

ECLI:NL:GHSHE:2019:3099

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	20-08-2019
Datum publicatie	21-08-2019
Zaaknummer	200.229.010_01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBZWB:2017:8746, Overig
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	zorgplicht assurantietussenpersoon, verzekeraar risico?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer gerechtshof 200.229.010
(zaaknummer rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Middelburg 306840)

arrest van 20 augustus 2019

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Uienhandel [uienhandel] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

appellante,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: [appellante] ,

advocaat: mr. J.J. Blaak-Looij,

tegen:

de coöperatie

Coöperatieve Rabobank u.a., als rechtsopvolgster van de coöperatieve Rabobank [rabobank] u.a.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: Rabobank,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 24 februari 2016 (comparitievonnissen) en 21 juni 2017 (eindvonnis) die de rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Middelburg heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 19 september 2017,
- de memorie van grieven (met producties),
- de memorie van antwoord.

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2.3 [appellante] vordert in het hoger beroep vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog toewijzing van de vorderingen in eerste aanleg door:

1. geïntimideerde – te veroordelen om binnen veertien dagen na dagtekening, althans betekening, van het in dezen te wijzen arrest tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te voldoen een bedrag van € 582.160,-- te verhogen met de wettelijke rente vanaf (datum eerste afwijzing) 19 mei 2011, althans 21 juni 2012 (datum sommatie advocaat), althans datum dagvaarding in eerste aanleg, althans dagtekening van het gewezen eindvonnis, althans dagtekening van het in dezen te wijzen arrest;
2. geïntimideerde te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten, vastgesteld op € 3.500,-- ex BTW althans een in goede justitie door uw Hof te bepalen bedrag, geïntimideerde te veroordelen de kosten van het voorlopig getuigenverhoor aan [appellante] te betalen, geïntimideerde te veroordelen de advocaatkosten van de procedure tegen Interpolis ad € 10.228,72 (exclusief BTW) en griffierechten ad € 3.715,-- alsmede de aan Interpolis betaalde proceskostenvergoeding ad € 8.875,-- aan [appellante] te betalen,
3. geïntimideerde te veroordelen in de kosten van dit hoger beroep alsmede in kosten van de procedure in eerste aanleg, waaronder begrepen de nakosten. Een en ander met verhoging van de wettelijke rente indien en voor zover geïntimideerde in gebreke blijft om binnen veertien dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen arrest hieraan te voldoen.

3 De vaststaande feiten

- 3.1. Tegen de door de rechtbank vastgestelde feiten zijn geen grieven gericht of bezwaren geuit, zodat ook het hof daarvan uitgaat. Het gaat daarbij om de volgende feiten.
- 3.2. [appellante] is een handelsbedrijf dat zich bezighoudt met de in- en verkoop van uien. (Indirect) bestuurder en aandeelhouder van [appellante] is de heer [(indirect) bestuurder en aandeelhouder] .
- 3.3. [de vennootschap 1] (hierna: [de vennootschap 1]) hield zich bezig met het sorteren en verpakken van uien en dreef haar onderneming vanuit een of meerdere bedrijfsgebouwen die eigendom waren van [de vennootschap 1] of een aan haar gelieerde (rechts)persoon (hierna wordt gesproken van 'het bedrijfsgebouw'). Het bedrijfsgebouw bevond zich op een bedrijfsterrein aan de [adres] te [plaats] . Het bedrijfsterrein is gelegen in het buitengebied aan een spoorwegtracé nabij een spoorwegovergang en was deels eigendom van NS. Directeur van [de vennootschap 1] was de heer [directeur] (hierna: [directeur]).
- 3.4. In 2005 is een deelneming van [appellante] ([de vennootschap 2] , hierna: [de vennootschap 2]) gaan samenwerken met [de vennootschap 1] . Volgens een als productie 18 overgelegde verklaring van [directeur] bestond die samenwerking hierin dat [de vennootschap 2] uien ter sortering leverde aan [de vennootschap 1] die vervolgens door laatstgenoemde aan derden werden verkocht. De derden kregen vervolgens een factuur van [de vennootschap 2] .
- 3.5. Eind 2006 heeft [appellante] de bedrijfsinventaris van [de vennootschap 1] gekocht, waaronder een uien sorteermachine. Na de koop is die inventaris in het bedrijfsgebouw gebleven en door [de vennootschap 1] gehuurd van [appellante] .
- 3.6. Begin 2007 heeft [appellante] door bemiddeling van de Rabobank een verzekeringsovereenkomst (Bedrijven Compact Polis, hierna: BCP) gesloten met Interpolis, op grond waarvan onder meer de door haar van [de vennootschap 1] gekochte inventaris is verzekerd tegen het risico van, volgens het polisblad, diefstal en inbraak. De verzekeringsovereenkomst biedt daarnaast dekking tegen extra kosten door bedrijfsstagnatie als gevolg van een verzekerd evenement. In de op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke polisvoorwaarden is in paragraaf 3 ('Inbraak, diefstal, vandalisme') vermeld dat de inventaris verzekerd is tegen schade die veroorzaakt is door "diefstal na braak aan de buitenzijde van het pand waarin de verzekerde zaken zich bevinden". Inbraak en braak worden in de toepasselijke polisvoorwaarden gedefinieerd als 'het zich wederrechtelijk toegang verschaffen door afsluitingen zo te verbreken dat er zichtbare beschadiging achterblijft'. Onder 'extra kosten' van bedrijfsstagnatie wordt in de polisvoorwaarden verstaan de kosten die door de verzekerde gemaakt moeten worden om de normale uitoefening van zijn bedrijf te kunnen hervatten of voortzetten.
- 3.7. In juli 2007 heeft [appellante] een tweede hypotheekrecht op het bedrijfsgebouw verkregen. De Rabobank had een eerste hypotheekrecht op het bedrijfsgebouw gevestigd.
- 3.8. Hierna zijn geschillen ontstaan tussen de heer [(indirect) bestuurder en aandeelhouder] en [directeur] , onder meer over de koop van de bedrijfsinventaris. Er zijn diverse gerechtelijke procedures tussen hen, althans hun vennootschappen, gevoerd.
- 3.9. Op 21 april 2010 is [de vennootschap 1] failliet verklaard. Kort voor het faillissement is de uien sorteermachine uit de loods van [de vennootschap 1] verdwenen. De machine is later bij een ander bedrijf teruggevonden. Op 12 mei 2010 heeft de curator in het faillissement van [de vennootschap 1] aangifte van verduistering van de uien sorteermachine gedaan. Naar aanleiding hiervan heeft de politie een onderzoek ingesteld, in het kader waarvan [directeur] als een van de verdachten is aangemerkt.

- 3.10. Op 8 oktober 2010 heeft [appellante] het bedrijfsgebouw via een openbare veiling gekocht.
- 3.11. Een schade-expert van Interpolis heeft (onder voorbehoud van dekking) een schadeoverzicht opgesteld ter zake van door [appellante] als gevolg van diefstal geleden schade. Volgens dit overzicht bedraagt de schade in totaal € 582.160,00, bestaande uit de volgende schadeposten:
- schade aan het bedrijfspand € 3.295,00;
 - onvreemde inventaris € 196.550,00;
 - onvreemde inventaris fusten € 7.315,00;
 - bedrijfsschade € 375.000,00.
- Volgens het overzicht zijn de fusten onvreemd in de periode 2007/2008. De overige inventaris is volgens het overzicht onvreemd in de periodes 16-18 april 2010 en juli-augustus 2010, met uitzondering van een vloerweegschaal en een aanhangwagen die in oktober 2010 zijn verdwenen.
- 3.12. [appellante] heeft jegens Interpolis aanspraak gemaakt op vergoeding van de in het rapport van de schade-expert van Interpolis genoemde schade. Bij brief van 19 mei 2011 heeft Interpolis [appellante] laten weten dat zij de schade niet zal vergoeden, onder meer omdat schade wegens verduistering niet gedekt is en niet is aangetoond dat de sporen van braak of vernielingen die aan het gebouw zijn aangetroffen in verband staan met de geclaimde schade.
- 3.13. [appellante] heeft Interpolis in rechte betrokken en gevorderd Interpolis te veroordelen tot betaling van de voornoemde schade ten bedrage van € 582.160,00, vermeerderd met rente en kosten. Bij vonnis van 4 september 2013 heeft de rechtbank Gelderland de vordering afgewezen – kort gezegd – omdat geen sprake is geweest van een door de polis gedekt evenement, bestaande in diefstal met sporen van braak aan de buitenzijde van het pand waar de verzekerde zaken zich bevonden. Het vonnis heeft kracht van gewijsde gekregen.
- 3.14. Bij brief van 21 januari 2014 heeft [appellante] de Rabobank in haar hoedanigheid van assurantietussenpersoon (nogmaals) aansprakelijk gesteld voor de voornoemde schade.
- 3.15. Bij beschikking van 18 september 2014 heeft de rechtbank op verzoek van [appellante] een voorlopig getuigenverhoor gelast. Op 3 november 2014 heeft het getuigenverhoor plaatsgevonden.

4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

- 4.1. [appellante] heeft in eerste aanleg gevorderd:
1. Rabobank te veroordelen om binnen veertien dagen na dagtekening, althans betekening, van het vonnis tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [appellante] te voldoen een bedrag van € 582.160,— te verhogen met de wettelijke rente vanaf (datum eerste afwijzing) 19 mei 2011, althans 21 juni 2012 (datum sommatie advocaat), althans datum dagvaarding, althans dagtekening van het vonnis;
 2. Rabobank te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten, vastgesteld op € 3.500,- ex BTW althans een in goede justitie door de rechtbank te bepalen bedrag, Rabobank te veroordelen de kosten van het voorlopig getuigenverhoor aan [appellante] te betalen, Rabobank te veroordelen de advocaatkosten van de procedure tegen Interpolis ad € 10.228,72 (exclusief BTW) en griffierechten ad € 3.715,- alsmede de aan Interpolis betaalde proceskostenvergoeding ad € 8.875,- aan [appellante] te betalen, Rabobank te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen het gebruikelijk nasalaris, een en ander te verhogen met de wettelijke rente indien en voor zover Interpolis in gebreke blijft om binnen

veertien dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis hieraan te voldoen.

- 4.2. De rechtbank heeft bij het vonnis van 21 juni 2017 de vorderingen van [appellante] afgewezen. Daartoe is overwogen, zakelijk weergegeven, dat [appellante] onvoldoende heeft gesteld ter beantwoording van de vraag of de Rabobank tijdig, dat wil zeggen voordat de schade is ingetreden, bekend was met het risico dat [directeur] als huurder van de bedrijfsinventaris en gebruiker van de loods waarin deze zich bevond, deze inventaris zou wegnemen (verduisteren), dan wel dat er daarvoor zodanige aanwijzingen waren, dat de Rabobank [appellante] erop had moeten wijzen dat de bij Interpolis afgesloten verzekering geen dekking bood tegen dit risico. Dat betekent volgens de rechtbank dat de bank niet is tekort geschoten is in haar zorgplicht als assurantietussenpersoon.

5 De motivering van de beslissing in hoger beroep

- 5.1. Het gaat in deze zaak naar de kern genomen om de vraag of de Rabobank, in haar hoedanigheid van assurantietussenpersoon, jegens [appellante] is tekort geschoten in de op haar rustende zorgplicht. De rechtbank heeft die vraag ontkennend beantwoord en de grieven van [appellante] bestrijden dat oordeel. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking.
- 5.2. Het hof stelt bij de beoordeling voorop dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (naar welke jurisprudentie beide partijen ook verwijzen) een assurantietussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever de zorg dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Tot zijn taak — het waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen — behoort in beginsel ook dat hij 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.
- 5.3. Toen [appellante] begin 2007 door bemiddeling van de Rabobank de BCP bij Interpolis afsloot, is onder meer de door haar van [de vennootschap 1] gekochte inventaris verzekerd tegen onder meer het risico van diefstal en braak. Deze inventaris was op dat moment door [appellante] verhuurd aan [de vennootschap 1]. Daarmee had [appellante] niet het feitelijke bezit van deze inventaris. Rabobank was ermee bekend dat de inventaris door [appellante] werd verhuurd (vgl. sub 16 CvD). De verhuur van de inventaris door [appellante] herbergt het risico van verduistering van die inventaris door de huurder daarvan. Omdat verduistering niet was gedekt onder de BCP is daarmee sprake van een voor de dekking relevant feit waarvan de Rabobank als assurantietussenpersoon, die immers dient te waken voor de belangen van [appellante] bij de tot de portefeuille van Rabobank behorende BCP, verzekeringnemer [appellante] opmerkzaam had behoren te maken. Dat Rabobank dat (tijdig) heeft gedaan is niet gesteld en is ook niet gebleken. Dat betekent dat Rabobank jegens [appellante] de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden. Rabobank is daarom in beginsel gehouden de hiervoor door [appellante] geleden schade te vergoeden. Daarbij zet het hof het volgende voorop. Ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade gelden weliswaar de gewone bewijsregels, maar daarbij is de rechter ingevolge artikel 6:97 BW bevoegd de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is of de schade te schatten, indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. (Hoge Raad 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483).
- Het past daarom om [appellante] als benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis - het nalaten [appellante] opmerkzaam te maken dat de BCP verduistering niet dekt - was uitgebleven. Dit brengt mee dat de omvang van de schade dient te worden bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest, indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden (vgl: Hoge Raad 11 januari

5.4. [appellante] betoogt dat, in de hypothetische situatie dat hij door Rabobank zou zijn gewaarschuwd een verzekering die dekt tegen het risico van verduistering, al dan niet elders, zou hebben afgesloten. Ter onderbouwing van zijn stelling heeft [appellante] als productie 17 informatie van verzekeraar [verzekeraar] in het geding gebracht. Daarin staat, voor zover relevant, het volgende vermeld:

"De fraudeverzekering van [verzekeraar] biedt een zeer uitgebreide dekking voor uiteenlopende vormen van fraude gepleegd door een werknemer of door derden. De vermogensschade kan bijvoorbeeld voortvloeien uit frauduleuze administratieve handelingen, uit het wegnemen van fysiek geld of het verduisteren van goederen.(...)"

Rabobank betwist dat het risico van verduistering door de verzekerde zelf of met hem gelieerde (rechts)een verzekeraar risico is; zij betoogt dit te hebben onderzocht via contacten met verzekeringspecialisten en verzekeraars (CvD sub 62).

5.5. Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] met de informatie van [verzekeraar] voorshands, behoudens tegenbewijs door Rabobank, aannemelijk gemaakt dat het risico van verduistering van roerende zaken te verzekeren is. Rabobank zal in de gelegenheid worden gesteld dit tegenbewijs te leveren. Het hof zal de zaak daartoe naar de rol verwijzen.

5.6. Als Rabobank niet slaagt in dit tegenbewijs, moet als vaststaand worden aangenomen dat het risico van verduistering een verzekeraar risico was. [appellante] heeft gesteld dat als hij door Rabobank zou zijn gewaarschuwd en zou zijn geadviseerd om het risico van verduistering te verzekeren, hij dat zou hebben gedaan, hetgeen door Rabobank niet gemotiveerd is weersproken zodat het hof daarvan uitgaat. Dat betekent dat in dat geval het uitgangspunt geldt dat [appellante] het risico op verduistering van de inventaris zou hebben verzekerd.

5.7. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of er zich een verzekerd risico heeft voorgedaan waarvoor deze verzekering dekking zou hebben geboden voor de onderhavige schade, te weten in het geval dat inderdaad sprake is geweest van verduistering door [directeur] , en zo ja, welk bedrag de verzekering in dit geval zou hebben uitgekeerd. Afhankelijk van de uitkomst van de tegenbewijslevering door Rabobank zal [appellante] in de gelegenheid worden gesteld hierop bij akte nader in te gaan.

5.8. Als Rabobank wél slaagt in het tegenbewijs, dan zal als vaststaand worden aangenomen dat het risico van verduistering niet verzekeraar is en moet de vordering van [appellante] daarop afstuiten. De beroepsfout van Rabobank heeft in dat geval niet tot enige schade voor [appellante] geleid.

Het (subsidiare) standpunt van [appellante] in dat geval is dat hij, als hij erop zou zijn geweest dat het risico van verduistering niet verzekeraar is, dan geen huurovereenkomst zou zijn aangegaan met [directeur] of deze meteen zou hebben opgezegd (sub 32 conclusie van repliek). Aan deze, kale, ook in hoger beroep niet van enige onderbouwing voorziene, en door Rabobank voldoende gemotiveerd betwiste, stelling van [appellante] gaat het hof evenwel voorbij. Bovendien is niet komen vast te staan dat de inventaris is verduisterd door [directeur] . Daarmee is het causaal verband tussen het aangaan of laten voortduren van de huurovereenkomst met [directeur] en de verduistering niet komen vast te staan. De conclusie die hieruit volgt is dat niet is komen vast te staan dat als [appellante] door Rabobank was gewezen op het niet verzekerbare risico op verduistering en hij de huurovereenkomst met [directeur] niet was aangegaan of niet had laten voortduren, de verduistering niet had plaatsgevonden. Daarmee is niet komen vast te staan dat [appellante] in dat geval geen schade zou hebben geleden. De vordering van [appellante] zal, als Rabobank slaagt in het leveren van tegenbewijs, dan ook worden afgewezen.

5.9. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

laat Rabobank toe tegenbewijs te leveren tegen de voorshands aannemelijk geachte stelling dat het risico van verduistering van roerende zaken te verzekeren is;

bepaalt dat, indien Rabobank uitsluitend bewijs door bewijsstukken wenst te leveren, zij die stukken op de roldatum 17 september 2019 in het geding dient/dienen brengen,

bepaalt dat, indien Rabobank dat bewijs (ook) door middel van getuigen wenst te leveren, het verhoor van deze getuigen zal geschieden ten overstaan van het hierbij tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof mr. R.A. van der Pol, die daartoe zitting zal houden in het paleis van justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch en wel op een nader door deze vast te stellen dag en tijdstip;

bepaalt dat partijen (beiden vertegenwoordigd door iemand die van de zaak op de hoogte en tot het beantwoorden van vragen in staat is) bij het getuigenverhoor aanwezig dienen te zijn opdat hen naar aanleiding van de getuigenverklaringen vragen kunnen worden gesteld;

bepaalt dat Rabobank het aantal voor te brengen getuigen alsmede de verhinderdagen van beide partijen, van hun advocaten en van de getuigen zal/zullen opgeven op de roldatum 3 september 2019, waarna dag en uur van het verhoor (ook indien voormelde opgave van een of meer van partijen ontbreekt) door de raadsheer-commissaris zullen worden vastgesteld;

bepaalt dat Rabobank overeenkomstig artikel 170 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de namen en woonplaatsen van de getuigen tenminste een week voor het verhoor aan de wederpartij en de griffier van het hof dient op te geven;

houdt verder iedere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.A. van der Pol, E.J. van Sandick en Ph.A.J. Raaijmakers, is ondertekend door de rolraadsheer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 20 augustus 2019.

griffier rolraadsheer

