

Onzekerheid bij schadeverzekering: de schone lei van titel 7.17 BW

AV&S 2017/28

De invoering van het nieuwe verzekeringsrecht in 2006 heeft de discussie over de vereiste onzekerheid bij schadeverzekering niet gestild, maar alleen doen toenemen. In dit artikel wordt onderzocht wat nu geldend recht is op dit gebied. Geconcludeerd zal onder meer worden dat het huidige schadeverzekeringsrecht geen onzeker voorval vereist en dat daarom oude rechtspraak zoals het Cox-arrest geen gelding meer heeft.

1. Inleiding. Onzekerheid, onenigheid.

Een verzekering wordt algemeen gezien als een kansovereenkomst – ook wel: een overeenkomst met een zgn. ‘aleatoir’ karakter.² Zonder onzekerheid geen verzekering. Als bijvoorbeeld de verzekeraar zeker weet dat iemand schade zal overkomen, zal de verzekeraar die schade in de regel niet willen verzekeren. De verzekeraar zou anders een bij voorbaat verliesgevend product verkopen. En andersom: als iemand zeker weet dat hem geen schade zal overkomen, zal hij daarvoor geen schadeverzekering willen afsluiten. De premie zou anders weggegooid geld zijn. Wanneer echter voor beide partijen die zekerheid niet bestaat, kunnen zij elkaar vinden door een verzekering overeen te komen, waarmee de onzekerheid wordt gedeeld. Of de verzekering de verzekerde dan wel de verzekeraar wat zal opleveren, is dan onzeker. Een schadeverzekering is in feite niet veel anders dan een weddenschap met een schadeloosstellend karakter,³ waarbij in feite de verzekeraar wedt op de uitkomst ‘geen schade’ en de verzekeringnemer inzet op ‘wel schade’.

De formule *geen onzekerheid=geen verzekering* is vastgelegd in art. 7:925 lid 1 BW, de wettelijke definitie van verzekering, dat bepaalt:

“Verzekering is een overeenkomst waarbij (...) bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. (...)”

De vereiste onzekerheid is hiermee uitdrukkelijk gekoppeld aan de uitkering, dan wel de premie.⁴ Deze wettelijke bepaling geldt sinds 2006. Voor die tijd gold het aloude art. 246 Wetboek van Koophandel, dat eveneens onzekerheid vereiste. Dat deed dit echter met andere termen en een andere insteek, namelijk door de vereiste onzekerheid te koppelen aan een ‘(onzeker) voorval’:

“Assurantie of verzekering is eene overeenkomst bij welke de verzekeraar zich aan den verzekerde (...) verbindt om denzelfden schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht voordeel, welke dezelve, door een onzeker voorval zoude kunnen lijden.”

De eis van een *onzeker voorval* heeft de wetgever met de invoering van art. 7:925 BW uitdrukkelijk verlaten.⁵ Het is daarom opmerkelijk dat meer dan tien jaar na het vervallen van art. 246 WvK in zowel de literatuur als de rechtspraak nog regelmatig wordt (terug)gegrepen naar de eis van een onzeker voorval en de jurisprudentie over die eis. Een illustratie hiervan is de zaak waarin het Hof Amsterdam uitspraak heeft gedaan.⁶ Het ging daar om een man die zijn strandhuisje (gemaakt van een metalen container) had verzekerd tegen schade of verlies. Op een gegeven moment maakte de man bij zijn verzekeraars melding van onder meer rot aan de houten vloer en de betimmering van het strandhuisje. De oorzaak van de houtrot bleek condensvorming aan de buitenwand, die kon ontstaan als de temperatuur van de lucht in het strandhuisje door gebruik ervan (veel) warmer werd dan de (koude) temperatuur van de (metalen) buitenwand. Verzekeraars zagen hierin reden om te stellen dat condensvorming een natuurlijk verschijnsel is bij gebruik van een container als strandhuisje en dat rot van houten vloerdelen dan een normaal te verwachten gebeurtenis is, zodat dan niet sprake is van ‘een onzeker voorval in de zin van art. 7:925 BW’.⁷ De man stelde hiertegenover dat voor hem wél onzeker was dat zijn strandhuisje zou gaan rotten door condensvorming met alle schade van dien.

Mede naar aanleiding van het feit dat in de rechtspraak en literatuur nog dikwijls gerefereerd wordt naar de eis van een onzeker voorval en de jurisprudentie daarover en de uiteenlopende opvattingen in de literatuur over dit onderwerp, zal ik in dit artikel onderzoeken wat het geldend recht is omtrent onzekerheid bij (schade)verzekering, waarbij de strandhuiscasus en het nog te bespreken oordeel van het Hof Amsterdam één van de aanknopingspunten zullen zijn.

1 Mr. J.S. (Jonathan) Overes is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam en buiten-promovendus aan de Erasmus Universiteit (Verzekeringeninstituut), en bereidt een proefschrift voor over de objectverzekering. Citeerwijze: J.S. Overes, ‘Onzekerheid bij schadeverzekering: de schone lei van titel 7.17 BW’, *AV&S* 2017/28, afl. 4.

2 Zie M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis Boek 7, Titel 17 BW*, Deventer: Kluwer 2007, p. 2; Asser/Wansink, *Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/26. Alea = dobbelsteen.

3 Vgl. T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 106.

4 Vgl. Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 5.

5 Zie Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 2-3, waarover in paragraaf 2.1 meer.

6 Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2155.

7 Aldus de omschrijving van grief I van de verzekeraars door het hof (r.o. 3.3).

Over het onzekerheidsvereiste van verzekering is al veel geschreven.⁸ De opvattingen zijn evenwel sterk verdeeld. De discussie valt uiteen in deelvragen, zoals: *wat moet onzeker zijn? Voor wie moet die onzekerheid bestaan – in subjectieve zin voor partijen, of (ook) in objectieve zin?* En *wanneer moet die onzekerheid bestaan?* Bij deze vragen en de verschillende opvattingen daarover is belangrijk om scherp te houden dat de bronnen hiervoor slechts kunnen bestaan uit de wet, de verzekeringsovereenkomst, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Deze bronnen bepalen de rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde, zodat onzekerheid slechts vereist kan worden voor zover die eis volgt uit één van die bronnen. Dit ligt wellicht voor de hand, maar een besef hiervan is mijns inziens de eerste stap naar een coherent systeem.

De opzet van dit artikel is dan ook als volgt. Allereerst zal ik onderzoeken wat de wet (titel 7.17 BW) bepaalt over onzekerheid (paragraaf 2). Daarna zal ik bespreken hoe de eis van onzekerheid in verzekeringsovereenkomsten kan worden, en regelmatig wordt, vastgelegd (paragraaf 3). Vervolgens zal ik de positie van het ongeschreven recht (de redelijkheid en billijkheid en de gewoonte) in dit verband behandelen (paragraaf 4) en afronden met een conclusie (paragraaf 5).

2. De vereiste onzekerheid op grond van titel 7.17 BW

2.1 Van onzeker voorval naar onzekere schade(uitkering)

Allereerst is de vraag *wat onzeker moet zijn*. Art. 7:925 lid 1 BW geeft het antwoord. Voor een verzekering is voldoende als onzeker is a) *dat enige uitkering moet worden gedaan; óf b) wanneer enige uitkering moet worden gedaan; óf c) tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan; óf d) hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren*. Uit de memorie van toelichting is af te leiden dat het geval van onzekerheid van de duur van de premiebetaling bedoeld is voor andere verzekeringen dan schadeverzekering, zoals levensverzekering.⁹ Bij schadeverzekering gaat het dus om onzekerheid over de verschuldigdheid van de uitkering (alternatieven a-c).¹⁰ Die verschuldigdheid hangt één op één

samen met het bestaan van schade. Zonder schade is immers geen uitkering verschuldigd. De eis van onzekere uitkering is dus in wezen de eis van *onzekere schade*. De eis van onzekere schade valt ook te lezen in art. 7:944 BW, dat de wettelijke definitie van schadeverzekering geeft en bepaalt dat schadeverzekering de verzekering is strekkende tot vergoeding van 'de vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden'. Ook deze definitie bevat een onzekerheidselement. Het moet gaan om schade die de verzekerde *zou kunnen lijden*; onzekere schade dus, niet schade die de verzekerde *al lijdt of zeker zal lijden*.¹¹ Wat hiervan ook zij, in elk geval volgt reeds uit art. 7:925 BW dat (bij schadeverzekering) (slechts) vereist is dat sprake is van *onzekere schade*, waarbij die onzekerheid zich mag uiten in onzekerheid *dát sprake zal zijn van schade (onzeker bestaan)*, dan wel *wanneer daarvan sprake zal zijn (onzeker moment)* dan wel *hoeveel die schade zal bedragen (onzekere omvang)*. Wat betreft dat laatste merk ik op dat onzekerheid over de *financiële* omvang van de schade volstaat, nu art. 7:925 lid 1 BW spreekt over 'tot welk bedrag'. Dit alles maakt dat meestal snel voldaan zal zijn aan dit deel van het onzekerheidsvereiste, omdat zelfs als zeker is *dát sprake is (of zal zijn) van schade in ieder geval de financiële omvang daarvan nog onzeker is*. Neem het voorbeeld van iemand die een tweedehands auto koopt met een scheur in de voorruit, een autoverzekering afsluit en vervolgens vergoeding wil van de schade aan deze voorruit. Het bestaan en het moment van de schade waren dan voor de verzekerde al zeker, maar de financiële omvang daarvan nog niet (per se). Betekent dit dan dat er in zo'n geval dus voldaan is aan het onzekerheidsvereiste? Nee – niet zonder meer, want het onzekerheidsvereiste kent nog meer onderdelen, waarover hierna in de volgende (sub)paragrafen meer.

Voor nu echter eerst een blik op het oude verzekeringsrecht, waarvan het huidige recht afwijkt. Art. 246 WvK (oud) bepaalde namelijk dat een verzekering strekt tot vergoeding van schade door een *onzeker voorval*. De vereiste onzekerheid zag dus op het gebeuren van een bepaald 'voorval'. Hierin zit een wezenlijk verschil met art. 7:925 BW. Een (onzeker) *voorval* is immers niet hetzelfde als (onzekere) *schade*. Deze zijn van elkaar te onderscheiden, wat ook in de bewoordingen van art. 246 WvK (oud) besloten lag: 'verlies, schade of gemis van verwacht voordeel dooreen onzeker voorval'. Het voegwoord 'door' duidt erop dat de schade het uiteindelijke verzekerbare gevolg is, en dat het (onzeker) voorval daarvan de 'oorzaak' is. Dat oorzakelijk karakter van het onzeker voorval veroorzaakte onder het oude verzekeringsrecht complicaties,¹² zoals bij verzekering van een eigen gebrek, waarvan discutabel was of dat een 'voorval' is. De Hoge Raad oordeelde in het Monolietplaten-arrest daarom dat het moment van het *ontdekken* van het eigen gebrek moest worden aangemerkt als het 'voorval'.¹³ Dat voelde vrij gekunsteld aan, omdat het eigen gebrek – en niet het

8 Zie onder andere: J.D. van de Meent & W.E. van Spanje, 'Het bestaan en de invulling van het vereiste 'onzeker voorval'; de polis bepaalt!', *TAV* 2016(3) 78; I. van Velzen, 'Verzekeren', in: N. van Tiggele-Van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op tien jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 32-38; N. Vloemans, 'Inleiding. De overeenkomst van verzekering', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 9-17; H.M.B. Brouwer, '(On?)zekerheid over het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht: art. 7:925 BW nader bekeken', *RM Themis* 2013/4, p. 155-176; M.L. Hendrikse, 'Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering', in: S.E. van Hall e.a. (red.), *Capita internationaal handelsrecht*, Zutphen: Paris 2013, p. 214-216; *Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/26 e.v.; F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW B88), Deventer: Kluwer 2012, p. 6-7; A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2006, p. 11 e.v.

9 Zie Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 2-3.

10 Vgl. Van Velzen 2016, p. 33, die – over verzekering van schade sprekend – het alleen heeft over de eerste drie elementen van het onzekerheidsvereiste.

11 Vgl. Blom 2006, p. 16; Van Velzen 2016, p. 34.

12 Zie uitvoerig Blom 2006, p. 11-48.

13 HR 4 januari 1980, NJ 1984/305 (*Monolietplaten*).

ontdekken ervan – de schade veroorzaakt.¹⁴ Vanwege het verlaten van het onzeker voorval is deze oplossing van de Hoge Raad onder het huidige recht niet meer nodig: onder onzekere schade valt uiteraard ook schade door een eigen gebrek. Anderzijds heeft het verlaten van het onzeker voorval voor onzekere schade voor de aansprakelijkheidsverzekering het gevolg dat ook bij een al zekere aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis nog sprake kan zijn van onzekere schade, zodat aanbevolen is om hierover in de polis zelf een bepaling op te nemen.¹⁵

Het verlaten van het onzeker voorval voor onzekere schade betekent dus een wezenlijk verschil. De reden voor deze verandering was dat art. 7:925 BW verzekering in algemene zin moest omschrijven en dus, anders dan art. 246 WvK (oud), ook andere verzekeringen dan schadeverzekering (sommenverzekering).¹⁶ Zo staat in de memorie van toelichting dat men bij bijvoorbeeld levensverzekering moeilijk kan spreken van verzekering van een onzeker 'voorval':¹⁷

“Uit artikel 246 WvK is niet gehandhaafd het element van het ‘onzekere voorval’. Dit element doet zich wel bij talloze verzekeringsvormen, en vrijwel steeds bij schadeverzekering, voor, doch niet bij alle vormen van verzekering (...). Zo is het vereiste van in leven zijn op een bepaald toekomstig tijdstip wel een onzeker feit, doch men kan het moeilijk een ‘voorval’, d.i. een gebeurtenis, noemen. Onder het nieuwe recht zal dan ook niet meer relevant zijn de vraag wat het ‘onzeker voorval’ is, zoals dat nog het geval was in HR 4 januari 1980, NJ 1984, 305, m.nt. F.H.J.M. (schade uit eigen gebrek), maar of er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de in de tekst aangegeven onzekerheid bestaat.”

Van het onzeker voorval vereiste is dus bewust afscheid genomen, met zoals gezegd wezenlijke consequenties. De wetgever benadrukte ook zelf dat onder het nieuwe (huidige) recht *niet meer relevant* is of sprake is van een onzeker voorval en dat *bijvoorbeeld* ('zoals') het Monolietplaten-arrest niet meer gelding heeft. Het is daarom opmerkelijk dat nog regelmatig in de literatuur gemeend wordt dat nog steeds uit de wet het onzeker voorval vereiste zou volgen althans de arresten over het onzeker voorval gelding zouden hebben.¹⁸ Een daarvoor aangevoerd argument is de gedachte dat als de wetgever had willen afwijken van de rechtspraak over het onzeker voorval, meer in het bijzonder het (beruchte) Cox-arrest,¹⁹ hij dit expliciet in de toelichting

zou hebben gedaan. Deze gedachte vind ik echter niet sterk. Het ontbreken van bewijs voor een bepaalde wil betekent immers nog niet bewijs voor het ontbreken van die wil. Het kan ook omgedraaid worden: als de wetgever bij de rechtspraak over het onzeker voorval had willen blijven, zou hij dit juist expliciet hebben gemeld. Deze gedachte vind ik hier sterker, nu de wetgever juist expliciet afscheid heeft genomen van het onzeker voorval én de rechtspraak daarover (zie voorgaand citaat). De rechtspraak over het onzeker voorval, waaronder het Cox-arrest, is geen geldend recht meer, maar in feite rechtsgeschiedenis.²⁰ Althans, dat zou het moeten zijn. Want ook in de rechtspraak wordt soms nog steeds gerefereerd naar het onzeker voorval als ware het een geldend wettelijk vereiste. Zo beriepen de verzekeraars in de zaak over het rotte strandhuisje zich expliciet op het Cox-arrest.²¹ Een ander voorbeeld is een oordeel van de Geschillencommissie van het KiFiD, waarin onder verwijzing naar art. 7:925 BW én het Cox-arrest werd geoordeeld dat van een 'onzeker voorval' geen sprake was.²² Gezien art. 7:925 BW en de toelichting kunnen dergelijke geluiden niet juist zijn. Titel 7.17 BW kent geen onzeker voorval, maar onzekere schade – een wezenlijk verschil. Deze verandering lijkt mij overigens positief: niet alleen bleek het onzeker voorval een bron voor misbruik en misverstand,²³ de eis van onzekerheid is nu ook mooi synchroon met de eis van verzekeraar belang, die immers ook ziet op vermogensschade (vgl. art. 7:944 BW).²⁴ Aldus moet de verzekerde schade lijden *kunnen* (verzekerd belang), maar moet onzeker zijn dat/wanneer/in hoeverre de verzekerde die schade lijden *zal* (onzekerheid).

2.2 De vereiste onzekerheid ziet slechts op wat onzeker is voor partijen zelf

De tweede vraag is voor *wie* (het bestaan, het moment of de omvang van) de schade onzeker moet zijn. Ook hierover schenkt art. 7:925 lid 1 BW klare wijn. De onzekere schade moet *voor partijen* onzeker zijn: 'waarbij (...) voor partijen geen zekerheid bestaat'. Art. 7:925 BW vereist dus *subjectieve* onzekerheid.²⁵ Een verzekering kan dus ook strekken tot schade die al zeker was, maar bij partijen nog onbekend was.²⁶ In de Asser-serie wordt opgemerkt dat deze subjectieve invulling moeilijk inpasbaar is met het Cox-arrest en het Monolietplaten-arrest.²⁷ Inderdaad lijkt art. 7:925 BW te botsen met de (objectieve) invulling van het Cox-arrest. Deze constatering lijkt mij echter niet relevant. Zowel het

14 Vgl. M.M. Mendel, 'Drie kwesties in verband met het onzeker voorval bij schadeverzekering', in: *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 168.
15 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (3^e druk), Deventer: Kluwer 2006, p. 206 e.v.
16 Zie R.S. Meijer, 'Het onzeker voorval: een onzekere voorwaarde', in: *Verzekering en kans* (preadvies), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 11; Wansink 2006, p. 210.
17 Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 2.
18 Zie Brouwer, *RMThemis* 2013, p. 169; Hendrikse 2013, p. 215; Mendel 2004, p. 163-165; Van de Meent & Van Spanje, *TAV* 2016.
19 HR 26 november 1993, NJ 1994/126 (Cox). Zie over dat arrest Blom 2006, p. 17-19; Meijer 1998, p. 20-21.

20 Vgl. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, dat qua casus goed te vergelijken is met het Cox-arrest. Hier ontbrak echter (volgende) stabilisatievloeistof. De rechtbank oordeelde – niet in lijn met het Cox-arrest – dat de schadelijke gebeurtenis wél onzeker was.
21 Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2155, r.o. 3.3. Zie ook Rb. Rotterdam 18 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6304, r.o. 3.6.6.
22 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening KiFiD 23 mei 2016, nr. 2016-228, r.o. 4.4.
23 Meijer 1998, p. 11; Blom 2006, p. 11-48.
24 Asser/Wansink, *Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/369-372.
25 Vgl. Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 2. Zie ook Asser/Wansink, *Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/30-31; Van Velzen 2016, p. 32; Blom 2006, p. 28; Meijer 1998, p. 12.
26 Asser/Wansink, *Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/34.
27 Asser/Wansink, *Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/31. Vgl. ook Mendel 2004, p. 164-165.

Cox-arrest als het Monolietplaten-arrest zagen (slechts) op het onzeker voorval in de zin van art. 246 WvK (oud), en beide arresten zijn zoals gezegd geen geldend recht meer. Thans geldt art. 7:925 BW, dat een wezenlijk andere vorm van onzekerheid verlangt. In zoverre is het ook niet wonderlijk als arresten over art. 246 WvK (oud) met art. 7:925 BW wringen. Zij kunnen dan echter niet afdoen aan de subjectieve invulling van art. 7:925 BW.

Ondanks de subjectieve invulling van het onzekerheidsvereiste in art. 7:925 BW, lijkt mij wel van enige objectivering sprake. Allereerst omdat de innerlijke beleving van partijen zichtbaar moet worden gemaakt om deze te kunnen vaststellen.²⁸ Ten tweede omdat een doelmatige uitleg van art. 7:925 BW vereist dat de onzekerheid van partijen niet ongerechtvaardigd mag zijn, maar te goeder trouw moet zijn (vgl. art. 3:11 BW).²⁹ Als een verzekerde stelt niet te wisten dat een brand leidt tot schade, dan geldt dat hij dit in elk geval behoorde te weten. Bovendien behoeft het begrip 'zeker' enige objectivering, nu in het leven vrijwel niets 100% zeker is.³⁰ De invulling van art. 7:925 BW is kortom *geobjectiveerd* subjectief.³¹ Geluiden in de literatuur dat het subjectieve criterium van art. 7:925 BW (onevenredig) nadelig is voor de bewijspositie van de verzekeraar,³² lijken mij daarom onterecht. Een strikt objectieve onzekerheidseis zou bovendien tot de vraag kunnen leiden waarom je dan nog überhaupt (iets vrijwel ondenkbars) zou willen verzekeren.

Dat volgens art. 7:925 BW onzekerheid moet bestaan 'voor partijen' (meervoud) maakt dat onzekerheid bij slechts één partij onvoldoende is. Voor zowel de verzekeringnemer als de verzekeraar moet dus onzekerheid bestaan. Het onzekerheidselement heeft kortom een *wederkerig karakter*. Zekerheid van de schade bij de *verzekeraar* is in de praktijk evenwel geen issue, want een verzekeraar zal dan geen (een bij voorbaat verlieslijdende) verzekering zijn overeengekomen. Discussies over onzekere schade gaan dan ook eigenlijk altijd maar over de (on)zekerheid aan één zijde: die van de verzekeringnemer. Toch heeft het wederkerige karakter principiële en praktische waarde, nu hieruit logischerwijs ook volgt dat de gedeelde onzekerheid moet zien op *dezelfde vorm van onzekerheid*.³³ Dan is onvoldoende als voor de ene partij nog onzeker is dát schade zal ontstaan terwijl voor de andere partij slechts onzeker is hoeveel die schade zal bedragen. Als dus voor de verzekeraar onzeker is dát sprake zal zijn van schade, dan moet *dat* ook voor de verzekerde onzeker zijn. In het voorbeeld van de al gescheurde autoruit zal dus niet aan het onzekerheidsvereiste voldaan zijn als niet ook de verzekeraar wist dat de autoruit al beschadigd

was. Dan ontbreekt wederkerige onzekerheid. Dit betekent dat zolang voor de verzekeraar zelf nog onzeker is dát sprake zal zijn van schade, de verzekeraar zich niet ertegen hoeft te wapenen dat een onzekere omvang ook zou volstaan.³⁴ De onzekerheid van de verzekeraar is immers in wezen de maatstaf waaraan de verzekeringnemer ook moet voldoen.

2.3 De vereiste onzekerheid hoeft slechts te bestaan bij het sluiten van de verzekering

Een volgende vraag is *wanneer* voor partijen (het bestaan, het moment of de omvang van) de schade onzeker moet zijn. Art. 7:925 BW bepaalt hierover expliciet dat onzekerheid moet bestaan *bij het sluiten van de overeenkomst*. Het moment van het intreden van de *dekking* (tegelijk, later of eerder) staat hiervan los.³⁵ Ook in de literatuur en de rechtspraak wordt aangeknoopt bij (alleen) het moment van het aangaan van de verzekering.³⁶ Dit betekent dat ook hier relevant is wanneer sprake is van het aangaan van een 'nieuwe' verzekering.³⁷ Dat het gaat om onzekerheid bij het sluiten van de verzekering, doet er niet aan af dat mijns inziens onder 'partijen' niet alleen de verzekeringnemer (en de verzekeraar), maar ook eventuele andere verzekerden kunnen én moeten worden begrepen. Een derde-verzekerde wordt immers evenzeer 'partij' bij de verzekering en het is ook wenselijk dat de onzekerheidseis ook voor een derde-verzekerde geldt.³⁸

Brouwer en Hendrikse menen dat de onzekerheidseis ook ná het sluiten van de verzekering geldt, of zou moeten gelden.³⁹ Hun argument is dat zij menen dat de verzekeraar een onvoorwaardelijke verbintenis tot het dragen van het risico is aangegaan, wat volgens hen maakt dat er *altijd* enige onzekerheid over 'het evenement' moet bestaan. Andere auteurs betogen echter anders,⁴⁰ bij wie ik mij aansluit. Toegegeven moet worden dat er inderdaad voer voor de gedachte bestaat dat de verzekeraar zich (onvoorwaardelijk) verbindt tot het dragen van het risico.⁴¹ Toch acht ik de argumenten voor de opvatting dat de verzekeraar zich daarentegen *voorwaardelijk verbindt* tot het doen van één of meer uitkeringen, tezamen beduidend sterker. Sterk vind ik het gegeven dat art. 7:925 BW, dat als definitie van verzekering hier toch

28 Zoals bijvoorbeeld ook bij de beoordeling van verzekeringsrechtelijk eigen schuld; HR 4 april 2003, NJ 2004/536.

29 Vgl. Blom 2006, p. 29; Mijnsen 2012, p. 7. Vgl. ook Rb. Rotterdam 18 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6304, r.o. 3.6.4. Anders: N. van Tiggele van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2008, p. 281.

30 Blom 2006, p. 29.

31 Vgl. Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.6.

32 Van de Meent & Van Spanje, TAV 2016; Brouwer, *RMThemis* 2013, p. 168.

33 Vgl. ook Van Velzen 2016, p. 32.

34 Zie anders: Vloemans 2015, p. 11, die niet ingaat op dit wederkerige karakter van het onzekerheidsvereiste.

35 Vgl. Hendrikse, Martius, & Rinkes 2007, p. 2.

36 Zie Van Velzen 2016, p. 34; Vloemans 2015, p. 11-12; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/30; Mijnsen 2012, p. 7; Blom 2006, p. 28; Rb. Amsterdam 10 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:917, r.o. 3.5; Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6763, r.o. 4.5; Geschillencommissie Financiële Dienstverlening KiFiD 23 mei 2016, nr. 2016-123, r.o. 4.6.

37 Zie daarover Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/206.

38 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/35, die dit echter niet lezen in art. 7:925 BW maar het baseren op de redelijkheid en billijkheid. Mijnsen 2012, p. 7 lijkt de derde-verzekerde evenmin onder 'partijen' te lezen en acht in dat opzicht de formulering van art. 7:925 BW 'ongelukkig'. Onder het oude recht gold de onzekerheidseis ook voor de derde-verzekerde: HR 11 april 1997, NJ 1998/111 (*Bike Brothers*).

39 Brouwer, *RMThemis* 2013, p. 162-165; Hendrikse 2013, p. 216.

40 Vloemans 2015, p. 13-16; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/22; Mendel 2004, p. 166.

41 Zie Mijnsen 2012, p. 3-5.

veel gewicht heeft, expliciet aangeeft dat de verzekeraar tegen het genot van premie jegens de verzekeringnemer *zich verbindt tot het doen van één of meer uitkeringen*. De verbintenis van de verzekeraar ziet dus niet op 'het overnemen van het risico van de verzekerde'. 'Schorsing van dekking' is hiermee te verenigen, nu dat mijns inziens inhoudt dat de verzekeraar aan zijn verbintenis tot uitkering nog een extra voorwaarde verbindt, bijvoorbeeld premiebetaling. Bovendien is 'het risico dragen' mijns inziens moeilijk te zien als iets zelfstandigs; sterker: slechts het dragen van die voorwaardelijke verbintenis tot het vergoeden van de schade door het risico maakt nu juist dat men kan zeggen dat de verzekeraar 'het overeengekomen risico loopt'.⁴² Dat in de wetsgeschiedenis of de rechtspraak soms wordt gesteld dat de verzekeraar 'het risico loopt',⁴³ is dan ook veeleer te zien als een taalkundige afgeleide van de *vermogensrechtelijke* realiteit dat de verzekeraar een *voorwaardelijke verbintenis* tot uitkering heeft.⁴⁴ Vergelijk het met de zon: het is geen onzin om te zeggen dat de zon in het oosten 'opkomt' en in het westen 'ondergaat', terwijl we allemaal weten dat eigenlijk niet de zon zich om de aarde beweegt maar dat de aarde dat om de zon doet.

Daarnaast ben ik van mening dat een onvoorwaardelijk verbintenis tot het dragen van het risico nog niet zonder meer zou maken dat dus altijd enige onzekerheid moet bestaan. Ook als men alleen het moment van het aangaan van de verzekering neemt waarop onzekerheid moet bestaan, kan men immers zeggen dat de verzekeraar 'het risico draagt' dat *daarna* in de verzekerde periode schade zal blijken. Wat hiervan ook zij, belangrijker is dat er bovendien keerzijden zijn van het aannemen van een onzekerheidsvereiste ná het sluiten van de verzekering voor het zijn van verzekering. Allereerst is met de kennis van achteraf niets onzeker; bij een doorlopend onzekerheidsvereiste ligt daarom op de loer dat elke verzekering illusoir en onwerkbaar zou worden.⁴⁵ Verder zou het vreemd zijn als een verzekering ook 'pas op den duur' geen verzekering meer kan zijn. Ook zou een doorlopend vereiste de regeling van verzekeringsrechtelijk opzet ongewenst doorkruisen.⁴⁶

Om te voldoen aan art. 7:925 BW is dus slechts onzekerheid bij het aangaan van de verzekering vereist. De wet maakt geen uitzondering voor verzekeringen met een continu karakter, zoals CAR-verzekeringen of transportverzekeringen die alle transporten tijdens één jaar verzekeren.⁴⁷ Daarmee voldoet een schade die pas ná het aangaan van de transportverzekering maar al vóór de aanvang van het transport zeker is geworden, aan de onzekerheid van art. 7:925 BW. Wel kan zo'n zekere schade buiten de dekking worden ge-

houden, als bijvoorbeeld sprake is van een eigen gebrek (art. 7:951 BW) of de polisvoorwaarden dergelijke onzekerheid verlangden.

2.4 Niet voldoen aan, of afwijken van de eis van onzekerheid in 7.17 BW

Wat is het gevolg als niet aan het onzekerheidsvereiste van titel 7.17 BW is voldaan? In dit kader is in de literatuur de vraag gesteld of men mag afwijken van dit onzekerheidsvereiste. Er zijn auteurs die menen dat het onzekerheidsvereiste slechts regelend recht is omdat art. 7:925 BW niet tot dwingend recht is verklaard (art. 7:943 BW).⁴⁸ De wetgever maakt deze conclusie niet zelf, maar zwijgt hierover. Ik ben van mening dat het ontbreken van art. 7:925 BW in art. 7:943 BW geen reden kan zijn voor de conclusie dat het onzekerheidsvereiste 'gewoon' van regelend recht is. De logische reden dat art. 7:925 BW niet is genoemd in art. 7:943 BW lijkt mij dat art. 7:925 BW slechts een wettelijke omschrijving van verzekering geeft. Wanneer aan die definitie niet is voldaan, valt de overeenkomst logischerwijs buiten het bereik van titel 7.17 BW, en dus ook art. 7:943 BW. De vraag of art. 7:925 BW dwingend of regelend recht is, lijkt mij dus een strikvraag; art. 7:943 BW heeft niets te melden over overeenkomsten die niet voldoen aan art. 7:925 BW. Dat neemt niet weg dat art. 7:925 BW *in zichzelf* enige ruimte biedt voor verzekeringen met een *eigen* onzekerheidsvereiste, voor zover die maar binnen de wettelijke definitie van verzekering blijft. Gezien de minimale onzekerheid die art. 7:925 BW slechts verlangt, zal het dan gaan om de eis van *meer* onzekerheid, voornamelijk dat al onzeker moet zijn dát schade zal ontstaan (en dus onzekerheid over het moment of de omvang niet voldoende is). Zo'n onzekerheidsvereiste in de verzekering staat dan los van de onzekerheid die *minimaal* vereist is om 'verzekering' te kunnen heten.

De vraag blijft wat het gevolg is als aan dit wettelijk minimumvereiste niet is voldaan. Ook hier lijkt de wetgever zelf te zwijgen. Er wordt wel eens aangenomen dat dan voor die schade *dekking ontbreekt*.⁴⁹ Dat lijkt mij echter niet geheel zuiver, omdat art. 7:925 BW niet ziet op de omvang van dekking.⁵⁰ Een ander genoemd gevolg is (partiële) *nietigheid* van de verzekering, voor zover het de zekere schade betreft.⁵¹ Dit was in elk geval onder het oude verzekeringsrecht de situatie.⁵² Art. 269 WvK (oud) bepaalde expliciet dat een verzekering nietig is als de verzekerde bij het aangaan al

42 Dorhout Mees 1967, p. 41.

43 Vgl. Hendrikse, Martius & Rinkes 2007, p. 6; HR 11 april 1997, NJ 1998/111 (*Bike Brothers*).

44 Mendel 2004, p. 166.

45 Vgl. M.M. Mendel, 'Opzettelijke schadeveroorzaking en onzeker voorval', in: *Van draden en daden* (Wansink-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 346; Van Velzen 2016, p. 36.

46 Mendel 2006, p. 341 e.v.

47 Zie ook Blom 2006, p. 31.

48 Van de Meent & Van Spanje, TAV 2016, voetnoot 8; Brouwer, *RMThemis* 2013, p. 174. Overigens geldt deze situatie ook voor art. 7:944 BW (art. 7:963 BW).

49 Zie onder meer Geschillencommissie Financiële Dienstverlening KifiD 23 juni 2014, 2014-247, waarin een motorrijtuigenverzekering was afgesloten (kort) nadat met het betreffende motorrijtuig een schade was veroorzaakt, op basis waarvan de Geschillencommissie oordeelde dat die schade niet onder (de dekking) van de verzekering viel.

50 De wetgever heeft de omvang van de dekking, behoudens art. 7:951 en 7:952 BW, aan partijen overgelaten.

51 Zie Asser/Wansink, *Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/30, die spreken over 'geen effect'.

52 Zie Blom 2006, p. 17; Mendel 2004, p. 163. Dit werd ook wel verwoord als 'het ontbreken van dekking', zie HR 11 april 1997, NJ 1998/111 (*Bike Brothers*).

wist dat de schade bestond. Een dergelijke (expliciete) bepaling bestaat nu niet. Nu de wetgever in het geheel zwijgt, is de vraag of hij impliciet toch bij het nietigheidsgevolg wilde blijven. Uit titel 7.17 BW maak ik evenwel een ander gevolg op dan nietigheid. De reden is dat de wetgever het onzekerheidsvereiste slechts heeft opgenomen als een onderdeel van de omschrijving van verzekering. Het meest consequent lijkt mij dan dat als daaraan niet is voldaan, er gewoon geen sprake is van verzekering, voor zover die vereiste onzekerheid ontbrak. Dat neemt dus niet weg dat dan wel nog steeds sprake kan zijn van een (andere) geldige overeenkomst.⁵³ Van nietigheid lijkt mij daarom geen sprake.⁵⁴ Er zijn zoveel overeenkomsten die niet voldoen aan art. 7:925 BW en dus buiten titel 7.17 BW vallen, maar wel een geldige overeenkomst zijn. Bovendien staat nietigheid op gespannen voet met het feit dat art. 7:925 BW niet tot dwingend recht is verklaard, welke verklaring aan de orde zou zijn geweest als het onzekerheidsvereiste méér is dan slechts een onderdeel van de definitie van verzekering. Dit bevestigt mijn visie dat het gevolg van niet voldoen aan het onzekerheidsvereiste is dat slechts geen sprake is van verzekering ex titel 7.17 BW.

Maar is het gevolg dan, als sprake blijft van een geldige overeenkomst, dat bij schade die al zeker was voor de verzekerde maar niet voor de verzekeraar, deze nog steeds gehouden is om deze schade conform de overeenkomst te vergoeden? Dat lijkt onrechtvaardig. Vergoeding van zekere schade heeft de verzekeraar dan allicht nooit gewild. Het algemene overeenkomstenrecht heeft echter voor dat *wilsgebreuk* al een oplossing: dwaling (art. 6:228 BW), waarop de verzekeraar een beroep kan doen juist nu titel 7.17 BW niet geldt. Want in de rede ligt dat bij een juiste voorstelling van zaken de verzekeraar de overeenkomst niet zou hebben gesloten, terwijl de verzekerde mijns inziens de verzekeraar had moeten inlichten over de *zekerheid* van die schade.⁵⁵ De overeenkomst is dan vernietigbaar. Ik meen dat dit dan alleen geldt voor zover de onzekerheid ontbrak en geen sprake bleek van verzekering. Voor overige schade blijft de overeenkomst een verzekering in de zin van titel 7.17 BW,⁵⁶ zodat daarvoor een beroep op dwaling onmogelijk blijft (art. 7:931 BW). Teruggave van premie lijkt mij slechts mogelijk wanneer die verbintenis tot premiebetaling inzake die zekere schade voldoende bepaalbaar is. Feitelijk leidt ook deze constructie tot het 'ontbreken van dekking'. Een afwijzing van dekking door de verzekeraar en een daarmee instemmend oordeel van een rechter, zou meen ik dus zuiver gezien uitgelegd moeten worden als een beroep op art. 6:228 BW op de grond dat geen sprake bleek van verzekering in de zin van art. 7:925 BW. Dit punt heeft ook praktisch belang,

want het betekent dat de bewijslast van het ontbreken van de zekerheid die art. 7:925 BW verlangt op de verzekeraar als degene die daarop een beroep doet, rust.⁵⁷

De vraag wat het gevolg (en de bewijslastverdeling) is als wél voldaan is aan art. 7:925 BW, maar niet aan de onzekerheid die partijen eventueel daarnaast zijn overeengekomen, moet van het voorgaande worden onderscheiden. Ik zal deze vraag in de volgende paragraaf behandelen.

3. Het onzekerheidsvereiste in verzekeringsovereenkomsten

3.1 Onzekerheid als dekkingsvoorwaarde

Zoals gezegd, weerhoudt titel 7.17 BW partijen niet ervan om een eigen onzekerheidsvereiste overeen te komen, zolang die onzekerheid valt binnen de onzekerheid van art. 7:925 BW. Het strookt ook dat onderdeel van een verzekeringsovereenkomst uitmaakt wát precies onzeker is (moet zijn), nu dit één van de bestanddelen van het verzekerd risico vormt. Belangrijk is dat het karakter van zo'n onzekerheidseis in de verzekeringsvoorwaarden verschilt van die in art. 7:925 BW. De wettelijke onzekerheidseis strekt tot definiëring van wat verzekering is en aldus onder titel 7.17 BW valt. Een 'contractuele' onzekerheidseis heeft echter geen invloed op wat al dan niet onder titel 7.17 BW valt, maar ziet op de omvang van het overeengekomen verzekerd risico en is daarom een *dekkingsvoorwaarde*. Dat leidt ertoe dat de bewijslast van die onzekerheid bij de verzekerde ligt, tenzij deze onzekerheidseis is geformuleerd als een uitsluiting (dan rust die op de verzekeraar).⁵⁸ Het opnemen van een onzekerheidseis in de verzekering heeft voor een verzekeraar dus het voordeel dat hij bij het ontbreken van onzekerheid (ook) kan betwisten dat voldaan is aan de dekkingsvoorwaarden. Noodzakelijk lijkt mij zo'n contractuele onzekerheidseis in de regel echter niet, nu bij het ontbreken van de onzekerheid van art. 7:925 BW mijns inziens al evenzeer 'dekking ontbreekt'.⁵⁹ Vloemans betoogt dat een verzekeraar die niet wil dat de onzekerheid slechts nog gaat om de omvang van de schade, in de verzekering expliciet zou moeten opnemen dat 'de overeenkomst aan het onzekerheidsvereiste beantwoordt indien en voor zover de schade het gevolg is van een gebeurtenis waarvan onzeker was dat daaruit schade zou ontstaan'.⁶⁰ Dat lijkt mij echter niet per se nodig, gezien het *wederkerige* karakter van art. 7:925 BW.⁶¹ Zo'n bepaling maakt het echter wel eenvoudiger. Hoe dan ook heeft een dergelijke clause wezenlijke waarde bij aansprakelijkheidsverzekeringen en verzekeringen met een continu karakter, vanwege hun specifieke aard.⁶² Zo is bij een doorlopende reisverzekering nuttig om op te nemen dat de schade door een reis nog onzeker moest zijn *voorafgaand*

53 Vgl. Asser/Wansink, *Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/374. Zie echter anders nr. 30, waarover hiervoor Blom 2006, p. 17; Mendel 2004, p. 163. Dit werd ook wel verwoord als 'het ontbreken van dekking', zie HR 11 april 1997, *NJ 1998/111 (Bike Brothers)*.

54 Vgl. Brouwer, *RMThemis* 2013, p. 174, evenwel om andere redenen.

55 De dwaling betreft de *al bestaande zekerheid* omtrent de schade en is dus geen 'toekomstige' omstandigheid.

56 Vgl. Asser/Wansink, *Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/34. Zie ook art. 6:215 BW.

57 Vgl. Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 278, evenwel om andere redenen.

58 Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 278.

59 Zie paragraaf 2.4.

60 Vloemans 2015, p. 11. Vgl. ook Asser/Wansink, *Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX** 2012/26.

61 Zie paragraaf 2.2.

62 Zie Wansink, 2006, p. 206 e.v. en paragraaf 2.1 en 2.3.

aan die reis. Schade die pas zeker werd ná het sluiten van de verzekering maar nog vóór de start van de reis valt dan weliswaar binnen de eis van art. 7:925 BW, maar wordt door de polis alsnog buiten boord gehouden.

In de praktijk wordt regelmatig een onzekerheidsvereiste in de polisvoorwaarden opgenomen. De precieze inhoud van zo'n contractueel onzekerheidsvereiste is een kwestie van uitleg. Daarbij is de formulering belangrijk, en die kan verschillen. Vaak voorkomend is (een variant op) de bepaling die Vloemans voorstelde en hiervoor aangehaald is.⁶³ Dan moet onzeker zijn (geweest) dát een bepaalde gebeurtenis tot schade zou leiden. Ook voorkomend is dat in de omschrijving van de dekking bijvoorbeeld staat dat verzekerd is 'schade als gevolg van een onzekere gebeurtenis'.⁶⁴ Dan moet de gebeurtenis zelf onzeker zijn. Om welke gebeurtenis gaat het dan? Essentieel is dat dit mijns inziens moet gaan om het 'schadevoorval', dat de verzekerde vermogensschade tot gevolg heeft,⁶⁵ en niet een gebeurtenis die aan dat schadevoorval voorafging. Een andere uitleg leidt tot niet aannemelijke rechtsgevolgen. Neem het voorbeeld van een herfststorm in oktober die het instorten van een dak veroorzaakt met vermogensschade tot gevolg. De herfststorm zelf is dan niet het schadevoorval, want de herfststorm leidde op zichzelf niet tot vermogensschade. Het instorten van het dak is hier het schadevoorval en moet als 'gebeurtenis' onzeker zijn. Indien men daarentegen zou stellen dat deze herfststorm – de oorzaak van het instorten van het dak – onzeker moest zijn, althans: een naar de normale loop van omstandigheden niet te verwachten gebeurtenis, zou men zich nooit kunnen verzekeren tegen een herfststorm in oktober. Dat zou natuurlijk irreeël zijn. Het onderscheid tussen vermogensschade, schadevoorval en oorzaak lijkt mij in dezen daarom de sleutel.⁶⁶

Verder is ook hier de vraag voor wie en wanneer die (contractuele) onzekerheid moet bestaan. Voor zover de formulering daarover geen uitsluitel biedt, is daarbij vooral relevant wat de strekking is van zo'n contractuele onzekerheidseis. Nu art. 7:925 BW (slechts) alternatieven noemt voor de vraag wát onzeker is, ligt in de rede dat de strekking van zo'n contractuele onzekerheidseis is om (slechts) daaromtrent een keuze te maken. Zo'n contractuele onzekerheidseis zal dan meestal bepalen dat onzeker moet zijn dát schade zal ontstaan. De suggestie van Vloemans wijst ook op die strekking. In de rede ligt dan dat de vragen voor

wie en wanneer die onzekerheid moet bestaan behoudens contra-indicaties niet anders ingevuld moeten worden dan onder art. 7:925 BW. Het lijkt mij daarom ook bij de uitleg van zulke bepalingen onjuist om terug te grijpen naar oude rechtspraak over het 'onzeker voorval'.⁶⁷ Dat zou ook curieus zijn, nu het hier niet gaat om uitleg van een (bewust verlaten) wetsbepaling, maar om wat partijen van elkaar mochten verwachten. Aansluiting bij het geldend recht, dat ook een adequaat systeem is, ligt dan meer voor de hand.

3.2 Een voorbeeldige toepassing in de zaak van het rotte strandhuisje

Terug naar de casus van het rotte strandhuisje uit de inleiding.⁶⁸ Ook daar was in de verzekering een onzekerheidseis opgenomen.⁶⁹

"Artikel 2 Onzekerheidsbepaling

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 het sluiten van de verzekering onzeker was dat daaruit voor verzekerde schade was ontstaan dan wel naar de normale loop van omstandigheden nog zou ontstaan."

Hiermee waren partijen overeengekomen dat reeds onzeker moest zijn dát schade zou ontstaan, en dat deze onzekerheid in lijn met art. 7:925 BW (slechts) bij het aangaan van de verzekering en bij partijen moest bestaan. De objectivering van de subjectieve onzekerheid van partijen blijkt uit de zinsnede 'dan wel naar de normale loop van omstandigheden nog zou ontstaan'. De vraag was of in dat opzicht inderdaad onzeker was dat aan het strandhuisje schade door condensvorming zou ontstaan. Het Hof Amsterdam overwoog hierover:

"Met Verzekeraars kan worden aanvaard dat bij het gebruik van een container als strandhuisje waarin (...) soms door meerdere mensen de nacht wordt doorgebracht, het ontstaan van condensvorming tegen de buitenwanden van de container een naar de normale loop van de omstandigheden te verwachten gebeurtenis is. Dat geldt echter niet voor de vraag of het door condensvorming ontstane vocht uiteindelijk ook daadwerkelijk leidt tot aantasting van de houten vloerdelen. Dat is immers mede afhankelijk van een groot aantal min of meer onzekere factoren, waaronder naar ervaringsregels te denken valt aan de weersomstandigheden tijdens en de intensiviteit van het gebruik van het strandhuisje, de mate waarin

63 Vgl. de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Zaak- en Bedrijfsschadeverzekering 2006 en de Nederlandse Beurs Casco Polis voor de Binnenvaart 2006. Zie ook Blom 2006, p. 29 en Van Velzen 2016, p. 33.

64 Vgl. Hof Amsterdam 28 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:645, r.o. 2.4; Rb. Amsterdam 10 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:917, r.o. 1.2.

65 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit en schadebegroting', WPNR 2016(7108) over het onderscheid tussen schadevoorval en schade(post).

66 Met deze problematiek hangt samen dat de onzekerheidseis (ten onrechte) soms wordt vermengd met de vraag of anderszins sprake is van een onder de polisvoorwaarden verzekerd voorval, met name als daarvoor een 'van buiten komend onheil' vereist is. Dat (zelfstandig) onderwerp laat ik hier verder rusten. Zie daarover uitvoerig: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, 'Er viel een koe uit de lucht. Over onzekere voorvallen en van buiten komende onheilen in het (transport)verzekeringsrecht', AV&S 2012/18.

67 Zoals Blom 2006, p. 16. Zie ook Van de Meent & Van Spanje, TAV 2016.

68 Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2155.

69 Voor een zo volledig mogelijk beeld merk ik op dat de dekkingsomschrijving van de polis er als volgt uitzag: "Verzekerd wordt tegen schade aan of verlies van de op het polisblad genoemde verzekerde zaken die is veroorzaakt door een gevaar/gebeurtenis waartegen is verzekerd, ongeacht of deze gevaren/gebeurtenissen zijn veroorzaakt door de aard of een gebrek van de verzekerde zaken" (artikel 6).

onder invloed daarvan door condensvorming vocht zal/is ontstaan, de voor de vloerdelen gebruikte materialen en de toegepaste constructie, de mate van ventilatie en ook de wijze waarop de houten vloerdelen tegen vochtinwerking zijn beschermd. Nu over het bestaan, de bekendheid en voorzienbaarheid van elk van deze factoren in dit geval niets is gesteld, is het hof (...) van oordeel dat voor [de verzekerde] ten tijde van het sluiten van de verzekering onzeker was dat bij gebruik van het strandhuisje naar de normale loop van omstandigheden als gevolg van condensvorming schade aan de houten vloerdelen en betimmering van het strandhuisje zou ontstaan.” (r.o. 3.5)

Het hof oordeelde daarom dat (ook) aan deze onzekerheidseis was voldaan, en mijns inziens terecht. Dat condensvorming op zichzelf niet onzeker was, maakt nog niet dat sprake was van zekere schade. Het ging erom of onzeker was dat uit die gebeurtenis schade zou ontstaan, wat in de onzekerheidsbepaling uitdrukkelijk was bepaald. Dat ontstaan hing zoals het hof aangeeft ook af van andere natuurlijke factoren (andere causale schakels voor houtrot) die niet zeker waren, zodat evenmin vooraf zeker was dat houtrot zou ontstaan. Het hof hield dit helder. Overigens zou dit resultaat hetzelfde zijn als de onzekerheidseis zo geformuleerd was dat slechts gedekt was ‘schade die het gevolg is van een onzekere gebeurtenis’. Die gebeurtenis is dan het schadevoorval: dat was hier de houtrot, en niet condensvorming (de oorzaak daarvan).

4. Het onzekerheidsvereiste: resteert een rol voor ongeschreven recht?

Hiervoor is onderzocht wat uit de wet en (in de regel) uit de verzekeringsovereenkomst volgt wat betreft de vereiste onzekerheid bij schadeverzekering. Gebleken is dat de opvattingen dat sprake moet zijn van een ‘onzeker voorval’ in de zin van art. 246 WvK (oud), van zuiver-objectieve onzekerheid en/of van voortdurende onzekerheid, geen grond vinden in titel 7.17 BW noch in hetgeen in verzekeringsovereenkomsten (in de regel) wordt bepaald. Daarom kunnen dergelijke opvattingen dan alleen nog hout snijden als zij volgen uit de overige bronnen van een contractuele rechtsverhouding: de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Het gaat dan om aanvulling van de overeenkomst op grond van ongeschreven recht. Voor zulke aanvulling is echter uitsluitend plaats indien en voor zover nog sprake is van een leemte.⁷⁰ Mijns inziens is daarvan in dit verband in de regel geen sprake, gezien wat hierover in verzekeringen doorgaans al is geregeld. Verder geeft titel 7.17 BW een tamelijk uitputtend onzekerheidsvereiste. Weliswaar betreft dit strikt genomen slechts wat de wet als ‘verzekering’ definieert, maar het niet voldoen daaraan heeft dermate directe consequenties voor de contractuele rechtsverhouding van partijen,⁷¹ dat het onzekerheidsvereiste van titel 7.17 BW deze rechtsverhouding evenzeer invult.

Met deze stand van zaken zie ik in beginsel geen noodzaak of ruimte voor een verdere aanvulling op grond van het ongeschreven recht. De auteurs die voornoemde (op wet noch overeenkomst gegronde) opvattingen huldigen, baseren zich ook niet op de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid.⁷² Zij stellen daarentegen dat een en ander uit ‘de aard van de verzekering’ zou volgen. De aard van de overeenkomst is echter geen zelfstandige bron voor een rechtsverhouding, maar slechts een gezichtspunt bij de uitleg van de overeenkomst en de bepaling van wat eventueel aanvullend uit de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid volgt.⁷³ De aard van de verzekering kan dus niet op zichzelf bepalen dat de vereiste onzekerheid zuiver-objectief of altijddurend moet zijn. Wel kan het een relevante omstandigheid bij de uitleg van een contractuele onzekerheidseis zijn. Wat de aard van de verzekering daarbij meebrengt, betreft in feite de vraag naar de strekking van de verzekering en de onzekerheidseis en naar de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen. De strekking van een contractuele onzekerheidseis zal echter (evenals de tekst) in de regel niet wijzen op een zuiver-objectief en/of altijddurend onzekerheidsvereiste,⁷⁴ en aannemelijk is zo’n invulling gezien de diverse inhoudelijke bezwaren tegen een dergelijke invulling meestal evenmin. Wel is denkbaar dat bijvoorbeeld bij een doorlopende transportverzekering een eventuele polisbepaling dat sprake moet zijn van ‘schade door een onzekere gebeurtenis’, gezien de doorlopende aard zo moet worden uitgelegd dat die gebeurtenis *voorafgaand aan het betreffende transport* onzeker moest zijn. Veel verder dan dit zal de rol van de aard van de verzekering hier niet kunnen gaan. Het is verder vooral aan verzekeraars om hun wensen en grenzen duidelijk in voorwaarden te gieten, of nadien een beroep te doen op andere (en meer geëigende) verweren zoals opzet of eigen gebrek.

5. Conclusie

In dit artikel is onderzocht wat in het huidige verzekeringsrecht als onzekerheidsvereiste geldt bij schadeverzekering. De conclusie is dat titel 7.17 BW *onzekere schade* vereist, en zo een ‘schone lei’ biedt ten opzichte van de oude eis van een onzeker voorval. Die nogal complicerende eis van een onzeker voorval, en de rechtspraak daarover zoals het Cox-arrest, heeft de wetgever bewust verlaten; zij gelden dus niet meer. Het onzekerheidsvereiste van art. 7:925 BW is (geobjectiveerd) subjectief en wederkerig van karakter en geldt uitsluitend bij het aangaan van de verzekering, en vormt daarmee een overwegend adequaat geheel. Het is evenwel slechts een onderdeel van de definitie van wat al dan niet onder titel 7.17 BW valt, bij gebreke waarvan daarom geen sprake is van nietigheid maar mogelijk wel van vernietigbaarheid. Partijen kunnen daarnaast zelf een onzekerheidseis als dekkingsvoorwaarde opnemen, wat ook regelmatig in de praktijk gebeurt. De strekking daarvan zal

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/388-389.

71 Zie paragraaf 2.4.

72 Zie Van de Meent & Van Spanje, *TAV* 2016; Hendrikse 2013, p. 215-216; Brouwer, *RMThemis* 2013, p. 162.

73 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/386.

74 Zie paragraaf 3.1.

in de regel zijn om ten opzichte van art. 7:925 BW (slechts) specifiek aan te geven wát dan onzeker aan de onzekere schade moet zijn: meestal reeds dát schade zal ontstaan. Een aanvullende rol voor ongeschreven recht blijkt tot slot in de regel niet opportuun of nodig.