

Mr. F. Stadermann*

De betekenis van het verzekeringsrechtelijke begrip 'verlies'

1. INLEIDING

Aansprakelijkheidsverzekeringen plegen dekking te bieden voor 'de aansprakelijkheid van de verzekerde voor schade als gevolg van beschadiging, vernietiging of verlies van een zaak'.¹

Ook objectverzekeringen zoals reisverzekeringen (de bagagedekking) en kostbaarhedenverzekeringen kennen dergelijke begrippen.

Over de uitleg van het begrip 'beschadiging' is veel geschreven en geprocedeerd. Aan het begrip *vernietiging* wordt niet veel aandacht besteed maar het levert voor zover mij bekend in de praktijk geen problemen op.²

Daarentegen kan er weer wel onduidelijkheid zijn over de uitleg van het begrip 'verlies'. Maar het begrip heeft nooit veel pennen in beweging gebracht.³

Er wordt bij mijn weten nimmer geprocedeerd over de vraag of de vermissing van een koffer een 'verlies' als bedoeld in de reisverzekering oplevert. Relevante jurisprudentie bestaat er dan ook niet over dit onderwerp. Dat is opmerkelijk want in de praktijk lopen de discussies soms hoog op; namelijk wanneer de rechthebbende de zaak toevertrouwt aan iemand die dat vertrouwen niet waard is met als gevolg dat de rechthebbende de zaak nooit meer terug ziet. Ik vertrouw bijvoorbeeld mijn gouden horloge ter reparatie toe aan iemand die een oplichter blijkt te zijn en die zich met dat horloge uit de voeten maakt. Is dan sprake van 'verlies' in de zin van de voorwaarden van de kostbaarhedenverzekering?

Of het omgekeerde: de – eerlijke – reparateur geeft na reparatie het horloge (hij denkt: terug) aan iemand die zich valselijk voor mij uitgeeft; is de – vermoedelijk dan bestaande – aansprakelijkheid van de reparateur tegenover mij gedekt onder diens aansprakelijkheidsverzekering? Daarvoor is dan immers vereist dat sprake is van 'verlies' van het horloge?⁴

De wet besteedt in art. 7:958 BW aandacht aan het begrip verlies. Maar noch het artikel zelf noch de wetsgeschiedenis biedt uitkomst zoals aanstonds zal blijken.

Het Handwoordenboek van Van Dale helpt ons evenmin veel verder. Van Dale omschrijft 'verlies' als 'het verliezen of verloren worden; het kwijtraken'.

Het begrip 'verlies' verdient derhalve een nadere beschouwing. Daarbij neem ik het voorbeeld van het gouden horloge als leidmotief; ik ben mijn horloge kwijt doordat de reparateur een oplichter bleek te zijn of doordat de reparateur zelf het horloge (terug)gaf aan een oplichter. Heb ik dan een aanspraak onder de kostbaarhedenpolis? En kan de reparateur die abusievelijk het horloge aan de verkeerde persoon overhandigde, voor zijn aansprakelijkheid tegenover mij met succes een beroep doen op zijn aansprakelijkheidsverzekering?

2. VERLIES ALS (FATALE) VORM VAN BESCHADIGING VERSUS VERLIES IN DE ZIN VAN KWIJT ZIJN

De term 'verlies' kan op twee wijzen worden uitgelegd. Ten eerste is er 'verlies' als vorm van beschadiging. De zaak is zodanig beschadigd dat deze niet meer kan worden hersteld, bijvoorbeeld omdat dat technisch niet mogelijk is of omdat dat in relatie tot de waarde van de zaak te veel kost. Daarom moet de zaak als verloren worden beschouwd (total loss). De beschadiging is dus voor het voortbestaan van de zaak fataal.

De waarde van de zaak is daarbij (veelal ernstig) aangetast, er is alleen nog de schrootwaarde.

De wetgever spreekt in dit verband van 'totaal verlies' (waarbij het woord 'totaal' mij nog al overbodig lijkt, immers er is verlies of er is geen verlies) wanneer de zaak 'is tenietgegaan' of 'zo is beschadigd dat zij heeft opgehouden een zaak van de verzekerde soort te zijn', zie art. 7:958 lid 1 sub a en b BW.

Salomons spreekt over een zaak die zo ernstig is beschadigd dat deze als zodanig heeft opgehouden te bestaan.

* Mr. F. Stadermann is advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten te Utrecht.

1. Vergelijk J.H. Wansink, *De Algemene Aansprakelijkheidsverzekering*, derde druk, p. 26.

2. Ik deel overigens geheel de opvatting van L.G. Eykman, *Verzekerings-Archief*, 1980, p. 131, dat het uitdrukkelijk noemen in de polisvoorwaarden van 'vernietiging' aan de dekking niets toevoegt omdat vernietiging niets anders is dan een vorm of gevolg van beschadiging.

3. Sommige polisvoorwaarden van objectverzekeringen hanteren in plaats van het begrip 'verlies' begrippen als 'vermissing' of 'verloren gaan'. De betekenis van die begrippen is echter beperkter zoals hierna zal blijken.

4. Op de vraag of dekking onder de AVB kan ontbreken op grond van de opzichtclausule ga ik hier niet in. Het antwoord op die vraag hangt bovendien sterk af van de gehanteerde tekst die nogal eens kan verschillen.

Er zijn wel restanten maar die verdienen de naam van die zaak niet meer, zo formuleert Salomons het.⁵

Ten tweede is er 'verlies' in de zin van 'kwijt zijn'. Volgens de wetgever doet deze vorm van (totaal) verlies zich voor wanneer de zaak 'buiten de macht van de verzekerde is geraakt en herkrijging niet is te verwachten', zie art. 7:958 lid 1 sub c BW. Eykman duidt die vorm van verlies aan met 'vermissing', Wansink omschrijft 'verlies' als het 'kwijtraken' van de zaak.^{6,7} Zelf zou ik liever spreken van het 'kwijt zijn' van de zaak. Immers 'kwijt zijn' is – net als 'vermissen' – een statische toestand, een vorm van schade; 'kwijtraken' is een gebeurtenis. Anders gezegd: *kwijtraken* leidt tot *kwijt zijn*, *verliezen* leidt tot *verlies*. Van 'verlies' in de zin van 'kwijt zijn' is volgens Wansink en Eykman pas sprake als de zaak voor de rechthebbende onvindbaar is, in redelijkheid niet meer is op te sporen.^{8,9}

De aansprakelijkheidsverzekering bedoelt beide vormen van 'verlies', dus de ernstigste/fatale vorm van beschadiging, en het 'kwijt zijn' te dekken.¹⁰ Hetzelfde geldt mijns inziens voor alle objectverzekeringen waaronder 'verlies' is meegedeekt.

In de kwestie van het gouden horloge hebben wij niet te maken met 'verlies' als de ernstigste vorm van beschadiging. Het horloge is voor zover bekend in het geheel niet beschadigd.

Maar is het verloren in de zin van 'kwijt geraakt'? Anders gezegd: heeft zich een evenement voorgedaan dat als een 'verliezen' in de zin van kwijtraken kan worden aangemerkt?

Die vraag kan niet worden beantwoord zonder dat eerst het begrip 'verlies' in de (beperkttere) zin van 'kwijt zijn' aan een nadere analyse wordt onderworpen.

3. ENKELE TAALKUNDIGE VALKUILEN ROND HET BEGRIIP 'VERLIES' IN DE ZIN VAN 'KWIJT ZIJN'

Bij de analyse van het begrip 'verlies' in de zin van 'kwijt zijn' dienen enkele valkuilen te worden vermeden.

Zo moeten wij ervoor waken om *verliezen* en *kwijtraken* als synoniemen te beschouwen. *Kwijtraken* is een ruimer begrip dan *verliezen*. Wie zijn autosleutel verliest, is deze kwijt. Maar wie zijn autosleutel kwijt is, hoeft deze

nog niet verloren te hebben. We mogen dus niet zeggen dat de zaak verloren is alleen omdat hij onvindbaar is. Nog een andere valkuil kan de discussie nodeloos bemoeilijken. De neiging zou kunnen bestaan om van 'verlies' te spreken wanneer de zaak 'als verloren moet worden beschouwd'.¹¹ Wat 'kan/moet worden beschouwd als' behoeft dat nog niet te zijn; sterker nog, is dat vaak ook niet. *Ik beschouw hem als mijn broer*, wat hij in werkelijkheid niet is; *ik beschouwde hem als mijn vriend*, wat hij in werkelijkheid niet bleek te zijn.

Ten overvloede: het *kwijt zijn* van de zaak impliceert niet dat deze ook is beschadigd. En de waarde van de zaak hoeft dus ook niet te zijn aangetast. De verloren zaak kan door de oneerlijke vinder weer tegen een mooie prijs worden verkocht.

4. GEEN TOETSING AAN GOEDERENRECHTELIJKE BEGRIPPEN

Wansink merkt op dat voor het aannemen van 'verlies' in de zin van kwijt zijn niet voldoende is 'dat de rechthebbende het bezit (de feitelijke heerschappij) dan wel de beschikkingsbevoegdheid over de zaak heeft verloren'. Dit laatste zegt hij in navolging van Eykman. Deze betoogt: 'het enkele feit dat de rechthebbende de beschikking (over de zaak) verloren is (beslag, revindicatie, eigen richting) is niet voldoende' (lees: voor het aannemen van verlies in de zin van *kwijt zijn*).¹²

Mijns inziens is dit echter geen zuivere benadering. Dat de rechthebbende de feitelijke heerschappij kwijt is, maakt inderdaad de zaak nog niet onvindbaar. Maar de onvindbaarheid c.q. het verlies van de zaak tast niet de beschikkingsbevoegdheid aan. Ook de rechten ten aanzien van een gestolen en onvindbaar geworden respectievelijk in beslag genomen auto kunnen worden overgedragen.

Daarom geloof ik ook dat goederenrechtelijke begrippen als eigendom, bezit, houderschap, beschikkingsbevoegdheid en levering bij het antwoord op de vraag of sprake is van 'verlies', geen enkele rol spelen, ja zelfs voor verwarring kunnen zorgdragen. Of iemand een goed heeft verloren, is een feitelijke vraag. Of iemand na dat verliezen nog beschikkingsbevoegd is, is een juridische vraag. Het goederenrecht geeft alleen antwoord op de tweede vraag.¹³

5. R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade*, Monografieën Nieuw BW B38, nr. 20.

6. Eykman, a.w., p. 134; Wansink, a.w., p. 57.

7. Salomons (t.a.p.) duidt verlies als beschadiging aan als verlies in 'ruime' zin en verlies in de zin van kwijtraken noemt hij verlies in 'enge' zin. Dit onderscheid spreekt mij niet zo aan. Immers, een begrip in ruime zin pleegt een begrip in enge zin te omvatten. Maar dat is hier niet het geval; verlies in de zin van 'zo ernstig beschadigd zijn dat de zaak als zodanig heeft opgehouden te bestaan' is wat anders dan 'kwijt geraakt zijn'.

8. Vergelijk Wansink, a.w., p. 58, en Eykman, a.w., p. 134.

9. Aan de hand van deze dogmatick wordt ook aanstonds duidelijk waarom de damwand die na voltooiing van het werk niet kan worden getrokken, geen 'verlies' in de zin van de CAR-verzekering oplevert; hij is niet aangetast (laat staan zo ernstig dat hij heeft opgehouden te bestaan) en hij is evenmin *onvindbaar* geworden. Vergelijk T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, p. 211 die tot dezelfde conclusie komt maar langs een weg die mij minder aanspreekt; zijns inziens is er geen verlies omdat de damwand 'niet zo zeer buiten de macht van de verzekerde geraakt, maar deze kan er om andere reden niet over beschikken'.

10. Vergelijk Wansink, a.w., p. 57.

11. Ook Dorhout Mees signaleert dit, a.w., p. 211.

12. Eykman, a.w., p. 134.

13. Wansink spreekt dan ook terecht over bezit in de zin van feitelijke heerschappij waarmee hij dus kennelijk niet het oog heeft op het juridische begrip bezit.

5. NADERE ANALYSE VAN VERLIES ALS 'KWIJT ZIJN'; DE ONVRIJWILLIGHEID

Verliezen is iets wat iemand ongewild overkomt. Men verliest een dierbaar familielid, zijn vertrouwen, een vinger of zijn baan.¹⁴ In al die gevallen gebeurt dat tegen de wil van de 'rechthebbende'.

Als ik mijn portefeuille op straat verlies doordat deze uit mijn jaszak valt, en deze daardoor uit mijn bezit geraakt, is dat dus tegen mijn wil; het overkomt mij. Hetzelfde geldt als mijn portefeuille wordt gestolen bij een inbraak; ook dan raak ik mijn portefeuille onvrijwillig kwijt en daarom kan ook dan worden gesproken van 'verlies'; zij het niet als gevolg van verliezen maar van diefstal na braak.¹⁵

Zelfs als ik bij het opnemen van geld onnadenkend mijn portefeuille naast de geldautomaat leg, wegloop, mijn fout ontdek en vervolgens bij terugkeer ontdek dat de portefeuille door een onverlaat is meegenomen, is nog steeds sprake van onvrijwilligheid; ik had nimmer de wil om mijn portefeuille af te staan aan een ander. Ook dan kan nog worden gesproken van 'verlies' en wel als gevolg van diefstal.¹⁶

Als ik daarentegen op het strand – wanneer ik wil gaan zwemmen – mijn portefeuille in bewaring geef aan een andere badgast die er keurig en betrouwbaar uitziet maar die zich daarmee vervolgens uit de voeten maakt, raak ik weliswaar ook mijn portefeuille kwijt. Echter dat was nadat ik eerder mijn portefeuille vrijwillig had afgestaan. Daarom is daar geen sprake van 'verlies'. Ook al was mijn wil natuurlijk niet erop gericht dat mijn portefeuille werd verduisterd, wel was mijn wil gericht op het, zij het alleen voor de duur van het zwemmen, afstaan van mijn portefeuille toen ik deze aan de andere badgast overhandigde. Dat ik in mijn vertrouwen dat ik mijn portefeuille naderhand weer zou terugkrijgen, wordt teleurgesteld, doet aan het vrijwillig karakter van het afstaan van de portefeuille niet af. Hoezeer ook sprake is van 'onvindbaar zijn' van mijn portefeuille, men kan naar normaal spraakgebruik onmogelijk zeggen dat ik mijn portefeuille op het strand heb verloren of dat deze door een andere gebeurtenis tegen mijn wil uit mijn handen is geraakt. Alleen mijn verwachting dat de door mij afgestane portefeuille weer aan mij zou worden teruggegeven, is niet uitgekomen.

Ik meen dan ook dat van 'verlies' in de zin van 'kwijt zijn' als bedoeld in de polisvoorwaarden slechts kan worden gesproken indien de wil van de rechthebbende uitdrukkelijk niet was gericht op het afstaan (in de zin van het feitelijk ter hand stellen, overdragen) van de

zaak.¹⁷ De juridische kwalificatie van dat afstaan en de gevolgen daarvan doen daarbij niet ter zake.

In onze voorbeelden was de wil op het afstaan er wel. De portefeuille werd vrijwillig afgestaan. Hetzelfde geldt voor het gouden horloge, immers ik heb het doelbewust afgeleverd aan iemand die zich als reparateur presenteert; de reparateur gaf het horloge, dacht hij, terug aan de rechthebbende. Daarom kan naar mijn oordeel niet worden gesproken van een 'verlies' als bedoeld in de polisvoorwaarden. Dat de aflevering plaatsvond aan iemand die achteraf een ander bleek te zijn waardoor het horloge spoorloos kon verdwijnen, doet aan het vrijwillige karakter van het afstaan niet af.

Art. 7:958 lid 1 sub c BW gaat aan het element van de onvrijwilligheid voorbij. In de literatuur wordt bij het bespreken van het begrip 'verlies' evenmin aan dat element aandacht besteed. Wansink noemt wel het voorbeeld van de horlogemaker wiens ondergeschikte een ter reparatie ingenomen horloge 'per abuis' verkoopt aan een ander die vervolgens weigert het horloge terug te geven. Wansink meent dat hier geen sprake van 'verlies' is omdat het horloge niet 'onvindbaar' is in de zin van 'in redelijkheid niet meer op te sporen'.

Ik meen dat Wansink hier een stap overslaat door de vraag of sprake is van 'verlies', uitsluitend te toetsen aan de vraag of de zaak onvindbaar is, niet ook aan de vraag of het afstaan van het horloge, hoezeer ook per abuis, onvrijwillig geschiedde.

6. KAN EEN 'KWIJTRAKEN' DOOR DE ÉÉN EEN 'VERLIES' VOOR DE ANDER OPLEVEREN?

Zou het in verkeerde handen vallen van mijn horloge, doordat de reparateur het niet aan de juiste persoon teruggaf, voor mij wel een 'verlies' in de zin van kwijtraken kunnen opleveren? Kan gezegd worden dat ik door de actie van de eerlijke reparateur het horloge wel heb verloren in de zin van kwijtgeraakt?

Naar mijn oordeel is dat inderdaad het geval. Ook nadat ik het horloge had afgegeven aan de reparateur, had ik het horloge nog in mijn macht. Ik oefende immers die macht uit via de reparateur als bewaarder. Toen de reparateur mijn horloge (terug)gaf aan iemand die zich ten onrechte presenteerde als rechthebbende, geraakte het horloge uit mijn macht en werd het onvindbaar. Boven-

14. Men kan ook de moed verliezen, zoals schrijver dezes bij het opstellen van deze bijdrage bijna heeft moeten ervaren. En dat was zeker niet wat hij wilde. Immers, een oud Nederlands spreekwoord zegt niet voor niets 'Moed verloren, al verloren' (d.w.z. wie de moed opgeeft, is reddeloos verloren).

15. Zie ook Dorhout Mees, a.w., p. 211, die spreekt van verlies van bouwmaterialen als gevolg van diefstal.

16. Zie ook de casus in Hoge Raad 11 januari 1991, NJ 1991, 271 waarbij tussen verzekeraar en verzekerde kennelijk overeenstemming bestond dat sprake was van een verlies in de zin van de kostbaarhedenpolis toen een handtas met kostbare sieraden enkele minuten onbewaakt in een wc van een hotel werd achtergelaten en vervolgens werd gestolen.

17. Anders dan men op het eerste gezicht misschien zou denken behoeft bij de begrippen 'kwijtraken' en 'kwijt zijn' niet altijd sprake te zijn van onvrijwilligheid. Het komt ook voor dat de wil juist wel is gericht op het 'kwijtraken' of 'kwijt zijn'. De winkelier hoopt in de opruiming de restanten van de zomercollectie kwijt te raken, de werkgever is zijn luie werknemer liever kwijt dan rijk (en als hij die werknemer eindelijk kwijt is, is dat voor het bedrijf dus geen verlies).

dien geschiedde dat afgeven ook nog eens tegen mijn wil.¹⁸ Daarom leidt die afgifte van het horloge door de reparateur voor mij wél tot verlies.

7. CONCLUSIE

Geconcludeerd moet worden dat van 'verlies' in de zin van 'kwijt zijn' alleen dan kan worden gesproken wanneer degene die het goed is kwijt geraakt, niet de wil had om de macht daarover af te staan. Daarnaast dient ook sprake te zijn van onvindbaarheid, zodat herkrijging niet meer is te verwachten.

Voor de besproken casus betekent zulks dat de schade die ik lijdt omdat mijn gouden horloge in verkeerde handen terecht is gekomen als gevolg van het feit dat ik het zelf aan een oplichter heb afgegeven, niet onder de kostbaarhedenpolis is gedekt; het *kwijt zijn* van het horloge is immers niet een gevolg van een 'verlies' daarvan. Om dezelfde reden is de aansprakelijkheid van de reparateur die het horloge aan een niet-rechthebbende meegaf, ook niet onder diens aansprakelijkheidsverzekering gedekt.

Omdat de afgifte door de reparateur aan de niet-rechthebbende wel geschiedde tegen mijn wil, levert die handeling voor mij wel een verlies op en is mijn schade gedekt onder de kostbaarhedenpolis.

18. Dat wil zeggen, ik zou het uiteraard niet gewild hebben als de reparateur het mij gevraagd zou hebben.