Groeneveld, t.a.p., p. 68.

28. A-G Asser wijst er echter in zijn conclusie vóór HR 26 maart 1993, NJ 1993, 329 op dat partiële nietigheid slechts dan mogelijk is als een overeenkomst delen bevatten die kunnen worden onderscheiden. Alsdan zal moet komen vast te staan dat *de dwaling – op grond van nietigheid – betrekking had op een onderdeel van de overeenkomst dat, gelet op de inhoud en strekking van de overeenkomst als geheel, niet in onverbreekelijk verband staat met het (de) overige onderdeel (onderdelen) van de overeenkomst*. A-G Asser meent dat in het aan de orde zijnde geval niet is gebleken van een nietigheidsgrond die slechts een deel van de overeenkomst betreft. *'Niet blijkt dat bijvoorbeeld de verschillende opstallen als gescheiden risico's zijn beoordeeld en als zodanig zijn verzekerd.'* Zie instemmend Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 314. Mijns inziens echter zou niet doorslaggevend moeten zijn hoe de gescheiden risico's zijn beoordeeld, maar hoe deze zouden zijn beoordeeld als de verzekeraar van de ware stand op de hoogte zou zijn geweest. Alsdan zou bijvoorbeeld kunnen blijken dat een redelijk handelend verzekeraar slechts de opstal welke bedrijfsmatig werd gebruikt niet, althans op andere voorwaarden, had willen verzekeren. Als dat het geval zou zijn, zou de rechter de nietigheid slechts op die opstal van toepassing kunnen doen zijn.

29. Zie over dit beginsel de monografie van G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer, 1994.

deze regel onder de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is. Artikel 3:12 BW bepaalt dat hierbij rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.³⁰

De vraag of uit het beginsel van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de verzekeraar geen beroep mocht doen op artikel 251 K wanneer het causaal verband tussen de (oorzaak van de) schade en het verzwegen feit ontbrak, is door de Hoge Raad altijd ontkennend beantwoord.³¹ De Hoge Raad heeft zulks als volgt onder woorden gebracht:

'de mogelijkheid tot vernietiging van de verzekeringsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 251 K, hangt niet af van de aard van de schade op vergoeding waarvan de verzekerde in een gegeven geval aanspraak meent te kunnen maken'.³²

Verzwijging van eerdere aanrijdingen is dus fataal, ook al vordert de verzekerde de schade onder een autoverzekering wegens diefstal van zijn auto. Niettemin wordt het niet uitgesloten geacht dat de omstandigheden kunnen meebrengen dat een beroep op verzwijging door de verzekeraar in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als voornoemd causaal verband ontbreekt.³³ De Hoge Raad lijkt in zijn arrest van 9 februari 1996 deze mogelijkheid te hebben onderkend. Na de hierboven weergegeven overweging dat het ontbreken van causaal verband tussen het verzwegen feit en de aard van de schade er niet toe doet, overweegt hij: *'E. heeft geen omstandigheden aangevoerd die zulks in het onderhavige geval anders doen zijn'*.

In het arrest van 11 september 1992 spelen de volgende omstandigheden een rol. Verzekeringnemer verzuimt bij het afsluiten van een opstal/inboedelverzekering mede te delen dat hij is veroordeeld tot gevangenisstraf wegens valsheid in geschrift en oplichting. Nadat hij is overleden ontstaat schade door brandstichting. De weduwe doet een beroep op de polis en vordert schadevergoeding. De verzekeraar weigert op grond van artikel 251 K de schade uitkering te verstrekken. De verzekerde doet een beroep op

30. De term 'goede trouw' die in het oude BW mede omvatte wat nu onder redelijkheid en billijkheid wordt verstaan, is in artikel 3:11 BW afgesplitst van de term 'redelijkheid en billijkheid'. Zie hierover Rijken, t.a.p., p. 6.

31. HR 18 mei 1990, NJ 1990, 566; HR 11 september 1992, NJ 1993, 754 (MMM); HR 9 februari 1996, NJ 1996, 745, m.nt. MMM. Zie ook Rb. Amsterdam 10 december 1975, S&S 1976,153; Hof Amsterdam 10 november 1988, S&S 1990, 11; Rb. Amsterdam 7 november 1990, S&S 1991, 106 in hoger beroep Hof Amsterdam, 6 april 1992, S&S 1992, 123 niet verworpen; Hof 's-Gravenhage 19 oktober 1993, S&S 1995, 48; Rb. Amsterdam 7 februari 1996, S&S 1997, 24.

32. HR 9 februari 1996, NJ 1996, 745, m.nt. MMM met verwijzing naar HR 8 mei 1990, NJ 1990, 566 en HR 11 september 1992, NJ 1993, 754.

33. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 118; Van Garderen-Groeneveld, Anticipatie op de in Titel 7.17 Ontwerp-NBW voorgestelde sanctieregeling in verzwijgingszaken? In: Recht in bedrijf (K.F. Haak, D. Dokter, R. Zwitter) SI-EUR-reeks (16), Gouda Quint, 1997, p. 185 e.v.; Wansink/Van Garderen-Groeneveld, t.a.p., p. 77; Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 3.53; Clausing, 1998, nr. 2.3.7.1; A-G Asser in zijn conclusie vóór het arrest HR 19 februari 1996, NJ 1996, 745, m.nt. MMM en HR 18 mei 1990, NJ 1990, 566.

het ontbreken van causaal verband. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van dit verweer:

‘Anders dan het onderdeel betoogt, staat de omstandigheid dat de schade ruimschoots na het overlijden van B. is ontstaan, niet in de weg aan een beroep op art. 251. Voor zover het onderdeel nog strekt ten betoge dat op grond van andere door K. in de feitelijke instanties aangevoerde omstandigheden het ontbreken van elk of enig verband als evenbedoeld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid het beroep op art. 251 onaanvaardbaar doet zijn, voldoet het niet aan de eisen van art. 407 Rv nu niet wordt aangegeven welke die omstandigheden zijn’.

De Hoge Raad oordeelt derhalve dat onder bepaalde omstandigheden het ontbreken van causaal verband tussen het verzwegen feit en de (oorzaak van de) schade ertoe kan leiden dat de verzekeraar naar eisen van redelijkheid en billijkheid geen beroep kan doen op artikel 251 K (oud). Het ontbreken van het causaal verband in voornoemde zin is niet voldoende. Niet duidelijk is echter welke omstandigheden een rol hadden moeten spelen om een beroep op artikel 251 K wegens het ontbreken van causaal verband in strijd met de redelijkheid en billijkheid te doen zijn.³⁴

8.5.2 Anticipatie?

In verband met voornoemd ontbreken van causaal verband is aan de orde gesteld of de verzekerde, anticiperend, een beroep kon doen op artikel 7:930 (7.17.1.6) BW. De vraag is zowel in de literatuur als in de jurisprudentie overwegend ontkennend beantwoord. Daarbij was volgens Salomons door-slaggevend:

- Dat het hier niet een situatie betreft waarin het huidige recht een kwestie niet of onduidelijk regelt. De huidige regeling is volkomen duidelijk, maar wordt algemeen ervaren als verouderd en voor verbetering vatbaar. Een zodanige verbetering ligt echter op de weg van de wetgever.
- Dat artikel 7.17.1.6 NBW nog slechts een ingediend ontwerp is. Wijzigingen zijn niet ondenkbaar.
- Dat artikel 7.17.1.6 NBW een bepaling is die geld kost. Bij toepassing van dit artikel zal in meer gevallen moeten worden uitgekeerd dan onder artikel 251 K en dat vergt meer premie dan onder het huidige recht.³⁵

In de jurisprudentie werd anticipatie afgewezen omdat nog niet geheel duidelijk was hoe Titel 7.17 er precies uit zou zien en het nieuwe recht te zeer afweek van artikel 251 K. A-G Strikwerda stelt in zijn conclusie vóór het arrest van de Hoge Raad d.d. 11 september 1992, NJ 1993, 754, m.nt. MMM:

34. Zie Van Garderen-Groeneveld, Anticipatie op de in titel 7.17. Ontwerp NBW voorgestelde sanctieregeling in verzwijgingszaken, *Bundel Recht in bedrijf*, 1997, p. 187.

35. R.A. Salomons, Anticipatie op 7.17 langs een omweg, VA 1991, met naschrift van P. Clausing, VA 1991/3, p. 241 e.v. Zie Van Garderen-Groeneveld, 1997, p. 182 e.v.

*'Onder het komende recht zal het causaliteitsbeginsel (en het proportionaliteitsbeginsel) wel een rol spelen bij verzwijging (artikel 7.17.1.6 NBW), maar de veranderde opzet van de nieuwe verzwijgingsregeling verzet zich ertegen daarop thans reeds vooruit te lopen.'*³⁶

De wetgever lijkt zich te hebben geschaard achter het standpunt dat anticipatie ongewenst is. Zulks blijkt uit het overgangsrecht. Artikel 221 sub 2 OW bepaalt immers:

De artikelen 929 en 930 van Boek 7 zijn niet van toepassing op overeenkomsten van verzekering die voor het tijdstip van het in werking treden van de wet zijn gesloten, indien de verzekeraar zich tegenover de verzekerde binnen een jaar nadat dit tijdstip is verstreken erop beroept dat aan de mededelingsplicht van artikel 251 van het Wetboek van Koophandel niet is voldaan.

De Minister verleent hiermee aan het sanctiestelsel uitgestelde werking van een jaar. Zelfs na inwerkingtreding van Titel 7.17 BW wordt toepassing van het causaliteitsbeginsel dus kennelijk als ongewenst beschouwd.

Mendel, in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 11 september 1992³⁷, heeft op het verband tussen bijzondere omstandigheden die een beroep op het ontbreken van causaal verband enerzijds en anticipatie op artikel 7:930 (7.17.1.6) BW anderzijds gewezen:

'Al heeft zij dan geen anticiperende werking, de regeling van art. 7.17.1.6 lid 2 is voor het geldend recht toch niet zonder belang. Hoe meer zij gezien zal worden als een gevolg van – mede door toedoen van kringen van verzekeraars – in brede kring gegroeide rechtsopvatting, des te meer zal zij het huidige recht in die zin kunnen beïnvloeden dat het bestaan van bovenbedoelde 'bijzondere omstandigheden' sneller zal worden aangenomen.'

Deze woorden hebben een juridische basis in artikel 3:12 BW aangezien in het kader van de redelijkheid en billijkheid immers rekening moet worden gehouden met 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen'.

Ook Clausing wijst op de samenhang tussen beginselen van redelijkheid en billijkheid en artikel 7:930 (7.17.1.6) BW:

'Indien art. 6 lid 2 voor een bepaalde situatie een redelijke oplossing biedt, waartoe wij met behulp van een beroep op de redelijkheid en billijkheid of door een redelijk geachte uitleg van art. 251 WvK reeds thans kunnen komen, wat doet het er dan toe dat deze bepaling deel uitmaakt van een anders opgezette verzwijgingsregeling?'

Hij stelt zich vervolgens de min of meer retorische vraag of wachten op invoering van het wetsvoorstel niet een blokkade voor de rechtsontwikkeling vormt.

36. Mendel stemt in zijn noot met deze gedachte in.

37. HR 11 september 1992, NJ 1993, 754.

Clausing pleit dus vóór anticipatie op artikel 7:930 (7.17.1.6) BW.³⁸ Over het argument dat anticipatie op artikel 7:930 (7.17.1.6) BW verzekeraars geld kost merkt hij het volgende op:

*'Art. 7.17.1.6 is een bepaling die geld kost. Dat neem ik graag aan. Bepaalde arresten van de Hoge Raad werken ook kostenverhogend voor verzekeraars. Indien nodig passen zij de premies wel aan. Inderdaad achteraf, maar bij verzekeringen die voor wat langere duur zijn aangegaan, is de mogelijkheid tot aanpassing van de premie meestal in de polis opgenomen.'*³⁹

8.5.3 Welke is de 'uitzondering' die de Hoge Raad voor mogelijk houdt? Toepassing Titel 7.17 BW. Anticipatie

De Hoge Raad zelf heeft zich hierover niet uitgelaten. Een mogelijk antwoord zou kunnen zijn: als zulks voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid. Verdedigbaar is naar mijn mening dat daarvan sprake is in die gevallen waarin volgens artikel 7:928-930 BW een beroep op het causaliteitsbeginsel mogelijk was geweest. In tegenstelling tot hetgeen volgt uit de heersende opvatting zou anticipatie dus in de rede hebben gelegen.

Voor toepassing van het causaliteitsbeginsel op deze schaal zullen de volgende argumenten aan de orde komen:

- Verdedigbaar is dat de artikelen 7:928-7:930 (7.17.1.4-7.17.1.6) BW rechtstreeks voortvloeien uit beginselen van redelijkheid en billijkheid. De bijzondere omstandigheden welke een beroep op het ontbreken van causaal verband bij toepasselijkheid van artikel 251 K (oud) volgens de Hoge Raad konden rechtvaardigen, hadden dus moeten worden bepaald door de criteria van voornoemde artikelen (zie hiervoor).
- Ook volgens Titel 7.17 BW zijn, gelet op artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW, de mogelijkheden voor een verzekerde om een beroep te doen op het ontbreken van causaal verband beperkt. Het is niet uitgesloten dat jurisprudentie waarin een beroep op het ontbreken van causaal verband onder de vigeur van artikel 251 K (oud) werd afgewezen, bij toepassing van Titel 7.17 BW geen andere uitkomst zou hebben.
- De bewoordingen van artikel 251 K (oud) sloten een beroep op het ontbreken van causaal verband niet uit.
- In bepaalde opzichten is het leerstuk 'risicoverzwarening' vergelijkbaar met 'verzwijging'. De Hoge Raad heeft bij het eerste leerstuk wél geoordeeld dat een beroep op het ontbreken van causaal verband tussen de wijziging van het risico en de schade mogelijk succesvol kan zijn.

38. P. Clausing, Anticipatie op Titel 17 van Boek 7 Nieuw BW. In: Een Salomons oordeel (Feestbundel Salomons), Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, p. 73 e.v.

39. Clausing, VA 1991, p. 245.

8.5.3.1 Artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW:
beperking toepasselijkheid causaliteitsbeginsel

Vooropgesteld zij dat ook volgens artikel 7:930 (7.17.1.6) BW de verzekerde niet altijd kan rekenen op schadevergoeding als het causaal verband tussen de verzwegen omstandigheid en de schade ontbreekt. Lid 4 bepaalt immers dat, ook al ontbreekt het causaal verband, de verzekerde in het geheel geen recht heeft op schadevergoeding als de verzekeraar geen verzekering zou hebben gesloten of als de verzekerde heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Onjuist is dus de stellige conclusie van Mijnsen dat in het volgende door hem gegeven voorbeeld de verzekeraar op grond van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW geen beroep zou kunnen doen op niet-nakoming van de mededelingsplicht. Verzekerde verzwijgt een strafrechtelijke veroordeling die minder dan acht jaar vóór het afsluiten van de verzekering heeft plaatsgevonden. Inmiddels drijft hij een goed lopende rijwielwinkel met werkplaats. De zaak brandt tengevolge van blikseminslag af. Naar de letter van artikel 251 K (oud) zou verzekeraar zich op verzwijging kunnen beroepen en uitkering kunnen weigeren. Naar het nieuwe recht zou een beroep op niet-nakoming van de mededelingsplicht volgens Mijnsen echter in ieder geval falen. De conclusie van Mijnsen is, in zijn algemeenheid, onjuist omdat bij verzwijging van het strafrechtelijk verleden het causaliteitsbeginsel mogelijk geen rol zal spelen indien de verzekeraar de verzekering in het geheel niet zou hebben gesloten.⁴⁰

Op deze grond zal in de toekomst mogelijk ook de eis tot schadevergoeding die in het arrest De Kroon/Ennia⁴¹ aan de orde kwam van de hand kunnen worden gewezen. De Kroon sluit een zgn. 'all-risks' autoverzekering af en verzuimt mede te delen dat hij in het verleden diverse malen schade aan zijn auto door aanrijdingen heeft gehad. Wanneer hij schadevergoeding eist vanwege diefstal van zijn auto wijst Ennia deze vordering af met een beroep op artikel 251 K (oud). De Hoge Raad wijst het beroep van De Kroon op het ontbreken van causaal verband tussen het niet mededelen van de eerdere aanrijdingen en de diefstal van de hand als niet ter zake dienende. Gelet op de overwegingen van het hof is het echter ook niet vanzelfsprekend dat het causaliteitsbeginsel in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW voor toepassing in aanmerking zou komen. Ennia stelde immers in deze procedure dat zij, ware zij op de hoogte van de verzwegen

40. Wansink/Van Garderen-Groeneveld, 1993, nr. 26. Zie ook het Hof Amsterdam te kennen uit HR 9 februari 1996, NJ 1996, 745 waarin het hof de volgende conclusie van de in de procedure benoemde deskundige overneemt: *'dat een redelijk handelend verzekeraar bij wetenschap van een strafrechtelijke veroordeling wegens afpersing en de daaraan verbonden onvoorwaardelijke gevangenisstraf van zes à zeven maanden, deze horeca-verzekering niet zou hebben afgesloten.'* Opgemerkt zij dat het voor de hand ligt dat in dit verband de aard van de strafrechtelijke veroordeling een rol kan spelen. Wanneer verzekerde bijvoorbeeld bij het afsluiten van een opstalverzekering verzuimt mede te delen dat hij is veroordeeld tot twee weken gevangenisstraf wegens een (veel) te hoog alcoholpercentage tijdens het besturen van een auto zal een verzekering moeilijk staande kunnen houden dat hij in het geheel geen inboedelverzekering had willen afsluiten.

41. HR 18 mei 1990, NJ 1990, 566.

omstandigheid, de verzekering in het geheel niet zou hebben afgesloten. Het gaat hier om een verzekering op 'super-3-voorwaarden' die het hof als één geheel beschouwt. Het hof overweegt als volgt:

*'Juist bij de aanvraag van een dergelijke verzekering is een verzwijging als vorenomschreven van een schadeval als bedoeld onder 1.5 fataal; het is immers volstrekt duidelijk dat een dergelijke verzekering (met één pakket van voorwaarden) niet zou zijn gesloten, indien bedoeld schadeval zou zijn gemeld. In het onderhavige geval moet worden geoordeeld, dat De Kroon bedoeld schadeval heeft verzwegen om dusdoende te voorkomen, dat de verzekeraar de aangevraagde super-3-verzekering niet zou accepteren.'*⁴²

Het is de vraag of ook volgens artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW het causaliteitsbeginsel niet zou kunnen worden toegepast omdat de verzekeraar 'bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten'. Is van belang of de verzekeraar geen verzekering op 'super-3-voorwaarden' of geen enkele autoverzekering zou willen afsluiten? Of is van belang dat de verzekeraar welke verzekering dan ook (bijv. een inboedelverzekering) niet zou afsluiten? De laatste mogelijkheid getuigt mijns inziens van een te ruime uitleg van het wetsartikel. Er is mijns inziens geen reden te abstraheren van de concrete af te sluiten verzekering. Het criterium 'geen enkele autoverzekering' lijkt het meest voor de hand te liggen.⁴³ Vervolgens kan de vraag worden gesteld of 'geen enkele autoverzekering' moet worden gerelateerd aan het aanbod van de betreffende verzekeraar dan wel ook aan het aanbod van andere verzekeraars. Beperking tot bijvoorbeeld de betreffende 'super-3-voorwaarden' betekent mogelijk een beperking van verzekering 'tegen andere voorwaarden' conform artikel 7:930 BW (7.17.1.6) lid 3 BW.

Het een en ander betekent een aanzienlijke beperking van de toepassing van het causaliteitsbeginsel. Het komt er immers op neer dat indien op geen enkele wijze het proportionaliteitsbeginsel aan de orde is, het causaliteitsbeginsel ook niet kan worden toegepast. In deze zin prevaleert het proportionaliteitsbeginsel boven het causaliteitsbeginsel.

Voorts, en daar ziet ook de laatste overweging van het hof op, zal de verzekeraar zich er in de toekomst op kunnen beroepen dat de verzekerde zijn mededelingsplicht niet is nagekomen met het opzet hem te misleiden.

42. A-G Asser in zijn conclusie voor het arrest van de HR stelt dat hij de lezing van het hof wel kan begrijpen. Ik zou hierbij de kanttekening willen maken dat uit het arrest niet duidelijk wordt of de betreffende verzekeraar niet ook een zgn. WA-plusverzekering (dekking van aansprakelijkheid en diefstal) in haar pakket had.

43. Vgl. Asser-Clausing-Wansink, 1998. In nr. 119 wordt gesteld: 'Het proportionaliteits- en het causaliteitsbeginsel tasten niet het uitgangspunt aan dat de verzekeraar nimmer wordt gebonden aan een verzekerde met wie hij nimmer een verzekeringsovereenkomst zou hebben gesloten, als hij de ware toestand had gekend.' In nr. 113 wordt gesteld dat de verzekeraar onder meer een recht tot opzegging heeft 'indien hij bij kennis van de ware stand van zaken de overeenkomst in het geheel niet had gesloten'.

8.5.3.2 Artikel 251 K (oud) sloot het causaliteitsbeginsel niet uit

Mijn indruk is dat algemeen wordt aangenomen dat artikel 7:930 (7.17.1.6) BW radicaal afwijkt van artikel 251 K (oud). Naar mijn mening echter vindt deze constatering geen rechtvaardiging in de tekst van artikel 251 K. Vermoedelijk hangt de constatering eerder samen met de uitleg welke men wenst te geven aan het artikel. Allereerst zij herhaald dat ook volgens de nieuwe wettelijke regeling ingevolge artikel 7:930 (7.17.1.6) BW slechts in een beperkt aantal gevallen de verzekeraar geen beroep op niet-nakoming van de mededelingsplicht kan doen vanwege het ontbreken van causaal verband in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW. Voorts sloot artikel 251 K (oud) niet met zoveel woorden de mogelijkheid van een beroep op het ontbreken van causaal verband uit. In de literatuur en de jurisprudentie is ook niet beargumenteerd dat een beroep hierop door verzekerde moet worden afgewezen. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1996⁴⁴ staat vast dat er omstandigheden kunnen zijn die een beroep op het ontbreken van causaal verband door de verzekerde rechtvaardigen.⁴⁵ Naar mijn mening bepalen de redelijkheid en billijkheid welke deze omstandigheden zijn. Het ligt dan het meest voor de hand de bijzondere omstandigheid te zoeken in de contractuele verhouding van partijen en het beginsel van de redelijkheid en billijkheid zelf.

In beginsel is een beroep van de verzekeraar, met inachtneming van de daaraan te stellen eisen, mijns inziens gerechtvaardigd ook al ontbreekt causaal verband tussen het verzwegen feit en de (oorzaak van de) schade. Het gerechtvaardigde belang van de verzekeraar houdt immers in dat hij vrij moet zijn in de beoordeling met wie hij een verzekeringsovereenkomst aangaat en welk contract hij met zijn wederpartij sluit. Deze belangen hebben betrekking op de periode vóórdat het schadeveroorzakende evenement zich voordoet. Daartegenover staat het gerechtvaardigd vertrouwen van de verzekerde dat zijn verzekeringspolis de in het vooruitzicht gestelde dekking biedt. Wanneer de verzekeraar door de verzwijging niet in een concreet belang is geschaad, dient het belang van de verzekeringnemer mijns inzien te prevaleren.

Artikel 7:930 (7.17.1.6) BW houdt rekening met de belangen van beide partijen.

8.5.3.3 Vergelijking met 'risicoverzwarende': Modalfa-arrest

Hoewel het leerstuk risicoverzwarende van andere aard is dan het verzwijgingsleerstuk heeft A-G Asser er in het verleden op gewezen dat van wederzijdse beïnvloeding sprake kan zijn.⁴⁶ Voor de verzwijgingsproble-

44. HR 9 februari 1996, NJ 1996, 745, m.nt. MMM.

45. Dommering-van Rongen, 2005, nr. 3.2. Eerder werd dit standpunt verdedigd door Scheltema/Mijnssen, 1991, p. 208 en door A-G Asser in zijn conclusie vóór HR18 mei 1990, NJ 1990, 566.

46. In het hoofdstuk over 'risicoverzwarende' zal ik betogen dat voor het causaliteitsbeginsel ten dele aansluiting zou moeten worden gezocht bij artikel 7:930 BW.

matiek heeft hij steun gezocht bij een arrest over bestemmingswijziging en voor wat betreft het proportionaliteitsbeginsel bij bestemmingswijziging heeft hij verwezen naar artikel 7.17.1.6 Ontwerp BW.⁴⁷ Naar mijn mening is een dergelijke wederzijdse beïnvloeding geoorloofd omdat de leerstukken een gemeenschappelijk aspect hebben: de verzekeraar moet in de gelegenheid zijn om vóórdat zich schade heeft voorgedaan, namelijk op het moment van de verzwijging vóór het afsluiten van de verzekering en op het moment van de risicoverzwaarig ná het afsluiten van de verzekering, zich te beraden over (de wijze van) aangaan respectievelijk voortzetten van de verzekeringsovereenkomst.⁴⁸ Hiervan uitgaande is het Modalfa-arrest⁴⁹ ook van belang voor het causaliteitsvraagstuk bij verzwijging. De Hoge Raad heeft in dat arrest beslist dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen, die tot gevolg hebben dat aan de verzekeraar, ondanks een wijziging in de bestemming, geen beroep op artikel 293 K (oud) openstaat. Daarbij valt, aldus de Hoge Raad, te denken aan 'het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt'.

Voor kritiek op deze uitspraak zij verwezen naar het hoofdstuk over risicoverzwaarig. Met name zij benadrukt dat de beslissing verder lijkt te gaan dan de regeling in artikel 7:930 (7.17.1.6) BW. Op deze plaats volsta ik met de constatering dat het arrest lijkt te bepalen dat het ontbreken van causaal verband voldoende is om een beroep op artikel 293 K te verhinderen zonder dat er sprake hoeft te zijn van bijzondere omstandigheden. Een dergelijke absolute regel is niet in overeenstemming met de algemene gangbare mening hierover met betrekking tot het verzwijgingsvraagstuk. De causaliteitsregeling in artikel 7:928-930 (7.17.1.4-7.17.1.6) BW is gelet op artikel 7:930 (7.17.1.6) BW beperkter dan de regel die uit de overweging van de Hoge Raad lijkt te volgen.

Duidelijk is echter dat, hoewel artikel 293 K (oud) (evenals artikel 251 K (oud) bij verzwijging) niet met zoveel woorden bepaalde dat bij afwezigheid van causaal verband tussen de risicoverzwarende omstandigheid en de schade de verzekeraar geen beroep op het wetsartikel kon doen, de Hoge Raad deze omstandigheid toch van belang acht. Niet valt in te zien waarom dat dan ook niet kon in geval van artikel 251 K (oud).

8.6 Toetsing jurisprudentie aan artikel 7:930 (7.17.1.6) BW

Het is de vraag of artikel 7:930 (7.17.1.6) BW ertoe zal leiden dat in veel gevallen, waarin volgens de hiervoor genoemde jurisprudentie een door de verzekeringnemer gedaan beroep op het ontbreken van causaal verband werd afgewezen, de verzekeraar schadevergoeding niet in zijn geheel kan

47. Zie zijn conclusies voor HR 18 mei 1990, NJ 1990, 566 en HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780.

48. Zie ook mijn artikel Rechtsgevolgen van risicoverzwaarig, NTBR 1996, p. 163.

49. HR 13 mei 1995, NJ 1995, 498.

afwijzen. Onderstaande uitspraken, met als uitkomst afwijzing van schadevergoeding bij toepasselijkheid van artikel 251 K (oud), zullen worden getoetst aan artikel 7:930 (7.17.1.6) BW. In een aantal gevallen bestaat er, evenals in het hierboven besproken arrest De Kroon/Ennia, een gerede kans dat een beroep op het niet nakomen van de mededelingsplicht zou worden afgewezen. De overige twee hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad⁵⁰ betreffen verzuim van mededeling van het strafrechtelijk verleden. In het arrest K/Avero⁵¹ heeft verzekeringnemer onjuiste informatie verstrekt over het feit dat hij gevangenisstraf heeft ondergaan in verband met valsheid in geschrift en oplichting. In het arrest E/NN⁵² verzwijgt verzekeringnemer een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van een jaar wegens afpersing. Mogelijk zou een beroep op het ontbreken van causaal verband ook in die zaken bij toepassing van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW worden afgewezen aangezien de verzekeraar zou kunnen betogen ofwel dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen met het opzet hem te misleiden ofwel dat hij de verzekering in het geheel niet had afgesloten.⁵³ Wanneer is voldaan aan het relevantievereiste (de verzekeraar zou de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zijn aangegaan) lijkt in veel gevallen meteen vast te staan dat de verzekeraar de verzekering in het geheel niet zou hebben afgesloten. Niet goed valt immers in te zien dat een verzekeraar onder deze omstandigheden de verzekering *op andere voorwaarden* zou zijn aangegaan.

Ook in de feitelijke rechtspraak is het beroep op causaal verband afgewezen.

In de zaak Severs/Atlantic⁵⁴ verzekert de VOF Severs een dragline, bouwjaar 1976, op basis van de Nederlandse Beurscasopolis 1966 met clausule B 19 'Landmateriaal Uitgebreid' voor een bedrag van f 90 000 (dagwaarde). Er ontstaat schade doordat de kraan omslaat. Verzekeraars betalen de schade. Later wordt echter bekend dat verzekeringnemer ten onrechte niet het bouwjaar 1968 heeft gemeld. Verzekeraars vorderen op basis van artikel 251 K (oud) het schadebedrag terug. Na deskundigenbericht wordt vastgesteld dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering niet met toepassing van clausule B 19 zou zijn aangegaan ware hij op de hoogte van het juiste bouwjaar. De vordering wordt toegewezen en de tegenvordering tot terugbetaling van de premie wordt afgewezen. Het hof motiveert het laatste door uit de omstandigheden af te leiden dat geen sprake was van 'goede trouw' in de zin van artikel 281 K (oud). I.c. lijkt aan het vereiste van causaal verband niet te zijn voldaan, aangezien immers de mededeling van het bouwjaar niets van doen heeft met de beoordeling van het risico van het omslaan van de dragline. In beginsel komt het proportionaliteitsbeginsel

50. HR 11 september 1992, NJ 1993, 754; HR 9 februari 1996, NJ 1996, 745.

51. HR 11 september 1992, NJ 1993, 754, m.nt. MMM.

52. HR 9 februari 1996, NJ 1996, 745, m.nt. MMM.

53. Zie in deze zin Mendel in zijn noot onder HR 11 september 1992, NJ 1993, 754. Vgl. ook Dommering-van Rongen, 2005, nr. 3.2.

54. Hof Den Haag 19 oktober 1993, S&S 1995, 48.

dan niet meer aan de orde. Dit systeem is vanzelfsprekend niet in het belang van de verzekeraar. Wel in het belang van de verzekeraar zou zijn wanneer ondanks het ontbreken van causaal verband een schade uitkering zou worden gebaseerd op het proportionaliteitsbeginsel. Overigens geldt ook hier dat de verzekeraar, indien hij erin zou slagen te bewijzen dat de verzekeringnemer heeft verzuimd mededeling te doen omtrent het juiste bouwjaar met het opzet hem te misleiden, in het geheel niet hoeft te betalen. Wellicht dat de vaststelling van het hof omtrent het ontbreken van goede trouw in de richting wijst van opzet tot misleiding.

Ook in de zaak 'Twenty One'⁵⁵ zou artikel 7:930 (7.17.1.6) BW wellicht tot een ander resultaat hebben geleid. Verzekeringnemer sluit een cascoverzekering voor het plezierjacht 'Twenty One'. Verzekeringnemer verklaart op vragen van de verzekeraar dat hij zijn reis van Nederland via de Canarische eilanden naar het Caribisch gebied met minimaal een drie-koppige bemanning zou uitvoeren. Verzekerde vaart het schip alleen naar La Coruna, waarvandaan andere personen meevaren. Bij de Canarische eilanden gaat het jacht na een ontploffing van waarschijnlijk de alcoholoven door brand verloren. Nu verzekeraars de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zouden hebben afgesloten doen zij met succes een beroep op artikel 251 K (oud). Zou er in dit geval sprake zijn van causaal verband in de zin van artikel 7:930 BW? Gelet op het feit dat op het moment van ontploffing drie bemanningsleden aanwezig waren, dient dunkt mij te worden aangenomen dat het verzuim van mededeling van 'single-handed sailing' op het traject van Nederland naar La Coruna niets van doen heeft met de beoordeling van het risico van ontploffing bij de Canarische eilanden. Het antwoord zou mogelijk anders luiden als i.c. onder 'beoordeling van het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt' dient te worden verstaan de beoordeling van het risico van ontploffing op het gehele traject. Niet geheel duidelijk is echter of in dit geval volgens Titel 7.17 BW het vereiste van causaal verband aan de orde zou komen. Zulks hangt af van het antwoord op de vraag of de verzekeraar de verzekering in zijn geheel niet zou hebben afgesloten als hij op de hoogte was geweest van de ware stand van zaken, dan wel of hij in dat geval een verzekering zou hebben afgesloten op andere voorwaarden. In het eerste geval hoeft de verzekeraar niet te betalen. In het tweede geval dient de verzekeraar de schade volledig te vergoeden.

Onder de volgende omstandigheden is in de zaak Heveco/Blom & Van der Aa⁵⁶ een beroep op het ontbreken van causaal verband afgewezen. Heveco sluit voor de periode 1 november 1984 tot 15 april 1985 een opstalverzekering af voor een in verbouwing zijnd gebouwencomplex. In de kelder van het complex bevindt zich een bar. Aanvankelijk wordt het gebruik ervan gestaakt, maar naderhand (in de verzekerde periode) hervat. Op 9/10 april

55. Rb. Amsterdam 7 november 1990, S&S 1991, 106 in hoger beroep Hof Amsterdam 6 april 1992, S&S 1992, 123 niet verworpen.

56. Hof Amsterdam 10 november 1988, S&S 1990, 11.

1985 wordt het complex nagenoeg geheel verwoest door brand. Uit het gepubliceerde arrest blijkt niet de oorzaak van de brand. Verzekeraars beroepen zich op verzwijging van het voorgenomen gebruik van de kelder als café. Uit een door de rechtbank gelast deskundigenbericht blijkt dat een redelijk handelend verzekeraar, ware hij op de hoogte van het gebruik van de bar, de verzekering slechts tegen een aanzienlijk hogere premie en onder toepassing van zgn. garanties (verplichting tot het nemen van veiligheidsmaatregelen, bij niet-nakoming waarvan het recht op schadevergoeding vervalt), zou hebben afgesloten. Het hof wijst het beroep op het ontbreken van causaal verband van de hand, overigens zonder daarbij (anticipatie op) artikel 7:930 (7.17.16) BW te betrekken. Zou verzekerde op het laatste artikel een beroep kunnen doen? Bewijs van het ontbreken van causaal verband is niet voorhanden zodat de verzekeraar in beginsel kan betogen dat hij in het geheel niet is gehouden schadevergoeding te betalen. Vervolgens is het de vraag of de verzekerde een beroep kan doen op het proportionaliteitsbeginsel. Nu uit het deskundigenrapport blijkt dat de verzekering tegen een hogere premie zou zijn afgesloten, heeft de verzekerde in beginsel recht op een gedeeltelijke schadevergoeding. Daarnaast echter zou de verzekeraar de verzekering slechts afsluiten met toepassing van garanties, waarin bepaalde veiligheidsmaatregelen worden opgelegd. Aangenomen mag worden dat deze maatregelen niet zijn genomen, zodat de verzekerde alsdan in beginsel geen recht op schadevergoeding heeft.⁵⁷

8.7 Werking van het causaliteitsbeginsel: belangenafweging

Mijns inziens dient er bij toepassing van het in het in Titel 7.17 BW vormgegeven causaliteitsbeginsel een afweging te worden gemaakt tussen twee belangen. Enerzijds het belang van de verzekeraar dat hij in staat moet worden gesteld het risico in te schatten. Hij moet voldoende betrouwbare gegevens hebben om te kunnen beoordelen of en zo ja op welke voorwaarden hij de verzekering wil afsluiten. Na ontdekking van het niet nakomen van de mededelingsplicht door de verzekeringnemer dient de verzekeraar opnieuw, maar nu met de ware gegevens, een beoordeling te kunnen maken. Mogelijk zou hij dan in het geheel de verzekering niet willen afsluiten. Anderzijds is de verzekering, hoewel de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen, tot stand gekomen en verkeert de verzekeringnemer in de veronderstelling dat hij bij een gedekte schade hierop een beroep kan doen. Ook dit laatste belang verdient bescherming voor zover de verzekeringnemer te goeder trouw is.

Volgens het systeem van Titel 7.17 BW dient de verzekeraar de gehele schade te vergoeden in de volgende situatie. Er is geen causaal verband tus-

57. In hoofdstuk 9 zal aan de orde komen dat het ontbreken van causaal verband tussen het niet nakomen van de verplichting voortvloeiend uit de garantie en de schade ertoe leidt dat een beroep op de garantieclausule door de verzekeraar in strijd is met de redelijkheid en de billijkheid (Bicak/Aegon, HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM).

sen de verzwegen omstandigheid en de beoordeling van het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt, maar de verzekeraar zou de verzekering niet op dezelfde voorwaarden, bijvoorbeeld tegen een hogere premie, hebben verzekerd als hij op de hoogte was geweest van de werkelijke omstandigheden. Het causaliteitsbeginsel prevaleert in dit opzicht boven het proportionaliteitsbeginsel.⁵⁸ Zulks doet meer recht aan het belang van de verzekeringnemer dan aan dat van de verzekeraar.

Volgens het systeem van Titel 7.17 BW behoeft de verzekeraar in het geheel niet te betalen in de volgende situatie. Er is geen causaal verband in voornoemde zin, maar de verzekeraar zou de verzekering in het geheel niet hebben afgesloten als hij op de hoogte was geweest van de ware stand van zaken. In die situatie is, anders gezegd, niet voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. In deze zin prevaleert het proportionaliteitsbeginsel boven het causaliteitsbeginsel. Zulks komt het belang van de verzekeraar meer tegemoet dan het belang van de verzekeringnemer.

Dit levert mijns inziens een onevenwichtigheid in de wet op. Waarom dient bij het ontbreken van causaal verband in het ene geval de schade geheel vergoed te worden terwijl denkbaar is dat ook in die situatie proportioneel moet worden uitkeerd? Waarom heeft in het andere geval de verzekerde in het geheel geen recht op uitkering, terwijl alleen maar niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het proportionaliteitsbeginsel?

Aan deze onevenwichtigheid kan een einde worden gemaakt door een keuze te maken. Ofwel het causaliteitsbeginsel, ofwel het proportionaliteitsbeginsel prevaleert. Wanneer het proportionaliteitsbeginsel voorop staat zou in de gegeven voorbeelden de verzekeraar ondanks het ontbreken van causaal verband *proportioneel*, respectievelijk *niet* een uitkering behoeven te verstrekken. Wanneer het causaliteitsbeginsel voorop staat zou de verzekeraar in de beide gegeven voorbeelden de uitkering in zijn geheel moeten verstrekken. Als voorbeeld zij verwezen naar de hiervoor besproken zeilreis van Nederland naar het Caribische gebied. Verzwegen werd dat op een deel van de reis 'single handed' zou worden gevaren. Het causaal verband in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW ontbreekt omdat juist tijdens de periode dat werd gevaren *met* bemanning zich het schadegeval voordeed. Wanneer de verzekeraar, ware hij op de hoogte geweest van de werkelijke omstandigheden, de verzekering tegen een hogere premie had afgesloten dan zou de schade volgens artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW *in zijn geheel moeten worden vergoed*. Wanneer de verzekeraar daarentegen de verzekering in zijn geheel niet had willen afsluiten, is hij volgens artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW *in het geheel geen uitkering verschuldigd*. Evenwichtiger zou zijn een systeem dat onder de gegeven omstandigheden:

58. In ander opzicht constateerde ik onder nr. 8.5.3.1 dat het proportionaliteitsbeginsel boven het causaliteitsbeginsel prevaleert als de verzekeraar in het geheel geen verzekering zou hebben afgesloten (en van proportionaliteit dus in het geheel geen sprake kan zijn).

- ofwel proportioneel respectievelijk niet een uitkering behoeft te worden verstrekt (proportionaliteit prevaleert);
- ofwel in beide gevallen het schadebedrag in zijn geheel dient te worden uitgekeerd (causaliteit prevaleert).

Mijns inziens dient de belangenafweging ten gunste van de verzekeringnemer plaats te vinden en dient dus het causaliteitsbeginsel te prevaleren. Duidelijk is dat het causaliteitsbeginsel het belang van de verzekeringnemer beschermt. Hoewel hij verzuimt de verlangde mededelingen te doen blijft hij recht op uitkering behouden als de verzwezen omstandigheid niets van doen heeft met de beoordeling van het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt. Als rechtvaardiging voor toepassing van het causaliteitsbeginsel kan worden aangemerkt dat de verzekeraar bij het ontbreken van causaal verband *in het concrete geval* niet in een redelijk belang is geschaad. Ook bij het niet nakomen van andere verplichtingen wordt verval van het recht op uitkering slechts dan gerechtvaardigd geacht *voor het geval de verzekeraar daardoor in een redelijk belang is geschaad* (zie artikel 7:941 (7.17.1.14) lid 4 BW).

Is de verzekeraar in het concrete geval benadeeld als hij weliswaar de verzekering in het geheel niet had willen sluiten maar er geen causaal verband bestaat tussen de verzwezen omstandigheid en de beoordeling van het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt? Dat lijkt niet het geval te zijn aangezien de verwezenlijking van het risico dan niets van doen heeft met de dwaling van de verzekeraar. Voor het concrete geval maakt het niet uit of de verzekeraar van doen heeft met het risico zoals hij zich deze bij het sluiten van de verzekering had voorgesteld of met het werkelijke risico. In het gegeven schadevoorval is het voor de verzekeraar niet van belang of hij van doen heeft met een risico van een zeilreis met bemanning gedurende de gehele reis of met een risico van een zeilreis met bemanning gedurende (slechts) het laatste deel van de reis. Zulks laat natuurlijk onverlet dat ware de verzekeraar op de hoogte geweest van de ware feiten en omstandigheden, hij de verzekering niet had afgesloten.

Benadrukt zij dat versterking van het causaliteitsbeginsel slechts wordt bepleit voor zover de verzekeringnemer te goeder trouw is. Daarnaast moet de verzekeraar in staat worden gesteld de verzekeringsovereenkomst zodanig te wijzigen dat deze in overeenstemming is met de werkelijke bekend geworden feiten en omstandigheden. Op het eerste gezicht lijkt tenslotte een uitzondering te moeten worden gemaakt voor het niet mededelen van feiten en/of omstandigheden omtrent het strafrechtelijk verleden. Het lijkt gerechtvaardigd dat de verzekeraar op geen enkele wijze gebonden kan zijn aan een verzekeringnemer die gelet op het strafrechtelijk verleden bij de verzekeraar terecht (voldaan zal immers moeten zijn aan het relevantievereiste) de vrees voor vergroting van de kans op een schadevoorval oproept. In veel gevallen echter zal de verzekeringnemer in een dergelijk geval toch al niet kunnen aantonen dat de verzwezen omstandigheid van geen belang is voor de beoordeling van het risico zoals zich dat heeft ver-

wezenlijkt waardoor hij niet in aanmerking komt voor een schade uitkering. In sommige gevallen is het mijns inziens gerechtvaardigd dat ruimte bestaat voor een beroep op het causaliteitsbeginsel. De zaak *K/Avero* lijkt hiervoor in aanmerking te komen.⁵⁹

8.7.1 Engels en Duits recht

Het verschil in benadering in het Engelse recht (causaal verband niet van belang) en het Duitse recht (causaal verband wel van belang) geeft aan dat de gemaakte keuze neerkomt op een verschillende belangenafweging.

Engels recht

Uit de 'opinion' van Lord Mustill in de zaak *Pan Atlantic vs. Pine Top* blijkt dat het causaal verband tussen de verzwijging en de oorzaak van de schade niet van belang is: '*... it has long been established that the absence of a connection between the misrepresentation or non disclosure and the peril which caused the loss is no ground for depriving of the right to avoid (for an early decision see Seaman vs. Fonereau (1743) 2 str. 1183) ...*'⁶⁰

Tevens stelt hij vast dat het proportionaliteitsbeginsel naar Engels recht niet geldt. De Law Commission heeft nadrukkelijk uitgesproken dat causaal verband geen vereiste is.⁶¹ De Commission acht het onredelijk dat de verzekeraar kan worden gehouden aan een contract dat hij in het geheel niet of slechts tegen een hogere premie of andere voorwaarden had willen afsluiten.⁶² Introductie van het proportionaliteitsbeginsel in het Engelse recht acht de Commission ook niet gewenst aangezien toepassing van dit beginsel op te veel problemen stuit.⁶³

Duits recht

Artikelen 16-22 van het Duitse *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG) verplichten de verzekerde bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst alle hem bekende omstandigheden die voor de verzekeraar van belang zijn, mede te delen. De met het relevantievereiste vergelijkbare eis van *Erheblichkeit* is opgenomen in artikel 16 lid 1. Slechts omstandigheden '*die für Übernahme der Gefahr erheblich sind*' moeten worden medegedeeld. Artikel 16 lid 1 definieert vervolgens de eis van *Erheblichkeit*: '*Erheblichkeit sind die Gefahrumstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Inhalt abzuschließen, einem Einfluss auszuüben.*'

59. HR 11 september 1992, NJ 1993, 754. Zie de beschrijving van de casus onder nr. 8.5.1.

60. Zie Lloyds Rep. (1994), p. 452.

61. The Law Commission, (LAW COM. No. 104). Insurance law. Non disclosure and breach of warranty. Report on a reference under section 3(1)(e) of the law commissions act 1965 presented to Parliament by the Lord High Chancellor, by Command of Her Majesty, October 1980, London Her Majesty's stationery office, p. 70.

62. Idem, p. 68.

63. Idem, p. 45.

Wanneer de verzekeraar naar bepaalde omstandigheden vraagt is het ingevolge artikel 16 VVG niet van belang of het niet mededelen van een bepaalde omstandigheid daadwerkelijk zijn weerslag heeft gehad op de omvang van de dekking of de hoogte van de premie. Voldoende is dat de omstandigheden voor het besluit van de verzekeraar van betekenis zijn, bijvoorbeeld in die zin dat de verzekeraar, ware hij op de hoogte van de bewuste omstandigheden, nader onderzoek zou hebben verricht. Ook in dat geval wordt de verzwegen omstandigheid als 'erheblich' beschouwd.⁶⁴

Artikel 17 VVG bepaalt dat de verzekeraar de overeenkomst ook kan ontbinden wanneer de verzekerde *onjuiste* informatie verstrekt over een belangrijke omstandigheid ('erheblichen Umstand'). Lid 2 bepaalt echter dat de verzekeraar geen beroep kan doen op het niet nakomen van de mededelingsplicht als de verzekerde geen schuld heeft of de verzekeraar op de hoogte was van de verzwijging. Meestal ontdekt de verzekeraar dat sprake is van verzwijging nadat zich een schadegeval heeft voorgedaan.

Op die situatie heeft artikel 21 VVG betrekking. Hierin is bepaald dat, ook al ontbindt de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst, de verplichting tot het vergoeden van de schade blijft bestaan als de niet of onjuist medegedeelde omstandigheid *geen invloed* op het zich voordoen van het schadegeval of de omvang van de verplichting van de verzekeraar heeft gehad.⁶⁵ Deze regel volgt ook uit artikel 6 lid 2 VVG, het algemene artikel over verplichtingen van de verzekerde tegenover de verzekeraar (Obliegenheiten). De verplichting tot vergoeding van de schade kan ook ophouden te bestaan als de verzwijging slechts *mede-oorzaak* is.⁶⁶

In geval van verzwijging van ziektesymptomen (indizierenden Umständen) bij een levensverzekering wordt causaal verband aangenomen indien de symptomen leiden tot vaststelling van gevaarsomstandigheden die oorzaak kunnen zijn van het zich voordoen van een verzekerd evenement. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat verzekeraar bij bekendheid met de symptomen direct de daaraan ten grondslag liggende ziekte had herkend. De verzekerde moet bewijzen dat het causaal verband ontbreekt.⁶⁷ Zo moet in geval van verzwijging van een lumbago (spit) de verzekerde bewijzen dat er geen causaal verband bestaat tussen deze verzwegen omstandigheid en een later opgetreden hernia.⁶⁸

8.8 Conclusie: weigering anticipatie is een gemiste kans

Gelet op het vorenstaande waren er voldoende argumenten die ervoor pleitten de regeling van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW reeds vóór inwerking-treding op basis van het beginsel van de redelijkheid en billijkheid toe te

64. Prölls/Martin, *Versicherungsvertragsrecht* 2004, § 16, 17, nr. 2a, Rn. 7. Eichler, *Versicherungsrecht* 1966, p. 78.

65. Prölls/Martin, 2004, art. 21, Rn 1. Eichler, t.a.p. p. 83-84.

66. Prölls/Martin, 2004, art. 6, Rn 91.

67. Prölls/Martin, 2004, art. 21, Rn 8.

68. OLG Hamburg 29-1-1987, *VersR.* 1988, 396.

passen. Gelet op het vorenstaande ware het naar mijn mening toe te juichen geweest als reeds eerder het causaliteitsbeginsel (en het proportionaliteitsbeginsel) tot ontwikkeling was gekomen. De rechtsontwikkeling had alsdan zijn werk kunnen doen en kunnen bijdragen aan een evenwichtige nieuwe wettelijke bepaling in Titel 7.17 NBW dan wel aan een uitkristallisering van de nu bestaande regeling. Het is dunkt mij niet te veel gezegd dat deze rechtsontwikkeling nu (nagenoeg) nog een aanvang moet nemen.

RISICOVERZWARING EN CAUSAAL VERBAND

9.1 Het begrip risicoverzwareing

Het oorspronkelijk verzekerde risico kan ná het sluiten, gedurende de loop van de verzekeringsovereenkomst, zodanig veranderen dat de kans op schade toeneemt. Verzekeraars die zich meestal op het moment dat zich een schadegeval voordoet geconfronteerd zien met dit gewijzigde risico, zullen mogelijk willen betogen dat zij niet dit gewijzigde risico hebben verzekerd, althans hebben willen verzekeren, aangezien het oorspronkelijk verzekerde risico niet langer bestaat. Verzekeraars wensen op de hoogte te zijn van de omvang van het verzekerde risico teneinde te kunnen bepalen of zij het risico willen verzekeren en zo ja tegen welke voorwaarden en welke premie. In zoverre komt het begrip risicoverzwareing overeen met het begrip verzwijging. Echter, met dit belangrijke verschil dat verzwijging betrekking heeft op de periode vóórdát een verzekeringsovereenkomst wordt afgesloten. Verzwijging heeft een juridische basis in artikel 7:928 (7.17.1.4)-7:930 (7.17.1.6) BW, terwijl voor het begrip risicoverzwareing een dergelijke basis op dit moment ontbreekt. Artikel 293 K (oud) had weliswaar betrekking op risicoverzwareing, maar gold slechts voor de verzekering van een gebouw tegen de gevaren van brand. In Titel 7.17 BW ontbreekt een regeling in het geheel. Toch zal artikel 293 K volgens het vigerende overgangsrecht (artikel 221 sub 9 Ow) nog gedurende enige tijd doorwerken. Op verzekeringen tegen gevaren van brand die vóór het tijdstip van inwerkingtreden van Titel 7.17 BW zijn afgesloten blijft artikel 293 K van toepassing. Juist omdat opstalverzekeringen meestal voor een langere periode worden afgesloten kan artikel 293 K nog gedurende een relatief lange periode zijn werking behouden.

Het is geenszins vanzelfsprekend dat een verzwaring van het risico gedurende de loop van de verzekeringsovereenkomst de verzekeraar ontslaat van een eventuele schadevergoedingsverplichting. Reeds in 1912 heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat risicoverzwareing in het verzekeringsrecht geen – ongeschreven – rechtsbeginsel is waar verzekeraars een beroep op kunnen doen.¹ In zijn arrest van 6 november 1992 heeft de Hoge Raad dit nog eens benadrukt:

1. HR 20 december 1912, NJ 1913, p. 188: 'dat wegens schending of verkeerde toepassing van een rechtsbeginsel, dat niet in de wet is uitgedrukt, cassatie niet is toegelaten, dat bovendien dit rechtsbeginsel in ons recht niet valt aan te toonen'.

In het algemeen rechtvaardigt verzwaaring van het risico ook niet aan te nemen dat de gehoudenheid van de verzekeraar het risico te lopen een einde neemt. Zulks is anders indien een daartoe strekkend beding in de verzekeringsovereenkomst is opgenomen. In het algemeen kan ook niet worden aanvaard dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de verzekeringnemer of de verzekerde gehouden is aan de verzekeraar mededeling te doen van verzwaaring van het risico als gevolg van aan het motorrijtuig aangebrachte veranderingen.²

Nu een wettelijke regeling in het verzekeringsrecht ontbreekt, is beantwoording van de vraag of het juridisch fundament in het algemene verbintenissenrecht kan worden gevonden van belang. Na invoering van het huidige BW lijkt vooral het leerstuk van de 'onvoorziene omstandigheden' hiervoor in aanmerking te komen.³ Dit leerstuk (frustration of contract, imprévision, imprevisie, Wegfall der Geschäftsgrundlage, clausula rebus sic stantibus) stelt de vraag aan de orde of toekomstige omstandigheden waarmee partijen bij het afsluiten van de overeenkomst geen rekening hebben gehouden, de overeenkomst kunnen wijzigen of ontbinden. Vooral bij duurovereenkomsten zoals huur-, arbeids- en verzekeringsovereenkomsten treedt deze vraag op de voorgrond. Risicoverzwaaring zou een dergelijke toekomstige omstandigheid kunnen zijn.

In het huidige BW geeft artikel 6:258 een regeling van onvoorziene omstandigheden. Het is de weergave van het tot de invoering van het artikel geldende recht.⁴ Geldt het artikel ook voor het verzekeringsrecht? Deze vraag wordt in de literatuur bevestigend beantwoord. De verzekeraar zal er echter zelden een beroep op kunnen doen omdat, gelet ook op het bepaalde in het tweede lid, de aard van de verzekeringsovereenkomst meebrengt dat de onvoorziene omstandigheden voor zijn rekening blijven.⁵ Mij is geen uitspraak bekend waarin is beslist dat verzekeraars in deze situatie met een beroep op risicoverzwaaring niet behoeft den te betalen.⁶

2. HR 6 november 1992, NJ 1994, 150. Zo ook Hof 's-Gravenhage 7 april 1994, rolnr. 93/467, n.g.

3. A.G. Asser overweging 2.15 in HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238. Zie voor andere benaderingen: Scheltema/Mijnssen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1998, nr. 5.46 e.v.

4. Asser-Hartkamp II, 2005, nr. 332; T&C (Valk), aant. 7 bij art. 6:258 BW.

5. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 298 zijn enigszins stelliger en menen dat artikel 6:258 BW de verzekeraar geen bescherming biedt tegen risicoverzwaaring. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.47 stelt: 'Heeft de verzekeraar het niet nodig geacht zich door het opnemen van een bepaling in de contractuele bepalingen die de verzekering beheersen, zich te wapenen tegen verzwaaring van het risico, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat de wijziging van het risico voor zijn rekening is.'

6. P. Abas, Risicoverzwaaring in het Nieuw BW, Om wille van de consument: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. Clausing, Zwolle, Tjeenk Willink, p. 10 noemt in het kader van de algemene beginselen het arrest van het Hof Amsterdam 29 april 1948, NJ 1948, 382. Deze zaak kan mijns inziens echter niet los van de van toepassing zijnde polisbepaling worden gezien. Naar mijn smaak is de uitspraak overigens dubieus te noemen. Ook het Engelse recht is wat dit betreft zeer terughoudend. De enige omstandigheid waaronder een verzekeraar met een beroep op risicoverzwaaring zich ontslagen kan achten van zijn schadevergoedingsplicht is die waarbij de verzekerde frauduleus en met de bedoeling de verzekeraar te benadelen de risicoverzwaaring verzwijgt. Zie E.R. Hardy-Ivamy, General principles of insurance law, Butterworth, London Dublin and Edinburgh 1993, p. 327-328.

Gelet op het vorenstaande bieden noch het verzekeringsrecht noch het verbintenissenrecht in algemene zin de verzekeraar voldoende bescherming tegen risicoverzwaaring. Deze zal de gewenste bescherming dus desgewenst op andere wijze moeten verkrijgen.

Bescherming van de verzekeraar tegen risicoverzwaaring

Ten eerste kan de verzekeraar stellen dat het gewijzigde risico niet langer meer overeenkomt met de 'omschrijving van het verzekerde risico'. Een dergelijke gedachte is echter riskant. In de eerste plaats zal bij een geschil de rechter moeten oordelen dat het doel van de risico-omschrijving (mede) een dekkingsbeperking inhoudt. Als voorbeeld moge de volgende risico-omschrijving in een brandpolis dienen: 'het dak is niet met stro bedekt'. Betekent dit dat de verzekeraar een gebouw met een dak, dat is bedekt met stro, niet heeft verzekerd? Of moet deze aanduiding slechts worden beschouwd als de beschrijving van een toestand?⁷ De beantwoording van deze vraag hangt af van de omstandigheden van het geval en uitleg van de overeenkomst.⁸ Een eerste voorwaarde voor een geslaagd beroep op het ontbreken van dekking is dat het voor de verzekerde duidelijk moet zijn dat de risico-omschrijving als beperking van de dekking moet worden opgevat. Dit zal uit de omschrijving zelf, dan wel uit andere omstandigheden moeten blijken.⁹

Ten tweede kan de verzekeraar een zgn. mededelingsclausule opnemen in zijn polisvoorwaarden en daar in voorkomende gevallen een beroep op doen. Een dergelijke clausule kan bijvoorbeeld luiden:

'De verzekerde opstallen zijn thans zonder bestemming. Zodra er een nieuwe bestemming aan de panden wordt gegeven, dienen de assuradeuren hiervan onmiddellijk in kennis te worden gesteld, waarna premies en condities van de verzekering opnieuw zullen worden vastgesteld.'

7. Dit voorbeeld is ontleend aan Scheltema/Mijnssen, 1991, p. 247. In de vijfde druk (1998) lijkt Mijnssen onder invloed van HR 15 mei 1992, NJ 1993, 263, m.nt. MMM van mening te zijn dat de dekking alsdan ontbreekt. Mijns inziens dient aan dit arrest evenwel, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, in dit opzicht niet een te grote betekenis te worden toegekend. Vgl. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 302. Zie voorts Hof Amsterdam overweging 6 en de noot van Mijnssen in HR 6 januari 1984, NJ 1985, 590; A-G. Asser overweging 3.35 in HR 6 november 1992, NJ 1994, 150; Rb. Rotterdam 22 oktober 1979, S&S 1980, 46 'stowed in freezing chamber' als omschrijving in de polis is slechts een nadere aanduiding van de plaats van de goederen in het schip en is geen voorwaarde waaronder de verzekering van toepassing is. De Engelse rechter beschouwt de omschrijving van het risico, mits relevant voor het risico van schade, doorgaans als een warranty: M.A. Clarke, *The Law of insurance contracts*, Lloyd's of London Press, 1997, nr. 20-1. Zie voor de risico-omschrijving als dekkingsbegrenzing HR 15 mei 1992, NJ 1993, 263. Soms wordt de risico-omschrijving niet in het oordeel betrokken. Zie Hof 's-Gravenhage 23 mei 1990, S&S 1992, 60.

8. A-G Assers overweging 2.23 in zijn conclusie voor het arrest van de HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238. HR 6 januari 1984, NJ 1985, 590. Het Haviltex-arrest speelt hierbij een belangrijke rol (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Zie over uitleg van de verzekeringsovereenkomst: P. Clausing, *Uitleg van verzekeringsovereenkomsten*. In: Jaardossier Onderneming & Verzekering, Account/advies, 's-Hertogenbosch 1992, p. 6 e.v.

9. HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238. HR 15 mei 1992, NJ 1993, 263.

Meestal stellen de polisvoorwaarden als sanctie op het niet nakomen van de mededelingsplicht beëindiging van de dekking binnen een bepaalde periode na de risicoverzwaarig.

Ten derde kan de verzekeraar een beroep doen op zgn. preventieve garanties indien hij deze als voorwaarde in de polis heeft opgenomen. Het betreft hier geboden dan wel verboden, bijvoorbeeld het plaatsen van een gloedpoederblusser dan wel het gebruik van metalen in plaats van plastic asvangers, welke de verzekerde niet mag overtreden. Meestal wordt als sanctie in geval van het niet nakomen van de garantie het verval van het recht op schadevergoeding vermeld. De verzekeringsrechtelijke literatuur bespreekt deze garanties doorgaans binnen het kader van risicoverzwaarig, hoewel het verband daartussen niet direct zichtbaar is. Immers, de inhoud van de gestelde voorwaarde zelf, een gebod of een verbod, kan niet worden aangemerkt als of heeft niet direct betrekking op een risicoverzwaarig. Het oorspronkelijke verzekerde risico wijzigt niet.¹⁰ De preventieve garantie is er in de eerste plaats ook niet, zoals de mededelingsclausule dat wel is, op gericht om de verzekeraar in staat te stellen zijn risico opnieuw te beoordelen. De preventieve garantie is veeleer een middel om het plaats vinden van een bepaalde schade te voorkomen. Wellicht kan de preventieve garantie evenwel toch worden gekoppeld aan het onderwerp risicoverzwaarig door uit te gaan van de fictie dat naleving van de garantie deel uitmaakt van het verzekerde risico en dat niet naleving van de garantie leidt tot een verzwaarig van het risico.¹¹ Een dergelijke koppeling is mijns inziens vergezocht, aangezien elke niet nakoming van een verplichting van de verzekerde op die manier een risicoverzwaarig zou zijn. Toch bespreek ik de preventieve garantie uit het oogpunt systematiek in het kader van risicoverzwaarig. Niet alleen de literatuur maar ook de rechtspraak lijkt de garantie als onderdeel van het onderwerp risicoverzwaarig te beschouwen.

Ten vierde zij gewezen op artikel 293 K (oud): een beperkte bepaling over risicoverzwaarig:

Indien een verzekerd gebouw eene andere bestemming verkrijgt en daardoor aan meerder brandgevaar wordt blootgesteld, zoo dat de verzekeraar, indien zulks vóór de verzekering had bestaan, hetzelve of in het geheel niet, of niet op dezelfde voorwaarden, zoude hebben verzekerd, houdt deszelfs verplichting op.

10. A-G Asser wijst in zijn conclusie alinea 2.22 voor HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780, m.nt. MMM nadrukkelijk op het verschil tussen een mededelingsclausule en een zgn. preventieve garantie. Zie voorts Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 304 en mijn artikel in NTBR 1996, p. 163 en 165. Ook A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM lijkt het onderscheid te maken: *Het staat een verzekeraar vrij in de te sluiten verzekeringsovereenkomst bedingen op te nemen, houdende de voorwaarden waaronder de verzekeraar wel of geen dekking verleent. Zulke polisbedingen worden, enigszins verwarrend (Vgl. Scheltema/Mijnssen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht (1998) p. 219-220), garantieclausules genoemd. Ook de mogelijkheid van risicoverzwaarig kan contractueel worden geregeld: art. 293 K bevat geen dwingend recht (HR 15 mei 1992, NJ 1993, 263 m.nt. MMM (rov. 3.3); HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498 (rov. 3.3.3)). Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.51 lijkt het onderscheid niet te maken.*

11. Zie in deze zin Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.51: *Het intreden van de risicoverhoging, de vervulling dus van de ontbindende voorwaarde, wordt ook niet als wanprestatie beschouwd.* Zie voorts mijn artikel in NTBR, 1996, p. 161.

Rechtspraak en literatuur blijven mogelijk deels van belang voor het huidige en komende recht, namelijk in de gevallen dat de verzekeraar onder verwijzing naar de polisvoorwaarden een beroep doet op risicoverzwaarig. Voorts zij gewezen op artikel 221 sub 9 OW (zie hiervoor).

Artikel 293 K is uitsluitend van toepassing op de verzekering van een *gebouw* tegen brandgevaar. Het gaat bovendien maar om één aspect van risicoverzwaarig, te weten de wijziging van de *bestemming* van een gebouw. Een wijziging aan (de constructie van) het gebouw zelf valt dus niet onder artikel 293 K. Wanneer verzekerde bijvoorbeeld een dak met dakpannen vervangt door een rieten dak verhoogt zulks wel het risico voor de verzekeraar doch kan de verzekeraar niet met een beroep op artikel 293 K een schadevergoeding afwijzen.¹²

Gezien het vorenstaande is artikel 293 K een (uitzonderings)bepaling met een zeer beperkte strekking.¹³ Deze blijkt ook uit de volgende drie vereisten:

- a. er moet een verandering van de bestemming zijn;
- b. daardoor moet meerder brandgevaar zijn ontstaan;
- c. de verzekeraar zou het gebouw niet of niet onder dezelfde voorwaarde hebben verzekerd indien het zwaardere risico reeds vóór het afsluiten van de verzekering had bestaan.

Literatuur en jurisprudentie hebben de vereisten verder aangescherpt.¹⁴

Het onder c. genoemde criterium komt overeen met het relevantievereiste in artikel 7:928 (7.17.1.4) BW en artikel 251 K (oud). Het lijkt daarom in de rede te liggen het relevantievereiste objectief uit te leggen. Van belang is de beoordeling van een redelijk handelend verzekeraar.¹⁵

Vanwege verschillende redenen ben ik van mening dat de wetgever terecht heeft besloten in Titel 7.17 NBW geen regeling over risicoverzwaarig op te nemen.¹⁶ Ongetwijfeld zullen in polisbepalingen, zoals ook nu

12. Dorhout Mees, Nederlands handels- en faillissementsrecht III, Gouda Quint, Arnhem 1980, p. 147; Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht, Tjeenk Willink, Zwolle 1967, p. 429; Nolst Trenité, Brandverzekering, Erven F. Bohn, Haarlem 1902, p. 11 (met een beroep op de tekst van de wet, waarbij wordt betwijfeld of dit de bedoeling van de wetgever was); T.M.C. Asser, Verhoging van gevaar bij brandverzekering, Magazijn van het Handelsrecht, 1889, p. 30.

13. Hof Amsterdam 28 februari 1908 geciteerd in S. Naayen, De invloed van risicoverandering op het voortbestaan van het assurantiecontract naar Nederlands Recht, bezien in het licht van doctrine en jurisprudentie van naburige landen, Utrecht 1910, p. 25.

14. Er moet sprake zijn van een duurzame bestemmingswijziging. Het gebouw een enkele keer voor een ander doel dan normaal gebruiken is nog geen risicoverzwaarig. Zie Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.48. Daarnaast kan, zoals de Hoge Raad in het Matthes-arrest heeft beslist, slechts in geval van duidelijk sprekende gevallen sprake zijn van risicoverzwaarig.

15. Voor artikel 251 K (oud) is dit beslist in HR 19 mei 1978, NJ 1978, 607. Voor Titel 7.17 BW ligt het in de rede hetzelfde aan te nemen. Verwezen zij naar het vorige hoofdstuk. T.a.v. risicoverzwaarig zie Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.48.

16. Steun hiervoor biedt ook de mening van A-G Bakels, die in zijn conclusie onder nr. 2.2 vóór het Hennepteelt-arrest (HR 1 mei 1998, NJ 1998, 604) artikel 293 K (oud) een vreemde eend in de bijt heeft genoemd. Hij noemt een tweetal bezwaren tegen het artikel. Ten eerste noemt hij de systematische bedenking dat het voor de gebouwenverzekering niet voor de hand ligt een uitzondering te maken voor de in het verzekeringsrecht heersende regel dat in het algemeen risicoverhoging gedurende de looptijd van de verzekeringsovereenkomst naar de aard daarvan voor rekening komt van de verzekeraar. Ten tweede noemt hij →

reeds het geval is en wellicht zelfs meer dan vóór inwerkingtreding van Titel 7.17 BW, mededelingsclausules worden opgenomen.

9.2 Omstandigheden die een beroep op risicoverzwaarig in de weg kunnen staan

Wanneer is voldaan aan de voorwaarden die wet (oud) en polis stellen aan risicoverzwaarig kan de verzekeraar in beginsel een beroep doen op het rechtsgevolg, meestal verval van de verplichting van de verzekeraar, dat hieraan is verbonden. Vervolgens is het de vraag of er niettemin omstandigheden zijn die een beroep van de verzekeraar op dit rechtsgevolg in de weg kunnen staan. De Hoge Raad heeft deze vraag in het Modalfa-arrest ten aanzien van een beroep op artikel 293 K in een overweging ten overvloede bevestigend beantwoord:

Op zichzelf terecht neemt het onderdeel tot uitgangspunt dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen, die tot gevolg hebben dat aan de verzekeraar, ondanks een wijziging van de bestemming als eerder bedoeld, geen beroep op art. 293 openstaat. Daarbij valt, zoals ook het onderdeel aanvoert, te denken aan het geval waarin de bestemmingswijziging is ongedaan gemaakt voordat het risico zich heeft verwezenlijkt. Voorts kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt. Bovendien kan een beroep op art. 293 falen ingeval de verzekeraar na van de bestemmingswijziging op de hoogte te zijn gebracht of geraakt, de verzekeringsovereenkomst ongewijzigd continueert.¹⁷

het maatschappelijke bezwaar dat het verval van dekking voor de verzekerde als een verrassing komt indien hij zich a) wel bewust is van de risicowijziging maar zich niet realiseert dat zulks een verhoging van het brandgevaar meebrengt en b) van de risicowijziging geen weet heeft. Anders R. Feunekes, Risicoverzwaarig bij schadeverzekeringen (diss. Nijmegen), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001. Verwezen zij naar mijn bespreking van dit proefschrift in NTBR 2002, nr. 9, p. 489 e.v.

17. HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498. Dit arrest is besproken door P. Clausing in NTBR 1996, p. 55-57, mw J.J. Zevenbergen in Juridisch Up to date, 1995, p. 2-5 en door mijzelf in Vrb 1995, p. 87-88. De hiervoor vermelde overweging van de Hoge Raad over de omstandigheid dat de verzekeraar op de hoogte is van de risicoverzwaarig en de verzekeringsovereenkomst toch continueert lijkt af te wijken van de beslissing in het Caransa-arrest (HR 15 mei 1992, NJ 1993, 263), waarin de Hoge Raad als volgt oordeelt: *Immers, zo al zou kunnen worden aangenomen dat het hof een beroep op rechtsverwerking heeft gelezen in de door Caransa pas aan het slot van haar memorie na deskundigenbericht (sub 16) opgeworpen stelling 'dat het aan de vertegenwoordiger van verzekeraars, namelijk aan Roland Holst & Zoon, bekend was, althans moet zijn geweest, dat op de 1ste etage een Pakistaans restaurant was gevestigd' – welke stelling aldus werd toegelicht dat Roland Holst 'kennelijk regelmatig op het Rembrandtplein (kwam)', 'dan niet na(liet) het oog over "zijn" verzekerde risico's te laten gaan', 'toen Wimpy aan het verbouwen was, (...) eigener beweging kwam informeren naar het karakter daarvan', en dus 'moet hebben gezien dat, al 17 maanden voor de brand, boven de Wimpy een Pakistaans restaurant gevestigd was' – en zo bovendien zou kunnen worden aangenomen dat Roland Holst te dezen (mede) als vertegenwoordiger van Assurantiemas heeft te gelden, zou het hof aan een en ander niet de gevolgtrekking hebben mogen verbinden dat Assurantiemas haar recht om zich te beroepen op de overeengekomen beperking van het verzekerde risico heeft verwerkt. Deze overweging heeft geen betrekking op artikel 293 K maar op de reikwijdte van de risico-omschrijving. Gelet echter op de verwevenheid van die twee onderwerpen meen ik dat een vergelijking gerechtvaardigd is.*

In de procedure is een van artikel 293 K afwijkende en gunstiger clause aan de orde die ná de bestemmingswijziging doch vóór het schadevooral in de polis werd opgenomen:

‘15.2.1 Verzekerde dient verzekeraars zo spoedig mogelijk schriftelijk mededeling te doen van:

- *wijziging van bestemming of bouwaard van het omschreven gebouw;*
- *(...)*

Bedoelde mededeling dient in ieder geval binnen twee maanden te worden gedaan, tenzij de verzekerde van het optreden van een der genoemde wijzigingen niet op de hoogte was en dat redelijkerwijs ook niet kon zijn. (...)

15.2.2 De verzekeraars hebben de vrijheid binnen twee maanden na de ontvangst van de onder 15.2.1 bedoelde mededeling de verzekering niet of slechts op gewijzigde voorwaarden voort te zetten.

De verzekering eindigt dan één maand na de mededeling hiervan door de verzekeraars, tenzij partijen voortzetting van de verzekering op nieuwe voorwaarden overeenkomen.

15.2.3 Verzuimt de verzekerde tijdig mededeling te doen van de risicowijzigingen genoemd in 15.2.1, dan vervalt alle recht op schadevergoeding twee maanden na de datum van risicowijziging, tenzij de verzekering ook na de kennisgeving zou zijn gecontinueerd.

- *Indien de verzekeraars de verzekering met verminderde aandelen zouden hebben voortgezet, wordt een eventuele schade vergoed in de verhouding van het verminderde tot het oorspronkelijke aandeel.*
- *Indien de verzekeraars de verzekering tegen een hogere premie zouden hebben voortgezet, wordt een eventuele schade vergoed in dezelfde verhouding als de voor het optreden van de risicowijziging geldende premie staat tot de nieuwe te noteren premie.*
- *Indien verzekeraars de verzekering tegen gewijzigde voorwaarden zouden hebben voortgezet, wordt een eventuele schade vergoed met inachtneming van deze gewijzigde voorwaarden.*
- *Het gestelde in 15.2.2 blijft van kracht’.*

De Hoge Raad beschouwt deze clause niet als een bijzondere omstandigheid, in de in het ‘obiter dictum’ bedoelde zin, die tot gevolg heeft ‘... dat aan de verzekeraar, ondanks een wijziging van de bestemming als eerder bedoeld, geen beroep op art. 293 openstaat’.¹⁸ De Hoge Raad oordeelt dat de verzekeraar, ondanks de vóór het schadegeval geïncorporeerde ten opzichte van artikel 293 K (oud) gunstiger clause, een beroep kan doen op artikel 293 K (oud).¹⁹

18. De besprekingen in noot 57 laten zich over deze beslissing kritisch uit.

19. Als een bijzondere omstandigheid is in het verleden ook niet aanvaard dat de risicoverzwaren niet is ontstaan door toedoen/met medewerking van de verzekerde. Zie Clausing, Inleiding verzekeringsrecht, Samsom/Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1998, nr. 3.4; HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238; Hof ‘s-Gravenhage 23 april 1991, S&S 1993, 55; Hof ‘s-Gravenhage 25 april 1989, S&S 1991, 35. Ook is niet van belang dat de verzekerde niet op de hoogte was van de risicoverzwaren. Zie Hof ‘s-Gravenhage 25 april 1989, S&S 1991, 35. Zie ook A-G Asser in zijn conclusie HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238. Ten aanzien van een garantie (mededelingsclause) zie HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780 overweging 3.5. HR 1 mei 1998, NJ 1998, 604.

Voor het onderhavige onderzoek is vooral van belang de door de Hoge Raad als tweede genoemde omstandigheid: het ontbreken van voldoende causaal verband tussen de bestemmingswijziging en het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt. Deze omstandigheid komt hierna aan de orde.

9.3 Causaal verband

Inleiding

De Hoge Raad heeft in het *Modalfa*-arrest niet een beslissing in het concrete geval gegeven. Het betreft een overweging ten overvloede die ook niet nader is gemotiveerd. De beslissing mist derhalve overtuigingskracht ontleend aan een bepaalde motivering. Van belang mijns inziens is dan ook nog steeds te onderzoeken welke invloed het begrip causaal verband, volgens literatuur en andere rechtspraak, heeft op het beroep van de verzekeraar op risicoverzwaren. Daarbij zal onderscheid worden gemaakt tussen de hierboven beschreven verschillende gronden voor een beroep op risicoverzwaren. Hoewel een wettelijke regeling over risicoverzwaren in titel 7.17 BW ontbreekt blijven naar mijn mening de opvattingen over causaal verband in het kader van artikel 293 K (oud) van belang. Artikel 293 K (oud) is in bepaalde opzichten vergelijkbaar met de door verzekeraars gehanteerde mededelingsclausule²⁰, die naar het zich laat aanzien wellicht zelfs in versterkte mate in zwang zal blijven. In beide gevallen wil de verzekeraar op de hoogte zijn van verzwaren van het door hem verzekerde risico teneinde te kunnen beslissen of en zo ja op welke voorwaarden hij de verzekeringsovereenkomst wil voortzetten. Het hiervóór aan de orde gekomen afwijkende karakter van de preventieve garantie (in de eerste plaats een middel om schade te voorkomen, niet bedoeld om de verzekeraar in staat te stellen zijn risico opnieuw in te schatten) geeft reden te veronderstellen dat de invloed van het ontbreken van causaal verband tussen het niet-nakomen van de verplichting en de schade verder gaande consequenties heeft.

Gelet op het gemeenschappelijke karakter van artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule zullen deze onderwerpen gezamenlijk worden behandeld. Uit de jurisprudentie zal blijken dat de rechter terughoudend is in het toepassen van het causaliteitsbeginsel. Aan de orde zal komen de vraag of het van overeenkomstige toepassing verklaren van, althans inspiratie ontleenen aan de causaliteitsregeling bij verzwijging in de rede ligt. Daarnaast zal de invloed van causaal verband op toepasselijkheid van preventieve garanties aan de orde komen.

9.3.1 Artikel 293 K (oud); mededelingsclausule

Voordat de Hoge Raad in zijn hiervoor genoemde overweging ten overvloede overwoog dat het ontbreken van voldoende causaal verband in de

20. Voor een voorbeeld zij verwezen naar nr. 9.1.

weg kan staan aan een beroep op artikel 293 K leek het duidelijk te zijn dat causaal verband in beginsel géén vereiste was. Dat gold zowel voor artikel 293 K (oud) als voor de mededelingsclausules.²¹

Zulks is in beginsel verdedigbaar omdat de verzekeraar er belang bij heeft dat hij niet wordt geconfronteerd met een risico dat hij oorspronkelijk niet verzekerde en ook niet (tegen dezelfde premie) had willen verzekeren. De risicoverzwaarig treft de overeenkomst (reeds) vóóordat schade optreedt, namelijk op het moment dat de risicoverzwaarig zich voor doet.²² A-G Asser heeft in dit verband gesteld:

*Reeds omdat de clause assuradeuren de bevoegdheid geeft om na melding van de bestemmingswijziging te besluiten de verzekering niet langer te continueren, doet het er in de gedachtengang van het hof niet toe of de brand in verband staat met de niet gemelde bestemmingswijziging.*²³

In het Hennepteelt-arrest²⁴ oordeelt de Hoge Raad dat dit belang van de verzekeraar zwaarder weegt dan het op zichzelf genomen gerechtvaardigde belang van de verzekerde op bescherming van zijn vermogen door de verzekeringsspolis. De Hoge Raad bevestigt de reeds eerder in het Matthes-arrest²⁵ gestelde regel dat voor een geslaagd beroep op artikel 293 K niet is vereist dat de bestemmingswijziging door toedoen of met medeweten van de verzekeringnemer is totstandgekomen en motiveert deze regel als volgt: *Immers, ook in een zodanig geval, waarin sprake is van een duidelijk sprekend geval van bestemmingswijziging, moet worden aangenomen dat het belang van de verzekeraar, die zijn risico's moet kunnen schatten en daarop zijn premies moet kunnen afstellen, zwaarder weegt dan de omstandigheid dat de verzekeringnemer, nadat zich een evenement heeft voorgedaan waartegen hij zich verzekerd waant, moet ondervinden dat zulks niet het geval is, terwijl hem ter zake redelijkerwijs geen verwijt valt te maken.*

Anderzijds zou naar mijn mening het criterium of de verzekeraar door de bestemmingswijziging in zijn belangen is geschaad, in het kader van artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule een rol moeten spelen. Gelet op de aard van de regelingen zou naar mijn mening mede de vraag op welke wijze het risico zou zijn verzekerd indien de (redelijk handelend) verzekeraar op de hoogte was geweest van de risicoverzwaarig, een rol moeten

21. Zie A-G Asser en de in zijn noot 18 vermelde schrijvers in zijn conclusie voor HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780. Verwezen zij voorts naar Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 301; mijn artikel in NTBR 1996, p. 162; A-G Bakels in zijn conclusie nr. 2.6 voor HR 1 mei 1998, NJ 1998, 604. Het in Losbladige Bijzondere Contracten, t.a.p., p. XI.B 293-6 genoemde vonnis Rb. Amsterdam 12 december 1984, S&S 1985, 124 stelt het vereiste van causaal verband, maar daar ging het om een polisclausule.

22. Zie Hof Amsterdam overweging 4.5 in HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498.

23. Alinea 2.23 in HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780. Weliswaar sloeg dit op een mededelingsclausule, maar mijns inziens gaat deze constatering evenzeer op voor artikel 293 K.

24. HR 1 mei 1998, NJ 1998, 604.

25. HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238, m.nt. G.

spelen. Onder verwijzing naar artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 3 BW (proportionaliteitsbeginsel) zijn er in dit kader verschillende mogelijkheden:

- De verzekeraar zou de verzekering in het geheel niet voortzetten.
- De verzekeraar zou de verzekering voortzetten op andere voorwaarden (uitsluitingen, garanties, eigen risico) of tegen een hogere premie.

Voorts lijkt voor het antwoord op de vraag of de verzekeraar in zijn belangen is geschaad van belang te zijn of er sprake is van causaal verband tussen de risicoverzwarende omstandigheid en de (hoogte van) de schade.

Toepassing van het systeem van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW op artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule zou betekenen dat de verzekerde een beroep kan doen op het ontbreken van causaal verband behalve als de verzekerde de verzekeraar opzettelijk heeft misleid of als de verzekeraar ware hij op de hoogte van de risicoverzwarende omstandigheid de verzekering in het geheel niet had afgesloten.

Dit alles zou een mogelijke verzachting zijn voor het ook door de Hoge Raad gesignaleerde aan de regel van artikel 293 K eigen nadeel *nl. dat hij ertoe kán leiden dat een verzekeringnemer, nadat zich een evenement heeft voorgedaan waartegen hij zich verzekerd waande, moet ondervinden dat zulks niet het geval is, terwijl hem terzake redelijkerwijs geen verwijt valt te maken*²⁶ Het is mijns inziens ook een effectieve aanvulling op de door de Hoge Raad gestelde regel dat alleen in duidelijk sprekende gevallen kan worden aanvaard dat de bestemming van het verzekerde gebouw in de zin van dit artikel is veranderd.²⁷

Een vergelijking met de regeling over verzwijging in de zin van artikel 7:928 (7.17.1.4)-7:930 (7.17.1.6) BW dringt zich hier dus op.²⁸ Zowel bij verzwijging als bij risicoverzwarende speelt een rol dat de verzekerde zich op het moment van het schadegeval verzekerd waant en dat bij toewijzing van het beroep op verzwijging dan wel risicoverzwarende niet blijkt te zijn. Gelet op dit gemeenschappelijke kenmerk meen ik dat wanneer het ontbreken van causaal verband van belang is voor de beoordeling of de verzekeraar een beroep kan doen op verzwijging, zulks tevens zal moeten gelden voor een beroep op risicoverzwarende. Blijkens artikel 7:943 (7.17.1.16) BW mag van de verzwijgingsartikelen, derhalve inclusief de causaliteitsregeling, niet worden afgeweken indien de verzekeringnemer een natuurlijk persoon is en hij de verzekering afsluit anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf (de 'consument'). Dit semi-dwingend rechtelijk karakter benadrukt het belang dat volgens de wetgever ook aan dit aspect van de verzwijgingsregeling dient te worden gehecht. De regels van redelijkheid en

26. HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238, m.nt. G.

27. Over wat 'een duidelijk sprekend geval' is kan discussie ontstaan, hetgeen dan ook juist bij dit arrest gebeurde. Annotator van der Grinten ziet in de casus in tegenstelling tot de Hoge Raad geen duidelijk sprekend geval.

28. Eerder heeft Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.52 zulks bepleit met betrekking tot de preventieve garantie. Hierna zal ik aangeven dat het ontbreken van causaal verband tussen het niet-naleven van een garantie en de schade anders moet worden beoordeeld.

billijkheid die aan de regeling ten grondslag liggen rechtvaardigen naar mijn mening mede toepassing in geval van risicoverzwaren.²⁹

9.3.1.1 Jurisprudentie

Weliswaar is in het Modalfa-arrest beslist dat het ontbreken van causaal verband een beroep op artikel 293 K in de weg kan staan, maar hiervoor is tevens geconstateerd dat gelet op het karakter van die uitspraak verdere bespreking van jurisprudentie geboden is.

Arrest 'Big Bananas'

Vóór het Modalfa-arrest heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 januari 1990 de vraag of tussen het verzuim een risicoverzwaren aan de verzekerder mede te delen en de schade causaal verband moet bestaan ontkennend beantwoord.³⁰

De feiten zijn – samengevat – de volgende. Amfas sluit een opstalverzekering voor het hotel Suisse. De polis bevat een clausule waarin een mededelingsplicht omtrent bestemmingswijziging is opgenomen:

'Garantie

*De verzekerde opstallen zijn thans zonder bestemming. Zodra er een nieuwe bestemming aan de panden wordt gegeven, dienen assuradeuren hiervan **onmiddellijk** in kennis te worden gesteld, waarna premies en condities van de verzekering opnieuw zullen worden vastgesteld.*

Toekomstige bestemming: winkels, kantoren en/of woonappartementen.'

Na enkele wijzigingen in de omschrijving van het verzekerd object luidde deze volgens de sluitnota:

'Opstallen van een steen/hard gebouwencomplex voormalig hotel "Suisse". Thans gedeeltelijk in gebruik door een winkel in allerhand huishoudelijke artikelen en kantoor van Brederode.'

De bestemming verandert van 'winkel in allerhand huishoudelijke artikelen en kantoor' in 'winkel annex snackbar (met frituuroven)'. Het pand brandt geheel af door onbekende oorzaak.

29. Onder verwijzing naar hoofdstuk 8 zij herhaald dat volgens de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke omstandigheden het beginsel van redelijkheid en billijkheid kon meebrengen dat het ontbreken van causaal verband een beroep op artikel 251 K (oud) in de weg staat. Indien de redelijkheid en billijkheid toepassing van artikel 251 K (oud) in de weg kon staan wegens het ontbreken van causaal verband, zou dit naar mijn mening evenzeer dienen te gelden voor artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule. Bij mijn weten is deze vraag in de jurisprudentie niet aan de orde geweest. A-G Asser al. 2.19 in HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 238 bespreekt wel de vraag of een beroep op artikel 293 K in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als verzekerde geen verwijt treft.

30. HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780. Zie voor Engels recht Clarke, t.a.p., p. 507: '..., the breach may be quite immaterial to either risk or loss'.

Omtrent oorzakelijk verband overweegt het hof:

Niet beslissend is echter of de oorzaak van de brand geen verband houdt met de vestiging van Big Bananas. De garantieclausule ontheft immers assuradeuren van de verplichting het risico na deze bestemmingswijziging op de voordien geldende voorwaarden te blijven verzekeren.

De Hoge Raad overweegt:

Het Hof heeft geoordeeld dat de goede trouw niet reeds aan een beroep van Zwolsche Algemene in de weg staat op de enkele grond dat de oorzaak van de brand, zoals Amfas had aangevoerd, geen verband houdt met de vestiging van Big Bananas. Dit oordeel geeft, mede in het licht van 's hofs uitleg van de garantieclausule, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering.

Volgens de Hoge Raad is de uitleg van de polisclausule van belang voor het causaliteitsvereiste:

Het hof heeft in rechtsoverweging 4.4 de clausule aldus uitgelegd dat assuradeuren na bestemmingswijziging ontheven zijn van het risico en de verzekerde geen beroep op de verzekering kan doen indien hij melding achterwege heeft gelaten en assuradeuren daardoor zich niet hebben kunnen uiten over de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden zij de verzekering van het risico na de bestemmingswijziging wensen voort te zetten. Aldus heeft het hof uit de clausule afgeleid dat assuradeuren zich vrijheid van beleid en waardering hebben voorbehouden om te beoordelen of zij na bestemmingswijziging de verzekering van het risico willen voortzetten en zo ja onder welke voorwaarden.

Verwezen zij in dit verband ook naar de conclusie van A-G Asser vóór het arrest in alinea 2.22:

De hier door het hof gevolgde gedachtengang is kennelijk deze, dat de clausule niet is bedoeld om het intreden van bepaalde gevaren te voorkomen (zoals bijvoorbeeld de 'garanties' die inhouden dat de verzekerde bepaalde maatregelen treft met betrekking tot het verzekerde object of de werkzaamheden die daarin plaatsvinden), maar om de verzekeraar de gelegenheid te bieden telkens opnieuw de risico's zelf te beoordelen en te beslissen omtrent voortzetting van de verzekering (al of niet onder gewijzigde voorwaarden, waaronder ook andere dan de premie of verzekerde som). Daarom is een beroep op de clausule niet toegestaan als moet worden aangenomen dat de opgetreden bestemmingswijziging geen redelijk verzekeraar zou hebben doen besluiten tot een beëindiging van de verzekering of tot het bedingen van andere voorwaarden. Reeds omdat de clausule assuradeuren de bevoegdheid geeft om na melding van de bestemmingswijziging te besluiten de verzekering niet langer te continueren, doet het er in de gedachtengang van het hof niet toe of de brand in verband staat met de niet gemelde bestemmingswijziging.

Arrest Hennepteelt

Ná het Modalfa-arrest is in het Hennepteelt-arrest³¹ de kwestie aan de orde gekomen of voor een rechtsgeldig beroep op artikel 293 K is vereist dat er causaal verband bestaat tussen de risicoverzwarende omstandigheid en de schade. Het hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord. De Hoge Raad kwam evenwel aan beantwoording niet toe omdat de zaak werd afgedaan op basis van een mededelingsclausule waarin met zoveel woorden het vereiste van causaal verband was opgenomen.

Verzekerde van den Berg sluit een opstalverzekering voor zijn woonhuis met achterhuis, hierna te noemen de boerderij. Na ongeveer 2 jaar verhuurt hij de boerderij aan ene Stolk die in ieder geval een kelder van 4 bij 6 meter gebruikt voor illegale hennep-teelt. De boerderij gaat door brand geheel verloren. De oorzaak van de brand is niet bekend. Uit onderzoeksrapporten van de politie en de expert blijkt dat diverse benodigdheden voor hennep-teelt, waaronder 21 assimilatielampen van 400 en 600 Watt die tijdens de groeicyclus van 14 weken 16 uur per dag dienden te branden alsmede air-coapparaten, zijn aangetroffen. Bovendien blijkt er illegaal stroom te zijn afgetapt, terwijl het door de meter geregistreerde stroomverbruik vijfen-eenhalf maal zo hoog was als het gemiddelde stroomverbruik in een woning. De verzekeraar doet primair een beroep op artikel 293 K (oud) en subsidiair een beroep op de polisclausule. Het hof acht het beroep op artikel 293 K (oud) gegrond en oordeelt vervolgens dat het beroep van de verzekerde op de polisclausule dient te worden afgewezen aangezien deze uitsluitend betrekking heeft op het door verzekeraar gevoerde subsidiaire verweer. Over causaal verband in relatie tot artikel 293 K oordeelt het hof als volgt:

Met een beroep op het arrest van de HR van 19 mei 1995, NJ 1995, 498 hebben van den Berg c.s. nog aangevoerd dat er onvoldoende verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en het risico dat zich heeft verwezenlijkt. Hieraan wordt voorbijgegaan. Als gevolg van de bestemmingswijziging is immers het brandgevaar aanmerkelijk vergroot en de schade, die gevorderd wordt, is het gevolg van brand.³²

Het cassatiemiddel lijkt ervan uit te gaan dat de polisclausule waarin causaal verband wordt verlangd *afwijkt* van artikel 293 K en voert het tegen deze overweging van het hof geen klacht aan. A-G Bakels merkt in zijn conclusie vóór het arrest hierover op:

In de onderhavige zaak hebben Van den Berg c.s. zich mede op het ontbreken van dit causaal verband (tussen de bestemmingswijziging en het verwezenlijkte risico: AB) beroepen. Het hof doet dat in rov. 4.6 af met een misschien niet ijzersterke redenering.

31. HR 1 mei 1998, NJ 1998, 604.

32. Deze overweging lijkt te zijn geïnspireerd door het arrest Modehuis La Comtesse, HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381, m.nt. MMM. Dit arrest wordt besproken bij het onderdeel *preventieve garanties*. Daar zal blijken dat het arrest min of meer achterhaald is.

Hierover wordt in cassatie echter niet of onvoldoende specifiek (onderdeel III.1) geklaagd, zodat deze verfijning niet meer aan de orde komt.

Met A-G Bakels acht ik de redenering van het hof niet ijzersterk. De Hoge Raad heeft immers in het Modalfa-arrest aangegeven dat causaal verband tussen de bestemmingswijziging en *het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt* voor een beroep op risicoverzwaarig van belang kan zijn. Het hof ontkracht met zijn overweging de daarop gebaseerde stelling van verzekerde niet nu het hof het verband tussen de bestemmingswijziging en *de vergroting van het brandgevaar* en niet het causaal verband tussen de bestemmingswijziging en *het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt*, noemt. Het hof voegt daaraan weliswaar toe dat het brandgevaar zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt, maar die redenering duidt niet op een causaal verband tussen de bestemmingswijziging en (het ontstaan van) de brand aangezien de brand ook op een andere wijze dan door de bestemmingswijziging kan zijn ontstaan. Bovendien voegt het hof niets wezenlijks toe aan hetgeen in artikel 293 K (oud) reeds als voorwaarde voor een beroep op risicoverzwaarig is gesteld, namelijk dat het verzekerde gebouw *door de andere bestemming aan meerder brandgevaar wordt blootgesteld*.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof, maar niet op grond van een onjuiste toepassing van artikel 293 K. Doorslaggevend is de volgende mededelingsclausule waarin het causaliteitsbeginsel is opgenomen.

'Risicoverzwaarig (...)

De verzekerde is verplicht om zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 14 dagen, de maatschappij in kennis te stellen van elke risicoverzwarende verandering, waaronder in ieder geval wordt verstaan: verandering in (...) bestemming (of) gebruik (...) van de in de polis omschreven gebouwen. (...) Bij niet-naleving door de verzekerde van de in lid 1 genoemde verplichting is de maatschappij niet gehouden een schade te vergoeden, tenzij de verzekerde kan aantonen dat de schade geen verband houdt met de risicoverzwarende omstandigheid.'

Verzekerde biedt onder meer aan te bewijzen dat de brand noch direct noch indirect verband houdt met de hennepteelt, en heeft vervolgens voor zover nodig uitdrukkelijk aangeboden om door drie met name genoemde getuigen terzake getuigenbewijs te leveren. De Hoge Raad vernietigt de hiervoor weergegeven beslissing van het hof als volgt:

Het onderdeel is gegrond voor zover het erover klaagt dat het Hof grief II in het licht van het hiervoor weergegeven debat in hoger beroep onbegrijpelijk heeft uitgelegd en als gevolg hiervan het uitdrukkelijk beroep van Van den Berg c.s. op art. 11 onder A3 van de polisvoorwaarden – welke bepaling beide partijen kennelijk als een ter zake van het vereiste causale verband aan art. 293 K. derogerend beding hebben opgevat – ten onrechte onbesproken heeft gelaten en het daarmee verbonden bewijsaanbod op ontoereikende gronden heeft gepasseerd.

*Arrest Bicak/Aegon*³³

Een uitvoerige bespreking van dit arrest vindt plaats in de volgende paragraaf aangezien noch artikel 293 K (oud) noch een mededelingsclausule, maar een preventieve garantie aan de orde is. Toch dient het arrest ook hier te worden vermeld aangezien uitdrukkelijk wordt verwezen naar de beslissing over het vereiste van causaal verband in het Modalfa-arrest, In die zin vormt het arrest een bevestiging van hetgeen in de overweging ten overvloede werd weergegeven, namelijk dat causaal verband tussen de risicoverzwaaring (en het niet nakomen van de mededelingsplicht) en de schade voor toepassing van artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule van belang is.

9.3.1.2 Toepassing van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW op de arresten van de Hoge Raad

Zou toepassing van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW in voornoemde arresten van de Hoge Raad hebben geleid tot andere uitkomsten in het geval de verzekerde erin zou slagen te bewijzen dat er geen sprake was van causaal verband tussen de risicoverzwarende omstandigheden en de schade?

Voor de arresten Big Bananas en Modalfa geldt naar mijn inschatting dat de verzekeraar in die gevallen de schadepeningen in zijn geheel had dienen uit te keren als vast komt te staan dat er geen causaal verband is tussen de risicoverzwarende omstandigheden en *de beoordeling van het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt*. Niet aannemelijk is immers dat de verzekerden de opzet hadden de verzekeraar te misleiden. Voorts is ook niet aannemelijk dat de verzekeraar de verzekering in zijn geheel niet had willen afsluiten indien hij op de hoogte was geweest van de risicoverzwarende omstandigheden. Wanneer vast is komen te staan dat het causaal verband in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW ontbreekt is vervolgens het proportionaliteitsbeginsel in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 3 BW niet van belang.

In het geval van het Hennep-teelt-arrest lijkt toepassing van het causaliteitscriterium van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW op artikel 293 K (oud) niet mee te brengen dat de verzekeraar de schadepeningen zou dienen uit te keren. Aannemelijk is dat de verzekeraar ware hij op de hoogte van de hennepkwekerij de verzekering in het geheel niet zou hebben afgesloten. Ingevolge artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW is de verzekeraar dan niet gehouden tot het doen van een schade-uitkering ook al ontbreekt het causaal verband in de zin van artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 2 BW.

In het vorige hoofdstuk is gesteld dat de causaliteitsregeling evenwichtiger is als de verzekeraar bij het ontbreken van causaal verband tot schade-uitkering aan de verzekerde te goeder trouw zou zijn gehouden, ook al zou de situatie zoals bedoeld in artikel 7:930 (7.17.1.6) lid 4 BW van toepassing zijn. Mijns inziens geldt zulks tevens voor risicoverzwaaring. Aangenomen

33. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM.

dat de verzekerde (verhuurder) te goeder trouw was illustreert het Hennepkwekerij-arrest de redelijkheid van deze benadering. De verzekeraar is immers niet in een concreet belang benadeeld indien de vestiging en uitoefening van de hennepkwekerij niets van doen had met de (hoogte van) de schade.

Conclusie

Het Modalfa-arrest heeft in een obiter dictum gesteld dat causaal verband tussen een bestemmingswijziging en de brandschade van belang kan zijn, maar voor deze overweging was noch in de literatuur noch in de rechtspraak tot dan toe steun te vinden. De overweging heeft niet geleid tot een beslissing over de zaak zelf en de Hoge Raad heeft de betreffende overweging ook niet gemotiveerd. De beslissing mist mijns inziens dan ook overtuigingskracht.³⁴ Nadien heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 27 oktober 2000 gerefereerd aan het Modalfa-arrest en geoordeeld dat het ontbreken van causaal verband tussen het niet-naleven van de in de clausule omschreven verplichtingen en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt van belang kan zijn.³⁵ Die zaak heeft evenwel geen betrekking op risicoverzuring ex artikel 293 K (oud) dan wel een mededelingsclausule, maar op een preventieve garantie. Juist bij dit laatste onderwerp is in de lagere rechtspraak, in tegenstelling tot zaken waarbij artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule aan de orde was, reeds eerder geoordeeld dat het causaal verband een vereiste kan zijn voor een beroep op de clausule. Duidelijk is in ieder geval dat de Hoge Raad geen afstand neemt van zijn eerdere beslissing in het Modalfa-arrest. Onduidelijk blijft echter of de Hoge Raad werkelijk van oordeel is dat bij het ontbreken van causaal verband tussen de risicoverzuring en (het ontstaan van) de schade de verzekeraar ook geen beroep kan doen op artikel 293 K (oud) dan wel de mededelingsclausule. Het lijkt er gelet op de verwijzing naar het Modalfa-arrest op dat de Hoge Raad voor wat betreft het vereiste causaal verband alle regelingen van risicoverzuring over één kam scheert. Uit de hiervoor weergegeven overweging van het Hof 's-Hertogenbosch, kenbaar uit het Hennepteelt-arrest, blijkt evenwel dat geen gevolg is gegeven aan het obiter dictum van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft zich vervolgens over dit onderwerp niet (opnieuw) kunnen uitspreken.

Naar mijn mening is een meer genuanceerde benadering aangewezen. Gelet op de aard van de mededelingsclausule en de voormalige wettelijke regeling van artikel 293 K lijkt toepassing van artikel 7:930 (7.17.1.6) BW voor de hand te liggen. Overeenkomstige toepassing van het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel van de regeling voor verzwijging ligt in de rede, omdat zowel voor risicoverzuring als voor verzwijging geldt dat de

34. Dat wil geenszins zeggen dat de uitspraak geen verdere gevolgen heeft. Het kan zijn dat de Hoge Raad met deze beslissing een einde wil maken aan verdere discussie. Het feit dat de Hoge Raad op eigen initiatief, zonder dat partijen over het eventueel ontbreken van causaal verband in discussie waren, heeft geoordeeld kan in die richting duiden.

35. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM. Zie uitgebreider over dit arrest nr. 9.3.2.2.2.

verzekeraar niet op de hoogte is/wordt gesteld van omstandigheden die voor de inschatting van het door hem verzekerde risico van belang zijn. Met dit systeem wordt mijns inziens meer recht gedaan aan de aard van de mededelingsclausule dan uit hetgeen volgt uit de beslissing van de Hoge Raad in het Modalfa-arrest. Doorslaggevend is dan niet of er causaal verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en (het ontstaan van) de schade, maar of er verband is tussen de niet of onjuist medegedeelde feiten en de beoordeling van het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt.

Voor het ontbreken van causaal verband bij het niet nakomen van een preventieve garantie geldt over het algemeen een andere benadering die in nr. 9.3.3 aan de orde zal komen.

Gelet op het voorgaande is het in de polis verwoorde rechtsgevolg bepalend voor het antwoord op de vraag of het ontbreken van causaal verband tussen de risicoverzwaren en de schade van belang is. In het Hennepteelt-arrest is bijvoorbeeld in de mededelingsclausule zelf verwoord dat bij niet naleving de verzekeraar niet gehouden is een schade-uitkering te doen, *tenzij de verzekerde kan aantonen dat de schade geen verband houdt met de risicoverzwarende verandering*. Vanzelfsprekend dient de schadevordering dan conform deze clausule te worden afgehandeld.

9.3.2 Preventieve garanties

Ter voorkoming van schade kunnen polisvoorwaarden een bepaling bevatten die aan de verzekerde een gebod dan wel verbod opleggen. Als voorbeeld moge dienen:

*Garanties: op straffe van nietigheid wordt bepaald dat in het risico een in werkbare toestand verkerende gloedpoederblusser van tenminste 7 kg geplaatst is.*³⁶

9.3.2.1 De aard van de preventieve garantie

In de literatuur wordt gesteld dat de rechter wisselend oordeelt over de vraag of het ontbreken van causaal verband tussen naleving van de garantie en de schade een beroep op de garantie door de verzekeraar in de weg staat. Zo meent Scheltema/Mijnssen:

*'In de rechtspraak blijkt niet van eenstemmigheid over het antwoord op de vraag of met succes een beroep op de garantie kan worden gedaan indien geen causaal verband bestaat tussen de gevaarverhogende omstandigheid en de schade.'*³⁷

Naar mijn mening is deze stelling juist wanneer geen onderscheid wordt gemaakt tussen artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule enerzijds en de preventieve garantie anderzijds. Hierna zal echter blijken dat de recht-

36. Hof Den Haag 3 februari 1988, S&S 1989, 24.

37. Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.52. Zie ook Clausing, 1998, nr. 3.4.

spraak de laatste jaren eensgezind is wanneer de verzekerde kan aantonen dat tussen het niet nakomen van de garantie en (het ontstaan van) de schade geen causaal verband bestaat. De verzekeraar kan alsdan schadevergoeding niet weigeren met een beroep op het niet nakomen van de preventieve garantie. De preventieve garantie kan immers meestal worden beschouwd als een middel om te voorkomen dat zich een bepaalde (categorie) schade zal voordoen.³⁸ Wanneer blijkt dat het overtreden van de garantie geen invloed heeft gehad op een eventueel opgetreden schade zou weigering van schadevergoeding met een beroep op de garantie in strijd zijn met de ratio van deze garantie.³⁹

Ook hier geldt dus dat het karakter van de preventieve garantie mede bepalend is voor het antwoord op de vraag of het ontbreken van causaal verband tussen het overtreden van de garantie en het zich voordoen van de schade een beroep op de garantie illusoir maakt.⁴⁰ Uit oudere literatuur en rechtspraak blijkt dat de garantie, in tegenstelling tot de heersende hedendaagse opvatting, in het verleden vooral werd beschouwd als voorwaarde voor de geldigheid van de overeenkomst. Zo stelt Dorhout Mees in 1967:

'Deze clausules betekenen dat het als een gewichtig deel van de verplichtingen van de verzekerde zal gelden, er voor te zorgen dat de verboden omstandigheid zich niet voordoet en zich niet zal voordoen. ... Door het beding is zij bij voorbaat tot zo gewichtig bestempeld, dat zij een reden tot ontbinding der verzekering oplevert. En omdat zij een uitdrukkelijk overeengekomen voorwaarde is doet overtreding de verzekering krachtens artikel 1301 B.W. van rechtswege vervallen; en wel onherroepelijk. Toen echter een verzekerde stelde dat de afwijking van de garantie het gevaar niet had verhoogd, liet de rechter hem, daarbij m.i. meer door de billijkheid dan door het recht geleid, met een aan artikel 251 ontleende motivering tot het bewijs van zijn stelling toe.'

Onverklaarbaar noemt Dorhout Mees zelfs de opvatting van Molengraaff dat het van rechtswege vervallen van de verzekering niet onherroepelijk is.⁴¹

Mede gelet op het bovenstaande zou mijns inziens ook bij de preventieve garantie moeten gelden dat de verzekeraar slechts een beroep kan doen op het niet naleven daarvan indien hij in zijn belangen is geschaad. Uitleg van de preventieve garantie moet antwoord geven op de vraag welk belang de voorwaarde beoogt te beschermen.

38. Zie ook de hiervoor weergegeven overweging van de A-G Asser. De preventieve garantie opgevat als voorwaarde voor de geldigheid van de overeenkomst bespreek ik in deze paragraaf niet omdat alsdan hetzelfde geldt als voor de mededelingsclausule.

39. Het ontbreken van causaal verband leidt er doorgaans toe dat verzekeraar geen beroep kan doen op de garantie. Hof 's-Gravenhage 28 november 1989, S&S 1990, 81; Rb. Amsterdam 14 november 1984, S&S 1985, 125; Rb. Rotterdam 11 mei 1984, S&S 1985, 59.

40. Zie mijn artikel in NTBR, 1996, p. 163.

41. Dorhout Mees, 1967, nr. 309.

9.3.2.2 Schending van verplichtingen voortvloeiend uit preventieve garanties en causaal verband

Zoals hierboven is gesteld blijkt uit de jurisprudentie dat bij het ontbreken van causaal verband tussen het niet naleven van de garantie en (het ontstaan van) de schade, de verzekeraar niet zonder meer schadevergoeding kan weigeren. Naar mijn mening is de rechtspraak hierover niet verdeeld. Wanneer Scheltema/Mijnssen verwijst naar een uitspraak waarin het Hof Amsterdam oordeelt dat het ontbreken van causaal verband niet van belang is, blijkt dat deze uitspraak geen betrekking heeft op een preventieve garantie maar op een mededelingsclausule.⁴² Voorts wordt in dit kader gewezen op het arrest Modehuis La Comtesse waarin de Hoge Raad zou hebben beslist dat causaal verband niet is vereist.⁴³

9.3.2.2.1 Modehuis La Comtesse. Strekking.

Ontbreken van causaal verband kan een rechtsgeldig beroep op een garantie niet in de weg staan?

Modehuis La Comtesse sluit een 'uitgebreide verzekering voor winkels en bedrijven', waarbij onder meer het inbraak-risico is verzekerd. Verzekeraars schrijven een aantal diefstal-preventieve voorzieningen voor. Verzekerde voldoet niet geheel aan zijn verplichtingen. Er ontstaat inbraak-schade en verzekeraars weigeren de schade te vergoeden. Verzekerde stelt dat de voorgeschreven voorzieningen volstrekt ondeugdelijk zijn en dat causaal verband derhalve ontbreekt. Het hof wijst deze redenering af en overweegt dat:

'...minst genomen is af te leiden (uit de bevindingen van de expert: AB) dat de voorgeschreven afsluitbare cilindergrendel niet geheel zonder zin was.'

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van het cassatiemiddel:

Het beroep van Nieuw Rotterdam op het niet treffen van de door haar voorgeschreven voorzieningen is niet in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid wanneer van deze voorzieningen uit een oogpunt van preventie enig nut mocht worden verwacht. Met de vaststelling dat de afsluitbare cilindergrendel 'niet geheel zonder zin was', heeft het hof kennelijk bedoeld dat van die grendel enig nut mocht worden verwacht, omdat deze aan de inbrekers de uitbraak met de buit door de achterdeur kon bemoeilijken en daarmee de kans op betrapping kon vergroten. Uit een en ander volgt dat het hof een juiste maatstaf heeft aangelegd. Voor wat betreft het causaal verband stelt het onderdeel een te zware eis; voldoende is dat de voorziening gericht was tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt zoals zich hier inderdaad heeft voorgedaan.

42. Hof Amsterdam 7 januari 1988, S&S 1988, 138. Het betreft de zaak Big Bananas die later heeft geleid tot HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780, m.nt. MMM. Zie Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.52.

43. HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381, m.nt. MMM. Zie Clausing, 1998, nr. 3.4, p. 118: 'Concreet causaal verband was niet vereist.'

In het cursief afgedrukte kopje in de NJ zijn aanwijzingen te vinden die de gedachte dat het concrete causaal verband er niet toe doet, ondersteunen. Het volgende citaat is echter geen letterlijke weergave van de overweging van de Hoge Raad:

Niet vereist is dat tussen het ontbreken van de voorzieningen en de ontstane schade causaal verband bestaat; voldoende is dat de voorziening gericht was tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt.

Mendel lijkt in zijn noot onder het arrest te concluderen dat het ontbreken van causaal verband niet van belang is: *'Uit b vloeit al voort dat voor de verzekeraar geen beletsel is dat in concreto causaal verband tussen het ontbreken van de afgesproken voorziening en de schade niet bestaat. Vgl. HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780 (r.o. 3.4).'* Opgemerkt zij dat ook Mendel naar een arrest, dat geen betrekking heeft op een preventieve garantie maar op een mededelingsclausule, verwijst.

Voorts zij verwezen naar Clausing/Wansink die stellen dat het onderhavige arrest een tegemoetkoming is aan verzekeraars.⁴⁴

In het arrest zelf heeft de Hoge Raad echter niet overwogen dat het causaal verband van geen belang is. Het kopje van de NJ is derhalve geen letterlijke weergave van de bewuste hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad. Geconstateerd moet wel worden dat de bewuste overweging van de Hoge Raad ruimte laat voor meerdere interpretaties.

Mijns inziens heeft de Hoge Raad de mate van causaal verband op het oog. In ieder geval acht het college causaal verband wel aanwezig. Door-slaggevend in deze zaak is mijns inziens dat verzekerde niet voldoende feiten heeft gesteld waaruit het bewijs van het ontbreken van causaal verband volgt. A-G Hartkamp merkt mijns inziens in zijn conclusie vóór het arrest, nr. 3 dan ook met recht op dat het oordeel van het hof mede inhoudt dat niet uitgesloten kan worden geacht dat door het nakomen van de verplichtingen de uitbraak zou zijn bemoeilijkt en dus de kans op het slagen van de inbraak als geheel gezien zou zijn verkleind.⁴⁵

44. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 304. Op basis van het Modalfa arrest bepleiten zij evenwel dat bij gebleken ontbreken van causaal verband de verzekeraar in redelijkheid geen beroep kan doen op een preventieve garantie.

45. Zie A-G Hartkamp al. 3: *'Voor zover het onderdeel aanvoert dat het hof heeft miskend dat er geen causaal verband bestond tussen het achterwege laten van (een gedeelte van) de veiligheidsmaatregelen aan de achterzijde van de winkel en de schade, mist het feitelijke grondslag nu het hof heeft overwogen dat de voorgeschreven afsluitbare cylinder-grendel minst genomen niet geheel zonder zin was. Dit betekent immers dat het hof van oordeel is geweest, dan niet uitgesloten kan worden dat indien de grendel wel was aangebracht de uitbraak zou zijn bemoeilijkt (en dus de kans op het slagen van de inbraak als geheel gezien zou zijn verkleind)'*. Zie Mendel in zijn noot al. 2 b. Voor een soortgelijk geval zie Hof 's-Gravenhage 21 september 1993 en 15 februari 1994, S&S 1994, 112. Ook hier betrof het de verplichting tot het treffen van voorzieningen met de sanctie: *'Indien aan een van genoemde garanties niet is voldaan, wordt schadevergoeding geweigerd.'*

Van belang is dat deze specifieke garantie en de aard van de schade meebrengen dat de verzekerde niet snel aan zijn bewijslast zal voldoen. De garantie ziet op preventie van inbraakschade. Als vervolgens inbraakschade ontstaat is de invloed van het niet-naleven van de garantie moeilijk weg te cijferen. Zolang niet kan worden uitgesloten dat het naleven van de garantie invloed kan hebben op het gedrag van de inbreker is het mogelijk dat sprake is van causaal verband (*conditio sine qua non*). In deze zin begrijp ik ook de overweging van de Hoge Raad dat een beroep van de verzekeraar op het niet-naleven van de garantie niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid 'wanneer van deze voorzieningen uit een oogpunt van preventie enig nut mocht worden verwacht'. Dit laatste zou anders zijn wanneer de verzekerde er in zou slagen te bewijzen dat de voorziening uit een oogpunt van preventie voor de specifieke schade geen enkel nut had. De verzekerde zou alsdan onder meer moeten aantonen dat de voorzieningen de inbreker niet zou hebben weerhouden tot inbraak over te gaan, de vluchtweg niet zou zijn bemoeilijkt, etc.

A-G Hartkamp lijkt in zijn conclusie vóór het arrest *Modehuis La Comtesse* van mening te zijn dat het ontbreken van causaal verband wel degelijk van belang kan zijn voor beantwoording van de vraag of de verzekeraar gehouden is te betalen en stelt dat het hof dit niet heeft miskend:

Uit het tweede arrest (HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780, Big Bananas: AB) (betreffende een niet aan de verzekeraar gemelde bestemmingswijziging) kan voor het onderhavige geval worden afgeleid, dat het niet uitgesloten is dat een beroep van Nieuw Rotterdam op de gestelde voorwaarde, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval, in strijd met redelijkheid en billijkheid kan zijn, indien er geen causaal verband bestaat tussen het niet nakomen van de opgelegde verplichting en de schade. Vgl. ook HR 12 april 1991, NJ 1991, 433. Het hof heeft dit blijkens de gegeven motivering niet miskend.⁴⁶

Op welke passage van het arrest *Big Bananas* Hartkamp doelt is niet duidelijk, maar vermoedelijk gaat het hem om het gedeelte waarin de Hoge Raad wijst op de uitleg van de clausule:

Dit oordeel (dat het ontbreken van causaal verband in dat geval niet in de weg stond aan een beroep op de clausule: AB) geeft, mede in het licht van 's hofs uitleg van de garantieclausule (nadruk: AB), geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering.

Het arrest *Modehuis La Comtesse* brengt naar mijn mening gelet op het bovenstaande derhalve niet mee dat causaal verband bij de preventieve garantie geen rol speelt. Uit het arrest blijkt slechts dat het voor verzekerde niet gemakkelijk is om onder de omstandigheden die in die zaak een rol

46. A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest van de HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381, m.nt. MMM, nr. 3.

speelden, aan te tonen dat het causaal verband tussen het niet nakomen van de garantie en (het ontstaan van) de schade ontbreekt.⁴⁷

9.3.2.2.2 Bewijs van het ontbreken van causaal verband staat beroep op preventieve garantie in de weg

In zaken waarbij vast komt te staan dat er geen causaal verband bestaat tussen het niet naleven van de garantiebepaling en de schade lijkt de rechter eensgezind in zijn oordeel dat de verzekeraar naar regels van redelijkheid en billijkheid de vordering tot schadevergoeding niet van de hand kan wijzen. In een tweetal zaken hebben verschillende rechtbanken geoordeeld dat bij het ontbreken van causaal verband tussen het niet naleven van een zgn. horecaclausule en (het ontstaan van) de brandschade de verzekeraar onder de gegeven omstandigheden geen beroep kon doen op die clausule.⁴⁸ In beide zaken is sprake van een brandverzekering, in het ene geval (Rechtbank Amsterdam) van een inventaris en in het andere geval (Rechtbank Rotterdam) van gebouwen. Verzekerden hebben zich verplicht een zgn. horecaclausule na te komen. Deze luidt als volgt:

Deze verzekering geschiedt op de uitdrukkelijke condities, dat:

A. De asbakken worden geleegd in metalen asvangers met dito deksel (in ieder geval elke dag na sluitingstijd).

.....

N.B. Het niet nakomen van één of meer van deze of in de geschreven tekst van deze polis gestelde 'Garanties' kan – onverschillig of dit enig gevaar vergroot of niet – ingeval van schade weigering tot uitbetaling van schadevergoeding tot gevolg hebben.

Nadat brand is uitgebroken doen experts een onderzoek naar de omvang en de oorzaak van de schade. Zij constateren dat verzekerde in plaats van een metalen asvanger een plastic vuilnisbak heeft gebruikt en treffen daar in bierviltjes, peuken, etc. aan. Tevens stellen experts echter vast dat de brand niet in de plastic afvallemmer maar op een andere plaats is ontstaan. Vast staat derhalve dat er geen causaal verband bestaat tussen het niet naleven van de garantie en (het ontstaan van) de brand. In beide zaken oordelen de rechtbanken dat het beroep van de verzekeraar op de preventieve clausule in strijd is met de goede trouw. De Rechtbank Amsterdam overweegt:

Blijkens de bewoordingen van het 'N.B.' in art. 2 clausuleblad heeft de verzekeraar de bevoegdheid bedongen om op grond van niet nakomen van een 'garantie' uitkering te weigeren, 'onverschillig of dit enig gevaar vergroot of niet'. Daaruit moet enerzijds worden

47. Zie mijn artikel Rechtsgevolgen van risicoverzwaren in NTBR 1996, p. 164. Anders Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 304. Schrijvers zien in dit arrest een tegemoetkoming aan verzekeraars in vergelijking tot de heersende opvatting in de lagere rechtspraak vóór het arrest. Op basis van het Modalfa-arrest bepleiten zij evenwel dat bij gebleken ontbreken van causaal verband de verzekeraar in redelijkheid geen beroep kan doen op een preventieve garantie.

48. Rb. Amsterdam 14 november 1984, S&S 1985, 125; Rb. Rotterdam 11 mei 1984, S&S 1985, 59.

afgeleid dat niet-nakoming er niet op zichzelf reeds toe leidt dat de verzekerde zijn aanspraken jegens de verzekeraar verliest, anderzijds dat de verzekeraar ook met vrucht een beroep op niet-nakoming kan doen wanneer niet vast staat dat daardoor verzwaaring van het risico is opgetreden. De ratio van dit beding, dat kennelijk bedoeld is om de verzekeraar te ontlasten van het bewijs van risicoverzwaaring, brengt mee dat de verzekeraar de in verband daarmee bedongen bevoegdheid om uitkering te weigeren niet te goeder trouw aanwendt als – zoals i.c. – vast staat dat er geen causaal verband is tussen de schade en (mogelijke) niet-nakoming van een garantie.

De Rechtbank Rotterdam overweegt na te hebben vastgesteld dat gelet op de duidelijke bewoordingen de verzekeraar in geval van niet nakoming van de garantie in beginsel kan weigeren om schadevergoeding uit te keren als volgt:

Dit wordt eerst anders indien – onder bepaalde omstandigheden – het beroep op die clause in strijd komt met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Ten processe is tussen p.p. – o.m. bij gelegenheid van de pleidooien – als onweersproken komen vast te staan dat de onderhavige brand niet in de keuken van het pand Noordstraat 85 is ontstaan (de oorzaak van de brand is niet vastgesteld), alsmede dat de brand in ieder geval niet is veroorzaakt door de aanwezigheid en het gebruik van (één) plastic afvalbak(ken) in de keuken. Gelet op het hiervoor overwogene acht de Rechtbank in de onderhavige zaak het beroep van de Hollandsche en de Mercator op de litigieuze horecaclause in strijd met de goede trouw, met name omdat i.c. geen causaal verband bestaat tussen het ontstaan van de brand en de aanwezigheid (en het gebruik) van (een) plastic afvalbak(ken) in die keuken.

Voorts zij verwezen naar een vonnis van de Rechtbank uit 1988.⁴⁹ Het betreft een brandverzekering voor opstal, goederen, inventaris en bedrijfsschade. Het pand dient tot 'koffiehuis + bewoning door derden'. Van toepassing zijn verschillende garanties: een gebod tot het doen controleren van de elektrische installatie, een verbod te frituren, een gebod tot het plaatsen van goedgekeurde blusapparaten en een gebod tot het plaatsen van metalen afvalbakken. De polisvoorwaarden kennen in verband met deze garanties de volgende bepaling:

Gedurende de looptijd van deze verzekering dient verzekeringnemer aan het gestelde in de bij deze polis opgenomen garanties te voldoen. Indien in geval van schade blijkt dat niet aan deze garanties is voldaan, verliest verzekeringnemer alle recht op schadevergoeding, tenzij verzekeringnemer bewijst dat de schade hierdoor niet veroorzaakt of vergroot werd.

Nadat schade optreedt door brand wordt vastgesteld dat als oorzaak moet worden aangemerkt brandstichting. Verzekeraar stelt o.a. dat geen van de garanties is nagekomen en weigert de schade te vergoeden. De rechtbank wijst dit verweer af met de volgende motivering:

49. Rb. Rotterdam 29 januari 1988, kenbaar uit Hof 's-Gravenhage 28 november 1989, S&S 1990, 81.

Het verweer van gedaagden dat eiser niet heeft voldaan aan de garantie-clausule moet worden verworpen. Nu de brand een gevolg is van brandstichting mag aangenomen worden dat het al dan niet naleven van de garanties geen invloed op de schade kan hebben gehad. De garanties zijn immers niet bedoeld om brand door brandstichting te voorkomen of de kans daarop te verkleinen.

Deze uitspraak past derhalve in de lijn van jurisprudentie waar het causaal verband van belang wordt geacht. Hoewel ik mij in deze lijn kan vinden, meen ik in dit geval dat het criterium van het causaal verband toch niet geheel juist is toegepast. Volgens de clausule moet immers vast staan dat overtreding van de garanties niet alleen geen oorzaak van de schade is maar dat deze overtreding de schade ook niet heeft vergroot. I.c. is er weliswaar geen verband tussen het niet plaatsen van de blusapparaten en de brandstichting, maar de rechtbank besteedt mijns inziens ten onrechte geen aandacht aan de mogelijkheid dat deze blusapparaten wellicht een deel van de schade hadden kunnen voorkomen.

Naar mijn mening bestond bij de preventieve garantie dus reeds de overtuiging dat het ontbreken van causaal verband ertoe kan leiden dat een beroep op de clausule in strijd is met regels van redelijkheid en billijkheid. Het arrest Modehuis La Comtesse is met deze overtuiging niet in tegenspraak.

*Ennia/Boncoco: een onderbelicht arrest*⁵⁰

Reeds vóór het arrest Modehuis La Comtesse was er een aanwijzing dat de Hoge Raad in het arrest Ennia/Boncoco causaal verband tussen het niet naleven van een garantie en (het ontstaan van) de schade van belang vond voor het antwoord op de vraag of de verzekeraar te goeder trouw een beroep op deze garantie kan doen.

Boncoco sluit in verband met door haar in Curaçao te verrichten werkzaamheden een CAR-verzekering met Ennia. Van de polisvoorwaarden maakt deel uit een clausule waarin is vermeld dat de verzekerde zich op de hoogte moet stellen van de exacte positie van ondergrondse kabels alvorens met werkzaamheden te beginnen. Indien de verzekerde deze verplichting niet nakomt is Ennia volgens de clausule niet aansprakelijk voor schade aan ondergrondse kabels of pijpleidingen.⁵¹ Tijdens werkzaamheden wordt een

50. HR 12 april 1991, NJ 1991, 433.

51. De clausule luidt als volgt: *'In aansluiting op de voorwaarden, bepalingen en uitsluitingen van deze verzekering wordt hierbij bepaald dat de maatschappij niet aansprakelijk zal zijn voor schade aan bestaande ondergrondse kabels of pijpleidingen van enige soort (...) tenzij de verzekerde vóór het aanvangen van het verzekerde werk door de betrokken overheidsinstanties schriftelijk in kennis is gesteld van de exacte positie van dergelijke kabels of pijpleidingen, zulks aan de hand van een situatietekening, voorzien van de nodige aantekeningen en opgave van afstanden. In geval van twijfel dient de verzekerde zich schriftelijk te wenden tot de betrokken overheidsinstanties voor de inlichtingen. Een kopie van de betreffende situatietekening dient aan de maatschappij te worden overgelegd. Kabels of pijpleidingen die niet op een dergelijke situatietekening zijn aangegeven zijn onder deze verzekering gedekt mits de verzekerde hun bestaan en positie tijdig heeft achterhaald en de maatschappij daarvan in kennis heeft gesteld. In geval van schade zal de aansprakelijkheid van de maatschappij beperkt zijn tot de herstellingskosten van dergelijke kabels of pijpleidingen, gevolgschade van enige aard is derhalve van deze verzekering uitgesloten ...' enz.*

ondergrondse kabel beschadigd. Ennia weigert schade uitkering te doen omdat Boncoco is gaan boren zonder zich tevoren schriftelijk door de betrokken overheidsinstanties in kennis te hebben laten stellen van de exacte ligging van de kabels of pijpleidingen. Zulks wordt niet betwist, vast komt echter te staan dat op enig moment wél gegevens zijn verstrekt en een kaart is achtergelaten met de ligging van de kabels. Pas ná dit tijdstip is de bewuste schade ontstaan. Het hof beslist dat de verzekeraar onder deze omstandigheden geen beroep kan doen op de clausule:

Onder deze omstandigheden kan niet worden aanvaard dat eventuele verzuimen van Boncoco dienaangaande, waarvan Ennia derhalve generlei nadeel heeft ondervonden, verval van de dekking tot gevolg zouden hebben.

De Hoge Raad verwerpt het hiertegen gericht cassatiemiddel en overweegt als volgt:

'... Dit (oordeel van het hof: AB) moet aldus worden begrepen dat het Hof heeft geoordeeld dat een beroep op de voormelde clausule in de gegeven omstandigheden, waaronder ook de formulering van de voormelde clausule, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'

De Hoge Raad beslist dat het oordeel van het Hof niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is, noch nadere motivering behoefde.

Mijns inziens blijkt uit dit arrest dat in het kader van de rechtsgevolgen van het niet naleven van een garantie 'causaal verband' van belang is. De verzekeraar kan immers in redelijkheid geen beroep doen op het niet naleven van de garantie aangezien er geen causaal verband is tussen het verzuim van de verzekerde en de schade. De Hoge Raad overweegt dit niet met zoveel woorden. Steun voor mijn stelling ontleen ik evenwel aan de conclusie van A-G Koopmans vóór het arrest. Volgens A-G Koopmans betoogt de verzekeraar dat het bestaan van causaal verband niet relevant is:

Welnu, aldus het middel, het staat een verzekeraar vrij te bedingen dat de verzekerde zich aan bepaalde regels moet houden en zijn aanspraak op dekking verliest wanneer hij dat niet doet, zelfs indien dat verzuim niet heeft bijgedragen tot het ontstaan van de schade. (nadruk AB)

Zijn reactie luidt als volgt:

Het onderdeel gaat in dit opzicht uit van een verkeerde lezing van de uitspraak van het hof. De vraag was daarin niet of in de polis zulke regels konden worden bedongen, maar of in de omstandigheden van het geval een beroep kon worden gedaan op die regels, met andere woorden of de redelijkheid en de billijkheid zich niet tegen een beroep op die regels door de verzekeraar verzetten.

Arrest Bicak/Aegon: omgaan of verduidelijking Modehuis La Comtesse? Bij ontbreken causaal verband tussen niet naleving garantie en de schade kan de verzekeraar geen beroep op verval van het recht op uitkering doen.

Op 27 oktober 2000 heeft de Hoge Raad in het arrest Bicak/Aegon met duidelijke bewoordingen bevestigd dat het ontbreken van causaal verband tussen het niet naleven van een garantie en (het ontstaan van) de schade een beroep op de garantie door de verzekeraar in de weg kan staan.⁵² Verzekerde heeft met verzekeraar Aegon een brandverzekeringsovereenkomst gesloten. Verzekerd zijn inventaris/goederen alsmede bedrijfsschade van een cafébedrijf. Van toepassing is de volgende preventieve garantie:

HORECA-RISICO Verzekeringnemer is verplicht het volgende na te komen:

1. (...)

2. *Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afval Emmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken.*

(...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.

Bicak maakt in strijd met dit voorschrift gebruik van plastic afvalbakken zonder deksel, met daarin een plastic zak, waarin sigarettenpeuken en ander afval werden verzameld. Anderhalf jaar na het sluiten van de verzekering breekt brand in het pand uit. Aegon wijst de schadevergoedingsvordering van Bicak met een beroep op de clausule van de hand. Verzekerde stelt dat de brand niet in de prullenmand maar in de meterkast is ontstaan, zodat vanwege het ontbreken van causaal verband een beroep op de clausule in strijd is met regels van redelijkheid en billijkheid. De Rechtbank Den Haag wijst de vordering van Bicak op grond van de clausule af. Het Hof den Haag bevestigt het vonnis en overweegt onder meer:

Tussen het niet nakomen van de in de clausule opgenomen verplichtingen en/of het nalaten van de daarin voorgeschreven voorzieningen door (eiser) enerzijds en de te dezen ontstane (brand)schade anderzijds is in concreto geen causaal verband vereist, mits maar – zoals hier het geval is – van de voorziening uit een oogpunt van brandpreventie enig nut mocht worden verwacht en de voorziening gericht was tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt (de brand).

A-G Langemeijer acht de cassatiemiddelen (gedeeltelijk) gegrond. In zijn conclusie vóór het arrest wordt de kernvraag als volgt geformuleerd. In zaken waarbij de oorzaak niet is vastgesteld is aan de orde of de garantie zich richt tegen het brandgevaar in het algemeen dan wel tegen de brand

52. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM. Verwezen zij naar mijn commentaar in AV&S 2001, p. 45-50.

zoals deze zich in het concrete geval heeft voorgedaan. De eerste uitleg zou de weg vrijmaken voor weigeringen van uitkering op oneigenlijke of onnodig formalistische gronden en is om die reden niet aanvaardbaar. De tweede mogelijkheid kan volgens Langemeijer het nadeel meebrengen dat de verzekeraar wordt belast met het bewijsrisico, hetgeen deze laatste nu juist met de garantieclausule wilde vermijden. De oplossing zou als volgt moeten luiden:

Dit laatste bezwaar kan worden weggenomen door een vuistregel, inhoudend dat de verzekeraar in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid handelt door de weigering van uitkering te baseren op het niet voldoen aan een voorschrift in de polis in gevallen waarin de niet-naleving van het voorschrift niet de oorzaak of mede-oorzaak kan zijn geweest van het gevaar zoals dit zich in concreto heeft verwezenlijkt (, aan te nemen: AB). Dat zou de verzekeringnemer dan moeten stellen, en zo nodig, bewijzen. (Zie Asser-Clausing-Wansink (1998) nr. 304. Zie ook A. Blom, Rechtsgevolgen van risicoverzwaren, NTBR 1996, p. 157-165, i.h.b. p. 164: dat een beroep van de verzekeraar op het niet naleven van het polisvoorschrift in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid 'wanneer de verzekerde erin zou slagen te bewijzen dat de voorziening uit een oogpunt van preventie voor de specifieke schade geen enkel nut had'.)

Naar mijn mening terecht acht hij de bewijslastverdeling doorslaggevend:

Onzekerheid over de brandoorzaak wordt aldus ten laste van de verzekeringnemer gebracht.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en overweegt:

Daarvan (dat de brand in de meterkast en niet in de prullenmand is ontstaan) uitgaande stelt het middel de, door het hof bevestigend beantwoorde, vraag aan de orde of de verzekeraar beroep op een clause als de onderhavige kan doen in een geval waarin weliswaar de in de clause voorgeschreven voorziening is gericht tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, maar geen causaal verband bestaat tussen het niet toepassen van de voorgeschreven voorziening en het gevaar zoals zich dit in het concrete geval heeft verwezenlijkt. Dienaangaande moet worden vooropgesteld dat, aangenomen dat de clause geldig is overeengekomen, de verzekeraar daar een beroep op kan doen en het recht op uitkering derhalve vervalt, indien de in de clause omschreven verplichtingen niet zijn nagekomen. Dit neemt evenwel niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin een beroep op de clause in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen het niet-naleven van de in de clause omschreven verplichtingen en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt (vgl. HR 19 mei 1995, nr. 15696, NJ 1995, 498). Hiervan zal in een situatie als de onderhavige sprake kunnen zijn, indien de verzekerde stelt en zonodig bewijst dat het niet-toepassen van de voorgeschreven voorzieningen niet de oorzaak of de mede-oorzaak kan zijn geweest van de brand en evenmin ervan dat de brand zich heeft kunnen uitbreiden.

Ook de Hoge Raad bevestigt dus dat de verzekeraar geen beroep kan doen op een preventieve garantie, indien de verzekerde erin slaagt te bewijzen dat tussen het niet-naleven van de garantie en de schade geen causaal verband bestaat. De verwijzing naar het Modalfa-arrest lijkt te suggereren dat zulks tevens geldt voor artikel 293 K en de mededelingsclausule. In de voorgaande paragraaf heb ik tegen deze laatste constatering bezwaren aangevoerd. Herhaald zij dat de Hoge Raad in het kader van een mededelingsclausule of artikel 293 K (oud) (nog) niet daadwerkelijk heeft beslist dat een verzekeraar louter vanwege het ontbreken van causaal verband tussen het niet mededelen van een risicowijziging en de schade dan wel tussen de bestemmingswijziging en de schade, geen beroep toekomt op de mededelingsclausule of artikel 293 K (oud).

Afgererekend wordt met de gedachte dat voor een beroep op een preventieve garantie causaal verband tussen het niet nakomen van de clausule en de schade zoals deze zich in concreto heeft voorgedaan niet is vereist zolang de clausule zich richt tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt en de geëiste maatregel uit het oogpunt daarvan enig nut kan hebben. Een gedachte die niet juist is voorzover vast komt te staan dat het oorzakelijk verband met de schade zoals deze zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, ontbreekt. Zolang het ontbreken van causaal verband niet is bewezen kan de verzekeraar een beroep doen op de preventieve garantie. Vanzelfsprekend is dan mijns inziens dat de clausule zich richt tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt en dat de maatregel uit het oogpunt daarvan enig nut kan hebben.⁵³ Gelet op het van elkaar verschillende karakter van artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule enerzijds en de preventieve garantie anderzijds meen ik dat voor het onderhavige geval een verwijzing naar het Modalfa-arrest⁵⁴, dat betrekking had op artikel 293 K., minder voor de hand ligt.⁵⁵ Ook zonder de verwijzing naar dit arrest zou de Hoge Raad tot hetzelfde resultaat hebben kunnen komen.

9.3.2.3 Uitsluiting en garantie: verschillende bewijslast

Wanneer de oorzaak van de schade een rol speelt bij de beoordeling of de verzekeraar gehouden is schade te vergoeden dringt zich de vergelijking met een uitsluiting in de wet of in de polis op.⁵⁶ Het beroep van de verzekeraar op een uitsluiting vereist immers ook causaal verband. Een belangrijk verschil is evenwel dat de verzekeraar in beginsel dient te bewijzen dat

53. Zie het hiervoor besproken arrest *Modehuis La Comtesse*, HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381.

54. HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498.

55. Wel ben ik van mening dat als het causaliteitsbeginsel van toepassing is bij artikel 293 K, zulks zeker zou behoren te gelden bij de preventieve garantie.

56. Zie ook Law Commission, *Insurance Law, Non disclosure and breach of warranty*. Her Majesty's stationary office, London, 1980, p. 86 e.v. Clarke, t.a.p., p. 499 wijst erop dat causaal verband tussen het overtreden van een warranty en de schade *niet* van belang is, maar wanneer de warranty zou worden beschouwd als een 'exception' zou dit wel eens anders kunnen zijn. Zie in kritische zin over deze Engelse benadering John Hare, *The omnipotent warranty: England v. the world*. In: *Marine insurance at the turn of the millennium* (M. Huybrechts Ed.), Intersentia Antwerpen, 2000.

schade is ontstaan door een uitgesloten schadeoorzaak⁵⁷, terwijl de verzekerde dient te bewijzen dat de schade niet is ontstaan door het overtreden van de garantie.⁵⁸ Eerder is in dit verband gewezen op de arresten AMEV/Sjors Meubel en Bicak/ Aegon.⁵⁹ Uit dit verschil in bewijslast blijkt enerzijds dat de uitsluiting en de preventieve garantie verschillend van aard zijn. De preventieve garantie geldt als voorwaarde voor het ontstaan van het recht op schadevergoeding en schept een verplichting waaraan de verzekerde moet voldoen. Het stellen van deze contractuele eis is op zichzelf genomen legitiem zodat het overtreden van de garantie het rechtsgevolg in beginsel rechtvaardigt. Anderzijds zou ik het onderscheid willen relativeren door op te merken dat hier voornamelijk een verschil in formulering aan de orde is. Een garantie kan worden geformuleerd als uitsluiting. Voorbeeld: Niet gedekt is schade veroorzaakt door het ontbreken van voldoende veiligheidsvoorzieningen. Een uitsluiting kan worden geformuleerd als garantie. Voorbeeld: Deze verzekering geschiedt op de uitdrukkelijke conditie dat het pand in uitstekende staat van onderhoud verkeert.

9.3.2.4 Uitleg van de garantie

In het arrest Modehuis La Comtesse was in het polisaanhangsel de volgende bepaling opgenomen:

‘Deze verzekering geschiedt onder het beding dat de aanbevelingen als vermeld in onze brief d.d. 30 jan. 1985 geheel zijn uitgevoerd.’

Blijkt hieruit niet de bedoeling van de verzekeraar, dat hij de verzekering slechts wil afsluiten indien de garantie is nageleefd? Indien op grond van uitleg van de clausule kan worden geconcludeerd dat de verzekeraar de verzekering zonder de preventieve garantie in het geheel niet wil afsluiten, met andere woorden een ontbindende voorwaarde vormt, is het naar mijn mening verdedigbaar dat het ontbreken van causaal verband er niet toe doet. Gelet op de aard van de preventieve garantie zullen naar mijn mening voor deze uitleg sterke aanwijzingen moeten bestaan. Daarbij kunnen de bewoordingen wel een aanwijzing geven, doch dienen ook andere omstandigheden in ogenschouw te worden genomen. Daarbij moet gelet worden op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁶⁰ De Hoge Raad heeft reeds eerder in zijn arrest van 11 november 1988⁶¹ geoordeeld dat voor de uitleg

57. Clausing, 1998, nr. 4.8.1.

58. De verzekeraar moet wel bewijzen dat de garantie is overtreden. Zie Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 5.57.

59. Resp. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 en HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120.

60. Ook hier speelt derhalve de uitleg van de overeenkomst en dus het Haviltex criterium (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB) een rol. Zie Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 181.

61. HR 11 november 1988, NJ 1990, 440.

van een beding in een kredietverzekeringsovereenkomst de bewoordingen niet doorslaggevend zijn.⁶²

Ook andere bewoordingen kunnen meebrengen dat het causaal verband er niet toe doet, bijvoorbeeld wanneer de polis de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst als rechtsgevolg van het niet-nakomen van de garantie noemt.⁶³

9.3.3 Conclusie

Voor het antwoord op de vraag of het ontbreken van causaal verband van invloed is op het rechtsgevolg van risicoverzwaren ex artikel 293 K (oud) of niet-nakoming van verplichtingen dienaangaande in de polisvoorwaarden, is het beginsel van de redelijkheid en billijkheid bepalend. Doorslaggevend in dit verband is het antwoord op de vraag of de verzekeraar in zijn (concrete) belangen is geschaad. Zulks dient te worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval en de uitleg van de betreffende clausules.

Wanneer het causaal verband ontbreekt tussen de risicoverzwaren dan wel het niet naleven van in de polisvoorwaarden opgenomen verplichtingen enerzijds en de (hoogte van) de schade anderzijds, zal de verzekeraar in veel gevallen niet in een concreet belang zijn geschaad. Het hangt echter van de aard van de betreffende regeling af of zulks dan ook tot gevolg heeft dat de verzekeraar geen schade uitkering behoeft te doen. Met betrekking tot artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule is het antwoord op die vraag ongewis. Naar mijn mening zou de wettelijke regeling voor verzwijging, artikel 7:930 (7.17.1.6) uitkomst kunnen bieden. Volgens de huidige stand van zaken geldt dat de verzekeraar geen beroep kan doen op verval van recht op schade uitkering bij niet naleving van een preventieve garantie indien de verzekerde bewijst dat het causaal verband ontbreekt.

62. De Hoge Raad overweegt als volgt:

In de bestreden overweging heeft het hof terecht vooropgesteld dat het bij de uitlegging van een beding als het onderhavige gaat om het achterhalen van zin en strekking van het beding en dat daarbij de letterlijke tekst niet doorslaggevend is. Vervolgens heeft het hof met juistheid tot uitdrukking gebracht dat het bij het nagaan van zin en strekking van het beding als relevante factor in aanmerking moet worden genomen hetgeen pp. met het beding hebben beoogd. Het door het hof overwogene geeft geen grond voor de veronderstelling dat het hof over het hoofd zou hebben gezien dat het aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

63. Hof 's-Gravenhage 3 februari 1988, S&S 1989, 24.

SAMENVATTING

Inleiding

Doel van het onderhavige onderzoek is het in kaart brengen van de rol welke het begrip causaal verband speelt in het schadeverzekeringsrecht. Het vermoeden bestond dat deze rol aanzienlijk was, al was het maar omdat in de literatuur regelmatig aandacht werd en wordt besteed aan het onderwerp. Opvallend is echter dat veelal terug wordt gegrepen op oudere literatuur en rechtspraak. Bovendien bestond de indruk dat te veel aansluiting werd gezocht bij 'causaal verband' in verband met onrechtmatige daad.

Na onderzoek is mij gebleken dat 'causaal verband' als een rode draad door het schadeverzekeringsrecht loopt waar het gaat om de dekkingssystematiek. Alhoewel de wet, zowel de huidige als de voorheen geldende, geen criterium voor het causaal verband voor de schadeverzekering kent, is gebleken dat oorzaak en oorzakelijk verband op diverse momenten in het beoordelingsproces van de dekkingvraag een rol spelen. Meestal zijn de gerezene causaliteitsvragen van typisch verzekeringsrechtelijke aard.

Overeenstemmend met de drie delen van het proefschrift zijn de causaliteitskwesties grosso modo in drie onderdelen te onderscheiden.

Deel I

In de eerste plaats hangt het oorzaaksbegrip nauw samen met enkele verzekeringsrechtelijke begrippen. Aan de orde komen het onzeker voorval, evenement, beschadiging, schade, eigen gebrek, van buiten komend onheil en ongeval. Deze begrippen hebben alle direct of indirect invloed, zijn alle bepalend, voor de omvang van de dekking. De verhouding tussen deze termen is niet altijd helder. Doel van het onderzoek in dit verband is om vanuit het causaliteitsperspectief te zoeken naar duidelijke begrippenkaders om daarmee inconsistenties in rechtspraak en literatuur bloot te leggen en zo mogelijk op te lossen althans zoveel mogelijk inzichtelijk te maken. Deel I betreft derhalve voornamelijk definiering van het oorzaaksbegrip en daarmee samenhangende termen.

Deel II

Wanneer meer omstandigheden in aanmerking komen als rechtens relevante oorzaak, er zijn meer van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheden aan te wijzen, zal er een keuze moeten worden gemaakt. Daar waar partijen van mening verschillen over de te benoemen oorzaak zal de rechter gemotiveerd tot een oordeel moeten komen. Wanneer diverse omstandigheden door partijen worden gesteld die zowel op een gedekte als een uitgesloten oorzaak duiden, maar deze omstandigheden niet ten processe komen vast te staan, zal de rechter mogelijk een bewijsopdracht aan één der partijen verstrekken. Voorts zij gewezen op de situatie dat wél is komen vast te staan dat diverse omstandigheden hebben geleid tot de schade. Wanneer deze omstandigheden zowel onder gedekte als uitgesloten oorzaken vallen dient een keuze te worden gemaakt teneinde vast te stellen of de verzekeraar gehouden is een schade uitkering te doen. In Deel II wordt onderzocht op welke wijze de rechter de bewijslast verdeelt dan wel een keuze maakt uit diverse feiten en omstandigheden die alle min of meer een causale relatie hebben met de schade. Uiteindelijk zal die keuze moeten worden gemaakt teneinde te kunnen bepalen of de schade is veroorzaakt door een gedekte dan wel een uitgesloten oorzaak.

Deel III

In de derde plaats blijkt het causaal verband een belangrijke rol te spelen bij de zgn 'Obliegenheiten'. Het betreft hier verplichtingen van de verzekerde jegens zijn verzekeraar. Een steeds terugkerende vraag is of de verzekeraar naar aanleiding van een verzuim tot nakoming van deze verplichting uitkering kan weigeren ook al bestaat er geen causaal verband tussen het verzuim en de schade. Het onderhavige onderzoek heeft zich hierbij beperkt tot twee onderwerpen. Enerzijds de schending van de mededelingsplicht bij het afsluiten van de verzekering. Anderzijds schending van verplichtingen in het kader van risicoverzwaren. Het laatste onderwerp is voor een deel bijzonder omdat artikel 293 K (oud) K aan risicoverzwaren onder bepaalde voorwaarden ook dan het rechtsgevolg verval van het recht op uitkering verbond als de verzekerde geen verplichting had geschonden. De loutere omstandigheid dat het verzekerde risico na het afsluiten van de verzekering was verzwaard gaf de verzekeraar onder bepaalde omstandigheden de bevoegdheid te weigeren de uitkering aan de verzekerde te voldoen. Daarentegen hebben polisbepalingen met betrekking tot risicoverzwaren echter wel de strekking verplichtingen van de verzekerde in het leven te roepen.

Hierna zal per hoofdstuk de betekenis van oorzaak en/of oorzakelijk verband voor het schadeverzekeringsrecht vanuit verschillende perspectieven aan de orde komen.

Deel I. Het begrip oorzaak

Hoofdstuk 1

Centraal staat de verhouding tussen de begrippen 'oorzaak' en 'onzeker voorval'.

Het begrip 'onzeker voorval' maakte tot 1 januari 2006 volgens artikel 246 K (oud) deel uit van het Nederlandse verzekeringsrecht. Aanvankelijk was het de bedoeling het 'onzeker voorval' in Titel 7.17 BW te handhaven. In een laat stadium heeft de Minister echter beslist dat het begrip moest worden geschrapt. Hiermee verdween een van oudsher vooral voor de schadeverzekering van belang zijnde begrip uit de Nederlandse wet. Toch zal het begrip naar alle waarschijnlijkheid van belang blijven voor het Nederlandse verzekeringsrecht aangezien het begrip voor een aantal verzekeringsvormen in de polisvoorwaarden terugkeert. Voorts wordt gewezen op artikel 7:944 BW waarin een omschrijving van de schadeverzekering wordt gegeven. Wellicht kan hierin, onbedoeld door de wetgever, toch het vereiste van een onzeker voorval worden gelezen.

Het 'onzeker voorval' is een kenmerkend begrip voor het schadeverzekeringsrecht. Van een verzekerd evenement kan alleen dan sprake zijn als zich een 'onzeker voorval' heeft voorgedaan. Zulks betekent evenwel geenszins dat er overeenstemming over de betekenis ervan bestaat. Grosso modo zijn er twee opvattingen die in dit hoofdstuk worden aangeduid met de zgn. subjectieve en objectieve benadering. De eerste benadering geeft aan dat op het moment van het sluiten van de verzekering voor partijen onzeker moet zijn dat zich een verzekerd evenement zal voordoen. Volgens de tweede benadering is er alleen dan sprake van een onzeker voorval als het een schadegeval betreft dat naar de normale loop van de omstandigheden niet is te verwachten. Betoogd wordt dat de subjectieve benadering juist en gewenst is aangezien de objectieve benadering een beperking van de dekking bewerkstelligt welke niet noodzakelijk uit de betekenis van de het begrip 'onzeker voorval' hoeft te volgen en welke niet uit de polisvoorwaarden is af te leiden.

Het begrip 'oorzaak' vertoont op een ingewikkelde wijze samenhang met het begrip 'onzeker voorval'. De objectieve benadering brengt mee dat de betekenis van 'oorzaak' en 'onzeker voorval' in zekere zin samenvalt. Uit de subjectieve benadering volgt dat de betekenis van 'onzeker voorval' fundamenteel verschilt van de betekenis van het begrip 'oorzaak' in verzekeringsrechtelijke zin. Als 'oorzaak' wordt in beginsel aangemerkt een omstandigheid, toestand welke afwijkt van de normale gang van zaken. Voor de beoordeling of sprake is van een onzeker voorval moet het gehele gebeuren in aanmerking worden genomen. Hieruit volgt dat het 'onzeker voorval' niet mag worden vereenzelvigd met één enkele omstandigheid. 'Oorzaak' daarentegen heeft juist betrekking op één enkele omstandigheid.

De betekenis van het onzeker voorval speelt vooral een rol bij de uitgebreide dekkingsomschrijvingen zoals de allrisks clause en de verzekering tegen 'van buiten komende onheilen'. In dit kader is de betekenis van

‘onzeker voorval’ en ‘oorzaak’ mede van belang voor de bewijslastverdeling.

Hoofdstuk 2

De betekenis van het begrip ‘oorzaak’ speelt niet slechts een rol wanneer deze wordt afgezet tegen de term ‘onzeker voorval’. In het onderhavige hoofdstuk staan de verschillen tussen de termen ‘oorzaak’, ‘beschadiging’, ‘evenement’ en ‘schade’ centraal. Voor de dekkingssystematiek is het onderscheid vooral van belang in verband met twee kwesties.

- Slechts het *evenement*, zijnde de door de verzekerde gestelde beschadiging op grond waarvan hij schadevergoeding vordert, en niet de oorzaak daarvan, dient zich binnen de verzekerde periode voor te doen. Het loslaten van deze regel leidt tot misverstanden en onjuiste beslissingen.
- *Beschadiging* is een afwijkende wijziging van de structuur van een zaak en is in die zin causaal bepaald. Toepassing van deze gedachte is zinvol bij het vaststellen van de betekenis van het begrip beschadiging van zaken in ontwikkeling (CAR-verzekering). Geconcludeerd wordt dat in beginsel elke afwijkende fysieke verandering aan of van de verzekerde stoffelijke zaak waaruit schade voortvloeit als beschadiging dient te worden aangemerkt. Ook zaken die in ontwikkeling zijn, en derhalve niet kunnen worden aangemerkt als ‘gaaf’, zijn naar mijn mening vatbaar voor beschadiging.

Zoals hiervoor is gesteld dient als ‘oorzaak’ te worden aangemerkt een omstandigheid of toestand die afwijkt van de normale gang van zaken. De term ‘beschadiging’ sluit bij deze omschrijving in die zin aan dat sprake moet zijn van een *wijziging* van de structuur van de verzekerde zaak welke afwijkt van de normale toestand. Beide termen geven aan dat een wezenlijke verandering/wijziging ten opzichte van hetgeen als normaal kan worden beschouwd dient plaats te vinden. Aldus sluiten de begrippen in mijn visie naadloos op elkaar aan. Het *evenement* onderscheidt zich van *beschadiging* in verzekeringsrechtelijk opzicht in die zin dat weliswaar nog steeds sprake dient te zijn van een wijziging van de structuur van het object, maar dat de verzekerde deze beschadiging tevens aan zijn verzekeraar meldt. Van het begrip beschadiging dient de term schade, zijnde het vermogensverlies van de verzekerde, te worden onderscheiden. Schade is het gevolg van een beschadiging en kan bijvoorbeeld bestaan uit herstelkosten, total loss, bedrijfsschade, etc.

Hoofdstuk 3

Eigen gebrek als bijzondere, volgens artikel 7:951 BW in beginsel uitgesloten, oorzaak van een beschadiging verdient aandacht in een afzonderlijk hoofdstuk. De term speelt een belangrijke rol in het onderhavige onderzoek aangezien de betekenis ervan causale elementen kent. Ook bij het eigen gebrek speelt *afwijking* van hetgeen als normaal moet worden beschouwd een rol. Kenmerkend is immers dat als eigen gebrek wordt beschouwd een

ongunstige eigenschap welke zaken van dezelfde soort niet behoren te bezitten. Ook een omstandigheid derhalve die afwijkt van hetgeen als de normale 'hoedanigheid' van een zaak wordt beschouwd.

Voorts is het van belang het 'eigen gebrek' te onderscheiden van het begrip 'onzeker voorval'. Het eigen gebrek dient te worden beschouwd als een schade-oorzaak en dient dan ook in dezelfde zin als het begrip 'oorzaak' te worden onderscheiden van het 'onzeker voorval'.

De hiervoor genoemde gangbare defintie van 'eigen gebrek' zijnde een ongunstige 'eigenschap' welke zaken van dezelfde soort niet behoren te hebben is naar mijn mening een contradictio in terminis. Immers, gelet op de omschrijving 'eenig gebrek' lijdt de zaak juist aan een afwijking ten opzichte van de normale eigenschappen van de soort. De noodzakelijke beperking van het 'eigen gebrek' dient naar mijn mening niet in de eerste plaats worden gezocht in de definiering, maar in het gegeven dat moet worden vastgesteld of het eigen gebrek kan worden aangemerkt als rechtens relevante oorzaak. Zulks brengt een belangrijke beperking mee nu het eigen gebrek zelden als relevante omstandigheid op zichzelf staat.

De term 'eigen gebrek' neemt ook een bijzondere plaats in tussen de begrippen oorzaak, beschadiging, evenement en schade. Het Monoliet I arrest (HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305) laat zien dat begripsverwarring op de loer kan liggen. Naar mijn mening laat deze zaak zien dat het van cruciaal belang is de begrippen schade-oorzaak en beschadiging (evenement) duidelijk te scheiden. Zo ligt het naar mijn mening voor de hand om in die zaak het te hoge percentage calcium chloride gehalte aan te merken als schade-oorzaak en de aantasting van de vloerplaten door (met) roestvorming, aan te merken als beschadiging (evenement). De wijze waarop in de zaak het onderscheid is gemaakt, is mijns inziens bepalend geweest voor beantwoording van de dekkingsvraag.

Het onderscheid tussen een 'gebrek' en de 'aard van een zaak' kan mijns inziens worden gemaakt aan de hand van inzichten uit de hoofdstukken 1 en 2. Bederf (de aard van de zaak) is als zodanig, los van andere omstandigheden, geen bijzondere omstandigheid en kan om die reden niet als een rechtens relevante oorzaak worden aangemerkt. In het verlengde hiervan lijkt bederf geen oorzaak maar een vorm van beschadiging te zijn.

Hoofdstuk 4

In tegenstelling tot het begrip 'eigen gebrek' keert het begrip 'van buiten komend onheil' niet in Titel 7.17 BW terug. Wel is het een veel voorkomend begrip in dekkingsbepalingen en blijft het derhalve zinvol uitspraken te doen over de betekenis ervan. De term definieert, in tegenstelling tot enkele termen die een uitgesloten oorzaak beogen te verwoorden (eigen gebrek, eigen schuld), de (positieve) omvang van de dekking.

Ook over de betekenis van het begrip 'van buiten komend onheil' bestaat geen eenstemmigheid. Geeft de term aan dat het een bijzondere, uitzonderlijke omstandigheid moet betreffen of beoogt de term niet meer aan te geven dan de tegenstelling van 'eigen gebrek' en/of 'eigen schuld'? Het

lijkt erop dat, mijns inziens op basis van onjuiste argumenten, de term in eerst genoemde meer restrictieve zin wordt opgevat.

Aandacht is gegeven aan de vraag of en zo ja hoe dekking tegen 'van buiten komende onheilen' zich onderscheidt van dekking tegen 'alle oorzaken' (all-risksdekking). Veelal wordt aangenomen dat het verschil vooral wordt uitgemaakt door verschil in bewijslastverdeling. Waar de verzekerde bij een 'all-risks' dekking slechts zijn schade behoeft te bewijzen, moet hij bij dekking tegen 'van buiten komende onheilen' daarenboven een bijzondere omstandigheid aantonen.

Ook de betekenis van de term *ongeval* blijkt causale elementen te bevatten. Vergelijkbaar met de onderverdeling in Hoofdstuk 2 maakt Ubbink onderscheid tussen letseloorzaak (de ongevalgebeurtenis), het letsel zelf (de opgelopen kwetsuur) en het letselgevolg (dood, invaliditeit, arbeidsongeschiktheid). Gelet op het feit dat Nederlandse rechtspraak en literatuur betrekkelijk weinig aandacht aan de definitie van het begrip 'ongeval' hebben geschonken wordt in verhouding meer dan in de andere hoofdstukken aandacht besteed aan Duits en Engels recht. Voor interpretatie van het begrip Unfall zijn volgens de jurisprudentie onder meer van belang de elementen Plötzlichkeit en Unfreiwilligkeit. Aan de orde komt tevens het vereiste van causaal verband tussen het ongeval en het letsel. Het Angelsaksische begrip 'accident' kent verschillende definities in de polisvoorwaarden maar dat betekent volgens Clarke niet dat over het begrip in zijn algemeenheid niets valt te zeggen. Ook hier speelt het element 'voluntary act' in de rechtspraak een rol. Afzonderlijk wordt aandacht besteed aan de 'blootstelling aan natuurlijke elementen'. Het Engelse recht lijkt in verhouding tot het Duitse recht terughoudender te zijn het begrip op een voor de verzekerde ruimhartige wijze uit te leggen.

Deel II: Meervoudige causaliteit

Hoofdstuk 5

Wanneer partijen stellen dat bepaalde gedekte en uitgesloten schade oorzaken hebben geleid tot de schade, maar zij het erover oneens zijn of die omstandigheden zich daadwerkelijk hebben voorgedaan kan de rechter één of meer bewijsopdracht(en) aan partijen verstrekken. De rechter maakt dan geen daadwerkelijke keuze uit de soms vele omstandigheden welke hebben geleid tot de schade. Mogelijk is deze bewijslastverdeling voor de uitkomst van de zaak op zichzelf reeds beslissend als de partij aan wie een bewijsopdracht is gegeven niet aan de bewijslast kan voldoen. Wanneer de verzekerde er bijvoorbeeld niet in slaagt te bewijzen dat zijn schade is veroorzaakt door een gedekte oorzaak, zal de vordering worden afgewezen.

Vanzelfsprekend is de bewijslastverdeling vooral belangrijk als de oorzaak van de schade onbekend is. In het kader van de all-risks clause doet zich dan de vraag voor welke bewijslast op de verzekerde rust. Hier wordt onderzocht of de bewijslastverdeling bij verzekering tegen 'van buiten

komende onheil' anders is. Voorts blijkt de vrijheid van de rechter om een bepaalde bewijslastverdeling toe te passen een instrument te zijn om in gevallen waarbij op de verzekerde in beginsel een lichte bewijslast rust, maar twijfel ontstaat over de juistheid van de door de verzekerde gestelde toedracht, deze bewijslastverdeling bij te stellen. Illustratief zijn casus waarin zich een brandschade voordoet en er een vermoeden van brandstichting bestaat en casus waarin de verzekerde stelt dat sprake is van diefstal en vragen rijzen over de juistheid van de door verzekerde gestelde feiten.

Voor de bewijslastverdeling in geval van een allrisks clause en een onbekende schade oorzaak blijken opvattingen over de term 'onzeker voorval' een rol te spelen. Bij verzekering tegen 'van buiten komende onheilen' spitst de vraag zich erop toe of de verzekerde kan volstaan met te stellen dat in zijn algemeenheid de schade is ontstaan door *een* van buiten komend onheil of dat hij een specifiek van buiten komend onheil dient te stellen en zo nodig te bewijzen. De jurisprudentie geeft op deze vraag geen volstrekt duidelijk antwoord. In verband met deze kwestie is het mogelijk dat de rechter uit het ontbreken van een van buiten komend onheil afleidt dat de schade moet zijn veroorzaakt door een eigen gebrek.

Doorgaans is bewijs van diefstal, bij gebreke aan voldoende duidelijke aanwijzingen, nagenoeg onmogelijk. Op verzekerde rust te dien aanzien dan ook een betrekkelijk lichte bewijslast. Wanneer echter de toedrachtsoomschrijving door de verzekerde onaannemelijk of ongeloofwaardig is, zal de rechter geneigd zijn zwaardere eisen aan de stelplicht en de bewijslast van de verzekerde te stellen.

Het bewijs van schade veroorzaakt door merkelijke schuld (of roekeloosheid) en opzet rust op de verzekeraar. Dit zo zijnde rust op deze ook het risico dat onbewezen blijft dat de brand door merkelijke schuld van de verzekerde is ontstaan. Wel wordt het bewijs van brandstichting in een aantal gevallen voorshands, behoudens tegenbewijs, aangenomen. Of daarvoor voldoende aanwijzingen van brandstichting en de betrokkenheid van de verzekerde daarbij bestaan, is afhankelijk van de beoordeling van de omstandigheden van het geval door de rechter. De jurisprudentie laat zien dat een aantal omstandigheden regelmatig een rol speelt.

In dit hoofdstuk wordt in het bijzonder aandacht geschonken aan de invloed van het oordeel van deskundigen op de beslissing van de rechter om uit bepaalde gestelde omstandigheden een zekere bewijslastverdeling toe te passen. Hierbij is het van belang onderscheid te maken tussen door partijen ingeschakelde deskundigen enerzijds en de door de rechter benoemde deskundige anderzijds. De rechter is in beginsel gebonden aan de conclusie van een door hem benoemde deskundige. Wanneer hij deze zienswijze wenst te verwerpen dient hij zulks uitdrukkelijk te motiveren. Deskundigen geven onder meer hun oordeel over mogelijke oorzaken van schaden en daarmee indirect over het antwoord op de dekkingsvraag. Deskundigen kunnen een technisch oordeel geven. In een aantal gevallen houdt dit technische oordeel verband met de uitleg van een bepaalde term in de polisvoorwaarden. Zo oordelen deskundigen mogelijk over de vraag

wanneer sprake is van arbeidsongeschiktheid in de polisvoorwaarden. De grens tussen een technisch en juridisch oordeel wordt dan soms vaag.

Hoofdstuk 6

Indien voor het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak een keuze tussen verschillende omstandigheden moet worden gemaakt, is vooral uitleg van de polisvoorwaarden bepalend. In titel 7.17 BW zijn geen bijzondere regels over uitleg van polisvoorwaarden opgenomen. Het BW kent, een enkele uitzondering daargelaten, ook geen bepalingen over uitleg van overeenkomsten. Uitleg van overeenkomsten is daarmee nagenoeg geheel aan de rechtspraak en rechtswetenschap overgelaten, zij het dat aan enige algemene wetsbepalingen (met name de artikelen 6:248 en 3:35 BW) inspiratie kan worden ontleend.¹ Algemeen wordt aangenomen dat voor uitleg het uitgangspunt zoals door de Hoge Raad geformuleerd in het Haviltex-arrest² ook voor het verzekeringsrecht geldt.³

Voor de verzekeringsovereenkomst geldt in het bijzonder dat de polisvoorwaarden onder meer aan de hand van causaliteitsaanduidingen de omvang van de dekking, zijnde de hoofdverplichting van de verzekeraar, beogen te bepalen. Het hanteren van verschillende causaliteitsbeoordingen, zoals *direct*, *indirect*, *rechtstreeks*, *rechtstreeks veroorzaakt, ten gevolge van, voortvloeiend uit, etc.*, roept de vraag op of partijen (meestal de verzekeraar, maar in een aantal gevallen ook de makelaar namens de verzekerde) hiermee de mate van het vereiste causaal verband kunnen beïnvloeden.

Het antwoord op deze vraag levert een divers beeld op. Uitgangspunt naar mijn mening is dat gebezigde causaliteitsbeoordingen het vereiste causale verband kunnen verengen dan wel verruimen. Redelijkheid en billijkheid kunnen evenwel een temperende invloed op deze werking hebben. Bovendien lijkt de constatering van Hartlief dat de rechter aansprakelijkheidskwesties meestal op technisch juridische gronden beoordeelt, maar soms ook op basis van policy-argumenten, in een aantal gevallen ook op te gaan voor beslissingen over de dekkingsomvang.

Uit literatuur en rechtspraak blijkt dat polisbeoordingen geen eenduidig beeld geven over de vereiste mate van causaal verband. Bij de omschrijving van arbeidsongeschiktheid wordt geoordeeld dat de woorden '*rechtstreeks en uitsluitend*' een verenging van het vereiste causaal verband bewerkstelligen. Voor eigen gebrek in de zin van artikel 249 K (oud) gold dat het woord '*onmiddellijk*' geen bijzondere betekenis had. Daarentegen blijkt uit jurisprudentie dat *schade door storm*, dus zonder een afzonderlijke toevoeging, een direct causaal verband (alleen schade direct veroorzaakt door de stormkracht is gedekt) impliceert. Ook de jurisprudentie over polisclausules zoals '*schade met of door een motorrijtuig*' laat een divers beeld zien. Opvallend is bijvoorbeeld dat deze omschrijving in *dekkingsclausules* van de

1. Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 279.

2. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB.

3. Asser-Clausing-Wansink, 1998, nr. 181; Scheltema/Mijnssen, 1998, nr. 3.8.

WAM verzekering een *ruime* dekking bewerkstelligt, maar dat dezelfde omschrijving in een *uitsluitingsbepaling* van een AVB verzekering een *beperkte* uitsluiting creëert.

Het arrest Delta Lloyd/Hartholt (HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 117) lijkt exemplarisch voor het gegeven dat de rechter mogelijk afwijkt van de op het eerste gezicht duidelijke omschrijving van de dekking.

Doorgaans is uitleg van polisvoorwaarden voorbehouden aan de feitenrechter. Mijn voorkeur zou zijn dat de Hoge Raad vaker dan nu het geval is, uitleg van polisvoorwaarden zou toetsen aan het criterium '*redelijke uitleg van het betrokken beding*', waardoor wellicht een grotere consistentie in de uitleg van polisvoorwaarden in het algemeen en vaststelling van het verband van causaal verband in het bijzonder zal ontstaan.

Hoofdstuk 7

Van oudsher worden de vanaf het begin van de vorige eeuw ontwikkelde causaliteitstheorieën in het strafrecht en bij de onrechtmatige daad in verband gebracht met het leerstuk van causaal verband in het verzekeringsrecht. Bedoeld worden hier de volgende theorieën: *conditio sine qua non*, adequate veroorzaking, toerekening naar redelijkheid, *causa proxima* (non remota spectatur) en *causa remota*. Hoofdstuk 7 laat zien of deze theorieën door de rechter in concrete verzekeringsrechtelijke casus worden toegepast.

De Hoge Raad heeft nimmer beslist dat aan een van voornoemde causaliteitstheorieën in het verzekeringsrecht doorslaggevende betekenis moet worden toegekend. De lagere rechtspraak (het Hof Amsterdam) heeft echter tot twee keer toe, in 1972 en 1974, de adequatietheorie (*causa remota*) aangemerkt als de heersende leer wanneer het gaat om vaststelling van de rechtens relevante oorzaak in het verzekeringsrecht.

Voor het overige zijn, in een aantal gerechtelijke uitspraken, sporen van de verschillende causaliteitstheorieën geconstateerd. Met een enkele uitzondering moet echter worden vastgesteld dat deze uitspraken enigszins gedateerd zijn. Dat is te meer het geval wanneer als ijkpunt wordt genomen het jaar 1993, het jaar waarin de Hoge Raad in zijn arrest Hogenboom/Unigarant het belang van polisuitleg voor de vaststelling van de rechtens relevante oorzaak in het verzekeringsrecht heeft benadrukt (HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, m.nt. MMM). Mijn conclusie is dat voor vaststelling van de rechtens relevante oorzaak in het verzekeringsrecht uitgangspunt zal moeten zijn dat zulks aan de hand van polisuitleg dient te geschieden. Daarnaast kunnen causaliteitstheorieën mijns inziens een nuttige functie vervullen als logische aanvulling. Wellicht kunnen de theorieën bijdragen aan een meer consistent beeld van vaststelling van causaal verband in het verzekeringsrecht.

Afzonderlijk is in dit hoofdstuk aandacht geschonken aan de rol van het vereiste van causaal verband tussen eigen schuld van de verzekerde en zijn schade. Naar mijn mening is het onderscheid tussen de verschillende schuldgradaties (lichte, merkelijke, grove schuld, roekeloosheid, voorwaar-

delijk opzet, opzet) weinig helder. Pas in zijn arrest uit 2003 (HR 4 april 2003, NJ 2004, 568, m.nt. MMM) geeft de Hoge Raad een duidelijker omschrijving van 'merkelijke schuld'. In deze omschrijving wordt geabstraheerd van schuld in de zin van 'subjectieve verwijtbaarheid' en wordt de term 'merkelijk' gekoppeld aan de grootte van de kans dat zich schade zal voordoen tengevolge van het handelen van de verzekerde. Hiermee krijgt het begrip 'merkelijke schuld' een causale invulling. Niet het criterium 'redelijkerwijze te verwachten schade' in de zin van de adequatietheorie, maar de 'aanmerkelijke kans op schade' is bepalend voor de mate van ('merkelijke schuld'). Voorts wordt gewezen op mogelijke nuancering van het rechtsgevolg wanneer de schade is veroorzaakt door 'eigen schuld' van de verzekerde. Uitgangspunt is nu dat de verzekerde dan zijn recht op schadevergoeding in zijn geheel verliest. Verdedigd wordt in dit hoofdstuk om, afhankelijk van de mate van schuld, een *vermindering* van schadevergoeding toe te passen. Artikel 6:101 BW zou als inspiratiebron kunnen dienen. Hierbij zij echter opgemerkt dat de huidige wettelijke uitsluiting van artikel 7:952 BW (opzet en roekeloosheid) doorgaans een algeheel verval van het recht op uitkering rechtvaardigt. In hoofdstuk 2 is onderscheid gemaakt tussen evenement en schade. In dit hoofdstuk is geconstateerd dat volgens de Hoge Raad het causaal verband niet alleen van belang is tussen de gedraging van de verzekerde en het evenement maar ook nadien, wanneer het evenement (brand) zich reeds heeft voorgedaan en gedragingen (nalen daaronder begrepen) van de verzekerde de schade hebben vergroot.

Gaat een expliciete uitsluitingsbepaling per definitie vóór een dekkingsbepaling? Gesteld wordt dat volgens Engels recht bij samenwerkende oorzaken die elk even dominant zijn van belang is of er één omstandigheid impliciet (de oorzaak valt niet onder het gedekte evenement) dan wel expliciet (de oorzaak valt onder een uitsluitingsbepaling) is uitgesloten. In het eerste geval bestaat er in beginsel dekking, in het andere geval niet. Bij meervoudige causaliteit zou aldus een expliciete uitsluitingsbepaling automatisch dienen te prevaleren boven de dekkingsclausule. Mijns inziens dient deze laatste regel in het Nederlandse recht niet te worden nagevolgd.

Wanneer zich meerdere, gedekte en uitgesloten, mogelijk rechtens relevante oorzaken hebben voorgedaan geldt als uitgangspunt dat de rechter een keuze dient te maken. Slechts bij hoge uitzondering zou plaats moeten zijn voor de mogelijkheid van een gedeeltelijke schadeuitkering.

Verdedigbaar is dat een evenement slechts dan door een eigen gebrek is veroorzaakt als er daarnaast geen van buiten komend onheil is aan te wijzen. Wanneer zulks wel het geval is kan de leer van de adequate veroorzaking, in combinatie met de *causa remota*, mogelijk gelden voor het vaststellen van de rechtens relevante oorzaak.

Deel III: Ontbreken van causaal verband tussen het niet nakomen van een verplichting door de verzekerde en de schade

Hoofdstuk 8

Sinds 1 januari 2006 is de wettelijke regeling van de mededelingsplicht bij het afsluiten van de verzekering (verzwijging) ingrijpend gewijzigd. Voorheen gold het zgn. altijd-niets principe volgens hetwelk de verzekering nimmer tot enige uitkering leidde (en kon worden vernietigd) in de gevallen dat er was voldaan aan de vereisten van een gerechtvaardigd beroep op verzwijging. De nieuwe wettelijke regeling laat het altijd-niets principe nog slechts in twee situaties gelden en is primair gericht op continuering van de verzekering.

Volgens artikel 7:930 BW heeft de verzekerde alleen dan geen enkel recht op uitkering in twee gevallen. Ten eerste wanneer de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen met het opzet om de verzekeraar te misleiden. Ten tweede wanneer de verzekeraar, indien hij van de bewuste verzwijging op de hoogte zou zijn geweest, de verzekering in zijn geheel niet zou hebben afgesloten.

Voor het overige dient volgens het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel te worden vastgesteld of de verzekerde in geval van verzwijging recht heeft op schadevergoeding. Het oordeel van de Hoge Raad onder het oude recht dat de omstandigheid dat causaal verband tussen de verzwijging en de zich nadien voordoende schade ontbreekt niet van belang is, heeft haar betekenis verloren. Volgens artikel 7:930 BW dient de verzekeraar de schade te vergoeden als causaal verband tussen de verzwijging en de beoordeling van het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt, ontbreekt. Wanneer wél sprake is van causaal verband in deze zin dient het recht op uitkering te worden beoordeeld aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel. Opmerkelijk is dat de verzekerde recht heeft op de gehele schade uitkering wanneer het causaal verband ontbreekt, ook als de verzekeraar de verzekering op andere voorwaarden of tegen een hogere premie zou hebben afgesloten als hij op de hoogte was geweest van de schade (het zgn. proportionaliteitsbeginsel). In die zin prevaleert het causaliteitsbeginsel dus boven het proportionaliteitsbeginsel. Zulks is te meer opmerkelijk nu de verzekeraar in beginsel volgens artikel 7:929 BW niet het recht heeft om de verzekering op te zeggen nadat hij op de hoogte geraakt van de verzwijging.

Naar mijn mening kent de huidige wettelijke regeling een onevenwichtigheid. In voornoemd geval prevaleert het causaliteitsbeginsel ten gunste van de verzekerde. Anderzijds prevaleert het causaliteitsbeginsel niet wanneer de verzekeraar de verzekering in zijn geheel niet zou hebben afgesloten als hij op de hoogte was geweest van de 'verzwegen' omstandigheid. In het laatste geval heeft de verzekerde geen recht op uitkering ook al ontbreekt het causaal verband tussen de verzwegen omstandigheid en de beoordeling van het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt. In het onderhavige hoofdstuk is bepleit ook in het laatste geval de verzekerde het recht

op uitkering toe te kennen. De verzekeraar zou dan wel de mogelijkheid moeten hebben om de verzekering op te zeggen.

Onder het oude recht bestond er discussie over het antwoord op de vraag of ten aanzien van toepassing van het causaliteitsbeginsel geanticipeerd diende te worden op titel 7.17 BW. De vraag werd in de doctrine overwegend negatief beantwoord. De rechtspraak heeft het causaliteitsbeginsel bij wege van anticipatie niet toegepast. De argumenten ter ondersteuning van afwijzing van anticipatie, o.m. 'de oude wet was duidelijk', 'het nieuw BW was nog niet definitief vastgesteld' en 'toepassing van het causaliteitsbeginsel kost verzekeraars geld', zijn naar mening niet overtuigend. Gelet op de juridische basis van de huidige regeling van het causaliteits- en proportionaliteitsbeginsel, de redelijkheid en billijkheid, zou anticipatie mijns inziens voor de hand hebben gelegen. In het onderhavige hoofdstuk heb ik voor dit standpunt diverse argumenten naar voren gebracht. Anticipatie zou de rechtsontwikkeling ten goede zijn gekomen. Vooruitlopend op de inwerkingtreding van de nieuwe regeling zou de rechter dan immers praktische ervaring hebben kunnen opdoen met het nieuwe systeem.

Hoofdstuk 9

De huidige wet kent geen bepaling over risicoverzwaarig. Voorheen gold artikel 293 K (oud). Wanneer zich na het afsluiten van de verzekering een verzwaarig van het verzekerde voordoet, heeft de verzekerde onder bepaalde omstandigheden geen recht op schadevergoeding. Het wetsartikel had echter een beperkte strekking en gold slechts voor de verzekering van gebouwen tegen brand. Verzekeraars hebben dan ook veelal in de polisvoorwaarden voorzieningen opgenomen welke hen beschermt tegen risicoverzwaarig. Polisvoorwaarden kennen onder meer de zgn. mededelingsclausule en de preventieve garantie.

Net als bij 'verzwijging' doet zich de vraag voor of de verzekeraar zich op de rechtsgevolgen kan beroepen als het causaal verband tussen de risicoverzwaarig en de schade ontbreekt. Voor beantwoording van deze vraag dient onderscheid te worden gemaakt tussen artikel 293 K (oud) en de mededelingsclausule enerzijds en de preventieve garantie anderzijds. Algemeen werd geoordeeld dat ontbreken van causaal verband voor de eerste categorie van zaken (art. 293 K en de mededelingsclausule) niet van belang was. De verzekeraar zou de schade uitkering onverkort kunnen weigeren. Met het *Modalfa* arrest (HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498) heeft de Hoge Raad de mogelijkheid geopperd dat deze omstandigheid in de weg zou kunnen staan aan een beroep op artikel 293 K (oud). Geconstateerd moet echter worden dat de Hoge Raad zulks heeft gedaan in een 'obiter dictum' en hierover nog geen beslissing ten gronde heeft genomen. Gelet op de verwantschap tussen artikel 293 K en de mededelingsclausule staat ook ten aanzien van de niet nakoming van de mededelingsplicht dus nog niet vast of de verzekeraar uitkering onverkort kan weigeren als causaal verband ontbreekt. Ten aanzien van de tweede categorie zaken (de preventieve

garantie) heeft de Hoge Raad in het arrest Bicak/Aegon (HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120) beslist dat indien de verzekerde kan bewijzen dat causaal verband tussen het niet nemen van preventieve maatregelen en de schade ontbreekt, de verzekeraar onverkort de schade uitkering dient te verrichten. In zijn beslissing verwijst de HR onder meer naar het Modalfa arrest.

Er zijn gronden om aan te nemen dat het ontbreken van causaal verband van belang is voor een mogelijk beroep op de rechtsgevolgen van risicoverzuring. De Hoge Raad heeft het belang van het Modalfa arrest onderstreept in het arrest Bicak/Aegon. Voorts ligt het in de rede aansluiting te zoeken bij de wettelijke regeling over de mededelingsplicht bij het afsluiten van de verzekering.

Conclusie

Oorzaak en oorzakelijk verband in het verzekeringsrecht blijken aan het verzekeringsrecht te zijn verknocht. De begrippen spelen een centrale rol bij het vaststellen van de gehoudenheid tot betaling van schadevergoeding door de verzekeraar uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst. Zulks volgt uit de formulering van gedekte en uitgesloten oorzaken in de polisvoorwaarden. Voor het vaststellen van de betalingsverplichting is de rechtens relevante oorzaak bepalend.

Het onderhavige onderzoek toont dat het vaststellen van die gehoudenheid tot betaling langs verschillende wegen tot stand kan komen. Uit het onderzoek blijkt tevens dat het hierbij mogelijk is een bepaalde systematiek in acht te nemen. In de eerste plaats is het noodzakelijk te weten welke betekenis het begrip oorzaak in verzekeringsrechtelijke zin heeft. In Deel I is het begrip 'oorzaak' gedefinieerd. Bovendien is dit begrip nader ingevuld door vergelijking met andere voor het verzekeringsrecht essentiële termen die elk een bepaalde verwantschap met het begrip 'oorzaak' kennen. Op deze wijze kan een eerste schifting worden gemaakt tussen omstandigheden die in beginsel wél en niet in aanmerking komen als rechtens relevante oorzaak. Daarna dient daadwerkelijk te worden vastgesteld welke omstandigheid als de rechtens relevante oorzaak moet worden aangewezen. In Deel II wordt beschreven dat indien onzekerheid bestaat over het bestaan van bepaalde schade oorzaken, de rechter bewijsopdrachten aan partijen kan verstrekken. Mogelijk wordt met deze bewijslastverdeling de uitkomst van de zaak bepaald. Wanneer de bewijslastverdeling niet bepalend is en de mogelijke gedekte en uitgesloten oorzaken vaststaan dient de rechter een keuze te maken. Hij zal dit doorgaans doen aan de hand van polisuitleg. Mogelijk speelt daarnaast een rol dat de rechter een bepaalde redenering zal toepassen die verband houdt met een causaliteitstheorie.

Los van het systeem van vaststelling van de rechtens relevante oorzaak is het (ontbreken van) causaal verband tussen het niet naleven van verplichtingen door de verzekeringnemer/verzekerde en de schade van belang voor de beoordeling of de verzekeraar in redelijkheid de in beginsel

bestaande verplichting tot schade uitkering kan weigeren. Voor de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering geldt thans in dit verband een genuanceerd stelsel. Wanneer het causaal verband ontbreekt dient de verzekeraar in beginsel te betalen. Wanneer de verzekeraar in het geheel de verzekering niet zou hebben afgesloten kan de verzekeraar schade uitkering weigeren ook al ontbreekt het causaal verband. Naar mijn mening ontbreekt voor deze keuze een goede grond.

SUMMARY

The purpose of this dissertation is exploring the role of cause and causation in insurance law (indemnity).

Cause and causation appear to play a central role in the system of coverage in insurance policies. Coverage and exceptions are formulated in causal wordings. That makes causation in insurance law different from causation in tort law and penal law. Whether or not circumstances are covered or excepted from coverage in insurance policies is a matter of construction of the policies. Despite this notion most insurance law literature has been influenced by so-called theories about causality in tort and penal law (*conditio sine qua non*, theory of adequacy and reasonable imputation).

This dissertation consists of three parts.

The first part deals with the meaning of 'cause' in the context of insurance policies. This term is, in a rather complex way, connected with several other terms which are, at least in part, typical for insurance law. The term 'cause' is compared with the terms 'uncertain event' (uncertainty), event, fortuitous event, inherent vice and wear and tear, damage and loss, accident, peril of the sea. There is a tendency to equalize uncertain event and cause. In my opinion these terms must be distinguished. Essential is the definition of 'cause' in insurance law, which is derived from a definition given to that term in tort law. Cause is a specific circumstance which differs from the normal course of events/things. This definition is useful because now circumstances which are relevant in a 'causal' sense can be separated from circumstances which are not relevant in this way.

The second part deals with 'causation' as opposed to 'cause'. To ascertain whether or not there is coverage, it is necessary to make a choice among various causes (covered and excepted) within the meaning of Part I. In case (one of the) parties put(s) forward a certain circumstance as the relevant (proximate) cause but the circumstance is not self-evident the court may put the burden of proof on one of the parties. This burden of proof can be decisive for the judgement. In other cases where several possible causes are known, the judge has to choose. According to Dutch insurance law the interpretation of the contract is decisive for the outcome of this choice. Furthermore several theories of causation are explored.

Part three contains the subject 'obligations of the insured' (*Obliegenheiten* according to German law). May the insurer deny indemnification when non fulfillment of the obligations by the insured as stipulated in sta-

tute or contract does not have a causal relationship with the loss? Important case law is restricted to two subjects: non-disclosure/misrepresentation and alteration (aggravation) of the risk under the policy/warranties. In two chapters these subjects are described.

Part I consists of four chapters.

Chapter one is about the relationship between uncertain event (uncertainty) and cause. A plea is made for the notion that uncertainty must be strictly separated from cause. Cause is a specific circumstance which differs from the normal course of events/things. Uncertainty is conditional for the existence of an (aleatory) insurance contract. The introduction of uncertainty in the term cause is strongly opposed to, because such view will substantially diminish coverage. A clear legal basis for that is in my opinion not there.

In *chapter two* the term 'cause' is compared with the terms 'event', 'occurrence', 'damage' (direct impact on the insured object), 'financial loss'. For these terms as well, it is important to distinguish clearly. This is e.g. important for the notion that the event and not the cause of this event must be within the period of coverage.

Chapter three. Inherent vice, the subject of this chapter, has several connections with the term cause. Article 7:951 Dutch Civil Code states that this cause is excepted from coverage. It is, and therein lies a similarity to the term 'cause', a circumstance which differs from the normal state of the object. Wear and tear on the contrary is a normal state of the object (all comparable objects will in the same circumstances expose a similar wear and tear) in the sense that no abnormal event has occurred. Also important is the difference between uncertain event (conditional for the validity of the insurance contract) and inherent vice (specific circumstance as cause of the damage).

Chapter four. Van buiten komend onheil has no proper translation. Fortuitous event or peril of the sea comes close. Not quite clear is the meaning of the term. Mostly it is characterized as all causes which can not be described as inherent vice or negligence of the insured. The term is however also connected with the term uncertain event. This can narrow the scope of coverage because the cause of the loss must then be fortuitous, unforeseeable, etc. In this chapter the meaning of 'accident' is explored as well.

Part II has three chapters.

In case parties to the insurance contract have different opinions about causes of the loss (causes within coverage and exceptions) but it is not clear whether or not these causes really occurred, rules of evidence play an important role. *Chapter five* describes the meaning of these rules of evidence. Burden of proof may be decisive for the decision of the court.

Chapter six. When causes are known, the court has to choose which cause, covered or excepted, must be the relevant, proximate, cause. The meaning of the contract is essential for making that decision. Special wordings as 'sole cause', 'immediately caused by' were subject to court decisions. These decisions are analyzed.

Subject of *Chapter seven* is the importance of theories about causation. Case law wherein courts have used these theories are somewhat older. It seems that meaning of the contract is central for the decision of the courts. However, in my opinion the theories of causation may be useful within that meaning.

Part III consists of two chapters.

According to case law absence of a causal relation between non-fulfillment of obligation and the damage as occurred is of importance for non-disclosure before a binding contract has been created and, secondly, for the obligation to inform the insurer about aggravation of the risk or non fulfillment of warranties. The first one is a statutory, the second one is a contractual obligation. New statute (as from 1 January 2006) contains provisions with regard to absence of causality and non-disclosure. With regard to aggravation of risk several decisions of the Dutch Supreme Court point in the direction that as a result of lacking of a causal relation between non-fulfillment and damage, the insurer may not deny indemnification. In my view it would be to a certain point sensible to apply the statutory rules for non-disclosure to the aggravation of risk as well. The decisions with regard to warranties differ from those rules. When the insured can prove that there is no causal connection the insurer is obliged to indemnify the insured.

ALFABETISCH REGISTER

All risks dekking	1.3; 4.2.2; 5.2
Beschadiging	2.2.3
• aantasting producten in ontwikkeling	2.2.3.1
• aantasting stoffelijke structuur	2.2.3
• brand	2.2.
• definitie	2.2.2.1
• en oorzaak	2.2.2
Bewijs	5
• all risks dekking	5.2
• brandstichting	5.5.1
• van buiten komend onheil	5.3
• deskundigen	5.6
• diefstal	5.4
• eigen gebrek	5.3.3
• peril of the sea	5.3.1
• schuld en opzet	5.5
Brand	
• brandschade	2.2.
Causaliteit	
• brand	7.6.2
• diefstal	6.3
• eigen gebrek	7.8
• eigen schuld	7.6
• gedeeltelijke schadevergoeding	7.7
• gedekte en uitgesloten oorzaak	7.7
• meervoudige	Deel II
• neerslag	6.3
• ontploffing	6.2
• polisuitleg	6
• storm	6.3
• verschil verzekeringsrecht en onrechtmatige daad	Inleiding

Causaliteitsbewoordingen	
• Beursgoederen polis	6.5
• door	6.2
• met of door	6.2; 6.3; 6.4
• onmiddellijk	6.2
• rechtstreeks	6.2
• uitsluitend	6.2
• onmiddellijk	6.2
Causaliteitstheorieën	7
• adequate veroorzaking	7.4
• causa proxima	1.2; 7.1
• causa remota	7.1
• conditio sine qua non	7.3
• dominant cause	7.1
• proximate cause	7.1
• toerekening naar redelijkheid	7.5
Eigen gebrek	
• aard en natuur van de verzekerde zaak	3.4
• bederf	3.4
• causaal bepaald	3.2.1
• definitie	3.2
• duurzaamheid gebrek	3.2.3
• eigenschap verzekerde zaak	3.2.1
• inherent vice	3.4.1
• onzeker voorval	3.5
• onvermijdelijke schade	3.7
• oorzaak	3.2.1; 3.6
• polisvoorwaarden	3.1
• slijtage	3.4
• verpakking	3.3
• en verzekerde periode	3.2.2
• wear and tear	3.4.1
• wettelijke begrip	3.1
Evenement	2.2.1
• en beschadiging	2.2.2.1
• definitie	2.2.1
• en oorzaak	2.2.2.2
• verzekerde periode	2.2.2.2
Motorrijtuigverzekering en causaliteit	
• AVB	6.4
• laden en lossen	6.4
• regiefouten	6.4
• verkeersrisico	6.4

• werkrisico	6.4
Ongeval	4.3
• definitie	4.3.1
• Duits recht	4.3.2
• Engels recht	4.3.3
• vrijwillige handeling	4.3.2; 4.3.3
• ziekte	4.3.3
Onzeker voorval	
• aan het licht komen van	1.6.1; 2.2.2.2
• aanvang risico	1.8
• abnormale omstandigheid	1.5
• aleatoire (kans)overeenkomst	1.4
• all risks dekking	1.3
• bekendheid met schade bij afsluiten verzekering	1.2
• bewijs	1.7
• contractpolis	1.4
• gehele gebeuren	1.2
• normale loop van de omstandigheden	1.4
• onzekerheid	1.4
• oorzaak – vereenzelviging	1.2
• en opzettelijk veroorzaakte schade	1.4
• Rückwärtsversicherung	1.4
• subjectief – objectief	1.4
• totstandkoming verzekering	1.4
• verzekering van bestaande schade	1.4
• verzekering met continu karakter	1.4
• voorval	1.5
• voorzienbaarheid	1.5
• wetgeving	1.1
Oorzaak	
• aansprakelijkheidsverzekering	1.5
• cause en conditions	1.5
• definitie	1.4; 1.5
• evenement	2.2.2
• normale loop van de omstandigheden	1.5
• schade	2.2.2
• storingsconcept	1.5
• vermoeden van afwijkende omstandigheid	1.5
• verzekerde periode	1.8; 2.1; 2.2
Preventieve garanties en causaal verband	9.3; 9.3.2.2
• bewijs	9.3.2.2.2
• bewijs: verschil garantie en uitsluiting	5.5; 9.3.2.3
• uitleg clausule	9.3.2.1

Risicoverzwareing en causaliteit	9.3
• begrip risicoverzwareing	9.1
• bescherming verzekeraar	9.1
• mededelingsclausule	9.1; 9.3.1
• en verzwijging	9.3.1.2
Schade	2.2.4
• bedrijfsschade	2.2.4
• zaakschade	2.2.4
• zuivere vermogensschade	2.2.4
Van buiten komend onheil	
• abnormale (buitengewone) gebeurtenis	4.2.2
• all risks dekking	4.2.2
• definitie	4.2.2
• eigen gebrek	4.2.2
• Marine Insurance Act	4.2.1
• named perils	4.2.1
• peril of the sea	4.2.1
• wettelijk begrip	4.2.1
Verplichtingen verzekeringnemer/verzekerde	Deel III
• Obliegenheit	Deel III
Verzekerde periode	2.2.2.2
• beschadiging	2.2.2.2
• eigen gebrek	3.2.2
• evenement	2.2.2
• oorzaak	2.2.2
Verzwijging en causaliteit	8.4
• Belangenafweging	8.7
• Bewijs	8.4.4
• Causaliteitsbeginsel	8.4.1; 8.5
• Proportionaliteitsbeginsel	8.4.2
• en risicoverzwareing	8.5.3.3
• wettelijke regeling	8.4; 8.5.3.1
Verzwijging en causaliteit Wetboek van Koophandel	
• anticipatie op titel 7.17 BW	8.5.2
• toetsing jurisprudentie art. 251 K (oud) aan titel 7.17 BW	8.6
Warranty	Deel III

JURISPRUDENTIEREGISTER

Benelux gerechtshof

15 december 2003 NJ 2004, 279 6.4

Hoge Raad

28 november 1902 W. 7838 4.2.1
 20 december 1912 NJ 1913, p. 188 9.1
 9 december 1960 NJ 1963, 1 2.1; 7.6; 7.4.1
 20 maart 1970 NJ 970, 251, m.nt. GJS Deel II
 9 juni 1972 NJ 1972, 360 Deel II
 21 maart 1975 NJ 1975, 372 Deel II
 9 januari 1976 NJ 1976, 310, m.nt. ARB 6.4
 19 mei 1978 NJ 1978, 607, m.nt. BW 8.2.1; 9.1
 4 januari 1980 NJ 1984, 305, m.nt. FJHM 1.6.1; 2.1; 2.2.2.2; 2.2.3;
 3.6.1
 13 maart 1981 NJ 1981, 635, m.nt. CJHB 6.1
 23 april 1982 NJ 1982, 520 3.5; 5.3; 5.3.3; 5.7; 7.8
 19 november 1982 NJ 1983, 711 1.2; 1.4
 6 januari 1984 NJ 1985, 590 9.1
 8 februari 1985 NJ 1986, 16 en 137 Deel II
 17 juni 1988 NJ 1988, 966, m.nt G 7.6; 7.6.1
 10 augustus 1988 NJ 1989, 238, m.nt. G 9.1; 9.2
 11 november 1988 NJ 1990, 440 6.1
 3 februari 1989 NJ 1990, 477 7.6
 19 januari 1990 NJ 1990, 780 8.5.3.3; 9.1; 9.2; 9.3.2.2
 18 mei 1990 NJ 1990, 566 8.5.1
 12 april 1991 NJ 1991, 433 9.3.2.2.2
 20 maart 1992 NJ 1993, 547, m.nt. CJHB Deel II
 15 mei 1992 NJ 1993, 263 9.1; 9.2
 22 mei 1992 NJ 1993, 381, m.nt. MMM 9.2; 9.3.2.2.1; 9.3.2.2.2
 11 september 1992 NJ 1993, 754, m.nt. MMM 8.5.1; 8.5.2; 8.6
 2 oktober 1992, NJ 1992, 814 7.6.1
 6 november 1992 NJ 1994, 150 9.1
 8 juli 1993 NJ 1994, 210 incl.; Deel II; 6.2; 7.2; 7.5
 26 november 1993 NJ 1994, 126 1.1; 1.4; 1.5.1; 5.2
 28 oktober 1994 NJ 1995, 141 5.1; 5.4
 9 december 1994 NJ 1996, 403 7.6.1
 13 januari 1995 NJ 1997, 175, m.nt.CJHB Deel II

19 mei 1995	NJ 1995, 498	8.5.3.3; 9.1; 9.2; 9.3.2.2.2
9 februari 1996	NJ 1996, 745, m.nt. MMM	8.5.1; 8.6
16 februari 1996	NJ 1997, 186, m.nt. MMM	6.4
7 juni 1996	NJ 1996, 583	2.2.2.2; 6.2
7 juni 1996	NJ 1996, 697	3.3
11 april 1997	NJ 1998, 111, m.nt. MMM	1.2
2 mei 1997	NJ 1997, 597	1.5.1; 3.2.1; 5.3.2
27 juni 1997	NJ 1998, 329, m.nt. MMM	2.2.3.1; 3.2.1
31 oktober 1997	NJ 1998, 1998	4.3.1; Deel II; 5.5; 6.2; 6.6
1 mei 1998	NJ 1998, 604	9.2
6 november 1998	NJ 1999, 542, m.nt. MMM	6.6
16 april 1999	NJ 1999, 666, m.nt. prof. Clausing	5.6
24 december 1999	NJ 2000, 351	Deel II
31 maart 2000	NJ 2000, 357	6.4
12 mei 2000	NJ 2001, 300	7.6.1
16 juni 2000	NJ 2000, 584, m.nt. CJHB	Deel II
27 oktober 2000	NJ 2001, 119 m.nt. MMM	5.5; 8.4.1
27 oktober 2000	NJ 2001, 120, m.nt. MMM	5.5; 8.6; 9.1; 9.3.1.1; 9.3.2.2.2
12 januari 2001	NJ 2001, 419, m.nt. MMM	5.1; 5.5.1; 5.6
26 januari 2001	JOL 2001, 68	7.6.2
26 januari 2001	n.g. zaaknr. C99/114HR	2.2.2
19 oktober 2001	NJ 2002, 224, m.nt. MMM	4.2.2
30 november 2001	NJ 2002, 143, m.nt. K.F.Haak	2.2
29 november 2002	NJ 2004, 304	5.5
29 november 2002	NJ 2004, 305, m.nt. DA	5.6
4 april 2003	NJ 2004, 536, m.nt. MMM	7.4
11 april 2003	NJ 2004, 568, m.nt. MMM	5.1; 5.4
18 april 2003	NJ 2004, 306, m.nt DA	5.5
16 mei 2003	NJ 2003, 470	2.2.2
12 september 2003	NJ 2005, 268	5.5.1
10 oktober 2003	NJ 2004, 22	6.4; 6.6
10 oktober 2003	NJ 2005, 89, m.nt. MMM	7.5
10 oktober 2003	JOL 2003, 511	5.6
5 december 2003	NJ 2004, 74	5.6
19 maart 2004	NJ 2004, 307, m.nt. DA	5.5
9 april 2004	NJ 2004, 308, m.nt. DA	5.5; 5.6
14 mei 2004	NJ 2006, 3	6.3
11 maart 2005	C03/317 HR, LJN AR6163	2.2.3.1
14 oktober 2005	NJ 2006, 117	6.2

Gerechtshof

Den Haag 12 december 1930	NJ 1931, 463	1.5.1
Den Haag 25 mei 1955	S&S 1958, 32	7.4
Den Haag 29 juni 1962	S&S 1964, 29	1.7
Amsterdam 18 mei 1972	NJ 1972, 470	Deel II, 6.1; 7.2; 7.4
Amsterdam 6 december 1974	S&S 1976, 4	Deel II; 7.; 7.4
Den Haag 22 december 1976	S&S 1978, 4	4.2.2
Den Haag 16 januari 1981	S&S 1982, 44	6.3
Amsterdam 10 mei 1984	VR 1984, 119, S&S 1986, 104	6.3
Den Haag 27 september 1984	S&S 1985, 57	6.3
Amsterdam 7 januari 1988	S&S 1988, 138 (Big Bananas, HR 19 januari 1990, 780)	9.3.2
Den Haag 3 februarari 1988	S&S 1989, 24	9.3.2
Amsterdam 10 november 1988	S&S 1990, 11	8.5.1
Den Haag 22 november 1988	S&S 1990, 95	5.2; 7.4
Amsterdam 16 maart 1989	NJ 1990, 319	4.1; 4.3.1; 6.2
Den Haag 25 april 1989	S&S 1991, 35	9.2
Den Haag 22 november 1988,	S&S 1990, 95	7.4
Amsterdam 16 maart 1989	NJ 1990, 319	7.4
Den Haag 28 november 1989,	S&S 1990, 81	9.3.2
Den Haag 23 mei 1990	S&S 1992, 60	9.1
Amsterdam 7 juni 1990	S&S 1991, 46	7.4
Amsterdam 13 december 1990	S&S 1991, 87	4.2.2
Den Haag 23 april 1991	S&S 1993, 55	9.2
Amsterdam 6 april 1992	S&S 1992, 123	8.5.1
Den Haag 1 september 1992	S&S 1993, 17	1.6.1; 1.6.2; 3.3; 5.2
Amsterdam 10 juni 1993	S&S 1994, 13	2.2.2.2; 3.4
Den Haag 21 september 1993 en 15 februari 1994	S&S 1994, 112	9.3.2
Den Haag 19 oktober 1993, Amsterdam 27 januari 1994 en 18 april 1996	S&S 1995, 48	8.5.1; 8.6
Arnhem 25 oktober 1994	NJ 1998, 159 n.g. rol nr. 93/641, Vrb 1994, p. 101-102	5.6.1 2.2.3.1
Amsterdam 18 januari 1996	S&S 1996, 109 (Fortuna)	1.6.1; 3.2.1
Amsterdam 13 juni 1996	S&S 2000, 45	5.5.1
Amsterdam 27 november 1997	rol nr. 19/97, n.g.	6.3
Den Haag 20 januari 1998	VR 1999, 136	6.3
Den Haag 19 mei 1998	S&S 2000, 94	5.5.1
Den Haag 30 juni 1998	S&S 2000, 115	5.3
Den Haag 27 oktober 1998	S&S 2000, 126	1.4; 2.2.2.2; 3.3
Den Haag 30 maart 1999	S&S 2000, 23 (Fortuna)	3.2.1
Amsterdam 5 augustus 1999	S&S 2001, 94	5.5.1

Amsterdam 19 oktober 2000	S&S 2002, 11	2.3.2
Den Bosch 30 januari 2001	Prg. 2001, 5652, m.nt. Hendrikse	7.6.1
Den Haag 19 maart 2002, Arnhem 13 augustus 2002	n.g., rolno. 00/1247 rolno. 00/425, TVP 2003, nr. 1, p. 30 e.v.	5.5.1 5.6
Amsterdam 26 februari 2004	NJF 2004, 398 (Delta Lloyd/Hartholt)	6.3
Rechtbank		
Rotterdam 1903	W 6437	3.2.1
Rotterdam 27 juni 1918	W 10359	1.6
Amsterdam 20 december 1918	W 10430	1.6
Amsterdam 26 maart 1923	W 11157	1.6
Rotterdam 16 maart 1927	W 11652	4.2.1
Amsterdam 2 juni 1937	NJ 1938, 637	6.3; 7.4
Rotterdam 2 april 1952	NJ 1953, 386	1.5; 2.2.2.1; 3.2.2; 3.6.1; 5.2
Amsterdam 27 maart 1957	NJ 1957, 661	1.6.2
Amsterdam 29 mei 1957	NJ 1957, 647	6.3
Amsterdam 10 december 1975	S&S 1976, 153	8.5.1
Rotterdam 22 oktober 1979	S&S 1980, 46	3.4; 3.5; 9.1
Rotterdam 30 oktober 1981	S&S 1982, 77 (Monoliet II)	3.6.1
Amsterdam 30 november 1983	S&S 1987, 46	2.2.3
Rotterdam 11 mei 1984	S&S 1985, 59	9.3.2; 9.3.2.2.2
Amsterdam 7 november 1984	S&S 1985, 66	5.1; 5.2; 5.4
Amsterdam 14 november 1984	S&S 1985, 125	9.3.2; 9.3.2.2.2
Amsterdam 23 januari 1985	S&S 1985, 77	7.3
Rotterdam 29 mei 1987	S&S 1988, 12	3.3; 7.3; 7.7
Rotterdam 9 februari 1990	S&S 1990, 94	1.2; 1.4; 3.2.1
Amsterdam 7 november 1990	S&S 1991, 106	8.5.1; 8.6
Amsterdam 10 april 1991	S&S 1993, 54	5.3.2
Amsterdam 18 oktober 1991	S&S 1992, 88	7.3
Rotterdam 23 oktober 1992	S&S 1995, 19	3.4
Zutphen 29 oktober 1992	BR 1993, p. 90-94	2.2.4
Amsterdam 7 februari 1996	S&S 1997, 24	8.5.1
Amsterdam 12 februari 1997	rolno. H 95.1818, n.g. Vrb. 1997, p. 40-41	6.4
Rotterdam 25 september 1997	rolno. 283/97, n.g.	7.4
Rotterdam 25 november 1999	S&S 2001, 10	5.1; 5.3.1
Arnhem 25 augustus 2004,	S&S 2006, 46	6.2
Rotterdam 25 mei 2005,	S&S 2006, 10	5.2; 5.3

Kantongerecht

Rotterdam 23 augustus 1991 TvC 1991, p. 371-376 6.3

Arbitrale beslissing

16 maart 1921 A.R. 48 4.2.2
29 april 1980 BR 1980, p. 644,
S&S 1980, 118 2.2.3
15 februari 1981 S&S 1982, 9 7.4
16 maart 1982 S&S 1982, 65 2.2.3
31 augustus 1983 BR 1984, 366 2.2.3
18 juni 1986 S&S 1987, 58 2.2.3
20 juni 1986 S&S 1987, 47 2.2.3; 2.2.3.1
2 februari 1993 A&V 1993, p. 21 2.2.3.1

Bindend advies

10 april 1968 S&S 1968, 62 7.3
28 oktober 1982 S&S 1983, 53 1.4
28 oktober 1982 S&S 1983, 53 2.2.4
13 juni 1985 BR 1989, p. 784 e.v. 1.4
13 februari 1991 S&S 1993, 77 6.3
28 oktober 1994 S&S 1996, 19 5.2
1 maart 1995 BR 1995, 703, m.nt.
T.J. Dorhout Mees,
S&S 1996, 8 2.2.3.1

RvT

RvT II-83/65 6.3
RvT II-86/42 6.3
RvT VI-87/13 1.4
RvT II-89/39 6.3
RvT II-91/40 6.3
RvT II-91/44 6.3
RvT II-95/23 6.3
RvT II-95/24 6.3
RvT II-95/29 6.3
RvT V-96/19 3.4
RvT II-96/36 6.3
RvT V-97/21 3.4

Verbandscommissie samenloop

10 september 1980, nr. 5	VR 1983, 2	6.4
8 maart 1984, nr. 23	VR 1984 79, m.nt. vWvC, TvA 1986/6	6.4
2 september 1986, nr. 33	TvA 1986/6, 29, m.nt. L.M.	6.4
10 mei 1996, nr. 88	VR 1997, 43	6.4

Angelsaksisch recht

The Xantho (1887) 12 App. Cas. 503, 509	1.6.3
Leyland Shipping v. Norwich Union (1918) AC 30; (1918-19) All ER 443; 23 Com Cas 190; 14 asp MLC 258	4.2.1
British & Foreign Marine Insurance v. Gaunt (1921) 2 AC 41; 26 Com.Cas. 247; (1921) All E.R. Rep. 447; 7 Ll. L. Rep. 1, p. 132	1.5; 5.3.1; 5.3.2
La Compania v. Royal Exchange (1922) 13 Ll.L.Rep. 298	5.3.1
Cooper v. General Accident (1923) 128 LT 481	6.4
Sassoon v. Yorkshire (1923) 14 Ll L Rep. 1, p. 132	1.5
Canada Rice v. Unin Marine (1940) 67, Lloyd's Law Report 594	4.2.1
Candler v. The London (1963) 40 D.L.R. (2 nd), 408	4.3.3
Greenway v. Saskatchewan (1967) 59 W.W.R. 673	4.3.3
Gray v. Barr (1970) 2 Lloyd's Rep. 69 (CA)	4.3.3
Jones v. Prudential (1971) 24 D.L.R. (3 rd), 683	4.3.3
Benante v. Allstate, 477 F 2d 553 (5 Cir, 1973-PA)	4.3.3
Beller v. Hayden (1978) 1 Lloyd's Rep. 472 (QB)	4.3.3
Spinney's v. Royal Insurance (1980) 1 Lloyd's Rep. 406	6.4
Caribbean Sea (1980) Lloyd's Rep., 338	3.4.1
Oei v. Foste (1982) 2 Lloyd's Rep. 170	6.4
Shell v. Gidds (The Salem) (1982) 1 Lloyd's Rep. 369 at 381 CA	6.5
Rhesa Shipping v. Edmunds (The Popi M) (QB) (1983) 2 Lloyd's Rep. 248	7.8
Soya v. White (1983) Lloyd's Rep. 122 (HL)	3.2.1; 3.4.1; 3.6.1; 3.7
Rhesa Shipping v. Fenton Insurance (The Popi M) (1985) 2 Lloyd's Rep. 1 (HL)	5.3.1; 7.8
Lloyd Instrument v. Northern Star (1987) 1 Lloyd's Rep. 32	6.2; 7.5
Miss Jay Jay (CA) (1987) 1 Lloyd's Rep. 32	1.5; 4.3.3; 6.4
Insurance Kelly v. Norwich Union Fire Insuranc Society Ltd (1989) All ER 888	2.2.2.1
Noten v. Harding (1990) 2 Lloyd's Re. 289 (CA)	1.5; 3.2.1; 3.7; 5.3.2; 7.8
The Marel CA (1994) 1 Lloyd's Rep. 624	5.3.1

Pan Atlantic v. Pine Top (1994) Lloyd's Rep., p. 452		8.7.1
De Souza v. Home (1995) L.R.L.R. 453		4.3.3
Dhak v. Insurance Company of North America (1996) 1 Lloyd's Rep. 632		4.3.3
The Nukila (1997) 2 Lloyd's Rep. 146		2.2.2.1; 3.6.1
The Christie US District Court Eastern District of Virginia Norfolk Division (1975) 2 Lloyd's Rep., 100		3.7
Brownsville Holdings v. Adamjee (The Millasan) (2000) 2 Lloyd's Rp. 459 (QB)		1.3; 5.1; 5.3.1
Duits recht		
BGH 27 september 1971	VersR 1971, 1056	3.4.2
OLG Hamburg 21 februari 1972	VersR 1972, 753, m.nt. Martin	6.1
OLG Hamburg 21 juni 1979	VersR. 1979, 1123	3.4.2; 5.5
OLG München 28 december 1984	VersR 1986, 910	4.3.2
OLG Hamburg 29 januari 1987	VersR 1988, 396	8.7.1
BGH 13 juli 1988	VersR 1988, 951	4.3.2
OLG Hamburg 27 april 1989	VersR 1991, 544	1.7; 3.4; 3.4.2; 5.6; 7.8
BGH 2 maart 1994	VersR 1994, 549	1.4
OLG Karlsruhe 17 maart 1994	VersR 1995, 36	4.3.2
OLG Stuttgart 29 september 1994	VersR 1997, 176	4.3.2
OLG Saarbrücken 18 december 1996	VersR 1997, 949	4.3.2

