

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0479
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. S.W.A. Kelterman, mr. J.L.M. Luiten, leden
en mr. E. Jacobs, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 6 mei 2020
Ingediend door : De consument
Tegen : Assurantiekantoor Halm, gevestigd te Groningen, verder te noemen de tussenpersoon
Datum uitspraak : 28 mei 2021
Aard uitspraak : Bindend advies
Uitkomst : Vordering gedeeltelijk toegewezen
Bijlage : artikel 7:400 BW, artikel 7:401 BW en enkele relevante bepalingen uit de
verzekeringsvoorwaarden.

Samenvatting

Zorgplicht tussenpersoon. De consument heeft op 14 augustus 2019 waterschade ontdekt aan zijn chalet. Deze schade heeft hij bij de tussenpersoon gemeld. Vervolgens is een expert langs geweest op 20 december 2019. Toen was de schade al hersteld. De expert heeft de oorzaak van de schade niet meer kunnen vaststellen en de gevolmachtigde heeft uitkering geweigerd. De consument spreekt de tussenpersoon aan omdat die volgens de consument had gezegd dat de schade hersteld kon worden. De commissie oordeelt dat de tussenpersoon niet heeft voldaan aan zijn verzwaarde motiveringsplicht doordat hij geen gespreksnotities heeft kunnen overleggen. Het blijkt ook dat de gevolmachtigde de schademelding pas op 17 december 2019 van de tussenpersoon heeft ontvangen. Hiermee heeft de tussenpersoon zijn zorgplicht geschonden. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

I. De procedure

- 1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de tussenpersoon; 3) de repliek van de consument; 4) de reactie van de gevolmachtigde op het verzoek om informatie en 5) de dupliek van de tussenpersoon.
- 1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting met een enkelvoudige commissie op 16 december 2020. Partijen zijn aldaar verschenen. De commissie is na de hoorzitting uitgebreid met twee leden naar een meervoudige commissie.
- 1.3 De consument en de tussenpersoon hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De consument heeft in mei 2019 een chalet gekocht dat toen 3 jaar oud was. Met ingang van 2 juli 2019 is voor de opstal en inventaris van de recreatiewoning een verzekering gesloten op extra-uitgebreide voorwaarden bij Van Kampen Assuradeuren als gevolmachtigd agent van Achmea Schadeverzekeringen N.V. Van toepassing zijn de Algemene Voorwaarden TotaalOpvangPolis model APP (01.01.2007), de voorwaarden Uitgebreide brandverzekering voor bedrijven model VBB 2019-01 en de voorwaarden Woonhuisverzekering model P-BI017. Enkele relevante bepalingen uit deze voorwaarden zijn in de bijlage opgenomen. Per verzekerd object geldt een eigen risico van € 250,00 per gebeurtenis.
- 2.2 Op 14 augustus 2019 heeft de consument waterschade aan het chalet en de daarin aanwezige inventaris geconstateerd als gevolg van neerslag die via het dak was binnengedrongen. De consument heeft deze schade diezelfde dag telefonisch bij de tussenpersoon gemeld.
- 2.3 Op 18 augustus 2019 is de tussenpersoon samen met de consument naar het chalet gegaan om de schade te bekijken. Daar hebben zij gezamenlijk het schadeformulier ingevuld. Beiden hebben het formulier op 18 augustus 2019 ondertekend.
- 2.4 De consument had in de periode tussen 14 augustus 2019 en 18 augustus 2019 het dak van het chalet grotendeels vervangen. De consument heeft in de periode tussen 18 augustus 2019 en 16 oktober 2019 de overige schade aan het chalet hersteld.
- 2.5 De tussenpersoon heeft de schade op 17 december 2019 aan de gevolmachtigde gemeld. Op 20 december 2019 is de schade-expert langsgekomen. Hij heeft de schade begroot op € 2.650,00 voor de inboedel, € 7.180,00 voor reparatie van het dak, het dakbeschot en de dakisolatie en € 4.600,00 voor reparatie aan de wanden en het plafond. In het expertiserapport staat verder, voor zover van belang, het volgende:

(...)

TOEDRACHT

(...)

De schade is het gevolg van wateroverlast.

Dit is veroorzaakt door een daklekkage. De staat en onderhoud konden wij niet controleren, tijdens ons bezoek was het dak al vervangen. Verzekerde kon niet aangeven wat de exacte oorzaak van de daklekkage was. Wij hebben de schade kunnen reconstrueren aan de hand van circa 40 foto's gemaakt door verzekerde.

(...)

SLOTOPMERKING

(...)

Verzeerde deelde mede dat hij direct na het ontdekken van de schade dit heeft gemeld bij zijn tussenpersoon. Gezien het feit dat er bij regen weer lekkage ontstond heeft hij de schade zo snel mogelijk hersteld. Verzeerde verklaarde dat hij dit in overleg met zijn tussenpersoon heeft gedaan.'

- 2.6 De gevolmachtigde heeft daarop de claim afgewezen, omdat hij in zijn belangen was geschaad doordat de oorzaak van de schade niet meer was vast te stellen.

De klacht en vordering

- 2.7 De consument vordert € 16.000,00 van de tussenpersoon. Dit bedrag bestaat uit: de vergoeding van de waterschade aan het chalet en aan de inventaris.
- 2.8 De consument heeft telkens de aanwijzingen van de tussenpersoon opgevolgd. De tussenpersoon heeft telefonisch, voordat hij op 18 augustus 2019 bij de consument langs kwam, toestemming gegeven om het dak dicht te maken, om zo verdere schade te voorkomen. De consument heeft dan ook alleen herstelwerkzaamheden uitgevoerd om verdere schade te voorkomen. Hij heeft niet het hele dak verwijderd en hetgeen hij wel had verwijderd, lag naast het chalet. De consument is ook altijd duidelijk en eerlijk geweest over de oorzaak van de schade, ook tegen de schade-expert.
- 2.9 De consument heeft de tussenpersoon op 6 september 2019 gebeld. In dat telefoongesprek heeft de tussenpersoon laten weten dat de consument de schade kon gaan herstellen. De tussenpersoon zou de consument hebben verteld dat er geen expert meer zou komen. De consument heeft hierom nog expliciet gevraagd, maar de tussenpersoon gaf aan het met eigen ogen te hebben gezien en dat de schade niet groot was, dus dat er geen expert zou worden ingeschakeld. Pas na dit gesprek met de tussenpersoon heeft de consument het hele dak (definitief) vervangen.
- 2.10 De consument heeft alles gedaan wat hij kon doen. De tussenpersoon is zijn afspraken niet nagekomen en heeft meerdere keren niet gereageerd op contactverzoeken van de consument. Hij heeft ook data doorgegeven die niet kloppen. De consument had de factuur al in oktober 2019 gestuurd en de offerte op 30 augustus 2019. De tussenpersoon had de schade ook niet in augustus aan de gevolmachtigde gemeld, maar pas in december 2019. De consument en de tussenpersoon zijn bekenden van elkaar en de consument vertrouwde de tussenpersoon dan ook volledig. Als de tussenpersoon zijn werk had gedaan, waren de kosten gewoon vergoed.

Het verweer

- 2.11 De tussenpersoon heeft de volgende verweren gevoerd.

- 2.12 Het repareren van het dak zou hoe dan ook niet vergoed worden, omdat dit is uitgesloten van dekking onder de verzekering. De consument heeft ook niet kunnen aantonen dat er sprake was van onvoorzien binnendringen zoals in de verzekeringsvoorwaarden wordt bedoeld. De consument heeft bovendien zelf aangegeven dat het dak harde wind en veel regen niet kon tegenhouden. Er was ook helemaal geen heftige neerslag in de week waarin de schade ontstond.
- 2.13 De consument had het gehele dak al vervangen en het oude dak afgevoerd. De tussenpersoon heeft nooit toestemming gegeven om het dak te vervangen. Toen de tussenpersoon op 18 augustus 2018 aankwam, was er niets meer te zien van het oude dak. Ook de foto's tonen niets aan. De consument heeft geen enkele foto van het dak overgelegd. De consument is, ondanks herhaalde verzoeken van de tussenpersoon, onduidelijk gebleven over de ontstane schade. Pas in december 2019 is de consument duidelijk geweest over de oorzaak van de schade. De tussenpersoon heeft verder nooit toestemming gegeven om met de herstelwerkzaamheden te beginnen.
- 2.14 De tussenpersoon heeft alles in het werk gesteld om de schade voor de consument vergoed te krijgen. De tussenpersoon heeft direct na het invullen van het schadeformulier dit formulier naar de gevolmachtigde gestuurd. Dit ging niet goed. Daarom heeft hij ook telefonisch contact opgenomen met de gevolmachtigde op 20 augustus 2019. Het lag niet aan de tussenpersoon dat de afwikkeling zo traag ging. De tussenpersoon heeft pas ergens in november 2019 de factuur van de consument gekregen, nadat hij er herhaaldelijk om had gevraagd en de gevolmachtigde reageerde ook niet.
- 2.15 Het bevreemdt de tussenpersoon dat de consument de vorige eigenaar van het chalet niet heeft aangesproken. Het chalet was volgens de consument nog niet zo oud en de consument had het nog maar een paar maanden voor het ontstaan van de schade gekocht van de vorige eigenaar. Je mag verwachten van een chalet dat drie jaar oud is dat er een degelijk dak op zit. De consument heeft veel geld betaald voor het chalet, dus dan is het logisch om de verkoper aan te spreken.

3. De beoordeling

- 3.1 De commissie moet de vraag beantwoorden of de tussenpersoon zijn zorgplicht tegenover de consument heeft geschonden en of de consument als gevolg daarvan schade heeft geleden. De commissie oordeelt dat dit het geval is en legt dat hieronder verder uit.

Aan welke regels moet de commissie toetsen?

- 3.2 De overeenkomst tussen de consument en de tussenpersoon is een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Een assurantietussenpersoon is op grond van artikel 7:401 BW verplicht om tegenover zijn opdrachtgever, de consument, bij zijn werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon verwacht mag worden.¹ Deze algemene zorgplicht is nader ingevuld in de rechtspraak. Daarin is onder meer bepaald dat een assurantietussenpersoon zorgvuldigheid moet betrachten bij de advisering van een (potentiële) verzekeringnemer. Een assurantietussenpersoon moet een (potentiële) verzekeringnemer zodanig informeren over de aard van het product en de risico's van bepaalde keuzes, dat de (potentiële) verzekeringnemer een weloverwogen beslissing kan nemen. De zorgplicht geldt niet alleen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, maar vergt een actieve en voortdurende bemoeienis door de adviseur met tot zijn portefeuille behorende verzekeringen.

Heeft de tussenpersoon zijn zorgplicht geschonden?

- 3.3 De consument vindt dat de tussenpersoon zijn zorgplicht heeft geschonden omdat de tussenpersoon hem onjuist heeft geadviseerd door de consument te zeggen dat hij kon beginnen met het vervangen van het dak en het uitvoeren van herstelwerkzaamheden. Ook neemt de consument het de tussenpersoon kwalijk dat hij de schade pas in december 2019 heeft gemeld aan de gevolmachtigde. De tussenpersoon meent dat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden en nooit heeft gezegd dat de consument het dak kon vervangen of kon beginnen met herstelwerkzaamheden.
- 3.4 Uit de whatsapp-gesprekken blijkt dat de consument herhaaldelijk tussen 23 augustus en 3 oktober 2019 contact heeft gezocht met de tussenpersoon. Hierbij gaf de consument onder andere aan dat de vloer vervangen moest worden en stelde hij vragen over de expert en de factuur. Hieruit blijkt ook dat de tussenpersoon in veel gevallen niet of nauwelijks reageerde. Uit de whatsapp-gesprekken blijkt verder dat er telefonisch contact is geweest. De consument en de tussenpersoon verschillen van mening over wat in deze gesprekken is gezegd. De tussenpersoon heeft geen gespreksnotities overgelegd waaruit de inhoud van de gesprekken blijkt.
- 3.5 Op de tussenpersoon rust een verzwaarde motiveringsplicht. In het onderhavige geval draait het immers om het al dan niet aanwezig zijn van gespreksnotities en dergelijke notities bevinden zich in het domein van de adviseur.² In het onderhavige geval betekent deze verzwaarde motiveringsplicht dat de tussenpersoon, voor zover hij de stelling betwist dat hij zijn zorgplicht heeft geschonden, ter motivering van deze betwisting voldoende feitelijke gegevens – in dit geval de gespreksnotities van de telefoongesprekken – dient te verstrekken teneinde de consument aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering.

¹ HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, overweging 3.4.1.

² Vergelijk HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, NJ 1988, 500, HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, NJ 2007, 203, CvB Kifid 2010-382, GC Kifid 2019-347 en GC Kifid 2020-683.

Nu de tussenpersoon deze gespreksnotities niet heeft kunnen verstrekken, heeft hij hiermee niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon verwacht mag worden. Het risico van het niet hebben van de gespreksnotities komt dan ook voor rekening en risico van de tussenpersoon.

- 3.6 Nu de commissie de gespreksnotities niet heeft en alleen ter onderbouwing van de stelling van de consument de whatsapp-gesprekken heeft – die de stellingen van de consument ook ondersteunen – moet geconstateerd worden dat door onvoldoende betwisting door de tussenpersoon vast is komen te staan dat de tussenpersoon de consument onjuist heeft geadviseerd om over te gaan tot het uitvoeren van reparaties en herstelwerkzaamheden nog voordat de gevolmachtigde op de hoogte was gebracht van de schade. De tussenpersoon heeft hiermee zijn zorgplicht geschonden.

Heeft de consument schade?

- 3.7 Vervolgens ziet de commissie zich voor de vraag gesteld of de consument door het handelen van de tussenpersoon schade heeft geleden. De consument vordert een bedrag van € 16.000,00, maar dit bedrag wordt betwist door de tussenpersoon. Volgens de tussenpersoon zou de consument waarschijnlijk hoe dan ook geen uitkering krijgen, omdat het herstellen van het dak niet onder de verzekeringsdekking zou vallen en de consument niet heeft kunnen aantonen dat er sprake was van onvoorzien binnendringen van het water, zoals de verzekeringsvoorwaarden stellen. De consument heeft niet betwist dat hij de reparatie van het dak niet vergoed zou krijgen. De consument betwist echter wel de stelling van de tussenpersoon dat hij de overige schade ook niet vergoed zou krijgen.
- 3.8 Zoals bij randnummer 3.6 is vastgesteld, heeft de tussenpersoon zijn zorgplicht geschonden door de consument toestemming te geven om over te gaan tot het uitvoeren van reparaties en herstelwerkzaamheden. De gevolmachtigde heeft verklaard dat hij de schademelding pas op 17 december 2019 heeft ontvangen. Dit wordt ondersteund door documenten die de gevolmachtigde heeft overgelegd. Eerder is er volgens de gevolmachtigde geen contact geweest met de tussenpersoon. De tussenpersoon heeft gesteld, maar niet kunnen bewijzen dat hij eerder contact heeft opgenomen. De gevolmachtigde heeft tevens verklaard dat, indien de expert direct zou zijn ingeschakeld, met de consument zou zijn overlegd over het nemen van schadebeperkende maatregelen. Met betrekking tot de vraag of er wel of geen schade zou zijn uitgekeerd, kan de gevolmachtigde geen uitspraak doen, omdat de oorzaak van de schade niet meer is vast te stellen en evenmin nu nog kan worden beoordeeld of wellicht sprake is van een dekingsuitsluiting, zoals slecht onderhoud of een constructiefout.
- 3.9 Het argument van de tussenpersoon dat de consument het dak al volledig had vervangen voordat een expert ernaar had kunnen kijken en dat de oorzaak van de schade daarom niet meer vast te stellen was, baat de tussenpersoon niet.

De consument heeft gezegd dat hij schadebeperkende maatregelen heeft genomen – een verplichting die hij ten opzichte van de gevolmachtigde heeft – en de werkzaamheden in overleg met de tussenpersoon heeft uitgevoerd. Daarbij had de tussenpersoon volgens de consument gezegd dat er geen expert meer langs zou komen, omdat de tussenpersoon de schade zelf al had gezien. De tussenpersoon heeft dit onvoldoende gemotiveerd betwist, zoals bij randnummer 3.6 is vastgesteld.

- 3.10 Nu de consument door het handelen van de tussenpersoon de mogelijkheid is ontnomen om aan te tonen dat de schade is ontstaan door het onvoorzien binnendringen van het water en de tussenpersoon de stelling van de consument en de gevolmachtigde onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, stelt de commissie vast dat de consument schade heeft geleden doordat de tussenpersoon zijn zorgplicht heeft geschonden.

Wat is het bedrag dat de tussenpersoon moet betalen?

- 3.11 De commissie moet vervolgens vaststellen welk bedrag tussenpersoon moet betalen. Het bedrag van € 16.000,00 heeft de consument onvoldoende onderbouwd. De expert heeft echter de schade vastgesteld op een totaalbedrag van € 14.430,00. Hiervan is € 7.180,00 ter reparatie van het dak. Deze kosten zijn van dekking uitgesloten. De expert heeft de schade aan de inboedel vastgesteld op € 2.650,00 en de schade aan het plafond en de wanden op € 4.600,00. Dit maakt de totale schade die vergoed zou moeten worden € 7.250,00. Hiervan gaat echter nog tweemaal het eigen risico vanaf van totaal € 500,00, conform de verzekeringsvoorwaarden. Hierdoor komt het bedrag dat de consument vergoed moet krijgen uit op € 6.750,00.

Conclusie

- 3.12 De conclusie is dat de tussenpersoon zijn zorgplicht jegens de consument heeft geschonden. Als gevolg hiervan heeft de consument schade geleden. Op basis van het schade-expertiserapport en de toepasselijke voorwaarden stelt de commissie de schade vast op € 6.750,00. Dit is het bedrag dat de tussenpersoon moet vergoeden aan de consument. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de tussenpersoon een bedrag van € 6.750,00 aan de consument vergoedt, binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving en de verzekeringsvoorwaarden

Artikel 7:400 BW

1. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

2. De artikelen 401-412 zijn, onverminderd artikel 413, van toepassing, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte.

Artikel 7:401 BW

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.

Voorwaarden Uitgebreide brandverzekering voor bedrijven model VBB 2019-01

Artikel 10 Schademelding en -vaststelling

10.1 Verzekerde dient een schade zo spoedig mogelijk te melden. Hij dient verzekeraar of verzekeringsadviseur in het bezit te stellen van een ingevuld en ondertekend schadeaangifteformulier en dient alle schriftelijke stukken en andere gegevens te verstrekken die op de gebeurtenis betrekking hebben. (...)

10.2 De hoogte van het schadebedrag wordt:

- in gezamenlijk overleg vastgesteld
- of door een expert van de verzekeraar
- of door een expert van de verzekeraar en een expert van de verzekerde.

(...)

Let op: dat wij het schadebedrag bepalen, betekent niet dat we de schade betalen.

10.3 Een verzekerde dient zijn volledige medewerking aan afhandeling van de schade te verlenen. Verzekerde dient zich te onthouden van handelingen die de belangen van verzekeraar kunnen schaden.

Voorwaarden Woonhuisverzekering model P-B1017

Art. 3 Extra uitgebreide dekking

Wij verzekeren het woonhuis tegen materiele schade of verlies veroorzaakt door de volgende gebeurtenissen:

(...)

l2 neerslag (regen, sneeuw, hagel of smeltwater) die onvoorzien het woonhuis is binnengedrongen;

Art. 7 Wat is niet verzekerd

De uitsluitingen genoemd in de algemene voorwaarden gelden ook voor deze verzekering.

Van de verzekering is uitgesloten:

l. waterschade als gevolg van of verergerd door:

(...)

b. neerslag aan daken, waterkerende lagen, dakgoten en regenafvoerpijpen;

(...)

f. slecht onderhoud, eigen gebrek, eigen bederf en constructiefouten van het woonhuis;