

Mr. dr. C.J. de Jong*

De zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon bij collectieve verzekeringen

De aanleiding voor het schrijven van deze bijdrage vond ik in een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.¹ Na een samenvattende schets van de aan deze uitspraak ten grondslag liggende casus behandel ik het fenomeen collectieve verzekering en ga ik in op de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke zorgplichten van een verzekeringstussenpersoon bij het adviseren over respectievelijk het bemiddelen bij het tot stand brengen van een collectieve verzekering. Tevens schets ik een beeld van de jongste ontwikkelingen over het leerstuk van de derdenwerking bij samenhangende overeenkomsten. Tot slot geef ik mijn mening over het oordeel van de rechtbank.

1. INLEIDING

Nederlanders zijn veelal voor een of meer risico's collectief verzekerd. Ongetwijfeld is de collectieve zorgverzekering het meest prominent aanwezig: maar liefst 70% van de zorgverzekerden valt onder de een of andere collectiviteit. Andere voorbeelden zijn motorrijtuigverzekeringen met wagenparkkorting en collectieve pensioenverzekeringen. En dan zijn er nog de collectiviteiten, waar verzekerden zich nauwelijks of niet bewust van zijn. Denk hierbij aan de verzekering van aankopen die betaald zijn met een creditcard, verzekeringen van mobiele telefoons en zogenaamde verlengdegarantieverzekeringen. In deze bijdrage wordt vanuit verschillende invalshoeken ingezoomd op collectieve verzekeringen.

Verzekeringsbemiddeling is een activiteit die zowel vanuit het publiekrecht als het privaatrecht kan worden gezien. In publiekrechtelijke zin is het een complex van activiteiten, bestaande uit: 'alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering tussen een cliënt en een verzekeraar of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een dergelijke overeenkomst'. Afhankelijk van het met een klant overeengekomen bedieningsconcept gaat het in privaatrechtelijke zin om een adviesopdracht, een bemiddelingsopdracht of een combinatie

van deze opdrachten. Waar het plegen van nazorg aanvankelijk onderdeel vormde van de in het kader van de bemiddelingsopdracht uit te voeren werkzaamheden, geschiedt dit thans in toenemende mate op basis van een aparte overeenkomst.

Voor een verzekeringstussenpersoon² gelden publiekrechtelijke én privaatrechtelijke zorgplichten. Dat is zowel bij individuele verzekeringen als bij collectieve verzekeringen het geval. De jegens een klant³ in acht te nemen publiekrechtelijke zorgplichten bestaan in hoofdzaak uit als open norm⁴ geformuleerde precontractuele informatie- en informatie-inwinverplichtingen. Open normen spelen eveneens een rol bij privaatrechtelijke zorgplichten. Overtreding van een publiekrechtelijke gedragsnorm kan direct doorwerken en worden meegewogen bij de beoordeling van de schending van een privaatrechtelijke norm. Afdeling 4.2.3 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat de publiekrechtelijke zorgplichten van een verzekeringstussenpersoon. Een nadere invulling van deze zorgplichten is te vinden in hoofdstuk 8 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) en de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Nrgfo). De privaatrechtelijke zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon jegens zijn klant berust op art. 7:401 BW: bij zijn werkzaamheden moet hij de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. In

* Mr. dr. C.J. de Jong is onafhankelijk consultant, als onderzoeker verbonden aan het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS) en medewerker van dit tijdschrift.

1. Rb. Oost-Brabant 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6025.

2. In Wft-termen is dit een bemiddelaar, waaronder te verstaan degene die zich in de uitoefening van een beroep of bedrijf bezighoudt met werkzaamheden gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering tussen een cliënt en een verzekeraar of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering daarvan.

3. In de Wft wordt, indien het om verzekeringen gaat, het begrip 'cliënt' gebruikt. Hieronder moet worden verstaan een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent of aan wie deze voornemens is een financiële dienst te verlenen.

4. 'Een belangrijk nadeel van open normen is dat niet altijd rechtszekerheid bestaat over naleving van de norm. Dat leidt er soms toe dat de toezichthouder op grond van een wettelijke delegatiebepaling nadere invulling geeft aan een open norm. Bij het ontbreken van zo'n delegatiebepaling komt het ook voor dat de toezichthouder leidraden geeft aan de markt om duidelijkheid te bieden over hoe een open norm in ieder geval goed kan worden nageleefd. Veel gehoord bezwaar tegen dit soort leidraden is dat ondernemingen deze niet zien als richtinggevend, maar als verplichtend en ondernemingen voelen zich gedwongen deze invulling te volgen.' (Nieuw leven voor verzekeraars, Rapport van de Commissie Verzekeraars, 5 maart 2015, p. 46).

casu is de vraag aan de orde hoever deze zorgplicht reikt bij het adviseren over respectievelijk het bemiddelen bij het tot stand brengen van een collectieve verzekering. In concreto zocht de rechtbank een antwoord op de vraag of er sprake was van een zorgplichtschending jegens een werknemer die geen dekking genoot onder een collectieve, door een bedrijf ten behoeve van zijn werknemers gesloten, verzekering. De vraag is in hoeverre de rechtbank er blijk van geeft de huidige inzichten in de derdenwerking van overeenkomsten in haar overwegingen te hebben betrokken.

2. DE CASUS

Met het oog op de invoering per 1 januari 2006 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA), de Werkhervattingsregeling gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA) en de Regeling inkomensvoorziening volledig arbeidsongeschikten (IVA) doet een bedrijf een beroep op een verzekeringstussenpersoon. Bij brief van 18 oktober 2006 bericht deze tussenpersoon zijn opdrachtgever als volgt: 'Ingevolge uw verzoek doen wij u hierbij een tweetal voorstellen voor een WGA-aanvullingsverzekering voor uw werknemers. De voorstellen zijn gebaseerd op de door u en/of uw accountant verstrekte gegevens en vatten wij hieronder kort voor u samen. (...)'. Bij de brief zijn offertes gevoegd van Aegon⁵ en Delta Lloyd.

Op verzoek van het bedrijf vindt vervolgens op 3 november 2006 een gesprek plaats tussen de accountant van het bedrijf en de verzekeringstussenpersoon. In maart 2007 verzorgt een accountmanager van verzekeraar Aegon naar aanleiding van de eerder uitgebrachte offerte – in aanwezigheid van een medewerker van de tussenpersoon – een presentatie bij het bedrijf ten behoeve van zijn werknemers. Op 2 april 2007 laat het bedrijf de verzekeringstussenpersoon per e-mail weten, dat 47 van de 71 werknemers opteren voor een WGA-aanvullingsverzekering van Aegon. In reactie op de vraag 'Graag bericht hoe nu verder?' brengt de tussenpersoon bij brief van 18 mei 2007 een offerte uit voor een *Aegon Gezond Werkplan: WGA aanvulling*.

Op 24 mei 2007 ondertekent het bedrijf de offerte voor akkoord. Aegon geeft op 7 juni 2007 via de verzekeringstussenpersoon een polis af met als dekking de module WGA-aanvulling. De verzekering gaat in op 1 juli 2007.

In mei 2009 brengt de verzekeringstussenpersoon een wijziging in de lopende verzekering bij Aegon tot stand, welke ingaat op 2 september 2009. De wijziging houdt in dat naast de module WGA-aanvulling ook de module WGA-excedent en WIA-bodem zijn gedekt.

Een werknemer van het bedrijf dagvaardt de verzekeringstussenpersoon op 28 augustus 2012. Hij legt aan zijn vordering ten grondslag dat deze niet de zorg van een goed verzekeringstussenpersoon in acht heeft genomen door in mei 2009 een wijziging van de polis van het bedrijf bij Aegon tot stand te brengen, terwijl hij op dat moment ermee bekend was dat de betreffende werknemer sinds 30 september 2008 arbeidsongeschikt was en dat diens medische klachten van ernstige aard waren. De executeur verwijt de verzekeringstussenpersoon dat hij destijds niet heeft geadviseerd om ook de module IVA-excedent bij Aegon af te sluiten. Deze module biedt dekking voor een aanvulling op de wettelijke IVA-uitkering (voor duurzaam en volledig arbeidsongeschikten) ingeval het jaarincome van de betreffende werknemer uitkomt boven het maximum SV-jaarloon. Het jaarincome van de overleden werknemer bedroeg meer dan het dubbele van het maximum SV-jaarloon. Door het handelen van de verzekeringstussenpersoon kon de overleden werknemer geen aanspraak maken op een aanvulling op zijn IVA-uitkering vanaf 30 september 2010, aldus de executeur in de dagvaarding.

Bij conclusie van antwoord voert de verzekeringstussenpersoon onder meer als verweer aan dat de overleden werknemer reeds vanaf 30 september 2008 blijvend en duurzaam arbeidsongeschikt was, zodat het afsluiten van dekking te zijnen behoeve onder de module IVA-excedent in mei 2009 niet meer tot de mogelijkheden behoorde. De polis bevat een zogeheten 'brandendhuisclausule': geen dekking bestaat indien het risico zich reeds heeft verwezenlijkt bij het ingaan van de verzekering, aldus de tussenpersoon.

Na het overlijden, op 16 februari 2013, van de werknemer hervat de executeur namens de gezamenlijke erven de procedure. In dat kader heeft hij (de feitelijke grondslag van) de eis gewijzigd. Hij legt nu aan zijn vordering ten grondslag dat het tot 30 september 2008 – de eerste ziekte dag van de overleden werknemer leidend tot definitieve arbeidsongeschiktheid – mogelijk was geweest om de gevolgen van die arbeidsongeschiktheid voor deze werknemer te beperken. Tot die datum was het volgens de executeur mogelijk geweest om mede te zijnen behoeve een IVA-excedentdekking bij Aegon af te sluiten. De verzekeringstussenpersoon heeft dit ten onrechte nagelaten en is aldus tekortgeschoten in zijn zorgplicht als verzekeringstussenpersoon, aldus de namens de erven optredende executeur.

3. COLLECTIEVE VERZEKERING

Collectieve verzekering is een veel voorkomend fenomeen⁶ dat niettemin nauwelijks aandacht heeft gekregen.

5. In deze offerte is blijkens r.o. 4.10 – naast de module WGA-aanvulling zoals deze in 2007 feitelijk is afgesloten – ook de IVA-excedentdekking genoemd.
6. Zorgverzekeraars kennen ongetwijfeld het grootste aantal collectief verzekerden: in 2014 ging het om 11,7 miljoen verzekerden (ruim 70% van alle verzekerden), verdeeld over werkgeverscollectiviteiten, zogenaamde gelegenheidscollectiviteiten en patiëntencollectiviteiten (Nederlandse Zorgautoriteit, *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014*, p. 41).

Niet van de wetgever en evenmin in de verzekeringsrechtelijke literatuur⁷ en jurisprudentie.

Collectieve verzekeringen zijn er in verschillende varianten en zij komen voor bij zowat alle vormen van verzekering. Het Verbond van Verzekeraars heeft voor een aantal veel voorkomende vormen van collectieve verzekeringen een productwijzer ontwikkeld:

- Productwijzer collectieve verzekering voor vaste WIA-aanvulling;
- Productwijzer verzekering collectieve WGA-hiaatverzekering (basisvariant);
- Productwijzer verzekering collectieve WGA-hiaatverzekering (uitgebreide variant);
- Productwijzer collectieve WIA-excedentverzekering voor werknemers; en
- Productwijzer collectieve Ongevallenverzekering voor werknemers.

Waar Wansink overeenkomstig de nog niet gepubliceerde art. 1:201 lid 8 en 9 PEICL⁸ twee verschijningsvormen⁹ van collectieve verzekeringen onderscheidt, ga ik uit van twee hoofdvormen die elk meerdere verschijningsvormen kennen. Deze hoofd- en verschijningsvormen worden hierna besproken.

3.1. Hoofdvormen

De twee hoofdvormen van collectieve verzekeringen zijn groepsverzekeringen¹⁰ en mantelcontracten¹¹, welke laatste geen verzekering zijn maar de juridische basis voor individuele verzekeringen op collectieve condities. Bij groepsverzekeringen is er sprake van een verzekering ten behoeve van een derde.^{12,13} Dat verzekeringen ten behoeve van een derde kunnen worden gesloten blijkt uit de woorden 'tenzij anders is overeengekomen' in art. 7:946 lid 1 BW.¹⁴ Ingevolge art. 7:932 lid 1 BW is de verzekeraar gehouden om aan de verzekeringnemer zo spoedig mogelijk een polis af te geven, waarin de overeenkomst van

verzekering¹⁵ is vastgelegd.¹⁶ Daaruit zal moeten blijken of anders is overeengekomen.¹⁷ De Hoge Raad zegt dienaangaande: 'De vraag of, en zo ja in welke omvang, in een verzekeringspolis mede dekking wordt verleend aan derden (eventueel na aanvaarding van een daartoe strekkend derdenbeding), dient te worden beantwoord aan de hand van hetgeen de verzekeraar en de verzekeringnemer dienaangaande zijn overeengekomen.'¹⁸

3.1.1. Groepsverzekeringen

Groepsverzekeringen hebben één kenmerk gemeen: de verzekeringnemer sluit de verzekering niet voor zichzelf maar ten behoeve van bepaalde derden die allen eenzelfde relatie met hem hebben. Bijvoorbeeld een werkgever of sportbond die een ongevallenverzekering sluit voor zijn werknemers respectievelijk de leden van de bij hem aangesloten sportverenigingen.¹⁹ Werknemers respectievelijk leden zijn dan 'automatisch' verzekerd en kunnen aanspraak maken op een uitkering indien hun een onder die verzekering gedekt ongeval overkomt.

Op de verzekeringnemer rust ingevolge art. 7:928 lid 2 BW een ruimere mededelingsplicht indien er sprake is van een verzekering ten behoeve van hem bekende derden. Deze houdt in dat de verzekeringnemer – behalve als het gaat om een persoonsverzekering – mededeling moet doen van de deze derden betreffende feiten die hij kent of behoort te kennen, en waarvan naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen. Dit impliceert dat de mededelingsplicht van de verzekeringnemer wordt uitgebreid en wel in die zin dat, ongeacht zijn eigen wetenschap, de geobjectiveerde wetenschap van de derde aan hem wordt toegerekend.²⁰

Kenmerkend voor een groepsverzekering is dat deze dekking biedt aan alle daarvoor in aanmerking komende personen. Indien de verzekeringnemer van de verzekerden

7. Recente publicaties over (aspecten van) collectieve verzekering zijn: F. Stadermann, 'Portefeuillerecht en collectieve verzekering', *NTHR* 2012, afl. 3, en J.H. Wansink, 'Collectieve verzekeringen', *AV&S* 2011, afl. 5.
8. Principles of European Insurance Contract Law, de door de Project Group Restatement on European Insurance Contract Law voor de Europese wetgever opgestelde algemene 'modelbepalingen' inzake verzekeringen.
9. De 'automatische' collectieve verzekering (accessory group insurance) en de 'vrijwillige' collectieve verzekering (elective group insurance), zie Wansink 2011, p. 240-241.
10. Te vergelijken met het PEICL-begrip 'accessory group insurance' dat in art. 1:201 lid 8 wordt gedefinieerd als 'group insurance under which group members are automatically insured by belonging to the group and without able to refuse the insurance'.
11. Te vergelijken met het PEICL-begrip 'elective group insurance' dat in art. 1:201 lid 9 wordt gedefinieerd als 'group insurance under which group members are insured as a result of personal application or because they have not refused the insurance'.
12. Hieronder moet volgens Salomons worden verstaan de verzekering waarbij de verzekeraar het belang van derden verzekert of medeverzekert, zonder dat tussen verzekeraar en die derde een overeenkomst wordt gesloten (F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 4).
13. Zie ook: Stadermann 2012, p. 147 en Wansink 2011, p. 242.
14. Ph.H.J.G. van Huizen, 'Het (verzekerbare) belang', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015 en F. Stadermann, 'De verzekering ten behoeve van een derde', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht: titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005.
15. De derden ten behoeve van wie de verzekeringnemer de overeenkomst van verzekering heeft gesloten hebben deze overeenkomst te accepteren zoals deze tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer is gesloten. Aldus de terecht conclusie van Londonck Sluijk (H.B. Londonck Sluijk, 'Verzekering ten behoeve van een derde en de inhoud van een verzekeringsovereenkomst', *AV&S* 2014/8, p. 54).
16. Voor het antwoord op de vraag of de verzekeraar de polis via de verzekeringstussenpersoon van de verzekeringnemer kan afgeven, zie: C.J. de Jong, 'Enkele observaties bij de verplichting om een polis af te geven', *NTHR* 2014, afl. 6, p. 277-288.
17. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/377.
18. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, r.o. 3.5.
19. Een koepelorganisatie kan ook een verzekering, bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsverzekering, sluiten voor enkel de bij haar aangesloten verenigingen.
20. M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 23.

onder de door hem gesloten verzekering geen bijdrage in de premie verlangt, is er sprake van een zuivere groepsverzekering. Voorbeelden daarvan zijn de door gemeenten te sluiten verzekering voor in hun gemeente actieve vrijwilligers,²¹ die naast een aansprakelijkheidsdekking een dekking kent voor ongevallen en persoonlijke eigendommen, en de door een creditcardorganisatie geboden gratis verzekering tegen verlies en beschadiging van aankopen die met een door haar uitgegeven creditcard worden betaald. Onder een groepsverzekering verzekerde werknemers respectievelijk leden betalen echter veelal – direct of indirect – een deel van de premie: de premiebijdrage wordt ingehouden op hun salaris of is begrepen in de te betalen contributie. Deze variant doet evenals de verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenregeling denken aan ‘gedwongen winkelnering’.²² Voor de tot de collectiviteit behorende personen brengt dit met zich dat de contractvrijheid daarmee terzijde geschoven lijkt.

3.1.2. Mantelcontracten

In geval van een mantelcontract sluit een werkgever of (belangen)organisatie met een verzekeraar niet een overeenkomst van verzekering maar een raamovereenkomst. Op grond van deze overeenkomst kunnen zijn werknemers respectievelijk haar leden een bepaald risico bij die verzekeraar tegen gunstige voorwaarden – bijvoorbeeld blanco acceptatie en/of lagere premie – verzekeren. Het staat de werknemers respectievelijk leden van de mantelcontractant dus vrij om van de geboden verzekeringsmogelijkheid gebruik te maken.²³

De overeenkomsten van verzekering die vervolgens tot stand komen moeten worden aangemerkt als individuele verzekeringen, waarbij de werknemer respectievelijk het lid optreedt als verzekeringnemer. Hoewel zij verzekeringnemer zijn, hebben zij ten aanzien van de voorwaarden geen keus: de voorwaarden van deze verzekering zijn immers vastgesteld door de mantelcontractant en de verzekeraar. Dit neemt overigens niet weg dat de mantelcontractant de potentiële verzekerden voorafgaand aan het vaststellen daarvan, bijvoorbeeld via de ondernemingsraad, in de gelegenheid kan hebben gesteld hun wensen kenbaar te maken.

Dat het om individuele verzekeringen gaat, impliceert, onder meer, dat de mededelingsplicht ingevolge art. 7:928 BW rust op de werknemer respectievelijk het lid dat deel

uitmaakt van de collectiviteit en dat de verzekeraar overeenkomstig het bepaalde in art. 7:932 lid 1 BW aan hen zo spoedig mogelijk een polis²⁴ dient af te geven. De parlementaire geschiedenis leert dat het begrip ‘polis’ mede ziet op de ‘mantelpolis bij collectieve verzekeringen’.²⁵ De bij de polis behorende algemene voorwaarden moeten door de gebruiker daarvan, de verzekeraar, ingevolge art. 6:234 lid 1 BW vóór of uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst ter hand zijn gesteld aan zijn wederpartij – in casu de van de collectiviteit deel uitmakende individuele verzekeringnemers.²⁶

Het feit dat het gaat om een collectief contract ontslaat de verzekeraar niet van de in art. 4:20 lid 1 Wft neergelegde precontractuele informatieplicht. Deze houdt in dat hij voorafgaand aan de totstandkoming van de te sluiten overeenkomsten van verzekering de voor een adequate beoordeling daarvan redelijkerwijs relevante informatie moet verstrekken aan degenen die een verzekering op de betreffende collectieve condities willen sluiten.²⁷ Indien er een verzekeringstussenpersoon in het spel is, gebiedt art. 4:21 Wft dat hij deze informatie verstrekt, tenzij hij met de verzekeraar is overeengekomen dat de verzekeraar deze informatie zelf verstrekt.

4. VERSCHIJNINGSVORMEN

4.1. Groepsverzekeringen

4.1.1. Wettelijk verplichte groepsverzekeringen

Het meest sprekende voorbeeld van een wettelijk verplichte groepsverzekering berust op art. 7 lid 1 Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.²⁸ Op grond van deze bepaling mag medisch-wetenschappelijk onderzoek op mensen enkel worden verricht indien bij aanvang van het onderzoek een verzekering is gesloten die de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen door het onderzoek veroorzaakte schade door dood of letsels van de proefpersonen dekt. De verzekerde bedragen moeten ingevolge art. 3 lid 1 van het met ingang van 1 juli 2015 van kracht zijnde Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen 2015²⁹ ten minste € 650 000 per proefpersoon zijn en ten minste € 5 000 000 per wetenschappelijk onderzoek.

Ook de door het bestuur van de vereniging van eigenaars ten behoeve van de appartementseigenaars afgesloten

21. Onder vrijwilligers worden in dit verband verstaan degenen die in enig organisatorisch verband onbetaald werkzaamheden verrichten ten behoeve van anderen en/of de samenleving waarbij een maatschappelijk belang wordt gediend, met uitzondering van leden van de vrijwillige brandweer en de vrijwillige politie. Mantelzorgers zijn weliswaar geen vrijwilligers, maar de dekking voor ongevallen en persoonlijke eigendommen geldt ook voor hen.

22. D. Boeijen, M. Heemskerk & R. Maatman, *Beëindiging van de doornesystematiek. Juridisch navigeren naar alternatieven*, Tilburg: Netspar 2015, p. 33.

23. In de raamovereenkomst kan als voorwaarde zijn opgenomen dat ten minste een bepaald percentage of aantal werknemers respectievelijk leden van de geboden mogelijkheid gebruikmaakt.

24. Deze bestaat doorgaans uit een polisblad, algemene voorwaarden, bijzondere voorwaarden en eventueel een clausuleblad. Zie: De Jong 2014, p. 278.

25. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 43. Zie ook: Wansink 2011, p. 243 en De Jong 2014, p. 278.

26. In de praktijk worden de algemene voorwaarden – evenals de bijzondere voorwaarden en het eventuele clausuleblad – tegelijk met het polisblad uitgereikt (De Jong 2014, p. 285).

27. Een nadere invulling van de te verstrekken precontractuele informatie is te vinden in par. 8.1.4 BGfo.

28. *Stb.* 1998, 161.

29. *Stb.* 2014, 477.

opstal- en aansprakelijkheidsverzekering kunnen worden aangemerkt als een groepsverzekering. Deze verzekeringen worden door het bestuur afgesloten ten name van de vereniging en de gezamenlijke eigenaars.³⁰ De wettelijke basis voor de opstalverzekering laat zich vinden in art. 5:112 lid 1 onderdeel d BW. Dit bepaalt dat het ingevolge art. 5:111 onderdeel d BW in de akte van splitsing opgenomen reglement moet regelen door wiens zorg en tegen welke gevaren het gebouw ten behoeve van de gezamenlijke appartementseigenaren moet worden verzekerd. De op het bestuur rustende verplichting om tevens een verzekering af te sluiten voor de wettelijke aansprakelijkheid die kan ontstaan voor de vereniging en voor de eigenaars als zodanig vloeit niet rechtstreeks voort uit de wet, maar is neergelegd in het wettelijk verplichte modelreglement.³¹

4.1.2. Krachtens cao verplichte groepsverzekeringen

Collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen de werkgever ertoe verplichten om ten behoeve van zijn werknemers een verzekering af te sluiten. Veelal gaat het dan om een groepsverzekering die de werknemer een aanvulling geeft op zijn inkomen in geval van arbeidsongeschiktheid.³² De verplichting kan echter ook betrekking hebben op een groepsverzekering waarop een of meer andere risico's zijn gedekt.

Hierna volgen enkele voorbeelden van relevante cao-bepalingen:

'De werkgever is gehouden ten behoeve van zijn werknemers een verzekering af te sluiten ter reparatie van het WGA-hiaat en voor een eenmalige IVA uitkering. (...) Van de premie voor de in dit lid genoemde verzekering mag maximaal 0,58% op het brutoloon van de werknemer worden ingehouden.'³³

'De werkgever is verplicht een collectieve ongevallenverzekering met een 24-uurs dekking af te sluiten voor alle werknemers die bij hem in dienst zijn.'³⁴

'De werkgever heeft ten behoeve van de werknemer een aantal (collectieve) verzekeringen afgesloten, te weten:

- aansprakelijkheidsverzekering;
- WGA-verzekering.³⁵

Bijzondere aandacht verdient hierbij de situatie dat de cao een werkgever verplicht om een pensioenregeling te treffen voor zijn werknemers. Deze pensioenregeling als zodanig is een arbeidsvoorwaarde en geen financieel product. De door de werkgever met zijn werknemers te sluiten pensioenovereenkomst is evenmin een financieel product. De ingevolge afdeling 4.2.3 van de Wft voor verzekeringstussenpersonen geldende zorgplichtbepalingen zijn daarop derhalve niet van toepassing.³⁶ Verdedigd kan worden dat ook de door de werkgever met de pensioenuitvoerder (in casu een levensverzekeraar) in verband daarmee te sluiten uitvoeringsovereenkomst geen financieel product is.^{37,38} Het adviseren inzake een uitvoeringsovereenkomst valt dan evenmin onder het toezichtregime van de Wft. Dat is anders als de advisering over de ter uitvoering van de pensioenregeling te sluiten of te wijzigen collectieve pensioenverzekering een uitvloeisel is van de geadviseerde pensioenregeling respectievelijk uitvoeringsovereenkomst. In dat geval kan het een niet los worden gezien van het ander en moeten de pensioenregeling respectievelijk de uitvoeringsovereenkomst mede worden gezien als een verzekering in de zin van art. 1:1 Wft.³⁹

4.1.3. Krachtens zelfregulering verplichte groepsverzekeringen

Bij bepaalde beroepsgroepen is bij wijze van zelfregulering deelname aan een collectieve verzekering verplicht gesteld. Doorgaans gaat het dan om een groepsverzekering, waarbij de beroepsorganisatie als verzekeringnemer optreedt. Wansink noemt als voorbeeld de door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) gesloten excedentverzekering – een groepsverzekering, waarop de beroepsaansprakelijkheid van notarissen in aanvulling op de door hen verplicht te sluiten aansprakelijkheidsverzekering met een dekking van € 1 miljoen is gedekt tot een bedrag van € 25 miljoen. Overigens is omstreden of

30. Art. 15 lid 3 Modelreglement bij splitsing in appartementsrechten 2006.

31. Om precies te zijn: art. 15 lid 1 tweede volzin Modelreglement bij splitsing in appartementsrechten 2006.

32. Niet te verwarren met verzuimverzekeringen en WGA-eigenrisicoverzekeringen, waarmee een werkgever zich verzekert van een tijdelijke uitkering bij ziekte respectievelijk (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid van een werknemer.

33. Art. 40 lid 3 van de bij besluit van 11 maart 2015 algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst voor het Slagersbedrijf (*Stcr.* 2015, 4799).

34. Art. 10 lid 1 van de bij besluit van 27 februari 2015 algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst Particuliere Beveiliging (*Stcr.* 2015, 6187).

35. Art. 7.1 van de bij besluit van 12 december 2014 algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst voor de Huisartsenzorg (*Stcr.* 2014, 32796).

36. Uiteraard geldt voor hen wel de verplichting om overeenkomstig art. 7:401 BW jegens hun opdrachtgever, de werkgever, de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Zij moeten er ook op bedacht zijn dat schending van deze zorgplicht een buitencontractuele aansprakelijkheid met zich kan brengen jegens de werknemers voor wie de pensioenregeling is bedoeld.

37. Aldus Voerman en (S.E.) Kuiper in hun noot bij Rb. Rotterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU5317: 'Het is echter geen uitgemaakte zaak dat een uitvoeringsovereenkomst kwalificeert als een (levens)verzekering. De overeenkomst kan zich beperken tot administratie en beheer van pensioengelden gecombineerd met een opdracht aan de uitvoerder deelnemers en nabestaanden bij de pensioenregeling als begunstigde voor een uitkering aan te wijzen.' (*JOR* 2012/17, aant. 11)

38. Lutjens en (S.H.) Kuiper hebben wat dit betreft echter geen twijfel: 'De uitvoeringsovereenkomst voldoet aan alle kenmerken van een verzekeringsovereenkomst (art. 7:925 BW), meer specifiek een sommenverzekering (art. 7:964 BW). De uitvoeringsovereenkomst betreffende ouderdoms- en nabestaandenpensioen is gekoppeld aan leven respectievelijk dood van de (gewezen) werknemer en is daarmee een bijzondere soort sommenverzekering, namelijk een levensverzekering (art. 7:975 BW)'. Zie voor hun redenering: *NTBR* 2008/10, par. 3.3.2.

39. Dit brengt onder meer met zich dat de in art. 4:23 lid 1 Wft neergelegde informatie-inwinverplichting ook ziet op de aan het sluiten respectievelijk wijzigen van de pensioenverzekering voorafgaande advisering inzake de pensioenregeling respectievelijk uitvoeringsovereenkomst. Zie: CBB 6 februari 20014, ECLI:NL:CBB:2014:42, r.o. 5.3.

de KNB bevoegd is om notarissen te verplichten een excidentverzekering te sluiten. De Rechtbank Leeuwarden⁴⁰ oordeelde dat deze beroepsorganisatie daartoe ingevolge art. 89 lid 2 Wna⁴¹ niet bevoegd is, omdat notarissen zich elk afzonderlijk kunnen verzekeren tegen aansprakelijkheid door beroepsfouten. In een identieke casus kwam de Rechtbank Amsterdam⁴² in navolging van het Gerechtshof Amsterdam⁴³ tot de conclusie dat de KNB wél in redelijkheid heeft kunnen besluiten om een collectieve verzekering voor haar leden af te sluiten en daarvoor de premie bij haar leden te verhalen.

4.1.4. Onverplichte groepsverzekeringen

Onverplichte groepsverzekeringen zijn er in vele varianten. Enkele voorbeelden: de door een onderneming, vereniging of school te sluiten collectieve auto-inzittendenverzekering, waarop werknemers, ouders van leerlingen respectievelijk leden, en andere inzittenden tijdens dienstreizen of autoritten in het kader van school- respectievelijk verenigingsactiviteiten zijn verzekerd; de door een onderneming te sluiten collectieve zakenreisverzekering voor bestuurders en werknemers, die in opdracht en voor rekening van de onderneming een zakenreis maken, alsmede hun meereizende partners; de door het Gilde van Vrijwillige Molenaars ten behoeve van haar leden, examinatoren, instructeurs en bestuursleden gesloten collectieve aansprakelijkheidsverzekering.⁴⁴

4.2. Mantelcontracten

4.2.1. Wettelijk verplichte mantelcontracten

Het Ontwerp wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen bevat een regeling die als voorbeeld kan dienen van een wettelijk verplicht mantelcontract. Het bevat de plicht van een aannemer om aan elke particuliere opdrachtgever een verzekerde garantie aan te bieden. 'Deze verzekerde garantie is bedoeld voor afbouw van de woning of herstel van verborgen gebreken. De verzekerde garantie treedt dus alleen in werking als een aannemer insolvent raakt tijdens de bouw of na de bouw. Een aannemer is verplicht om een dergelijke regeling aan te bieden, tenzij dat in redelijkheid niet van hem gevergd kan worden. De opdrachtgever heeft vervolgens de vrije keuze om wel of niet gebruik te maken van die mogelijkheid.'⁴⁵

4.2.2. Krachtens cao verplichte mantelcontracten

Niet in alle gevallen zal een werkgever gehouden zijn een groepsverzekering af te sluiten. De op grond van een cao-bepaling op hem rustende verplichting om een mantelcontract te sluiten gaat minder ver. In de meeste gevallen gaat

het hier om een mantelcontract inzake de verplichte zorgverzekering (basisverzekering), eventueel met een aanvullende ziektekosten- en/of tandartskostenverzekering. Het kan echter ook om andere verzekeringen gaan. Voorbeelden van zulke cao-bepalingen, die een werkgever verplichten om een mantelcontract te sluiten, zijn:

'Voor het sluiten van een verzekering krachtens de Zorgverzekeringswet kan de medewerker voor zichzelf, zijn partner en kinderen tot 27 jaar deelnemen aan de collectieve zorgverzekering die de werkgever is overeengekomen met NV Zorgverzekeraar UMC.'⁴⁶

'Uw werkgever zal zich inspannen om tegen zo gunstig mogelijke voorwaarden een collectief contract te sluiten met een zorgverzekeraar waar uzelf en uw gezinsleden een basisverzekering en eventueel gewenste aanvullende verzekeringen kunnen sluiten.'⁴⁷

'De werkgever biedt de werknemer de gelegenheid tot deelname aan een collectieve verzekering voor het WGA-hiaat. De premie is voor rekening van de werknemer.'⁴⁸

4.2.3. Krachtens zelfregulering verplichte mantelcontracten

In bedrijfstakken waar de toepasselijke cao het sluiten van een mantelcontract niet verplicht stelt, kunnen ondernemers- of brancheverenigingen bij wijze van zelfregulering voorschrijven dat de aangesloten bedrijven hun werknemers de mogelijkheid bieden om bepaalde risico's op collectieve voorwaarden te verzekeren. De insolventieverzekering of afbouwgarantie die door aannemersbedrijven wordt geboden kan worden aangemerkt als een collectieve verzekering die voortvloeit uit een bij wijze van zelfregulering verplicht gesteld mantelcontract.

4.2.4. Onverplichte mantelcontracten

Ingevolge art. 18 lid 1 Zvw kan een zorgverzekeraar met een werkgever overeenkomen dat hij een geldelijk voordeel verstrekt indien diens werknemers, voormalige werknemers of hun gezinsleden verzekerd worden op basis van een in die overeenkomst aan te wijzen modelovereenkomst. Aan het te verstrekken voordeel is overigens wel een maximum verbonden: ingevolge art. 18 lid 2 Zvw mag het voordeel per persoon die op basis van die modelovereenkomst wordt verzekerd niet meer bedragen dan 10% van de grondslag van de bij die modelovereenkomst behorende premie.⁴⁹

Een andere veelvoorkomende vorm van een onverplicht mantelcontract is de door een werkgever gesloten overeenkomst die zijn werknemers in staat stelt om hun auto

40. Rb. Leeuwarden 24 november 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU5532, r.o. 4.5.

41. Verordeningen bevatten geen verplichtingen of voorschriften die niet strikt noodzakelijk zijn voor verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd en beperken niet onnodig de marktwerking.

42. Rb. Amsterdam 11 oktober 2011, AWB 11/491 VEROR (niet gepubliceerd, te kennen uit RN2012/18).

43. Hof Amsterdam 30 september 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AD1962, NJ 1994/441.

44. De door het gilde geboden mogelijkheid om een aanvullende aansprakelijkheidsverzekering te sluiten waarop de door een verzekerde aan een molen toegebrachte schade is gedekt is geen groepsverzekering.

45. Consultatiedocument Ontwerp wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen, Ontwerp toelichting, p. 24.

46. Art. 9.6 collectieve arbeidsovereenkomst universitair medische centra.

47. Art. 10.8 collectieve arbeidsovereenkomst Banken.

48. Art. 13 van de bij besluit van 11 februari 2015 algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst Glastuinbouw (Stcr. 2015, 1594).

49. In 2014 bedroeg de korting gemiddeld 5,0% (Nederlandse Zorgautoriteit, *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014*, p. 8).

tegen aantrekkelijke condities te verzekeren ('wagparkverzekering').⁵⁰ Ook de door een touroperator geboden mogelijkheid om bij de geboekte reis een annuleringskosten- en of reisongevallenverzekering te sluiten berust op een onverplicht mantelcontract.

De door een gemeente met een of meer zorgverzekeraars gesloten overeenkomst op grond waarvan inwoners met een inkomen en vermogen beneden een bepaalde norm in aanmerking komen voor een collectieve zorgverzekering is veelal eveneens een onverplicht mantelcontract. De inwoners die toetreden tot deze collectieve zorgverzekering genieten een premiekorting van maximaal 10% en daarnaast kan de gemeente meebetalen aan de premie. Ingevolge art. 35 lid 3 Participatiewet kan de gemeente bovendien bijzondere bijstand verlenen in de vorm van een collectieve aanvullende ziektekostenverzekering. In geval van een mantelcontract is de gemeente een contractpartij. Een gemeente kan er echter voor kiezen om enkel als bemiddelaar op te treden tussen de voor een zorgverzekering respectievelijk aanvullende ziektekostenverzekering op collectieve condities in aanmerking komende bijstandsgerechtigde inwoner en een zorgverzekeraar. In dat geval is zij ingevolge art. 6 lid 1 onderdeel f Vrijstellingsregeling Wft vrijgesteld van de vergunningplicht als bedoeld in art. 2:80 lid 1 Wft.^{51,52}

5. ZORGPLICHT

Sinds 1 januari 2006, toen voor verzekeringstussenpersonen een toezichtregime van kracht werd, geldt voor hen een dubbel stelsel van zorgplichten: zij hebben te maken met zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke zorgplichten. De omschrijving van het (container)begrip 'zorgplicht' die naar mijn mening het best past in het kader van dit dubbele stelsel luidt:

'een gedragsnorm op grond waarvan de betrokkenen de zorg voor een bepaald door de wetgever of de rechter geformuleerd belang in acht moeten nemen'.⁵³

De voor een verzekeringstussenpersoon geldende zorgplichten stammen dus uit duidelijk te onderscheiden juridische domeinen, die verschillende doeleinden hebben. De publiekrechtelijke Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) stellen regels ter bescherming van consumenten,

terwijl het Burgerlijk Wetboek aangeeft welke rechten contractpartijen jegens elkaar hebben.⁵⁴ In beide gevallen gaat het om open normen die dienen ter bescherming respectievelijk behartiging van bepaalde belangen. Voor verzekeringstussenpersonen gaat het daarbij om het klantbelang. In het ene geval is dit het belang van de (potentiële) afnemer van een verzekering, die in de Wft 'cliënt' wordt genoemd, en in het andere geval gaat het om het belang van diezelfde partij, maar nu in diens hoedanigheid van opdrachtgever van de verzekeringstussenpersoon.

Wat de privaatrechtelijke zorgplichten betreft is het de civiele rechter die beoordeelt of en in welke mate er sprake is van een normschending. De Autoriteit Financiële Markten (AFM), die ingevolge art. 1:25 lid 2 Wft is belast met het uitoefenen van het gedragstoezicht op de financiële markten, kan in geval van een door haar vastgestelde normschending overgaan tot het nemen van een handhavingsmaatregel. Tot haar instrumentarium behoren informele maatregelen zoals een normoverdragend gesprek of brief en formele maatregelen met een reparatoir of punitief karakter. Het geven van een aanwijzing en het opleggen van een last onder dwangsom zijn reparatoir van aard en het opleggen van een bestuurlijke boete is een punitieve maatregel. Als ultimum remedium kan de AFM ook overgaan tot het geheel of gedeeltelijk intrekken van de door haar verleende vergunning.

In deze bijdrage beperk ik mij tot de precontractuele zorgplichten van de verzekeringstussenpersoon – de zorgplichten tijdens de adviesfase, de fase voorafgaand aan het eigenlijke bemiddelen bij het tot stand brengen van de overeenkomst van verzekering.

5.1. Privaatrechtelijke zorgplichten

5.1.1. Contractuele aansprakelijkheid

Naar thans vrijwel algemeen wordt aangenomen, bestaat de aan de rechtsverhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en diens klanten ten grondslag liggende overeenkomst uit een overeenkomst van opdracht.⁵⁵ De verzekeringstussenpersoon die zijn klant adviseert inzake een verzekering of bemiddelt bij de totstandkoming ervan treedt derhalve op als opdrachtnemer van die klant.⁵⁶ Is er sprake van een mantelcontract dan treedt de verzekeringstussenpersoon normaliter op als opdrachtnemer van

50. Indien de werkgever voldoet aan ten minste twee van de in art. 1:1 onderdeel c Wft genoemde drie omvangsvereisten valt een wagpark onder de 'grote risico's', zodat ingevolge art. 4:18 lid 1 onderdeel b Wft afdeling 4.2.3 Zorgvuldige dienstverlening niet van toepassing is. Dit is echter enkel het geval, indien het gaat om het eigen wagpark van de verzekeringnemer – dus niet als er sprake is van een mantelcontract.

51. De Vrijstellingsregeling Wft gaat er derhalve van uit dat de gemeente in dat geval beroeps- of bedrijfsmatig handelt als bemiddelaar.

52. Art. 5 lid 1 onderdeel h Vrijstellingsregeling Wft bepaalt dat de gemeente die tevens adviseert over de verzekering waarin zij bemiddelt is vrijgesteld van de vergunningplicht als bedoeld in art. 2:75 lid 1 Wft. Deze bepaling is naar mijn mening overbodig. Immers, de Wft gaat ervan uit dat advisering een onderdeel vormt van de bemiddelingswerkzaamheden. Bemiddelen omvat blijkens de definitie in art. 1:1 onderdeel d Wft 'alle [cursivering CJJ] werkzaamheden (...) gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering', derhalve ook de advieswerkzaamheden.

53. C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 14.

54. D. Haas, 'Contractenrechtelijke begrippen in het financiële recht, een knellend jasje', *MvV* 2015, afl. 5, p. 144.

55. Voor de privaatrechtelijke positie van de verzekeringstussenpersoon, zie nader: 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. 65-69.

56. Dit neemt niet weg dat een verzekeringstussenpersoon (mede) als opdrachtnemer van de verzekeraar kan handelen. Zie: F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële*

degene die voornemens is zo'n contract te sluiten met de verzekeraar. Ingevolge art. 7:401 BW dient een verzekeringstussenpersoon bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.

Oprachtnemers zijn aansprakelijk indien zij tekortschieten in de op hen rustende verplichting om jegens hun opdrachtgever zorgvuldig te handelen. Daarbij gaat het in hoofdzaak om de als open norm geformuleerde zorgplicht die ingevolge art. 7:401 BW op hen rust met betrekking tot hun werkzaamheden als opdrachtnemer. De aansprakelijkheid kan echter ook het resultaat zijn van een tekortkoming ter zake van concrete contractuele verplichting.⁵⁷ Zoals verzekeringstussenpersonen bepaalde werkzaamheden, denk hierbij aan het incasseren van de premie, kunnen verrichten in opdracht van een verzekeraar, kan ook een mantelcontractant of nemer van een groepsverzekering contractueel zijn gehouden in het kader van de collectieve verzekering bepaalde werkzaamheden te verrichten voor de verzekeraar – bijvoorbeeld het aanmelden van verzekerden, het registreren van gegevens, het afgeven van dekkingsbewijzen en het melden en/of afwikkelen van geclaimde schaden. Ook indien partijen ter zake geen duidelijke afspraken hebben gemaakt, geldt in die gevallen als norm dat zij, evenals een opdrachtnemer, zorgvuldig te werk moeten gaan bij het verrichten van deze werkzaamheden.

Ook kunnen meergenoemde verzekeringnemers en mantelcontractanten hetzij contractueel hetzij anderszins zijn gehouden jegens de onder de collectieve verzekering te dekken respectievelijk gedekte verzekerden zorgvuldig te handelen. Voor een werkgever kan het gaan om een cao-verplichting, bijvoorbeeld dat de door hem ten behoeve van zijn werknemers te sluiten groepsverzekering een in de cao omschreven dekking moet bieden of dat de premie van die verzekering geheel voor zijn rekening komt. Indien deze werkgever een verzekering sluit die minder dan de voorgeschreven dekking biedt of indien hij een eigen bijdrage in rekening brengt, is er sprake van een zorgplichtschending.

5.1.2. Derdenwerking van een overeenkomst

De schending van een zorgplicht kan naast de hiervoor genoemde gevallen van contractuele aansprakelijkheid onder omstandigheden ook resulteren in een aansprakelijkheid jegens een of meer derden. Zo kan een zorgplichtschending jegens de verzekeraar een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW) opleveren jegens een verzekerde respectievelijk een ingevolge de collectiviteit voor verzekering in aanmerking komende persoon. Denk hierbij aan het geval dat de verzekeringnemer respectievelijk mantelcontractant contractueel is gehouden om een voor de collectieve verzekering in aanmerking komende persoon aan te melden bij de verzekeraar, maar dit heeft

verzuimd. Het gevolg hiervan is dat de betreffende persoon niet is verzekerd. Indien deze vervolgens schade lijdt ten gevolge van een onder die verzekering gedekte gebeurtenis dan zal de verzekeraar daardoor niet tot uitkering (kunnen) overgaan. In dat geval kan de schadelijder deze schade verhalen op de jegens hem onrechtmatig gehandeld hebbende verzekeringnemer respectievelijk mantelcontractant.

De vraag waar het in concreto op aankomt is: welk vertrouwen mocht de schadelijdende partij stellen in de prestatie van de zorgplichtige partij – in casu de verzekeringstussenpersoon?⁵⁸ Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij kan met name worden gelet op de aard van het derdenbelang, de voorzienbaarheid en de omvang van de schade, de ernst van de wanprestatie, het bestaan van een (indirecte) contractuele voorziening omtrent het derdenbelang, door de partij bij de derde opgewekt vertrouwen omtrent haar prestatie, de hoedanigheid van de partij en van de derde en de bezwaarlijkheid van de zorgplicht.⁵⁹

5.1.2.1. Rechtsontwikkeling

Schoordijk wees er eind vorige eeuw al op 'dat de rechtspraak van de volgende eeuw als de voortekenen niet bedriegen veel meer dan in de huidige eeuw beheerst zal worden door verhoudingen waarbij derden betrokken zijn'.⁶⁰ Deze uitspraak lijkt bewaarheid te worden: de derdenwerking in samenhangende rechtsverhoudingen staat volop in de belangstelling. Het leerstuk van de derdenwerking geeft antwoord op de vraag in welk geval er sprake is van een buitencontractuele zorgplicht jegens een derde of, zoals het ook wel wordt geformuleerd, van de doorwerking van een contractueel beding in een daarmee samenhangende rechtsverhouding. Dat is overigens geen vanzelfsprekendheid: onlangs oordeelde de Hoge Raad dat een rechter diens oordeel dat er sprake is van zodanige doorwerking specifiek moet motiveren:

'Weliswaar is in diverse arresten van de Hoge Raad bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen die niet in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, betekenis toegekend aan de feitelijk-economische samenhang die bestond tussen overeenkomsten waarbij zij wél partij waren, maar dit betekent niet dat de enkele omstandigheid dat een zodanige samenhang bestaat, steeds van belang is voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden. Daarom dient het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een

beslissingen te laten nemen? (preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 85. Zie voorts Hof Den Haag 13 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2163, JOR 2014/238, m.nt. F.M.A. 't Hart.

57. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/197.

58. Vrij naar C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, nr. 307.

59. Deze zin is een samenvatting van de cruciale, twintig pagina's tellende, paragraaf 4 van hoofdstuk 6 van Du Perrons proefschrift.

60. H.C.F. Schoordijk, 'Samenwerking is immers het wachtwoord, zowel op technische als economische gronden', *WPNR* 1998, afl. 6320, p. 428.

daarmee samenhangende rechtsverhouding, specifiek te zijn gemotiveerd.⁶¹

Timmermans conclusie bij *Vleesmeesters/Alog* bevat een beknopte behandeling van het leerstuk van de derdenwerking van overeenkomsten.⁶² Een overeenkomst scheidt als regel slechts verbintenissen voor de bij die overeenkomst betrokken partijen. Onder omstandigheden kan een derde echter rechten ontfangen aan een overeenkomst. In grote lijnen kan, aldus Timmerman, op drie manieren een zorgplicht jegens een derde rusten op (een der) partijen bij een overeenkomst. Die zorgplicht kan voortvloeien uit (a) contractnormen,⁶³ (b) autonoom vertrouwen, waaronder te verstaan concreet door een partij opgewekt vertrouwen, of (c) heteronome normen.⁶⁴ Indien de zorgplicht voortvloeit uit een contractnorm, kan de derde zich beroepen op wanprestatie. Schending van de zorgplicht uit de twee overige normen kan leiden tot een actie uit onrechtmatige daad.⁶⁵ Volgens Du Perron lijkt het beter om de kwalificatie van zorgplichten als autonoom of heteronoom, contractueel of buitencontractueel achterwege te laten. De vraag waar het uiteindelijk op aankomt is, ongeacht de kwalificatie, dezelfde: welk vertrouwen mocht de derde in de prestatie van de partij stellen?⁶⁶ Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij kan met name worden gelet op de aard van het derdenbelang, de voorzienbaarheid en de omvang van de schade, de ernst van de wanprestatie, het bestaan van een (indirecte) contractuele voorziening omtrent het derdenbelang, door de partij bij de derde opgewekt vertrouwen omtrent haar prestatie, de hoedanigheid van de partij en van de derde en de bezwaarlijkheid van de zorgplicht.⁶⁷

Rinkes lijkt zich aan te sluiten bij Vranken, die achtereenvolgens heeft aangegeven dat bij samenhangende rechtsverhoudingen de problematiek van toerekening van kennis en wetenschap zich in heel veel verschillende situaties voordoet en om genuanceerde oplossingen vraagt en dat deze problematiek nog lang niet voldoende is uitgediept.⁶⁸ Voorts acht hij de door Du Perron beschreven catalogus van omstandigheden ook van betekenis bij samenhang tussen publiekrechtelijke regelingen zoals de

Wft en de onderliggende privaatrechtelijke verhouding tussen een financieëldienstverlener en diens klant.⁶⁹ Naast de dissertatie van Du Perron verwijst hij ook naar die van Claeys⁷⁰ en Van Laarhoven⁷¹, waarvan hij vaststelt dat samenhangende rechtsverhoudingen daarin worden onderkend als een belangrijk juridisch-dogmatisch fenomeen.

Ernes wijst in haar oratie eveneens op deze laatste dissertaties en stelt zich de vraag wie als partij heeft te gelden bij een overeenkomst en wie als derde. Anders dan Du Perron, die de begrippen 'derde' en 'partij' beschouwt als elkaar wederzijds uitsluitende grootheden,⁷² constateert zij dat de begrippen 'derde' en 'partij' elkaar niet steeds wederzijds uitsluiten.

'Een derde kan trekken van een partij vertonen, waardoor hij aanspraken kan hebben, die van oudsher zijn voorbehouden aan een partij. Het gevolg zou dan zijn dat de grenzen tussen de begrippen vervagen.'⁷³ Ernes concludeert dat in de nabije toekomst de begrippen 'partij', 'overeenkomst' en 'derde' wederom op de agenda moeten worden gezet. Zij acht het dringend noodzakelijk dat helder is wie kan worden aangeduid als contractpartij, dat wordt vastgesteld hoever een overeenkomst zich uitstrekt en dat daarbij grenzen worden gesteld aan het begrip 'betrokken derde'. Dit zet de deur open naar een nieuwe, contemporaine, invulling van het begrip 'overeenkomst'.⁷⁴ Kan dat? Zou een wijziging binnen het privaatrecht mogelijk zijn?, vraagt Ernes zich vervolgens af. Het antwoord op deze vraag is dat het uitgangspunt dat een overeenkomst uitsluitend werking heeft tussen partijen wegens de 'economische verdichting van de samenleving'⁷⁵ plaats zal moeten maken voor een minder krampachtig vasthouden aan het bilaterale karakter van overeenkomsten, dat geen recht doet aan de toegenomen en nog steeds toenemende complexiteit van het economisch verkeer.

'Waar meerdere overeenkomsten in elkaars verlengde liggen, of anderszins met elkaar samenhangen is het krampachtig deze overeenkomsten te scheiden waardoor de persoon die wel partij is bij de ene overeenkomst maar niet bij de andere, een deelnemer bij die samenhangende overeenkomst slechts via onrechtmatige daad zou kunnen

61. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, RAV 2014/87 (*Eneco/de Stichting en ICSO*), r.o. 3.5.3.

62. Zie daarvoor: HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

63. Veelal een derdenbeding in de overeenkomst.

64. Heteronome normen berusten niet op de autonomie van de partij. Naast de normen van maatschappelijke betamelijkheid, kunnen dat ook wettelijke normen zijn die de met een contractuele prestatie verbonden belangen van derden beschermen (Du Perron 1999, nr. 304).

65. Overeenkomsten kunnen ook op andere wijze dan via de onrechtmatige daad doorwerken jegens derden. Zie hiervoor: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III² 2014/522.

66. Du Perron 1999, nr. 307.

67. Deze zin is een samenvatting van de cruciale, twintig pagina's tellende, paragraaf 4 van hoofdstuk 6 van Du Perrons proefschrift.

68. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231, m.nt. J.B.M. Vranken en HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6530, NJ 2007/232, m.nt. J.B.M. Vranken.

69. J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *NTHR* 2007, afl. 6, p. 223.

70. I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2003.

71. M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

72. Du Perron 1999, nr. 41.

73. A.L.H. Ernes, *Und die Moral von der Geschicht...*, Heerlen: Open Universiteit 2011, p. 34.

74. Ernes 2011, p. 39-40.

75. Het verschijnsel dat ondernemers en beroepsbeoefenaren zich steeds meer specialiseren waardoor de onderlinge concurrentie afneemt maar tegelijkertijd een grotere wederzijdse afhankelijkheid ontstaat (A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving', *WPNR* 2012, afl. 6934, p. 452).

aanspreken. Een actie uit toerekenbare niet-nakoming zou tot de mogelijkheden moeten behoren.⁷⁶

5.1.3. 'Goed opdrachtnemer'-criterium

Een kwart eeuw geleden gaf de Hoge Raad voor het eerst aan wat van een opdrachtnemer mag worden verwacht bij de invulling van het 'goed opdrachtnemer'-criterium.⁷⁷ Een op de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon betrekking hebbend arrest volgde enkele jaren later.⁷⁸ Thans wordt veelal verwezen naar het arrest van 10 januari 2003,⁷⁹ waarin de Hoge Raad voor het eerst de redelijk bekwaame en redelijk handelende beroepsgenoot⁸⁰ als maatstaf hanteerde om te beoordelen of een verzekeringstussenpersoon zorgvuldig had gehandeld:

'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. (...).'⁸¹

Uit de bewoordingen van de tweede volzin kan worden afgeleid dat een verzekeringstussenpersoon enkel een 'waakplicht' heeft indien is voldaan aan een dubbel vereiste: dat er een verzekering is én dat deze tot diens portefeuille behoort. Niettemin blijkt uit de jurisprudentie dat deze invulling van de zorgplicht ook heeft te gelden in de precontractuele (advies)fase waarin er dus nog geen sprake is van een verzekering. Zoals ik eerder heb betoogd,⁸² verdient het om meerdere redenen aanbeveling om het hier gehanteerde begrip 'portefeuille' in overeenstemming te brengen met de thans gebruikelijke bedieningsconcepten en dit toe te spitsen op de daaruit voortvloeiende privaatrechtelijke, op de overeenkomst van opdracht gebaseerde, rechtsverhouding. Juister ware het daarom om de taak respectievelijk de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon niet te reserveren voor 'de verzekeringnemers van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen' maar deze te doen gelden jegens 'de 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 van opdracht ter zake van een of meer verzekeringen'.

Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt op welke wijze een verzekeringstussenpersoon in een concreet geval invulling moest geven aan zijn zorgplicht.⁸³ In veel gevallen ging het daarbij om al dan niet vermeende tekortkomingen in de precontractuele fase. Waar het ging om zorgplichtschendingen tijdens de looptijd van een verzekering betrof dit veelal schadeverzekering.

5.2. Publiekrechtelijke zorgplichten

De publiekrechtelijke zorgplichten van een verzekeringstussenpersoon zijn neergelegd in de Wft⁸⁴ en in het BGfo⁸⁵ is een nadere uitwerking daarvan te vinden. In de onderhavige casus gaat het om de tijdens de adviesfase⁸⁶ op een verzekeringstussenpersoon rustende (precontractuele) zorgplichten. Daarbij gaat het in belangrijke mate om informatieverplichtingen, zowel om het inwinnen van informatie als het verstrekken daarvan, maar ook om (transparantie)verplichtingen inzake de beloning van de verzekeringstussenpersoon.

5.2.1. Informatie

De algemene regels voor informatievoorziening door financiële ondernemingen, waaronder verzekeringstussenpersonen, zijn te vinden in art. 4:19 Wft. Deze regels zien zowel op verplichte als onverplichte informatie, waaronder reclame-uitingen. Op grond van het eerste lid van deze bepaling mag de te verstrekken of beschikbaar te stellen informatie inzake een financieel product, waaronder een verzekering, niet strijdig zijn met de ingevolge de Wft te verstrekken of beschikbaar te stellen informatie. Dit geldt ook voor informatie inzake financiële diensten zoals adviseren en bemiddelen. Ingevolge het tweede lid moet de aan een klant verstrekte of beschikbaar gestelde informatie inzake een financieel product of financiële dienst correct en duidelijk zijn en mag zij niet misleidend zijn. Is er sprake van een commercieel oogmerk dan moet dat als zodanig herkenbaar zijn (art. 4:19 lid 3 Wft).

5.2.2. Informatie-inwinverplichting

Voor de verzekeringstussenpersoon die zijn klant adviseert bevat art. 4:23 lid 1 Wft een belangrijke, ook in de onderhavige casus aan de orde zijnde, verplichting. Het gaat hier om de zogenaamde 'ken uw klant'-bepaling, die naar haar strekking ook wel 'informatie-inwinverplichting

76. Ernes & Lamers 2012, p. 458.

77. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, r.o. 3.7, *NJ* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*).

78. HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, r.o. 3.6, *NJ* 1997/718, m.nt. M.M. Mendel; *VR* 1997/97, m.nt. T.J. Dorhout Mees (*KHTC/Generale Bank*).

79. HR 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*).

80. In zijn eerdere op de zorgplicht van verzekeringstussenpersonen betrekking hebbende arresten hanteerde de Hoge Raad dezelfde maatstaf, maar in plaats van 'beroepsgenoot' gebruikte hij het woord 'vakgenoot'.

81. De Hoge Raad hanteerde deze aan de memorie van antwoord bij de Wet Assurantiebemiddeling (*Kamerstukken I* 1951/52, 870, 11A, p. 3) ontleende taakomschrijving voor het eerst in HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, r.o. 3.3, *NJ* 1998/586, m.nt. M.M. Mendel; *JOR* 1998/47, m.nt. E. Loesberg (*Van Dam/Rabobank*).

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

83. Voor een rubricering daarvan, zie: De Jong 2012, p. 40-48.

84. Afdeling 4.2.3 Zorgvuldige dienstverlening.

85. Hoofdstuk 8 Zorgvuldige dienstverlening.

86. Is er sprake van een verzekering waarvoor het provisieverbod geldt, dan moet de verzekeringstussenpersoon de klant voorafgaand aan zijn dienstverlening informeren over de aard en reikwijdte daarvan (art. 4:25b lid 1 onderdeel a Wft). In dat geval moet hij ingevolge art. 86f lid 1 BGfo voorafgaand aan zijn dienstverlening aan de klant een dienstverleningsdocument verstrekken, dat onder andere aangeeft of hij adviseert en, zo ja, of hij dat doet op basis van een objectieve analyse (art. 86f lid 2 onderdeel a BGfo).

ting' wordt genoemd. Deze verplichting houdt in dat de verzekeringstussenpersoon in het belang van zijn klant informatie moet inwinnen over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Een en ander voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het door hem te geven advies. Hij moet zijn advies vervolgens afstemmen op het op basis van de verkregen informatie vastgestelde klantprofiel. Bovendien geldt voor hem een motiveringsplicht: hij moet de overwegingen die ten grondslag liggen aan zijn advies – voor zover dat nodig is voor een goed begrip van het advies – toelichten.

De informatie-inwinverplichting geldt ingevolge art. 41 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft enkel voor de in dit artikel met name genoemde financiële producten. Voor zover het verzekeringen betreft, gaat het om risicovolle producten: complexe producten en verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een klant.⁸⁷ De mate waarin informatie wordt ingewonnen, zal afhangen van de complexiteit van het product of de dienst waarover advies wordt gegeven. Alleen die informatie die redelijkerwijs relevant is voor dat product of die dienst moet worden ingewonnen.⁸⁸

5.2.3. Precontractuele informatieplicht

Indien een verzekeringstussenpersoon in het kader van zijn werkzaamheden een klant niet adviseert, dan moet hij dit ingevolge art. 4:23 lid 2 Wft bij aanvang van zijn werkzaamheden aan deze klant kenbaar maken. Adviseert hij wel, dan verplicht art. 4:20 lid 1 Wft hem om zijn klant voorafgaand aan het adviseren zodanige informatie te verstrekken dat deze kan beoordelen wat zijn financiële dienst (adviseren, bemiddelen) inhoudt. Bovendien moet hij zijn klant dan de informatie verstrekken die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van de te sluiten verzekering. Een nadere uitwerking van de in dit verband verplichte precontractuele informatie is te vinden in par. 8.14 BGfo.

Evenals bij de informatie-inwinverplichting geldt de precontractuele informatieplicht ingevolge art. 41 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft enkel voor als complex product kwalificerende verzekeringen en verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt.

5.2.4. Doorwerking

Een publiekrechtelijke regeling met wettelijke status werkt direct door in het privaatrecht. De wettelijke basis

hiervan wordt gevormd door art. 6:248 lid 1 BW.⁸⁹ Van een wettelijke status is sprake als het gaat om een wettelijke regeling of als de regeling voldoende wettelijke grondslag heeft. De zorgplichtbepalingen in het BGfo en in de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, welke laatste een op een delegatiebepaling berustende toezichthouderregeling is, hebben voldoende wettelijke grondslag. Leidraden van de AFM daarentegen, hebben geen wettelijke grondslag en werken derhalve niet direct door in privaatrechtelijke zorgplichten.

Wft-gedragsnormen respectievelijk de uitwerking daarvan in het BGfo geven in belangrijke mate invulling aan open privaatrechtelijke normen. Rinkes gaat nog verder: volgens hem zijn Wft-gedragsnormen richtinggevend in het privaatrecht, omdat de wetgever in de Wft duidelijk en expliciet normoverdracht beoogt te bewerkstelligen.⁹⁰ Of en in welke mate de rechter in een civiele procedure de schending van een Wft-gedragsnorm in zijn oordeel betreft, zal afhangen van hetgeen wordt gevorderd, op welke privaatrechtelijke bepalingen deze vordering wordt gebaseerd en welke gronden daartoe worden aangevoerd.⁹¹ In een drietal (proef)procedures inzake effectenlease oordeelde de Hoge Raad dat de opvatting dat de privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in de publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd onjuist is.⁹² Privaatrechtelijke zorgplichten kunnen derhalve verder reiken dan publiekrechtelijke zorgplichten.

Een gedraging in strijd met een publiekrechtelijke zorgplicht kan een onrechtmatige daad opleveren. Deze resulteert echter enkel in een aanspraak op vergoeding van de daardoor geleden schade, indien de geschonden norm de belangen beoogt te beschermen van de schadelijder.⁹³ Bij schending van een van de gedragsnormen in par. 4.3.2 Wft is voldaan aan het relativiteitsvereiste, omdat deze gedragsnormen strekken tot bescherming van cliënten – in casu (kandidaat-)verzekeringnemers. In veel gevallen zal een verhaalsactie echter vruchteloos blijken wegens het ontbreken van causaal verband tussen de normschending en de geleden schade. Overigens kan het schenden van een Wft-gedragsnorm niet alleen een onrechtmatige daad opleveren, maar ook op andere gronden aanleiding

87. Strikt genomen geldt de informatie-inwinverplichting niet bij een groepsverzekering, omdat de personen ten behoeve van wie de verzekering wordt gesloten niet als 'cliënt' kwalificeren.

88. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 512.

89. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

90. J.G.J. Rinkes, 'Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijk perspectief', in: C.W.M. Lieverse & J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector* (preadvies Vereniging voor Effectenrecht 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 232.

91. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 317.

92. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, r.o. 4.5.8, *JA* 2009/7, m.nt. W.H. van Boom; *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levoob Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.10.3, *JA* 2009/7, m.nt. W.H. van Boom; *JOR* 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieverse; *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, r.o. 4.6.10, *JA* 2009/118, m.nt. W.H. van Boom; *JOR* 2008/200, m.nt. C.W.M. Lieverse; *NJ* 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

93. De Jong 2011, p. 154.

geven tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding.⁹⁴

6. TERUG NAAR DE CASUS

6.1. Toepasselijkheid Wft

Uit de uitspraak die de aanleiding vormde tot het schrijven van deze bijdrage blijkt dat eiser verwees naar art. 4:23 Wft. Niet duidelijk is of deze verwijzing zag op het eerste of het tweede lid van deze Wft-bepaling. Zoals hiervoor aangegeven, bevat het eerste lid de informatie-inwinverplichting en is het tweede lid van toepassing wanneer niet wordt geadviseerd ('execution only'). In casu werd geadviseerd over een verzekering in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen van de klant, het ligt dus voor de hand om aan te nemen dat eiser art. 4:23 lid 1 Wft voor ogen stond. Overigens merk ik op dat de (aspirant-)verzekeringnemer enkel als 'cliënt' kan worden aangemerkt als de verzekeringstussenpersoon hem adviseert en/of bemiddelt bij het sluiten van de in het kader van het mantelcontract te sluiten verzekering. Zolang de verzekeringstussenpersoon niet optreedt als diens opdrachtnemer, geldt de informatie-inwinverplichting derhalve niet gelet op de bewoordingen van art. 41 lid 2 onderdeel f Vrijstellingsregeling Wft.

De rechtbank overweegt dat eiser zijn vordering niet kan baseren op de Wft (r.o. 4.8, eerste volzin) en hieruit zou kunnen worden afgeleid dat eiser zijn vordering had gebaseerd op art. 4:23 lid 1 Wft. Zij baseert haar oordeel dat de Wft niet van toepassing is op de bemiddeling van een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering niet op het feit dat de betreffende werknemer niet als cliënt kan worden aangemerkt, zodat art. 41 lid 2 onderdeel f Vrijstellingsregeling Wft niet van toepassing is, maar op art. 1:21 aanhef, onderdeel a onder 2 Wft. Ten onrechte. Art. 1:21 onderdeel a Wft noemt een vijftal gevallen waarin de Wft buiten toepassing blijft bij verzekeringsbemiddeling. Deze uit art. 1 lid 2 Richtlijn verzekeringsbemiddeling⁹⁵ voortvloeiende uitzonderingen houden in dat de Wft niet van toepassing is op bemiddelen in verzekeringen, voor zover:

1. het bemiddelen slechts kennis vergt van de verzekeringsdekking die geboden wordt;
2. het een verzekering betreft die geen levensverzekering is en geen aansprakelijkheidsrisico's dekt;
3. de betreffende bemiddelaar een andere hoofdberoeps-werkzaamheid heeft dan bemiddelen in verzekeringen;
4. het een verzekering betreft die een aanvulling is op de levering van een zaak of de verlening van een dienst door de betreffende bemiddelaar, hetgeen het geval is indien de betreffende verzekering het risico dekt van defect, verlies, of beschadiging van door die bemiddelaar geleverde zaken dan wel het risico dekt van beschadiging of verlies van bagage of andere

risico's die verband houden met een bij die bemiddelaar geboekte reis, ook indien de verzekering levensverzekering- of aansprakelijkheidsrisico's dekt indien dat een bijkomende dekking is ten opzichte van de hoofddekking betreffende de met die reis verband houdende risico's; en

5. het een verzekering betreft waarvan het bedrag van de jaarlijkse premie niet hoger is dan € 500 en de volledige looptijd van de verzekering, met inbegrip van eventuele verlengingen, niet langer is dan een periode van vijf jaar.

De rechtbank concludeert dat de Wft niet van toepassing is, omdat het bemiddelen niet ziet op een levensverzekering of een verzekering die aansprakelijkheidsrisico's dekt. Zij ziet daarbij over het hoofd dat voor het buiten toepassing blijven van de Wft moet zijn voldaan aan alle vijf in art. 1:21 aanhef, onderdeel a Wft genoemde voorwaarden. Dat het gaat om cumulatieve voorwaarden, blijkt uit het woordje 'en' aan het eind van de vierde voorwaarde.

6.2. Zorgvuldigheids criterium

Verwijzend naar het hiervoor genoemde arrest *Bralis/Octant* van 10 januari 2003 stelt de rechtbank in r.o. 4.9 dat bij de beoordeling van het handelen van de assurantiestussenpersoon als (civielrechtelijke) maatstaf geldt dat deze 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 de assurantiestussenpersoon 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. Beschikt de tussenpersoon met betrekking tot een hem bekende relevante omstandigheid niet over voldoende gegevens of mag hij niet ervan uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt nog volledig en juist zijn, dan dient hij daarnaar bij zijn cliënt te informeren.

Tussen partijen is in geschil in hoeverre deze maatstaf tevens van toepassing is op de rechtsverhouding tussen eiser en de door deze gedaagde verzekeringstussenpersoon. Vaststaat dat de verzekeringstussenpersoon optrad als opdrachtnemer van het bedrijf en op zich heeft genomen het bedrijf naar aanleiding van de invoering van de WIA te adviseren ter zake van het afsluiten van een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering ten behoeve van zijn werknemers. In casu ging het om een door het bedrijf te sluiten mantelcontract. Niet duidelijk is of de advisering geschiedde op initiatief van het bedrijf⁹⁶ of op initiatief van de verzekeringstussenpersoon.

94. De vordering kan worden gebaseerd op o.a. het onzorgvuldig handelen van een opdrachtnemer, de redelijkheid en billijkheid respectievelijk een misleidende mededeling.

95. Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling (*PbEG* 2002, L 9).

96. Volgens de geldende cao was het bedrijf niet verplicht om ten behoeve van zijn werknemers een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering aan te bieden (r.o. 4.16).

De rechtbank is van oordeel dat – nu de verzekeringstussenpersoon (i) het bedrijf adviseerde over de gevolgen van de invoering van de WIA, (ii) een module IVA-excedentverzekering heeft geoffreerd en (iii) het tevens op zich heeft genomen om een voorlichtingsbijeenkomst ten behoeve van het personeel van het bedrijf te organiseren – van hem in het kader van zijn zorgplicht als verzekeringstussenpersoon jegens de daarbij direct betrokken belangen van deze werknemers gehouden was om zowel het bedrijf als zijn werknemers deugdelijk voor te lichten omtrent de door de WIA niet gedekte risico's en de (on)mogelijkheden om deze risico's via de geoffreerde verzekering af te dekken. Dit ligt, aldus de rechtbank, temeer voor de hand gelet op de (zeker voor een leek) niet eenvoudig te doorgronden materie inzake de WIA, aanvullende verzekeringsmogelijkheden en de (on)gedekte risico's. Het bedrijf en zijn werknemers kunnen na een dergelijke voorlichting geacht worden goed geïnformeerd en weloverwogen een keuze te kunnen maken of zij bepaalde risico's via verzekering willen afdekken en de bijbehorende premie willen dragen of geen (aanvullende) verzekeringen willen afsluiten. De rechtbank nuanceert dit door te stellen dat de zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon niet zover reikt, dat hij gehouden is om per individuele werknemer een risico-inventarisatie te maken. 'Hierbij is van belang dat het gaat om een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering waarbij iedere werknemer – na deugdelijk te zijn voorgelicht – zelf een afweging dient te maken of hij gezien zijn persoonlijke omstandigheden bepaalde niet onder de WIA vallende risico's wil verzekeren en de bijbehorende premie wil dragen, dan wel bepaalde risico's onverzekerd wil laten.'

De vraag is of de verzekeringstussenpersoon deze deugdelijke voorlichting moe(s)t geven. Ingevolge art. 7:401 BW moet een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Daarbij gaat het om de bij de overeenkomst van opdracht met de opdrachtgever overeengekomen werkzaamheden – in casu het adviseren van een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering ten behoeve van diens werknemers. Dat deze werknemers belang hebben bij deze verzekering lijkt geen twijfel. De verzekeringstussenpersoon was weliswaar gehouden om zijn opdrachtgever, het bedrijf, te adviseren, maar dat wil nog niet zeggen dat hij tevens diens werknemers moest adviseren – noch collectief noch individueel. Dat is naar mijn mening afhankelijk van de door de verzekeringstussenpersoon aanvaarde opdracht: bestond deze enkel uit het adviseren van het bedrijf of omvatte deze tevens het adviseren van werknemers. Het gaat naar mijn mening te ver om, zoals de rechtbank doet, het vanzelfsprekend te achten dat de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon die een bedrijf adviseert inzake een collectieve verzekering zich uitstrekt tot de werknemers te wier behoeve het bedrijf die verzekering wil sluiten. Voor zover mij bekend, is de gangbare praktijk dat de dekking die de collectieve verzekering moet bieden met het bedrijf wordt overeengekomen en dat diens werknemers vervolgens worden geïnformeerd en in de gelegenheid worden gesteld om zich, al dan niet via hun werkgever, aan te melden. Het informe-

ren geschiedt veelal schriftelijk, waarbij de werknemers voor nadere informatie worden verwezen naar een aanspreekpunt binnen het bedrijf, bijvoorbeeld de afdeling Personeelszaken, of naar de verzekeringstussenpersoon door wiens tussenkomst het mantelcontract tot stand is gekomen. De werknemer die zich vervolgens voor advies tot deze (of eventueel een andere) verzekeringstussenpersoon wendt, moet ter zake van het te geven advies worden aangemerkt als diens opdrachtgever en is gehouden om de advieswerkzaamheden te verrichten als een redelijk handelende en redelijk bekwame verzekeringstussenpersoon.

In het onderhavige geval is voor de werknemers een bijeenkomst belegd waarin een accountmanager van Aegon een presentatie verzorgde. Deze presentatie werd weliswaar georganiseerd door de verzekeringstussenpersoon en gehouden in aanwezigheid van een zijner medewerkers, maar dit wil geenszins zeggen dat deze verzekeringstussenpersoon verantwoordelijk kan worden gehouden voor eventuele tekortkomingen in het gepresenteerde. Uit de casus blijkt niet op wiens initiatief respectievelijk onder wiens verantwoordelijkheid de presentatie werd gegeven: het bedrijf, de verzekeraar of de verzekeringstussenpersoon. Ook kan niet worden uitgesloten dat de presentatie plaatsvond op een aan de verzekeraar gericht verzoek van de ondernemingsraad of van de werknemers zelf. Het ligt eerder voor de hand dat het door de accountmanager gepresenteerde voor rekening komt van diens werkgever, de verzekeraar, dan van de verzekeringstussenpersoon die hem inschakelde voor het geven van een deskundige toelichting op de door de verzekeraar uitgebrachte offerte.

6.3. Derdenwerking

De rechtbank geeft er geen blijk van de huidige inzichten in de derdenwerking van overeenkomsten in haar overwegingen te hebben betrokken.

In r.o. 4.11 overweegt de rechtbank dat de verzekeringstussenpersoon terecht betoogt dat de in het arrest *Bvals/Octant* genoemde maatstaf is toegespitst op het handelen van de verzekeringstussenpersoon jegens de verzekeringnemer als zijn opdrachtgever. In dit geval is dat de werkgever. De overleden werknemer en de overige werknemers van het bedrijf gelden ten opzichte van de verzekeringstussenpersoon niet als directe opdrachtgevers, maar als derden. Niet valt in te zien, aldus de rechtbank, dat de verzekeringstussenpersoon ten opzichte van deze werknemers als verzekerden⁹⁷ en daarmee direct betrokken derden een andere zorgvuldigheidsnorm in acht diende te nemen dan ten opzichte van zijn opdrachtgever. Dit op grond van het feit dat de verzekeringstussenpersoon het bedrijf in zijn hoedanigheid van werkgever adviseerde omtrent een aanvullende collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering ten behoeve van zijn werknemers en het ook op zich heeft genomen deze werknemers voor te lichten, waardoor het voor hem kenbaar was dat de belangen van deze werknemers hierbij direct waren betrokken, zodat het voor de hand ligt om op

97. In feite hadden de werknemers nog geen keuze gemaakt, het gaat dus niet om verzekerden maar om potentiële verzekeringnemers.

grond van art. 6:162 BW van dezelfde zorgvuldigheidsnorm uit te gaan.

Deze overweging lijkt mij te mager – zowel in relatie tot de hiervoor vermelde onduidelijkheden als in het licht van de door Ernes en Lamers veronderstelde noodzaak tot het loslaten van het bilaterale karakter van overeenkomsten – om te concluderen dat de verzekeringstussenpersoon in casu onrechtmatig handelde jegens de werknemers van het bedrijf, meer in het bijzonder jegens de overleden werknemer. In dit verband wijs ik op het richtinggevend arrest van 24 september 2004, waarin de Hoge Raad opsomt welke omstandigheden de rechter in zijn beoordeling dient te betrekken:

‘Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.’⁹⁸

7. TER AFSLUITING

Eiser krijgt van de rechtbank twee bewijsopdrachten. Hij moet bewijzen dat tijdens de bespreking van 3 november 2006 met de accountant van het bedrijf én bij de presentatie van Aegon in maart 2007 aan het bedrijf noch aan de werknemers over de verzekeringsmogelijkheden bij duurzame volledige arbeidsongeschiktheid en de IVA-excedentverzekering voorlichting is gegeven. Tevens moet hij bewijzen dat het bedrijf de IVA-excedentverzekering zou hebben afgesloten en de overleden werknemer hier-

aan zou hebben deelgenomen, indien de verzekeringstussenpersoon aan zijn zorgplicht⁹⁹ zou hebben voldaan.

Slaagt eiser niet in dit bewijs, wat mij vooral met het oog op het hypothetische karakter van de laatste bewijsopdracht waarschijnlijk lijkt, dan zal de vordering van eiser niet toewijsbaar zijn. Wat resteert is een uitspraak waarin de reikwijdte van de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon bij het adviseren inzake een mantelcontract wordt uitgebreid tot derden, terwijl aan de voor de derdenwerking relevante specifieke omstandigheden van het geval onvoldoende aandacht is gegeven.

98. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, r.o. 3.4, *NJ* 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

99. Bedoeld is de door de rechtbank gestelde verplichting om niet enkel het bedrijf maar ook diens werknemers deugdelijk voor te lichten omtrent de door de WIA niet gedekte risico's en de (on)mogelijkheden om deze risico's via de geoffeerde verzekeringen af te dekken (r.o. 4.10).