

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-514
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. G.A. van de Watering, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 24 november 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : ACE European Group Limited, gevestigd te Rotterdam, verder te noemen
Verzekeraar
Datum uitspraak : 31 oktober 2016
Aard uitspraak : bindend advies

Samenvatting

Consument vordert vergoeding van de vrije dagen die hij (tevergeefs) heeft opgenomen om een vervangende telefoon in ontvangst te nemen. Commissie wijst de vordering af omdat Consument heeft gehandeld in strijd met zijn schadebepenkingsverplichting. Het verweer van verzekeraar dat hij ingevolge de algemene voorwaarden geen uitkering in geld hoeft te verstrekken, wordt verworpen als strijdig met art 6.237 sub f BW.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- de repliek van Consument.
- de dupliek van Verzekeraar;
- de aanvullende informatie van Consument;
- de aanvullende informatie van Verzekeraar;
- de verklaring van Consument met diens keuze voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Met ingang van 25 september 2014 heeft Consument bij Verzekeraar een telefoonverzekering gesloten. Op deze verzekering zijn van toepassing de polisvoorwaarden TM0001-TM0002
- 2.2 Onder deze voorwaarden is het navolgende bepaald:

(...)

3.1 Schade, storing en diefstal

Indien uw apparaat beschadigd is, storing heeft of is gestolen, zullen wij te onzer beoordeling en met inachtneming van onderstaande voorwaarden, condities en uitsluitingen:

- 1) Het apparaat vervangen door eenzelfde apparaat of een apparaat met gelijkwaardige specificaties;
of*
- 2) Indien een dergelijke vervanging in het uiterste geval niet mogelijk is, het apparaat op onze kosten te repareren.*

*Deze verzekering geeft geen recht op uitkeringen in geld.
(...)*

- 2.3 Op 29 juni 2015 heeft Consument een claim op deze verzekering ingediend waarna het toestel - een LG G3 - van Consument op 1 juli 2015 bij hem is opgehaald en Consument op 3 juli 2015 een vervangend toestel werd geleverd.
- 2.4 Op 22 augustus 2015 heeft Consument zich bij Verzekeraar telefonisch beklaagd over de kwaliteit van het vervangende toestel en deze laten weten dat het vervangende toestel defect was. Hierna is met Consument een afspraak gemaakt om het toestel op 31 augustus 2015 om te ruilen. Consument heeft echter geweigerd het aangeboden refurbished toestel aan te nemen. Een vervolgspraak werd niet gemaakt.
- 2.4 Op 30 oktober 2015 heeft Consument opnieuw een schadeclaim ingediend waarna een afspraak werd gemaakt om het toestel op 31 oktober 2015 om te ruilen. Dat is niet gebeurd. Na het maken van een nieuwe afspraak heeft Consument een vervangend toestel ontvangen.
- 2.5 Op 24 november 2015 heeft Consument een defect aan het toestel gemeld waarna in overleg met Consument is afgesproken dat op 25 november 2015 een vervangend toestel zal worden geleverd. Op laatstgenoemde datum is tevergeefs getracht het toestel af te leveren op het in de polis genoemde adres. Dezelfde dag nog heeft Consument Verzekeraar laten weten dat een onjuist adres werd gebruikt reden waarom hij het adres wil wijzigen. Op 26 november 2015 wordt het toestel alsnog op het andere adres omgeruild.
- 2.6 Consument heeft Verzekeraar vervolgens verzocht om vergoeding van de door hem gemaakte kosten hetgeen Verzekeraar heeft geweigerd. Het is over dat standpunt dat Consument een klacht heeft voorgelegd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert vergoeding van de gederfde inkomsten over drie dagen. Waar zijn dagelijkse omzet varieert tussen een bedrag van € 1400 en € 2.800,- . is Consument echter bereid om in dit kader genoeg te nemen met een vergoeding van € 700,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Verzekeraar is toerekenbaar te kort geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van deze verzekering. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan:
- Consument heeft tot drie maal toe vruchteloos een vrije dag moeten opnemen omdat het koeriersbedrijf dat de toestellen zou komen omruilen niet kwam opdagen. De omzet die hij als gevolg daarvan heeft geleden, dient Verzekeraar te vergoeden.
 - Ten onrechte heeft Verzekeraar slechts een zogenoemd refurbished toestel geleverd terwijl Consument aanspraak kan maken op een nieuwe. De toestellen waren bovendien defect.

Verweer

- 3.3 Verzekeraar heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Hij heeft daartoe het volgende aangevoerd:
- Op grond van artikel 3.1 van de toepasselijke voorwaarden is Verzekeraar niet gehouden een nieuw vervangend toestel te leveren maar heeft verzekerde recht op een vervangend zelfde type toestel of een toestel met gelijkwaardige specificaties. Zogenoemde refurbished toestellen zijn gereviseerd en in een zo goed als nieuw conditie gebracht. Dat gebeurt onder licentie van de betreffende fabrikant en onder bestaande fabrieksgarantie.
 - Het proces voor het maken van een afspraak gaat als volgt. Verzekerde ontvangt een e-mailbericht van Verzekeraar met daarin een link voor het maken van een afspraak met de logistieke provider. Daarbij kan zelf gekozen worden op welke dag de levering zal plaatsvinden. Tevens is het bij de provider bekende adres zichtbaar terwijl dat naar elk willekeurig adres aangepast kan worden. De betreffende verzekerde ontvangt hierna een e-mailbericht met een bevestiging van de datum van de afspraak en het adres waarop dat zal plaatsvinden. Nu er diverse momenten zijn geweest waarop Consument had kunnen zien dat zijn toestel omgeruild/geleverd zou worden op zijn oude adres en hij diverse mogelijkheden heeft gehad om dit adres te wijzigen, ziet Verzekeraar primair geen aanleiding om Consument tegemoet te komen in zijn vordering tot vergoeding van de gevorderde kosten. Consument hoeft bovendien niet thuis te blijven om een toestel geleverd te krijgen. Dat kan ook plaatsvinden op zijn werkadres. Consument heeft daarnaast ook niet aannemelijk gemaakt dat en zo ja, welke schade hij heeft geleden.
 - Subsidiair is vergoeding van de door Consument gevorderde kosten niet aan de orde omdat de polisvoorwaarden (artikel 3.1) hierin niet voorzien.

Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling ingaan op hetgeen door Verzekeraar is aangevoerd.

4. Beoordeling

- 4.1 De Commissie ziet zich gesteld voor beantwoording van de vraag of
- a) Verzekeraar te kort geschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van deze verzekering en bij bevestigende beantwoording van deze vraag of
 - b) Verzekeraar gehouden kan worden over te gaan tot vergoeding van de door Consument gevorderde schade.

- 4.2 De Commissie stelt in het kader van deze laatste vraag vast dat Consument een vergoeding vordert van een bedrag van € 700,- zijnde een bedrag aan gedeerde inkomsten over meerdere dagen waarop hij tevergeefs heeft gewacht op aflevering van de aangekondigde, vervangende telefoontoestellen.
- 4.3 Verzekeraar heeft in dit kader onder andere gesteld dat hij op grond van de algemene voorwaarden van deze verzekering meer in het bijzonder het bepaalde onder artikel 3.1 van die voorwaarden, zoals hierboven omschreven, niet gehouden kan worden over te gaan tot vergoeding van de door Consument gevorderde schade. Dit verweer van Verzekeraar faalt. Genoemde bepaling uit de algemene voorwaarden wordt immers ingevolge het bepaalde onder artikel 6:237 sub f BW, vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat Verzekeraar als gebruiker van deze bepaling, zich geheel bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Nu door Verzekeraar geen feiten zijn gesteld op grond waarvan de Commissie tot de conclusie kan komen dat de bepaling niet als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt, dient het beroep van Verzekeraar op deze bepaling te worden verworpen.
- 4.4 Verzekeraar heeft daarnaast ten verweer aangevoerd dat aflevering van de betreffende toestellen ook op het werkadres van Consument had kunnen plaatsvinden en Consument mitsdien helemaal niet thuis had hoeven te blijven om de betreffende toestellen in ontvangst te kunnen nemen. Voor vergoeding van de door hem geclaimde kosten is reeds op grond daarvan geen plaats.
- 4.5 Dit verweer dat naar het oordeel van de Commissie in de kern hier op ziet dat Consument heeft gehandeld in strijd met zijn wettelijke schadebeperkingsplicht, treft doel. Gezien de gang van zaken bij de totstandkoming van een afspraak als de onderhavige, is het ook in de opvatting van de Commissie uiteindelijk Consument zelf die bepaalt op welk adres de namens Verzekeraar optredende provider zich meldt. Nu van Consument uit hoofde van de op hem rustende wettelijke schade- beperkingsverplichting verwacht mag worden dat hij zijn schade zoveel mogelijk beperkt, was het dan ook aan Consument geweest om daarop gerichte maatregelen te treffen door bijvoorbeeld af te spreken op zijn werkadres in plaats van zijn thuisadres. De door Consument gestelde schade had dan volledig voorkomen kunnen worden. Dat Consument een en ander achterwege heeft gelaten betreft een omstandigheid die voor zijn rekening en risico dient te komen.
- 4.6 Gezien het hierboven overwogene behoeft de vraag of Verzekeraar toerekenbaar te kort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van deze verzekering, zoals hierboven onder 4.1 ad a overwogen, mitsdien verder geen nadere bespreking. De Commissie wijst de vordering van Consument af.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.