

HR 3 maart 1972 (Maring / assuradeuren), NJ 1972, 339.

HOGE RAAD 3 maart 1972. (Mrs. Wiarda, Peters, Ras, Minkenhof en Drion).

De vennootschap naar Frans recht La Confiance, Compagnie d'Assurances contre l'Incendie, les Accidents, la Grele et les Risques Divers, te Marly-le-Roi (Seine et Oise), eiseres tot cassatie van een door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arrest van 28 jan. 1971, adv. Mr. W. Blackstone,

tegen

J. Maring, te Tjamsweer, gemeente Appingedam, verweerder in cassatie, adv. Mr. L.D. Pels Rijcken;

en

de n.v. naar Frans recht L'Union, Compagnie d'Assurances contre l'Incendie, les Accidents et Risques Divers, te Parijs, eiseres tot cassatie van een tussen pp. door Hof Amsterdam gewezen arrest van 28 jan. 1971, adv. Mr. W. Blackstone,

tegen

J. Maring, te Tjamsweer, gemeente Appingedam, verweerder in cassatie, adv. Mr. L.D. Pels Rijcken.

De Hoge Raad, enz.;

Gezien het bestreden arrest en de stukken van het geding waaruit blijkt:

dat bij dagvaarding van 23 aug. 1967 verweerder, Maring, de eiseres in de zaak 10.546 als eerste gedaagde en de eiseres in de zaak 10.545 als tweede gedaagde, nader te noemen de verzekeraars of L'Union en La Confiance, heeft gedaagd voor de Rb. te Amsterdam en de veroordeling heeft gevraagd van L'Union tot de betaling van f 114 842,57 en van La Confiance tot de betaling van f 44 140,43, daartoe aanvoerende:

"dat de verzekeraars L'Union bij polis van 27 mei/6 juni 1959 een bedrag van f 300 000 als deel van f 350 000, en La Confiance bij polis van 17 april/27 aug. 1964 een bedrag van f 50 000 eveneens als deel van f 350 000 tegen brand hebben verzekerd op de opstal en getimmerden van het Maring in eigendom toebehorende pand staande en gelegen Grauwedijk no. 8 te Overschild (gemeente Slochteren);

dat voormeld door de verzekeraars verzekerd pand op 8 dec. 1965 door brand grotendeels is verwoest;

dat de schatters, benoemd door pp. ingevolge paragraaf 8 der betrokken polissen, de schade in maart 1966 blijkens akte van taxatie hebben vastgesteld en wel op een bedrag van f 215 000 op basis van hetgeen in die akte is aangeduid als de "innerlijke waarde" en op een bedrag van f 308 983 op basis van hetgeen in die akte is aangeduid als de "herbouwwaarde", terwijl zij in die akte als waarde voor de brand hebben vermeld een bedrag van f 250 000 "op basis innerlijke waarde" en een bedrag van f 325 774 "op basis herbouwwaarde";

dat de onderhavige ter beurze van Amsterdam afgesloten zogenaamde beursbrandpolissen naar inhoud en strekking medebrengen, dat op basis van de herbouwwaarde is verzekerd;

dat Maring ten overvloede stelt, dat hij voornemens is de afgebrande opstallen te herbouwen en dat hij aan dit voornemen reeds gedeeltelijk uitvoering heeft gegeven;

dat de verzekeraars derhalve gehouden zijn Maring als verzekerde eigenaar van de door brand verwoeste opstallen een bedrag van f 308 983 te vergoeden en wel L'Union:

300 000

350 000

van dit bedrag, zijnde f 264 842,57, en La Confiance:

50 000

350 000

van dit bedrag, zijnde f 44 140,43;

dat de verzekeraars niet bereid zijn gebleken voormelde bedragen in der minne te vergoeden, behoudens een door L'Union verleend voorschot van f 150 000, zodat de vordering tegen L'Union tot f 114 842,57 kan worden verminderd";

dat, na verweer door de verzekeraars, Maring bij conclusie van repliek in verband met na de dagvaarding door de verzekeraars gedane betalingen zijn vorderingen heeft verminderd die tegen L'Union tot f 80 556,57 en die tegen La Confiance tot f 13 426,43;

dat de Rb. bij vonnis van 18 dec. 1968 de vorderingen tegen de verzekeraars, zoals verminderd, heeft toegewezen, waarbij de Rb. heeft overwogen:

"Tussen pp. staat als niet dan wel onvoldoende bestreden het volgende vast:

De verzekeraars hebben voor een bedrag van onderscheidenlijk f 300 000 en f 50 000, telkens als deel van f 350 000, tegen brand verzekerd de aan Maring in eigendom toebehorende boerderij, gelegen te Overschild (gemeente Slochteren), Grauwedijk 8 - L'Union na inspectie door haar gemachtigde bij Amsterdamse beursbrandpolis van 27 mei/6 juni 1959 en La Confiance bij Amsterdamse beursbrandpolis van 17 april/27 aug. 1964.

In het van beide polissen deelsluitmakende aanhangsel komt de volgende clause voor: "15.

Waardering. Wordende de waarde van het (de) verzekerde interest(en) met wederzijds goedvinden, nu en voor alsdan uitdrukkelijk vastgesteld op de verzekerde som(men)."

Genoemde boerderij is op 8 dec. 1965 grotendeels door brand verwoest.

Overeenkomstig het rapport van taxatie van de door pp. ingevolge paragraaf 8 van de polissen benoemde schatters bedraagt de schade f 215 000, berekend op basis van de "innerlijke waarde" en f 308 983 op basis van de "herbouwwaarde". Zoals de schatters in hun rapport van taxatie hebben vermeld, belooft de waarde van de boerderij voor de brand f 225 000 op basis "innerlijke waarde" en f 325 774 op basis "herbouwwaarde".

Voor de dagvaarding heeft L'Union als voorschot op de schade-uitkering aan Maring betaald f 150 000.

Op of omstreeks 25 okt. 1967 heeft L'Union aan Maring een tweede voorschot betaald ad f 34 286.

La Confiance heeft op 9 okt. 1967 ter zake van de onderhavige schade f 30 714 aan Maring voldaan.

Het totaal van het aldus betaalde bedraagt f 215 000. De boerderij was door Maring verpacht aan zijn schoonzoon. Maring heeft ter plaatse een nieuwe boerderij doen bouwen.

Behoudens de vraag wie van hen in de proceskosten dient te worden veroordeeld is het enige geschilpunt dat pp. verdeeld houdt, de vraag welke waarde van het verzekerde is gedekt.

Maring houdt staande, dat is verzekerd op basis van herbouwwaarde. L'Union en La Confiance daarentegen zijn van oordeel, dat bij totaal verlies slechts de innerlijke waarde is verzekerd, zodat Maring op niet meer dan in totaal f 215 000 aanspraak kan maken.

Alvorens in te gaan op hetgeen door Maring ter ondersteuning van zijn stelling wordt aangevoerd, gaat de Rb. eerst na of een brandverzekering van een gebouwd onroerend goed als het onderhavige tegen de volledige herbouwwaarde rechtsgeldig kan worden gesloten. De Rb. beantwoordt deze vraag bevestigend onder verwijzing naar art. 29 der Pachtwet, in welk artikel - uitzonderingen daargelaten - op de verpachter de plicht wordt gelegd om door brand tenietgegane opstallen te herbouwen, van welke verplichting de verpachter kan worden ontheven, indien deze opstallen niet op redelijke voorwaarden voor de herbouwwaarde verzekerd kunnen worden. De in dit artikel bedoelde verzekering voor de herbouwwaarde is een verzekering tot zodanig bedrag, dat daarmee door de verpachter kan worden voldaan aan zijn evengenoemde verplichting en derhalve niet de verzekering met het beding van

wederopbouw van artt. 288 en 289 K., bij welke laatste verzekering geen hogere uitkering dan 3/4 der herbouwkosten mag worden bedongen.

Het eerste argument waarop Maring zich ter ondersteuning van zijn betoog beroept, behelst, dat de polissen naar inhoud en strekking medebrenge, dat op basis van herbouwwaarde is verzekerd, waartegenover L'Union stelt, dat uit de polis met aanhangsel blijkt, dat op basis van intrinsieke waarde is verzekerd.

Vervolgens beroept Maring er zich op, dat de boerderij in mei 1959 door een gemachtigde van L'Union is geïnspecteerd, waarna de verzekerde som op f 300 000 is bepaald. Hierna is - aldus Maring - in 1964 wegens de sterk gestegen bouwkosten de boerderij bij La Confiance bijverzekerd voor f 50 000.

Voorts stelt Maring, dat hij er belang bij had de boerderij tegen herbouwwaarde te verzekeren, omdat het in de boerderij uitgeoefende agrarische bedrijf continuïteit van het gebruik eist.

Tenslotte voert Maring aan, dat het gebruik medebrengt, dat in een geval als het onderhavige wordt afgerekend op basis van herbouwwaarde zonder aftrek wegens verbetering van oud tot nieuw.

De Rb. is van oordeel, dat gewichtige vermoedens voorhanden zijn en daardoor bewezen is dat Maring en L'Union bij het aangaan van de verzekering geen andere bedoeling hadden dan dat de onderhavige boerderij tegen de volledige herbouwwaarde verzekerd zou zijn. De Rb. acht deze vermoedens gelegd in de volgende feiten:

- Maring en L'Union taxeerden bij het sluiten van de verzekering in 1959 blijkens voormelde clause 15 de waarde van het verzekerde op de voet van art. 274 K. op de verzekerde som;
- de innerlijke waarde van het verzekerde blijkt ruim 6 jaar later f 225 000 te bedragen, dat wil zeggen nog geen 65% van de inmiddels op f 350 000 gebrachte som dezer partijtaxatie, terwijl de herbouwwaarde ad f 325 774 alsdan nog geen 7% onder deze som ligt.

La Confiance heeft zich in 1964 blijkens de in de namens haar afgegeven polis voorkomende bepaling, dat de door haar met Maring aangegane verzekeringsovereenkomst geschiedt voor f 50 000 als deel van f 350 000, bij de verzekering tussen Maring en L'Union aangesloten.

Genoemde partijtaxatie geldt ook tussen Maring en La Confiance, nu clause 15 tevens deel uitmaakt van haar polis zodat ook ten aanzien van La Confiance het voormelde bewijs door de genoemde vermoedens aanwezig is. Uit het vorenoverwogene volgt, dat op beide polissen de onderhavige boerderij op basis van herbouwwaarde is verzekerd. De overige door Maring aangevoerde gronden behoeven geen bespreking.

Nu de schade-omvang als zodanig niet is betwist is Marings vordering, zoals deze ten processe is verminderd, terstond toewijsbaar.";

dat beide verzekeraars van dit vonnis in beroep zijn gekomen bij het Hof en daarbij als grieven hebben aangevoerd:

La Confiance: dat de Rb. ten onrechte uit de haar bekende feiten het vermoeden heeft afgeleid dat partijen bij het aangaan van de verzekering de bedoeling hadden dat de boerderij op de grondslag van de volle herbouwwaarde verzekerd zou zijn;

L'Union:

"1. Ten onrechte heeft de Rb. uit gewichtige vermoedens van een eenzijdige partijbedoeling het bestaan van een tweezijdige wilsovereenstemming bewezen geacht.

2. Ten onrechte heeft de Rb. aangenomen dat de boerderij op basis van de herbouwwaarde was verzekerd.

3. Ten onrechte heeft de Rb., al aannemende, dat op basis van de herbouwwaarde was verzekerd, nagelaten de naar dwingend recht voorgeschreven aftrek van een vierde gedeelte toe te passen als verbetering van oud tot nieuw.";

dat L'Union bij de toelichting van de derde grief onder meer heeft aangevoerd:

"De schatters zijn uiteraard uitgegaan van de kosten tot een herbouw in moderne zin. Aldus verkrijgt Maring in plaats van zijn stokoude boerderij van 1885 een modern opgetrokken

gebouw. Voor een aftrek van 1/4 als verbetering van oud tot nieuw was derhalve alle aanleiding.";

dat het Hof bij zijn arrest van 25 juni 1970 Prof. Mr. T.J. Dorhout Mees, Mr. J.H.G. Zeelenberg en Mr. H. Millaard als deskundigen heeft benoemd ter beantwoording van de volgende vragen:

"a. is het usance, althans bij brandverzekeringen als de onderhavige, in de polis nader aan te geven of verzekerd wordt de innerlijke waarde dan wel de herbouwwaarde van het onroerend goed?

b. indien de onder a gestelde vraag ontkennend wordt beantwoord: is het usance dat door de assuradeur op basis van herbouwwaarde wordt afgerekend?";

dat het Hof vervolgens bij het thans bestreden arrest het vonnis van de Rb. ten aanzien van beide verzekeraars heeft bekrachtigd, na te hebben overwogen:

5. "dat deskundigen hebben bericht:

Onder de aanduiding: brandverzekeringen als de onderhavige, verstaan deskundigen brandverzekeringen op de opstal van boerderijen, afgesloten ter beurze te Amsterdam, waarbij de overeenkomst is neergelegd in het formulier van de Amsterdamse Beursbrandpolis als gedeponeerd ter Rb. te Amsterdam op 25 okt. 1954, en waarbij generlei aanduiding is opgenomen betreffende de soort van waarde, met name niet wordt gesproken over de innerlijke dan wel de herbouwwaarde, die aan de verzekering ten grondslag ligt, noch dienaangaande enige clause betreffende de berekening van de uitkering is opgenomen. Deskundigen beantwoorden de gestelde vragen als volgt:

Vraag a. Weliswaar wordt bij risico's als het onderhavige ter beurze meermalen in de polis aangegeven welke soort van waarde verzekerd wordt, hetgeen dan meestal de herbouwwaarde is, doch van een usance dit te vermelden is geen sprake.

Vraag b. Het is usance dat de verzekeraar op basis van herbouwwaarde afrekenen mits de verzekerde som daarvoor toereikend is en mits niet bij speciale clause in andere zin is bedongen.

Ter toelichting diene het volgende.

In vroegere jaren, met grotere stabiliteit van prijzen, werd ter beurze meestal op basis van innerlijke waarde verzekerd. Reservering wegens afschrijving op grond van ouderdom kon dan het verschil met de herbouwkosten overbruggen. Dit systeem voldoet niet meer. Enerzijds plaatst de huidige steeds voortschrijdende geldontwaarding de verzekerde die de zojuist geschetste methode zou blijven volgen, bij verloren gaan van de opstal voor grote financiële moeilijkheden, anderzijds kan van de verzekeraar niet verwacht worden dat hij volledig reparatiekosten vergoedt indien hij slechts premie ontving over een verzekerde som die - soms aanzienlijk - lager is dan de bouwkosten. De onzekerheid welke op dit laatste punt vroeger wel bestond mag men na de taxatie-Offerhaus van 10 maart 1946 als opgeheven beschouwen, omdat zich sindsdien een algemeen gevolgd gebruik heeft gevestigd reparatiekosten slechts naar evenredigheid van de verzekerde som tot de herbouwkosten te vergoeden. Deze problemen zijn slechts te voorkomen door verzekering op basis van herbouwwaarde.

De verzekering van gebouwen naar volle herbouwwaarde is door het verzekeringsbedrijf volledig erkend, zelfs zonder verplichting tot wederopbouw. De hierop betrekking hebbende wettelijke bepalingen zijn in onbruik geraakt. Dit geldt thans ook voor de verzekeringen ter beurze. Voor boerderijen zijn beperkende bepalingen zeker niet ongebruikelijk. Wij noemen de verzekering naar volle herbouwwaarde met verplichting tot wederopbouw en een bepaling waarbij de uitkering bij totaal verlies of quasi-totaal verlies beperkt wordt tot het bedrag dat men werkelijk voor de herbouw (van een vaak modernere, kleinere en dus goedkopere boerderij) uitgeeft.

Zijn echter geen speciale beperkende bepalingen gemaakt, en is de verzekerde som niet lager dan de herbouwkosten, dan geschiedt afrekening van partiele schade door vergoeding van

herstelkosten en bij totaal verlies als kosten van herbouw. Wat dit laatste betreft merken ondergetekenden nog op dat, indien de verzekerde som niet lager is dan de herbouwwaarde, er niet aan kan worden getwijfeld dat bij partiele schade de kosten van herstel volledig worden vergoed.

Een bepaling overeenkomende met art. 717 K. kent de brandverzekering niet, en daartoe strekkende bedingen zijn in de brandverzekering niet gebruikelijk. Dan achten ondergetekenden het ook ongerijmd dat bij het vorderen van vergoeding voor een zeer grote brandschade die als partiele schade wordt aangediend de uitkering belangrijk hoger zou kunnen zijn dan wanneer diezelfde schade zou worden aangediend als een totaal schade en zou worden afgerekend op basis van innerlijke waarde onder aftrek van de waarde van restanten. Alleen wanneer voor totaal verlies een speciale in andere richting gaande afspraak zou zijn gemaakt - te vergelijken met de "dual valuation clause" bij de zecascoverzekering - zou dit anders liggen.

6. "dat het Hof het oordeel van deskundigen dat het usance is dat de verzekeraar bij verzekeringen als de onderhavige op basis van herbouwwaarde afrekent, mits de verzekerde som daarvoor toereikend is en niet bijzonderlijk anders is bedongen, overneemt;

7. "dat dit ingevolge het bepaalde in art. 1375 BW meebrengt dat La Confiance en L'Union zijn gehouden op grondslag van herbouwwaarde met Maring af te rekenen en dat de grief van La Confiance en de grieven 1 en 2 van L'Union niet tot vernietiging van het aangevallen vonnis kunnen leiden;

8. "met betrekking tot de derde grief van L'Union:

dat, gelijk L'Union zelf heeft opgemerkt, uit de onderhavige verzekeringsovereenkomsten geen verplichting tot herbouw voor Maring voortvloeit en dus art. 289, lid 3 K. hier niet toepasselijk is;

dat geen rechtsregel zich tegen afrekening op basis van herbouwwaarde verzet;

dat mitsdien de derde grief van L'Union ongegrond is;

9. "dat het bewijsaanbod van L'Union als te vaag en niet ter zake dienende moet worden voorbijgegaan;"

O. dat door beide verzekeraars als middel tot cassatie is voorgedragen:

"Schending van het recht en verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordien het Hof het beroepen vonnis der Rb. heeft bekrachtigd, cum annexis, zulks op de gronden vermeld in zijn beroepen arrest alsmede in zijn daaraan voorafgegaan tussenarrest van 25 juni 1970, en hier als ingelast te beschouwen, en meer in het bijzonder uit de hierboven onder 6 - 9 weergegeven overwegingen, zulks ten onrechte,

a. omdat de door het Hof aangenomen "usance" noch "ingevolge het bepaalde in art. 1375 BW" noch uit anderen hoofde medebrengt, en/of kan medebrengen, dat de verzekeraars (rechtens) gehouden zouden zijn "op grondslag van herbouwwaarde met Maring af te rekenen", daar zodanige wijze van afrekening afwijkt van, en in strijd is met, wezenlijke (essentiele) beginselen (met name het zogenaamde indemniteitsbeginsel) welke ten grondslag liggen aan en zijn uitgewerkt in de wetsbepalingen betreffende "assurantie of verzekering in het algemeen" en de "verzekering tegen de gevaren van brand (etc.)" (resp. in de negende en tiende titel van Boek I K.) en in het bijzonder artt. 288 en 289, welke laatstgenoemde artikelen trouwens - blijkens hun tekst, ratio en geschiedenis en hun plaats in het systeem der vorenbedoelde wetsbepalingen - voorschriften bevatten welke (als van openbare orde) dwingend recht behelzen, waarvan afwijking, ook al is deze wellicht niet uitdrukkelijk verboden, niettemin ingevolge art. 254 K. nietig is, weshalve - a fortiori - ook een afwijkende "usance" als door het Hof aangenomen te dezen rechtens onverbindend is.

b. omdat, indien al toelaatbaar zoude zijn een verzekering (als "de onderhavige") van gebouwde eigendommen tegen de gevaren van brand, welke valt buiten de twee categorieën geregeld in artt. 288 en 289 en waarbij de verzekeraar is gehouden met de verzekerde af te

rekenen op grondslag van "herbouwwaarde" - waarmede ten processe klaarblijkelijk een andere (en hogere) "waarde" is bedoeld dan de in artt. 288 en 289 bedoelde "waarde der verzekerde goederen" resp. "... van het perceel" - zonder dat de verzekerde tot de wederopbouw of het herstel verplicht is, zodanige (van de regelen van artt. 288 en 289 afwijkende en daarmede strijdige) verzekering, resp. een uit de verzekering voortvloeiende gehoudenheid van de verzekeraar om "op grondslag van herbouwwaarde" met de verzekerde af te rekenen, dan toch alleen kan tot stand komen bij een uitdrukkelijk daarop gerichte overeenkomst (resp. een uitdrukkelijk daarop gericht beding) en niet als uitvloeisel van een "usance" als te dezen door het Hof in voormelde r.o. 6 en 7 aangenomen.

c. omdat in elk geval, indien de verzekeraars i.c. al, in verband met art. 1375 BW en de door het Hof aangenomen "usance", in principe gehouden zouden zijn met Maring af te rekenen "op grondslag van herbouwwaarde", daarbij het voorschrift van art. 289 lid 3 overeenkomstig zal moeten worden toegepast, waaraan niet afdoet dat uit de onderhavige verzekeringsovereenkomsten geen verplichting tot herbouw voor Maring voortvloeit en dus art. 289 lid 3 te dezen, althans naar zijn letter, wellicht niet rechtstreeks toepasselijk zou zijn, nu immers artt. 288 en 289 - blijkens hun tekst, ratio en geschiedenis en hun plaats in het systeem van de wetsbepalingen betreffende de verzekering - voorschriften bevatten, en in elk geval art. 289 lid 3 K. een voorschrift bevat, van dwingendrechtelijke aard en, mede in verband daarmede, een redelijke wetsuitlegging en -toepassing vergt dat, waar bij een verzekeringsovereenkomst-krachters-welke-de-verzekerde-tot-de-wederopbouw "de verzekering nimmer drie vierden (der kosten tot de wederopbouw vereist) (zal) mogen te boven gaan", ook (en a fortiori) bij verzekering-van-de-(volle)-"herbouwwaarde"-(zonder-verplichting-van de verzekeraar niet tot uitkering van die volle "herbouwwaarde" (in de ten processe bedoelde zin) gehouden mag en kan zijn.";

dat daarbij door L'Union aan het derde onderdeel van het middel subsidiair is toegevoegd: "dat het Hof, ten aanzien van de derde grief van L'Union overwegende en beslissende als vermeld in de hiervoren geciteerde r.o. 8 van zijn eindarrest (en haar bewijsaanbod voorbijgaande als vermeld in r.o. 9 van dat arrest), zijn arrest te dezen niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed, resp. voormelde derde grief op rechtens niet afdoende gronden heeft verworpen, nu L'Union in haar meergenoemde derde appelgrief, onder meer stellende "Ons Recht kent het indemniteitsbeginsel: de verzekerde mag nimmer van het evenement beter worden", heeft betoogd dat te dezen voor een aftrek bij de verzekeringsuitkering "ook feitelijk alle reden" was, zulks met de motivering:

"De schatters zijn uiteraard uitgegaan van de kosten tot een herbouw in moderne zin. Aldus verkrijgt Maring in plaats van zijn stokoude boerderij van 1885 een modern opgetrokken gebouw. Voor een aftrek van 1/4 als verbetering van oud tot nieuw was derhalve alle aanleiding."

op welke feitelijke stellingen het Hof ten onrechte in het geheel niet, althans onvoldoende, is ingegaan.";

O. aangaande onderdeel a van het middel:

dat volgens dit onderdeel een afrekening tussen verzekerde en verzekeraar op de grondslag van herbouwwaarde in strijd is met het aan de wetsbepalingen betreffende de schadeverzekering ten grondslag liggende indemniteitsbeginsel, voor de brandverzekering uitgewerkt in de artt. 288 en 289 K., welke laatste voorschriften dwingend recht behelzen waarvan afwijking de verzekering ingevolge art. 254 nietig maakt, weshalve ook een daarvan afwijkende usance als door het Hof aangenomen rechtens onverbindend is;

dat op zich zelf juist is dat aan het Nederlandse schadeverzekeringsrecht, zoals ook de omschrijving van die verzekering in art. 246 doet uitkomen, ten grondslag ligt het zogenaamde indemniteitsbeginsel, welk beginsel meebrengt dat de verzekeringsovereenkomst

behoort te zijn gericht op de vergoeding van de schade welke de verzekerde zal lijden als gevolg van het onzeker voorval waartegen de verzekering dekking geeft, en niet de strekking mag hebben dat de verzekerde als gevolg van het intreden van dat voorval in een voordeliger positie geraakt; dat in overeenstemming hiermede de wetgever met verschillende bepalingen als de artt. 250, 252, 253 en 254 en, voor wat de brandverzekering betreft, de artt. 288 en 289 getracht heeft te voorkomen dat de verzekerde door de uitkering waarop de verzekering bij het intreden van het onzeker voorval aanspraak geeft, zou worden bevoordeeld en daardoor bij het intreden van dat voorval belang zou kunnen krijgen;

dat echter in haar algemeenheid onjuist is de stelling dat een verzekering waarbij de verzekeraar op zich neemt om, ingeval de verzekerde zaak teniet gaat of waardeloos wordt, aan de verzekerde een vergoeding te verstrekken op de grondslag van nieuwwaarde, of voor gebouwd onroerend goed van herbouwwaarde of herbouwkosten, met het indemniteitsbeginsel onverenigbaar zou zijn;

dat zich immers zeer wel gevallen kunnen voordoen, waarin slechts door een vergoeding op die grondslag de schadelijke gevolgen van het voorval voor de verzekerde kunnen worden weggenomen;

dat dit ten aanzien van gebouwde eigendommen in het bijzonder het geval zal zijn indien de functie die het gebouw voor de verzekerde heeft, meebrengt dat dit bij teniet gaan door brand of anderszins moet worden herbouwd, terwijl, hoewel de herbouwkosten de waarde van het gebouw voor het evenement overtreffen, de economische betekenis die het nieuwe gebouw voor de verzekerde zal hebben, niet beduidend zal verschillen van dit welke het oude gebouw voor hem had;

dat juist met betrekking tot een gebouw als hier in geding is, een verpachte boerderij, ook de wetgever er blijkens het bepaalde in art. 29 van de Pachtwet van is uitgegaan niet alleen dat, ingeval de opstal door brand teniet gaat, de eigenaar slechts door een volledige vergoeding op de grondslag van herbouwwaarde in de gelegenheid is te voldoen aan zijn verplichting tot wederopbouw van het verpachte, maar ook dat een verzekering op deze grondslag bestaanbaar en normaal is en door de verpachter dan ook in het algemeen als zekerheid voor de nakoming van die wederopbouwverplichting behoort te worden gesloten;

dat toch volgens het tweede lid van dat artikel de verpachter van zijn in het algemeen ingevolge het eerste lid tegenover de pachter bestaande plicht tot wederopbouw kan worden ontheven, indien de opstallen niet op redelijke voorwaarden voor de herbouwwaarde verzekerd kunnen worden, terwijl het derde lid voor het geval de verpachter, hoewel de opstallen op redelijke voorwaarden voor de herbouwwaarde kunnen worden verzekerd, niet of niet afdoende tegen brandschade verzekerd is en niet anderszins voor de nakoming van de wederopbouwverplichting zekerheid biedt, de pachtkamer de bevoegdheid geeft de pachter te machtigen zulk een verzekering voor rekening van de verpachter te sluiten; dat daarbij onder de verzekering voor de herbouwwaarde wordt verstaan een verzekering tot zodanig bedrag dat daarmee kan worden voldaan aan de verplichting tot wederopbouw;

dat, al behoeft, gelijk uit het hierboven overwogene volgt, in het indemniteitsbeginsel in het algemeen geen bezwaar te worden gezien tegen een brandverzekering van gebouwde eigendommen, waarbij op de grondslag van herbouwwaarde of volledige herbouwkosten wordt afgerekend, niettemin de vraag moet worden beantwoord of de wijze waarop de wetgever dit beginsel in de artt. 288 en 289 K. heeft uitgewerkt, daartegen een beletsel vormt; dat tekst en geschiedenis van deze bepalingen er geen twijfel over kunnen laten bestaan dat de wetgever van 1838 bij verzekering van gebouwde eigendommen slechts twee vormen van verzekering heeft willen erkennen, te weten een verzekering, waarbij de schade wordt opgemaakt door de vergelijking van de waarde van het perceel voor de ramp met hetgeen het overblijvende dadelijk na de brand waard is, welke verzekering dan voor de volle waarde der verzekerde goederen kan worden gedaan (art. 288 lid 2 en 289 lid 1), en een verzekering met

beding van wederopbouw, waarbij uiterlijk ten belope van de verzekerde som de kosten tot de wederopbouw vereist zullen worden vergoed met dien verstande evenwel dat de verzekering nimmer drie vierden dier kosten mag te boven gaan (art. 288 lid 3 en 289 leden 2 en 3); dat daarbij het verband tussen de voorschriften betreffende deze beide vormen van verzekering tevens duidelijk maakt dat, welke waardesoort de wetgever ook op het oog mag hebben gehad waar in art. 288, lid 2 van "waarde" en in art. 289 van "volle waarde" wordt gesproken, hij daaronder in geen geval de volle herbouwwaarde kan hebben verstaan; dat de beperkingen die aldus aan de brandverzekering van gebouwde eigendommen zijn aangelegd, echter niet in overeenstemming zijn gebleken met de behoeften welke zich met betrekking tot de brandverzekering in het maatschappelijk verkeer hebben doen gevoelen, en de verzekeringspraktijk zich aan die beperkingen ook niet heeft gehouden; dat zulks niet alleen blijkt uit de omstandigheid dat brandverzekeringen waarbij de herbouwwaarde uitgangspunt is, regelmatig worden gesloten, maar tevens uit de usance welke, gelijk in het bestreden arrest is vastgesteld, meebrengt dat, ook indien de verzekering niet uitdrukkelijk op de grondslag van afrekening naar herbouwwaarde is gesloten, verzekeraars niettemin op de grondslag van die waarde plegen af te rekenen; dat voorts gelijk in de MvA aan de Tweede Kamer betreffende het ontwerp van de Pachtwet op art. 29 wordt opgemerkt, ook ten aanzien van de aftrek wegens de vervanging van nieuw voor oud aan de maatstaf van art. 289 in de praktijk niet pleegt te worden vastgehouden; dat een en ander tot geen andere conclusie kan leiden dan dat de artt. 288 en 289, voor zover zij voorschriften behelzen die zich tegen brandverzekering van gebouwde eigendommen op de grondslag van herbouwwaarde of volle herbouwkosten verzetten, in onbruik zijn geraakt; dat de wetgever zich blijkens art. 29 van de Pachtwet bij deze ontwikkeling heeft aangesloten en die als uitgangspunt heeft aanvaard voor een wetgeving waarvan de inhoud met de opvatting dat de artt. 288 en 289 K. zich ook thans nog verzetten tegen de brandverzekering van gebouwde eigendommen waarbij op de basis van de volledige herbouwwaarde of volledige herbouwkosten wordt afgerekend, volstrekt onverenigbaar is, aangezien de bestaanbaarheid van deze verzekeringsvormen tot de grondslagen behoort waarop de regeling van de wederopbouwplicht van de verpachter is gebouwd; dat, waar aldus niet alleen de praktijk, maar ook de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld, dat de artt. 288 en 289, voor zover zij zich tegen dergelijke verzekeringen verzetten, hun kracht hebben verloren daarop ook voor de rechter geen beroep meer kan worden gedaan; dat het onderdeel dus niet tot cassatie kan leiden;

O. aangaande onderdeel b van het middel:

dat dit onderdeel er blijkbaar van uitgaat dat, zo de artt. 288 en 289 geen dwingend recht behelzen dat zich tegen brandverzekering van gebouwde eigendommen op de grondslag van de herbouwwaarde verzet, zij op dit punt toch nog wel regelend recht inhouden, waarvan slechts door een uitdrukkelijk daarop gerichte overeenkomst of gericht beding kan worden afgeweken;

dat dit uitgangspunt echter niet kan worden aanvaard;

dat toch de hierboven beschreven ontwikkeling welke tot het in onbruik raken van die artikelen heeft geleid en, zoals hierboven is overwogen, ook door de wetgever is erkend en aanvaard, meebrengt dat die artikelen ook niet meer als regels van regelend recht kunnen gelden;

dat derhalve ook dit onderdeel faalt;

O. aangaande onderdeel c van het middel:

dat, al kunnen zich gevallen voordoen, waarin bij afrekening op de grondslag van herbouwwaarde of volle herbouwkosten de verzekerde voor de door hem geleden schade een

uitkering zou ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zou geraken, en al zou in die gevallen het indenniteitsbeginsel meebrengen dat de verzekeraar de uitkering een dienovereenkomstige vermindering mag doen ondergaan, daarbij voor toepassing van de willekeurige-maatstaf van het derde lid van art. 289 toch geen plaats is; dat ook de door L'Union aan dit onderdeel subsidiair toegevoegde motiveringsklacht moet worden verworpen;

dat L'Union de stelling dat Maring "in plaats van zijn stokoude boerderij van 1885 een modern opgetrokken gebouw" verkreeg en dat daarom voor een aftrek van 1/4 als verbetering van oud tot nieuw alle aanleiding bestond, had aangevoerd in de toelichting op de derde appelgrief welke op de toepassing van het derde lid van art. 289 was gericht, en die stelling door het Hof ook niet als een afzonderlijke grief is opgevat;

dat het Hof de toepasselijkheid van genoemd voorschrift verwerpende, op die toelichting daarom niet nader behoefde in te gaan;

in de zaken 10.545 en 10.546:

Verwerpt het beroep;

in de zaak 10.545:

Veroordeelt La Confiance in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen, aan de zijde van Maring tot op deze uitspraak begroot op f 115 aan verschotten en f 1100 voor salaris;

in de zaak 10.546:

Veroordeelt L'Union in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen aan de zijde van Maring tot op deze uitspraak begroot op f 115 aan verschotten en f 1100 voor salaris.

Conclusie Adv.-Gen. Mr. Berger.

I. in de zaken no. 10545 en no. 10546.

In 1959 heeft verweerder in cassatie (Maring) een hem in eigendom toebehorende boerderij tegen brand verzekerd bij eiseres tot cassatie in de zaak no. 10546 (L'Union) tot een bedrag van f 300 000 en heeft ter zake in 1964 een aanvullende verzekering gesloten bij eiseres tot cassatie in de zaak no. 10545 (La Confiance) tot een bedrag van f 50 000. Beide verzekeringen zijn aangegaan op het formulier en de voorwaarden van de zgn. "Amsterdamse Beursbrandpolis". In 1965 is de boerderij door brand vrijwel geheel verwoest. De overeenkomstig de polisbepalingen benoemde schatters hebben een dubbele schadeberekening gemaakt:

enerzijds hebben zij de herbouwkosten becijferd van de boerderij op een bedrag van f 325 774 en de waarde van de restanten in dit verband op een bedrag van f 16 791 en hebben gerekend naar de zuivere herbouwkosten de schade vastgesteld op een bedrag van f 308 983, anderzijds hebben zij een berekening gemaakt gebaseerd op de innerlijke waarde van de boerderij, waarbij zij de waarde van de boerderij voor de brand hebben gewaardeerd op een bedrag van f 225 000 en de waarde van de restanten op dezelfde basis op een bedrag van f 10 000 en hebben aldus een schadecijfer berekend van f 215 000.

De assuradeuren L'Union en La Confiance hebben zich op het standpunt gesteld, dat zij tot niet meer gehouden zijn dan tot betaling van f 215 000, terwijl Maring meent aanspraak te hebben op een bedrag van f 308 983, zulks op grond dat de onderhavige beursbrandpolissen inhoud en strekking medebrengen, dat op basis van de herbouwwaarde is verzekerd.

De Rb. heeft zich in haar vonnis eerst de vraag gesteld of een brandverzekering van een gebouwd onroerend goed als het onderhavige tegen de volledige herbouwwaarde rechtsgeldig kan worden gesloten. Onder verwijzing naar art. 29 Pachtwet (waarover hieronder nader) heeft de Rb. deze vraag bevestigend beantwoord. Na in haar vonnis te hebben geciteerd clause 15 van de beide polisaanhangsels: "15. Waardering. Wordende de waarde van het (de) verzekerde interest(en) met wederzijds goedvinden, nu voor alsdan uitdrukkelijk

vastgesteld op de verzekerde som(men)", heeft de Rb. als haar oordeel uitgesproken, "dat gewichtige vermoedens voorhanden zijn en daardoor bewezen is dat Maring en L'Union bij het aangaan van de verzekering geen andere bedoeling hadden dan dat de onderhavige boerderij tegen de volledige herbouwwaarde verzekerd zou zijn.

De Rb. acht deze vermoedens gelegen in de volgende feiten:

Maring en L'Union taxeerden bij het sluiten van de verzekering in 1959 blijkens voormelde clause 15 de waarde van het verzekerde op de voet van art. 274 K. op de verzekerde som; de innerlijke waarde van het verzekerde blijkt ruim 6 jaar later f 225 000 te bedragen, dat wil zeggen nog geen 65% van de inmiddels op f 350 000 gebrachte som dezer partijtaxatie, terwijl de herbouwwaarde ad f 325 774 alsdan nog geen 7% onder deze som ligt.

La Confiance heeft zich in 1964 blijkens de in de namens haar afgegeven polis voorkomende bepaling, dat de door haar met Maring aangegane verzekeringsovereenkomst geschiedt voor f 50 000 als deel van f 350 000, bij de verzekering tussen Maring en L'Union aangesloten.

Genoemde partijtaxatie geldt ook tussen Maring en La Confiance, nu clause 15 tevens deel uitmaakt van haar polis zodat ook ten aanzien van La Confiance het voormelde bewijs door de genoemde vermoedens aanwezig is.

Uit het vorenoverwogene volgt, dat op beide polissen de onderhavige boerderij op basis van herbouwwaarde is verzekerd".

Op vorenstaande gronden heeft de Rb. aan Maring zijn vorderingen toegewezen.

Tegen deze beslissing heeft La Confiance in hoger beroep als grief aangevoerd, dat de Rb. ten onrechte uit de haar bekende feiten het vermoeden heeft afgeleid dat pp. bij het aangaan van de verzekering de bedoeling hadden dat de boerderij op grondslag van de volle herbouwwaarde verzekerd zou zijn, terwijl L'Union de volgende grieven naar voren heeft gebracht:

1. ten onrechte heeft de Rb. uit gewichtige vermoedens van een eenzijdige partijbedoeling het bestaan van een tweezijdige wilsovereenstemming bewezen geacht;
2. ten onrechte heeft de Rb. aangenomen dat de boerderij op basis van de herbouwwaarde was verzekerd;
3. ten onrechte heeft de Rb., al aannemende, dat op basis van de herbouwwaarde was verzekerd, nagelaten de naar dwingend recht voorgeschreven aftrek van een vierde gedeelte tot te passen als verbetering van oud tot nieuw.

Bij tussenarrest heeft het Hof een onderzoek door deskundigen bevolen ter beantwoording van de volgende vragen:

"a. is het usance, althans bij brandverzekeringen als de onderhavige, in de polis nader aan te geven of verzekerd wordt de innerlijke waarde dan wel de herbouwwaarde van het onroerend goed?

b. indien de onder a gestelde vraag ontkennend wordt beantwoord: is het usance dat door de assuradeur op basis van herbouwwaarde wordt afgerekend?"

De deskundigen hebben deze vragen als volgt beantwoord:

Vraag a. Weliswaar wordt bij risico's als het onderhavige ter beurze meermalen in de polis aangegeven welk soort van waarde verzekerd wordt, hetgeen dan meestal de herbouwwaarde is, doch van een usance dit te vermelden is geen sprake.

Vraag b. Het is usance dat de verzekeraar op basis van herbouwwaarde afrekent mits de verzekerde som daarvoor toereikend is en mits bij speciale clause in andere zin is bedongen. Na het deskundigenbericht in extenso in het bestreden arrest te hebben opgenomen heeft het Hof overwogen:

"6. O. dat het Hof het oordeel van deskundigen dat het usance is dat de verzekeraar bij verzekeringen als de onderhavige op basis van herbouwwaarde afrekent, mits de verzekerde som daarvoor toereikend is en niet bijzonderlijk anders is bedongen, overneemt;

7. O. dat dit ingevolge het bepaalde in art. 1375 BW meebrengt dat La Confiance en L'Union zijn gehouden op grondslag van herbouwwaarde met Maring af te rekenen en dat de grief van appellante La Confiance en de grieven 1 en 2 van appellante L'Union niet tot vernietiging van het aangevallen vonnis kunnen leiden;

8. O. m.b.t. de derde grief van appellante L'Union:

a. dat, gelijk deze appellante zelf heeft opgemerkt, uit de onderhavige verzekeringsovereenkomsten geen verplichting tot herbouw voor Maring voortvloeit en dus art. 289, lid 3, K. hier niet toepasselijk is;

b. dat geen rechtsregel zich tegen afrekening op basis van herbouwwaarde verzet;

c. dat mitsdien de derde grief van appellante L'Union ongegrond is."

Het Hof heeft daarop bij het bestreden arrest het vonnis van de Rb. bekrachtigd.

Tegen dit arrest heeft zowel La Confiance als L'Union zich in cassatie voorzien. Zij hebben ieder een middel van cassatie voorgesteld dat in zijn onderdelen a, b en c geheel gelijkkluidend is, doch waaraan L'Union (derhalve in de zaak no. 10546) nog subs. een motiveringsklacht heeft toegevoegd.

Onderdeel a van het middel stelt in feite twee vragen aan de orde, waarop ik hieronder in omgekeerde volgorde zal ingaan. De eerste vraag is deze: is de door het Hof op grond van het deskundigenbericht aangenomen "usance" op grond waarvan de assuradeuren gehouden zijn op basis van de herbouwwaarde met Maring af te rekenen in strijd met de grondbeginselen van ons verzekeringsrecht en met name in strijd met het zgn. indemniteitsbeginsel (inhoudende, dat een verzekerde door een schade-uitkering uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst nimmer mag worden verrijkt)? De tweede vraag is: bevatten de artt. 288 en 289 K. als voorschriften van openbare orde dwingend recht, waarvan nimmer en met name niet op grond van de door het Hof aangenomen usance kan worden afgeweken? Om nu met deze laatste vraag te beginnen. Ik zou haar ontkennend willen beantwoorden.

Het komt mij voor, dat welke bedoelingen van de Wetgever bij de totstandbrenging van deze bepalingen van het wetboek van koophandel mochten hebben voortgezeten, thans niet meer kan worden volgehouden, dat deze verouderde en aan de praktijk niet meer beantwoordende bepalingen (Zeelenberg, Verzeeringsarchief 1959, blz. 259) als van openbare orde moeten worden geacht, waarvan niet mag worden afgeweken. De artt. 288 en 289 K. geven een bepaalde regeling m.b.t. het uit te keren bedrag doch uitsluitend in geval van een verzekering tegen brand met herbouwplicht, zoals deze de Wetgever bijna 150 jaar geleden voor ogen stond. Daarnaast blijft gelden, dat, naar algemene opvatting, iedere waarde, mits op geld waardeerbaar, mag worden verzekerd (aldus: Dorhout Mees in zijn praeadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, jaarboek IV - 1951/52, blz. 99, die t.a.p. vervolgt:) "Een voorschrift, dat een bepaalde soort waarde geacht wordt verzekerd te zijn tenzij anders blijkt, kent onze wet niet. Naar omstandigheden moet dan ook worden beslist welke waarde bedoeld is, met name verkoop- dan wel vervangingswaarde". Zie ook Nolst Trenite, Brandverzekering (1921) blz. 262: "Verzekering voor herbouwwaarde toch is gewone verzekering, waarbij pp. gebruik hebben gemaakt van hunne bevoegdheid om een andere waarde te verzekeren dan de gewone wettelijke d.i. de verkoopwaarde". Bovendien stond in de dertiger jaren van de vorige eeuw die brandverzekering met herbouwplicht - naar uit de wetgeschiedenis blijkt - de Wetgever niet erg duidelijk voor ogen. Met name m.b.t. de beperking tot drie kwart van de bouwkosten (art. 289, lid 3) heeft aanzienlijk misverstand bestaan. Aanvankelijk was immers voorgesteld de betreffende bepaling te doen luiden: "In geval van beding van wederopbouw, kan de waarde van het verzekerd voorwerp, met de helft worden verhoogd, voor de meerdere kosten die tot de opbouw mogten worden vereischt". (Voorduin IX blz. 261 e.v.). Na enige bezwaren tegen het eerste lid: "De verzekering kan gedaan worden voor de volle waarde der verzekerde goederen" te hebben vermeld, vervolgt Voorduin t.a.p.: "VIII. Opzigtens het

tweede alinea des voorgedragen artikels (aanteekening V) zeide de Regering bij Hare memorie van toelichting (23 maart 1835), "dat aldaar de vrijheid was gelaten om eene verhooging van de helft der waarde, in geval van wederopbouw, te bedingen, omdat die overeenkomst veelvuldig in dien zin wordt gesloten, en ook door de billijkheid wordt geregvaardigd".

IX. Twee leden der 1ste afd. vonden, April 1835, de limitatie tot de helft der waarde, bedenkelijk, en welligt te streng, vooral wanneer hier door: waarde, werd verstaan: koopwaarde. Andere leden deelden hierin niet, uit vrees voor brandstichting van eigen verzekerd goed, bij te hooge verzekering". Merkwwaardigerwijs kwam het betreffende artikel in het ontwerp van 21 okt. 1835 te luiden:

"De verzekering kan gedaan worden voor de volle waarde der verzekerde goederen. In geval van beding van weder-opbouw, wordt door den verzekerde bedongen, dat de kosten tot den wederopbouw vereischt, door den verzekeraar zullen worden vergoed. Bij dat beding zal echter de verzekering nimmer twee derden der kosten mogen te boven gaan". (Voorduin, IX, blz. 262, sub X). Dat is toch wel iets heel anders dan de aanvankelijk voorgestelde verhoging van de waarde van het verzekerd voorwerp met de helft in geval van het beding van wederopbouw. Nog raadselachtiger is de toelichting van de regering: "Het tweede lid van dit artikel (aant. X), zoo ging de Regering voort (vgl. aant. IX, blz. 261 en 262), heeft eene verandering ondergaan, doordien men zich heeft overtuigd, dat men (bepaaldelijk bij openbare gebouwen en fabrieken, enz.) belang kan hebben om de som tot herbouwing, hooger dan de helft der waarde te bepalen". Men is echter voortgegaan te spreken over het verzekerbare deel van de kosten van wederopbouw. Men wilde verhoging tot vier vijfde, waartegenover werd gesteld: "De reden der beperking bestaat daarin, dat de verzekerde geen voordeel uit de ramp moet trekken - en dit zoude plaats hebben, wanneer hij door den opbouw, nieuw voor oud verkreeg. Derhalve schijnt de bepaling van twee derde, hoogst billijk en voldoende". Tenslotte is drie vierde uit de bus gekomen. Mij dunkt, dat deze wetsgeschiedenis een weinig solide basis biedt een verzekering voor de volle herbouwwaarde - zonder beding van wederopbouw - ook thans nog uitgesloten te achten op grond van de artt. 288 en 289 K. Het zou een niet verantwoorde barriere opwerpen aan de voortschrijdende ontwikkeling in het verzekeringswezen, die kennelijk met zijn verzekering van de volle herbouwkosten aan maatschappelijke behoeften tegemoet komt. "Naarmate de wet veroudert en derhalve naar de letter minder in overeenstemming is met de maatschappelijke behoeften, valt in verhoogde mate het accent op de eis van het maatschappelijk aanvaardbare resultaat" (aldus: Pitlo in "Evolutie in het Privaatrecht", blz. 126).

Voorts zou ik hier toch wel bijzondere waarde willen hechten aan het door de Rb. gebezigde argument voor de geoorloofdheid van een brandverzekering voor de volle herbouwwaarde - zulks in afwijking van de in de artt. 288 en 289 K. gegeven regeling voor de verzekering met beding van wederopbouw - en wel het aan art. 29 Pachtwet ontleende argument. Voor zover hier van belang luidt gemeld artikel:

"1. De verpachter is verplicht tot wederopbouw van door brand of storm tenietgegane opstallen, voorzover de wederopbouw noodzakelijk is voor de uitoefening van het bedrijf op het gepachte. (...).

2. De grondkamer kan de verpachter op diens verzoek, hetzij voor het aangaan van de overeenkomst, hetzij bij een toetsing van deze verplichting ontheffen, indien de opstallen niet op redelijke voorwaarden voor de herbouwwaarde verzekerd kunnen worden...

3. (...) Onder verzekering voor de herbouwwaarde wordt verstaan een verzekering tot zodanig bedrag, dat daarmee kan worden voldaan aan de in het eerste lid, eerste zin, omschreven verplichting.

4. enz."

Hier heeft de wetgever, zoals de Rb. terecht heeft vastgesteld, niet het oog gehad op de in de artt. 288 en 289 K. bedoelde verzekering met het beding van wederopbouw, omdat daar geen hogere uitkering dan drie vierde van de herbouwkosten mag worden bedongen. De wetgever heeft op het oog een verzekering voor de volledige herbouwkosten en acht het mogelijk, dat de verpachter zich ter zake afdoende kan verzekeren. Immers in de MvT wordt opgemerkt: "De ondergetekenden menen, dat het niet redelijk zou zijn de wederopbouwplicht ook op te leggen in andere gevallen van schade, zoals overstroming en molest. Het staat namelijk niet vast, dat men zich tegen deze soorten van schade afdoende kan verzekeren. Herbouwplicht zou in deze gevallen dus kunnen neerkomen op voor vele verpachters ondraaglijke risico's" (zie: Pachtwet, Ed. Sch. & J., no. 123, 1969, blz. 128). Tenslotte citeer ik uit de MvA: "Het is de ondergetekenden voorts wenselijk voorgekomen de term (verzekering voor de) "herbouwwaarde" nader te omschrijven. Er komen op dit gebied in de praktijk verschillende termen voor, zoals "herbouwwaarde", "herbouwkosten", "in herbouw" en het is niet steeds duidelijk wat daarmee precies bedoeld wordt. Ook komt het voor dat bij de bepaling van de verzekerde herbouwwaarde een aftrek wordt toegepast wegens de vervanging van nieuw voor oud; aan de maatstaf van art. 289 K. wordt daarbij in de praktijk niet vastgehouden" (zie: Pachtwet t.a.p. blz. 132). Aldus is, naar het mij voorkomt, gebleken, dat de wetgever zelf de mogelijkheid van derogatie aan de artt. 288 en 289 K. heeft erkend. Men mag immers niet veronderstellen, dat de wetgever in art. 29 Pachtwet aan de verpachters een verplichting heeft opgelegd, welke de verpachters er toe zou nopen tot het sluiten van een met de wet strijdige en derhalve nietige brandverzekeringsovereenkomst. De wetgever heeft in een verzekering voor de volle herbouwkosten kennelijk niets onwettigs en niets onbehoorlijks gezien. Op vorenstaande gronden ben ik van mening, dat de artt. 288 en 289 K. aan de door het Hof vastgestelde usance om bij brandverzekeringen als de onderhavige op grondslag van herbouwwaarde af te rekenen niet in de weg staan.

Aldus zullen de onderdelen b en c van het middel niet kunnen slagen. De meerbedoelde wetsbepalingen raken de onderhavige verzekeringsovereenkomst niet, weshalve een afwijkende schaderegeling zeer wel zonder uitdrukkelijk daartoe strekkend beding aan de door het Hof vastgestelde usance kan worden ontleend, terwijl voor een overeenkomstige toepassing van art. 289, lid 3, generlei grond aanwezig is.

Thans de primaire vraag van onderdeel a: is de meerbedoelde usance in strijd met het aan ons verzekeringsrecht ten grondslag liggend indemniteitsbeginsel?

De meningen over de vraag of het aan ons verzekeringsrecht ten grondslag liggend indemniteitsbeginsel in de weg staat aan een verzekering van onroerend goed tegen brand voor de volle herbouwkosten zijn verdeeld (Pestman, Verzekeringsarchief 1932, blz. 77 e.v., Roster, Verzekeringsarchief 1940, blz. 47 e.v., Boeles, R.M. Themis 1948, blz. 192 en Maeijer, Verzekeringsarchief 1967, blz. 312). Vooropgesteld zij, dat in de praktijk een zodanige verzekering volledig is aanvaard en ook gebruikelijk is (zie deskundigenbericht in hoger beroep). Ik meen, dat zo wellicht een honderd jaar geleden het indemniteitsbeginsel een verzekering voor de volle herbouwkosten zou hebben uitgesloten dit naar huidige opvattingen niet meer aan een zodanige verzekering in de weg staat. (Voor een volledig overzicht van de opvattingen in een twintigtal landen over de onderhavige problematiek moge ik verwijzen naar: Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht, Hamburg, 29 juli 1966, Zweiten Band: "Die Gewinnversicherung, die Neuwertversicherung und die Taxe unter dem Blickwinkel des versicherungsrechtlichen Bereicherungsverbots".)

De verzekering voor de volle herbouwkosten voorziet, zoals reeds hoger opgemerkt, kennelijk in een maatschappelijke behoefte. Haar rechtvaardiging zij niet alleen gevonden in de regelen des rechts maar ook en vooral in haar economische aspecten. Zie Voute "Enige economische aspecten van het indemniteitsbeginsel bij schadeverzekering" (Verzekeringsarchief 1967, blz. 300): "Verzekering naar nieuwwaarde en herbouwkosten druist principieel in tegen het

indemniteitsbeginsel doch bevat voor de consumptiehuishouding gezonde elementen die door een ruimere opvatting gelegaliseerd dienen te worden". Langs velerlei wegen is deze legalisatie gezocht.

Een principiele afwijzing op grond van het indemniteitsbeginsel komt mij onjuist voor, omdat dit beginsel naar zijn positieve inhoud niet voldoende bepaald is. De verzekerde mag op grond van dat beginsel alleen zijn werkelijke schade vergoed krijgen en mag aan de schade-uitkering geen voordeel ontnemen. Wat is die werkelijke schade, wat is voordeel? Naar mijn mening is het aan gerede twijfel onderhevig of een verzekerde, wanneer hij de volle herbouwkosten van zijn door brand verloren gegaan onroerend goed uitgekeerd krijgt, steeds in een betere vermogenspositie geraakt dan voor de brand. Ik denk daarbij aan de in ons huidig economisch bestel een rol spelende zgn. "onrendabele top". Maar ook: wanneer bijv. een tamelijk nieuw gebouwde huis plotseling voor de eigenaar verloren gaat, kan het hem financieel onmogelijk zijn, indien hij niet meer dan de verkoopwaarde (de innerlijke waarde) of slechts drie kwart van de herbouwkosten van dat huis vergoed krijgt, tot herbouw over te gaan.

Door de brand zijn in feite de bouwkosten van zijn huis aan zijn vermogen ontvallen, welk voordeel verkrijgt dan de eigenaar, indien hij in staat wordt gesteld tot de herbouw van dat huis?

Veeleer zal het onredelijk zijn herbouw niet mogelijk te maken. Bovendien treedt hier een bijzonder risico aan de dag, namelijk dat de verzekerde financieel niet in staat is tot herbouw over te gaan, wanneer een gedeelte van de herbouwkosten te zijnen laste moet blijven.

Waarom moet het uitgesloten worden geacht dit risico dat de Wetgever in de Pachtwet als verzekeraar onderkend heeft, op de verzekeraar af te wentelen? Het risico dus van het plotseling voor bijzondere uitgaven te komen staan. Ik moge hier verwijzen naar het "Landesreferat" van Prof. Dr. Hans Moller voor het hoger vermelde congres. Na onder 5 in zijn Zusammenfassung vastgesteld te hebben: "Das Bereicherungsverbot ist aus zahlreichen Einzelnormen generell abzuleiten; es handelt sich um einen absolut zwingenden Rechtssatz" doet Moller onder 7 volgen:

"Es gibt Falle, in denen nur scheinbar das Bereicherungsverbot durchbrochen wird. Das gilt besonders für die Neuwertversicherung, welche nicht als eine reine Sachinteressenversicherung anzusehen ist, sondern als Versicherungsform, bei welcher der Versicherte auch gegen die Entstehung faktisch notwendiger Aufwendungen geschützt wird (Kombination von Sach- und Passivenversicherung)". De verzekering voor de volle herbouwkosten dekt derhalve mede een aanmerkelijk subjectief risico. Tenslotte kan het toch ook van economisch en maatschappelijk belang worden geacht, dat de eigenaar van een door brand verwoest gebouwde onroerend goed financieel in staat wordt gesteld tot herbouw over te gaan. Ik meen dan ook, dat een verzekering als de onderhavige ingevolge waarvan krachtens algemeen gebruik naar herbouwwaarde wordt afgerekend niet met een beroep op het indemniteitsbeginsel kan worden afgewezen. Aldus zal ook onderdeel a van het middel niet kunnen slagen.

In de zaak no. 10546.

De subs. klacht van het middel zal, naar mijn mening, evenmin kunnen slagen. Tegenover de grief van L'Union, dat de Rb. ten onrechte had nagelaten de naar dwingend recht voorgeschreven aftrek van een vierde gedeelte der bouwkosten toe te passen, heeft het Hof in r.o. 8 overwogen, dat de door L'Union bedoelde wetsbepaling hier niet van toepassing was, met welke overweging m.i. de grief van L'Union ten volle was weerlegd, waarbij het Hof niet behoefde in te gaan op datgene, wat L'Union overigens nog ter toelichting van die grief had aangevoerd.

Op bovenstaande gronden moge ik zowel in de zaak no. 10545 als in de zaak no. 10546 concluderen tot verwerping van het beroep met de veroordeling telkens van de eiseresse tot cassatie in de kosten op de voorziening gevallen.