

c.s. aansprakelijk is voor de door [verzoekster] als gevolg van het ongeval geleden en nog te lijden schade. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 1019aa Rv volgt evenwel dat ook als het verzoek wordt afgewezen, de rechtbank de kosten van de procedure dient te begroten en dat dit alleen anders is indien de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld. Van deze situatie is geen sprake, nu het door [verzoekster] ingediende verzoekschrift niet als bij voorbaat volstrekt onnodig of kansloos kan worden beschouwd.

5.7. Ondanks dat de zaak niet bijzonder complex is, oordeelt de rechtbank de door mr. Munten opgegeven kostenbegroting (circa 20 uren tegen een uurtarief van € 270,- ex btw) nog binnen de grenzen van hetgeen acceptabel is. De rechtbank ziet daarom – anders dan De Vooruitgang c.s. – onvoldoende reden tot matiging en begroot de kosten van het deelgeschil op € 6.581,41.

6. De beslissing

De rechtbank:

begroot de kosten van het deelschil op € 6.581,41 inclusief btw,

wijst het meer of anders verzochte af.

135

Zorgplicht assurantietussenpersoon jegens zijn opdrachtgever vanwege onderverzekering

Rechtbank Overijssel zp Almelo
1 september 2021, nr. 258650 / HA ZA 20-505,
ECLI:NL:RBOVE:2021:3503
(mr. Bottenberg-van Ommeren,
mr. Westendorp, mr. Thurlings-Rassa)
Noot mr. E.A.L. van Emden

Zorgplicht assurantietussenpersoon. Onderverzekering. Exoneratiebeding. Eigen schuld.

[BW art. 6:98, 6:101, 6:233, 7:401]

Na brand wordt vastgesteld dat de verzekerde som van het bedrijfspand te laag is. De verzekeringnemer spreekt daarop zijn assurantietussenpersoon aan omdat deze hem niet goed zou heb-

ben geadviseerd bij het vaststellen van de verzekerde som en/of hem niet adequaat zou hebben gewaarschuwd voor het risico van onderverzekering. De rechtbank wijst in dit tussenvonnis de vordering feitelijk toe. Het beroep van de tussenpersoon op zijn algemene voorwaarden wordt afgewezen. Een schending van de zorgplicht van de tussenpersoon wordt vastgesteld, waarbij wordt overwogen dat de schade in geval van ander handelen door de tussenpersoon zou zijn voorkomen. Wel wordt een beperkte mate van eigen schuld van de opdrachtgever (verzekeringnemer) aangenomen. Dit tussenvonnis geeft een mooi overzicht van de stand van het recht ten aanzien van deze thema's. Interessant zijn daarbij vooral de overweging ten overvloede over de (on-)toelaatbaarheid van zeer ruim geformuleerde exoneraties en het eigen schuld-oordeel.

1. [eiser 1],

2. [eiser 2],

beiden wonende te [woonplaats],

eisers,

hierna gezamenlijk te noemen in enkelvoud “[eiser 1]”,

procesadvocaat: mr. A.J. van Steenderen te Rotterdam,

behandelend advocaat: mr. K.I. Dalpi te Rotterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde],

statutair gevestigd te [vestigingsplaats],

gedaagde,

hierna te noemen: “[gedaagde]”,

advocaat: P.M. Leerink te Deventer.

1. *De procedure*

(...)

2. *De feiten*

2.1. [eiser 1] exploiteert sinds jaren een onderneming in kaashandel op verschillende markten in Nederland.

2.2. Daarnaast houdt [eiser 1] zich bezig met de exploitatie van vastgoed, zowel bedrijfspanden als woningen.

2.3. [gedaagde] is een assurantietussenpersoon. Zij houdt zich bezig met het bemiddelen bij verzekeringen, hypotheeken en pensioenen, met name voor marktkooplieden en ambulante han-

del. [gedaagde] is een zelfstandig onderdeel van Rifra Holding B.V. (hierna: Rifra).

2.4. Sinds 2001 is [eiser 1] klant van [gedaagde] en heeft zij haar verzekeringen, zowel in privé als zakelijk, ondergebracht bij [gedaagde].

2.5. Tot 2013 was de dienstverlening van [gedaagde] aan [eiser 1] gebaseerd op provisiehoudende producten. [eiser 1] is met ingang van 11 november 2013 overgestapt naar een nieuw product van [gedaagde], een serviceabonnement, waarbij service werd geleverd tegen betaling van een maandelijks bedrag.

2.6. In het productinformatieblad van het serviceabonnement is onder meer het volgende opgenomen: *“dekkingscontrole tegen onderverzekering”*.

2.7. [eiser 1] heeft getekend voor de ontvangst van de algemene voorwaarden van [gedaagde] althans van Rifra. Voor zover thans relevant luiden die als volgt:

“7.1. Iedere aansprakelijkheid, contractueel en buiten contractueel, van Rifra alsmede van haar bestuurders, haar werknemers en de door Rifra bij de uitvoering van de opdracht ingeschakelde personen is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van Rifra wordt uitgekeerd, vermeerderd met het geldend eigen risico.”

“7.5. Rifra is nimmer aansprakelijk voor schade welke door de opdrachtgever of derden wordt geleden als gevolg van onjuiste, onvolledige, of onzijdige door de opdrachtgever verstrekte inlichtingen”.

2.8. Voorts is in artikel 12.4 van de algemene voorwaarden het volgende bepaald:

“12.4 Afhankelijk van de gekozen module kan opdrachtgever desgewenst één keer per twee jaar een dekkingscontrole tegen onderverzekering aanvragen. Rifra stelt hiervoor formulieren beschikbaar, welke na invulling door opdrachtgever door Rifra zullen worden beoordeeld. Indien van toepassing zal Rifra de verzekerde bedragen of het risico aanpassen.”

2.9. Op of omstreeks 1 augustus 2015 is [eiser 1] overgestapt naar Avéro Achmea.

De tot dat moment verzekerde bedragen zijn onder de nieuwe polis ongewijzigd voortgezet.

2.10. [eiser 1] heeft begin 2016 een perceel met daarop een bedrijfspand gelegen aan de [adres] te [plaats 1] aangekocht (hierna: het pand).

Het betreft een bedrijfsverzamelgebouw, waarin zich verschillende bedrijven hadden gevestigd. De koopprijs voor het pand bedroeg € 600.000,00.

2.11. [eiser 1] (meer bepaald eiseres sub 2) zond op 11 februari 2016 de volgende e-mail aan [gedaagde]:

“Vanaf 19 febr. wil ik het bedrijfspand [adres], [plaats 1] verzekerd hebben. (...) Welke gegevens heeft u hiervoor nog nodig?”

2.12. Nadat tussen partijen per e-mail vervolgens nog enkele gegevens zijn uitgewisseld over onder meer de bouwjaar, de activiteiten in het pand alsmede de herbouwwaarde, zond [eiser 1] vervolgens op 16 februari 2016 voor zover thans relevant de volgende e-mail:

“De herbouwwaarde is moeilijk te zeggen het is nu een oud pand.

Wij schatten 200.000 euro.”

2.13. Op 19 februari 2016 is door Avéro Achmea op verzoek van [gedaagde] voorlopige dekking afgegeven ten behoeve van het pand. Om de dekking definitief te maken verzocht Avéro Achmea om een ingevuld aanvraagformulier.

2.14. Aan dat verzoek is voldaan nadat [eiser 1] het aanvraagformulier invulde en ondertekende. Op basis daarvan is voor het pand een opstalverzekering met een verzekerde som van € 150.000,00 (op basis van herbouwwaarde) tot stand gekomen.

2.15. Eind mei 2016 heeft de heer [A] (destijds in dienst van [gedaagde] in de functie van financieel adviseur) een onderhoudsgesprek gevoerd met [eiser 1].

Aan bod kwamen de diverse polissen van [eiser 1] en enkele wijzigingen die daarin zijn doorgevoerd. Per e-mail heeft [gedaagde] vervolgens voorgesteld de verzekerde som voor het pand te verhogen naar € 300.000,00. Op die e-mail heeft [eiser 1] niet gereageerd.

2.16. Een jaar later, in mei 2017, sprak [A] wederom met [eiser 1]. Nadat vervolgens een hernieuwd verzekeringspakket van Avéro Achmea aan [eiser 1] is voorgelegd, is die offerte op 8 mei 2017 voor akkoord ondertekend door [eiser 1]. De verzekerde som voor het pand is vervolgens met ingang van 1 juni 2017 verhoogd naar € 250.000,00.

2.17. Voor alle te verzekeren panden/adressen is op de offerte van 5 mei 2017 opgenomen: *“garantie tegen onderverzekering Nee”*

2.18. In augustus 2017 bezocht de heer [B], medewerker buitendienst bij [gedaagde], [eiser 1]. De polissen van [eiser 1] werden in dat gesprek doorgenomen.

2.19. Op 12 november 2019 bracht [B] een volgend onderhoudsbezoek aan [eiser 1]. In het ge-

spreksverslag is onder meer het volgende opgenomen:

“Gecheckt of allen panden er op vermeld zijn en of de verzekerde bedragen afdoende zijn. Besproken dat de verzekerde bedragen o.b.v. herbouw-waarde zijn en niet o.b.v. marktwaarde. (...) Conclusie is dat alle panden goed verzekerd zijn.”

2.20. De verzekerde som voor het pand bedroeg laatstelijk na indexatie € 268.650,00.

2.21. Op 11 februari 2020 is het pand door brand getroffen, als gevolg waarvan het pand grotendeels verloren is gegaan.

2.22. In een akte van taxatie van 13 juli 2020 is de schade aan het pand door de heer [C] (schade-expert in dienst bij Achmea) en de heer [D] (verbonden aan [X] Expertise als contra-expert) vastgesteld op een bedrag van € 1.117.581,00.

2.23. Als gevolg van onderverzekering zal aan [eiser 1] bij herbouw van het pand een bedrag van € 257.625,31 worden uitgekeerd door Avéro Achmea.

2.24. Bij e-mail van 25 februari 2020 heeft [eiser 1] [gedaagde] aansprakelijk gesteld wegens, kort gezegd, schending van de zorgplicht.

2.25. De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van [gedaagde] heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen.

3. Het geschil

De vordering

3.1. [eiser 1] heeft op de in de dagvaarding genoemde gronden – samengevat weergegeven – gevorderd bij vonnis, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad [gedaagde] te veroordelen tot betaling van:

I. € 859.955,69 in hoofdsom, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 11 februari 2020, tot de dag van algehele voldoening;

II. € 6.074,78 aan buitengerechtelijke kosten;

III. de proceskosten en de nakosten.

De standpunten van [eiser 1]

3.2. Aan die vorderingen is, samengevat weergegeven, het navolgende ten grondslag gelegd. [gedaagde] is aansprakelijk omdat zij op enkele punten is tekortgeschoten in de op haar rustende verplichtingen. [gedaagde] is assurantietussenpersoon van [eiser 1] en heeft de op haar rustende zorgplicht bij de uitvoering van de overeenkomst die partijen sloten geschonden (artikel 7:401 BW). Die zorgplicht houdt in dat [gedaagde] te

werk diende te gaan als een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. Dat heeft zij nagelaten.

De zorgplicht van een assurantietussenpersoon brengt onder meer met zich dat zij dient te waken voor belangen van de verzekerden ([eiser 1]). Dat behelst onder meer dat zij moet zorgen voor een passende verzekering, waaronder ook afdoende verzekeringsdekking, bestaande uit een verzekerde som die voldoende is. Ook het waken voor onderverzekering valt onder die zorgplicht. De assurantietussenpersoon is in dit verband meer dan alleen een ‘doorgeefluik’. Zij dient zich in te spannen voor de vaststelling van een juiste verzekerde som. Het opvragen van een verzekerde som en dit simpelweg, zonder enige vorm van controle doorgeven aan de verzekeraar, zoals [gedaagde] in dit geval heeft gedaan, volstaat daarom niet. Van [gedaagde] mocht een proactieve houding verwacht worden.

[gedaagde] heeft niets gedaan om zich ervan te vergewissen dat de door [eiser 1] genoemde herbouw-waarde juist was, hetgeen temeer van haar verwacht mocht worden nu uit de bewoordingen in de e-mail van [eiser 1] blijkt dat hij moeite had die waarde te bepalen.

[gedaagde] had in de gegeven omstandigheden nader onderzoek moeten doen naar de herbouw-waarde. Uit niets blijkt dat zij dat heeft gedaan. Zij had ervoor kunnen opteren om de verzekerde som te laten vaststellen, bijvoorbeeld aan de hand van een voortaxatie.

Zij heeft niet alleen achterover geleund, maar bovendien [eiser 1] ook nimmer gewezen op het risico van onderverzekering. Op haar rust bovendien een dossierplicht; belangrijke adviezen en gesprekken met haar verzekerden moeten vastgelegd worden. Dat is niet gebeurd. Zij heeft nimmer met [eiser 1] gesproken over (het belang van) een voldoende verzekerde som, het risico op onderverzekering of de verstreckende gevolgen daarvan, noch heeft zij enige controle uitgevoerd op de juistheid van de verzekerde som.

Deze zorgplicht geldt niet alleen in de totstandkomingsfase van de overeenkomst, maar ook gedurende de looptijd daarvan. In de periodieke gesprekken diende [gedaagde] zich er actief van te vergewissen of de verzekerde som correct was. Die gesprekken hebben weliswaar plaatsgevonden, maar het simpelweg bevragen van [eiser 1] naar de verzekerde sommen is niet voldoende. Dat [gedaagde] vervolgens in een gespreksverslag

uit november 2019 noteert dat de verzekerde sommen voldoende zijn wringt daarom des te meer, zij heeft immers op geen enkel moment enige controle daarop uitgeoefend.

Het heeft er alle schijn van dat ook [gedaagde], assurantietussenpersoon en derhalve deskundige op het gebied van verzekeringen, geen weet had van verzekerde sommen en de vaststelling daarvan. Dat maakt de onderhavige kwestie des te kwalijker.

[gedaagde] is daarnaast tekortgeschoten in de verplichtingen uit hoofde van het met [eiser 1] afgesloten serviceabonnement. [gedaagde] had immers de verplichting om jaarlijks de verzekeringen te 'updaten' en een dekkingscontrole tegen onderverzekering uit te voeren.

Die verplichtingen heeft [gedaagde] verzuimd en dat valt haar aan te rekenen.

Als zij immers de dekkingscontrole had uitgevoerd, was daaruit naar voren gekomen dat het pand onderverzekerd was, meer bepaald dat de verzekerde som niet afdoende was.

[gedaagde] is op grond van artikel 6:74 BW gehouden de schade van [eiser 1] als gevolg van voornoemde tekortkomingen te vergoeden. Die schade staat immers in causaal verband tot het tekortschieten van [gedaagde]. Ingeval [gedaagde] haar verzekerde, [eiser 1], had ingelicht over het risico op onderverzekering en de gevolgen daarvan en [eiser 1] had gewaarschuwd dat de verzekerde som te laag was, dan had [eiser 1] zonder meer de verzekerde som verhoogd. [eiser 1] had immers alle belang bij een juiste verzekerde som.

De omvang van de schade staat vast nu deze door experts is vastgesteld en vastgelegd in een akte van schadetaxatie, die bindend is, ook voor de verzekeraar. De schade is door de heer [C] (schade-expert in dienst bij Achmea) en door de heer [D] als contra-expert vastgesteld op een bedrag van € 1.117.581,00. Die akte van schadetaxatie is met andere woorden het vertrekpunt en dat bedrag zou, ingeval geen sprake was van onderverzekering, ook zijn uitgekeerd aan [eiser 1]. Evenwel, vanwege onderverzekering zal aan [eiser 1] na herbouw slechts een bedrag van € 257.625,31 worden uitgekeerd. De schade van [eiser 1] is derhalve het verschil tussen de totale schade en de uitkering, zijnde € 859.955,69.

Naast betaling van dat bedrag maakt [eiser 1] aanspraak op de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW,

de buitengerechtelijke incassokosten, proceskosten en nakosten.

3.3. [eiser 1] heeft voorts, in reactie op het verweer van [gedaagde] en ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, de volgende stellingen betrokken. [eiser 1] is in deze consument en geen ondernemer. Het beding als opgenomen in artikel 12.4 van de algemene voorwaarden wordt op grond van artikel 6:237 sub b BW jegens consumenten vermoed onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar te zijn. [eiser 1] doet een beroep op de vernietiging daarvan. Subsidiair wordt een beroep op reflexwerking gedaan.

Meer subsidiair, ingeval dus geen sprake is van reflexwerking, betoogt [eiser 1] dat het beding een onredelijk bezwarend beding is.

[eiser 1] beroept zich voorts op de vernietiging van de exoneratiebedingen waarnaar [gedaagde] verwijst (de artikelen 7.1 en 7.5 uit de algemene voorwaarden, aangehaald onder de feiten). Immers, als de tussenpersoon aansprakelijkheid volledig zou uitsluiten middels deze bedingen, zou daarmee de rol van [gedaagde] volledig uitgehouden zijn. Dat is niet mogelijk.

Het verweer van [gedaagde]

3.4. heeft gemotiveerd verweer gevoerd dat strekt tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van [eiser 1] in de proceskosten.

Verkort weergegeven is daartoe het navolgende aangevoerd.

3.4.1. Allereerst heeft [eiser 1] de klachtplicht ex artikel 6:89 BW geschonden door niet tijdig te klagen of te protesteren. [eiser 1] bezit specifieke deskundigheid op het gebied van vastgoed(waarde): hij houdt zich actief en op professionele wijze bezig met vastgoed. Hij wist of behoorde vanaf het moment van de offerte, 5 mei 2017, redelijkerwijs te weten dat sprake was van onderverzekering van het pand die niet zou worden aangevuld door een garantie tegen onderverzekering. [eiser 1] heeft niet binnen bekwame tijd daartegen geprotesteerd.

3.4.2. Ingeval geoordeeld wordt dat wel is voldaan aan de klachtplicht, wordt het volgende aangevoerd. [gedaagde] is niet tekortgeschoten in enige op haar rustende zorgplicht noch in enige verplichting voortvloeiende uit het serviceabonnement. Uit artikel 12.4 van de algemene voorwaarden vloeit voort dat tussen partijen de afwijkende afspraak is gemaakt dat een dekkingscontrole slechts op aanvraag van de verzekerde wordt uit-

gevoerd. [eiser 1] heeft daar nimmer om verzocht. De zorgplicht van [gedaagde] is hiermee dus uitdrukkelijk contractueel afgebakend.

Van een actieve plicht van [gedaagde] om te waarschuwen voor onderverzekering, of om door middel van een voortaxatie of waardebepaling de verzekerde som vast te (laten) stellen, is dan ook geen sprake gelet op de tussen partijen gemaakte afwijkende afspraken. [eiser 1] heeft bovendien ook nimmer aan [gedaagde] gevraagd om behulpzaam daarin te zijn.

3.4.3. [gedaagde] is anders dan [eiser 1] meent geen deskundige in herbouwwaarde van bedrijfspanden. Zij wist niet en kon ook niet weten dat er sprake was van onderverzekering, als gevolg van een te laag opgegeven verzekerde som. Het is juist [eiser 1] die in zijn hoedanigheid van vastgoedondernemer/belegger ([eiser 1] is reeds jarenlang actief op het terrein van aankoop, verhuur en verkoop van vastgoed) in deze als deskundige moet worden aangemerkt. [eiser 1] is bovendien meerdere malen uitgelegd wat het verschil is tussen herbouwwaarde en marktwaarde. [eiser 1] gaf doorgaans ook zelf de herbouwwaardes van de te verzekeren panden door aan [gedaagde]. Kortom, [eiser 1] beschikte over de relevante kennis op dit terrein. Los daarvan mag van hem worden verwacht dat hij zich verdiept in risico's van verkeringen.

3.4.4. Maar ook als wordt aangenomen dat [gedaagde] wel is tekortgeschoten in enige op haar rustende verplichting, ontbreekt het causaal verband tussen die schending en de gestelde schade. De vraag die immers rijst is of [eiser 1], als hij was gewaarschuwd voor onderverzekering, een andere keuze had gemaakt, in die zin dat hij zou hebben gekozen voor een hogere verzekerde som. Voor [gedaagde] was duidelijk, op basis van de jarenlange samenwerking tussen partijen, dat [eiser 1] niet al te hoge sommen wilde verzekeren; veelal koos [eiser 1] voor een lage premie of een beperkte dekking. Kostenbesparing was voor [eiser 1] leidend. Dat [eiser 1] bij waarschuwingen voor onderverzekering, wel een andere keuze had gemaakt, is hoogst onaannemelijk, gelet op de keuzes die [eiser 1] in het verleden op dit punt heeft gemaakt.

Bovendien zou een hogere verzekerde som ook aanzienlijk hogere kosten met zich brengen, zoals een hogere premie en taxatiekosten. De verzekeraar zou dan een inspectie hebben bedongen, waarbij een deskundige het brandrisico maar ook

andere risico's zou hebben beoordeeld en in dat kader diverse preventiemaatregelen zou hebben geëist. Tevens zou inbraakpreventie, zoals de aanleg van een alarminstallatie, een voorwaarde zijn. Bij een bedrijfsverzamelgebouw als waarvan hier sprake is/was, zou bovendien kritisch gekeken zijn naar de activiteiten van de huurders en de daarmee samenhangende risico's.

Alles bij elkaar zou dat een optelsom zijn van enkele tienduizenden euro's; een keuze die [eiser 1] niet zou hebben gemaakt. Het is aannemelijker dat [eiser 1] hoe dan ook gekozen zou hebben voor een lage verzekerde som, met de bedoeling (enkel) zijn investering (de aankoopsom) veilig te stellen.

3.4.5. Er is sprake van eigen schuld (artikel 6:101 BW) aan de zijde van [eiser 1].

Het is [eiser 1] geweest die de verzekerde som bij aanvang heeft doorgegeven aan [gedaagde]. Hij heeft nooit verzocht om dekkingscontrole, noch heeft hij verzocht om een waardebepaling in het kader van de herbouwwaarde van het pand.

[eiser 1] koos met andere woorden bewust voor een lage verzekerde som, gelet op de lagere premie/kosten. Gelet op al deze omstandigheden dient tenminste 50% van de schade voor rekening van [eiser 1] te blijven.

3.4.6. Ten aanzien van de vaststelling van de schade betoogt [gedaagde] nog het volgende.

[gedaagde] is op geen enkele wijze betrokken geweest bij de taxatie, noch kent zij de daarmee verband houdende onderliggende stukken, zij is ook geen partij geweest bij de taxatie. [gedaagde] trekt de juistheid van het taxatierapport in twijfel alsook de omvang van de daarin vastgestelde schade; dat betreft een veelvoud van de door [eiser 1] opgegeven herbouwwaarde. [gedaagde] wenst een eigen expert in te schakelen, Crawford, om de bedragen in de akte van taxatie (kritisch) te kunnen toetsen. Daarvoor is in ieder geval nodig dat die expert inzage krijgt in alle onderliggende stukken; die bevinden zich in het domein van [eiser 1]. Tot dusver is iedere medewerking daaraan geweigerd door [eiser 1].

3.5. Op hetgeen door partijen overigens is aangevoerd zal hierna, bij de beoordeling van het geschil en voor zover relevant, nader worden ingegaan.

4. De beoordeling

Inleiding

4.1. Partijen twisten in de kern over het antwoord op de vraag of [gedaagde] als assurantietussenpersoon jegens [eiser 1] de op haar rustende zorgplicht in de zin van artikel 7:401 BW heeft geschonden. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, kan worden toegekomen aan de vraag of daardoor schade is geleden en de omvang daarvan.

Voordat die hoofdvraag kan worden beantwoord, zal de rechtbank echter eerst enkele andere geschilpunten behandelen. Die geschilpunten houden verband met de positie van [eiser 1] en het beroep van [gedaagde] op enkele bedingen uit de algemene voorwaarden, als ook het beroep van [gedaagde] op schending van de klachtplicht door [eiser 1].

Klachtplicht, artikel 6:89 BW

4.2. Volgens [gedaagde] heeft [eiser 1] de klachtplicht geschonden door niet eerder dan in februari 2020 te klagen over onderverzekering, terwijl [eiser 1] eerder op de hoogte moet zijn geweest van de onderverzekering en aldus ook eerder en tijdig had moeten klagen of moeten protesteren tegen de onderverzekering. Door dit na te laten heeft [eiser 1] zijn verplichting ex artikel 6:89 BW geschonden.

4.3. De rechtbank kan [gedaagde] in dat betoog niet volgen. De onderverzekering die heeft geleid tot de onderhavige kwestie is niet eerder dan in februari 2020 (nadat in het pand brand heeft gewoed en [eiser 1] om dekking uit hoofde van de opstalverzekering verzocht) aan het licht gekomen. Uit niets blijkt dat [eiser 1] wist of had moeten weten van de onderverzekering van het pand en dat hij daarover dan ook eerder kon en moest klagen. Van schending van de klachtplicht kan daarom geen sprake zijn.

Positie [eiser 1], consument?

Inleiding

4.4. De vraag die onder meer is opgeworpen en waarover partijen van mening verschillen, betreft de vraag in welke hoedanigheid [eiser 1] de onderhavige verzekering heeft afgesloten. [gedaagde] doet immers een beroep op enkele bepalingen uit haar algemene voorwaarden, terwijl [eiser 1] een beroep doet op de vernietigbaarheid van deze

bepalingen, omdat (in ieder geval een van) de bepalingen in de grijze lijst van artikel 6:237 BW zouden zijn opgenomen.

Juridisch kader

4.5. In artikel 6:237 BW is – kortgezegd – geregeld dat bij een overeenkomst gesloten tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, een beding in de algemene voorwaarden wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn indien dit beding in de lijst van die bepaling is opgenomen.

4.6. Op 1 januari 1992 – kort voor de totstandkoming van de Richtlijn 93/13/EEG – is het huidige Burgerlijke Wetboek in werking getreden, waarvan de inhoud mede op de te verwachten inhoud van de Richtlijn is afgestemd. Het Burgerlijk Wetboek bevat een regeling betreffende onredelijk bezwarende bedingen in de artikelen 231-237 van Boek 6 BW. Naar aanleiding van de Richtlijn heeft de regeling bij Wet van 28 oktober 1999 een aantal wijzigingen ondergaan die per 17 november 1999 in werking zijn getreden.¹ Gelet hierop moet de regeling in de artikelen 231-237 van boek 6 BW mede worden gezien als een implementatie van de Richtlijn.² Dit betekent dat voor de vraag of [eiser 1] kan worden aangemerkt als een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, moet worden aangesloten bij de uitleg die aan de definitie van het consumentenbegrip van artikel 2 van de Richtlijn wordt gegeven.

4.7. In artikel 2 van de Richtlijn wordt als consument gedefinieerd: “iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen”. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, valt af te leiden dat het begrip “consument” in de zin van de Richtlijn een objectief begrip is dat losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene kan beschikken of van de informatie waarover die persoon werkelijk beschikt. De nationale rechter moet bij de beoordeling rekening houden met alle omstandigheden van het geval,

1 Vgl. Gerechtshof Den Bosch 17 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH6958, r.o. 4.5.7.

2 Vgl. HvJ EU 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:328, r.o. 21.

met name met de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeenkomst betrekking heeft, waaruit kan blijken met welk doel dat goed is gekocht of die dienst is ontvangen.³

4.8. Hoewel voorts het consumentenbegrip in de Richtlijn in zekere zin losstaat van het consumentenbegrip in andere regelingen, zoals Verordening (EU) 1215/2012, valt uit de rechtspraak van het Hof af te leiden dat desalniettemin rekening moet worden gehouden met het begrip “consument” in andere Unierechtelijke regelingen, teneinde de doelstellingen van de Uniewetgeving op het gebied van consumentenovereenkomsten te verwezenlijken en de coherentie van het Unierecht te verzekeren.⁴ Aldus is de rechtbank van oordeel dat ook de rechtspraak van het Hof van Justitie ten aanzien van het consumentenbegrip in andere Unierechtelijke regelingen van belang is voor de onderhavige zaak.

4.9. In dat verband is van belang dat het Hof van Justitie ten aanzien van consumentenbegrippen in andere regelingen reeds heeft geoordeeld dat het consumentenbegrip restrictief dient te worden uitgelegd. Daarbij moet aansluiting worden gezocht bij de positie van deze persoon in een bepaalde overeenkomst, rekening houdend met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet bij de subjectieve situatie van deze persoon. Eenzelfde persoon kan voor sommige verrichtingen als consument en voor andere verrichtingen als marktdeelnemer worden beschouwd. Bijgevolg vallen enkel overeenkomsten die los en onafhankelijk van enige beroepsmatige activiteit worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier, onder de bepalingen ter bescherming van de consument, die als de economisch zwakkere partij wordt beschouwd.⁵

Het oordeel van de rechtbank

4.10. Tegen deze achtergrond is de rechtbank van oordeel dat [eiser 1] niet als consument kan worden aangemerkt, zodat aan hem ook geen (direct) beroep op artikel 6:237 BW toekomt. Tussen partijen staat immers vast dat het bedrijfspand door [eiser 1] was aangeschaft ten behoeve van de verhuur door hem aan ondernemers die zich in het bedrijfspand vestigden. Zulks is bij uitstek een bedrijfsmatige activiteit die (evident) niet ziet op de consumptiebehoefte van [eiser 1]. Tegen die achtergrond kan dan ook niet worden volgehouden dat het serviceabonnement dat met [gedaagde] is gesloten en (onder meer) ziet op het bedrijfspand als het te verzekeren object, door [eiser 1] in de hoedanigheid van consument is gesloten.

Reflexwerking?

Juridisch kader

4.11. Voor zover [eiser 1] nog een beroep doet op de reflexwerking van artikel 6:237 BW in het kader van de algemene bepaling van artikel 6:233 BW, overweegt de rechtbank als volgt. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat er aanleiding bestaat om eventueel het vermoeden van artikel 6:237 BW ook buiten het geval van een consument toe te passen, indien zich een situatie voordoet die sterke gelijkenis vertoont met die van een consument. De wetsgeschiedenis wijst daarbij op de kleine vereniging of stichting die zich materieel niet van een consument (natuurlijk persoon) onderscheidt. Die gelijkenis zal beoordeeld dienen te worden aan de hand van de relatie die er in het betreffende geval bestaat tussen enerzijds het betrokken beding en anderzijds omstandigheden als de aard van de activiteiten die door de niet-consument worden ontplooid, de aard van de overeenkomst die hij heeft afgesloten, de aard van de schade die hij heeft geleden e.d.⁶ In de rechtspraak is eveneens aangenomen dat kleine ondernemingen, zoals een eenmanszaak, een beroep op deze reflexwerking toe kan komen. Relevant in dat kader is onder meer of de overeenkomst betrekking had op de normale bedrijfsactiviteiten en of de onderneming al dan niet personeel in dienst had die, voor zover de

3 HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538, r.o. 21 t/m 23.

4 Vgl. HvJ EU 10 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1015, r.o. 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

5 Vgl. o.a. HvJ 10 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1015, r.o. 29 en 30; HvJ EU 14 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:123, r.o. 87 en 88; HvJ EG 3 juli 1997, ECLI:EU:C:1997:337, r.o. 16 en 17 en HvJ EU 11 april 2019, ECLI:EU:C:2019:314 (conclusie A-G E. Tanchev), overweging 37.

6 Vgl. Hoge Raad 21 september 2009, ECLI:NL:PHR:2007:BA7627 (conclusie A-G Wuisman), overweging 3.10.

overeenkomst niet ziet op de reguliere bedrijfsactiviteiten, over relevante kennis en kunde beschikken.⁷

Het oordeel van de rechtbank

4.12. Tegen voornoemde achtergrond bestaat er naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende aanleiding voor een geslaagd beroep op de reflexwerking van artikel 6:237 BW. De overeenkomst met [gedaagde] was immers gesloten om het pand van [eiser 1], dat hij in het kader van zijn hiervoor genoemde bedrijfsactiviteiten exploiteerde, te verzekeren. Derhalve had deze overeenkomst betrekking op de normale bedrijfsactiviteiten van [eiser 1]. Ook anderszins is de rechtbank niet gebleken van feiten of omstandigheden die tot een geslaagd beroep op de reflexwerking kunnen leiden. Temeer nu ook de aard van de activiteiten die [eiser 1] ontplooipte en de aard van het serviceabonnement zich tegen deze reflexwerking verzetten: de aankoop van een bedrijfspand, met de daarop volgende verhuur aan ondernemers, is (per definitie) een bedrijfsmatige activiteit, nu deze redelijkerwijs niet in een consumptiebehoefte kan voorzien, zodat ook in zoverre een ondernemer die een dergelijke bedrijfspand verzekert, of daartoe een overeenkomst met een assurantiepersoon sluit, niet in een met een consument vergelijkbare positie kan verkeren.

Anderszins onredelijk bezwarende bedingen?

De artikelen 7.1 en 7.5 van de algemene voorwaarden

4.13. Dan komt de rechtbank thans toe aan de beoordeling van het meer subsidiair ingenomen standpunt van [eiser 1], inhoudende, kort gezegd, dat sprake is van – in zijn algemeenheid – onredelijk bezwarende bedingen in de zin van artikel 6:233 BW. Ten aanzien van de exoneratiebedingen (de artikelen 7.1 en 7.5 van de algemene voorwaarden, aangehaald onder de feiten) overweegt de rechtbank dat [gedaagde] er kennelijk vanuit gaat, althans zo begrijpt de rechtbank het door haar ingenomen standpunt daaromtrent (opgenomen onder randnummer 85 van de conclusie van antwoord) dat dit beding ertoe leidt dat ingeval schade wordt uitgekeerd, dit bedrag beperkt is

tot het bedrag dat wordt uitgekeerd onder de dekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Ter zitting is, in aanvulling hierop, desgevraagd nog toegevoegd en bevestigd van de zijde van [gedaagde] dat, bij een toewijzing van de vordering, het door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar uit te keren bedrag voldoende is om de schade van [eiser 1] te dekken. Gelet hierop heeft [gedaagde] geen belang meer bij het door haar gedane beroep op de betreffende exoneratiebedingen uit de algemene voorwaarden.

4.14. Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen.

[gedaagde] lijkt met het hiervoor weergegeven standpunt te erkennen dat van een volledige uitsluiting/exoneratie van aansprakelijkheid geen sprake kan zijn. Hoe dan ook, met [eiser 1] is de rechtbank van oordeel dat een volledige uitsluiting van schade niet aan de orde kan zijn, gelet op de bijzondere positie die de tussenpersoon jegens de verzekerde heeft (waarover hierna meer bij de zorgplicht van de assurantietussenpersoon).

Een dergelijke volledige uitsluiting zou immers feitelijk neerkomen op uitholling van iedere zorgplicht van de assurantietussenpersoon, waarbij bovendien zijn rol en functie zinledig zouden worden.

Artikel 12.4 van de algemene voorwaarden

4.15. Voor wat betreft het door [gedaagde] gedane beroep op artikel 12.4 uit de algemene voorwaarden, waarbij [gedaagde] kort gezegd stelt dat de bij wijze van aanvullende service aangeboden dekkingscontrole enkel op aanvraag (van de verzekerde, derhalve [eiser 1]) wordt uitgevoerd, wordt het navolgende overwogen.

4.16. Uit het productinformatieblad dat ziet op het serviceabonnement dat tussen partijen is gesloten, blijkt dat het abonnement tweeledig is, te weten een basisservice en aanvullende service. Onder dat laatste element, de aanvullende service, is uitdrukkelijk opgenomen dat als onderdeel van die service een dekkingscontrole tegen onderv verzekering wordt aangeboden. Op geen enkele wijze is daarin kenbaar gemaakt dat zulks enkel op aanvraag (van de verzekerde) wordt uitgevoerd. Feitelijk zou een dergelijke voorwaarde ook niet passen binnen de aard van het serviceabonnement. Het serviceabonnement is immers gesloten met een assurantietussenpersoon en ziet daarbij op het verlenen van extra diensten van de (deskundige) assurantietussenpersoon, die de

7 Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2679, r.o. 5.5.

verzekerde niet zou krijgen zonder dat serviceabonnement. Wanneer een verzekerde een assurantietussenpersoon inschakelt mag hij er daarom in beginsel van uitgaan dat deze assurantietussenpersoon, als ter zake deskundige, ook een check uitvoert op onderverzekering. [eiser 1] hoefde niet te rekenen op een beperking daarvan (op de wijze die [gedaagde] voorstaat, namelijk door het stellen van aanvullende, beperkende voorwaarden). Als [gedaagde] binnen het kader van de overeenkomst beoogde de dekkingscontrole uitsluitend en alleen op aanvraag uit te voeren, dan had zij dat uitdrukkelijk en met zoveel woorden in het serviceabonnement moeten opnemen, zodat [eiser 1] zou kunnen weten dat, anders dan normaliter redelijkerwijs van een assurantietussenpersoon mag worden verwacht, hij zelfstandig en actief om een check tegen onderverzekering had moeten vragen.

4.17. Het voorgaande leidt dat ertoe dat het beding uit artikel 12.4 van de algemene voorwaarden aldus moet worden begrepen, dat deze bepaling niet meer inhoudt dan een recht van [eiser 1] om jaarlijks zelfstandig tot twee maal een check op onderverzekering aan te vragen, maar zulks geenszins de zorgplicht van [gedaagde] beperkt om die check ook zelfstandig, zonder aanvraag door de verzekerde, uit te voeren. In zoverre is dit beding niet onredelijk bezwarend, maar komt hieraan evenmin de door [gedaagde] gestelde betekenis toe.

Zorgplicht assurantietussenpersoon

Inleiding

De rechtbank gaat hierna over tot de beoordeling van de centrale vraag in deze kwestie, namelijk of [gedaagde] de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden.

Vooropgesteld wordt dat, ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv, op [eiser 1] de stelplicht en de bewijslast rust ten aanzien van feiten die tot het oordeel kunnen leiden dat sprake is van een tekortschieten door [gedaagde] in die zorgplicht.

Juridisch kader

4.18. Als uitgangspunt geldt dat een assurantietussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever de zorg dient te betrachten die van een redelijk bewaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Een assurantietussenpersoon

heeft als taak te waken over de belangen van de verzekeringnemer.

4.19. Die zorgplicht strekt zich ook uit tot de fase van advisering voorafgaand aan het tot stand brengen van de verzekeringsovereenkomst en in de fase ná de totstandkoming van de verzekering. De reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, met name van de aard en inhoud van de opdracht en de belangen van de cliënt (voor zover die kenbaar zijn voor de tussenpersoon) en de overige omstandigheden van het geval.

4.20. In de jurisprudentie is voorts een aantal uitgangspunten vastgesteld ter concretisering van de op de tussenpersoon rustende zorgplicht. De tussenpersoon dient actief te handelen en als deskundige op het gebied van verzekeringen zijn verzekeringnemers te waarschuwen in geval van grote onderverzekering of het geheel niet verzekerd zijn van relevante schades.⁸

4.21. Tot de taak van de assurantietussenpersoon behoort naar vaste jurisprudentie in beginsel ook dat hij zich ervan vergewist dat de herbouwwaarde van een verzekerd pand juist wordt vastgesteld. Verder moet de assurantietussenpersoon periodiek de verzekerde herbouwwaarde toetsen aan de werkelijke herbouwwaarde. De taak van de tussenpersoon brengt niet mee dat hij ervoor moet zorgen dat in zijn portefeuille geen verzekeringen voorkomen waarbij sprake is van onderverzekering. Wel mag van de tussenpersoon worden verwacht dat hij de verzekeringnemer voldoende vaak en voldoende indringend waarschuwt voor de gevolgen van mogelijke onderverzekering, dat hij de verzekeringnemer voldoende deskundig en voldoende actief behulpzaam is bij het toetsen of sprake is van onderverzekering en dat hij voor de verzekeringnemer die te kennen geeft dat te wensen, zorg draagt voor bijverzekering. Hoe frequent en indringend die waarschuwingen moeten zijn en welke hulp bij de bedoelde toets voldoende is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁹

4.22. In het kader van een opstalverzekering (zoals waarvan hier sprake is) mag van een assurantietussenpersoon voorts onder meer worden ver-

⁸ vgl. Hoge Raad 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1720, r.o. 3.3 en 3.4.

⁹ vgl. Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:2223, r.o. 2.4.

wacht dat hij de verzekeringnemer informeert over het belang van het hanteren van de juiste herbouwwaarde, in welk verband hij de verzekeringnemer dient te adviseren de herbouwwaarde van de te verzekeren opstal te laten vaststellen door een deskundige. Hij zal de verzekerde herbouwwaarde periodiek moeten laten toetsen aan de werkelijke herbouwwaarde. Tevens zal hij moeten wijzen op de gevolgen van onjuistheid van die gegevens en op het risico van onderverzekering. De assurantietussenpersoon mag bij het nakomen van zijn verplichtingen niet zonder meer uitgaan van de gegevens die hem zijn aangeleverd door de verzekeringnemer.

4.23. In de onderhavige zaak dient bij de bepaling van de invulling van de op [gedaagde] rustende zorgplicht ook nog gewicht toegekend te worden aan de tussen partijen gemaakte contractuele afspraken, zoals zij hebben vastgelegd in het serviceabonnement dat [eiser 1] met [gedaagde] is overeengekomen. Het productinformatieblad dat betrekking heeft op het serviceabonnement (overgelegd als productie 2 bij dagvaarding) omvat een summier weergave van de inhoud daarvan, waarvan voor nu relevant is dat partijen daarin zijn overeengekomen dat [eiser 1] recht heeft op een jaarlijkse update van de verzekeringen alsmede dat [eiser 1] recht heeft op een dekingscontrole tegen onderverzekering.

Het oordeel van de rechtbank

4.24. Uit het feitencomplex blijkt dat, na aankoop van het pand door [eiser 1] en na diens verzoek aan [gedaagde] tot het afsluiten van een verzekering, weliswaar enkele summier e-mails tussen partijen zijn gewisseld (over onder meer de bouwjaar en de huurders die in het pand hun onderneming exploiteerden), maar dat [gedaagde] verder heeft nagelaten actief onderzoek te doen naar de informatie die [eiser 1] doorgaf.

4.25. Meer bepaald heeft [gedaagde] nagelaten om, nadat [eiser 1] per e-mail de geschatte herbouwwaarde doorgaf, zijnde € 200.000,00 (waarvan ter zitting is toegelicht dat dat niet meer behelst dan een reksom, neerkomend op de koopsom van € 600.000,00 onder aftrek van de waarde van de grond groot € 400.000,00), daarop enige vorm van controle uit te voeren.

4.26. Het zonder nadere controle of check uitgaan van de waarde of informatie die is verstrekt door [eiser 1], getuigt van een niet-actieve houding van [gedaagde]. Zij is als deskundige op het gebied

van verzekeringen, gelet op voornoemd juridisch kader, evenwel gehouden om een dergelijke controle uit te voeren, temeer nu uit bewoordingen van de e-mail van [eiser 1] blijkt dat hij de herbouwwaarde niet met zekerheid kon bepalen (*“moeilijk te zeggen”*, schrijft [eiser 1] in de betreffende e-mail, aangehaald onder de feiten). Op zijn minst genomen lag het onder die omstandigheden voor de hand om [eiser 1] voor te lichten over het risico op onderverzekering en de gevolgen daarvan, en te adviseren over mogelijke maatregelen die [eiser 1] kon treffen om onderverzekering te voorkomen, zoals een taxatie door een deskundige. [gedaagde] heeft derhalve de juistheid van de door [eiser 1] per e-mail opgegeven herbouwwaarde bij aanvang van de verzekeringsovereenkomst, te gemakkelijk voor waar aangenomen, terwijl er mogelijkheden voorhanden waren om een controle uit te voeren. Dat [eiser 1] zich al langere tijd bezighield met de exploitatie van panden en dat hij mogelijk over enige kennis op dat terrein beschikt, maakt niet dat [gedaagde] de mededelingen van [eiser 1] zonder nader onderzoek mocht overnemen.

4.27. Voorts is ook niet gesteld of gebleken dat [gedaagde] gedurende de looptijd enige controles zou hebben uitgevoerd op de juistheid van de verzekerde (herbouw)waarde van het pand.

Tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst is tussen partijen, zo blijkt uit de door hen overgelegde processtukken, op enkele momenten contact geweest, eerst met de heer [A] (destijds werkzaam bij [gedaagde]) en in een later stadium met de heer [B]. Kennelijk was door de jaren heen tussen partijen de gewoonte ontstaan om het verzekeringspakket van [eiser 1] door te nemen tijdens een gesprek met [gedaagde] (gelet ook op de jarenlange klantrelatie en het feit dat [eiser 1] een aanzienlijk verzekeringspakket had afgesloten, zowel in privé als voor zijn beleggingsportefeuille).

4.28. Die gesprekken met of bezoeken aan [eiser 1] hadden klaarblijkelijk een informeel karakter nu enige structurele vorm van verslaglegging daarvan ontbreekt.

Het verslag van het gesprek van 12 november 2019 (waarvan een relevant deel is aangehaald onder de feiten), duidt erop dat tussen partijen is gesproken over de juistheid van de verzekerde bedragen. In aanvulling daarop heeft [gedaagde] evenwel nadrukkelijk betoogd (onder verwijzing naar de aanvullende verklaring van [B]) dat de

betreffende passage uit het bezoekverslag enkel op de woonhuizen zag het dus niet op het pand dat door [eiser 1] via [gedaagde] verzekerd was. Voor zover uit die gesprekken al zou kunnen worden afgeleid dat [eiser 1] ten aanzien van (een van de) woonhuizen (bewust) koos voor onderverzekering, is daarmee nog niet onderbouwd dat die keuze ook bewust door [eiser 1] ten aanzien van het pand zou zijn gemaakt.

4.29. Feit is dat partijen ook tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst nimmer de eerder door [eiser 1] aangegeven herbouwwaarde van het pand hebben besproken, of dat [gedaagde] daarop enige controle of waardebepaling heeft laten uitvoeren. Weliswaar is de aanvankelijk bepaalde verzekerde som later verhoogd naar € 250.000,00, maar dat in dat verband onderzoek is gedaan naar de daadwerkelijk herbouwwaarde, is gesteld noch gebleken.

4.30. Ook in dat verband is [gedaagde], op wie als assurantietussenpersoon een doorlopende plicht rust, inhoudende dat zij ook tijdens de looptijd van de verkeringsovereenkomst actief dient te waken voor de belangen van haar verzekerde, daaronder ook begrepen het risico van onderverzekering en het waarschuwen daartegen, tekortgeschoten. Tijdens de gesprekken met [gedaagde] heeft zij in het geheel niet, althans onvoldoende, zich ervan vergewist of de in een eerder stadium tot stand gekomen verzekerde som van het pand, correct is, terwijl het een feit van algemene bekendheid is dat de prijzen van onroerend goed, en daarmee ook de herbouwwaarde daarvan, in de afgelopen jaren fors gestegen zijn en nog steeds stijgen.

Bij die stand van zaken had [gedaagde] als redelijk handelend tussenpersoon de risico's opnieuw moeten (laten) beoordelen en had zij – als aangenomen zou worden dat [eiser 1] geen waarde-taxatie had willen alten uitvoeren – [eiser 1] uitdrukkelijk moeten waarschuwen voor onderverzekering.

4.31. Dat klemde des te meer nu in het serviceabonnement een uitdrukkelijke service is opgenomen, namelijk de dekkingscontrole tegen onderverzekering, waarvan [eiser 1] weliswaar geen gebruik heeft gemaakt omdat hij kennelijk zich daar onvoldoende van bewust is geweest, maar waar [gedaagde] als deskundige op dit terrein en omdat zij degene is die het serviceabonnement aanbood aan haar klanten, [eiser 1] wel op had kunnen wijzen.

Op geen enkel moment is enige vorm van dekkingscontrole, noch bij aanvang noch tijdens de looptijd van de overeenkomst uitgevoerd door [gedaagde]. Evenmin heeft [gedaagde] zich op andere wijze actief opgesteld door een check uit te voeren.

Tussenconclusie

4.32. Nu uit het voorgaande volgt dat niet is gebleken dat door [gedaagde] op enig moment een dekkingscontrole is uitgevoerd (noch bij aanvang noch tijdens de looptijd van de overeenkomst), is [gedaagde] tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht.

Causaal verband – condicio sine qua non

Standpunt [gedaagde]

4.33. [gedaagde] betwist dat er een causaal verband bestaat tussen de zorgplichtschending en de door [eiser 1] gestelde schade waarvan hij vergoeding vordert.

[gedaagde] stelt dat niet aannemelijk is dat [eiser 1], zo hij was gewaarschuwd voor de risico's van onderverzekering, hij (al dan niet na een taxatie) zou hebben gekozen voor een hogere verzekerde som, gelet op de daarmee samenhangende hogere premie en andere kosten. Het ligt volgens [gedaagde] niet voor de hand dat [eiser 1] enig advies op dit punt van [gedaagde] zou hebben opgevolgd omdat, blijkens de jarenlange relatie die tussen partijen bestond en de keuzes die daarin werden gemaakt, [eiser 1] in de regel koos voor een lagere premie. Met andere woorden; [eiser 1] zou voor de goedkopere optie hebben gekozen, ook als hij was gewaarschuwd voor de risico's van onderverzekering.

Het oordeel van de rechtbank

4.34. Dit betoog van [gedaagde] wordt verworpen.

[gedaagde] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd, op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat [eiser 1] – ingeval [gedaagde] uitdrukkelijk had gewaarschuwd voor de risico's van onderverzekering – het pand niet voor een hogere verzekerde som had willen laten verzekeren, inclusief de daarbij behorende hogere premie.

Temeer nu [eiser 1] die stelling gemotiveerd heeft weersproken. Hij stelt immers dat als hij vooraf was gewaarschuwd en/of hem was verteld dat de

herbouwwaarde te laag was en dat de verzekerde som aanzienlijk verhoogd moest worden, hij dat advies zou hebben opgevolgd. Het feit dat hij zijn huurders nu elders onderdak moet bieden omdat hij het pand niet kan laten herbouwen, zou volgens [eiser 1] reden zijn geweest om een hogere premie en kosten tegen onderverzekering te accepteren.

Het had dan ook op de weg van [gedaagde] gelegen om, gelet op deze betwisting, nader te onderbouwen waaruit kan blijken dat [eiser 1] het advies van [gedaagde], zo dat was gegeven, niet zou hebben opgevolgd. De enkele stelling dat [eiser 1] adviezen niet opvolgde, of dat hij zijn eigen keuzes maakte hierin, is daartoe onvoldoende.

In dat kader overweegt de rechtbank ten overvloede nog dat ter zitting aan de orde kwam dat [eiser 1] eerder, ten aanzien van het bepalen van een passende verzekerde som voor een woonhuis te [plaats 2], de door [gedaagde] geadviseerde waarde (€ 650.000,00) volgde, hoewel dat tegen zijn gevoel indruiste gelet op het grote verschil met de aankoop prijs (€ 250.000,00).

Causaal verband – redelijke toerekening, artikel 6:98 BW

Standpunt [gedaagde]

4.35. stelt zich voorts nog op het standpunt dat, onder de gegeven omstandigheden, het redelijk is om de toerekenbare schade te beperken tot de uitkering waarop [eiser 1] kennelijk rekende ingeval van schade. Dat bedrag is volgens [gedaagde] beperkt tot de verzekerde som van € 250.000,00.

Juridisch kader

4.36. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat binnen de grenzen van artikel 6:98 BW, degeene die onrechtmatige daad heeft gepleegd in beginsel voor alle daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk is.¹⁰ De rechtbank ziet geen aanleiding om in het kader van wanprestatie in dit opzicht een andere maatstaf aan te leggen.

Het oordeel van de rechtbank

4.37. [eiser 1] heeft in reactie op de stellingen van [gedaagde] aangegeven dat hij de wens heeft om het pand te herbouwen. Het gaat immers om een

bedrijfsverzamelgebouw, dat reeds bij aankoop daarvan door diverse huurders werd gehuurd ten behoeve van hun commerciële activiteiten. Noodgedwongen zijn deze huurders nu, als gevolg van de brand, elders ondergebracht. [eiser 1] stelt met andere woorden een groot belang te hebben bij een spoedige start van de herbouw van het pand, ook omdat hij als verhuurder/eigenaar verplichtingen heeft jegens die huurders, waaronder het herstel van het pand en het verschaffen van huurgenot aan die huurders. Zonder herbouw van het pand is dat niet mogelijk. [gedaagde] heeft, gelet op deze stellingen van [eiser 1], niet nader onderbouwd waarom de schade van [eiser 1] als gevolg van de wanprestatie van [gedaagde] zou zijn beperkt tot € 250.000,00, een bedrag dat evident onvoldoende is om het bedrijfspand te herbouwen, zodat het betoog van [gedaagde] – gelet op voornoemd juridisch kader – niet kan slagen.

Eigen schuld, artikel 6:101 BW

Standpunt [gedaagde]

4.38. heeft voorts naar voren gebracht dat de schade hoofdzakelijk een gevolg is van omstandigheden die zijn veroorzaakt door, althans moeten worden toegerekend aan [eiser 1]. Als gevolg daarvan moet ook de vergoedingsplicht naar evenredigheid worden verminderd. Meer concreet voert [gedaagde] enkele punten aan die hebben geleid tot de onderverzekering en die te wijten zijn aan [eiser 1] zelf, niet aan [gedaagde].

Juridisch kader

4.39. Op grond van artikel 6:101 BW wordt, indien schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

Het oordeel van de rechtbank

4.40. Vooropgesteld wordt dat in dit geval geen situatie is ontstaan waarin [eiser 1] welbewust het risico van onderverzekering heeft aanvaard. Im-

10 Hoge Raad 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2102 r.o. 3.3.2

mers, als vaststaand is aangekomen dat op geen enkel moment aan hem een aanbod of advies is gedaan om het pand te laten taxeren om zodoende de herbouwwaarde vast te stellen, noch is hij gewaarschuwd tegen een mogelijke onderverzekering.

4.41. Toch ziet de rechtbank in de door [gedaagde] aangevoerde omstandigheden aanleiding om te oordelen dat ook [eiser 1] voor wat betreft het ontstaan van de schade enig verwijt valt te maken. Daartoe is allereerst redengevend dat [eiser 1] ervoor koos de herbouwwaarde zelf te schatten en op basis van die schatting (feitelijk een voor herbouwwaarde irrelevante rekenom) een bedrag door te geven aan [gedaagde]. Dit terwijl van [eiser 1] als ondernemer die zich bezighoudt met de exploitatie van onroerend goed, redelijkerwijs verwacht mag worden op zijn minst genomen op de hoogte te zijn van het verschil tussen de herbouwwaarde en de marktwaarde van onroerend goed. Kortom, enige kennis op dit punt moet aan [eiser 1] wel toegedicht worden.

4.42. Daar komt nog bij dat [eiser 1] nimmer uit eigener beweging heeft verzocht om een waarde-bepaling; dat is weliswaar geen verplichting, maar wel een keuze die hij had kunnen maken, zeker ingeval hij de herbouwwaarde heeft moeten schatten. [eiser 1] had zelfs kunnen opteren om geen enkele herbouwwaarde aan [gedaagde] door te geven toen daar om werd gevraagd, maar in plaats daarvan eerst om advies of een taxatie te verzoeken, dan wel een taxatie zelf te laten uitvoeren. Daar is niet voor geopteerd.

4.43. De rechtbank is dan ook van oordeel dat zowel aan [gedaagde] als aan [eiser 1] een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de schade, zodat de rechtbank moet beoordelen in welke verhouding de aan hen toe te rekenen omstandigheden aan die schade hebben bijgedragen.

4.44. De rechtbank kent daarbij gewicht toe aan de omstandigheid dat hier sprake is van onderverzekering. Het niet waarschuwen tegen het risico van onderverzekering weegt naar het oordeel van de rechtbank verhoudingsgewijs zwaarder dan de passieve houding van [eiser 1] ten aanzien van de vaststelling van de herbouwwaarde en verzekeringswaarde van het pand. Het is immers primair de taak van de assurantietussenpersoon om ervoor te zorgen dat zijn klant voldoende is verzekerd en dat hij actief waakt voor de belangen van zijn verzekerde.

4.45. De rechtbank is, alles afwegend, van oordeel dat de fouten van [gedaagde] en [eiser 1] tot elkaar staan in de verhouding 90:10.

Billijkheidscorrectie

4.46. De rechtbank ziet geen aanleiding voor een andere verdeling op grond van, kort gezegd, de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1 BW. Dit betekent dat van de schade als gevolg van de onderverzekering van het pand, voor 90% door [gedaagde] moet worden gedragen en voor 10% voor rekening blijft van [eiser 1].

Omvang schade

Standpunt [eiser 1]

4.47. Tot slot wordt toegekomen aan de beoordeling van de omvang van de schade.

Ter onderbouwing daarvan heeft [eiser 1] enkele stukken in het geding gebracht, meer bepaald de akte van taxatie zoals deze is opgesteld door de heer [C] (schade-expert in dienst bij Achmea) en de heer [D] (verbonden aan [X] Expertise als contra-expert). De schade is door hen vastgesteld op een bedrag van € 1.117,581,00.

Standpunt [gedaagde]

4.48. [gedaagde] heeft hiertegen verweer gevoerd. Zij betwist de omvang van de schade.

Zij wil een eigen expert naar de akte van taxatie en de onderliggende stukken laten kijken zodat zij een eigen oordeel kan vormen over de schade.

Het oordeel van de rechtbank

4.49. Het verweer van [gedaagde] slaagt. Immers, [gedaagde] is op geen enkele wijze betrokken geweest bij de opstelling van de schade-taxatie. Zij is daar als assurantietussenpersoon evenmin aan gebonden.

Nu de onderliggende stukken ontbreken (deze zijn door [eiser 1] niet overgelegd maar, zo is ter zitting uitdrukkelijk aangegeven, wel beschikbaar), kan ook de rechtbank zich, bij gebreke van die stukken, geen eigen oordeel vormen over de omvang van de door [eiser 1] gestelde schade.

Benoeming deskundige

4.50. De rechtbank neemt zich, gelet op het voorgaande, voor om een deskundige te benoemen teneinde te adviseren over enkele punten, teneinde te komen tot een vaststelling van de schade.

4.51. Voordat daartoe wordt overgegaan, zal de rechtbank partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van een deskundigenbericht, over het aantal en het specialisme van de te benoemen deskundige(n) en over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen. Partijen kunnen zich uit laten over de persoon van de te benoemen deskundige(n), waarbij het de voorkeur van de rechtbank heeft dat zij eensgezind een voorstel doen aan de rechtbank. De rechtbank zal de zaak hiertoe naar de rol verwijzen.

4.52. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat kan worden volstaan met de benoeming van één deskundige, die tenminste kennis heeft van vastgoedtaxaties en de bepaling van herbouwwaarde van bedrijfspanden.

4.53. De rechtbank ziet in hetgeen hiervoor is overwogen aanleiding om te bepalen dat het voorschot op de kosten van de deskundige(n) door [eiser 1] moet worden gedeponeerd. De hoogte van dit voorschot zal te zijner tijd worden bepaald. Alsdan zullen ook verdere instructies volgen over de betaling daarvan door [eiser 1].

4.54. Iedere verdere beslissing wordt in dit stadium van de procedure aangehouden.

5, De beslissing

De rechtbank,

- bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van *woensdag 29 september 2021* voor het nemen van een akte door beide partijen zoals bedoeld in r.o. 4.51, waarin zij zich uitlaten over het voorneemen van de rechtbank tot benoeming van één deskundige en zij eensgezind een voorstel kunnen doen over de persoon van de deskundige;
- bepaalt dat partijen zich in die akte tegelijkertijd en bij voorkeur eensgezind kunnen uitlaten over de aan die deskundige voor te leggen vragen;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Eiser houdt zich bedrijfsmatig bezig met (ook) de exploitatie van onroerende zaken. Eiser maakt sinds 2001 voor zijn privébelangen en zijn zakelijke belangen gebruik van de diensten van een assurantietsamenpersoon. Deze overeenkomst van opdracht is vormgegeven als een serviceabonnement. In 2016 koopt eiser met het doel van verhuur een bedrijfsgebouw voor € 600.000. In overleg met de tussenpersoon wordt een opstal-

verzekering gesloten met een verzekerde som op basis van herbouwwaarde van € 150.000. Later is deze verzekerde som verhoogd naar € 250.000, waarbij de verzekeraar in de offerte vermeldt dat er geen garantie tegen onderverzekering geldt. In 2020 wordt het gebouw door brand beschadigd. De herbouwwaarde wordt vastgesteld op ruim € 1,1 miljoen. Er is dus sprake van forse onderverzekering. Eiser spreekt de tussenpersoon hier voor aan. Eiser stelt dat de tussenpersoon bij het sluiten van de verzekering en in de jaren daarna onvoldoende aandacht (had en) vroeg voor mogelijke onderverzekering. Volgens eiser was duidelijk dat hij de herbouwwaarde zelf moeilijk kon bepalen en had de tussenpersoon actiever moeten aandringen op de verificatie daarvan. De tussenpersoon voert verweer. In dit tussenvonnis wordt onder meer geoordeeld over de duiding en geldigheid van bedingen uit de algemene voorwaarden van de tussenpersoon en over diens zorgplicht. Voorts wordt over het causaal verband en eigen schuld-verweer beslist. Ik bespreek deze vier beslispunten hierna per thema.

2. De mogelijkheid om via standaardvoorwaarden nadere afspraken over aansprakelijkheid te maken wordt gereguleerd door de algemene voorwaarden-regeling uit Boek 6, titel 5, afdeling 3 BW alsmede door art. 6:248 BW. Daarbij gelden drie beschermingsniveaus. Grote ondernemers, zoals gedefinieerd in art. 6:235 BW, kunnen zich niet beroepen op de algemene voorwaarden-regeling. Wel kunnen grote ondernemers een beroep doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW, die inroepbaar is door alle deelnemers van het rechtsverkeer. Ondernemers die geen grote ondernemer zijn, kunnen een beroep doen op art. 6:233 BW (onredelijk bezwarendheidstoets) en art. 6:234 BW (terhandstellingseis). Dit geldt eveneens voor consumenten, maar hen komt verdergaande bescherming toe. Consumenten kunnen hun beroep op art. 6:233 BW baseren op de bewijsvermoedens uit art. 6:236 BW (zwarte lijst) en art. 6:237 BW (grijze lijst). De algemene voorwaarden-titel uit het BW behelst de implementatie van de Europese Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten. Dat betekent dat deze wettelijke bepalingen in consumentenzaken richtlijnconform moeten worden uitgelegd.

3. Dat rechterlijk oordeel over de algemene voorwaarden laat zich als volgt samenvatten.

(a) Om te bepalen of eiser consument ex art. 6:237 BW is, moet het consumentenbegrip richtlijnconform worden uitgelegd. Dit vergt een meer objectieve uitleg, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de overeengekomen dienst, die kan duiden op het doel waarvoor de overeenkomst is gesloten. Het is daarbij mogelijk dat een contractspartij ten aanzien van bepaalde aspecten van de overeenkomst als consument wordt beschouwd en ten aanzien van andere aspecten niet. Nu eiser het bedrijfspand heeft gekocht met het doel van verhuur aan bedrijven, is eiser wat dit betreft niet als consument aan te merken. Dat brengt mee dat ook de overeenkomst van opdracht met de tussenpersoon waar het gaat om dit aspect door eiser evenmin als consument is gesloten.

(b) Art. 6:237 BW heeft onder omstandigheden een zekere reflexwerking jegens kleine ondernemers. Die reflexwerking kan eiser hier niet inroepen, nu de overeenkomst van opdracht zag op de verzekering van zijn reguliere bedrijfsactiviteiten. In zijn relatie tot de tussenpersoon kan eiser dan niet aan een consument worden gelijkgesteld.

(c) Nu de gevorderde schadevergoeding kan worden voldaan uit de verzekerde som van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de tussenpersoon, ontbreekt belang bij vernietiging van het beding uit de algemene voorwaarden dat aansprakelijkheid maximeert tot aan die verzekerde som. De rechtbank overweegt in r.o. 4.14 ten overvloede dat een volledige uitsluiting van schadevergoedingsplicht zou betekenen dat de zorgplicht van de tussenpersoon geheel wordt uitgehold en dus niet aan de orde kan zijn.

(d) Het beding uit de algemene voorwaarden, dat inhoudt dat de opdrachtgever periodiek een dekkingscontrole tegen onderverzekering kan aanvragen, vergt uitleg. De rechtbank oordeelt dat met dit beding niet tot uitdrukking is gebracht dat advies over, of beoordeling van, de verzekeringsdekking slechts zal plaatsvinden als de opdrachtgever daar expliciet om vraagt. Gezien ook het feit dat de overeenkomst met de tussenpersoon naar zijn aard strekt tot verlenen van deskundige bijstand ter zake van de verzekeringen, valt in dit beding geen inperking van deze (primaire) taak van de tussenpersoon te lezen. De rechtbank interpreteert het beding aldus dat verzekeringnemer het recht heeft om periodiek een aparte dekkingscheck aan te vragen. Dat laat de zorgplicht van de tussenpersoon als zodanig on-

verlet, zodat dit beding voor de beoordeling van de zaak niet relevant is.

4. Het oordeel sub a lijkt mij juist. Onder de paraplu van één overeenkomst van opdracht heeft de tussenpersoon hier zowel de persoonlijke als de zakelijke belangen van eiser behartigd. Feitelijk zijn onder die paraplu verschillende taken aan de tussenpersoon opgedragen en door hem uitgevoerd. Het spreekt aan dat dan per taak beoordeeld wordt of de dienst werd verleend aan eiser als consument of aan eiser als bedrijfsmatig handelend persoon. De in voetnoot 5 genoemde Europese rechtspraak lijkt inderdaad ruimte te bieden voor deze differentiatie. Logisch is vervolgens de conclusie dat de opdracht aan de tussenpersoon waar het hier ging om een zakelijke verzekering voor een zakelijk belang, door eiser is gegeven in bedrijfsmatige hoedanigheid. Wat de rechtbank sub (b) over de reikwijdte van de reflexwerking overweegt, is in lijn met de literatuur, zie *Asser/Sieburgh 6-III* (2018), nr. 502. Ten overvloede merk ik daarbij nog op dat niet iedere ondernemer die valt buiten de definitie van 'grote onderneming' uit art. 6:235 BW automatisch een 'kleine ondernemer' in de context van de reflexwerking is. De sub (d) weergegeven uitleg van het beding over de dekkingscontrole lijkt juist. Bij onduidelijkheid over de strekking van dit beding had de rechter desgewenst nog betekenis kunnen toekennen aan het feit dat de tussenpersoon hier het beding heeft geredigeerd en dat onduidelijkheid daarom in zijn nadeel kan werken, zie HR 28 april 1989, *NJ* 1990/483 (*Liskay*). Deze uitlegregel is niet dwingend voorgeschreven.

5. Interessant is vooral het oordeel sub (c) over het maximeringsbeding. Bedingen die de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer maximeren op de verzekerde som onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering zijn in verschillende beroepsgroepen gangbaar en worden doorgaans aanvaardbaar geacht. Zie bijvoorbeeld hof Den Bosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5068, hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:237, rb. Oost-Brabant 23 november 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6504 en rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12620. Hier is de claim lager dan die verzekerde som en is het maximeringsbeding dus niet relevant. Kennelijk is door partijen echter ook gedebatteerd over de vraag of een algehele uitsluiting van

aansprakelijkheid toegelaten zou zijn. In de overweging ten overvloede in r.o. 4.14 overweegt de rechtbank dat zo'n vergaande exoneratione gezien de 'bijzondere positie van de tussenpersoon' zou neerkomen op een uitholling van zijn (gehele) zorgplicht en dus niet aanvaardbaar is. Ik betwijfel of het feit dat de gebruiker van het beding een beroepsbeoefenaar is doorslaggevend is. Wel is het zo dat voor sommige beroepsbeoefenaars op de wet gegronde beperkingen gelden voor het hanteren van exonerationen (denk aan art. 7:463 BW en art. 6:26 Voda). Daarnaast is de hoedanigheid van de gebruiker van het beding als zodanig een wegingsfactor. De kern van de zaak lijkt mij veeleer dat het uitsluiten van iedere aansprakelijkheid voor het tekortschieten in de uitoefening van de primaire contractuele prestatie waarschijnlijk snel onaanvaardbaar moet worden geacht. Als hoofdregel geldt ook ten aanzien van exonerationen contractsvrijheid; men mag aansprakelijkheid uitsluiten. Daarbij geldt wel de in de rechtspraak geformuleerde buitengrens dat exoneratione voor opzet of grove schuld/bewuste roekeloosheid voor eigen handelen en handelen van hogere leidinggevendenden niet aanvaardbaar is. Voor het overige moet de exoneratione steeds contextgebonden getoetst worden, zie *Asser/Sieburgh 6-I* (2020), nr. 368. Een beding dat inhoudt dat er geen enkele (schadevergoedings)consequentie verbonden kan worden aan het niet correct uitvoeren van wat juist de primaire prestatie uit de overeenkomst is, zal echter vaak moeilijk te rechtvaardigen zijn. Ik heb ook niet de indruk dat zulke ruim opgezette exonerationen gangbaar zijn. De overweging van de rechtbank dat een dergelijke ruim geformuleerde exoneratione echter per definitie in alle gevallen ontoelaatbaar zou zijn, gaat mij wat ver. Ik denk dat er steeds een beoordeling moet plaatsvinden of het beroep, gezien de specifieke omstandigheden van het concrete geval, onaanvaardbaar is.

6. Over de zorgplicht van de tussenpersoon gaat r.o. 4.18 e.v. De rechtbank komt onder toepassing van het juiste toetsingskader tot de conclusie dat de zorgplicht hier is geschonden. Er wordt getoetst aan de maatman-toets (de norm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot). Bij die beoordeling is van belang dat de overeenkomst van opdracht de tussenpersoon belast met de taak om (actief) te waken voor de verzekeringsrechtelijke belangen van eiser. Hoever de zorgplicht reikt is contextgebonden. Het is

echter vaste rechtspraak dat de tussenpersoon zich er in beginsel van moet vergewissen dat de verzekerde som (hier: herbouwwaarde) correct is vastgesteld en dat hij als uitgangspunt periodiek moet nagaan of de verzekerde som nog adequaat is. Dit betreft een inspanningsverplichting; het enkele feit dat de verzekeringsdekking ontoereikend blijkt te zijn betekent als zodanig niet dat de tussenpersoon is tekortgeschoten. Voorts is vast uitgangspunt dat de tussenpersoon zijn opdrachtgever moet waarschuwen voor het risico van onderverzekering. In dit geval is er onvoldoende aandacht geweest voor dat risico. De tussenpersoon heeft de door eiser bij het sluiten van de verzekering opgegeven herbouwwaarde als het ware klakkeloos overgenomen, terwijl eiser juist nog had verklaard dat het voor hem 'moeilijk te zeggen' was of de door hem geschatte herbouwwaarde wel juist was. De tussenpersoon had hier het risico van onderverzekering moeten benoemen en daarbij het advies moeten geven om de herbouwwaarde door een deskundige (taxateur) te laten vaststellen. In de periodieke (onderhouds)gesprekken in de jaren daarna is weliswaar gesproken over verzekerde sommen en heeft er ook een verhoging van deze verzekerde som plaatsgevonden, maar ook daarbij is er kennelijk onvoldoende aandacht geweest voor de essentiële vraag of die verzekerde som wel correct was vastgesteld. Dat klemde des te meer nu de waarde van onroerende zaken in die periode steeg, waardoor ook herbouwwaardes konden stijgen. Op dit oordeel van de rechtbank valt volgens mij weinig af te dingen. Het ging hier kenbaar om een voor de opdrachtgever groot belang – de schade is bij een af te branden gebouw aanzienlijk groter dan bij een te verliezen koffer – en dat vergt dan alertheid van de opdrachtnemer, wiens taak het juist is om te waken over dergelijke belangen.

7. Het causaal verband wordt beoordeeld in r.o. 4.33 e.v. Voor de vaststelling van causaal verband ex art. 6:98 BW moeten twee vragen worden beantwoord. Eerst moet worden vastgesteld dat er een *condicio sine qua non*-verband tussen fout en schade bestaat. Bepalend is daarvoor of eiser in het hypothetische geval waarin de fout is weggedacht de schade ook had geleden. Wordt deze meer feitelijke vraag bevestigend beantwoord, dan moet daarna de meer juridische vraag worden beantwoord of de schade in redelijkheid aan de dader kan worden toegerekend. Daarbij spe-

len meer subjectieve factoren een rol, zoals de aard en ernst van de schade en de aard en ernst van de normschending. Het *condicio sine qua non*-verband acht de rechtbank in het licht van het partijdebat onvoldoende betwist. Het ligt niet voor de hand dat eiser een advies van de tussenpersoon tot verhoging van de verzekerde som in de wind had geslagen, waarbij komt dat hij een advies van dezelfde tussenpersoon tot verhoging van de verzekerde som van zijn woonhuis ook opgevolgd had. Het daar tegenin gebrachte feit dat eiser niet graag hoge premies betaalde, wordt dan te licht bevonden. Dat kan ik volgen. De rechtbank komt aldus niet toe aan bewijslevering over het *condicio sine qua non*-verband. Ik merk nog op dat bij bewijslevering mogelijk toepassing was gegeven aan de omkeringsregel. De geschonden norm lijkt hier namelijk (mede) een waarschuwing norm te zijn die strekt tot bescherming tegen de verwezenlijking van het in dit geval ingetreden risico (onderverzekering). In de context van de redelijke toerekening had de tussenpersoon nog aangevoerd dat niet meer dan € 250.000 toegewezen kan worden omdat dit de uitkering is waar eiser zelf op zou rekenen. De rechtbank verwerpt dit verweer op grond van het uitgangspunt dat de dader voor alle schade aansprakelijk is, terwijl € 250.000 ook niet toereikend is voor herbouw. Ik vraag me af of het argument dat de tussenpersoon hier bezigt niet meer in de sleutel staat van het *condicio sine qua non*-verband. De tussenpersoon lijkt eigenlijk te betogen dat in het hypothetisch geval weliswaar voor een hogere verzekerde som was gekozen, maar niet voor een zodanig hoge verzekerde som dat € 1,1 miljoen aan herbouwwaarde was uitgekeerd. Het is dan de vraag welk hypothetisch scenario wordt gehanteerd bij de beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband. Overtuigende argumenten om de schade hier niet aan de tussenpersoon toe te rekenen zie ik ook niet meteen. Het gaat om zuivere vermogensschade (een misgelopen verzekeringsuitkering) en bij die schadepost bestaat op zich meer ruimte voor debat over de redelijke toerekening. Zie hierover R.J.B. Boonekamp (*GS Schadevergoedingsrecht*), aant. 4 bij art. 6:98 BW. Gezien ook de voorzienbaarheid van de schade, lijkt redelijke toerekening me hier echter wel begrijpelijk.

8. In r.o. 4.38 e.v. draait het om de eigen schuld. Voor de toepassing van art. 6:101 BW moeten vier denkstappen worden gezet, zie A.L.M. Keir-

se, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2003, hoofdstuk 3. Stap 1 is de vaststelling dat er naast de fout van de gedaagde nog een andere omstandigheid is die aan het ontstaan of vergroten van de schade heeft bijgedragen. Daarna moet als stap 2 worden vastgesteld dat die andere omstandigheid aan de eiser kan worden toegerekend. Dan moet als stap 3 worden vastgesteld in hoeverre die verschillende omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade. Dit is de causaliteitstoets die een feitelijk en meer objectief karakter heeft. Tot slot is als stap 4 eventueel een billijkheidscorrectie mogelijk, waarbij subjectieve factoren, zoals de mate van verwijtbaarheid een rol kunnen spelen.

9. De rechtbank oordeelt dat ook aan eiser een verwijt kan worden gemaakt van de onderverzekering. Eiser heeft namelijk zelf de herbouwwaarde via schatting bepaald, terwijl hij als ondernemer die zich bezighoudt met exploitatie van onroerende zaken bekend mag worden verondersteld met het verschil tussen marktwaarde en herbouwwaarde. Daarnaast heeft eiser niet gevraagd om advisering over de herbouwwaarde. De rechtbank vindt echter dat het waken tegen onderverzekering primair de taak is van de tussenpersoon, zodat zijn aandeel in de schade aanzienlijk zwaarder weegt; dit leidt tot een 90-10-verdeling. Voor het toepassen van een billijkheidscorrectie ziet de rechtbank geen aanleiding. Het is wat ongelukkig dat de rechtbank bij het vaststellen van de omvang van de veroorzakingsaandelen in r.o. 4.43 de term 'verwijt' gebruikt, want het gaat hier om de vraag in hoeverre het nalaten van elk der partijen heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Verwijtbaarheid is daarbij als zodanig geen factor. De causale verdeling van 90-10 vind ik zelf wat disproportioneel. Zowel de tussenpersoon als eiser had door ander handelen het ontstaan van de schade in min of meer vergelijkbare wijze kunnen voorkomen. Nu kan ik de rechtbank wel volgen in de gedachte dat het nog meer op de weg van de tussenpersoon lag om te dezer zake actie te nemen, nu de zorg voor de verzekeringsrechtelijke belangen van eiser bij uitstek zijn taak was. Zie in een andersoortige context HR 6 september 2013, *NJ* 2014/176. Aan de andere kant had de verzekeraar bij de verhoging van de verzekerde som expliciet vermeld dat er geen garantie was tegen onderverzekering en had eiser daardoor juist (extra) bedacht moeten zijn op

mogelijke onderverzekering. Eiser moest als bedrijfsmatig exploitant van onroerende zaken bij uitstek de waarde van zijn eigen gebouw kennen. Een verdeling die 50-50 meer nadert had ik hier dus juist gevonden.

10. Er moet nu worden doorgeprocedeerd over de omvang van de schade. De rechtbank oordeelt in dit tussenvonnis al dat de akte van taxatie waarmee de herbouwschade na de brand is vastgesteld, bij die vaststelling niet bindend is, temeer nu de tussenpersoon niet betrokken was bij die vaststelling. Ik vul aan dat, zoals de tussenpersoon aangevoerd heeft, bij de schadebegroting ook verdisconteerd moet worden dat eiser in geval van een hogere verzekerde som meer premie had betaald. Had verhoging van de verzekerde som gevegd dat er bepaalde brandpreventie-maatregelen werden genomen, dan zullen de daaraan verbonden kosten in beginsel ook op de schade in mindering moeten komen.

mr. E.A.L. van Emden

advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen

136

Schade aan boerderij geen gevolg van gaswinning NAM

Rechtbank Noord-Nederland
8 september 2021, nr. C/19/114009 HA ZA
16-63 en 126152 HA ZA 19-49,
ECLI:NL:RBNNE:2021:3821
(mr. Schothorst, mr. Van der Meer,
mr. Vucsan)

Aardbevingsschade. Bewijsvermoeden.

[Rv art. 150; BW art. 6:177a]

Eiseres stelt dat zij door gaswinning door de NAM schade aan haar woning en haar boerderij heeft opgelopen. De rechter heeft besloten dat voor de waardedaling van de woning een deskundigenbericht nodig is.

De rechtbank stelt vast dat de conclusie van de deskundige op zorgvuldige wijze tot stand is ge-

komen. De deskundige heeft de woning in aanwezigheid van partijen geïnspecteerd en partijen hebben ruimschoots de gelegenheid gehad te reageren op het conceptrapport en de deskundige heeft met deze reacties in zijn definitieve rapport rekening gehouden. De deskundige heeft de reacties van partijen in het definitieve rapport uitvoerig behandeld. Voorts is de conclusie van de deskundige zorgvuldig onderbouwd en vloeit deze voort uit door hem in het deskundigenbericht vermelde gegevens. De rechter komt tot een waardedaling van de woning van € 25.000. Dit moet de NAM vergoeden.

Voor wat betreft de fysieke schade aan de boerderij beroept eiser zich op het bewijsvermoeden van art. 6:177a lid 1 BW. Volgens eiser vertoont de boerderij fysieke schade die naar haar aard redelijkerwijs het gevolg zou kunnen zijn van de gaswinning. De rechtbank heeft bij tussenvonnis geoordeeld dat zij het nodig acht dat eerst een RCA-onderzoek wordt uitgevoerd. Dit is uitgevoerd door Royal Haskoning (RHDV).

De rechtbank is van oordeel dat het RHDV-rapport de conclusies uit de eerdere deskundigenrapporten, dat de schade aan de boerderij niet is veroorzaakt door aardbevingen, overtuigend ondersteunt. NAM heeft hiermee voldoende aanneemelijk gemaakt dat de schade niet is veroorzaakt door de exploitatie van het mijnbouwwerk, maar door alternatieve oorzaken.

Omdat het bewijsvermoeden is weerlegd, dient eiser alsnog het causale verband tussen de door haar gestelde schade aan het pand en de bodembeweging te bewijzen. Eiser slaagt hier niet in. De rechtbank trekt daaruit de conclusie dat de schade aan de boerderij niet het gevolg is van gaswinning door de NAM.

In de gevoegde zaken met zaaknummer / rolnummer: C/19/114009 / HA ZA 16-63 van

1. Eiseres,
wonende te [plaats],

2. Eiser,
wonende te [plaats],
eisers,

advocaat mr. P.R.W. Richter te Utrecht,
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde,