

FREE ON BOARD

Liber Amicorum Marc A. Huybrechts

Kris BERNAUW
Ralph DE WIT
Wouter DEN HAERYNCK
Benoît GOEMANS
Frank STEVENS
Eric VAN HOOYDONK
(eds.)

 intersentia

Antwerpen – Cambridge

DE TRANSPORTVERZEKERING ALS VENSTER OP (DE VERZEKERBAARHEID VAN) HET EIGEN GEBREK

Flip VAN HUIZEN*

1. INLEIDING

Het verzekeringsrechtelijk begrip eigen gebrek blijft onder het Nederlandse verzekeringsrecht een ongrijpbaar fenomeen. In de literatuur is de opvatting verdeeld, mede gebaseerd op de huidige definitie van de verzekeringsovereenkomst zoals neergelegd in artikel 7:925 BW en jurisprudentie van de Hoge Raad nog gewezen onder het oude verzekeringsrecht zoals neergelegd in artikel 246 e.v. (oud) K dat schade voortvloeiende uit de aard der zaak niet verzekeraar zou zijn.¹ Onder het huidige verzekeringsrecht is bij een schadeverzekeringsovereenkomst de onzekerheid bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst gekoppeld aan de schade en niet meer zoals onder het oude verzekeringsrecht aan de gebeurtenis die heeft geleid tot de schade. De Hoge Raad heeft in het *Cox*-arrest² geoordeeld dat het onzekerheidselement binnen de verzekeringsovereenkomst dient te worden beoordeeld aan de hand van objectieve maatstaven. Niet is beslissend wat de verzekeringnemer/verzekerde verwachtte of had moeten verwachten. Het gaat erom of naar objectieve maatstaven bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het verwezenlijken van het risico al dan niet normaliter te verwachten was. Wanneer bij de verzekeraarheid van het eigen gebrek evenzo wordt vastgehouden aan het geobjectiveerde onzekerheidsbegrip, moet inderdaad worden vastgesteld dat een eigen gebrek niet meer verzekeraar is. Dat geldt niet alleen voor schade voortvloeiende uit de aard der verzekerde zaak maar ook de schade als gevolg van een eigenschap die de zaak niet behoort te hebben. Immers,

* Prof. mr. Ph.H.J.G. van Huizen is hoogleraar Handelsrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat te Rotterdam.

¹ Zie *Verzekeringsrecht* praktisch belicht onder redactie van prof.mr.dr.s. L.M. HENDRIKSE, prof.mr. Ph.H.J.G. VAN HUIZEN en prof.mr. J.G.J. RINKES, Hoofdstuk 14 Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht, mw. mr.dr.s. H.M.B. BROUWER, in het bijzonder § 14.6, tweede druk, Deventer, 2008 en *Verzekering* (Mon. BWB 88), F.H.J. Mijnsen, Deventer, p. 64.

² Hoge Raad 26 november 1993, NJ 1994, 126.

het is niet relevant of de verzekernemer/verzekerde bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst reeds bekend was met die eigenschap. Zo er schade ontstaat als gevolg van het gebrek in de zaak, zal toch terugblikkend naar objectieve maatstaven worden geoordeeld dit de schade een normaliter te verwachten gevolg is van dit eigen gebrek.

Het komt mij evenwel voor dat zowel artikel 7:925 BW als de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt ruimte laat om schade terug te voeren op eigen gebrek in de ruimste zin des woords, dus zowel een eigenschap die niet de zaak behoort te hebben als de aard van de zaak verzekeraar is. Alvorens deze stelling te onderbouwen lijkt het mij zinvol eerst in te gaan op het verzekeringsrechtelijke concept van het eigen gebrek begrip.

2. VAN BUITEN AANKOMENDE ONHEILEN VERSUS EIGEN GEBREK

Daargelaten of een eigen gebrek ongewis/onzeker kan zijn behoefde deze vraag binnen het transportverzekeringrechtelijke kader dat binnen ons Wetboek van koophandel, anders dan onder het huidige verzekeringsrecht (boek 7 titel 17 van ons Burgerlijk Wetboek) geen antwoord. Immers, in artikel 637 (oud) K werd een opsomming gegeven van evenementen die onder de wettelijke dekking vielen, welke opsomming door zijn open einde een enuntiatief karakter had. De dekking omvatte, zoals in de bepaling uitdrukkelijk tot slot wordt gesteld, alle van buiten aankomende onheilen. Deze regel impliceerde dat onheilen die niet van buiten komen, maar desalniettemin onzeker kunnen zijn zoals een eigen gebrek van het object waren uitgesloten van de wettelijke dekking. Voor de praktijk betekende dit niet dat binnen het transportverzekeringrecht het eigen gebrek geen aandacht had. Immers, het was en het is niet ongebruikelijk dat bepaalde vormen van eigen gebrek worden meeverzekerd. Voor het begrip 'eigen gebrek' moest men te rade gaan bij artikel 249 (oud) K welke bepaling, anders geformuleerd, maar qua strekking overeenstemt met artikel 249 (oud) K, is teruggekeerd in artikel 7:951 BW.

3. EIGEN GEBREK: EEN PARAPLU-BEGRIP

Ingevolge artikel 249 (oud) K kwam schade uit

“eenig gebrek, eigen bederf of uit den aard en de natuur van de verzekerde zaak zelve onmiddellijk voortvloeiende”

De transportverzekering als venster op (de verzekeraar van) het eigen gebrek

niet voor vergoeding in aanmerking, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is bedongen.

Op grond van artikel 7:951 BW luidt het eigen gebrek als volgt:

"De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak."

Eigen bederf wordt niet meer genoemd omdat eigen bederf niets anders is dan een voorbeeld van schade die voortvloeit uit de aard van de zaak. De omschrijving ziet derhalve op twee vormen van eigen gebrek. VAN DER FELTZ³ heeft deze twee vormen van eigen gebrek als volgt omschreven:

1) een omstandigheid of eigenschap welke bepaalde zaak doch niet de soort bezit.

De wetgever heeft deze vorm aangeduid met een gebrek van die zaak. Hierbij wordt in de regel gedacht aan een constructiefout, overmatige roestvorming of verhoogde slijtage.

2) omstandigheden of eigenschappen die alle zaken van dezelfde soort gemeen hebben.

Deze vorm van eigen gebrek is in artikel 7:951 BW tot uitdrukking gebracht in de woorden 'de aard van de zaak'. Hieronder zijn begrepen bijvoorbeeld zelfontbranding, broei en de door de wetgever in artikel 249 (oud) K expliciet vermelde eigenschap van bederf.

DORHOUT MEES⁴ definieert eigen gebrek als

"een de zaak aanklevende minderwaardigheid door slechte constructie, slijtage of dergelijke ontstaan of een ongunstige eigenschap, die de zaken van de soort der verzekerde zaak niet behoeven te bezitten."

Beide omschrijvingen suggereren dat er sprake moet zijn van een soortzaak. Het gaat immers over een eigenschap die niet de soort bezit, dan wel een eigenschap die alle zaken van dezelfde soort gemeen hebben.

4. EEN EIGENSCHAP DIE DE ZAAK NIET MAG BEZITTEN

Onduidelijk is evenwel wat het referentiekader dient te zijn om de soort te bepalen. Bij natuurproducten is het algemeen bekend dat deze eigenschappen kunnen

³ Beschouwingen over titel 17 van Boek 7 van het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, *Het Verzekerings-Archief* 1975, 227.

⁴ *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle, vierde druk, nr. 36.

hebben die ertoe leiden dat de zaak bederft, beschimmelt of tot zelfbroei kan leiden wanneer dit natuurproduct niet onder bepaalde condities/klimatologische omstandigheden wordt opgeslagen *c.g.* vervoerd. Maar wat is de soort bij een schip? Is bij een zeeschip het referentiekader om de soort te bepalen alle andere zeeschepen of zijn het dezelfde typen zeeschepen, bijvoorbeeld die in dezelfde serie zijn gebouwd? Maar wat indien alle schepen van dezelfde serie dit gebrek kennen? En wat indien het schip dat een gebrek kent niet in serie is gebouwd?

Een vergelijkbare discussie is gevoerd in de Engelse jurisprudentie over het begrip 'latent defect in the machinery or hull' welk risico onder de Inchmaree Clause was gedekt en nu in Clause 6.2.2 van de Institute Hull Clauses is gedekt. In *Jackson v. Mumford*⁵ oordeelde Kennedy J dat indien het gebrek is terug te voeren op een fout in het ontwerp, de schade niet is gedekt.

"The phrase defect in machinery in a business document means a defect of material, in respect either of its original composition or in respect of its afteracquired condition."

Heeft evenwel de fout in het ontwerp van de machine of casco een "latent defect" veroorzaakt in het materiaal, dan is deze schade daarentegen wel gedekt. Daarvoor kan een beroep worden gedaan op *Prudent Tankers Ltd. v. Dominion Insurance Co Ltd.*⁶

Tijdens de reis is er een lek ontstaan in de kiel van het schip als gevolg waarvan het schip zinkt. Bij onderzoek is komen vast te staan dat het lek is ontstaan door metaalmoeheid, dat te wijten is aan een verkeerde constructie van het schip. De fout is gelegen in het ontwerp.

Mr Justice Robert Goff⁷ beslist dat:

"none of the cases assigned to me ..., appears to me to be inconsistent with a conclusion that the mere fact that the historical reason for defect in hull or machinery is a defective design would not of itself preclude recovery under the Inchmaree Clause."

Voor de vraag wat onder "latent defect" moet worden verstaan is de Caribbeanzaak nog om een andere reden van belang. Robert Goff J aanvaardde het criterium zoals het is ontwikkeld in de zaak *Brown v. Nitrate Producers SS Co.*⁸ Deze zaak betrof een vervoerovereenkomst waaronder de vraag was gerezen of er sprake was van een "latent defect". In deze zaak werd beslist dat wanneer het gebrek niet kan worden ontdekt tijdens een onderzoek verricht door een "reaso-

⁵ [1902] 8 Com Cas 61; 9 Com Cas 114.

⁶ *The Caribbean* [1980] 1 Lloyd's Rep 338.

⁷ T.a.p. p. 347.

⁸ (1937) 58 Ll L Rep 188.

nably careful man skilled in that matter ..." een dergelijk gebrek als latent kan worden bestempeld.

In zoverre kan de Engelse jurisprudentie over "latent defect" in de zin van de Inchmaree Clause als inspiratiebron dienen ter beoordeling van de vraag wanneer er sprake is van een eigenschap die de zaak niet mag bezitten. Het gaat om een eigenschap die zich verborgen houdt en zich pas toont bij het manifest worden van de "(gevolg)schade". Wanneer bij een reparatie van het schip een foutieve keuze wordt gemaakt in het reparatie materiaal, welk materiaal op zichzelf geen gebrek vertoont, maar niet geschikt is bijvoorbeeld qua sterkte, is er geen sprake van een eigen gebrek in de zin van het verzekeringsrecht, wel wanneer de materiaalkeuze op zich correct is, maar in het materiaal zich een (verborgen) gebrek opgesloten zit. Pas dan is een dergelijk eigen gebrek verzekeraarbaar, omdat een dergelijk verborgen gebrek beantwoordt aan het onzekerheidsvereiste.

5. DE ESSENTIE VAN VERZEKEREN; HET *BIKE BROTHERS*-ARREST⁹

De Hoge Raad heeft in het *Bike Brothers*-arrest belangrijke overwegingen gewijd aan de essentie van verzekeren die direct de verzekeraarbaarheid van het eigen gebrek raken.

Het betreft een transportverzekering door *Bike Brothers*, een Nederlandse importeur van Harley Davidson, afgesloten ter dekking van het transport van 18 Harley Davidsons en diverse onderdelen per container over zee en land van Old Lyme naar Kaatsheuvel (Nederland). De transportverzekering is na aanvang van de reis afgesloten. De transportverzekering kent zoals gebruikelijk een warehouse-to-warehouse-dekking. In het onderhavige geval is dus dekking met terugwerkende kracht verleend. Tijdens het voortransport zijn een aantal motorfietsen en onderdelen gestolen. Hierover is *Bike Brothers* geïnformeerd. Centraal staat de vraag op welk tijdstip de verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen. Was dit reeds voordat *Bike Brothers* over de diefstal was geïnformeerd dan wel daarna?

In het licht van deze vraag overweegt de Hoge Raad als volgt:

"De essentie van de verzekeringsovereenkomst is dat de verzekeraar het overeengekomen risico loopt. Daaraan is inherent dat onzeker is of de schade waartegen de verzekering dekking biedt, zal ontstaan. De verzekeraar zal zich, voordat hij zich verbindt het risico te lopen, een oordeel vormen omtrent de kans dat het zich tijdens *de looptijd van de verzekering* (curs.: PvH) zou verwezenlijken."

⁹ Hoge Raad 11 april 1997, *NJ* 1998, 111 (m. nt. MMM).

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

Uit deze overwegingen wordt afgeleid dat niet alleen de schade maar ook de schadeoorzaak moet zijn gelegen na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, tenzij anders is overeengekomen. De Hoge Raad erkent hiermee dat de verzekeraar bij het beoordelen van de risico's bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst uitsluitend rekening hoeft te houden met toekomstige risico's. De schadeoorzaken die zich reeds vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst hebben voorgedaan zijn derhalve uitgesloten, *tenzij partijen anders zijn overeengekomen*, aldus de Hoge Raad in het *Bike Brothers*-arrest.

Blijft dan wel dat de Hoge Raad deze uitzondering plaatst in het licht van de casus waarbinnen de dekking met terugwerkende kracht vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst is aangegaan middels de bij de goederentransportverzekering gebruikelijke warehouse-to-warehouse-clausule. Maar ook in dat geval staat voorop dat de schadeoorzaak moet zijn gelegen binnen de dekkingsperiode. Deze overweging van de Hoge Raad lijkt derhalve geen rekening te houden met de verzekerbaarheid van een eigen gebrek die reeds opgesloten zit in de verzekerde zaak bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Dit lijkt mij evenwel niet de bedoeling. De oplossing van dit probleem lag mijns inziens onder het oude recht besloten in het *Monoliet*-arrest¹⁰ waarin de Hoge Raad oordeelde dat bij een verzekering van een eigen gebrek het ongewisheidsvereiste is gelegen in de onzekerheid of de schade als gevolg van het eigen gebrek tijdens de dekkingsperiode manifest wordt. Daarmee heeft de Hoge Raad het ongewisheidselement bij de verzekerbaarheid van een eigen gebrek losgekoppeld van de schadeoorzaak, *in casu* het eigen gebrek, en gerelateerd aan de schade. Onder het huidige verzekeringsrecht lijkt dat dit probleem reeds is gevangen door de definitie van de verzekeringsovereenkomst, waarbij zoals wij nog zullen zien vooropstaat dat bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzeker moet zijn of de verzekeraar tot uitkering moet overgaan en derhalve het ongewisheidsvereiste bij een schadeverzekeringsovereenkomst is gekoppeld aan de schade.

¹⁰ Hoge Raad 4 januari 1980, *NJ* 1984, 305.

6. HET ONZEKERHEIDSVEREISTE BIJ DE VERZEKERING VAN EEN EIGEN GEBREK NADER BEZIEN; HET COX-ARREST¹¹

In de oude Nederlandse literatuur spitste zich het vraagstuk van het eigen gebrek zich in het bijzonder toe op de vraag of een eigen gebrek kan worden aangemerkt als een onzeker voorval. VAN DER FELTZ¹² constateert dat evenals de aard van de verzekerde zaak, een gebrek daarvan een vast gegeven is en daarom niet een onzeker voorval zou kunnen zijn. VAN OVEN¹³ is dezelfde opvatting toegedaan. Van Oven meent dat het niet mogelijk is het begrip voorval zo ver uit te trekken dat het eigen gebrek, "zijnde een eigenschap of een toestand" zou omvatten. Hij komt dan ook tot de conclusie dat een afzonderlijke regeling over het eigen gebrek in het verzekeringsrecht zou kunnen ontbreken. De wetgever heeft hem niet gevolgd. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, is in het huidige verzekeringsrecht, zoals in het oude verzekeringsrecht, een eigengebrekbevestiging opgenomen. In het concept-regeringsontwerp van Titel 17 van 1983 werd reeds zoals in het huidige verzekeringsrecht, blijkens de Toelichting bij artikel 1 van de algemene bepalingen, in welk artikel de verzekeringsovereenkomst werd omschreven, geen zelfstandige betekenis toegekend aan het element "voorval". Volgens de toelichting kon hieronder worden verstaan een gebeurtenis, maar daarnaast een feit of een omstandigheid. Bij deze laatste mogelijkheid wordt expliciet gewezen op een verzekering van een eigen gebrek.¹⁴

De huidige omschrijving van de verzekeringsovereenkomst luidt als volgt:

"Een verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten van de overeenkomst door partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering." (art. 7:925 lid 1 BW)

Het eigengebrekvraagstuk is uitsluitend relevant voor de schadeverzekeringsovereenkomst. Wanneer we de hiervoor gegeven omschrijving toespitsen op de schadeverzekeringsovereenkomst, dan gaat het over een overeenkomst waarbij bij het sluiten van de overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat dat wanneer

¹¹ Hoge Raad 26 november 1993, NJ 1994, 126.

¹² Beschouwingen over Titel 17 van Boek 7 van het ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, *Het Verzekerings-Archief* 1975, 226.

¹³ Het verzekeringsrecht en het NBW; onzeker voorval, gebrek en bederf in het Ontwerp NBW, *Het Verzekerings-Archief* 1982, 181 e.v.

¹⁴ Zie hierover ook V. d. Kooy, Het verzekeringsrecht en het NBW-VII, onzeker voorval, gebrek en bederf in het concept-regeringsontwerp, *Het Verzekerings-Archief* 1984, 221 e.v.

of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan. De overige elementen van de omschrijving zijn uitsluitend relevant voor de sommenverzekering/levensverzekering.

Anders dan onder het oude verzekeringsrecht wordt in de omschrijving van de schadeverzekeringsovereenkomst, het ongewisheidselement niet gekoppeld aan de gebeurtenis/oorzaak van de schade maar aan de (omvang van de) schade die zich mogelijk tijdens de dekkingsperiode kan voordoen. Daarmee is, zoals gezegd, niet meer relevant of de schadeoorzaak kwalificeert als een gebeurtenis, maar kan het evenzo een omstandigheid (eigenschap) zijn die kwalificeert als oorzaak van een ongewisse schade. Voor zover de vraag of een risico beantwoordt aan het onzekerheidsvereiste is het Cox-arrest¹⁵ nog steeds leidend. Deze uitspraak is gedaan onder het oude verzekeringsrecht.

Casus

In december 1987 heeft Cox drie haar toebehorende gebruikte "articulated rock trucks", die zij op een veiling had gekocht, door een expediteur per schip naar Canada doen vervoeren. Door bevroering van koelvloeistof die zich in de motoren van de voertuigen bevond die geen antiperoxide bevatte, zijn die motoren beschadigd. Tussen Cox en Nieuw Rotterdam was betrekking tot het vervoer van de trucks een transportverzekering gesloten.

De verzekeringsvoorwaarden hielden onder meer in dat verzekerd was:

"1. 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."

De verzekeringsovereenkomst wordt beheerst door Nederlands recht.

In deze zaak stond centraal de vraag of het bevroeren van koelvloeistof als gevolg van het ontbreken van antivries kwalificeert als een onzekere gebeurtenis en daarmee de schade zou zijn gedekt onder de verzekeringsovereenkomst. Interessant in deze is dat in de oude literatuur als algemene aanvaarde opvatting gold dat het onbekendheidsvereiste een subjectief element is in die zin dat beslissend zou zijn of de verzekeringnemer/verzekerde (en de verzekeraar) bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onbekend waren, althans onbekend hadden moeten zijn met (het zich voordoen van) het voorval.¹⁶ In cassatie had de verzekerde aan-

¹⁵ Hoge Raad 26 november 1993, NJ 1994, 126.

¹⁶ Zie hierover nog WANSINK naar aanleiding van dit arrest, Hoge Raad schept onzekerheid over onzeker voorval, *Het Verzekerings-Archief* 1994, 41-43.

gevoerd dat ze niet verwachtte of behoefde te verwachten dat de koelvloeistof zou bevriezen. Immers, het vervoer en de voorbereiding daartoe was geheel buiten haar omgegaan. Hiervoor had zij een expediteur ingeschakeld. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat dit onderdeel faalt.

“Aan het oordeel van het Hof dat vorst en daarmee bevriezing van niet van antivries voorziene koelvloeistof als een normale gebeurtenis te verwachten was en dat de verzekering daartegen geen dekking bood, kan niet afdoen dat Cox zelf het zich voordoen van die gebeurtenis niet verwachtte of behoefde te verwachten.”

De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat dit anders kan kunnen zijn

“indien in een bijzonder geval, voor zover in verband met het in art. 246 bepaalde mogelijk, ook was verzekerd tegen vorst die door de verzekerde niet werd voorzien.”

De Hoge Raad meent dus dat het onzekerheidselement binnen de verzekeringsovereenkomst een objectief toetsingscriterium heeft en niet afhankelijk is van wat de verzekeringnemer/verzekerde verwachtte of had moeten verwachten.

Zoals gezegd, is onder het huidige verzekeringsrecht niet meer relevant of de schadeoorzaak ongewis is, maar of de schade die daaruit voortvloeit, onzeker is. In de lijn van het Cox-arrest gaat het dus onder het nieuwe verzekeringsrecht erom of de schade bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in objectieve zin al dan niet een normaliter te verwachten gevolg is.

In de regel zal een eigen gebrek zich al reeds in de verzekerde zaak bevinden voordat de verzekeringsovereenkomst is gesloten, althans de dekkingsperiode ingaat. Ik zeg normaliter, omdat de Hoge Raad in het *Che Guevara*-arrest¹⁷ heeft geoordeeld *“dat voor het slagen van een beroep op art. 249 (oud) K (de eigengebrekbeoordeling: PvH) niet is vereist dat het gebrek van de verzekerde zaak reeds ten tijde van het sluiten van de verzekering bestond.”* In dat geval doet het probleem zich niet voor. Immers, dan treedt het eigen gebrek pas op na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst/ingaan van de dekkingsperiode en is het daarmee een toekomstige schadeoorzaak waarvan de schade bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in objectieve zin niet een normaliter te verwachten gevolg is. Wanneer evenwel het eigen gebrek als schadeoorzaak reeds in de verzekerde zaak aanwezig is vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, blijft dat bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de daaruit vloeiende schade een normaliter te verwachten gevolg is. Vroeg of laat zal naar objectieve maatstaven de

¹⁷ Hoge Raad 23 april 1982, NJ 1982, 520 (m.nt. BW). Zie hierover VAN HUIZEN, diss. p. 245-250.

schade ontstaan. Dit geldt niet alleen, anders dan BROUWER¹⁸ en MIJNSSEN¹⁹, voor schade die uit de aard der verzekerde zaak voortvloeit, maar evenzo voor een eigenschap die niet in de verzekerde zaak aanwezig behoort te zijn. Ook bij een dergelijk eigen gebrek geldt terugblikkend dat in objectieve zin de daaruit voortvloeiende schade bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een normaliter te verwachten gevolg is.

7. VOOR DE VERZEKERBAARHEID VAN HET EIGEN GEBREK GELDT HET SUBJECTIEVE CRITERIUM

Verzekerbearheid van een eigen gebrek is niet mogelijk wanneer wordt vastgehouden aan het door de Hoge Raad geformuleerde objectieve criterium. Mogelijk dat de Hoge Raad in het *Cox*-arrest een reddingsboei heeft toegeworpen door een uitzondering toe te laten op de objectieve toets van het ongewisheidselement indien de verzekeraar, in termen van het *Bike Brothers*-arrest, bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een bepaald specifiek risico uitdrukkelijk heeft gewogen en meeverzekerd. Zo oordeelde de Hoge Raad in het *Cox*-arrest dat hoewel het ongewisheidselement bij een schadeverzekeringsovereenkomst een objectief begrip is, hierop een uitzondering wordt gemaakt:

“indien in een bijzonder geval, voor zover in verband met het in art. 246 bepaalde mogelijk, ook was verzekerd tegen vorst *die door de verzekerde niet werd voorzien* (curs.: PvH).”

Anders gezegd, indien in een bijzonder geval de verzekeraar, in termen van het *Bike Brothers*-arrest voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst bij het wegen van de te verzekeren risico's een specifiek risico heeft meegewogen en vervolgens heeft meegenomen in de dekking, dan geldt voor dit bijzondere risico niet een objectieve maatstaf, maar de subjectieve maatstaf. Beslissend is dan of het intreden van de schade door de verzekerde werd voorzien of had moeten worden voorzien.

Het eigen gebrek is ook een specifiek risico. Zo het eigen gebrek wordt meeverzekerd doet zich ook in dat geval het bijzondere geval voor waarop de Hoge Raad in het *Cox*-arrest doelt en rechtvaardigt dit dat bij het verzekerd zijn van de schade

¹⁸ Zie Verzekeringsrecht praktisch belicht onder redactie van: mr.drs. L.M. HENDRIKSE, prof.mr. Ph.H.J.G. VAN HUIZEN en prof.mr. J.G.J. RINKES, Hoofdstuk 14 Eigen gebrek en causaliteit in het verzekeringsrecht, mw. mr.drs. H.M.B. BROUWER, in het bijzonder § 14.6, tweede druk, Deventer, 2008.

¹⁹ Verzekering (Mon. BWB 88), F.H.J. MIJNSSEN, Deventer, p. 64.

als gevolg van een eigen gebrek de subjectieve toets ofwel is beslissend dat de verzekerde de schade bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst niet heeft voorzien of niet had moeten voorzien. Overigens blijft bij schade voortvloeiende uit de aard der verzekerde zaak dat ook bij een subjectieve toets de verzekerde bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst weet of had moeten weten dat deze schade vroeg of laat zich voordoet. Iets anders is dat zoals de Hoge Raad in het *Bike Brothers*-arrest nog eens heeft aangegeven dat bij het beoordelen van de risico's voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst wordt gewogen of en in hoeverre deze risico's zich tijdens de *dekkingsperiode* zullen verwezenlijken. Ook bij schade voortvloeiende uit de aard der verzekerde zaak geldt dat het ongewis is of die schade zich tijdens de dekkingsperiode voordoet. Dit maakt schade voortvloeiende uit de aard der verzekerde zaak verzekerbare mits vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het bij verzekerde ongewis is of tijdens de dekkingsperiode de schade zich voordoet.

8. IS GEWONE SLIJTAGE VERZEKERBAAR?

Hiervoor hebben wij kunnen lezen dat onder het paraplubegrip 'eigen gebrek' twee vormen van eigen gebrek worden onderscheiden. Een eigenschap die niet de soort bezit, welke eigenschap kwalificeert als eigen gebrek in enge zin en een eigenschap die de soort wel bezit en dan kwalificeert als uit de aard en de natuur volgende. Ook naar Engels recht wordt dit onderscheid gemaakt, met dien verstande dat in artikel 55 lid 2 *sub c* van de Marine Insurance Act het paraplubegrip 'eigen gebrek' (inherent vice or nature of the subject matter-insured) mede omvat gewone slijtage (ordinary wear and tear) alsmede "ordinary leakage and breakage".

Voor al deze vormen van eigen gebrek is er geen dekking tenzij de polis anders 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 ..."

In het wettelijk systeem van de Marine Insurance Act worden "inherent vice" de eigenschappen verstaan die uitsluitend de verzekerde zaak betreffen, zoals een constructiefout en overmatige slijtage. Dit wordt ook wel aangeduid met 'proper vices'. In de jurisprudentie zijn onder het begrip 'inherent vice' evenzo gebracht de eigenschappen die de soort eigen zijn maar waarvan het niet zeker is dat zij zich zullen manifesteren, zoals broeien, zweten en indampen en die in artikel 55

lid 2 sub c onder de "nature of the subject matter-insured" vallen.²⁰ Deze eigenschappen zijn alle "fortuitous", anders dan de eigenschappen die de soort eigen zijn, en die tot uitdrukking komen in het begrip "wear and tear", dus normale slijtage.

In het algemeen wordt aangenomen dat voor zover "inherent vice" (in de ruimste zin) fortuitous verzekeraar zijn, mits zij uitdrukkelijk onder de dekking zijn opgenomen.²¹

SELLERS J komt aan de hand van de bestaande rechtsopvatting tot de volgende slotsom:

"If the plaintiffs had wished to insure against inherent vice, if indeed they could have done so at any reasonable premium, they should have used specific words to that effect."

Overigens lijkt het erop dat onder omstandigheden "ordinary wear and tear" evenzo verzekeraar is onder een transportdekking.

ATKIN LJ overwoog in de zaak *E E Sasson & Co Ltd v. Yorkshire Insurance Co*²² zonder principieel onderscheid te maken tussen enerzijds "inherent vice" en anderzijds "ordinary leakage and breakage" ten overvloede het volgende:

"I think it is quite plain from the words of the Marine Insurance Act, S55, sub -s2 (c) that a policy may provide, if it is done in express words, for the insurer being liable for losses which are excepted, the ordinary wear and tear, the ordinary leakage and breakage and inherent vice from the nature of the subject matter-insured. The particular kind of loss, the amount of loss, is one which, within the words of Lord Sterndale, is a loss that may or may not happen and not one which certainly must happen; if it was a loss which certainly must happen within the voyage, I doubt whether it could ever be made properly the subject-matter of the policy of an insurance. It seems to be conceivable if apt words are used that an assured might cover a loss occasioned by mould which he does not know enough about to know whether it will or will not happen during the voyage and which, in fact, may happen during the voyage, but which also may not happen during the voyage."

Het komt er dus op neer dat zolang gewone slijtage in die zin fortuitous is en dus het niet zeker is dat deze slijtage zich zal openbaren gedurende de verzekerde reis, de schade als gevolg van deze gewone slijtage verzekeraar is, mits uitdrukkelijk verzekerd. Deze benadering sluit naadloos aan bij de in artikel 7:925 lid 1 BW

²⁰ Zie *Soya GmbH Mainz v. White* [1983] 1 Lloyd's Rep 122.

²¹ Zie *Berk v. Style* [1955] 2 Lloyd's Rep 382.

²² (1923) 14 Ll L Rep 167.

gegeven omschrijving van de verzekeringsovereenkomst. Beslissend is of bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzeker is of de schade zich voordoet binnen de dekkingperiode. Dit laat mijns inziens ruimte voor de opvatting dat ook gewone slijtage verzekerbaar is mits ten tijde van het sluiten van de overeenkomst het nog ongewis is of de schade als gevolg van die slijtage zich manifesteert binnen de dekkingperiode.

9. CONCLUSIE

Mijns inziens dwingt de omschrijving van de verzekeringsovereenkomst zoals neergelegd in artikel 7:925 lid 1 BW tot een herbezinning op het fenomeen 'eigen gebrek' in de ruimste zin des woords. Beslissend is toch dat bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzeker is of tijdens de dekkingperiode de schade manifest wordt en dit betekent dat zelfs indien de oorzaak van de schade *in casu* een (gebrekkige) eigenschap bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst bekend is, dit risico verzekerbaar is mits het bij sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog ongewis is of de schade die daaruit voortvloeit zich zal voordoen tijdens de dekkingperiode.