

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

### 1.1 Eigen gebrek in het verzekeringsrecht

Sinaasappelen die rot aankomen op de plaats van bestemming; handschoenen die beschimmeld blijken; tabak die waardeloos is geworden maar ook een lekkende container en een gat in de romp van een schip. Sprekende voorbeelden van casus waarbij mogelijkwerwijs een eigen gebrek de schade heeft veroorzaakt. Van oudsher is schade ontstaan door een eigen gebrek van dekking uitgesloten of althans door de verzekeraar uit te sluiten.<sup>1</sup> Niet zelden levert dit een geschil op. Deze tot de verbeelding sprekende kwestie heeft mij destijds geprikkeld en doen besluiten me er nader in te verdiepen. Met veel plezier heb ik mijn onderzoek daaraan gewijd. Daarenboven werd ik geconfronteerd met aangrenzende vraagstukken die daarbij een rol spelen. Ook daar heb ik me met enthousiasme over gebogen in mijn promotieonderzoek. Juist ook door die bijkomende (algemene) beginselen, bleef ik geboeid door het onderwerp en overtuigd van het belang van het onderzoek.

De uitleg van het leerstuk eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht staat centraal in dit onderzoek. Een van de hoofdvragen daarbij is hoe eigen gebrek wordt uitgelegd en vastgesteld in het transportverzekeringsrecht. Daarnaast besteed ik bij het onderzoek eveneens enige aandacht aan eigen gebrek in het vervoerrecht omdat dit rechtsgebied nauw verbonden is met het transportverzekeringsrecht. Bij elke vorm van zaaksverzekering speelt de kwestie van eigen gebrek. Geschillen over eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond doen zich echter vooral voor in het transportverzekeringsrecht. Juist gedurende het vervoer – met al zijn bijkomende risico's – is het namelijk lastig om de precieze schadeoorzaak aan te wijzen. Bij de CAR-verzekering zou dit eveneens een geschilpunt kunnen zijn (doordat zich daar veel risico's voordoen tijdens de bouwwerkzaamheden). Maar daar is de kwestie niet of nauwelijks aan de orde omdat men eigen gebrek pleegt mee te verzekeren.<sup>2</sup> De transportverzekering leent zich goed om het vraagstuk te illustreren en daarom beperk ik me in onderhavig onderzoek hoofdzakelijk tot de transportverzekering. In deze inleiding zet ik de onderzoeksvragen kort uiteen en beschouw ik de samenhang tussen de gepubliceerde bijdragen. Het proefschrift is namelijk

- 
1. De regel dat de verzekeraar de schade als gevolg van een eigen gebrek niet behoeft te vergoeden is afkomstig uit het zeerecht. Zie hierover in gelijke zin H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998 (hierna: Scheltema & Mijnsen 1998), p. 192. De ratio van eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond was dat het risico van het ontstaan van de schade groter is dan de verzekeraar bij het sluiten van de verzekering had kunnen inschatten. Zie hierover uitvoerig Ph.H.J.G. van Huizen, *Het Transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 245.
  2. Zie hierover uitgebreid T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: Dorhout Mees 1996), p. 217-227.

een resultaat van het samenvoegen van artikelen van mijn hand die eerder zijn gepubliceerd omdat dit een promotieonderzoek op artikelen betreft.

Bij het verzekeringsrecht richt het onderzoek zich met name op de (nationale) wetgeving, rechtspraak en literatuur. De criteria die men hanteert om te bepalen of de ontstane schade haar oorzaak vindt in eigen gebrek van de verzekerde zaak zullen hierbij aan de orde komen. Door middel van een rechtsvergelijkend literatuur- en jurisprudentieonderzoek heb ik de reikwijdte en de definitie van het begrip ‘eigen gebrek’ aangegeven. Voor het vervoerrecht is het onderzoek met name toegespitst op de internationale vervoerrechtelijke verdragen, zoals onder meer de Hague (Visby) Rules (hierna: H(V)R) en de CMR.

Verder behandel ik algemene beginselen als het onzekerheidsvereiste en het causaal verband in het verzekeringsrecht. Het vaststellen van het causaal verband tussen de schade en rechtens relevante oorza(a)k(en) blijkt immers steeds essentieel bij het al dan niet aan eigen gebrek toekennen van de schade. Daarbij rijst vervolgens de vraag welke causaliteitsleer gehanteerd dient te worden. Als bepaalde oorzaken wel en andere niet onder de dekking vallen, is het van belang te onderzoeken welke oorza(a)k(en) is (zijn) aan te merken als de rechtens relevante oorza(a)k(en). Op die manier kan men bepalen of de verzekeraar wel of niet dient uit te keren. Voorts is een onderzoek naar een ander algemeen beginsel, te weten het onzekerheidsvereiste, eveneens essentieel. Dit is onder meer van belang bij het bepalen van de verzekerbaarheid van eigen gebrek.

## 1.2 Doel en belang van het onderzoek

Doel van het onderzoek is het beschrijven van de werking van het leerstuk eigen gebrek en aanverwante leerstukken zoals causaliteit en het onzekerheidsvereiste, het aangeven van problemen bij de toepassing en het aandragen van oplossingen daarvoor al dan niet door voorstellen tot wijziging van regelgeving.

In maatschappelijke zin is het van groot belang om onderzoek naar het leerstuk eigen gebrek te doen, gezien het feit dat het leerstuk in de praktijk veelvuldig aan de orde is. De resultaten van mijn onderzoek zullen bruikbaar zijn bij praktische vraagstukken, op beide onderzoeksterreinen, ergo het verzekeringsrecht en het vervoerrecht. Het onderzoek is verder van belang omdat in Nederland op het onderhavige gebied (eigen gebrek in het verzekeringsrecht en in het vervoerrecht) nog niet eerder een (rechtsvergelijkend) onderzoek is gedaan, hoewel de problematiek in de rechtspraktijk regelmatig aan de orde is. De kwestie van uitleg van de internationale regelingen die ik betrek bij mijn onderzoek is niet alleen interessant voor het Nederlandse verzekeringsrecht en vervoerrecht maar is (in)direct ook van belang voor de internationale handelspraktijk.

Voor de praktijk is het bovendien belangrijk te onderzoeken of men dezelfde criteria hanteert in het verzekeringsrecht als in het vervoerrecht om te bepalen of de ontstane schade te wijten is aan een eigen gebrek. Het is mogelijk dat de verzekeraar in de polis bepaalde oorzaken uitsluit van dekking. Ook de wet sluit bepaalde oorzaken van dekking uit, zoals bijvoorbeeld schade als gevolg van eigen gebrek.

Als bepaalde oorzaken wel en andere niet onder de dekking vallen, is het relevant te onderzoeken welke oorza(a)k(en) is (zijn) aan te merken als de rechtens relevante oorza(a)k(en). Men kan immers op die manier bepalen of de verzekeraar wel of niet dient uit te keren. Onderzoek naar de reikwijdte en de definitie van het begrip ‘eigen gebrek’ is daarbij derhalve van betekenis. Voor het transportverzekeringsrecht is het niet onbelangrijk het leerstuk eigen gebrek te onderzoeken op het terrein van zowel het vervoerrecht als het verzekeringsrecht.

Hypothetisch zou het zo kunnen zijn dat de vervoerder in geval van schade aan de vervoerde goederen geen beroep kan doen op het eigen gebrek van de goederen van de afzender omdat hij op grond van een vervoerrechtelijke regeling aansprakelijk is. Op het moment dat hij dan aansprakelijk blijkt (vanuit vervoerrechtelijk perspectief), zal hij zijn verzekeraar aanspreken.

In het meest extreme geval hanteert de verzekeraar een ruimer begrip van eigen gebrek. De verzekeraar zal dan niet behoeven uit te keren met een succesvol beroep op die dekkingsuitsluitingsgrond. De vervoerder is dan echter wel aansprakelijk op basis van het vervoerrechtelijk aansprakelijkheidsregime. Deze hypothetische kwestie doet zich wellicht zelden voor. Het is echter wel een feit dat de dekkingsvraag binnen het vervoerrecht en het transportverzekeringsrecht op dit punt vaak tot een discussie leidt.<sup>3</sup>

Het is dus ook voor de Nederlandse verzekeringsrechtspraktijk waardevol om onderzoek te doen naar het leerstuk eigen gebrek. De verzekeraar is, tenzij anders is bedongen, nimmer gehouden schade te vergoeden die is veroorzaakt door de aard of het gebrek van de verzekerde zaak volgens de wettelijke regeling.<sup>4</sup> Deze bepaling is echter van regelend recht en kan op drie manieren terzijde worden geschoven: door uitdrukkelijk in de polis te bepalen dat schade veroorzaakt door eigen gebrek is gedekt, door een renunciatieclausule op te nemen en doordat uit de aard of strekking van de verzekering soms voortvloeit dat eigen gebrek is verzekerd. Het is daarbij van groot belang voor het inschatten van het risico dat in kaart is gebracht in welke gevallen men aanneemt dat de schade te wijten is aan een eigen gebrek. Zowel verzekeraar als verzekerde heeft hier per slot van rekening baat bij.

Het Nederlandse vervoerrecht is eveneens gebaat bij dit onderzoek. De internationale en nationale vervoerrechtelijke regelingen die bij dit onderzoek aan de orde komen, kennen veelal een aansprakelijkheidsuitsluiting voor de vervoerder indien hij kan aantonen dat de schade is veroorzaakt door een eigen gebrek bij de lading ofwel van de te vervoeren goederen. Voor de (rechts)praktijk is het dan ook van belang te onderzoeken in welke gevallen men in het vervoerrecht aanneemt dat er sprake is van eigen gebrek. De problematiek komt in de (rechts)praktijk immers veelvuldig aan de orde. Er is weinig onderzoek gedaan naar de relatie tussen eigen gebrek in het verzekeringsrecht en eigen gebrek in het vervoerrecht terwijl dit relevant kan zijn voor de huidige (transport)verzekeringspraktijk, juist nu de twee terreinen zo nauw met elkaar verweven zijn.

3. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8532 en Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542. In de hoofdstukken over eigen gebrek in het vervoerrecht en eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht komen de voorbeelden uitgebreid aan de orde.

4. Zie artikel 7:951 BW: ‘De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak.’

### 1.3 Onderzoeksvragen, opzet en indeling van het onderzoek

Zoals gezegd vormt een promotieonderzoek op artikelen de basis van deze dissertatie. De artikelen zijn geplaatst in *NTHR*, *RMThemis* en *TVR*. Deze drie tijdschriften zijn wetenschappelijk erkend.<sup>5</sup> De artikelen zijn min of meer integraal opgenomen in de hoofdstukken (een uitzondering daargelaten).<sup>6</sup> De volgorde van de hoofdstukken is zo gekozen dat eerst de algemene beginselen aan bod komen. Dit zijn achtereenvolgens causaliteit in het verzekeringsrecht en het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht. Daarna volgen respectievelijk eigen gebrek in het vervoerrecht en eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht. Bewust komen eerst de algemene beginselen aan de orde omdat deze hoofdstukken bijdragen aan het vormen van een kader waarbinnen men de eigen-gebrek-kwestie kan plaatsen; zij bepalen voor een groot gedeelte het perspectief van waaruit het vraagstuk kan worden beschouwd.

Aan het promotieonderzoek, dat heeft geleid tot de publicatie van de artikelen, lagen enkele vragen ten grondslag. Bewust waren het deze vragen die als uitgangspunt voor het onderzoek dienden. Bij de bestudering van een civielrechtelijke kwestie, lijkt het immers niet opportuun om van een probleemstelling te spreken. Men is weliswaar geneigd om zich met handen en voeten vast te klampen aan het bètamodel, ook bij de niet-bètawetenschappen.<sup>7</sup> Een vraagstuk van privaatrecht leent zich daar echter niet toe. ‘The clarity of problem definition’ volgt niet uit een heldere probleemstelling maar komt naar voren door de onderzoeksvragen die men beantwoordt in de dissertatie. Nieuwenhuis omschrijft het treffend: ‘Waarom sterven stekelbaarsjes als je ze laat zwemmen in een vijver vol jenever? Dit is een heldere probleemstelling, maar geen vraagstuk van burgerlijk recht. Bij geen van de civielrechtelijke proefschriften, (...) thans nog waard te worden gelezen, werd de start gemarkeerd door een heldere probleemstelling. Integendeel, een heldere probleemstelling als startblok van het proefschrift is een garantie voor de onbenuligheid van het resultaat.’<sup>8</sup>

De vragen die de basis van het onderzoek vormen zijn:

- Wat is de reikwijdte van het begrip ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht en van dat begrip in het vervoerrecht?
- Ligt de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ in het transportverzekeringsrecht in één lijn met die in het vervoerrecht?
- In hoeverre kan eigen gebrek worden verzekerd? In het verzekeringsrecht moet sprake zijn van onzekerheid. Valt eigen gebrek te plaatsen binnen de grenzen hiervan?
- Hoe dient men het causaal verband vast te stellen tussen de schade of het verlies en het eigen gebrek? In het geval dat er sprake is van een causaal ver-

5. Het colofon van *TVR* vermeldt expliciet de term A-tijdschrift terwijl *RMThemis* artikelen publiceert na een peerreview. *NTHR* wordt algemeen aangemerkt als A-tijdschrift na de onderzoeksvisitatie 2010 door de Raad van Decanen Rechtsgeleerdheid.

6. Het artikel uit 2014 in het hoofdstuk over causaliteit is in uitgebreide vorm weergegeven in dit proefschrift.

7. Zie over deze discrepantie eveneens J.H. Nieuwenhuis, *Brief aan een jonge academisch gevormde vrouw*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009 (hierna: Nieuwenhuis 2009), p. 43-44. Nieuwenhuis eindigt pakkend met: ‘Pas tegen sluitingstijd rijst het inzicht: “Was dit het, wat ik wilde zeggen?”’.

8. Nieuwenhuis 2009, p. 43-44.

band, is er dan ruimte voor proportionele toerekening of gaat men er bij vaststelling van eigen gebrek van uit dat het een kwestie is van ‘alles of niets’?

In de hoofdstukken afzonderlijk beantwoord ik steeds een aantal onderzoeksvragen. Dit draagt bij tot de afbakening van de kwestie. De vragen waarop de artikelen zijn gefundeerd, hebben voor een groot gedeelte de volgorde van de hoofdstukken bepaald. Zonder eerst meer zekerheid te creëren omtrent het onzekerheidsvereiste, is het, bijvoorbeeld, niet mogelijk om te kunnen antwoorden op de vraag of eigen gebrek verzekeraar is in het licht van dat vereiste. Evenzo is onderzoek naar causaliteit essentieel voorafgaand aan de vraag hoe men in het transportverzekeringsrecht het causaal verband vaststelt tussen een eigen gebrek en de schade. Sommige vragen hebben zich ook uitgekristalliseerd door voortschrijdend inzicht. Zo diende, bijvoorbeeld, een aantal vragen zich pas aan naarmate ik me meer geconfronteerd zag met de containerproblematiek en bleek het ergo van belang om ook op dat punt nader onderzoek te verrichten en (soms) stelling te nemen.

In hoofdstuk 2 behandel ik causaliteit in het verzekeringsrecht. Het is gebaseerd op een artikel dat is gepubliceerd in *NTHR*.<sup>9</sup> Met opzet is in dit proefschrift de uitgebreide versie van het artikel opgenomen. Er staan inhoudelijk geen noviteiten in deze versie. Een aantal citaten is evenwel meer uitgebreid opgenomen en de (geschiedenis van de) causaliteitsleren (is) zijn daarmee iets uitvoeriger aan de orde. Dit hoofdstuk beschouwt causaliteit in het verzekeringsrecht in brede zin.<sup>10</sup>

Het causaliteitsvraagstuk speelt een belangrijke rol bij het onderzoeken van het leerstuk eigen gebrek omdat het essentieel is bij de vraag of de verzekeraar wel of niet dient uit te keren. De verzekeraar kan immers in de polis bepaalde oorzaken uitsluiten van dekking en ook de wet sluit specifieke oorzaken van dekking uit. Schade als gevolg van eigen gebrek is daar een belangrijk voorbeeld van. Als sommige oorzaken wel en andere niet onder de dekking vallen, is het van wezenlijk belang te onderzoeken welke oorza(a)k(en) is (zijn) aan te merken als de rechtens relevante oorza(a)k(en). Men dient dan het causaal verband vast te stellen tussen de schade en deze rechtens relevante oorza(a)k(en), die al dan niet onder de dekking vallen. Automatisch roept dat de vraag op welke causaliteitsleer daarbij moet worden toegepast. Daarom beslaat causaliteit in het algemeen ook een apart hoofdstuk. Hierin staat centraal hoe men omgaat met causaliteit in verschillende landen en regelingen. Ik heb dit in kaart gebracht aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Het onderzoek heb ik zowel verricht vanuit algemeen theoretisch perspectief als vanuit praktisch oogpunt.

9. H.M.B. Brouwer, ‘Naar een *dominant-cause*-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht?’, *NTHR* 2014, afl. 1, p. 1-13.

10. Eerder deed ik onderzoek naar causaliteit in het zee(verzekerings)recht. Zie H.M.B. Brouwer, ‘Enige overwegingen over causaliteit in het verzekeringsrecht en het zeerecht’, *NTHR* 2006, afl. 4, p. 138-142. Eigen gebrek als dekkingsuitsluitingsgrond kent zijn oorsprong in het zeerecht. Zeeverzekering is een karakteristieke vorm van verzekering tegen van buiten komende onheilen. In het Wetboek van Koophandel was hiervoor ook een aparte regeling (artikel 637 WvK). Zie in gelijke zin Scheltema & Mijnsen 1998, p. 192. Inmiddels vindt men de regeling van eigen gebrek in het verzekeringsrecht terug in titel 7.17 BW maar net als in het Wetboek van Koophandel is deze bepaling nog steeds regelen van karakter.

De volgende onderzoeksvragen staan centraal in hoofdstuk 2:

- Welke causaliteitsleer moet gehanteerd worden bij het vaststellen van het causaal verband in het verzekeringsrecht?
- Welke causaliteitsleren zijn te onderscheiden?
- Welke causaliteitsleer pleegt men in Engeland voor verzekeringsrechtelijke kwesties te hanteren en welke in Nederland?
- Is de Engelse keuze voor de *dominant-cause*-leer eveneens in Nederland waarneembaar?
- Wat is de praktische uitwerking van de *dominant-cause*-leer in het verzekeringsrecht?
- Is er een mogelijkheid om de schade aan meerdere oorzaken toe te rekenen?

Hoofdstuk 3 behandelt het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht. Een artikel uit 2013, gepubliceerd in *RMThemis*, vormt de basis voor dit hoofdstuk.<sup>11</sup>

In het Nederlandse verzekeringsrecht was eerder een onzeker voorval vereiste, wilde er sprake zijn van een geldig tot stand gekomen verzekeringsovereenkomst. Sinds titel 7.17 BW van toepassing is op verzekeringsovereenkomsten, dient er nog slechts sprake te zijn van onzekerheid met betrekking tot het doen van enige uitkering. Voor dit onderzoek is het dus belangrijk om vast te stellen of een eigen gebrek is te plaatsen binnen de grenzen van deze onzekerheid.<sup>12</sup> Analyse en vergelijking van rechtspraak uit verschillende jurisdicties en literatuuronderzoek spelen een cruciale rol bij het beantwoorden van deze vraag.

De Nederlandse situatie geldt als uitgangspunt en krijgt de meeste aandacht in het hoofdstuk. Vastgesteld kan worden dat er, bijvoorbeeld, een discrepantie aanwezig is tussen de overwegingen van de Hoge Raad in het *Cox*-arrest uit 1993 en de mening van sommige Nederlandse auteurs over de toepasselijkheid van dit arrest onder het huidige verzekeringsrecht.<sup>13</sup> Het is interessant om na te gaan hoe men in andere rechtsstelsels met deze kwestie omgaat. Rechtsvergelijking is van belang om met brede blik te kunnen bepalen of eigen gebrek binnen de grenzen van de vereiste onzekerheid zou kunnen vallen. Door de rechtsvergelijking kan bovendien inspiratie ontstaan om wettelijke bepalingen aan te passen of om de huidige bepalingen

11. H.M.B. Brouwer, '(On?)zekerheid over het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht: art. 7:925 BW nader bekeken', *RMThemis* 2013, afl. 4, p. 155-176.

12. Onder het oude recht sprak de Hoge Raad zich daar wel al over uit. In het *Monoliet*-arrest/*Corrosie*-arrest (HR 4 januari 1980, NJ 1984/305) overwoog de Hoge Raad dat eigen gebrek wel als voorval in de zin van artikel 246 WvK kon worden aangemerkt. Hij overwoog dat, in geval van schade die is veroorzaakt door een eigen gebrek, het onzekere voorval dat de schade doet ontstaan moet worden gezocht in het aan het licht komen van het eigen gebrek.

13. Zie HR 26 november 1993, NJ 1994/126 (*Cox*). Hieruit volgt dat het criterium is of naar *objectieve maatstaven* bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het verwezenlijken van het risico al dan niet een normaal te verwachten gebeurtenis was. In onderhavige uitspraak overwoog de Hoge Raad dat schade die het gevolg is van een normaal te verwachten gebeurtenis, niet door de verzekering wordt gedekt. Mijnssen en Van Huizen zijn van mening dat deze uitleg van het onzekerheidsvereiste overeind kan blijven en beschouwen het *Cox*-arrest als gecodificeerd in artikel 7:925 BW. Blom en Wansink vinden daarentegen dat niet zonder meer naar objectieve maatstaven onzekerheid dient te worden vastgesteld onder het nieuwe recht. Zie F.H.J. Mijnssen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2012, p. 6; Ph.H.J.G. van Huizen, 'De transportverzekering als venster op (de verzekeraarbaarheid van) het eigen gebrek', in: *Free on board* (Liber amicorum Marc A. Huybrechts), Antwerpen: Intersentia 2011, p. 682; J.H. Wansink, *Het nieuwe schadeverzekeringsrecht en oude olielampjes en dwaallichtjes* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006, p. 5 en A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006, p. 155-156.

eventueel vanuit een ander perspectief te beschouwen, zodat een bestaande bepaling anders geïnterpreteerd kan worden.

In hoofdstuk 3 beantwoord ik de volgende onderzoeksvragen:

- Kan artikel 7:925 BW worden beschouwd als een fundamentele wijziging voor het onzekerheidsvereiste of als een codificatie van ontwikkelingen onder het oude recht?
- Wat is de positie van het onzekerheidsvereiste in het kader van de hoofdverbindingen bij de verzekeringsovereenkomst?
- Is er sprake van een voortdurende eis van onzekerheid?
- Dient het onzekerheids criterium objectief of subjectief te worden uitgelegd?
- Is het rechtens geoorloofd om van het onzekerheidsvereiste af te wijken?
- Zou het onzekerheidsvereiste in artikel 7:925 BW kunnen worden aangepast om beter te kunnen aansluiten bij de verzekeringspraktijk en, in het bijzonder, bij de aard van de verzekeringsovereenkomst? Zo ja, hoe?

In hoofdstuk 4 aangaande eigen gebrek in het vervoerrecht zijn verschillen en gelijkenissen met betrekking tot het leerstuk eigen gebrek in diverse vervoersmodaliteiten aan de orde. Een artikel, gepubliceerd in *TVR*, vormt hiervoor het uitgangspunt.<sup>14</sup> Een belangrijke rol speelt de vraag hoe men eigen gebrek definieert in de internationale regelingen. Om deze te kunnen beantwoorden is rechtsvergelijkend onderzoek van belang. Een andere vraag die speelt, is wanneer, en onder welke omstandigheden, sprake is van eigen gebrek in het vervoerrecht. Verder is het hoofdstuk over causaliteit van betekenis bij dit onderwerp, vooral in het kader van de bewijslast en op een aantal punten blijken verwijzingen naar hoofdstuk 2 dan ook niet te vermijden.

In het hoofdstuk over eigen gebrek in het vervoerrecht beantwoord ik de volgende vragen:

- Welk criterium hanteert men in het vervoerrecht om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek? Maakt men per verdragsrechtelijk regime gebruik van een verschillend criterium om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek?
- Gebruikt men in de landen die ik bij mijn onderzoek betrek, gelijke criteria om eigen gebrek vast te stellen?
- Is de verpakking een onderdeel van de zaak en, in het verlengde daarvan, kan een gebrekkige verpakking worden gekwalificeerd als een eigen gebrek van de zaak?
- Kan men een container beschouwen als verpakking van de goederen?
- Zo ja, kan een container dan ook worden beschouwd als een onderdeel van de zaak?
- Zo ja, kan een ondeugdelijke container dan worden gezien als een eigen gebrek van de zaak?

In hoofdstuk 5 betreffende eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht ligt begrijpelijkerwijs de nadruk op de transportverzekering. Dit hoofdstuk is gebaseerd op een artikel van mijn hand dat, net als het artikel over causaliteit, is geplaatst

14. H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek en causaliteit in het vervoerrecht', *TVR* 2015, afl. 3, p. 71-91.

in *NTHR*.<sup>15</sup> De vraag hoe eigen gebrek op dit terrein wordt geregeld, beantwoord ik aan de hand van (nationale) wettelijke regelingen en de uitleg daarvan in de jurisprudentie. Voorts is in dit hoofdstuk eveneens de verzekeraarbaarheid van eigen gebrek in relatie tot het onzekerheidsvereiste aan de orde evenals causaliteit.

Hoofdstuk 5 stelt de volgende vragen centraal:

- Hoe definieert men eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht?
- Wanneer kan de verzekeraar met succes een beroep doen op de dekkingssluitingsgrond eigen gebrek?
- Komen de definitie en interpretatie van eigen gebrek in het verzekeringsrecht overeen met die van eigen gebrek in het vervoerrecht?
- Gaat men op beide terreinen hetzelfde of juist afwijkend om met de uitleg van eigen gebrek en wat zijn de eventuele consequenties voor het transportverzekeringsrecht?
- Is het mogelijk zich te verzekeren tegen eigen gebrek in het licht van het onzekerheidsvereiste?
- Aan welke eisen moet het causaal verband tussen schade en eigen gebrek voldoen in het transportverzekeringsrecht en hoe wordt het vastgesteld?
- Bestaat de mogelijkheid van proportionele toerekening in situaties waarbij eigen gebrek ten minste een oorzaak is?

In hoofdstuk 6 maak ik de balans op en zet ik nog eens beknopt de antwoorden op de onderzoeksvragen op een rijtje. Tevens bevat het hoofdstuk een recapitulatie van de eerder gedane voorstellen met betrekking tot het aanpassen of toevoegen van wettelijke bepalingen.

## 1.4 Rechtsvergelijking

Rechtsvergelijking vormt een belangrijk onderdeel in de hoofdstukken. Het is van belang om verschillende wettelijke regimes met elkaar te vergelijken. Het vergelijken met andere landen kan van belang zijn bij het concipiëren van nieuwe nationale wetgeving of althans voor het doen van voorstellen daartoe. Soms reikt het een oplossing aan voor nieuwe of aanvullende wettelijke bepalingen en daarnaast kan het leiden tot het vormen van nieuwe opvattingen. Verder kan rechtsvergelijking simpelweg dienen als referentiekader.<sup>16</sup>

Ik ben me ervan bewust dat het besluit om te kiezen voor het vergelijken van bepaalde wettelijke systemen en verschillende nationale regimes arbitrair is. Eerst is het van belang om te bepalen wat men verstaat onder een wettelijk regime. Vervolgens is het essentieel om vast te stellen of en zo ja, hoe deze regimes met elkaar kunnen worden vergeleken.<sup>17</sup> Een wettelijk systeem kan zowel een nationale wet zijn als een internationale regeling of een verdrag. In mijn onderzoek vergelijk ik verschillende wettelijke systemen. Het is in sommige gevallen onvermijdelijk om

15. H.M.B. Brouwer, 'Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht', *NTHR* 2016, afl. 3, p. 121-141.

16. Zie eveneens T. Koopmans, 'Het nut van de rechtsvergelijking', *NJB* 2013, afl. 2, p. 86.

17. Zie hierover uitgebreid M. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *RabelsZ* 79, 2015 (hierna: Oderkerk 2015), p. 602-608.



de uitleg in verschillende landen van internationale regelingen te vergelijken om na te gaan hoe deze worden geïnterpreteerd. In andere gevallen is het interessant te onderzoeken hoe een bepaalde kwestie in de nationale wetgeving van verschillende landen is geregeld. Ik heb steeds mijn keuze voor de door mij vergeleken wettelijke systemen in het desbetreffende hoofdstuk verantwoord. Dat geldt ook voor de vervolgvraag. Ik heb getracht steeds te rechtvaardigen waarom ik die specifieke wettelijke regimes en de uitleg daarvan in uitdrukkelijk die landen heb geselecteerd. Doorgaans is de keuze voornamelijk gebaseerd op het onderwerp dat ik in de wettelijke regimes vergelijk.

Een aantal richtlijnen kan helpen bij rechtsvergelijking. Voor mijn onderzoek heb ik me vooral laten leiden door de volgende richtlijnen:

- onderwerp en doel van het onderzoek,
- de ervaring en kennis van de onderzoeker,
- de beschikbare tijd en middelen.<sup>18</sup>

Rechtsvergelijking is bij dit onderzoek tevens van belang daar waar het de interpretatie van internationale regelingen betreft, die veelvuldig van toepassing zijn in het internationale verzekerings- en vervoerrecht. Het is uiteraard interessant om te onderzoeken hoe de relevante bepalingen worden uitgelegd in diverse rechtssystemen.

Bij het rechtsvergelijkend onderzoek maak ik gebruik van buitenlandse jurisprudentie, wetgeving en literatuur. In beginsel raadpleeg ik die uit Nederland, België, Duitsland en Engeland. Deze landen hebben gemeen dat zij binnen Europa een belangrijke rol spelen op vervoerrechtelijk gebied door hun economische en geografische positie. België en Duitsland zijn van belang bij onderzoek naar eigen gebrek in het verzekeringsrecht. Het is het recht van onze buurlanden, die tevens zeer belangrijke handelspartners van Nederland zijn. In België is recentelijk een wetswijziging op het gebied van het verzekeringsrecht doorgevoerd. De oude wet van 11 juni 1874 is ook opgenomen in de wet van 4 april 2014. Na invoering is vooraansnog op de niet-landverzekeringsovereenkomsten, zoals de transportverzekering, het algemene deel van de oude wet van 11 juni 1874 van toepassing. Daarnaast is er het Blauwboek 9 van de Ontwerp Zeewet voor de vervoerverzekering in het algemeen dat in de nabije toekomst het wettelijke kader moet vormen voor de vervoerverzekering.<sup>19</sup> Bovendien zijn deze twee landen belangrijk voor het vervoerrechtelijk gedeelte omdat daarmee vanuit Nederland vaak vervoerovereenkomsten worden gesloten.

Engeland is interessant om bij dit onderzoek te betrekken daar een van de belangrijkste internationale, vervoerrechtelijke regelingen (namelijk de H(V)R) haar oorsprong in Engeland vindt. Het is van belang literatuur en jurisprudentie uit Engeland te betrekken bij dit onderzoek om tot een zuivere vergelijking van de uitleg en toepassing van die regeling te komen. Ook verzekeringsrechtelijk is Engeland van belang omdat de (oorspronkelijk Engelse) Marine Insurance Act 1906 veelvuldig van toepassing is op internationale (zee)transportverzekeringsovereenkomsten.

18. Deze richtlijnen ontleen ik aan de guidelines die Oderkerk aandraagt. Zie Oderkerk 2015, p. 604.

19. Zie [www.zeerecht.be/Documenten/COMAR Blauwboek 9.pdf](http://www.zeerecht.be/Documenten/COMAR%20Blauwboek%209.pdf).

Evenzeer ligt er ook een praktische reden ten grondslag aan mijn keuze deze landen te betrekken bij mijn onderzoek. De jurisprudentie en literatuur uit deze landen is voldoende toegankelijk om te kunnen raadplegen en gebruiken.

Ik heb steeds in de hoofdstukken afzonderlijk mijn keuze toegelicht voor het hanteren van bepaalde landen bij het rechtsvergelijkend onderzoek.

In de hoofdstukken over causaliteit en het onzekerheidsvereiste ben ik afgeweken van de vergelijking tussen de vier eerdergenoemde landen. Bij het hoofdstuk over causaliteit heb ik slechts Engeland en Nederland vergeleken omdat de *dominant-cause*-theorie, die een belangrijk uitgangspunt vormt voor het hoofdstuk, haar oorsprong vindt in Engeland. In het hoofdstuk over onzekerheid is het aantal landen waarop ik de rechtsvergelijking heb toegepast juist uitgebreid omwille van de uitleg van dit algemeen verzekeringsrechtelijk beginsel zoals ik hieronder zal toelichten.<sup>20</sup>

Ik vergelijk daar het Belgische, Duitse, Engelse, Franse en Zwitserse verzekeringsrecht. Voorts heb ik het regime van de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) bestudeerd op het punt van de eis van onzekerheid. Dat ik bij de bestudering van dit beginsel naast het Duitse recht ook het Franse recht betrek, kan overigens mede verklaard worden door het feit dat het Nederlandse recht tot stand is gekomen 'in samenspraak met vooral Frans en Duits recht'.<sup>21</sup> De toevoeging van het Zwitserse recht en de PEICL leek zinvol voor het wetenschappelijk debat. Door het recentelijke ontstaan van de bepalingen van de PEICL en de discussie rondom de revisie van het Zwitserse recht kan aan het perspectief op en de ontwikkeling van het onzekerheidsvereiste meer helderheid worden verschaft. Het is immers, om met de woorden van Schnitzer te spreken, zo dat het recht ook maar een techniek is en die kan in het ene land een theoretisch meer duidelijke of praktisch meer gelukkige formulering opleveren dan in het andere.<sup>22</sup>

---

20. In hoofdstuk 3 verantwoord ik uitgebreid mijn keuze voor de rechtsvergelijking omdat het een belangrijk onderdeel is van het hoofdstuk. Ook gezien de uitbreiding van het aantal landen dat ik gebruik voor de vergelijking ten opzichte van de andere hoofdstukken, is het noodzakelijk hierover expliciet verantwoording af te leggen. Om de integriteit van het artikel niet aan te tasten, heb ik ervoor gekozen om de verantwoording daar te laten staan zoals zij ook is gepubliceerd.

21. Zie eveneens Nieuwenhuis 2009, p. 17.

22. 'Auch das Recht ist eine Technik, und rein technisch kann ein Land eine theoretisch klarere oder praktisch glücklichere Formulierung gefunden haben als ein anderes.' Zie A.F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel: 1945, p. 43.