

# ECLI:NL:PHR:2018:1409

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	23-11-2018
Datum publicatie	21-12-2018
Zaaknummer	18/00460
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2018:2385
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Art. 81 lid 1 RO. Onrechtmatige daad; verzekeringsrecht. Verzekeraar weigert uitkering onder opstalverzekering. Aansprakelijkheid assurantietussenpersoon (bank) wegens schending zorgplicht. Beroep bank op eigen schuld verzekeringnemer door melding aan verzekeraar achterwege te laten; art. 6:101 BW.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JA 2019/62

## Conclusie

Zaaknr: 18/00460

mr. Hartlief

Zitting: 23 november 2018

Conclusie inzake:

Coöperatieve Rabobank U.A.

(hierna: 'Rabobank')

tegen

[verweerster]

heeft in 2004 via haar assurantietussenpersoon Rabobank een opstalverzekering met betrekking tot een bedrijfshal afgesloten bij Interpolis. In deze opstalverzekering zit een leegstandclausule. In 2004 is de bedrijfshal afgebrand. Interpolis weigert uitkering, omdat, in strijd met de leegstandclausule, de bedrijfshal in gebruik was genomen. [verweerster] heeft Rabobank aansprakelijk gesteld voor (de schade als gevolg van) de tekortkomingen in de nakoming van de op Rabobank rustende zorgplicht en gevorderd dat Rabobank wordt veroordeeld tot schadevergoeding, op te maken bij staat. De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen en geoordeeld dat Rabobank haar zorgplicht inderdaad heeft geschonden en jegens [verweerster] schadeplichtig is. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

In cassatie richt Rabobank haar pijlen op het oordeel van het hof dat geen sprake is van eigen schuld aan de zijde van [verweerster] . Haar klachten strekken ertoe dat de vergoedingsplicht van Rabobank wel degelijk op grond van art. 6:101 BW zou moeten worden verminderd.

## 1 Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.<sup>1</sup>

1.2 [verweerster] heeft in de periode 1998-2000 samen met haar echtgenoot in eigen beheer een bedrijfshal gerealiseerd aan het adres [a-straat 1] te Goor (hierna: 'de bedrijfshal'). De bedrijfshal was bestemd om de activiteiten van [A] B.V. (hierna: '[A] '), een onderneming van de echtgenoot van [verweerster] , te huisvesten. [A] hield zich bezig met de aan- en verkoop van touringcars alsmede het herstel van touringcars en personenauto's.

1.3 [verweerster] en de door haar geëxploiteerde bedrijven bankierden sinds 1996 bij Rabobank. Rabobank heeft ook de nieuwbouw van de bedrijfshal deels gefinancierd.

1.4 Onderdeel van de financiering van de bedrijfshal door Rabobank was het aangaan van een schuldbekentenis door [verweerster] en haar echtgenoot. In de schuldbekentenis was onder meer het volgende opgenomen:

"De debiteur zal de geldlening uitsluitend mogen aanwenden voor de financiering van de bouw van een bedrijfspand te Goor alsmede de aankoop van voorraden t.b.v. [A] B.V."

1.5 Per 27 december 2000 heeft [verweerster] via tussenkomst van Rabobank ten behoeve van de bedrijfshal een opstalverzekering afgesloten bij Interpolis, met een verzekerd bedrag van NLG 2 miljoen. In de verzekeringspolis was een zogenoemde "leegstandclausule" opgenomen. Ook in de jaarlijks door Rabobank aan [verweerster] gezonden prolongatiepolissen was deze clausule opgenomen. De clausule luidt:

"Buiten gebruik of leegstand

Zodra het gebouw voor bedrijfsdoeleinden in gebruik wordt genomen, dient de maatschappij hiervan onmiddellijk in kennis te worden gesteld om het risico opnieuw te beoordelen en eventueel premie en/of voorwaarden te herzien."

1.6 [B] B.V. (handelend onder de naam Ned-Trade, hierna: 'Ned-Trade') is een vennootschap van [verweerster] ; via een holdingmaatschappij is [verweerster] enig aandeelhouder van Ned-Trade.

1.7 In het kader van een financieringsaanvraag heeft [verweerster] een met Ned-Trade gesloten huurovereenkomst d.d. 1 januari 2002 voor de bedrijfshal aan Rabobank verstrekt. In de hypotheekofferte d.d. 25 januari 2002<sup>2</sup> wordt naar deze huurovereenkomst verwezen. De huurpenningen zijn daarbij verpand aan Rabobank.

1.8 Een aan Rabobank gezonden prognose d.d. 12 september 2002 van Ned-Trade<sup>3</sup> vermeldt onder meer:

"(...)

Ned-Trade B.V. oefent de volgende bedrijfsactiviteiten uit:

1. In- en verkoop van touringcars en trucks.
2. In- en verkoop van schade touringcars.

3. In- en verkoop van touringcaronderdelen, zoals motoren, versnellingsbakken, carrosseriedelen etc.
4. Bemiddeling.
5. Regelen van transport van voertuigen voor cliënten.
6. Reparatie en revisie

(...)

Bij Ned-Trade is één persoon ( [betrokkene 1] ) werkzaam. De bedrijfsactiviteiten worden thans uitgeoefend vanuit een gehuurd gedeelte van het bedrijfspand aan de [a-straat] te Goor. Er kan verder gebruik worden gemaakt van de in de hal reeds aanwezig zijnde machines en gereedschappen.

(...)”

1.9 Een aan Ned-Trade gerichte verklaring d.d. 4 maart 2005 van [betrokkene 2]<sup>4</sup> luidt als volgt:

“Vanaf 1990 heb ik als toezichthouder Wet milieubeheer bij de provincie Overijssel en de Regio Twente diverse malen een bedrijfsbezoek gebracht aan uw bedrijfslocaties te Goor, gevestigd op de percelen [b-straat 1] en [a-straat 1] te Goor.

Op 28 oktober 1999 is door mij ambtelijk vastgesteld dat in uw nog niet geheel afgebouwde nieuwe bedrijfshal aan de [a-straat 1] reeds autowrakken waren opgeslagen; (...)

(...)

Op 1 mei 2000 geconstateerd dat diverse afvalstoffen op het terrein van de inrichting zijn opgeslagen en herstelwerkzaamheden aan motorvoertuigen werden uitgevoerd in de nog niet geheel afgebouwde bedrijfshal. Het geheel was in bedrijf als herstelbedrijf. Foto's van de bedrijfshal, wrakken en motorvoertuigen in en buiten de hal en afval.

(...)

Op 14-06-2000 idem nacontrole op afvoer van afvalstoffen. Opslag voertuigen op terrein en in de hal.

Op 19 maart 2001 wederom vastgesteld dat het bedrijf in werking was als herstelbedrijf en handel in motorvoertuigen.

Foto's van de bedrijfshal met zowel binnen als buiten opslag van voertuigen, wrakken, opslag olie (binnen) en afval.

Op 03 oktober 2001 geconstateerd dat in de inrichting autowrakken worden bewaard, herstelwerkzaamheden aan motorvoertuigen worden uitgevoerd en opslag en handel in handelsvoertuigen.

Op 03-10-2001 bedrijfsbezoek gehad en gesprek over invulling van de vergunde activiteiten. Nog steeds garage- en herstelwerkzaamheden aan motorvoertuigen en opslag autowrakken.

Op 06 juni 2002 is door mij geconstateerd dat het bedrijf in werking was als garage-/herstelbedrijf. Tevens opslag autowrakken.

Foto's van voertuigen en wrakken binnen en buiten de bedrijfshal alsmede opslag van afval.

(...)”

1.10 Een verklaring d.d. 23 november 2004 van [betrokkene 3] van Biesboer Expertise B.V.<sup>5</sup> luidt als volgt:

"(...) U geeft aan, mij vragen te willen stellen omtrent een door mij uitgevoerde waardebeoordeling met betrekking tot een bedrijfspand op het adres [a-straat 1] te Goor. (...) Op 19 februari 2002 heb ik ter plaatse een waardebeoordeling uitgevoerd. (...) In het kader van deze waardebeoordeling heb ik rond het betreffende pand gelopen en ben ook in het pand geweest. Het betrof een geheel nieuw pand, men was rond het pand bezig met het aanbrengen van bestrating. (...), ik had opgekeken van Interpolis dat de bestemming verhuur van onroerend goed betrof. (...) U vraagt mij wat voor activiteiten er in het pand werden uitgevoerd. Volgens mij geen enkele. Ik kan mij herinneren dat er een aantal autobussen op het terrein stonden en mogelijk ook enkele in de hal. Ik zag echter niemand in de hal aan de bussen werken. Er was volgens mij helemaal niemand in de hal aanwezig. Wel kan ik mij herinneren dat er op de vloer van de hal wat kabels of verlengsnoeren lagen en mogelijk heeft in een hoek van de hal een werkbank gestaan. (...)"

- 1.11 Een inspectierapport van [betrokkene 4] van QRisk naar aanleiding van een bezoek aan de bedrijfspand op 1 november 2004<sup>6</sup> luidt – voor zover thans relevant – als volgt:

"Omschrijving risico: herstelwerkplaats met spuitinrichting voor bussen. (...)"

#### **Bestemming garage**

Aard: reparatie van touringcars met blik- en brandschade

Bedrijfsuitrusting: beperkt ingerichte werkplaats met hulpmiddelen en (elektr.) gereedschappen."

- 1.12 Op 12 november 2004 is er bij het uitvoeren van dakbedekkingswerkzaamheden brand uitgebroken en is de bedrijfspand volledig verwoest. De werkzaamheden werden in opdracht van [verweerster] uitgevoerd door [betrokkene 5] (hierna: '[betrokkene 5]') en [betrokkene 6] (hierna: '[betrokkene 6]').

- 1.13 Een verklaring van [betrokkene 5] en [betrokkene 6] d.d. 18 november 2004<sup>7</sup> luidt – voor zover thans relevant – als volgt:

"Ik [betrokkene 5], ben werkzaam bij de sociale werkplaats [C] te Almelo. Ik werk daar inmiddels 15 jaar en mijn werkzaamheden bestaan uit dakdekkerswerkzaamheden, loodgieterswerkzaamheden, laswerkzaamheden, reparatie van gasleidingen enz. Ik ben in het bezit van enige certificaten op dit gebied. (...)"

Uit jarenlange ervaring durf ik te zeggen dat ik op het gebied van dakdek werkzaamheden ook goed op de hoogte ben van de manier van werken en het veilig werken.

Ik ben in het bezit van het VCA certificaat veilig werken.

(...)"

Met zekere regelmaat verricht ik in opdracht van [C] dakdek werkzaamheden. Vaak wordt het bitumen van de schafwagens van de [C] door mij vervangen. Ook de daken van de units voor de bouwvloegen van de [C] worden door mij en vaak samen met een collega van mij genaamd [betrokkene 6] vervangen of gerepareerd.

Met [betrokkene 6] werk ik inmiddels vijf jaren samen. (...) Omdat wij vaak samen werken weten wij exact wat we aan elkaar hebben (...)."

Enige tijd geleden, ongeveer 14 dagen geleden, werd ik gevraagd door [betrokkene 1] met het verzoek een lekkage te verhelpen aan zijn loods gelegen aan de [a-straat 1] te Goor.

(...)"

Ik, [betrokkene 6], ben sinds 1997 werkzaam bij de [C] te Almelo. Mijn werkzaamheden bij de sociale werkplaats bestaan uit het lassen, solderen, CV werkzaamheden, reparaties van kachels, loodgieterswerkzaamheden en dakdek werkzaamheden.

(...)"

Wel ben ik in het bezit van een VCA certificaat.

(...)

Enige tijd geleden werd ik, [betrokkene 6] , (...) door [betrokkene 5] gevraagd om samen dakdek werkzaamheden te verrichten bij het bedrijf van [verweerster] te Goor. (...)

Meegenomen werden een gasbrander, (...).

(...)

Men wilde de lekkage op het dak verhelpen omdat men aan de zijkant en wel aan de binnenzijde van de muur van de loods lekkage had ontdekt. (...)

Er werd geen brandblusser meegenomen naar het dak omdat op het glooiende dak veel water aanwezig bleek.

Het was ons bekend dat in de loods diverse brandblussers alsmede enig brandslanghaspels voor noodgevallen aanwezig waren.

[betrokkene 1] wees ons waar de lekkage moest zijn (...). Over een lengte van ongeveer zeven meter zat er een vouw in het bitumen. (...)

Toen wij de ondergrond goed droog en schoon hadden gemaakt besloten wij de vouw open te snijden teneinde deze te voorzien van een nieuwe laag bitumen.

(...)

Op dat moment hield ik, [betrokkene 5] mij bezig met het vastbranden van de bovenlaag bitumen.

Deze laag was, door het lossnijden natuurlijk, los van de onderlaag komen te liggen.

Ik had de gasbrander ongeveer 3 seconden gebruikt op de bovenlaag van het bitumen toen er rook ontstond. (...)"

- 1.14 Interpolis heeft dekking van de schade onder de polis afgewezen door een beroep te doen op de schending van de leegstandclausule; de bedrijfshal was in gebruik genomen, terwijl dit niet aan Interpolis was gemeld.

## **2 Procesverloop**

### *Eerste aanleg* <sup>8</sup>

- 2.1 [verweerster] heeft in eerste aanleg gevorderd – zakelijk weergegeven – dat voor recht wordt verklaard dat Rabobank aansprakelijk is voor (de schade als gevolg van) de tekortkomingen in de nakoming van de op Rabobank rustende zorgplicht en dat Rabobank wordt veroordeeld tot schadevergoeding, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet alsmede tot vergoeding van de door [verweerster] gemaakte buitengerechtelijke kosten, met veroordeling van Rabobank in de kosten van de procedure. De rechtbank heeft deze vorderingen, behoudens die ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten, bij eindvonnis van 27 november 2013 toegewezen. De rechtbank heeft, na verwerping bij tussenvonnis van 17 april 2013 van het door Rabobank gevoerde verjaringsverweer – zakelijk samengevat – overwogen dat Rabobank erop had moeten toezien dat de door [verweerster] afgesloten verzekering de beoogde dekking bleef bieden en dat de omstandigheden van het geval Rabobank op basis van haar wetenschap van, althans inzicht in, de (bedrijfsmatige) activiteiten van [verweerster] tot controle en wijziging/aanpassing van de opstalpolis op het punt van de leegstandclausule hadden moeten brengen. De rechtbank heeft verder geoordeeld dat de mogelijkheid van schade voor [verweerster] aanwezig is en met de gevorderde verklaring voor recht het verwijzen van de zaak naar de schadestaatprocedure ter vaststelling van de omvang ervan mogelijk.

- 2.2 De rechtbank heeft daartoe onder meer overwogen in het eindvonnis van 27 november 2013, dat

het de taak van de assurantietussenpersoon is te waken voor de belangen van de verzekeringnemer bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Hierbij hoort ook dat de assurantietussenpersoon erop toeziet dat de desbetreffende verzekeringen in beginsel de daarmee beoogde dekking blijven bieden (rov. 3.). Vaststaat dat Rabobank na het afsluiten van de opstalverzekering bij Interpolis zich er niet van heeft vergewist of de leegstand van het bedrijfspand van [verweerster] te Goor nog aan de orde was (rov. 4.). Mede in het licht van een aantal andere door de rechtbank opgesomde omstandigheden (rov. 5.) had Rabobank als bancaire instelling aanleiding moeten zien niet alleen tot het toezien op de dekking van de opstalverzekering van [verweerster], maar op basis van de uit dien hoofde verkregen wetenschap, althans inzicht in de (bedrijfsmatige) activiteiten van [verweerster], zonder meer ook tot controle en wijziging/aanpassing van de opstalpolis op het punt van de leegstandclausule moeten brengen. Rabobank kan geenszins volstaan met de stelling dat die activiteiten aan haar assurantiemedewerkers niet bekend waren (rov. 6.).<sup>9</sup> Nadat de rechtbank heeft geconcludeerd dat de aansprakelijkheid van Rabobank een gegeven is en toewijzing van de door [verweerster] gevorderde verklaring voor recht en in principe verwijzing naar de schadestaatprocedure kunnen plaatsvinden (rov. 7.), is zij ingegaan op een aantal verweren van Rabobank "die rechtstreeks en mogelijk proportioneel de hoogte van een vast te stellen schadevergoeding kunnen beïnvloeden" (rov. 9.). In verband met de dakbedekkingswerkzaamheden door [betrokkene 5] en [betrokkene 6] kan niet gezegd worden dat [verweerster] merkelijke schuld aan het ontstaan van de brand kan worden verweten (rov. 12). In verband met het verweer van Rabobank dat [verweerster] zelf naar aanleiding van de in de opstalpolis opgenomen leegstandclausule zich met Rabobank had moeten verstaan toen het bedrijfspand (gedeeltelijk of geheel) in gebruik werd genomen dan wel als zodanig verhuurd, heeft de rechtbank onder het kopje "Mededelingsplicht [verweerster]" geoordeeld dat dit op zich relevant is, maar dat de strekking daarvan in beginsel niet verder kan gaan dan het uitgebleven zijn van verdere verhogingen boven de oorspronkelijke verzekerde som. Bij de verdere beoordeling van de omvang van de schade dient voorts, zo heeft de rechtbank overwogen, ook rekening te worden gehouden met de kosten van invulling van eventueel nadere door een assuradeur gestelde voorwaarden en/of een hogere premie na melding ingebruikname (rov. 10.).

#### *Hoger beroep*

- 2.3 Bij appeldagvaarding van 23 december 2013 is Rabobank in hoger beroep gekomen. Zij heeft zich daarbij met een tiental grieven gericht tegen het eindvonnis van 27 november 2013. De grieven I tot en met VI richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat Rabobank tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens [verweerster]. De grieven VII, VIII en IX zien op het causaal verband tussen het tekortschieten van door Rabobank en de door [verweerster] geleden schade en grief X heeft betrekking op het oordeel van de rechtbank omtrent merkelijke schuld van [verweerster].

#### *Tussenarrest van 14 juli 2015*

- 2.4 Het hof heeft de grieven I tot en met VI gezamenlijk behandeld. Daarbij heeft het hof vooropgesteld dat:

"4.3 (...) een assurantietussenpersoon tegenover de verzekeringnemer de zorg dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Het is daarbij de taak van de assurantietussenpersoon om te waken voor de belangen van de verzekeringnemer bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Daartoe behoort dat de assurantietussenpersoon erop toeziet dat de desbetreffende verzekeringen in beginsel de daarmee beoogde dekking blijven bieden. Hij dient de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam te maken op gevolgen die de bij hem bekend geworden feiten voor de dekking van de desbetreffende verzekeringen kunnen hebben. Dit brengt mee dat hij erop toeziet dat door of namens de verzekeringnemer aan de verzekeraar tijdig alle mededelingen worden gedaan waarvan hij, als redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon, behoort te begrijpen dat die de verzekeraar ervan zullen (kunnen) weerhouden om een beroep te doen op het vervallen

van het recht op schadevergoeding wegens de niet-nakoming van een in de polisvoorwaarden opgenomen mededelingsplicht ter zake van risicoverzwarende omstandigheden. Daarbij gaat het om feiten en omstandigheden die aan de assurantietussenpersoon bekend zijn of die hem redelijkerwijs bekend behoorden te zijn. Bij dit laatste geldt dat indien de tussenpersoon met betrekking tot een hem bekende omstandigheid die mogelijk tot een beroep op risicoverzwaren aanleiding kan geven, niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt nog volledig en juist zijn, hij daarnaar bij zijn cliënt dient te informeren (HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122 [*NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (*[...] /Octant BV*), A-G]). Dit kan met zich brengen dat de assurantietussenpersoon zich in het belang van de verzekeringnemer actief informerend opstelt. Waar een bank naast haar gewone bancaire activiteiten mede het assurantiebemiddelingsbedrijf uitoefent, kan zij zich niet aan haar verplichtingen als assurantietussenpersoon onttrekken met het betoog dat informatie die mede voor het assurantiebemiddelingsbedrijf van belang is, slechts aan haar met bancaire activiteiten belaste medewerkers bekend is geworden (vgl. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537 [*NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel (*Erven Van Dam/Rabobank*), A-G]).”

- 2.5 Tussen partijen staat vast, zo heeft het hof in rov. 4.4 overwogen, dat Rabobank als assurantietussenpersoon voor [verweerster] bij Interpolis ten behoeve van de bedrijfshal een opstalverzekering heeft afgesloten:

“4.4 (...) Rabobank heeft niet betwist dat deze verzekering was gericht op behoud van de herbouwwaarde van het bedrijfspand. Aan de omstandigheid dat Interpolis de bedrijfshal in ‘voorlopige dekking’ heeft genomen, komt in dit verband geen betekenis toe. Tussen partijen staat vast dat het voorlopige karakter van de dekking alleen verband hield met een nog uit te voeren technische inspectie, wat een standaardprocedure is bij Interpolis. De in de polis opgenomen leegstandclausule leidde ertoe dat Interpolis dekking onder de verzekering kon weigeren als het bedrijfspand op het moment van het afsluiten van de verzekering reeds in gebruik was of daarna in gebruik zou worden genomen zonder dat Interpolis daarvan in kennis wordt gesteld. Het lag dus, gelet op voornoemde maatstaf, op de weg van Rabobank om erop toe te zien dat de verzekering op het moment van afsluiten daarvan de beoogde dekking (behoud van de herbouwwaarde van het bedrijfspand) bood en daarna ook zou blijven bieden. Dit betekent dat Rabobank erop diende toe te zien dat van een ingebruikneming van de bedrijfshal voor bedrijfsdoeleinden tijdig mededeling zou worden gedaan aan Interpolis zodra Rabobank bekend was of behoorde te zijn dat van een dergelijke ingebruikneming sprake was.”

- 2.6 Rabobank heeft betwist dat de bedrijfshal vóór 2004 reeds in gebruik was genomen, maar zij heeft deze betwisting tegenover de onderbouwde stellingen van [verweerster] onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft daarom aangenomen, kort samengevat, dat in voldoende mate vaststaat dat de bedrijfshal (deels) ook reeds vóór 2004, en in ieder geval ten tijde van het verzenden van de prolongatiepolissen, voor bedrijfsdoeleinden in gebruik was genomen (rov. 4.5).

- 2.7 Vervolgens, zo heeft het hof overwogen in rov. 4.6, moet de vraag worden beantwoord of Rabobank daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn:

“4.6 (...) De verzekering is met tussenkomst van Rabobank afgesloten op het moment dat de bedrijfshal nog in aanbouw was. Een bedrijfshal wordt in het algemeen niet gebouwd om leeg te blijven staan en het was Rabobank bekend dat de bedrijfshal onder meer bestemd was voor bedrijfsvoering door [A]. Het lag, zeker nu het een in aanbouw zijnd[e] pand betrof waarvan Rabobank wist dat het op enig moment in gebruik zou worden genomen, op de weg van Rabobank om periodiek te controleren, of bij [verweerster] te informeren, of de verzekering nog de beoogde dekking bood en of zich mogelijk niet een omstandigheid, meer in het bijzonder de ingebruikneming van de bedrijfshal voor bedrijfsdoeleinden, had voorgedaan die tot een beroep van Interpolis op de leegstandclausule aanleiding zou kunnen geven en die tot aanpassing/wijziging van de verzekering zou nopen teneinde de beoogde dekking te blijven

bieden. Rabobank heeft gesteld telkens prolongatiepolissen met daarop de leegstandclausule aan [verweerster] te hebben gezonden, maar dat Rabobank daarbij op enig moment bij [verweerster] heeft geïnformeerd wat de staat van het bedrijfspand was en of het bedrijfspand inmiddels (geheel of gedeeltelijk) voor bedrijfsdoeleinden in gebruik was genomen, is gesteld noch gebleken. Rabobank heeft zelf gesteld dat er geen bedrijfsbezoeken hebben plaatsgevonden en ook overigens is niet gebleken dat Rabobank zich ervan vergewist heeft dat het pand nog steeds niet in gebruik was genomen. De enkele omstandigheid dat [verweerster] een afspraak in oktober 2002 heeft afgezegd, ontslaat Rabobank niet van voornoemde plicht zich ervan te vergewissen dat de verzekering nog een toereikende dekking bood. Daarbij komt dat Rabobank niet heeft gesteld waartoe de door haar gestelde afspraak diende, zodat ook niet zonder meer kan worden geconcludeerd dat Rabobank deze afspraak had gemaakt om bij [verweerster] te informeren naar gegevens die van belang zouden kunnen zijn voor de opstalverzekering en de daarmee beoogde dekking. Het behoorde nu juist tot de taak van Rabobank om zich bijvoorbeeld ter gelegenheid van de prolongaties van de verzekering ervan te vergewissen of de polis met leegstandclausule nog wel een toereikende dekking bood. Daartoe behoeft, anders dan Rabobank suggereert, niet per se een bedrijfsbezoek plaats te vinden of een afspraak ten kantore van Rabobank te worden gemaakt, maar kan onder omstandigheden – afhankelijk van de omvang en de aard van het verzekeringspakket – bijvoorbeeld ook een telefonische gedachtewisseling of communicatie per e-mail volstaan. Dat geldt ook in dit geval. Rabobank had dan ook behoren te weten – door daarnaar actief te informeren – dat de bedrijfshal inmiddels in gebruik was genomen. De vraag of Rabobank dit niet alleen behoorde te weten maar ook daadwerkelijk wist, kan onbesproken blijven. Door zich niet ervan te vergewissen of de verzekering met leegstandclausule nog wel een toereikende dekking bood, en door de ingebruikneming niet aan Interpolis te melden, is Rabobank tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [verweerster].”

2.8 Dat [verweerster] niet zelf de ingebruikname aan Rabobank of Interpolis heeft meegedeeld, kan Rabobank volgens het hof niet baten:

“4.7 De omstandigheid dat [verweerster] niet zelf, op eigen initiatief, aan Rabobank of Interpolis heeft meegedeeld dat de bedrijfshal in gebruik was genomen, doet aan de aansprakelijkheid van Rabobank niet af. De taak en zorgplicht van Rabobank als assurantietussenpersoon houden nu juist in dat zij dient te waken voor de belangen van [verweerster] als verzekeringnemer en dat zij zich in dat verband ervan vergewist dat [verweerster] de nodige informatie verstrekt en, indien zij niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover zij beschikt nog volledig en juist zijn, zij daarnaar bij [verweerster] informeert. Rabobank diende [verweerster] op zijn minst van tijd tot tijd erop te attenderen om relevante wijzigingen ten aanzien van het gebruik van het bedrijfspand aan haar te melden en zij diende daar ook actief naar te vragen. Dat heeft Rabobank niet, althans onvoldoende, gedaan. De omstandigheid dat [verweerster] niet zelf bij Rabobank heeft gemeld dat het pand in gebruik is genomen, kan [verweerster] in de verhouding tot Rabobank dan ook niet worden toegerekend en leidt niet tot een vermindering van de vergoedingsplicht van Rabobank.”

2.9 Daarop heeft het hof geoordeeld dat de grieven I tot en met VI doel missen en verder geen afzonderlijke bespreking meer behoeven (rov. 4.8).

2.10 Rov. 4.9 betreft de grieven VII,<sup>10</sup> VIII en IX die zien op het causaal verband tussen het tekortschieten door Rabobank en de door [verweerster] geleden schade en het in dat verband door Rabobank aangeboden bewijs. Het hof heeft in dit verband als volgt overwogen:

“4.9 (...) De gemotiveerde betwisting door Rabobank van het causaal verband is erop gebaseerd dat Interpolis of een andere verzekeraar, indien Rabobank wel melding had gemaakt van de ingebruikneming, niet bereid zou zijn geweest om de bedrijfshal in dekking te nemen. Gelet op deze gemotiveerde betwisting door Rabobank, ligt het op de weg van [verweerster] – op wie immers de stelplicht en bewijslast van het causaal verband rusten – om te bewijzen dat Interpolis of een andere verzekeraar dekking zou hebben geboden voor het te verzekeren risico



(opstalverzekering voor de bedrijfshal met daarin opslag van motorvoertuigen en de uitvoering van autoherstelwerkzaamheden). Voor toepassing van de zogenoemde omkeringsregel is in een geval als het onderhavige geen aanleiding. [verweerster] zal overeenkomstig haar daartoe in eerste aanleg (conclusie van repliek) gedane bewijstaanbod in de gelegenheid worden gesteld om te bewijzen dat Interpolis of een andere verzekeraar met kennis van de in de bedrijfshal verrichte bedrijfsactiviteiten, dekking zou hebben geboden voor het onder een opstalverzekering te verzekeren risico.”

2.11 Indien uit voornoemde bewijslevering zou volgen dat Interpolis of een andere verzekeraar de bedrijfshal wel in dekking zou hebben genomen, staat, aldus heeft het hof in rov. 4.10 overwogen, in beginsel het causale verband tussen het tekortschieten van Rabobank en het mislopen door [verweerster] van een verzekeringsuitkering vast:

“4.10 (...) Voor de vraag of [verweerster] , gelet op de bij het verlenen van een dergelijke dekking behorende voorwaarden, een aanbod tot een definitieve dekking ook zou hebben aanvaard, hetgeen Rabobank heeft betwist, geldt dat voorshands voldoende aannemelijk is dat [verweerster] de bedrijfshal niet onverzekerd had willen laten en een aanbod tot dekking zonder leegstandclausule zou hebben aanvaard. Tegen dit vermoeden zal Rabobank tegenbewijs mogen leveren, erin bestaande dat zij aannemelijk maakt dat een polis voor een dekking zonder leegstandclausule dusdanig bezwarende voorwaarden zou hebben bevat dat [verweerster] daarmee niet zou hebben ingestemd (en zij de bedrijfshal dus onverzekerd zou hebben gelaten).”

2.12 Met grief X heeft Rabobank betoogd dat, ook indien er wel een toereikende dekking had bestaan, Interpolis zich met succes had kunnen beroepen op merkelijke schuld aan de zijde van [verweerster] . In dit verband heeft het hof als volgt overwogen:

“4.11 (...) [verweerster] zou, zo begrijpt het hof het betoog van Rabobank, ook indien Rabobank de ingebruikneming wel had gemeld, geen uitkering onder de opstalverzekering hebben ontvangen vanwege merkelijke schuld, waardoor het causaal verband tussen het tekortschieten van Rabobank en de schade van [verweerster] alsnog wordt doorbroken. Rabobank heeft haar stelling gemotiveerd door erop te wijzen dat [verweerster] de dakbedekkingswerkzaamheden waardoor de brand is ontstaan[,] heeft laten uitvoeren door niet gekwalificeerde personen[,] terwijl zij wist van de brandgevaarlijke omstandigheden waaronder het werk moest worden verricht. [verweerster] heeft betwist dat de dakdekkers niet tegen hun taak waren opgewassen en dat van bijzondere brandgevaarlijkheid sprake was. (...)”

2.13 Ten aanzien hiervan heeft het hof als volgt overwogen:

“4.12 Met merkelijke schuld (in de zin van artikel 294 van het Wetboek van Koophandel – oud) waarop Rabobank doelt, wordt een ernstige mate van schuld bedoeld. Bij lichtere graden van schuld blijft de verplichting tot uitkering van de verzekeraar in stand, omdat minder ernstige vormen van nalatigheid en onvoorzichtigheid nu juist zijn te rekenen tot de gevaren waartegen de verzekering dekking biedt. Bij de beantwoording van de vraag welke mate van zorg de verzekeraar van de verzekerde mag verwachten, geldt als uitgangspunt dat van de verzekerde mag worden verwacht dat hij zich onthoudt van gedragingen waarvan hij weet of behoort te weten dat een aanmerkelijke kans bestaat dat deze tot schade zullen leiden. Van merkelijke schuld is ook sprake indien het gaat om een gedraging die, al is de verzekerde zich daarvan niet bewust, naar objectieve maatstaven een zodanig aanmerkelijke kans op schade met zich brengt dat de verzekerde zich van dat gevaar bewust behoorde te zijn en door zich van die gedraging niet te onthouden in ernstige mate tekort schiet in zorg ter voorkoming van schade. Het moet gaan om schuld van de verzekerde zelf.”

2.14 Daarna heeft het hof de vraag of het (laten) uitvoeren door [verweerster] van de onderhavige dakbedekkingswerkzaamheden door de twee betrokken dakdekkers merkelijke schuld zou opleveren, ontkennend beantwoord. Daartoe heeft hij als volgt overwogen.

Dakbedekkingswerkzaamheden, zo is algemeen bekend en zo is het ook in dit geval gegaan, worden uitgevoerd met branders. Dat is naar zijn aard brandgevaarlijk, maar dat behoefde [verweerster] er niet van hoeven te weerhouden om opdracht te geven voor de werkzaamheden. Het betrof een relatief klein werk. Vast staat dat de twee medewerkers van de sociale werkplaats die de werkzaamheden hebben uitgevoerd jarenlange ervaring hadden met het uitvoeren van dakbedekkingswerkzaamheden. Volgens hun verklaring, waarnaar ook Rabobank zelf verwijst en die niet (voldoende) door Rabobank is betwist, beschikten beiden over een VCA (veilig werken) certificaat en hadden zij ook ervaring met andere brandgevaarlijke werkzaamheden, zoals laswerkzaamheden en reparatie van gasleidingen. Dat [verweerster] dit werk heeft laten uitvoeren door deze twee dakdekkers levert, aldus het hof, onder deze omstandigheden geen merkelijke schuld op. Rabobank heeft gesteld dat [verweerster] het werk had moeten opdragen aan een professioneel, gekwalificeerd en gecertificeerd dakbedekkingsbedrijf, maar het hof heeft geoordeeld dat Rabobank onvoldoende heeft gesteld om aan te kunnen nemen dat [verweerster] , wil geen sprake zijn van merkelijke schuld, de opdracht had moeten geven aan een "professioneel, gekwalificeerd en gecertificeerd" dakbedekkingsbedrijf. Dat zich direct onder de bitumen brandbaar isolatiemateriaal bevond, maakt dat niet anders. Die omstandigheid brengt niet met zich dat [verweerster] zich had moeten onthouden van het geven van de opdracht tot het uitvoeren van de reparatiewerkzaamheden door op zichzelf ervaren dakdekkers, in het bezit van een VCA certificaat. Dat de dakdekkers hun werk – mede met het oog op die brandbare laag – mogelijk niet voldoende zorgvuldig hebben uitgevoerd, levert geen merkelijke schuld van [verweerster] zelf op. Grief X mist daarom doel (rov. 4.13).

- 2.15 Het hof is daarmee tot de voorlopige slotsom gekomen dat ook in hoger beroep vaststaat dat Rabobank is tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [verweerster] . Ten aanzien van het door Rabobank betwiste causaal verband tussen de tekortkoming en de door [verweerster] geleden schade zal nog (tegen)bewijslevering mogen plaatsvinden. Dit betreft dan, zo heeft het hof in rov. 4.14 overwogen, de vraag of Interpolis of een andere verzekeraar met kennis van de in de bedrijfshal verrichte bedrijfsactiviteiten, dekking zou hebben geboden voor het onder een opstalverzekering te verzekeren risico en de vraag of [verweerster] een dergelijk aanbod zou hebben aanvaard. Het hof heeft een comparitie van partijen gelast om, kort gezegd, partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over de wijze waarop zij dit (tegen)bewijs zouden willen leveren en iedere verdere beslissing aangehouden (rov. 4.14 en 4.15).

#### *Tussenarrest van 28 februari 2017*

- 2.16 Bij gelegenheid van de op 23 november 2015 gehouden comparitie hebben partijen te kennen gegeven het bewijs te willen leveren door middel van deskundigen. Nadat partijen overeenstemming hadden bereikt over de benoeming van één deskundige en over de aan hem te stellen vragen, heeft het hof bij tussenarrest van 28 februari 2017 prof. mr. P.H.J.G. van Huizen tot deskundige benoemd en een drietal door hem de beantwoorde vragen geformuleerd (rov. 2.4):

1. Zou Interpolis of een andere redelijk handelend verzekeraar met kennis van de in de bedrijfshal verrichte bedrijfsactiviteiten, dekking hebben geboden voor het onder een opstalverzekering te verzekeren risico?
2. Zo ja, zou dat onder bezwarende voorwaarden zijn geweest en zo ja welke, en zou [verweerster] dergelijke voorwaarden (naar redelijke verwachting) hebben aanvaard?
3. Geeft het onderzoek overigens nog aanleiding tot het maken van opmerkingen, die in verband met de beslissing van dit geschil van belang zouden kunnen zijn?

#### *Eindarrest van 31 oktober 2017*

- 2.17 In zijn eindarrest van 31 oktober 2017 heeft het hof overwogen dat de deskundige deze vragen – concluderend – als volgt heeft beantwoord. Een redelijk handelend verzekeraar zou dekking niet hebben geweigerd, met dien verstande dat zo bij een inspectie zou zijn vastgesteld dat gebrek aan netheid/discipline aanwezig was, de verzekeraar zo mogelijk in overleg met de aanvrager, aanvullende voorwaarden zou hebben gesteld ter bevordering van netheid/discipline, welke

aanvullende voorwaarden niet onoverkomelijk zouden zijn geweest en derhalve op basis van deze additionele voorwaarden de verzekeringsovereenkomst zou zijn aangegaan (rov. 2.3). Deze conclusie van de deskundige en de daaraan ten grondslag liggende motivering, zijn door het hof gevolgd:

"2.4 (...) De deskundige heeft de beantwoording van de vragen 1 en 2 gerelateerd aan de situatie ten tijde van de eerste prolongatie (14 mei 2002). Dat uitgangspunt komt het hof juist voor. Het gaat er immers om of, indien Rabobank wel melding had gemaakt van de ingebruikneming van de bedrijfshal, Interpolis of een andere verzekeraar bereid zou zijn geweest om de bedrijfshal in dekking te nemen. Bij het tussenarrest heeft het hof reeds geoordeeld dat vast staat dat de bedrijfshal vanaf 2002 en in ieder geval ten tijde van het zenden van de prolongatiepolissen al voor bedrijfsdoeleinden in gebruik was en dat Rabobank dit behoorde te weten, zodat haar tekortkoming al dateerde van 2002. Anders dan Rabobank bij akte na deskundigenbericht heeft aangevoerd, was de deskundige dan ook niet gehouden om uitdrukkelijk in te gaan op het inspectierapport van Q-Risk van vlak vóór de brand en hetgeen Interpolis schreef kort na de brand. Hetzelfde geldt voor het rapport van expertisebureau Biesboer van 8 december 2004. De deskundige heeft zich er overigens in voldoende mate rekenschap van gegeven dat ook indien netheid en discipline van de bedrijfsvoering te wensen over lieten, er onvoldoende brandpreventieve en -werende maatregelen waren genomen en er geen compartimentering was toegepast, er nog steeds een opstaldekking zou worden verleend, onder diverse tegen die onvolkomenheden gerichte voorwaarden waarmee een redelijk handelend verzekeringnemer akkoord zou gaan. Daarbij heeft de deskundige ook rekening gehouden met de staat van onderhoud zoals die is gebleken uit een rapport van Van Gelder (HDS Groep B.V.) van 19 februari 2002. Rabobank heeft niet voldoende concreet gemaakt welke bevindingen en constatering van Q-Risk, Interpolis en Biesboer die relevant zijn voor de beoordeling ten tijde van de prolongatie van 14 mei 2002 daarbij door de deskundige zouden zijn miskend. De bezwaren van Rabobank kunnen niet worden aangemerkt als een voldoende gemotiveerde betwisting van de juistheid van de zienswijze van de deskundige. Ook de omstandigheid dat Stad Rotterdam de bestaande polis op 11 november 2004 per 1 januari 2005 heeft geroeyeerd, doet zonder nadere motivering – die ontbreekt – niet af aan de overtuigingskracht van het deskundigenrapport, nu dit onverlet laat dat een (andere) verzekeraar onder (al dan niet strengere) voorwaarden bereid zou zijn geweest de in gebruik genomen bedrijfshal in dekking te nemen."

2.18 De conclusie is dan ook, aldus het hof in rov. 2.5, dat het causaal verband tussen het tekortschieten van Rabobank en het mislopen door [verweerster] van een verzekeringsuitkering vaststaat en dat grief VII, VIII en IX dus doel missen. Daaruit, en uit hetgeen reeds bij tussenarrest van 14 juli 2015 is overwogen, volgt dat alle grieven falen:

"2.5 (...) Door Rabobank is niet, althans niet voldoende concreet en specifiek, getuigenbewijs aangeboden van feiten die, indien bewezen, tot een andere conclusie leiden, hetgeen eens te meer geldt in het licht van en na het deskundigenbericht. Het beroep op eigen schuld aan de zijde van [verweerster] heeft het hof bij tussenarrest van 14 juli 2015 (rechtsoverweging 4.7) reeds verworpen. Voor zover Rabobank bij haar akte uitlating deskundigenbericht het hof heeft verzocht van deze beslissing terug te komen, ziet het hof daartoe geen aanleiding. Uit hetgeen Rabobank heeft aangevoerd, volgt niet dat deze (bindende eind)beslissing berust op een onjuiste feitelijke of onjuiste juridische grondslag. Het pas bij akte uitlating deskundigenbericht door Rabobank gevoerde betoog dat sprake zou zijn van proportionele aansprakelijkheid moet, voor zover Rabobank daarmee iets anders bedoelt dan de bij grief I genoemde gedeeltelijke aansprakelijkheid, als een nieuwe grief worden aangemerkt waarvoor, gelet op de in hoger beroep geldende tweeconclusieregel, in dit stadium van de procedure geen plaats meer is."

2.19 Het hof heeft het bestreden vonnis van de rechtbank bekrachtigd en Rabobank veroordeeld in de kosten van het hoger beroep (rov. 2.6 en dictum).

- 2.20 Rabobank is bij procesinleiding van 31 januari 2018 – en daarmee tijdig – in cassatie gekomen tegen de arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden van 14 juli 2015, 28 februari 2017 en 31 oktober 2017. [verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun stellingen schriftelijk doen toelichten. Rabobank heeft afgezien van repliek en namens [verweerster] is geduplicieerd.
- 2.21 In cassatie is het debat beperkt tot de vraag of Rabobank die als assurantietussenpersoon haar zorgplicht jegens [verweerster] als verzekeringnemer heeft geschonden een succesvol beroep kan doen op eigen schuld van de laatste. Het hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord in rov. 4.7 van het tussenarrest van 14 juli 2015 (en naar dat oordeel verwezen in rov. 2.5 van zijn eindarrest van 31 oktober 2017) (hiervoor respectievelijk randnummer 2.8 en 2.18). Dit oordeel wordt in cassatie bestreden met een cassatiemiddel dat bestaat uit een viertal onderdelen (1a-1d). De eerste drie zijn gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.7 van het tussenarrest van 14 juli 2015 dat de omstandigheid dat [verweerster] niet zelf, op eigen initiatief, aan Rabobank of Interpolis heeft meegedeeld dat de bedrijfshal in gebruik was genomen, in de verhouding tot Rabobank niet aan Rabobank kan worden toegerekend en niet leidt tot een vermindering van de vergoedingsplicht van Rabobank. De onderdelen 1a en 1b bestrijden dit oordeel met rechtsklachten, onderdeel 1c met een motiveringsklacht. Onderdeel 1d, dat geen nadere toelichting bevat, is een voortbouwende klacht. Zij houdt in dat bij het slagen van één van de drie eerste onderdelen ook de dicta van het tussenarrest van 14 juli 2015 en van het eindarrest van 31 oktober 2017 alsmede rov. 2.5 van het eindarrest sneuvelen.
- 2.22 Omdat het bestreden oordeel sterk wordt bepaald door de betekenis die het hof in de concrete verhouding tot [verweerster] toekent aan de zorgplicht van Rabobank, maak ik, voordat ik in par. 4 aan bespreking van de klachten toekom, hierna in par. 3 eerst een enkele opmerking over de verhouding tussen assurantietussenpersoon en de (aspirant-)verzekeringnemer, over de zorgplicht van de eerste jegens de laatste in dit verband en schenk ik ook enige aandacht aan het leerstuk van de eigen schuld. Daarbij komt onder meer aan de orde wat in dat verband de betekenis is van de omstandigheid dat zowel benadeelde als aansprakelijke persoon partij zijn bij een contract.

### **3 Assurantietussenpersoon, zorgplicht en eigen schuld**

#### *Assurantietussenpersoon vs. (aspirant-)verzekeringnemer*

- 3.1 De privaatrechtelijke verhouding tussen de assurantietussenpersoon en de (aspirant-)verzekeringnemer is een contractuele die zich in de regel het beste als een overeenkomst van opdracht laat kenmerken, zodat toepassing van titel 7.7 BW in de rede ligt.<sup>11</sup> Of enkel sprake is van opdracht of juist ook van een meer gekwalificeerde vorm (bemiddeling in de zin van art. 7:425-427 BW of lastgeving), zal afhangen van de in het concrete geval gemaakte afspraken.<sup>12</sup> Kenmerkend voor de rechtsverhouding tussen een assurantietussenpersoon en de aspirant-verzekeringnemer is dat er doorgaans geen uitgewerkt schriftelijk contract aan ten grondslag ligt.<sup>13</sup> Wat de beloning van de verzekeringstussenpersoon betreft, heeft de regelgeving met betrekking tot provisieverboden<sup>14</sup> tot gevolg gehad dat de voorheen gangbare praktijk waarin de beloning (via de premie) weliswaar ten laste kwam van de cliënt, maar doorgaans bestond uit provisie die door de betrokken verzekeraar aan de assurantietussenpersoon werd voldaan, enkel nog aan de orde is in die gevallen waarin geen provisieverbod geldt.<sup>15</sup>
- 3.2 De (kern)werkzaamheden van de assurantietussenpersoon betreffen het adviseren, het bemiddelen, het beheren van de portefeuille en het verlenen van nazorg<sup>16</sup> gedurende de looptijd van de verzekeringsovereenkomst. Zij worden daarom ook wel onderscheiden in een adviestraject, een bemiddelingstraject en een nazorgtraject. Waar de (verplichtingen uit de)

overeenkomst van opdracht eerst is (zijn) gericht op adviseren over en afsluiten van een passend contract, waarbij de tussenpersoon dan bemiddelt, verschuift de aandacht wanneer eenmaal een verzekeringsovereenkomst is afgesloten wat de verplichtingen van de tussenpersoon betreft naar beheer (innen premie, afgeven en controleren polis) en het bieden van ondersteuning en verlenen van nazorg (bijvoorbeeld melden schade of doorgeven andere informatie, controleren verzekeringsportefeuille, aanpassen polis). In de adviesfase zal de assurantietussenpersoon zijn opdrachtgever bijvoorbeeld ook moeten inlichten over (de betekenis van) polisvoorwaarden die de dekking beperken.<sup>17</sup> Is de verzekering eenmaal afgesloten, dan doet de tussenpersoon aan beheer van de portefeuille, geeft hij gevraagd en ongevraagd advies, voert hij wijzigingen door en handelt hij schadeclaims af.<sup>18</sup> Tot de verantwoordelijkheden van de tussenpersoon wordt ook gerekend dat de verzekering gedurende de looptijd haar werking niet verliest.

3.3 Wat de (aspirant-)verzekeringnemer als opdrachtgever van de door hem ingeschakelde assurantietussenpersoon mag verwachten, wordt in eerste instantie bepaald door de specifieke door hen gemaakte afspraken. In de praktijk is van concrete, uitgewerkte afspraken vaak geen sprake, zoals aangegeven (hiervoor randnummer 3.1) ontbreekt in de regel een uitwerking in de vorm van een schriftelijk contract. Waar nodig kunnen partijen terugvallen op art. 7:401 BW.<sup>19</sup> Ingevolge deze bepaling is de opdrachtnemer gehouden de zorg van een goed opdrachtnemer te betrachten. In dit verband wordt ook wel gesproken van de zorgplicht van de opdrachtnemer.<sup>20</sup> Op een vergelijkbare wijze als bij de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) is art. 7:401 BW niet alleen de uitdrukking van een zorgstandaard (partijen zullen zich netjes, zorgvuldig gedragen), maar ook een bron van aanvullende verplichtingen. Onder deze noemer kunnen bijkomende, tussen partijen impliciet gebleven, verplichtingen worden aangenomen. De werkzaamheden waarop zij zien, vloeien voort uit de opdracht, waarbij 'opdracht' niet zozeer op concrete werkzaamheden duidt als wel op de strekking van de overeenkomst, zoals de behartiging van de financiële belangen van opdrachtgever. De zorgplicht van de opdrachtnemer is, zo bekeken, een bundel van concrete zorgverplichtingen, verplichtingen tot handelingen die besloten liggen in de opdracht, die als zodanig eigenlijk alleen maar uitputtend kan worden aangeduid in algemene termen.<sup>21</sup> Wanneer partijen wel nadere concrete afspraken maken over de meer bijkomende verplichtingen, neemt de betekenis van de zorgplicht als aanvullende bron van verplichtingen uiteraard af. Naarmate de opdrachtgever concreter heeft aangegeven wat hij van de opdrachtnemer verlangt en tot welke handelingen deze verplicht is, zal ook minder snel op (schending van een uit) art. 7:401 BW (voortvloeiende zorgverplichting) behoeven te worden teruggevallen.<sup>22</sup>

#### *De zorgplicht van de assurantietussenpersoon*

- 3.4 Wat van een assurantietussenpersoon als goed opdrachtnemer mag worden verwacht, waartoe, anders gezegd, zijn zorgplicht strekt, wordt in de rechtspraak in de regel beoordeeld aan de hand van de vraag wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon kan worden verlangd.<sup>23</sup> Dat is uiteraard 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 kenbaar voor de assurantietussenpersoon.<sup>24</sup>
- 3.5 In verschillende arresten heeft Uw Raad geoordeeld over inhoud en consequenties van (schending van) de zorgplicht van de assurantietussenpersoon. Ook in deze rechtspraak komen de verschillende fasen waarop de werkzaamheden van de assurantietussenpersoon betrekking hebben in beeld.<sup>25</sup> Ik beperk me tot de arresten die in de sfeer van beheer en nazorg liggen, omdat dat nu eenmaal de fase is waarop ook de onderhavige zaak betrekking heeft. In dit verband verdienen de arresten inzake *Erven Van Dam/Rabobank* en [...] /*Octant BV* bespreking. <sup>26</sup>
- 3.6 Uit het arrest *Erven Van Dam/Rabobank*<sup>27</sup> blijkt niet alleen dat de assurantietussenpersoon zich actief en onderzoekend moet opstellen, maar ook dat goede interne communicatie binnen de organisatie van de assurantietussenpersoon onontbeerlijk is. Na het overlijden van Van Dam, de eigenaar van een bij Interpolis tegen brand verzekerde boerderij, werd door de erven aan

Rabobank Gorredijk van het overlijden kennis gegeven. Aan de brandverzekering, die via dezelfde bank was afgesloten, werd niets gedaan. Toen het pand vervolgens afbrandde, weigerde de verzekeraar dekking te verlenen, omdat hem geen mededeling was gedaan van het overlijden en de daarop volgende leegstand. Ten aanzien van de vraag wat Rabobank Gorredijk als assurantietussenpersoon met de kennis omtrent het overlijden had moeten doen, heeft Uw Raad als volgt overwogen:

“3.3 (...) Voorts dient uitgangspunt te zijn dat het de taak van de assurantietussenpersoon is te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Tot deze taak behoort in beginsel dat – kort gezegd – de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben. Dit brengt in elk geval, voor zover in deze zaak van belang, mee dat hij, wanneer hij kennis krijgt van het overlijden van de verzekeringnemer, heeft na te gaan welke gevolgen dit voor de verzekeringsovereenkomst heeft – in het bijzonder of de verzekeringsovereenkomst ook na dit overlijden nog (voldoende) dekking biedt en welke maatregelen in dit verband wellicht nodig zijn – en dat hij de erfgenamen van de verzekeringnemer tijdig op een en ander opmerkzaam behoort te maken.”

3.7 Het betoog van Rabobank Gorredijk dat zij juist niet in haar hoedanigheid van assurantietussenpersoon op de hoogte was van deze informatie, kon haar niet baten:

“3.4 (...) Een bank die naast haar gewone bankactiviteiten mede het assurantiebemiddelingsbedrijf uitoefent, kan zich niet aan haar verplichtingen als assurantietussenpersoon onttrekken met het betoog dat het overlijden van de verzekeringnemer als gevolg van de wijze waarop dat overlijden aan de bank is bericht, slechts aan haar met bancaire activiteiten belaste werknemers bekend is geworden en haar derhalve niet als assurantietussenpersoon bekend was. Nu een zodanig bericht naar zijn aard mede voor haar assurantiebemiddelingsbedrijf van belang was, was de Bank gehouden naar aanleiding daarvan het nodige te verrichten om zich in staat te stellen te doen wat een assurantietussenpersoon blijkens het voorgaande in geval van overlijden van de verzekeringnemer behoort te doen. Daarvoor is niet nodig dat ook aan de assurantiebemiddelingsafdeling van de Bank bericht van het overlijden is gezonden of dat in dat bericht uitdrukkelijk de aandacht van de Bank is gevestigd op het bestaan van door wijlen Van Dam gesloten en tot de portefeuille van de Bank als assurantietussenpersoon behorende verzekeringen, laat staan dat van betekenis kan zijn of, zo de medewerker die de desbetreffende verzekering behandelde wél van dat overlijden op de hoogte was, hij met dat overlijden ‘uit eigen hoofde’ dan wel ‘uit hoofde van zijn functie’ bekend is geworden.”

3.8 Uit dit arrest wordt wel afgeleid dat van de assurantietussenpersoon een actieve en voortdurende bemoeienis met de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen mag worden verwacht.<sup>28</sup>Tot deze taak behoort, in beginsel, dat de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op gevolgen die bekend geworden feiten kunnen hebben voor de dekking.

3.9 Met het arrest [...] /*Octant BV*<sup>29</sup> wordt vervolgens duidelijk dat een assurantietussenpersoon in de nazorgfase, wanneer hij enige kennis draagt van omstandigheden die mogelijk consequenties kunnen hebben voor een onder zijn beheer vallende polis, gehouden is om hiernaar onderzoek te verrichten, informatie in te winnen en de verzekerde over deze omstandigheden en hun consequenties te informeren.<sup>30</sup> Ook in deze zaak ging het om een opstalverzekering met betrekking tot een pand dat gedurende de looptijd van de verzekering leeg is komen te staan en vervolgens grotendeels is afgebrand. Daarop weigerde de verzekeraar uitkering. In de door de verzekeringnemer tegen de assurantietussenpersoon aangespannen zaak heeft Uw Raad eerst het beoordelingskader bevestigd en vervolgens een op de zaak toegespitst oordeel gegeven:

“3.4.1 (...) Een assurantietussenpersoon dient tegenover zijn opdrachtgever de zorg te

betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Het is zijn taak te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Tot deze taak behoort in beginsel ook dat — kort gezegd — de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben. Dit brengt mee dat hij erop toeziet dat door of namens de verzekeringnemer aan de verzekeraar tijdig alle mededelingen worden gedaan waarvan hij, als redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon, behoort te begrijpen dat die de verzekeraar ervan zullen (kunnen) weerhouden om, voorzover in deze zaak van belang, een beroep te doen op het vervallen van het recht op schadevergoeding wegens de niet-nakoming van de in de polisvoorwaarden opgenomen mededelingsplicht ter zake van risicoverzwarende omstandigheden. Daarbij gaat het om feiten en omstandigheden die aan de assurantietussenpersoon bekend zijn of die hem redelijkerwijs bekend behoorden te zijn. Bij dit laatste geldt dat indien de tussenpersoon met betrekking tot een hem bekende omstandigheid die mogelijk tot een beroep op risicoverzwarende aanleiding kan geven, niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt nog volledig en juist zijn, hij daarnaar bij zijn cliënt dient te informeren.

3.4.2 (...) Nu O. (Octant BV, A-G), (...), op de hoogte was van het aanstaande vertrek van [betrokkene 7] en de onduidelijkheid met betrekking tot de bestemming van de opstal, rustte in beginsel op O. de verplichting [...] opmerkzaam te maken op hetgeen omtrent risicoverzwarende in de polisvoorwaarden is bepaald en, zo nodig nadere informatie bij [...] in te winnen omtrent de feiten en omstandigheden die de verzekeraars aanleiding zouden kunnen geven tot een beroep op risicoverzwarende. (...)”<sup>31</sup>

Omdat Octant haar zorgplicht hier heeft verzaakt, is zij met succes aangesproken. Doorslaggevend is dat Octant op de hoogte was van het aanstaande vertrek van de bewoner en de onduidelijkheden met betrekking tot de bestemming van de opstal. Daarom was Octant gehouden actie te ondernemen.

3.10 Met deze arresten heeft Uw Raad weliswaar inhoud en richting gegeven aan de zorgplicht van de assurantietussenpersoon, doch de precieze betekenis in een ander specifiek geval dan in de betrokken arresten aan de orde was, is daarmee nog niet meteen gegeven.<sup>32</sup> Het verbaast dan ook niet dat het debat zich in de feitenrechtspraak waarin claims tegen assurantietussenpersonen aan de orde zijn, concentreert op vraag wat de zorgplicht van de assurantietussenpersoon in het betrokken geval in het licht van de rechtspraak van Uw Raad inhoudt. Daarbij gaat het onder meer om de vraag waartoe de in *Erven Van Dam/Rabobank* centraal gestelde verplichting van de assurantietussenpersoon om te waken voor de belangen van de verzekeringnemer bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen in het concrete geval nu precies strekt.

#### *Grenzen aan de zorg(plicht)?*

3.11 Hoewel de precieze betekenis in concrete gevallen dan wellicht niet steeds eenvoudig is aan te geven, moet de zorgplicht van de assurantietussenpersoon naar gangbare inzichten niet worden onderschat en legt zij een serieuze last bij de assurantietussenpersoon. Het verbaast daarom niet dat in de doctrine aandacht uitgaat naar de grenzen van deze zorgplicht.<sup>33</sup> Van Velzen betoogt bijvoorbeeld dat actieve en voortdurende bemoeienis met alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen de assurantietussenpersoon voor een onmogelijke opdracht stelt. Een assurantietussenpersoon zou niet actief met alle individuele verzekeringen bezig kunnen zijn.<sup>34</sup> Het lijkt mij wat zwaar aangezet: alsof er een voortdurende intensieve bemoeienis met alle verzekeringen in de portefeuille aan de orde zou zijn. Het gaat eerder om een constant scherp zijn op de consequenties van mogelijke ontwikkelingen voor individuele verzekeringen, die inderdaad kunnen meebrengen dat de assurantietussenpersoon in beweging komt. In dit verband suggereren Hengeveld en Jonk-van Wijk bijvoorbeeld dat bepalend is of er een concrete aanleiding is die noopt tot handelen, bijvoorbeeld kennis die de assurantietussenpersoon van

risicoverzwarende omstandigheden heeft verkregen.<sup>35</sup> Zonder zo'n concrete aanleiding zou de assurantietussenpersoon dan niet tot actief optreden gehouden zijn. In deze lijn past ook het betoog van Pluymen dat de assurantietussenpersoon geen rekening kan houden met door de verzekerde niet gemelde zaken.<sup>36</sup> Een informatieverplichting voor de assurantietussenpersoon zou niet mogen worden aangenomen indien hij daartoe gelet op de hem meegedeelde feiten of omstandigheden geen aanleiding heeft. De assurantietussenpersoon mag, voor zover geen reden tot twijfel bestaat, uitgaan van de informatie die de opdrachtgever aanlevert.<sup>37</sup> Gaat het om door de verzekeraar (al dan niet telefonisch) verstrekte informatie dan hoeft de assurantietussenpersoon deze evenmin te controleren op juistheid. Hij mag dus vertrouwen op door de verzekeraar verstrekte informatie.<sup>38</sup> Ook hier gaat het om een uitgangspunt. Heeft de assurantietussenpersoon reden om te twijfelen aan de juistheid dan brengt zijn verantwoordelijkheid met zich dat hij niet stilzit en achterover leunt maar dat hij hier werk van maakt.

3.12 Pluymen heeft uit de jurisprudentie met betrekking tot de zorgplicht van assurantietussenpersonen afgeleid dat de assurantietussenpersoon:

- ervan mag uitgaan dat de klant het polisblad leest en de eenvoudig te begrijpen voorwaarden kent;
- voldoende duidelijk moet uitleggen wat de verschillende (minder eenvoudige) clausules inhouden;
- op duidelijke, niet voor tweeërlei uitleg vatbare wijze moet waarschuwen voor de gevolgen van het niet (tijdig) voldoen aan een clausule;
- dat in verband met bewijs liefst schriftelijk doet;
- de door de opdrachtgever/verzekerde aangeleverde informatie in principe niet op juistheid hoeft te controleren, tenzij daarvoor concrete aanleiding bestaat;
- bij een essentiële clausule, die van invloed kan zijn op de dekking, om bewijstechnische redenen de cliënt vraagt om bewijs van naleving van de betrokken clausule.<sup>39</sup>

Hoewel het gaat om wenken aan het adres van assurantietussenpersonen die aansprakelijkheid willen voorkomen, geven zij een aardig beeld van de rechtspraak en werpen zij indirect ook licht op de eigen verantwoordelijkheid van de (aspirant-)verzekeringnemer.

3.13 In dit verband is van belang dat een aangesproken assurantietussenpersoon in de praktijk, zoals ook in de onderhavige zaak is gebeurd, in de regel ieder geval een tweetal verweren zal voeren: *primair* zal hij zich op het standpunt stellen dat van een schending van de zorgplicht geen sprake is en *subsidiar*, mocht dat toch wel het geval zijn, dat dan in ieder geval sprake is van 'eigen schuld' aan de zijde van de verzekeringnemer. Op beide fronten kan dan de (beweerde) eigen verantwoordelijkheid in beeld komen. Soms zal van een schending van de zorgplicht geen sprake zijn, omdat de assurantietussenpersoon er juist van mocht uitgaan dat de (aspirant-)verzekeringnemer zelf verantwoordelijkheid zou nemen.<sup>40</sup> Wanneer de assurantietussenpersoon wél is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, kan een beroep op de eigen schuld van de benadeelde leiden tot vermindering (en onder omstandigheden zelfs verval) van de vergoedingsplicht op basis van art. 6:101 BW.

#### *Eigen schuld*

3.14 In de onderhavige zaak is in cassatie enkel nog de eigen schuldvraag aan de orde. Ik maak daarom ook nog een enkele opmerking over dit leerstuk dat in art. 6:101 BW uitwerking heeft gekregen. Het eerste lid van deze bepaling luidt aldus:

“Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt 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 uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.”

Het leerstuk van de eigen schuld komt uiteraard enkel aan de orde wanneer er daadwerkelijk aansprakelijkheid is en de aansprakelijke persoon vervolgens een beroep doet op eigen schuld om op vermindering of zelfs verval van aansprakelijkheid aan te sturen. Van eigen schuld spreken we, zo blijkt ook uit de tekst van het zojuist geciteerde eerste lid, wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden *toegerekend*. In dit verband moet de benadeelde aangerekend kunnen worden dat hij zich anders heeft gedragen dan een redelijk mens onder de gegeven omstandigheden met het oog op zijn eigen belang zou hebben gedaan.<sup>41</sup> Bij eigen schuld gaat het derhalve om een bijdrage aan de schade door het betrachten van onvoldoende zorg voor eigen persoon of goed waarvan niet de dader maar de benadeelde het risico draagt. Het woord 'risico' sluit daarbij in dat het niet enkel gaat om onzorgvuldig of onvoorzichtig gedrag van de benadeelde ten aanzien van het eigen belang, maar dat het ook kan gaan om omstandigheden die in zijn risicosfeer liggen (zoals handelen of nalaten van een door hem ingeschakelde persoon).<sup>42</sup> Is deze eerste hobbel van de toerekening aan de benadeelde genomen en is de schade mede een gevolg van deze aan hem toe te rekenen omstandigheden, dan begint het eigenlijk pas. Dan is men als het ware door de poort van art. 6:101 BW en wordt vervolgens aan de hand van de in het eerste lid van deze bepaling neergelegde verdelingsmaatstaven (causale verdeling en billijkheidscorrectie) bepaald of, en zo ja in hoeverre, de vergoedingsplicht van de aansprakelijke persoon wordt verminderd.

- 3.15 Het behoeft geen betoog dat het leerstuk van de eigen schuld ook in een contractuele setting zoals die hier aan de orde is, in beeld kan komen. Afdeling 6.1.10 BW geldt immers ook voor aansprakelijkheid die haar grond vindt in schending van een contractuele verplichting. Dat neemt niet weg dat wel aangenomen wordt dat de context van het contract, althans van de contractuele verhouding tussen de betrokkenen, betekenis heeft voor (de beoordeling van) een eventueel beroep op eigen schuld.<sup>43</sup> In het bijzonder is de vraag of het gegeven dat de aangesproken persoon en de benadeelde allebei partij bij een contract zijn en zij elkaar over en weer op hun verantwoordelijkheid (schending contractuele verplichting versus 'eigen schuld') aanspreken, beperkingen met zich brengt voor het daadwerkelijk aannemen van rechtens relevante eigen schuld.
- 3.16 Anders dan het geval is in buiten-contractuele verhoudingen, waarin 'partijen' elkaar toevallig treffen, hebben contractspartijen elkaar uitgekozen en overeenstemming bereikt over de rechten en plichten die zij in het kader van de overeenkomst jegens elkaar hebben. In de kern hebben partijen zich binnen de overeenkomst tot bepaalde gedragingen jegens elkaar verplicht en daarmee tot meer dan waartoe zij buiten overeenkomst gehouden zouden zijn. Dat is dan ook van belang wanneer de aangesproken contractspartij de benadeelde tegenwerpt dat hij toch 'gewoon' net als anders uit zijn doppen had moeten kijken of alert had moeten zijn. Tot welke zorg de crediteur, in geval van wanprestatie van zijn debiteur, op straffe van toepassing van art. 6:101 BW gehouden is, wordt mede bepaald door de inhoud en strekking van het contract.<sup>44</sup> Juridisch-technisch kan dit gegeven in art. 6:101 BW worden ingepast bij de 'toerekening' (hiervoor randnummer 3.14): bij de beantwoording van de vraag wanneer in een contractuele setting een 'omstandigheid aan de benadeelde kan worden toegerekend' in de zin van art. 6:101 lid 1 BW is mede van belang waartoe de benadeelde in het licht van de overeenkomst gehouden was. En dat is op zijn beurt mede afhankelijk van de zorg waartoe de aangesproken persoon in de contractuele verhouding gehouden is.
- 3.17 Hoewel er weinig specifieke rechtspraak is over eigen schuld binnen het contractenrecht,<sup>45</sup> is een in dit kader veel behandeld al ouder arrest van Uw Raad in de zaak *Ove Skou* hier illustratief. Het gaat in deze zaak om een bewakingsbedrijf dat zich had verplicht jegens de rederij *Ove Skou* tot het ter beschikking stellen van een wachtsman die de toegang tot het schip *Marie Skou* zou

bewaken. Op een zekere nacht zijn dieven toch naar binnen gedrongen, terwijl de bewaker koffie aan het drinken was. Aangesproken tot schadevergoeding door de rederij voerde het bewakingsbedrijf als verweer dat een als deksman aangesteld bemanningslid evenmin voor onraad had gewaakt. Dit beroep had bij het hof succes, maar Uw Raad casseerde en wees een vermindering van de aanspraak op schadevergoeding wegens eigen schuld af:<sup>46</sup>

“dat blijkens 's Hofs arrest de tussen pp. gesloten overeenkomst niet inhield, dat Ove Skou enigen maatregel moest nemen tot afwending van gevaren die zich bij plichtsverzuim van den wachtsman van de Jonge zouden kunnen voordoen, en Ove Skou niettemin door het aanstellen van een dekwacht een maatregel heeft genomen, die naar 's Hofs oordeel deze gevaren zou hebben kunnen afwenden;

dat onder deze omstandigheden het aan Ove Skou in haar verhouding tot de Jonge niet kan worden toegerekend, dat deze maatregel door onoplettendheid van den dekwacht het door het Hof bedoelde effect niet heeft gehad;

dat derhalve geen grond bestaat om een deel van de schade voor rekening van Ove Skou te laten, zodat onderdeel a van het eerste middel gegrond is en onderdeel b niet behoeft te worden onderzocht”

- 3.18 De aard van de bewakingsovereenkomst verhinderde dat de fout van zijn ondergeschikte als eigen schuld aan de benadeelde werd toegerekend. P-G Langemeijer had het pad daarvoor in zijn conclusie voor het arrest al geplaveid:

“(…) Wanneer iemand zichzelf kent als buitengewoon verstrooid en hij komt uitdrukkelijk met het oog daarop overeen, dat een bewakingsdienst op bepaalde tijden zal controleren, of zijn huisdeur gesloten is en de bewakingsdienst doet dit niet op de afgesproken tijd, waarna een dief het huis binnendringt, dan volgt toch uit de strekking van die overeenkomst, dat het voor de bewakingsdienst geen verweer kan opleveren, dat een voorzichtig mens niet vergeet zijn huisdeur te sluiten. Nu zal weliswaar uiterst zelden voorkomen, dat de duidelijke strekking van een overeenkomst is, dat de ene partij de andere zal beschermen tegen de gevolgen van zijn persoonlijke onvoorzichtigheden maar het kwam mij toch van belang voor vast te stellen, dat een dergelijke strekking van een overeenkomst in beginsel alleszins bestaanbaar is, minst genomen voorzover niet opzet of grove onvoorzichtigheid van de crediteur in het spel is. De vraag is dus in de contractenrechtelijke sfeer reeds bij een persoonlijke onvoorzichtigheid van de crediteur gecompliceerder dan in de sfeer van de aansprakelijkheid uit de wet. (…)”

Langemeijer liet dit volgen op zijn stelling dat wanneer het beginsel van de eigen schuld zich uitstrekt tot het terrein van de contractuele wanprestatie, zoals onder het regime van art. 6:101 BW zonder meer het geval is, men erop bedacht dient te zijn dat de strekking van de overeenkomst haar invloed kan doen gelden. <sup>47</sup> In het verlengde hiervan zou ik willen betogen dat de contractuele setting waarin het eigen schuld-verweer aan de orde is, er inderdaad aan in de weg kan staan dat wat in buiten-contractuele relaties eigen schuld oplevert, ook binnen een contractuele verhouding als zodanig wordt gezien. Terwijl ik van een willekeurige ander niet kan verlangen dat hij in zijn zorg voor mij zo ver gaat dat ik van mijn eventuele eigen verantwoordelijkheid word bevrijd, kan die verdergaande zorg in de contractuele verhouding juist wel aan de orde zijn. Het contract kan meebrengen dat de normale eigen verantwoordelijkheid door de wederpartij is overgenomen, althans dat ik erop mag rekenen dat die ander voor mij zal opletten en mij dus zorg uit handen heeft genomen.

- 3.19 Het komt er dus op neer dat het antwoord op de vraag of in een contractuele setting sprake is van eigen schuld mede wordt bepaald door de inhoud van het contract dan wel de contractuele verhouding. Heeft de aangesproken persoon de verantwoordelijkheid van de wederpartij bijvoorbeeld overgenomen of mocht hij er nog steeds vanuit gaan dat zij, waar nodig, zelf verantwoordelijkheid zou nemen? Deze vraag komt onder de noemer van het toerekenen van omstandigheden aan de benadeelde in de zin van art. 6:101 lid 1 BW voorbij. Benadrukt moet

daarbij worden dat een omstandigheid niet reeds aan de benadeelde wordt toegerekend, omdat zij de schade mede heeft veroorzaakt; de betrokken omstandigheid moet ook nog aan de benadeelde kunnen worden toegerekend en daarvoor is in beginsel schending van een gedragsnorm vereist.<sup>48</sup> Behoudens toerekening krachtens risico (hiervoor randnummer 3.14) is maatgevend tot welk gedrag de benadeelde gelet op de overeenkomst in de onderlinge verhouding verplicht was.<sup>49</sup> Schiet hij in deze zin tekort, dan is toerekening aan de orde en kan vervolgens worden toegekomen aan eventuele vermindering (of zelfs verval) van de aansprakelijkheid aan de hand van de maatstaven van art. 6:101 lid 1 BW (causale verdeling en billijkheidscorrectie) (hiervoor randnummers 3.14 en 3.16).

### *Zorgplicht en eigen schuld*

3.20 Hoe zit het nu met de assurantietussenpersoon? Het is lastig in algemene zin iets te zeggen over de vraag of, en zo ja welke, consequenties aan zijn zorgplicht kunnen worden verbonden in het kader van de eigen schuld-problematiek.<sup>50</sup> Een korte excursie langs [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) leert niet alleen dat tot schadevergoeding aangesproken assurantietussenpersonen met grote regelmaat een beroep doen op art. 6:101 BW, maar ook dat een dergelijk beroep vaak wordt gehonoreerd. Nadere beschouwing van de feitenrechtspraak levert een door casuïstiek bepaald beeld op. Algemene lijnen zijn niet eenvoudig te trekken.

3.21 Uit de feitenrechtspraak valt bijvoorbeeld wel op te maken dat het niet lezen en/of controleren van de polis eigen schuld van de verzekeringnemer kan opleveren:

- zo is in arresten van het hof Den Haag en van het hof Amsterdam eerst aangenomen dat de assurantietussenpersoon was tekortgeschoten in zijn verplichting de verzekerde te informeren over de betekenis van bepaalde polisclausules en te waarschuwen voor de gevolgen van niet-naleving daarvan, maar werd de verzekerde vervolgens aangerekend dat deze de betreffende informatie ook zelf in het polisblad had kunnen (en moeten) lezen;<sup>51</sup>

- ook de rechtbank Haarlem zag aanleiding tot het aannemen van eigen schuld (20%) vanwege het onvoldoende controleren van de polis.<sup>52</sup> De assurantietussenpersoon had, als opvolgend tussenpersoon, bij overname van de verzekering moeten onderzoeken of de opstal onderverzekerd was en of de verzekerde som juist was, maar zijn pogingen om in contact te komen met de verzekerde werden door de verzekerde zelf gefrustreerd, doordat deze de assurantietussenpersoon naar een ander verwees. De verzekerde had zelf evenmin contact opgenomen in verband met een verzoek tot aanpassing van de polis.

3.22 Eén van de vragen in dit verband is, hoe ver de verzekeringnemer moet gaan. Kamphuisen heeft op dit punt betoogd dat de controle door de verzekerde beperkt blijft tot fouten die voor de gemiddelde leek gemakkelijk te ontdekken zijn, zoals met betrekking tot de hoogte van de verzekerde som, de hoogte van de premie, de aard van de verzekering en eventuele garantieclausules en bijzondere clausules, mits deze laatste duidelijk op het voorblad worden vermeld.<sup>53</sup>

3.23 Ook een eventuele bijzondere kennis of deskundigheid van de opdrachtgever/verzekerde wordt, zij het met wisselend succes, wel naar voren geschoven als aanleiding voor het aannemen van eigen schuld:

- de rechtbank Dordrecht oordeelde bijvoorbeeld dat de schade mede het gevolg was van het niet controleren van de polis door in casu een professionele opdrachtgever en nam vervolgens 50% eigen schuld aan;<sup>54</sup>

- in een uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad ging de rechter echter niet mee in het betoog van de aangesproken assurantietussenpersoon dat zijn opdrachtgever specifieke kennis had met betrekking tot het verzekeringsrecht;<sup>55</sup>

- een vergelijkbare uitkomst is te vinden in een arrest van het hof 's-Hertogenbosch,<sup>56</sup> waarin werd overwogen dat verzekerde weliswaar werd bijgestaan door deskundigen, maar het hof

bepalend achtte dat de assurantietussenpersoon bij uitstek de specialist op het gebied van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen was. Het hof zag daarom geen reden voor vermindering van de vergoedingsplicht van de assurantietussenpersoon in het kader van art. 6:101 BW.

### 3.24 Andere uitspraken hebben bijvoorbeeld betrekking op:

- het gebrekkig informeren van de assurantietussenpersoon door de verzekerde. Zo heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat de assurantietussenpersoon in kwestie weliswaar had verzuimd te wijzen op een belangrijke clause, maar dat de schade mede een gevolg was van lichtvaardige beantwoording door de aspirant-verzekerde van door de verzekeraar gestelde vragen (20% eigen schuld);<sup>57</sup>
- het onjuist invullen van het inkomen op het aanvraagformulier betreffende een arbeidsongeschiktheidsverzekering.<sup>58</sup> De verzekeraar weigerde vervolgens uitkering. Het hof Amsterdam oordeelde dat van een redelijk en bekwaam handelend assurantietussenpersoon mocht worden verwacht dat hij nader zou onderzoeken of de door verzekerde genoemde inkomensbedragen juist waren en zo ja uit welke bron dat inkomen dan genoten was. En tevens dat hij zou begrijpen dat deze informatie mogelijk relevant zou zijn voor de verzekeraar bij de acceptatie van de verzekering. Toch slaagde ook het beroep op eigen schuld. Verzekerde moest volgens het hof begrijpen waarnaar gevraagd werd op het aanvraagformulier en van hem mocht ook worden verwacht dat hij in zekere mate zou controleren of het vragenformulier juist was ingevuld alvorens het te ondertekenen. Het hof oordeelde daarbij het verwijt aan verzekerde juist veel ernstiger dan dat aan de assurantietussenpersoon, omdat het onjuist invullen van het aanvraagformulier in de eerste plaats het belang diende om een arbeidsongeschiktheidsverzekering ten gunste van hem als verzekerde geaccepteerd te krijgen. Daar komt bij dat de assurantietussenpersoon voor de informatieverschaffing aan de verzekeraar geheel afhankelijk was van verzekerde, dat de hoogte en de bronnen van het inkomen van verzekerde gegevens zijn die geheel in zijn kennissfeer liggen en dat verzekerde kennelijk geen enkele moeite heeft gedaan om te verifiëren of aan de verzekeraar de juiste gegevens werden verstrekt. Hoewel de causale verdeling tot een 50/50-verdeling aanleiding zou geven, komt het hof met een billijkheidscorrectie ten nadele van verzekerde uit op 75% eigen schuld.

3.25 Dit laatste levert dus een weinig scherp beeld op. Assurantietussenpersonen doen met regelmaat een succesvol beroep op eigen schuld, maar het is moeilijk aan te geven wanneer hen dat wél soelaas biedt en wanneer niet. Ook de rechtsgevolgen die aan een succesvol beroep worden verbonden lopen, al naar gelang de omstandigheden, sterk uiteen. Soms gaat het om een laag eigen schuld-percentages en derhalve om een beperkte vermindering van de vergoedingsplicht, terwijl in andere gevallen de feitenrechter gegeven de specifieke omstandigheden van het geval kennelijk een hoog eigen schuld-percentages en daarmee een forse vermindering van de aansprakelijkheid gerechtvaardigd acht.

3.26 Ter afronding van deze algemene opmerkingen zou ik voorop willen stellen dat de zorgplicht van de assurantietussenpersoon niet moet worden onderschat, ook al is de precieze betekenis in concrete gevallen niet steeds eenvoudig aan te geven. Waar het gaat om de begrenzing komt nadrukkelijk ook het beroep op eigen verantwoordelijkheid en daarmee in de regel ook het beroep op art. 6:101 BW in beeld. In dit verband wil ik benadrukken dat bij de vraag of in een contractuele setting sprake is van eigen schuld de overeenkomst en de in dat verband gemaakte afspraken mede bepalend zijn. Niet uitgesloten is dat in de contractuele verhouding zoals deze zich eventueel ook in de tijd heeft ontwikkeld<sup>59</sup> verantwoordelijkheden van de opdrachtgever/verzekerde zijn overgenomen door de assurantietussenpersoon, zodat aan eigen schuld in beginsel niet wordt toegekomen. In die gevallen mag de opdrachtgever er juist vanuit gaan, dat de assurantietussenpersoon de zaak in de gaten houdt en zo nodig initiatief neemt, bijvoorbeeld door bij hem te informeren of er inmiddels al iets bekend is.<sup>60</sup> Eigen schuld is dan pas aan de orde wanneer de verzekerde reden heeft om te denken dat de assurantietussenpersoon iets over het hoofd ziet of een verkeerde inschatting maakt. Of de assurantietussenpersoon in de

contractuele verhouding inderdaad verantwoordelijkheden van de opdrachtgever heeft overgenomen, is uiteindelijk een kwestie van uitleg. Is van een zo ver gaande verantwoordelijkheid van de assurantietussenpersoon geen sprake, dan zal ook van de verzekerde kunnen worden verwacht dat hij zelf scherp is en de assurantietussenpersoon attendeert op nieuwe ontwikkelingen of andere voor de dekking relevante informatie op straffe van eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW.

3.27 Ik kom nu toe aan bespreking van de klachten.

#### **4 Bespreking van de klachten**

4.1 Onderdeel 1a klaagt dat het hof in rov. 4.7 van het tussenarrest van 14 juli 2015 ten onrechte heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat [verweerster] niet zelf, op eigen initiatief, bij Rabobank of Interpolis heeft gemeld dat de bedrijfshal in gebruik was genomen, haar in de verhouding tot Rabobank — de laatste woorden heeft Rabobank nadruk gegeven door ze te onderstrepen — niet kan worden toegerekend. Volgens het onderdeel heeft het hof daarmee miskend dat bij de beoordeling of de omstandigheid dat [verweerster] niet zelf, op eigen initiatief, bij Rabobank of Interpolis heeft gemeld dat de bedrijfshal in gebruik was genomen, aan [verweerster] kan worden toegerekend in het kader van art. 6:101 BW, aan de verhouding tussen [verweerster] en Rabobank geen bijzondere relevantie toekomt. De verhouding tussen (de wederzijdse fouten van) Rabobank en [verweerster] zou enkel relevant zijn bij de causaliteitsafweging en de billijkheidscorrectie, maar niet bij de vraag of de omstandigheid die mede de schade heeft veroorzaakt (in dit geval het niet zelf melden door [verweerster] van de ingebruikname van de bedrijfshal) aan [verweerster], kan worden toegerekend. Door dit te miskennen, zou het hof blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

4.2 De klacht faalt, omdat zij uitgaat van een onjuist uitgangspunt. Voordat wordt toegekomen aan het toepassen van de verdelingsmaatstaven van art. 6:101 BW (causale verdeling en billijkheidscorrectie) moet eerst de toerekeningshobbel worden genomen. Daarvoor is in beginsel vereist dat de benadeelde zich met het oog op zijn eigen belangen minder zorgvuldig heeft gedragen dan in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden verwacht (hiervoor randnummer 3.14). Of dat het geval is, wordt mede bepaald door de contractuele verhouding tussen aansprakelijke persoon en benadeelde (hiervoor randnummers 3.15 e.v.). De (inhoud) van de contractuele verhouding tussen Rabobank en [verweerster] is dus, anders dan Rabobank in cassatie ingang wil doen vinden, niet pas relevant bij toepassing van de verdelingsmaatstaven van art. 6:101 BW, maar al eerder, als het ware aan de poort van deze bepaling, bij de toerekeningsvraag. Weliswaar maakt het hof in rov. 4.7 niet in expliciete zin melding van de toerekeningsvraag, maar uit zijn oordeel dat de omstandigheid dat [verweerster] niet zelf bij Rabobank heeft gemeld dat het pand in gebruik is genomen, [verweerster] in de verhouding tot Rabobank niet kan worden toegerekend en niet tot een vermindering van de vergoedingsplicht van Rabobank leidt, valt wel af te leiden dat het hof het oog heeft gehad op die toerekeningsvraag.

4.3 Onderdeel 1a mist derhalve doel.

4.4 Ook onderdeel 1b is gericht tegen rov. 4.7 van het tussenarrest van 14 juli 2015. Het onderdeel stelt voorop dat er sprake is van eigen schuld van [verweerster] als zij in de gegeven omstandigheden onredelijk, onvoorzichtig, onzorgvuldig, foutief of verkeerd heeft gehandeld, afgezet tegen de mogelijkheid dat zij daardoor schade voor zichzelf zou doen ontstaan. Van een verzekerde die zich in de relatie met zijn verzekeraar van een tussenpersoon bedient, kan worden verlangd dat hij ook zelf waakt voor zijn belangen ten aanzien van de verzekering en het behoud van dekking door de polis zorgvuldig door te lezen en de daar vermelde verplichtingen die op de

verzekerde zijn gelegd, na te leven. In het onderhavige geval geldt dat voor de meldingsplicht op grond van de leegstandclausule, aldus het onderdeel. De enkele omstandigheid dat de assurantietussenpersoon zijn zorgplicht heeft geschonden, maakt niet dat de schending van de meldingsplicht door de verzekerde niet langer aan deze laatste kan worden toegerekend. Ook wanneer de assurantietussenpersoon zijn zorgplicht schendt, treft de verzekerde van het niet melden van de ingebruikname, die op grond van een clausule in de polis aan de verzekeraar gemeld moet worden opdat deze laatste het risico en de premie en/of de voorwaarden van de verzekering opnieuw kan beoordelen, een verwijt, althans is dat een omstandigheid die voor risico van de verzekerde komt, zodat die omstandigheid hetzij op grond van schuld dan wel op grond van risico aan de verzekerde kan worden toegerekend. Het niet melden van de ingebruikname van het pand kan derhalve aan [verweerster] worden toegerekend, ook al heeft Rabobank [verweerster] er niet op geattendeerd dat zij relevante wijzigingen ten aanzien van het gebruik van het pand moest melden en ook al heeft Rabobank niet actief gevraagd naar ingebruikname van het pand. Voor zover het hof dit heeft miskend, is zijn oordeel rechtens onjuist.

4.5 Ook deze klacht faalt. Zij is een variatie op de klacht van onderdeel 1a, zij het dat in het kader van de onderhavige klacht nu juist wordt betoogd dat [verweerster] zich inderdaad niet heeft gedragen als van haar mocht worden verwacht. Daarmee doet Rabobank hier wél recht aan de toerekeningsvraag (aan de poort van art. 6:101 BW), doch betreft zij daarbij de stelling dat deze vraag positief moeten worden beantwoord (volgens Rabobank zou er aanleiding zijn voor toerekening aan [verweerster] ), omdat, en daar zit de gelijkenis met de vorige klacht, (schending van) de zorgplicht door Rabobank niet 'overheersend' is, terwijl hof daarvan nu juist wel uitgaat, zo blijkt uit de overwegingen die aan de slotzin over de toerekening voorafgaan. Daarin benadrukt het hof dat taak en zorgplicht van Rabobank als assurantietussenpersoon juist inhouden dat zij moest waken voor de belangen van [verweerster] als verzekeringnemer en dat zij zich in dat verband ervan moest vergewissen dat [verweerster] de nodige informatie zou verstrekken. Zo nodig zou Rabobank bij [verweerster] moeten informeren. Rabobank diende [verweerster] op zijn minst van tijd tot tijd erop te attenderen om relevante wijzigingen ten aanzien van het gebruik van het bedrijfspand aan haar te melden en zij diende daar ook actief naar te vragen. Dat heeft Rabobank niet, althans onvoldoende, gedaan. Daarop volgt vervolgens het oordeel dat van toerekening aan [verweerster] zelf geen sprake is, zodat voor vermindering van de vergoedingsplicht ook geen sprake is. Van een onjuiste rechtsopvatting is opnieuw geen sprake: bij de toerekeningsvraag komt mede betekenis toe aan de inhoud van de contractuele verhouding tussen [verweerster] en Rabobank (hiervoor randnummers 3.15 e.v.). Welke dat is en of zij inderdaad, zoals hier door het hof in het licht van de omstandigheden aangeduid in rov. 4.6 (hiervoor randnummer 2.7) is aangenomen, meebrengt dat de zorgplicht zo ver strekt dat de verantwoordelijkheid van de assurantietussenpersoon overheerst of anders gezegd prevaleert boven die van de opdrachtgever, is ter beoordeling van de feitenrechter en kan niet in cassatie worden getoetst. Hooguit kunnen ter bestrijding van een dergelijk oordeel motiveringsklachten worden geformuleerd, zoals Rabobank ook heeft gedaan met haar klacht in onderdeel 1c.

4.6 Onderdeel 1b mist derhalve doel.

4.7 Onderdeel 1c is een motiveringsklacht. Voor zover het hof de in het kader van onderdeel 1b genoemde rechtsregels niet heeft miskend, zou zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd zijn. Rabobank stelt in dit verband dat zij in feitelijke instanties steeds op de leegstandclausule in de prolongatiepolissen heeft gewezen. Zonder nadere toelichting valt vervolgens, aldus Rabobank, niet te begrijpen dat van [verweerster] niet verlangd kon worden dat zij Interpolis, althans Rabobank, zou melden dat het pand in gebruik was genomen, ongeacht of Rabobank [verweerster] daarop had geattendeerd of actief had gevraagd naar ingebruikname van het pand. Op [verweerster] rustte uit hoofde van de polis een meldingsplicht. Deze verplichting bestond ongeacht of Rabobank haar zorgplicht naleefde. [verweerster] wist of had moeten weten dat schending van die meldingsplicht tot verval van dekking onder de polis kon leiden. Zonder nadere toelichting valt niet te begrijpen dat het niet onredelijk, onvoorzichtig en verkeerd was van [verweerster] om de ingebruikname van de bedrijfshal niet aan Interpolis of Rabobank te melden,

afgezet tegen de mogelijkheid dat schending van de meldingsplicht zou leiden tot verval van dekking en Interpolis geen schadevergoeding zou uitkeren als schade aan de bedrijfshal zou ontstaan. Het oordeel van het hof dat het verzuim van [verweerster] om zelf bij Rabobank of Interpolis te melden dat het pand in gebruik is genomen, in de verhouding met Rabobank niet aan [verweerster] kan worden toegerekend, is derhalve, aldus Rabobank, ontoereikend gemotiveerd.

- 4.8 Wat mij betreft is ook deze motiveringsklacht vergeefs voorgesteld. Het hof heeft in rov. 4.3 van zijn tussenarrest van 14 juli 2015 vooropgesteld welke zorg een assurantietussenpersoon tegenover de verzekeringnemer dient te betrachten. Dit uitgangspunt is onbestreden in cassatie. Het beroep van Rabobank op eigen schuld aan de zijde van [verweerster] heeft het hof verworpen in rov. 4.7 van hetzelfde tussenarrest. In dit verband stelt Rabobank dat zij in feitelijke instanties steeds op de leegstandclausule in de prolongatiepolissen heeft gewezen. Rabobank heeft deze stelling in feitelijke instanties inderdaad ingenomen,<sup>61</sup> maar nergens met bewijs onderbouwd. Dit geldt ook voor de stellingen van Rabobank met betrekking tot eigen schuld. Zonder nadere onderbouwing heeft Rabobank gesteld dat [verweerster] bekend was met de leegstandclausule<sup>62</sup> en dat [verweerster] vanaf 2003 een nieuwe assurantietussenpersoon zou hebben gehad in de persoon van Van der Reijd die [verweerster] zou hebben gewezen op de leegstandclausule.<sup>63</sup> [verweerster] heeft hiertegen gemotiveerd verweer gevoerd. Daarbij heeft [verweerster] aangevoerd dat Rabobank niet alleen haar assurantietussenpersoon was, maar ook de nieuwbouw van de bedrijfshal financierde, de bedrijfshal onder zich had als zekerheid voor de financiering en als bank fungeerde voor de diverse bedrijven van [verweerster], in het bijzonder [A] en Ned-Trade.<sup>64</sup> Rabobank was de 'huisbank' van [verweerster].<sup>65</sup> In het kader van de financiering zijn dan ook vele stukken aan Rabobank verstrekt, waaronder de huurovereenkomsten van [A] en Ned-Trade en prognoses van Ned-Trade en [A]. Tegelijkertijd was Rabobank voor wat betreft de polis tot en met de brand de assurantietussenpersoon geweest. Het gesprek met Van der Reijd waar Rabobank op doelt, heeft pas plaatsgevonden na de brand.<sup>66</sup>
- 4.9 Voorts heeft [verweerster] aangevoerd dat Rabobank wist dat [A] vanaf 1996 en Ned-Trade vanaf 2000 zich bezig hielden met de aan- en verkoop van touringcars en auto's en de reparatie daarvan. Rabobank wist ook dat die bedrijfsactiviteiten werden geëxploiteerd vanuit de bedrijfshal, althans dat behoorde zij redelijkerwijs te weten.<sup>67</sup> Eveneens behoorde Rabobank te weten van de ingebruikname van de bedrijfshal.<sup>68</sup> Naast de beschikbaar gestelde prognosecijfers is er het gegeven dat met [betrokkene 8] (bedrijfsadviseur Rabobank) in 2000 is gesproken over de financiering ten behoeve van de *afbouw* van de bedrijfshal.<sup>69</sup> Hieruit volgt dat de bouw van de bedrijfshal in de afrondende fase was. Het moet in ieder geval voor Rabobank duidelijk zijn geweest dat voltooiing van de bedrijfshal geen vier jaar meer zou vergen.<sup>70</sup> In december 2000 heeft Ned-Trade ook een rekening bij Rabobank geopend waarbij het adres van de bedrijfshal is opgegeven.<sup>71</sup>
- 4.10 Dat de meldingsplicht van [verweerster] jegens Interpolis op grond van de polis onverkort bleef gelden, doet aan het voorgaande niet af. Het gaat in de onderhavige zaak immers niet om de verhouding tussen verzekeringnemer en verzekeraar, maar om aansprakelijkheid van Rabobank als assurantietussenpersoon in haar relatie tot [verweerster] als haar cliënte. In die verhouding is de vraag aan de orde of Rabobank zich op basis van art. 6:101 BW kan beroepen op een tekortschieten aan de zijde van [verweerster]. In dit verband heeft het hof geoordeeld dat het juist de hoofdtaak van Rabobank was om erop toe te zien dat van een ingebruikname van de bedrijfshal voor bedrijfsdoeleinden tijdige mededeling zou worden gedaan aan Interpolis. Zodra Rabobank bekend was of behoorde te zijn dat van een dergelijke ingebruikname sprake was, diende Rabobank erop toe te zien dat tijdig mededeling werd gedaan aan Interpolis (rov. 4.4 uit het tussenarrest van 14 juli 2015). Rabobank heeft haar uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen in deze verzaakt. In rov. 4.6 geeft het hof vervolgens verschillende omstandigheden weer (onder andere dat een bedrijfshal niet wordt gebouwd om leeg te blijven, de bekendheid van Rabobank met de omstandigheid dat [A] bedrijf zou houden in de bedrijfshal en het feit dat Rabobank geen bedrijfsbezoeken heeft gedaan). Op grond van deze omstandigheden beantwoordt het hof de vraag of Rabobank op de hoogte was of behoorde te zijn van de

ingebruikname, bevestigend.

4.11 In het licht van de omstandigheid dat Rabobank haar stellingen met betrekking tot de verplichting van [verweerster] om zelf melding te maken van de ingebruikname in relatie tot eigen schuld niet heeft onderbouwd en [verweerster] de stellingen van Rabobank in dit verband gemotiveerd heeft betwist, kan het oordeel van het hof, dat niet aan vermindering van de vergoedingsplicht wegens eigen schuld wordt toegekomen, een begrijpelijkheidstoets doorstaan. Het hof heeft schending van een contractuele verplichting van Rabobank aangenomen en daarmee aansprakelijkheid, maar heeft in de contractuele verhouding met [verweerster] geen reden gezien voor het aannemen van eigen schuld van de laatste. Het hof had dit oordeel wat mij betreft mede gelet op de summiere onderbouwing van de stellingen door Rabobank (en de betwisting daarvan door [verweerster] ) niet nader hoeven motiveren. Hiermee faalt ook onderdeel 1c.

4.12 Onderdeel 1d betreft een voortbouwende klacht. Nu de onderdelen 1a tot en met 1c geen van alle tot cassatie leiden, deelt deze klacht in het lot van de andere klachten. Onderdeel 1d faalt dan ook.

4.13 Het cassatieberoep van Rabobank dient daarom te worden verworpen.

## 5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

<sup>1</sup> De feiten zijn ontleend aan de onbestreden rov. 3.1 tot en met 3.13 van het tussenarrest van het hof van 14 juli 2015.

<sup>2</sup> Productie 21a bij dagvaarding in eerste aanleg.

<sup>3</sup> Productie 18 bij dagvaarding in eerste aanleg.

<sup>4</sup> Productie 10 bij dagvaarding in eerste aanleg. [betrokkene 2] was toezichthouder Wet milieubeheer bij de provincie Overijssel.

<sup>5</sup> Productie 12 bij dagvaarding in eerste aanleg.

<sup>6</sup> Productie 23 bij dagvaarding in eerste aanleg.

<sup>7</sup> Bijlage D bij productie 22 bij dagvaarding in eerste aanleg.

<sup>8</sup> De omschrijving van de vorderingen in eerste aanleg en het procesverloop in eerste aanleg is gebaseerd op rov. 4.1 van het in cassatie bestreden tussenarrest van het hof van 14 juli 2015.

<sup>9</sup> De rechtbank heeft daarbij verwezen naar HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel (*Erven Van Dam/Rabobank*).

<sup>10</sup> Zoals het hof in rov. 4.9 van het tussenarrest van 14 juli 2015 heeft overwogen, is grief VII in de memorie van grieven abusievelijk als grief VI genummerd.



- <sup>11</sup> Zie overigens I. van Velzen, 'De assurantietussenpersoon', in S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 97 e.v. waarin behalve een instructief overzicht van de verschillende typen assurantietussenpersonen ook een schets wordt gegeven van de niet-privaatrechtelijke regelgeving die betrekking heeft op de dienstverlening door de assurantietussenpersoon.
- <sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Deel 7-IX\*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 67 en de daargenoemde literatuur alsmede P.L. Wery en M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 14.
- <sup>13</sup> Zie in dit verband C.J. de Jong, 'De verzekeringstussenpersoon nader beschouwd', *NTHR* 2008/2, p. 46 en over de actuele situatie I. van Velzen, 'De assurantietussenpersoon', in S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 125.
- <sup>14</sup> Zie het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft waarvan art. 86c en 86d hier relevant zijn. Zie E.A.J. Nederlof-Wouters van den Oudenweijer, 'Provisie in de verzekeringsbranche', in S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 148 e.v. en overigens J.Ph. Broekhuizen, 'Provisie in de keten: Beloning en transparantie onder het regime van de IDD', *AV&S* 2018, p. 57 e.v.
- <sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld I. van Velzen, 'De assurantietussenpersoon', in S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 103.
- <sup>16</sup> Deze term vindt men onder meer terug bij R. van den Berg, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', *VRA* 2011/55, par. 6, M. Pluymen, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij dekkingsclausules', *TAV* 2017/3 en C.J. de Jong, *Zorgplicht bij assurantiebemiddeling*, Deventer: Kluwer 2008, p. 31-33.
- <sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld R. van den Berg, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', *VRA* 2011/55, par. 4 evenals M. Pluymen, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij dekkingsclausules', *TAV* 2017/3 onder het kopje "Omvang informatieverplichting" die onder meer verwijst naar hof Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3108 (*X./Fora Bemiddeling*) en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 15 juni 2016, 2016-270.
- <sup>18</sup> HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel (*Erven Van Dam/Rabobank*), HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (*[...] /Octant BV*) en HR 29 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2837, *NJ* 1999/651 m.nt. P. Clausing (*[...] / [...]*). Zie voor een recent overzicht van rechtspraak ook F. van der Woude, E.M. van Orsouw en J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017/6, p. 32 e.v. en verder M. Pluymen, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij dekkingsclausules', *TAV* 2017/3 onder het kopje "Beoordelingskader".
- <sup>19</sup> Zie in dit verband ook F. van der Woude, E.M. van Orsouw en J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017/6, p. 32.
- <sup>20</sup> Zie reeds Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 93. Dat is in die zin minder gelukkig dat met de term zorgplicht in doctrine en rechtspraak in de regel geen normale contractuele of buiten-contractuele zorgvuldigheid wordt aangeduid, maar veeleer een bijzondere verantwoordelijkheid van de een jegens een ander die verder gaat dan waartoe de geadresseerde volgens de normale contractuele of buiten-contractuele zorgvuldigheid gehouden zou zijn. Zie T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?', *NJB* 2017/965, p. 1241.
- <sup>21</sup> Zie in dit verband in het bijzonder Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 95 en 96.
- <sup>22</sup> Ook I. van Velzen, 'De assurantietussenpersoon', in S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 124-125 benadrukt de mogelijkheid en het belang van het maken van nadere afspraken,

maar situeert deze vervolgens nog steeds in het kader van de zorgplicht. In zijn visie wordt zo invulling gegeven aan de zorgplicht en leidt schending van een dergelijke concrete afspraak dan ook tot aansprakelijkheid wegens schending van de zorgplicht. Deze visie verschilt dus van die in randnummer 3.4 van deze conclusie, maar leidt niet tot andere uitkomsten wat betreft (omvang van) eventuele aansprakelijkheid.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, *NJ* 1997/718 m.nt. M.M. Mendel (*Korea Holland Trading/Generale Bank Nederland*), rov. 3.6 en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:336, *NJ* 2016/381 m.nt. M.M. Mendel en *JA* 2016/90 m.nt. M. Oudenaarden (*X./Aegon en Kin Financieel Adviesbureau*), rov. 3.5.2.

<sup>24</sup> Zie in dit verband het overzicht van F. van der Woude, E.M. van Orsouw en J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017/6, p. 34 e.v., C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent*, diss., Zutphen: Paris 2011, p. 72 e.v. en verder onder meer de conclusie van A-G Hammerstein voor HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6693, *NJ* 2012/247 (*Rabobank/ [...] BV*), randnummer 2.2, de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7062, *RvdW* 2011/1052 (*X./Aon Nederland CV*) (art. 81 RO), randnummer 2.2, de conclusie van A-G Mok voor HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel (*Erven Van Dam/Rabobank*), randnummer 3.2.4, de conclusie van A-G Wuisman voor HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9225, *NJ* 2006/657 (*[...] /A. BV*), randnummer 20.1 en de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (*[...] /Octant BV*), randnummer 9.

<sup>25</sup> F. van der Woude, E.M. van Orsouw en J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017/6, p. 37 e.v. spreken in dit verband van specifieke zorgplichten die uiteraard te herleiden zijn tot de algemene zorgplicht.

<sup>26</sup> HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel en HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel. Beide arresten zijn dan ook centraal gesteld door het hof in rov. 4.3 van zijn in cassatie bestreden tussenarrest van 14 juli 2015.

<sup>27</sup> HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586 m.nt. M.M. Mendel.

<sup>28</sup> Zo bijvoorbeeld W.J. Hengeveld en B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in P.J.M. Drion e.a. (red.), *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 111.

<sup>29</sup> HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (*[...] /Octant BV*).

<sup>30</sup> Zie in dit verband R. van den Berg, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', *VRA* 2011/55, par. 6.2 en W.J. Hengeveld en B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in P.J.M. Drion e.a. (red.), *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 116.

<sup>31</sup> HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (*[...] /Octant BV*).

<sup>32</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld ook F. van der Woude, E.M. van Orsouw en J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017/6, p. 43.

<sup>33</sup> Zie in dit verband onder meer W.J. Hengeveld en B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in P.J.M. Drion e.a., *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 107 e.v. en R. van den Berg, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', *VRA* 2011/55, par. 7. Zie ook de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7062, *RvdW* 2011/1052 (*X./Aon Nederland CV*) (art. 81 RO), randnummer 2.2.

<sup>34</sup> I. van Velzen, 'De assurantietussenpersoon', in S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 124. In het vervolg relativeert Van Velzen deze stelling overigens wel duidelijk en legt hij de nadruk op een belangrijk punt: het afspraken maken over de van de assurantietussenpersoon te verrichten werkzaamheden en/of zorg. Dat biedt in het kader van begrenzing en/of beperking van aansprakelijkheid wel degelijk soelaas.

<sup>35</sup> W.J. Hengeveld en B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in P.J.M. Drion e.a., *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 116 naar aanleiding

van HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375 m.nt. M.M. Mendel ([...]/*Octant BV*).

<sup>36</sup> M. Pluymen, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij dekkingsclausules', *TAV* 2017/3 onder het kopje "Begrenzing informatie- en waarschuwingplicht".

<sup>37</sup> In deze zin bijvoorbeeld hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9473 (*Werkplan Uitzendbureau BV/Uiterwijk Winkel Verzekeringen BV*).

<sup>38</sup> Zie in dit verband R. van den Berg, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', *VRA* 2011/55 par. 7 met verwijzing naar HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9225, *NJ* 2006/657 ([...]/*A. BV*).

<sup>39</sup> M. Pluymen, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij dekkingsclausules', *TAV* 2017/3 onder het kopje "Praktische richtsnoeren".

<sup>40</sup> Vgl. Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 100.

<sup>41</sup> Zie onder meer *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 351, J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. BW B36, Deventer: Kluwer 1992, nr. 3 en H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss., Deventer: Kluwer 1999, p. 178.

<sup>42</sup> Zie onder meer A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 30-32, Zie ook Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 115-116 en *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 226 en 228 (T. Hartlief).

<sup>43</sup> Zie bijvoorbeeld A.R. Bloembergen, 'Boekbeschuwing naar aanleiding van A.J.O. Baron van Wassenaer van Catwijck, 'Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW', Zwolle: Tjeenk Willink 1985', *RM Themis* 1987, p. 249-252, P-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 2 februari 1962, ECLI:NL:HR:1962:94, *NJ* 1964/329 m.nt. J.H. Beekhuis (*Ove Skou*), Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 123, H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss., Deventer: Kluwer 1999, p. 171 e.v., J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. BW B36, Deventer: Kluwer 1992, nr. 1, A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, diss., Deventer: Kluwer 2003, p. 148 e.v. en C.E.C. Jansen, 'Toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht', in W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 31 e.v.

<sup>44</sup> Zie C.E.C. Jansen, 'Toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht', in W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 56, A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, diss., Deventer: Kluwer 2003, p. 148 e.v. en H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss., Deventer: Kluwer 1999, p. 171 e.v.

<sup>45</sup> In zijn conclusie voor HR 2 februari 1962, ECLI:NL:HR:1962:94, *NJ* 1964/329 m.nt. J.H. Beekhuis (*Ove Skou*) schrijft P-G Langemeijer dat: "(...) dit terrein wetenschappelijk nog zo weinig is ontgonnen en bovendien zo uiteenlopende situaties omvat, dat men niet licht de gerustheid zal mogen hebben, dat een theorie, die in haar algemeenheid overtuigend schijnt, voor een concreet geval een juiste opvatting zal aan de hand doen.". Volgens H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss., Deventer: Kluwer 1999, p. 171 is er (kennelijk op het moment dat hij dat schrijft) nog steeds geen overvloedige rechtspraak over eigen schuld en ook literatuur over dat thema noemt hij schaars. Anno 2018 is de situatie niet wezenlijk veranderd, zij het dat er wel specifieke rechtspraak is met betrekking tot eigen schuld in het kader van art. 7:658 BW. Zie onder meer HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5504, *NJ* 1987/948 m.nt. P.A. Stein (*Beijzeldel loopkat*) en HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, *NJ* 1997/198 m.nt. P.A. Stein (*Pollemans/Hoondert*). Bovendien is in de rechtspraak van Uw Raad ook een bijzonder regime ontwikkeld met betrekking tot het eigen schuldverweer in het kader van optiehandel en effectenlease. Ik volsta hier met verwijzing naar HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, *NJ* 1998/192 m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*), rov. 3.3 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2012/184, *Ars Aequi* 2010, p. 188 e.v. m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh en *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse (*De Treek/Dexia*), rov. 4.16.2. In zaken als deze zijn werkgever en financiële instelling belast met wat een 'anticipatieplicht' (rekening houden met en daarom zorg afstemmen op bepaald

onvoorzichtig of anderszins minder verstandig gedrag van een ander) kan worden genoemd. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook J.M. Barendrecht, 'Inleiding', in W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 8-9.

<sup>46</sup> HR 2 februari 1962, ECLI:NL:HR:1962:94, *NJ* 1964/329 m.nt. J.H. Beekhuis (*Ove Skou*).

<sup>47</sup> P-G Langemeijer voor HR 2 februari 1962, ECLI:NL:HR:1962:94, *NJ* 1964/329 m.nt. J.H. Beekhuis (*Ove Skou*).

<sup>48</sup> Vgl. C.E.C. Jansen, 'Toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht', in W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 48.

<sup>49</sup> C.E.C. Jansen, 'Toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht', in W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 56.

<sup>50</sup> Zie voor een overzicht van rechtspraak ook F. van der Woude, E.M. van Orsouw en J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017/6, p. 32 e.v. Zie overigens ook de rechtspraakbundel van K. Engel en J. Roos, *De zorgplicht van de assurantietussenpersoon*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, waaruit ook het beeld naar voren komt dat de omstandigheden van het geval sterk bepalend zijn.

<sup>51</sup> Hof Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3108 (*X./Fora Bemiddeling*) (50% eigen schuld) en hof Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8267, *JA* 2010/145 (*Rabobank Alkmaar e.o./X.*) (33 1/3% eigen schuld). Zie ook Geschillencommissie KiFid 15 juni 2016, nr. 2016-270 en hof Arnhem 3 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ6180 (*X./Vlasblom Visser Assurantiën BV*). In de zaak waar het arrest van het hof Amsterdam op ziet, heeft het hof daarbij overigens overwogen dat controle door de verzekerde voor de hand lag, omdat de dekking was verleend na een telefoongesprek (rov. 2.12). Zie voor een vergelijkbare zaak (20% eigen schuld) ook nog Rb. Midden-Nederland 23 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1364.

<sup>52</sup> Rb. Haarlem 20 december 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:BA2935, *JA* 2007/84 (*X./Boogaard Assurantiën BV*).

<sup>53</sup> J.G.C. Kamphuisen, *De opdracht aan de assurantietussenpersoon*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 39-40. Zie ook R. van den Berg, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', *VRA* 2011/55, par. 5.

<sup>54</sup> Rb. Dordrecht 28 april 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM3579 (*Prisma Holding/Drechtstad Adviesgroep*),

<sup>55</sup> Rb. Zwolle-Lelystad 18 februari 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI9796.

<sup>56</sup> Hof 's-Hertogenbosch 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3896, *JA* 2011/53.

<sup>57</sup> Rb. Rotterdam 24 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10673, *JA* 2015/38 m.nt. P.H. Kramer (*Aurora Investments/Aon Nederland CV*). Zie voor het vervolg rb. Rotterdam 14 september, ECLI:NL:RBROT:2016:8026 waarin de rechtbank heeft vastgehouden aan haar beslissing omtrent het eigen schuld-percentage.

<sup>58</sup> Hof Amsterdam 9 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY4991 (*Avéwé Groep/Racinginfo.com BV*).

<sup>59</sup> In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gevallen als de onderhavige waarin betoogd zou kunnen worden dat aanvankelijk voor de verzekeringnemer de consequenties van de leegstandclausule en zijn verantwoordelijkheid in dat verband voorop stonden, maar met het verstrijken van de tijd juist de verantwoordelijkheid van de tussenpersoon om dit 'losse eindje' niet uit het oog te verliezen en daarop dus juist scherp te blijven (en actief naar te blijven informeren) naar de voorgrond gaan treden.

<sup>60</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10201 (*Rabobank/Sauna Peize BV*) waarin de assurantietussenpersoon met recht wordt verweten dat zij niet heeft gezorgd voor een voldoende verzekerde som. In het kader van het beroep op art. 6:101 BW (Sauna Peize had zelf met bepaalde informatie moeten komen) neemt het hof vervolgens op basis van de billijkheidscorrectie uiteindelijk geen eigen schuld aan (Rabobank had naar informatie moeten vragen wanneer Sauna Peize deze niet eigener beweging zou verstrekken). Zie voor andere gevallen waarin het beroep op eigen schuld strandt (mede) vanwege de gedachte dat

de verzekerde nu juist mocht rekenen op zorg van de assurantietussenpersoon Rb. Rotterdam 2 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2070 (*Beachcenter Oostvoorne/Rabobank*) en Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2838 (*Wasserij De Blinde BV/Wind Financieel Advies BV*).

<sup>61</sup> Conclusie van antwoord, randnummer 43, conclusie van dupliek, randnummer 38 en memorie van grieven, randnummers 9, 10, 17 en 54 tot en met 56.

<sup>62</sup> Conclusie van antwoord, randnummer 21.

<sup>63</sup> Conclusie van antwoord, randnummer 51.

<sup>64</sup> Dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 16.

<sup>65</sup> Dagvaarding in eerste aanleg, randnummers 39 e.v.

<sup>66</sup> In de conclusie van repliek (randnummer 3.15) wordt verwezen naar rov. 7. van het kort gedingvonnis d.d. 20 juli 2005 (dat als productie 1 bij de dagvaarding in eerste aanleg is overgelegd). In voornoemd rov. 7. staat het volgende vermeld: "De voorzieningenrechter gaat voorbij aan de stelling van de Rabobank dat zij sinds december 2002 niet langer als assurantietussenpersoon voor [verweerster] fungeert, omdat – indien juist – de schending van de zorgplicht hierdoor niet minder verwijtbaar wordt. Bovendien betwist [verweerster] deze stelling. Zij stelt dat zij haar verzekeringen in december 2002 heeft ondergebracht bij de SNS Bank met uitzondering van de opstalverzekering bij Interpolis. Dit omdat deze verzekering toen nog niet kon worden opgezegd. Deze verzekering bleef via de Rabobank lopen. De voorzieningenrechter gaat ook voorbij aan de stelling van de Rabobank dat Van der Reijd Assurantiën B.V. in 2003 met [verweerster] over de leegstandclausule heeft gesproken. Het gesprek waar de Rabobank op doelt, heeft op 15 november 2004 en dus na de brand plaatsgehad."

<sup>67</sup> Dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 22.

<sup>68</sup> Dagvaarding in eerste aanleg, randnummers 108 e.v. en memorie van antwoord, randnummers 3.10 e.v.

<sup>69</sup> Productie 16 bij dagvaarding in eerste aanleg.

<sup>70</sup> Dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 109 (zie specifiek onder (v)).

<sup>71</sup> Dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 109 (zie specifiek onder (vii)).

---