

22. Aansprakelijkheid van de opvolgende verzekeringstussenpersoon

MR. DR. C.J. DE JONG

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan de dubbele betekenis van het begrip portefeuille en ga ik in op de verschillende wijzen van overdracht respectievelijk overgang van een portefeuille. Aan de hand van de jurisprudentie laat ik vervolgens zien welke verzekeringstussenpersoon aansprakelijk wordt gehouden voor tekortkomingen die kleven aan verzekeringen die tot de portefeuille van een opvolgende verzekeringstussenpersoon zijn gaan behoren.

Een verzekeringstussenpersoon moet, naar thans algemeen wordt aangenomen, worden beschouwd als opdrachtnemer van zijn klant. Derhalve moet hij ingevolge artikel 7:401 BW bij de uitvoering van zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. In de rechtspraak wordt voor de invulling van het ‘goed opdrachtnemer’-criterium doorgaans aansluiting gezocht bij een op 10 januari 2003 gewezen arrest. De Hoge Raad overwoog daarin:

“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.”¹

Dubbele betekenis portefeuille

Welke verzekeringen in de relatie tot de betrokken verzekeraar tot de portefeuille² van een verzekeringstussen-

persoon behoren is te vinden in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Daarbij gaat het ingevolge artikel 4:102 Wft enerzijds om de verzekeringen die door bemiddeling van een verzekeringstussenpersoon tot stand zijn gekomen en anderzijds om verzekeringen die naar diens portefeuille zijn overgeboekt.³ In beide gevallen behoren deze verzekeringen tot diens portefeuille zolang zij daaruit niet zijn overgeboekt. Dit is voor het eerst medio vorige eeuw vastgelegd in de Wet Assurantiebemiddeling.

Een reeks ontwikkelingen noodzaakt, zoals ik eerder heb betoogd⁴, tot een andere invulling van het begrip portefeuille. Het thans gebruikelijke ‘opknippen’ van het oorspronkelijk uit adviseren, bemiddelen en het plegen van nazorg bestaande bedieningsconcept van verzekeringstussenpersonen geeft aanleiding om de daaruit voortvloeiende privaatrechtelijke, op de overeenkomst van opdracht gebaseerde, rechtsverhouding tussen verzekeringstussenpersonen en hun opdrachtgevers daarin mee te nemen. Onder een portefeuille moet daarom ook worden verstaan ‘het geheel van relaties van een verzekeringstussenpersoon, die hij adviseert en/of voor wie hij bemiddelt en/of nazorg pleegt op grond van een met hen gesloten overeenkomst

1 Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, r.o. 3.4.1, *NJ* 2003/375, m.nt. M.M. Mendel; *JOR* 2003/76, m.nt. R. Feunekes (*Brals/Octant*).

2 Voor recente literatuur hierover, zie: Asser/Wansink/Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/78; G.H.G.M. van Berkel, ‘Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht’, *Tvl* 2011/29; M.H.P. Claassen & M.R. Laxtermann, ‘Het portefeuillerecht: much ado about nothing’, *FR* 2013/10, p. 334-341; C.J. de Jong, *De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke positie van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent, hun rol in het financiële dienstverleningsproces en de voor hen geldende gedragsnormen* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 85-105; M. Jongkind, ‘De aansprakelijkheid van de assurantietussenpersoon na een portefeuilleoverdracht’, *AV&S* 2013/23; B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond & K.B. van Dijk, ‘Verpanding portefeuille’, *ORP* 2013/2, p. 35-44; F.J.L. Kaptein, ‘Het

portefeullerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon’, *Tvl* 2011/22.

3 Dit overboeken vormt de rechtsgrond voor het ontstaan van een rechtsverhouding tussen de betreffende verzekeraar en de verzekeringstussenpersoon naar wiens portefeuille de verzekering wordt overgeboekt. Zie: C.J. de Jong, ‘Portefeullerecht, een privaatrechtelijke paragraaf in de Wft’, *NTHR* 2009/1, p. 19.

4 Zie: C.J. de Jong, ‘De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon’ in: Hendrikse & Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht. Deel 3*, Zutphen. Uitgeverij Paris 2012, p. 37.

van opdracht ter zake van een of meer verzekeringen'. Recentelijk werd dit bevestigd in de Conclusie bij HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525, dat niet tot cassatie heeft geleid:

“Met het woord ‘assurantieportefeuille’ kan zowel worden bedoeld op het object van bemiddeling (de verzekeringen die via de verzekeringstussenpersoon zijn gesloten) als op het geheel van contractuele relaties die de verzekeringstussenpersoon met de verzekeringnemers onderhoudt.”⁵

Intermediairwijziging en portefeuilleoverdracht

De Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat twee bepalingen op grond waarvan een (verzekering die deel uitmaakt van een) portefeuille in handen van een andere verzekeringstussenpersoon kan komen. Ingevolge artikel 4:103 lid 2 Wft is een verzekeraar gehouden om een schriftelijk verzoek tot intermediairwijziging van een verzekeringnemer te honoreren. En op grond van artikel 4:103 lid 4 Wft moet hij op schriftelijk verzoek van een verzekeringstussenpersoon meewerken aan de overdracht van diens portefeuille of een deel daarvan aan een andere tussenpersoon. In beide gevallen gaat het jegens de betrokken verzekeraar geldend te maken portefeuillerecht over op deze andere tussenpersoon. Dit portefeuillerecht is een vermogensrecht. Het omvat het recht op beheer van de portefeuille, waarvan het – in belang afnemend – recht op premie-incasso een onderdeel vormt, alsmede het recht om de portefeuille geheel of gedeeltelijk over te dragen.

Niet alleen portefeuilles en jegens de betrokken verzekeraar geldend te maken portefeuillerechten zijn vatbaar voor overdracht van de ene verzekeringstussenpersoon naar de andere. Datzelfde geldt voor (het geheel van) overeenkomsten van opdracht van een verzekeringstussenpersoon met zijn klanten.

Verschillende vormen van verkrijging

In artikel 3:80 lid 2 BW is geregeld dat verkrijging onder algemene titel, waarbij een rechtsverhouding van rechtswege, dus zonder dat daarvoor een nadere rechtshandeling zoals overdracht of levering is vereist, van de een overgaat op de ander, geschiedt door erfopvolging, boedelmenging, juridische fusie of juridische splitsing.⁶ Bij erfopvolging en boedelmenging gaat het om vermogens van natuurlijke personen, terwijl de juridische fusie en juridische splitsing betrekking hebben op vermogens van rechtspersonen. De overgang van rechten en verplichtingen

vloeit voort uit het overlijden van de erflater, de voltrekking van het huwelijk respectievelijk het verlijden van de fusie- of splitsingsakte. Het feit dat zowel de rechten als de verplichtingen overgaan op de verkrijger brengt met zich dat de verkrijger is gebonden aan de verplichtingen die voor zijn rechtsvoorganger golden. Bij verkrijging onder bijzondere titel is dat niet het geval – op enkele uitzonderingen na. Artikel 3:80 lid 3 BW bepaalt op welke wijze de verkrijging

Door in de overeenkomst een vrijwaringsbeding op te nemen kan een verzekeringstussenpersoon een claim neerleggen bij de vorige tussenpersoon.

onder bijzondere titel zijn beslag krijgt: door overdracht, door verjaring en door onteigening alsook door overige in de wet genoemde wijzen van rechtsverkrijging. Anders dan bij de overgang onder algemene titel staat daarbij niet de natuurlijke of rechtspersoon en diens volledige vermogen centraal, maar een of meer specifieke vermogensbestanddelen. Deze vermogensbestanddelen worden onttrokken aan het vermogen en overgedragen aan een derde. Voor het overige blijft het vermogen in dezelfde handen.

Contractoverneming

Een in het kader van de overdracht van een portefeuille belangrijke wijze van rechtsverkrijging onder bijzondere titel is te vinden in artikel 6:159 BW. Op grond van het eerste lid van dit artikel is contractoverneming mogelijk. Een bondige omschrijving van de contractoverneming is te vinden in de Conclusie⁷ bij HR 24 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3039:

“De contractoverneming is een driezijdige rechtshandeling tussen overdrager, overnemer en de wederpartij, waarbij de overgang pas plaatsvindt – zonder terugwerkende kracht – op het moment van wilsovereenstemming tussen alle drie betrokken partijen. Voor de geldigheid van de contractoverneming is een tussen de overdrager en de overnemer opgemaakte akte⁸ vereist. De wetgever heeft het niet noodzakelijk geacht ook de medewerking van de wederpartij van de overdrager aan het opmaken van de akte voor te schrijven; de noodzakelijke medewerking van de wederpartij, hetzij vooraf, hetzij achteraf – is vormvrij. De Hoge Raad heeft in HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999, 497, r.o. 3.3.2 (met betrekking tot de overdracht van een portefeuille van een assurantietussenpersoon), onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 3:37 lid 1 BW, geoordeeld dat medewerking ook in een of meer gedragingen van de wederpartij (van in dat geval verzekeringnemers), dus ook in een stilzwijgen, besloten kan liggen.⁹ Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De

5 Conclusie van A-G F.F. Langemeier d.d. 23 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:28, punt 2.2.

6 Art. 3:80 lid 2 BW noemt tevens de – in het kader van dit artikel niet relevante – goedkeuring van een overdrachtsplan inzake deposito-overeenkomsten of de activa en passiva van een bank of verzekeraar die naar het oordeel van De Nederlandsche Bank in de problemen dreigt te geraken.

7 Conclusie van wnd. A-G A. Hammerstein d.d. 8 augustus 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1876, punt 2.25.

8 Een akte is een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen (art. 156 lid 1 Rv).

9 HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999, 497, r.o. 3.3.2 (*Jut/Aegon c.s.*).

medewerking behoeft dus niet in de vorm van een uitdrukkelijke verklaring te worden gegeven. Door de contractoverneming gaan alle rechten en verplichtingen over op de derde, voor zover niet ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen anders is bepaald (art. 6:159 lid 2 BW).¹⁰

De (koop)overeenkomst die verzekeringstussenpersonen sluiten om de door hen beoogde portefeuilleoverdracht te bewerkstelligen kan kwalificeren als contractoverneming

Het overdragen van een portefeuille van de ene aan de andere verzekeringstussenpersoon geschiedt veelal door middel van contractoverneming.

en doorgaans is dit ook zo. Dit kwam tot uitdrukking in een uitspraak van de voorzieningenrechter van Rechtbank Arnhem:

“De voorzieningenrechter overweegt dat de overdracht of overvoer van een assurantieportefeuille juridisch moet worden geduid als contractoverneming met betrekking tot een verzameling verzekeringen. Ingevolge artikel 6:159 BW is voor contractoverneming een akte vereist tussen de partij die overdraagt en de partij die overneemt en is daarnaast noodzakelijk dat de wederpartij, in casu de verzekeraar – en afhankelijk van de aard van de bemiddeling ook de verzekerde –, toestemming verleent voor de overdracht. Die toestemming is derhalve een totstandkomingsvereiste voor de contractoverneming, tenzij de toestemming bij voorbaat reeds is gegeven, hetgeen niet is gesteld of gebleken.”¹⁰

Hierbij teken ik aan dat de voorzieningenrechter eraan voorbij ging dat het bij het overdragen van een verzekeringsportefeuille gaat om een dubbele rechtspositie. Dit wil zeggen dat niet alleen wordt beoogd dat de op artikel 4:102 Wft gebaseerde rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en de betrokken verzekeraar(s) overgaat op een andere tussenpersoon maar tevens de op artikel 7:400 BW gebaseerde contractuele rechtspositie met de verzekeringnemers van de tot de portefeuille behorende verzekeringen.

Uit de akte waarin partijen hun overeenkomst van contractoverneming vastleggen, moet duidelijk blijken wat hun bedoeling is. Van Rijssen formuleerde deze vier vereisten, waaraan de akte ten minste moet voldoen:

de akte moet de verklaringen van de overdrager en de overnemende derde bevatten dat zij de contractuele rechtspositie als eenheid willen doen overgaan van de overdrager op de overnemende derde;

de akte moet zodanige gegevens bevatten dat bepaalbaar is welke contractuele rechtsverhouding overgaat en wat haar inhoud is;

de akte dient uitdrukkelijk te vermelden dat de overnemende derde niet náást de overdrager partij wordt bij het contract maar in plaats van de overdrager; en

de akte dient het tijdstip te vermelden waarop zij tot stand komt maar zo mogelijk ook het tijdstip waarop de wederpartij haar medewerking verleent.¹¹

Deze vereisten gelden in beginsel ook bij contractoverneming inzake een verzekeringsportefeuille. Overigens blijkt uit de akte waarin partijen hun overeenkomst hebben vastgelegd niet altijd dat het gaat om twee – en in sommige gevallen drie¹² – verschillende rechtsposities met verschillende wederpartijen. Met betrekking tot het onder d. genoemde vereiste merk ik op dat een verzekeraar ingevolge artikel 4:103 lid 4 Wft zijn medewerking moet verlenen aan een schriftelijk verzoek tot de gehele of gedeeltelijke overdracht van diens portefeuille, tenzij hij gegronde bezwaren heeft tegen de overnemende verzekeringstussenpersoon.

“Dit betekent dat vooralsnog kan worden aangenomen dat de contractoverneming in beginsel tot stand komt met de kennisgeving van de overdracht aan de verzekeraars”, aldus de voorzieningenrechter van Rechtbank Arnhem. Waar het gaat om de medewerking van de betreffende verzekeringnemers, die de wederpartij zijn van de met de verzekeringstussenpersoon gesloten overeenkomst van opdracht, kan niet worden volstaan met een enkele kennisgeving:

“Een verzekerde dient niet alleen te worden geïnformeerd over de contractoverneming, hij dient ook in de gelegenheid gesteld te worden hieraan al dan niet mee te werken. Deze medewerking kan onder omstandigheden stilzwijgend geschieden, maar of dat het geval is hangt af van de concrete omstandigheden. Daarbij moet worden bedacht dat contractoverneming een driepartijencontract is, zodat de overgang van de rechtsrelatie tussen appellant en AAG niet zonder wilsuiking van appellant kan plaatsvinden. Het enkele feit dat een verzekerde niet uitdrukkelijk reageert op de mededeling dat de verzekeringsportefeuille wordt overgenomen, kan daarom slechts toereikend zijn indien de verzekerde heeft begrepen dat hij de keuze had al dan niet met de contractoverneming in te stemmen.”¹³

Evenmin kan veronderstellenderwijs worden uitgegaan van de aanwezigheid van de vereiste medewerking.¹⁴

Evenals bij verkrijging onder algemene titel gaan bij contractoverneming, waarbij sprake is van verkrijging onder bijzondere titel, alle rechten en verplichtingen van de overdragende verzekeringstussenpersoon over op de overnemende verzekeringstussenpersoon. Zij kunnen essentiële rechten en verplichtingen niet buiten de overgang houden, in dat geval gaat de gehele rechtsverhouding niet over.¹⁵ Enkel ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen kunnen zij ingevolge artikel 6:159 lid 2 BW anders overeenkomen. Indien de

11 G. van Rijssen, *Contractoverneming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 242-244.

12 Een verzekeraar of een andere partij kan als pandhouder betrokken zijn.

13 Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:506, r.o. 2.17, *NJF* 2015/240.

14 HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2014:AN9686, *NJ* 2014/316, m.nt. P.A. Stein.

15 Parl. Gesch. Boek 6, p. 585.

10 V.zr. Rb. Arnhem 28 februari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA2020, r.o. 4.4.

tekortkoming van de overdragende verzekeringstussenpersoon dateert van vóór de contractoverneming en de schade zich nog niet heeft gemanifesteerd ten tijde van de contractoverneming, is niet voldaan aan het opeisbaarheidsvereiste. Dat is anders indien de door een tekortkoming van de overdragende verzekeringstussenpersoon veroorzaakte schade ten tijde van de contractoverneming reeds bekend is. In dat geval kan de verplichting tot het vergoeden van deze schade contractueel worden uitgesloten.

Verzoek tot intermediairwijziging

In de jurisprudentie ontbreekt veelal een juridische kwalificatie van de portefeuillevaardracht. Daar komt bij dat doorgaans niet duidelijk wordt gemaakt of het gaat om de overdracht van een ‘losse’ verzekering of de gehele portefeuille van een klant als gevolg van een verzoek tot intermediairwijziging als bedoeld in artikel 4:103 lid 2 Wft of om de overdracht van de gehele portefeuille van een verzekeringstussenpersoon of een deel daarvan als bedoeld in art 4:103 lid 4 Wft.

In civielrechtelijke zin kan het verzoek tot intermediairwijziging worden opgevat als (een uitvloeisel van) de door de verzekeringnemer gedane opzegging van de met zijn verzekeringstussenpersoon gesloten overeenkomst van opdracht.¹⁶ Dit brengt met zich dat met de overnemende verzekeringstussenpersoon een nieuwe overeenkomst van opdracht moet worden gesloten. De verzekeringnemer zal duidelijk moeten maken wat hij van zijn nieuwe verzekeringstussenpersoon verlangt. Diens opdracht zal minimaal moeten inhouden, dat hij de verzekering voortaan zal beheren en in het kader daarvan nazorg zal plegen. Een bijkomende taak zou kunnen zijn dat hij nagaat of aan de naar zijn portefeuille overgeboekte verzekeringen tekortkomingen kleven. Dit laatste is, blijkens een arrest van Hof Arnhem, geen vanzelfsprekendheid:

“Anders dan waarvan Car Sales kennelijk uitgaat, reikt in het licht van de onder 5.30 geformuleerde maatstaf de zorgplicht van de assurantiestussenpersoon, die een reeds bestaande verzekering als de onderhavige *desverzocht* (Cursivering – CJJ) in zijn portefeuille opneemt, in beginsel niet zover dat hij onderzoek dient te verrichten naar de juistheid van de gegevens die tot de eerdere totstandkoming van die verzekering hebben geleid; het valt daarentegen in beginsel binnen de risicosfeer van de verzekeringnemer dat hij op het moment waarop hij een verzekering als de onderhavige onderbrengt bij een andere assurantiestussenpersoon aan deze assurantiestussenpersoon kenbaar maakt welke dekking voor hem essentieel is.”¹⁷

Het gaat hier om een intermediairwijziging; de verzekering is op verzoek van de verzekeringnemer overgenomen van de aanvankelijke verzekeringstussenpersoon. Rechtbank

Rotterdam verbindt aan zo’n intermediairwijziging de conclusie, dat de nieuwe verzekeringstussenpersoon niet aansprakelijk is voor eventuele tekortkomingen van de vorige verzekeringstussenpersoon.¹⁸

Oude tekortkomingen

Aan tot de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon behorende verzekeringen kunnen tekortkomingen kleven. Deze tekortkomingen kunnen bestaan uit (advies)fouten, waardoor de dekking achteraf niet in overeenstemming blijkt te zijn met hetgeen de verzekeringnemer voor ogen stond of waardoor de verzekeraar zich kan beroepen op een wettelijke of contractuele uitsluiting. Het is de vraag of de nieuwe tussenpersoon daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden als deze verzekeringen behoren tot de van een andere tussenpersoon overgenomen portefeuille. Kwalificeert de overname als contractoverneming dan is dat het geval. Zoals hiervoor al aangegeven, verschaft de jurisprudentie niet altijd zekerheid dat daarvan sprake is. Een voorbeeld daarvan is een zaak, waarin een verzekeringstussenpersoon die zijn portefeuille had ingebracht in een BV zich verweerde met de stelling dat schade zich openbaarde na de inbreng. Rechtbank Utrecht overwoog dienaangaande als volgt:

“Moritz meest verstreckende verweer is dat [eiser] niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard omdat zij haar assurantieportefeuille met ingang van 1 januari 2008 heeft overgedragen aan Moritz & Partners B.V. en dat de geclaimde schade daarna is ontstaan. Moritz heeft niet nader onderbouwd dat door de overdracht van de portefeuille de aansprakelijkheden verbonden aan het beheer van de as-

Een portefeuille bestaat ook uit het geheel van contractuele relaties van de verzekeringstussenpersoon met zijn klanten.

surantieportefeuille vóór 1 januari 2008 zijn overgegaan op Moritz & Partners BV. Dat de door [eiser] geclaimde schade na 1 januari 2008 is opgetreden kan niet afdoen aan de omstandigheid dat een eventuele tekortkoming van Moritz in 2006 en/of 2007 jegens [eiser] in beginsel voor haar rekening blijft. Gelet op de omstandigheid dat er geen begin van bewijs voorligt dat Moritz & Partners de aansprakelijkheid voor tekortkomingen en/of fouten van Moritz begaan voor het tijdstip van de overname van de portefeuille op zich genomen heeft passeert de rechtbank het niet-ontvankelijkheidsverweer.”¹⁹ De rechtbank stelt zich dus kennelijk op het standpunt dat de overdragende verzekeringstussenpersoon ook na de portefeuillevaardracht in beginsel aansprakelijk blijft. Verwijzend naar de uitspraak van Hof Arnhem (zie noot 17), stelt Rechtbank Utrecht – naar mijn mening ten onrechte, omdat in die zaak geen sprake was van een portefeuillevaardracht maar van een intermediairwijziging – dat het in beginsel binnen de risicosfeer van de verzekeringne-

16 De Jong 2009, p. 20.

17 Hof Arnhem 19 februari 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD1306, r.o. 5.41. Zie ook: uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012/327, waarbij kennelijk eveneens sprake is van een intermediairwijziging.

18 Rechtbank Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5664, r.o. 4.2.

19 Rechtbank Utrecht 26 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9246, r.o. 4.16.

mer valt om de nieuwe verzekeringstussenpersoon kenbaar te maken welke dekking voor hem essentieel is.²⁰

Onderverzekering

In de meeste procedures, waarbij sprake was van een opvolgende verzekeringstussenpersoon, was de vraag aan de orde of de gevolgen van onderverzekering voor rekening

persoon een overgangperiode of ‘respijtermijn’ geldt. Een bepaalde tijd waarin deze kan nagaan of de verzekeringen die deel uitmaken van een overgenomen portefeuille aanpassing behoeven en waarbij hij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor zich binnen die termijn manifesterende schaden als gevolg van tekortkomingen van de oude tussenpersoon. In casu vond het schadevooral elf maanden na de portefeuilleovername plaats.

Meestal gaat het om de vraag of een verzekerings-tussenpersoon aansprakelijk is voor schade als gevolg van onderverzekering die is ontstaan vóór de overname.

van de nieuwe verzekeringstussenpersoon dienen te komen. De meest recente uitspraak is van Rechtbank Limburg. Zij oordeelde dat de nieuwe tussenpersoon onderverzekering moet voorkomen:

“De zorgplicht van de assurantietussenpersoon brengt naar het oordeel van de rechtbank ook met zich dat bij de overdracht van een verzekeringsportefeuille aan hem, de nieuwe assurantietussenpersoon dient te onderzoeken of er sprake is van onderverzekering in de overgenomen portefeuille. De opvolgend assurantietussenpersoon mag er niet zonder meer op vertrouwen dat zijn voorganger de overgedragen portefeuille correct heeft beheerd. Het is een eigen verplichting van de opvolgend assurantietussenpersoon om dat te onderzoeken. Zou hij dat niet doen, dan zou de verzekeringnemer alsnog kunnen worden geconfronteerd met de gevolgen van onderverzekering als zich een schadegeval voordoet. Taak van de assurantietussenpersoon is juist om te waken over de belangen van de verzekeringnemer, waaronder het voorkomen van gevaar van onderverzekering.”²¹

Volgens de rechtbank dient een verzekeringstussenpersoon niet alleen op gezette tijden (minimaal eenmaal per jaar) de verzekeringnemer te wijzen op het gevaar van onderverzekering en in verband daarmee moeten informeren of zich (gebouwelijke) wijzigingen hebben voorgedaan die van invloed kunnen zijn op de verzekerde som, maar zal hij daarnaast meer in het algemeen jaarlijks moeten onderzoeken of er gevaar dreigt van onderverzekering op andere gronden dan gebouwelijke wijzigingen, bijvoorbeeld door stijging van het algemene prijspeil (r.o. 3.2). In casu was er tussen de portefeuilleovername en het schadevooral twee jaar en acht maanden verstreken, waardoor er naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende juridisch relevant causaal verband was om de eventueel ten tijde van die overdracht bestaande onderverzekering aan de oude verzekeringstussenpersoon toe te rekenen.

Uit het eveneens recentelijk gewezen arrest van Hof Den Haag blijkt dat er voor de overnemende verzekeringstussen-

“Overigens is het hof van oordeel dat van SAA redelijkerwijs niet verwacht kon worden dat zij de portefeuille voorafgaand aan het moment van de waterschade (28 juli 2008) reeds volledig had gecontroleerd en appellant naar aanleiding van die controle had kunnen wijzen op de bestaande onderverzekering.”²²

Beide uitspraken laten ruimte voor de gedachte dat de verzekeringstussenpersoon die zijn portefeuille overdraagt aan een andere tussenpersoon na de overdracht nog gedurende een beperkte periode aansprakelijk kan worden gehouden voor tekortkomingen zijnerzijds. Over de duur daarvan bestaat echter geen duidelijkheid.

“Er is geen algemene rechtsregel, inhoudende dat op een assurantietussenpersoon ook zonder concrete aanleiding altijd de verplichting rust eigener beweging minstens elke twee jaar c.q. periodiek de hoogte van de verzekerde som te toetsen en daartoe contact op te nemen met de verzekerde. Zo’n vergaande algemene verplichting volgt niet uit de jurisprudentie van de Hoge Raad en ook in de literatuur wordt die niet zomaar aangenomen.”²³

Het ligt naar mijn mening voor de hand om in beginsel een termijn aan te houden, die overeenkomt met de tijd die bij de nieuwe verzekeringstussenpersoon is gelegen tussen twee periodieke controles. Het hangt van de omstandigheden van het geval af wat de maximale duur van die termijn zou mogen zijn. Beslissend zijn daarbij onder andere de omvang van de overgenomen portefeuille, de samenstelling van deze portefeuille en het feit dat er een concrete aanleiding is om bepaalde verzekeringnemers met voorrang te benaderen teneinde te toetsen of hun verzekering nog voldoende dekking biedt.

Aanwijzingen voor de praktijk

Ontlopen van aansprakelijkheid voor tekortkomingen van de vorige verzekeringstussenpersoon is slechts beperkt mogelijk. Enkel de verzekeringstussenpersoon die als nieuwe tussenpersoon is betrokken bij een intermediairwijziging kan dit. Daartoe moet hij met zijn (nieuwe) klant een op schrift gestelde overeenkomst van opdracht sluiten, waarin duidelijk is vastgelegd dat zijn opdracht enkel bestaat uit het beheer van de betreffende verzekeringen en niet mede omvat het controleren of deze verzekeringen ten tijde van de intermediairwijziging (nog) de beoogde dekking bieden. De verzekeringstussenpersoon die als

20 Rechtbank Utrecht 15 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7106, r.o. 4.8.

21 Rechtbank Limburg 10 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4887, r.o. 3.3.

22 Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:506, r.o. 2.24, NJF 2015/240.

23 Rechtbank Den Bosch 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR4102, r.o. 2.7.4.

nieuwe tussenpersoon is betrokken bij een portefeuilleoverdracht kan zijn aansprakelijkheid enkel ontlopen als de rechter de overdragende tussenpersoon aansprakelijk houdt voor diens tekortkomingen. Hij kan wel schadebeperkende maatregelen nemen. Enerzijds door na de overdracht op zo kort mogelijke termijn na te gaan of aan de overgenomen verzekeringen tekortkomingen kleven die kunnen leiden tot het geheel of gedeeltelijk afwijzen van een schade. Anderzijds door in de overeenkomst, waarin de overdracht wordt geregeld, een vrijwaringsbeding te zijnen gunste op te nemen alsmede de verplichting voor de overdragende verzekeringstussenpersoon om bij diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar een uitloopdekking van bijvoorbeeld vijf jaar te realiseren. Het vrijwaringsbeding moet hem de mogelijkheid bieden om, indien hij wordt aangesproken op grond van een tekortkoming van de overdragende tussenpersoon, deze claim neer te leggen bij deze overdragende tussenpersoon. Indien het bij de nieuwe

verzekeringstussenpersoon bekend is of de vrees bestaat dat de overdragende tussenpersoon na de portefeuilleoverdracht ophoudt te bestaan, anderszins 'uit beeld verdwijnt' of zich aan zijn verplichtingen zal onttrekken, verdient het aanbeveling om bij zijn eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dekking te realiseren voor de aansprakelijkheid die voor hem voortvloeit uit tekortkomingen van de overdragende tussenpersoon.

Over de auteur

Mr. dr. C.J. de Jong is werkzaam als onafhankelijk consultant en is als onderzoeker verbonden aan het Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS). Daarnaast is hij redacteur van dit tijdschrift.