

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2017-117

(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. B.F. Keulen en mr. drs. S.F. van Merwijk, leden en mr. F.M.M.L. Fleskens, secretaris)

Klacht ontvangen op : 8 augustus 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : ASR Schadeverzekering N.V., handelende onder de naam 'Ditzo', gevestigd te Utrecht, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak : 13 februari 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

AVP – aansprakelijkheid – buitengerechtelijke kosten.

Door toedoen van Consument is schade ontstaan aan een t.v.-toestel. Hij had op bezoek bij een kennis diens fitness-hoelahoep gepakt. Tijdens het gebruik is de hoelahoep gebroken en tegen de t.v. terecht gekomen. Consument vordert vergoeding van de schade van €600,00 vermeerderd met de buitengerechtelijke kosten, een bedrag van €5.420,80 dat hij aan zijn gemachtigde had betaald (32 uur á €140,00 plus 21% BTW). Het bedrag van deze vordering is tijdens de behandeling van de klacht verhoogd tot €8.000,00.

Aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht

Als uitgangspunt geldt dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarschepend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden. Vgl. HR 09-12-1994, NJ 1996, 403 'Zwiepde tak', r.o. 3.4.

De Commissie is van oordeel dat bij het gebruik van een hoelahoep in een woonkamer, in de nabijheid van een t.v.-toestel, de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval, in casu schade aan personen of zaken, als gevolg van die gedraging zo groot is, dat Consument zich van dat gedrag had moeten onthouden. Verzekeraar heeft erkend dat hoelahoepen in een woonkamer geen verantwoord gedrag is. Daarmee is de aansprakelijkheid van Consument gegeven. Verzekeraar heeft naar het oordeel van de Commissie onvoldoende aangetoond dat sprake is geweest van omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend en op grond waarvan de schadevergoedingsplicht van de veroorzaker zou worden verminderd of geheel zou komen te vervallen. De Commissie wijst de vordering van Consument op dit onderdeel dan ook toe tot het door de expert vastgestelde schadebedrag van €600,00.

Buitengerechtelijke kosten

Volgens artikel 6:96 lid 2 aanhef en onder b en c BW komen als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking:

b: redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en

c: redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

Verzekeraar heeft erkend dat Consument zonder hulp van zijn gemachtigde geen klacht bij Verzekeraar en vervolgens bij Kifid had kunnen indienen. Verzekeraar heeft voldoende

gemotiveerd betwist dat de kosten van de door Consument ingeschakelde gemachtigde naar aard en omvang redelijk zijn.

Naar het oordeel van de Commissie dient Verzekeraar de door Consument gevorderde buitengerechtelijke incassokosten die zijn gemaakt vóór de Kifid-procedure te vergoeden tot een bedrag van €50,00. Voor de vaststelling van deze vergoeding heeft de Commissie aansluiting gezocht bij de Staffel Vergoedingsregeling Buitengerechtelijke Incassokosten (zie www.kifid.nl onder 'Consumenten - Reglementen' -Tarief I).

De door Consument gemaakte kosten in verband met het bij Kifid aanhangig maken en de behandeling van de klacht komen voor vergoeding in aanmerking conform het Liquidatietarief Kifid (kostenvergoeding voor rechtsbijstand) behorende bij artikel 44.1 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) (zie www.kifid.nl onder 'over Kifid - Statuten en Reglementen' - Tarief I) Voor dit onderdeel wijst de Commissie - op basis van één procespunt voor de (gehele) schriftelijke fase - een bedrag toe van € 50,00. Het meer of anders gevorderde wordt als volstrekt disproportioneel afgewezen.

1. 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 d.d. 29 september 2015;
- De repliek van Consument d.d. 2 november 2015;
- De dupliek van Verzekeraar d.d. 24 november 2015;
- De reactie daarop van Consument d.d. 9 januari 2016;
- De verklaring van Consument met diens keuze voor een niet-bindend advies in een e-mail d.d. 9 augustus 2016.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend. 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 Op 24 september 2014 is door toedoen van Consument schade ontstaan aan een t.v.-toestel. De schade is geclaimd op de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren die Consument bij een destijds gevolmachtigd agent van Verzekeraar had gesloten. Als omschrijving van de toedracht was op het schadeformulier ingevuld *'Ik was bezig een hoelahoep rond mijn middel te laten draaien en toen brak de hoelahoep zo vlug zo in de televisie.'*
- 2.2 Verzekeraar heeft een expertisebureau ingeschakeld ter vaststelling van de omvang van de schade en om een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de schade heeft plaatsgevonden. De schade aan de t.v. is op basis van dagwaarde vastgesteld op een bedrag van €600,00 inclusief BTW. Tegenpartij is mondeling met het vastgestelde schadebedrag akkoord gegaan.
Voor zover van belang heeft de expert nog het volgende in zijn rapport vermeld:

RELATIE TUSSEN PARTIJEN

Verzekerde en tegenpartij zijn vrienden van elkaar.

OMSCHRIJVING VAN DE TOEDRACHT

Verzekerde heeft bij tegenpartij met een speciale hoelahoep, eigendom van tegenpartij, staan hoepen en de hoelahoep is toen spontaan gebroken en is met de door de breuk ontstane punt tegen de televisie geknald. Daardoor is er een ster in het beeldscherm ontstaan.

De hoelahoep is een speciale om te trainen en om af te vallen. Het is dus geen kinder-hoelahoep.

De hoelahoep bestaat uit vier delen die in elkaar klikken en een van die delen is volgens tegenpartij er uit gebroken. Tegenpartij heeft het afgebroken deel niet bewaard.

- 2.3 De claim is op 2 december 2014 afgewezen. Er zou geen sprake zijn van onrechtmatig handelen door Consument. Gemachtigde van Consument heeft hiertegen op 7 februari 2015 gemotiveerd bezwaar aangetekend.
- 2.4 Op 8 april 2015 heeft Verzekeraar een aanbod gedaan om de schade te regelen met betaling van een bedrag van €300,00.
- 2.5 In zijn repliek d.d. 2 november 2015 heeft Consument zijn vordering op grond van aansprakelijkheid voor de schade aan de t.v. gehandhaafd en de vordering ter zake van buitengerechtigde kosten verhoogd met de kosten die betrekking hebben op de rechtsbijstand in de Kifid-procedure.
- 2.6 Op 24 november 2015 heeft Verzekeraar zich bereid verklaard om coulancehalve en onverplicht een tegemoetkoming te verstrekken van €600,00 inclusief BTW en inclusief buitengerechtigde kosten, op voorwaarde dat daarmee het geschil zou zijn opgelost.
- 2.7 In de brief van 9 januari 2016 heeft Consument zijn extra kosten gespecificeerd: 10 uur á €140,00 + BTW = €1.694,00. In diezelfde brief verklaarde Consument zich bereid het geschil als opgelost te beschouwen als Verzekeraar hem een bedrag van €8.000,00 vergoedt. Dit aanbod zou van kracht blijven tot 24 januari 2016 en niet onderhandelbaar zijn. Consument was van mening dat een hoorzitting niets meer aan de zaak zou toevoegen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert vergoeding van de schade van €600,00 vermeerderd met de buitengerechtelijke kosten, een bedrag van €5.420,80 dat hij op 12 juli 2015 aan zijn gemachtigde had betaald (32 uur á €140,00 plus 21% BTW). Het bedrag van deze vordering is tijdens de behandeling van de klacht op 9 januari 2016 verhoogd tot €8.000,00.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Verzekeraar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering door geen aansprakelijkheid aan te nemen voor de schade aan de t.v. en geen vergoeding toe te kennen voor de gemaakte buitengerechtelijke kosten.

Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- De schade is ontstaan door een onrechtmatig handelen van Consument. Hij had geen toestemming gevraagd voor het gebruik van de hoelahoep en niet de moeite genomen zich ervan te vergewissen of zijn handelen gevaar voor de omgeving zou kunnen opleveren. Bij een fragiel stuk speelgoed als een hoelahoep had Consument - achteraf gezien - de hoepel niet in de buurt van kwetsbare voorwerpen moeten gebruiken. Verzekeraar heeft zelf ook erkend dat het hoelahoepen in een woonkamer geen verantwoord gedrag is. De hoepel was wel degelijk gebroken; de eigenaar heeft een nieuw exemplaar gekocht.
- Door alle weigeringen en frustreren van de zijde van Verzekeraar is de gemachtigde ruim 36 uur met de zaak bezig geweest. Daarvoor is redelijk gecalculeerd. De declaratie is door consument ook gewoon betaald. Verzekeraar is verantwoordelijk voor het tot een fors bedrag oplopen van de kosten.

Verweer Verzekeraar

3.3 Verzekeraar heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Het 'hoepen' van verzekerde is geen onrechtmatige daad. Een hoelahoep is hier immers voor bedoeld. Dat de hoelahoep gebroken is toont aan dat deze een eigen gebrek vertoonde. Verzekerde valt niet te verwijten dat de hoelahoep spontaan brak. Er was geen sprake van een onrechtmatige daad van Consument.
- Het bezoek van de expert gaf de mogelijkheid om de beschadigde hoepel te laten beoordelen. Het kapotte onderdeel was bij het bezoek van de expert echter al weggegooid. Daardoor heeft de expert, die in opdracht van Verzekeraar niet alleen de schadehoogte moest vaststellen maar ook de schadeoorzaak moest onderzoeken, niet de kans gekregen om de exacte toedracht vast te stellen. Bij niet nakoming van de wettelijke medewerkings- en informatieverplichting ex artikel 7:941 BW kan Verzekeraar een beroep doen op het vervallen van ieder recht op vergoeding uit hoofde van de verzekering. Verzekeraar is in alle redelijkheid in zijn belangen geschaad.

- Aanvankelijk was, sans préjudice en geheel onverplicht, een aanbod gedaan tot vergoeding van €300,00 op basis van 50/50.
- De vordering ter zake van buitengerechtelijke kosten doorstaat niet de zgn. dubbele redelijkheidstoets. De kosten staan in geen enkele verhouding tot de schade.

4. Beoordeling

- 4.1 De Commissie oordeelt in deze zaak over twee aspecten, te weten de aansprakelijkheid van Consument voor de door hem veroorzaakte schade en de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht en daarnaast de claim buiten-gerechtelijke kosten.

Aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht

- 4.2 Als uitgangspunt geldt dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden. Vgl. HR 09-12-1994, NJ 1996, 403 'Zwiepende tak', r.o. 3.4.
- 4.3 De Commissie is van oordeel dat bij het gebruik van een hoelahoep in een woonkamer, in de nabijheid van een t.v.-toestel, de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval, in casu schade aan personen of zaken, als gevolg van die gedraging zo groot is, dat Consument zich van dat gedrag had moeten onthouden. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat het niet ging om een hoelahoep als kinder-spielgoed, maar om een fitness-hoelahoep waarvan bekend is dat die aanzienlijk zwaarder is en uit losse elementen wordt samengesteld. Verzekeraar heeft erkend dat hoelahoepen in een woonkamer geen verantwoord gedrag is. Daarmee is de aansprakelijkheid van Consument gegeven. De onrechtmatige gedraging van Consument heeft geleid tot schade aan de t.v., waardoor op grond van artikel 6:162 lid 1 BW een verplichting tot schadevergoeding ontstaat. Verzekeraar heeft als oorzaak van de omstandigheid dat de schade is ontstaan doordat de hoelahoep brak een eigen gebrek van de hoelahoep aangevoerd. De oorzaak van de breuk is echter niet vastgesteld. De expert heeft de hoelahoep niet onderzocht omdat deze al was weggegooid. Behalve een eigen gebrek zijn ook andere oorzaken van de breuk mogelijk. Verzekeraar heeft naar het oordeel van de Commissie onvoldoende aangetoond dat sprake is geweest van omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend en op grond waarvan de schadevergoedingsplicht van de veroorzaker zou worden verminderd of geheel zou komen te vervallen. Verzekeraar heeft te laat een beroep gedaan op het niet voldoen aan de wettelijke medewerkings- en informatieplicht ex artikel 7:941 BW, namelijk pas in de ongedateerde reactie op een bericht van de gemachtigde van Consument d.d. 27 april 2015, terwijl de claim al op 2 december 2014 was afgewezen en in de tussenliggende periode uitvoerig correspondentie had plaatsgevonden met Consument en diens gemachtigde. De Commissie wijst de vordering van Consument op dit onderdeel dan ook toe tot het door de expert vastgestelde schadebedrag van €600,00.

Buitengerechtelijke kosten

- 4.4 Volgens artikel 6:96 lid 2 aanhef en onder b en c BW komen als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking:

b: redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en

c: redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

Verzekeraar heeft erkend dat Consument zonder hulp van zijn gemachtigde geen klacht bij Verzekeraar en vervolgens bij Kifid had kunnen indienen. Verzekeraar heeft voldoende gemotiveerd betwist dat de kosten van de door Consument ingeschakelde gemachtigde van aanvankelijk €5.420,80 en later verhoogd met €1.694,00 tot €7.114,80 naar aard en omvang redelijk zijn.

Naar het oordeel van de Commissie dient Verzekeraar de door Consument gevorderde buitengerechtelijke incassokosten die zijn gemaakt vóór de Kifid-procedure te vergoeden tot een bedrag van €50,00. Voor de vaststelling van deze vergoeding heeft de Commissie aansluiting gezocht bij de Staffel Vergoedingsregeling Buitengerechtelijke Incassokosten (zie www.kifid.nl onder 'Consumenten - Reglementen' -Tarief I).

De door Consument gemaakte kosten in verband met het bij Kifid aanhangig maken en de behandeling van de klacht komen voor vergoeding in aanmerking conform het Liquidatietarief Kifid (kostenvergoeding voor rechtsbijstand) behorende bij artikel 44.1 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) (zie www.kifid.nl onder 'over Kifid - Statuten en Reglementen' - Tarief I) Voor dit onderdeel wijst de Commissie - op basis van één procespunt voor de (gehele) schriftelijke fase - een bedrag toe van € 50,00.

Het meer of anders gevorderde wordt als disproportioneel afgewezen.

- 4.5 De Commissie wijst de vordering van Consument toe tot een totaalbedrag van €700,00. Al hetgeen Consument verder nog aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, kan niet tot een andere beslissing leiden en zal onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Verzekeraar binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 700,00.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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.