

48. De verantwoordings- en rekenplicht van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent

MR. DR. C.J. DE JONG

Een verzekeringstussenpersoon acteert bij de uitoefening van zijn reguliere werkzaamheden onder twee verschillende juridische regimes. Datzelfde geldt voor een gevolmachtigd agent. Als opdrachtnemer respectievelijk gevolmachtigde opereren zij in een privaatrechtelijke omgeving, waardoor de bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht respectievelijk de volmacht op hen van toepassing zijn. Tegelijkertijd worden zij in de Wet op het financieel toezicht (Wft) aangemerkt als bemiddelaar¹ respectievelijk gevolmachtigd agent, zijn zij vergunningplichtig en dienen zich te houden aan publiekrechtelijke voorschriften en gedragsnormen.

In deze bijdrage belicht ik beide spelers op het terrein van de financiële dienstverlening en de voor hen ingevolge artikel 7:403 lid 2 BW geldende privaatrechtelijke verantwoordings- en rekenplicht. Ook wijs ik op de voor bemiddelaars en gevolmachtigd agenten toepasselijke Wft-bepalingen die het karakter hebben van een verantwoordings- respectievelijk rekenplicht.²

De spelers

Verzekeringstussenpersonen zijn van oorsprong handelsagenten.³ Evenals agenten in loondienst was hun principaal de verzekeraar voor wie zij – veelal op basis van exclusiviteit – verzekeringen verkochten. Anders dan loondienstagenten waren zij zelfstandige agenten: zij oefenden het verzekeringsbemiddelingsbedrijf uit voor eigen rekening. Dat dit niet zonder risico was, blijkt uit de parlementaire geschiedenis. In het kader van de behandeling van het wetsontwerp ter uitbreiding van het Wetboek van Koophandel met een afdeling over handelsagenten en handelsreizigers merkte de Minister van Justitie op ‘dat verzekeringsagenten, voorzoover dezen onder de definitie van handelsagent vallen, als economisch zwakkeren dienen te worden beschermd.’

In de tweede helft van de vorige eeuw kwam een ontwikkeling op gang, die erin resulteerde dat zij niet meer optraden voor verzekeraars maar voor hun klanten. Van handelsagenten met de verzekeraar als principaal werden zij opdrachtnemers met hun klant als opdrachtgever. Met andere woorden: zij werkten niet meer voor verzekeraars maar voor hun klanten.⁴

Aan de rechtsverhouding van de verzekeringstussenpersoon en diens klanten – verzekeringnemers en aspirant-verzekeringnemers – ligt ten grondslag de overeenkomst van opdracht.

De gevolmachtigd agent, die aanvankelijk op Rotterdamse koopliedenbeurs en later ook in Amsterdam werkzaam was, is een van de oudste geregelde rechtsfiguren in de verzekeringsbranche.⁵ De ‘assuradeur’ genoemde gevolmachtigd agenten vertegenwoordigden zowel in Nederland gevestigde als buitenlandse verzekeraars. Krachtens de hen verleende

1 In deze bijdrage gebruik ik de term ‘verzekeringstussenpersoon’ uit de Richtlijn Verzekeringsbemiddeling, die ook in de nieuwe Richtlijn Verzekeringsdistributie wordt gehanteerd, tenzij de in de Wft gedefinieerde ‘bemiddelaar’ is bedoeld.

2 De onderbemiddelaar en de ondergevolmachtigd agent komen in deze bijdrage niet expliciet aan de orde.

3 Dit verklaart waarom verzekeringstussenpersonen een transactieafhankelijke en volumegeïmpliceerde beloning (provisie) ontvangen van de verzekeraar bij wie zij een verzekering onderbrachten.

4 Voor een uitvoerige behandeling, zie: 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.

5 J.G.C. Kamphuisen, ‘De volmacht in de Wfd: een zoektocht’, *AV&S* 2005/20, p. 131.

volmacht waren zij bevoegd om op de beurs ter verzekering aangeboden risico's te accepteren namens en voor risico van de door hen vertegenwoordigde verzekeraars.

In deze bijdrage gaat het over de zogenaamde provinciale gevolmachtigd agenten. Van oorsprong zijn dit handelsagenten, die van de verzekeraar voor wie zij als zodanig optraden een volmacht hadden gekregen. Veelal betrof dit een zogenaamde huisvolmacht 'op grond waarvan naar buiten de schijn wordt gewekt alsof zij optreden als gevolmachtigde van de verzekeraars, terwijl in feite hun positie geen andere is dan die van een gewoon assurantiebezorger of assurantieagent, doordat hun "volmacht" bij interne instructie zover blijkt te zijn uitgehold, dat daaraan nog nauwelijks betekenis kan worden toegekend.⁶ Thans is het voor leden van de Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven (NVGA) alsmede voor gevolmachtigd agenten die geen lid zijn van de NVGA maar wel beschikken over een volmacht van een of meer bij het Verbond van Verzekeraars aangesloten verzekeraars niet meer mogelijk om het volmachtbedrijf uit te oefenen binnen een juridische entiteit waarin ook advies- en bemiddelingsactiviteiten zijn ondergebracht. Indien een volmachtbedrijf en een verzekeringsbemiddelingsbedrijf gebruik maken van dezelfde backofficefaciliteiten moeten er afdoende organisatorische maatregelen zijn getroffen om hun beider bedrijfsprocessen gescheiden te houden. Dit verbod en dit *Chinese wall*-vereiste zijn vastgelegd in artikel 5 lid 3 van het bij wijze van zelfregulering tot stand gekomen Protocol Volmacht.⁷

Anders dan verzekeringstussenpersonen, die voor hun klanten werken, treden gevolmachtigd agenten als zodanig op voor de verzekeraar(s) die hen volmacht verleende(n). Aan de volmachtverlening ontleen zij de bevoegdheid om bepaalde rechtshandelingen te verrichten. Wat hun activiteiten van feitelijke aard betreft handelen zij als opdrachtnemer, namelijk als uitvoerder van door hun volmachtgever aan hen uitbestede werkzaamheden. De dubbele rechtsverhouding met hun volmachtgevers berust enerzijds op volmachtverlening, een eenzijdige rechtshandeling, en anderzijds op een binnen de verzekeringssector branche als 'samenwerkingsovereenkomst' aangemerkte overeenkomst, waarin de uitbestede werkzaamheden en de van toepassingverklaring van de op deze uitbesteding betrekking hebbende voorschriften uit het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) zijn opgenomen.

Overeenkomst van opdracht

De omschrijving van de overeenkomst van opdracht is te vinden in artikel 7:400 lid 1 BW. Het is een overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden

te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. Kort gezegd is de overeenkomst van opdracht een overeenkomst tot dienstverrichting door een zelfstandig optredende dienstverlener voor zijn wederpartij. De dienstverrichting van de verzekeringstussenpersoon bestaat uit het adviseren van diens klant, het bemiddelen bij het tot stand brengen van een verzekering en het plegen van nazorg. Indien er sprake is van een dienstverleningsconcept dat niet al deze diensten omvat, bestaat de dienstverrichting uit het verrichten van de in het dienstverleningsconcept opgenomen dienst(en). De dienstverrichting van de gevolmachtigd agent bestaat uit het uitvoeren van de door zijn volmachtgever aan hem uitbestede werkzaamheden, die voortvloeien uit of verband houden met het uitoefenen van de hem verleende bevoegdheden. Indien een gevolmachtigd agent optreedt als serviceprovider kan zijn dienstverrichting tevens bestaan uit werkzaamheden ten behoeve van de verzekeringstussenpersonen die van zijn diensten gebruik maken.

Verzekeringstussenpersonen hebben van oudsher niet de gewoonte om de met hun klant te sluiten overeenkomst van opdracht op schrift te stellen.⁸ Als gevolg van enerzijds de opkomst van verschillende dienstverleningsconcepten en anderzijds het provisieverbod voor bepaalde vormen van verzekering⁹ valt in steeds meer gevallen niet te ontkomen aan het schriftelijk vastleggen van de door de verzekeringstussenpersoon te verrichten werkzaamheden en de daarvoor door diens klant te betalen beloning. Als er niets is vastgelegd of als uit het op schrift gestelde niet kan worden opgemaakt welke de precieze verplichtingen van de verzekeringstussenpersoon zijn – wat van belang is bij het bepalen van de reikwijdte van diens zorgplicht – kunnen deze worden vastgesteld aan de hand van wat in de gegeven omstandigheden is vereist om het beoogde doel te bereiken. Daarnaast zullen beslissend zijn de omstandigheden van het geval, in verband met wat in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is en met hetgeen partijen over en weer van elkaar hebben verwacht en mochten verwachten (art. 3:35 BW); voorts wordt de omvang van de te verrichten taak door de redelijkheid en billijkheid bepaald (art. 6:248 BW).¹⁰

Lastgeving/Bemiddelingsovereenkomst

De vraag is of een verzekeringstussenpersoon een opdrachtnemer in algemene zin is of dat er sprake is van een gekwalificeerde vorm van de overeenkomst van opdracht.

6 *Kamerstukken II 1947/48, 870, 3, p. 9.*

7 Dit door de Algemene Ledenvergaderingen van de NVGA en het Verbond van Verzekeraars vastgestelde protocol is op 1 januari 2012 van kracht geworden.

8 Het ingevolge art. 86f lid 1 BGfo verplichte dienstverleningsdocument (DVD) bevat enkel voor de klant bestemde informatie en kan niet worden aangemerkt als een vastlegging van de overeenkomst van opdracht.

9 Ingevolge art. 86c lid 1 BGfo geldt dit verbod voor betalingsbeschermers, als complex product kwalificerende verzekeringen, individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen en uitvaartverzekeringen. Van de mogelijkheid om bij ministeriële regeling andere financiële producten aan te wijzen is nog geen gebruik gemaakt.

10 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/83.

Kortom, of hij optreedt als lasthebber dan wel krachtens een bemiddelingsovereenkomst.

Lastgeving is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten.¹¹ Waar in de overeenkomst van opdracht sprake is van werkzaamheden, derhalve van handelingen van feitelijke aard, gaat het bij lastgeving om – verplicht te verrichten – rechtshandelingen. Verzekeringsrechtelijke auteurs gaan er in meerderheid van uit, dat een verzekeringstussenpersoon optreedt als

thans ook levensverzekeraars en natura-uitvaartverzekeraars. Waar het BW geen eisen stelt aan de wijze van volmachtverlening schrijft artikel 4:79 lid 1 Wft voor dat de volmacht schriftelijk moet worden verleend en dat daarbij gebruik moet worden gemaakt van een voorgeschreven model.¹⁴

Volgens de Wft-definitie sluit degene die beroeps- of bedrijfsmatig optreedt als gevolmachtigd agent als gevolmachtigde van een verzekeraar¹⁵ voor diens rekening een verzekering met een klant. In werkelijkheid beperken de bevoegdheden van een gevolmachtigd agent zich niet tot het sluiten van verzekeringen in naam van de verzekeraar die hem volmacht verleende. Zijn bevoegdheden, die in de WAb en vervolgens in de Wabb werden aangeduid als het als gevolmachtigde vertegenwoordiger van een verzekeraar voor diens rekening uitoefenen van het verzekeringsbedrijf, reiken veel verder. Gerechtshof Amsterdam bracht dat onder woorden in deze overweging: ‘De positie van Triodass als gevolmachtigd agent van Delta Lloyd brengt mee dat zij als vertegenwoordiger van Delta Lloyd het verzekeringsbedrijf uitoefent en daarbij bevoegd is verzekeringen af te sluiten, polissen te tekenen, premies te ontvangen, schaden te regelen en uitbetalingen te doen almede in rechte voor de verzekeraar op te treden.’¹⁶

Ingevolge artikel 3:66 lid 1 BW treft een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling in haar gevolgen de volmachtgever. Dus wanneer een gevolmachtigd agent een overeenkomst van verzekering sluit, bindt hij niet zichzelf, maar de verzekeraar die hem volmacht verleende. ‘Dit brengt mee dat een gevolmachtigd assuradeur, wanneer deze als gevolmachtigde heeft gehandeld, niet op eigen naam aangesproken kan worden om de schade onder de polis voor zijn rekening te nemen.’¹⁷

Uitbesteding¹⁸

Dat het uitbesteden van werkzaamheden door verzekeraars geen nieuw verschijnsel is, kwam tot uitdrukking in de toelichting bij de Regeling uitbesteding verzekeraars (Ruv).¹⁹ De beginwoorden daarvan luiden: ‘Uitbesteding is bij verzekeraars een reeds lang voorkomend verschijnsel.

14 De model volmacht is nagenoeg gelijk aan het sinds 1934 in beurskringen gebruikte volmachtformulier. Dit impliceert dat de bewoordingen niet meer in overeenstemming zijn met de terminologie van het huidige, inmiddels 10 jaar oude, verzekeringsrecht.

15 De Wft verstaat hieronder een levensverzekeraar, natura-uitvaartverzekeraar of een schadeverzekeraar. De voorgeschreven modelvolmacht ziet, strikt genomen, echter uitsluitend op schadeverzekeringen.

16 Hof Amsterdam 16 februari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY3819, r.o. 4.2, NJF 2006/316.

17 Rb. Alkmaar 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK8471.

18 De Wft verstaat hieronder: het door een financiële onderneming verlenen van een opdracht aan een derde tot het ten behoeve van die financiële onderneming verrichten van werkzaamheden: (a) die deel uitmaken van of voortvloeien uit het uitoefenen van haar bedrijf of het verlenen van financiële diensten; of (b) die deel uitmaken van de wezenlijke bedrijfsprocessen ter ondersteuning daarvan.

19 Stcrt. 30 januari 2004, nr. 20, p. 61.

Gevolmachtigd agenten hebben een dubbele rechtsverhouding met hun volmachtgever.

lasthebber van de aspirant-verzekeringnemer. Dit, omdat de kern van de verplichtingen van de verzekeringstussenpersoon bestaat uit het verrichten van rechtshandelingen.¹² Van een bemiddelingsovereenkomst is sprake als de opdrachtnemer zich tegenover zijn opdrachtgever verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen opdrachtgever en derden. Anders dan bij lastgeving gaat het hier niet om rechtshandelingen maar om handelingen van feitelijke aard. Het is echter mogelijk dat de verzekeringstussenpersoon in het kader van het tot stand brengen van de overeenkomst rechtshandelingen moet (kunnen) verrichten. In dat geval zal hij tevens lasthebber moeten zijn of gevolmachtigde in de zin van artikel 3:60 BW. Het verschil tussen deze beide is dat een lasthebber verplicht is om bepaalde rechtshandelingen te verrichten en dat een gevolmachtigde bevoegd – derhalve niet verplicht – is om rechtshandelingen te verrichten.

Verzekeringbemiddeling laat zich lastig vangen in de bemiddelingsovereenkomst, omdat deze activiteit niet enkel uit bemiddelen bestaat, maar tevens uit adviseren en het plegen van nazorg. Ook heeft het Wft-begrip ‘bemiddelen’ niet dezelfde betekenis als in de bemiddelingsovereenkomst.¹³

Volmacht

De provinciale gevolmachtigd agent, die naar het voorbeeld van zijn ter beurze werkzame evenknie ook wel ‘assuradeur’ wordt genoemd, is een gevolmachtigde in de zin van artikel 3:60 lid 1 BW. Dit houdt in dat hij van een ander de bevoegdheid heeft gekregen om in diens naam rechtshandelingen te verrichten. Die ander is in dit geval een verzekeraar – van oudsher een schadeverzekeraar maar

11 Art. 7:414 lid 1 BW.

12 Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Verzekeringstussenpersoon: opdrachtnemer en lasthebber maar geen bemiddelaar in de zin van Boek 7 BW’, *Vrb* 1993, p. 67; Van Huizen/Wezeman/Van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 61 en J.G.C. Kamphuisen, *De opdracht aan de assurantietussenpersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 14.

13 *Kamerstukken II* 2005/06, 20, p. 50.

Van oudsher komt uitbesteding voor bijvoorbeeld in de vorm van het verlenen van volmachten, extern vermogensbeheer en het door derden laten uitvoeren van (delen van) de administratie.⁷

Uitbesteding door een verzekeraar houdt in, dat hij bepaalde bedrijfseigen werkzaamheden op structurele basis door een ander laat uitvoeren. Die ander kan ook een tot dezelfde groep als de verzekeraar behorende entiteit zijn. Dat het om bedrijfseigen werkzaamheden moet gaan, brengt met zich dat activiteiten die de verzekeraar normaliter niet zelf uitvoert of niet kan uitvoeren buiten de werkingssfeer van de op verzekeraars toepasselijke uitbestedingsregels vallen. In beginsel kan nagenoeg alles worden uitbesteed. Maar niet de eigen verantwoordelijkheid van de uitbesteder. Privaatrechtelijk beschouwd dient daarom als uitgangspunt te gelden, dat de volmachtverlenende verzekeraar zowel jegens zijn toezichthouder als jegens verzekeringnemers en begunstigden en andere tot uitkering gerechtigden verantwoordelijk blijft voor het handelen of nalaten van zijn gevolmachtigd agent. Door de uitbesteding verlaten de werkzaamheden weliswaar zijn eigen organisatie, maar juridisch blijven de uitbestede werkzaamheden deel uitmaken van de bedrijfsvoering van de verzekeraar.²⁰ Ook vanuit publiekrechtelijk perspectief blijft de volmachtverlenende verzekeraar verantwoordelijk: ingevolge artikel 3:18 lid 1 Wft moet hij er zorg voor dragen dat zijn gevolmachtigd agenten de op hem, verzekeraar, van toepassing zijnde regels uit het Wft-deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen naleven. Deze bepaling is in overeenstemming met artikel 49 lid 1 van de sinds 1 januari 2016 in de Wft geïmplementeerde Richtlijn Solvabiliteit II²¹ dat lidstaten verplicht om ervoor te zorgen dat verzekeraars bij uitbesteding volledig verantwoordelijk blijven voor de nakoming van al hun verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn. Ik wijs erop dat de richtlijn noch het Wft-deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen verplichtingen opleggen aan de uitvoerder van de uitbestede werkzaamheden – in casu de gevolmachtigd agent.²²

Het is de verantwoordelijkheid van de uitbesteder om te zorgen dat de uitbestedingsrelatie zodanige vorm krijgt dat hij ‘in control’ is en aan zijn wettelijke verplichtingen voldoet.²³ Deze relatie wordt vastgelegd in de overeenkomst die de volmachtverlenende verzekeraar sluit met zijn gevolmachtigd agenten. Volgens de richtlijn kan dit een overeenkomst zijn van om het even welke vorm. Ingevolge artikel 3:18 lid 3 onderdeel c Wft worden regels gesteld

met betrekking tot de te sluiten overeenkomst inzake het uitbesteden van werkzaamheden. Voor verzekeraars die op structurele basis werkzaamheden uitbesteden zijn de toepasselijke regels te vinden in hoofdstuk 5 Bpr. Evenals in de richtlijn is de vorm van de te sluiten overeenkomst vrij. Wel geldt een schriftelijkheidsvereiste: artikel 31 lid 1 Bpr schrijft voor dat de overeenkomst, waarvan algemeen wordt aangenomen dat deze het karakter heeft van een overeenkomst van opdracht, schriftelijk wordt vastgelegd. In het tweede lid van dit artikel is vastgelegd wat in elk geval moet worden geregeld in die overeenkomst. Deze verplicht op te nemen regelingen vormen onderdeel van de ‘Voorbeeld Samenwerkingsovereenkomst Volmacht’, die ten grondslag ligt aan nagenoeg alle door volmachtverlenende verzekeraars met hun gevolmachtigd agenten gesloten overeenkomsten.

Verantwoordings- en rekenplicht

De verplichtingen van een opdrachtnemer kunnen worden onderscheiden in verplichtingen die gelden tijdens het verrichten van de werkzaamheden ter vervulling van zijn

In beginsel kan nagenoeg alles worden uitbesteed. Maar niet de eigen verantwoordelijkheid van de uitbesteder

opdracht en verplichtingen waar hij aan moet voldoen na het voltooien van zijn opdracht.

Tot de eerste categorie behoort de in artikel 7:401 BW neergelegde verplichting voor de opdrachtnemer om bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.^{24 25} Ook de verplichting om ingevolge artikel 7:402 lid 1 BW bij de uitvoering van de opdracht gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen behoort tot deze eerste categorie. Dat geldt eveneens voor de informatieplicht van artikel 7:403 lid 1 BW, welke inhoudt dat de opdrachtnemer zijn opdrachtgever op de hoogte moet houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hem onverwijld in kennis moet stellen van de voltooiing van de opdracht, indien de opdrachtgever daarvan onkundig is. Op deze verplichtingen ga ik niet nader in.

De tweede categorie van de voor een opdrachtnemer geldende verplichtingen bestaat uit de in artikel 7:403 lid 2 BW neergelegde verantwoordings- en rekenplicht.²⁶ Deze

20 Zie: P. Laaper, *Uitbesteding in de financiële sector* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 71.

21 Richtlijn 2009/138/EG van het Europese Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (PbEU L 335).

22 Het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), daarentegen, bevat wél verplichtingen voor de gevolmachtigd agent, met name in art. 72. Zo moet een gevolmachtigd agent ingevolge art. 72 lid 1 BGfo op het polisblad respectievelijk een polisaanhangsel de naam van de verzekeraar vermelden en, in geval van co-assurantie, het aandeel dat hij namens deze heeft geaccepteerd.

23 Laaper (diss.), p. 134.

24 Hieruit kunnen ook precontractuele zorgplichten voortvloeien. Voor een onderbouwing, zie: K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 297.

25 Indien het dienstverleningsmodel van de verzekeringstussenpersoon inhoudt dat hij (ook) adviseert, dan is de informatieplicht over alternatieven daarvan een logisch uitvloeisel. Aldus J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplicht van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 147. Zie in dit verband art. 86f lid 4 BGfo.

26 Het feit dat het hier gaat om verplichtingen na voltooiing van de opdracht verklaart waarom de verantwoordings- en rekenplicht – op een enkele uitzondering na – geen Wft-gedragsnorm zijn.

bepaling, die evenals de tot de eerste categorie behorende bepalingen het karakter van een zorgplichtbepaling heeft, luidt: 'De opdrachtnemer doet aan de opdrachtgever verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. Heeft hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever gelden uitgegeven of te diens behoeve gelden ontvangen, dan doet hij daarvan

De verantwoordingsplicht heeft een nevenverplichting: de dossierplicht

rekening. Uit de woorden 'de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten' kan worden afgeleid dat de verantwoordingsplicht niet enkel geldt als de opdracht is voltooid maar ook als deze zonder het beoogde resultaat is beëindigd.²⁷ Denk in dit geval aan de verzekeringstussenpersoon, die geen dekking heeft kunnen realiseren voor het door zijn opdrachtgever ter verzekering aangeboden risico. Juist in zo'n geval zal deze opdrachtgever willen weten wat de verzekeringstussenpersoon in het kader van het vervullen van zijn bemiddelingsopdracht heeft ondernomen en op grond waarvan dit zonder resultaat bleef.²⁸ Immers, de verplichting om verantwoording af te leggen strekt ertoe de opdrachtgever te informeren over de uitgevoerde werkzaamheden, de keuzen die daarbij zijn gemaakt en de redenen die aan die keuzen ten grondslag lagen.²⁹

Tjong Tjin Tai wijst erop dat de verantwoordingsplicht vooral past bij zakelijke verhoudingen. En voorts dat de ingrijpendheid van de mogelijke gevolgen van (nalatigheid bij de uitvoering van) de werkzaamheden een factor zijn voor het aannemen van een verantwoordingsplicht. Bij lastgeving zal verantwoording in beginsel steeds verschuldigd zijn.³⁰

Teneinde daadwerkelijk verantwoording te kunnen afleggen zal een opdrachtnemer moeten kunnen terugvallen op zijn administratie en de daarvan deel uitmakende (bewijs) stukken, want hij zal zijn relaas aan de hand daarvan moeten kunnen staven. Dit impliceert dat de verantwoordingsplicht een nevenverplichting heeft: de dossierplicht. Naast deze voor hem geldende dossierplicht geldt voor een verzekeringstussenpersoon ingevolge artikel 68 WvK de verplichting om van iedere gesloten overeenkomst van verzekering aantekening te houden en daarvan aan ieder der partijen – in casu zijn opdrachtgever respectievelijk de verzekeraar – terstond een door hem gewaarmerkt afschrift te doen toekomen. In de provinciale verzekeringsbemiddelingspraktijk wordt aan het voorschrift om de betrokken partijen in het bezit te stellen van een gewaarmerkt afschrift van deze aantekening echter geen uitvoering gegeven.

Buiten de hiervoor beschreven privaatrechtelijke dossierplichten zijn er ook een publiekrechtelijke dossierplichten. Deze zijn te vinden in artikel 32a BGfo.³¹ Het derde lid van dit artikel brengt met zich dat een bemiddelaar of gevolmachtigd agent³² die zijn klanten adviseert te ingevolge artikel 4:23 lid 1 onderdeel a Wft ingewonnen informatie alsmede de gegevens van de geadviseerde verzekering gedurende vijf jaren – te rekenen vanaf het moment van advisering – moet bewaren, indien de advisering leidt tot het sluiten van de aanbevolen verzekering. Komt er een andere verzekering tot stand dan de geadviseerde, dan moet een verzekeringstussenpersoon of gevolmachtigd agent ingevolge artikel 32a lid 5 BGfo gedurende vijf jaren – te rekenen vanaf het moment waarop de verzekering tot stand kwam – in staat zijn om aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan te tonen dat de klant in weerwil van het advies voor die verzekering heeft gekozen. Dit geldt uiteraard enkel, indien hij daar weet van heeft.³³ Artikel 32a BGfo ziet op de vastlegging en daarmee op de reconstrueerbaarheid van een verstrekt advies. Het schrijft concreet voor hoe een financieledienstverlener zijn bedrijfsvoering dient in te richten, indien hij klanten adviseert over verzekeringen. Om aan te kunnen tonen dat hij heeft voldaan aan het bepaalde in artikel 4:23 Wft – namelijk dat een door hem geadviseerde verzekering past bij de informatie die hij op grond van artikel 4:23 Wft over de klant moet hebben ingewonnen – moet de financiële dienstverlener de bij de klant ingewonnen informatie over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid (tezamen genoemd het klantprofiel) vijf jaren bewaren.³⁴

Bij de uitoefening van het wettelijk recht op premie-incasso³⁵ als bedoeld in artikel 4:104 lid 1 Wft, treedt de bemiddelaar op als vertegenwoordiger van de verzekeraar als gevolg waarvan diens eventuele tekortkomingen voor rekening komen van de betreffende verzekeraar. Indien hij ter zake van het premie-incasso optreedt als opdrachtnemer van een verzekeraar, komen tekortkomingen voor zijn eigen rekening. Ingevolge de tweede volzin van artikel 4:104 lid 1 Wft geldt jegens de verzekeraar een publiekrechtelijke verantwoordingsplicht en – in weerwil van het feit dat dit privaatrechtelijk bezien niet het geval is bij een

27 Lamers geeft op overtuigende wijze aan waarom de verantwoordingsplicht ook dient te gelden in geval van voortijdige beëindiging van de opdracht. Zie: A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 77-78.

28 In de bewoordingen van rechtbank Maastricht: 'De verantwoordingsplicht (...) strekt er tevens toe aan de opdrachtgever inzicht te verschaffen in het hoe en waarom van de verrichtingen van de opdrachtnemer.' (Rb. Maastricht 22 november 1979, ECLI:NL:RBMAA:1979:AC6729, NJ 1980/655).

29 Rb. Rotterdam 3 oktober 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6441, r.o. 7.21.

30 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/70.

31 Merkwaardigerwijs voorziet het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector niet in de beboetbaarheid van het niet voldoen aan deze dossierplichten.

32 Normaliter heeft een gevolmachtigd agent geen klantcontact. Advisering door een gevolmachtigd agent zal zich enkel voordoen wanneer deze overeenkomsten van verzekering sluit zonder tussenkomst van een verzekeringstussenpersoon, dus als hij optreedt als een niet op basis van *execution only* werkende direct writer.

33 Ook al staat dit niet in het BGfo.

34 *Stb.* 2006, 520, p. 179.

35 Voor een uitgebreide behandeling van het wettelijk respectievelijk contractueel recht op premie-incasso, zie: P.M. Leerink, 'Het recht op premie-incasso door de tussenpersoon: ontwikkelingen en enkele praktische perikelen toegelicht', *TAV* 2015/54.

rekeningcourant-verhouding – een rekenplicht.³⁶ Bij een contractueel bedongen recht op premie-incasso geldt enkel de verantwoordingsplicht; de rekenplicht is vanwege de rekening-courantverhouding, die tussen hen bestaat, niet van toepassing.³⁷

De privaatrechtelijk verantwoordings- en rekenplicht is van regelend recht. Dit impliceert dat partijen kunnen afspreken op welke wijze verantwoording respectievelijk rekening wordt afgelegd. Schending van hetgeen is afgesproken resulteert in een toerekenbare tekortkoming jegens de opdrachtgever. Naast de mogelijkheid van een contractuele invulling van de verantwoordings- respectievelijk rekenplicht kunnen deze ook bij contract worden uitgesloten. Nu verzekeringstussenpersonen de op zich genomen opdracht – welke afhankelijk van diens bedieningsconcept bestaat uit een advies- en/of bemiddelings- en/of nazorgopdracht – doorgaans niet op schrift stellen, zal het bewijs van nadere afspraken over of uitsluiting van de verantwoordings- en rekenplicht, zo daarvan al sprake is, in de praktijk lastig zijn te leveren.

Naar algemeen wordt aangenomen, geldt de verantwoordings- en rekenplicht ook voor gevolmachtigd agenten. In een recente zaak waarin de vraag aan de orde was of een gevolmachtigde rekening en verantwoording moet afleggen, overwoog de Hoge Raad: ‘Volgens vaste rechtspraak kan een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander (de rechthebbende) verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een zodanige verhouding kan voortvloeien uit de wet, een rechtshandeling of ongeschreven recht (vgl. onder meer HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1561, *NJ* 1995/548 en HR 8 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1911, *NJ* 1996/274). Aan het oordeel dat op grond van ongeschreven recht een verplichting bestaat om zich te verantwoorden over de behoorlijkheid van het over het vermogen van een ander gevoerd beheer, kan bijdragen dat sprake is van een rechtsverhouding die verwantschap vertoont met een of meer in de wet geregelde gevallen waarin een dergelijke verplichting is neergelegd, zoals gemeenschap, opdracht of zaakwaarneming. Voor het overige is het antwoord op de vraag of een zodanige verantwoording geboden is, sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.’³⁸

Een gevolmachtigd agent heeft een dubbele verantwoordingsplicht. Enerzijds ziet deze op het uitoefenen van de hem ingevolge de volmachtverlening toekomende bevoegdheden en anderzijds op het uitvoeren van de hieruit voortvloeiende of hiermee verband houdende, aan hem uitbestede werkzaamheden.

Contractueel is overeengekomen hoe aan deze dubbele

verantwoordingsplicht wordt voldaan. In artikel 8.3 van de Voorbeeld Samenwerkingsovereenkomst Volmacht is bepaald dat de gevolmachtigd agent de verzekeraar die hem volmacht verleende jaarlijks een door een accountant op schrift gestelde mededeling met betrekking tot de opzet en het bestaan alsmede de werking van de administratieve organisatie en interne controle verschaft. Deze mededeling moet in overeenstemming zijn met het voorgeschreven model. De accountantsmededeling bevat de uitkomst van diens audit inzake het acceptatieproces en het schadebehandelingsproces, de financiële administratie met betrekking tot afstemming met die van de verzekeraar en general controls en randvoorwaarden (functiescheiding, documentatie en

De verantwoordings- en rekenplicht hebben het karakter van een zorgplicht

beschrijvingen van de administratieve organisatie). De audit ziet dus zowel op de wijze van uitoefening van de hem verleende bevoegdheden door de gevolmachtigd agent als de wijze waarop hij de daaruit voortvloeiende en de daarmee samenhangende werkzaamheden uitvoert.

Aanbevelingen voor de praktijk

Voor zover verzekeringstussenpersonen nog niet de vaste gewoonte hebben om te werken met een schriftelijke overeenkomst van opdracht, is het verstandig om zich – mede uit oogpunt van zelfbescherming – die gewoonte snel eigen te maken. Naast een duidelijke vastlegging van de overeengekomen werkzaamheden zou daarin de verantwoordings- en rekenplicht ex artikel 7:403 lid 2 BW kunnen worden uitgesloten.

Gevolmachtigd agenten zullen er op moeten toezien dat hun verantwoordings- en rekenplichten jegens de volmachtgevende verzekeraar die verband houden met zowel de hen verleende bevoegdheden als met de daaruit voortvloeiende of daarmee verband houdende, aan hen uitbestede, werkzaamheden volledig zijn onderworpen aan de in de samenwerkingsovereenkomst geregelde accountantscontrole. Voor zover zij optreden als serviceprovider en als zodanig als opdrachtnemer diensten verrichten voor verzekeringstussenpersonen, kunnen zij overwegen om hun verantwoordingsplicht en, indien er geen sprake is van een rekening-courantverhouding, hun rekenplicht contractueel geheel of gedeeltelijk uit te sluiten.

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.

36 Bij overtreding kan de AFM een bestuurlijke boete van boetecategorie 1 (€ 10.000) opleggen.

37 HR 28 maart 1913, *NJ* 1913, p. 676.

38 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1089, *NJ* 2014/251, r.o. 3.6 (*Velázquez Blaauw q.q.*).