

Mr. dr. C.J. de Jong\*

## De placing broker, zijn rechtsverhoudingen, taken en zorgplicht

Door een beursmakelaar in te schakelen kan een verzekeringstussenpersoon dekking realiseren voor risico's die vanwege hun aard en/of omvang voor een provinciale verzekeraar niet acceptabel zijn. Hij handelt hierbij als opdrachtnemer van zijn cliënt. De door hem ingeschakelde beursmakelaar, de placing broker, moet worden beschouwd als hulppersoon van de verzekeringstussenpersoon. In zijn rechtsverhouding tot de provinciale verzekeringstussenpersoon handelt de placing broker als opdrachtnemer (lasthebber). Indien de placing broker de opdracht heeft aanvaard om de door hem geoffreerde verzekering tot stand te brengen of indien hij het resultaat waarop zijn inspanningen zijn gericht heeft toegezegd, is er sprake van een resultaatsverbintenis. Zowel op de verzekeringstussenpersoon als de placing broker rust de verplichting om de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Voor beiden geldt deze zorgplicht jegens hun opdrachtgever – voor de provinciale verzekeringstussenpersoon jegens diens cliënt en voor de placing broker jegens de verzekeringstussenpersoon. De door de verzekeringstussenpersoon en de placing broker gesloten overeenkomst van opdracht kan derdenwerking hebben. Een zorgplichtschending door de placing broker kan derhalve resulteren in een onrechtmatige daad jegens de cliënt van die verzekeringstussenpersoon.

### 1. INLEIDING

De Nederlandse schadeverzekeringsmarkt kent twee deelmarkten: de provinciale markt en de coassurantiemarkt. In de provinciale markt bieden verzekeraars verzekeringsoplossingen voor particulieren en kleine en middelgrote bedrijven. Deze maken veelal gebruik van de diensten van een verzekeringstussenpersoon.<sup>1</sup> In toenemende mate, echter, sluiten zij – al dan niet na raadpleging van een verzekeringsadviseur<sup>2</sup> of vergelijkingsite – verzekeringen rechtstreeks bij een verzekeraar. Op de coassurantiemarkt kunnen door tussenkomst van een makelaar<sup>3,4</sup> (groot)zakelijke en afwijkende risico's worden verzekerd. In de provinciale markt actieve verzekeringstussenpersonen, die zelf geen toegang hebben tot de coassurantiemarkt, maken in voorkomende gevallen gebruik

\* 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. Voor tussenpersonen die zich bewegen op het terrein van de verzekeringsbemiddeling kent het civiele recht geen specifieke benaming. In navolging van de richtlijn Verzekeringsbemiddeling (Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling) noem ik deze tussenpersonen bij voorkeur 'verzekeringstussenpersoon', omdat deze benaming beter dan het ongekleurde Wft-begrip 'bemiddelaar' aangeeft op welk terrein deze financiële dienstverlener actief is.
2. In het spraakgebruik kent de beroepsaanduiding 'adviseur' een veel bredere toepassing dan het gelijknamige Wft-begrip, dat ziet op de financiële dienstverlener die zich uitsluitend bezighoudt met het aanbevelen van een bepaald financieel product aan een bepaalde klant.
3. 'En ziedaar het Beroep van den Makelaar; – eene benaming, allereigenaartigst het bedrijf uitdrukken, als zijnde gevormd van *Makelen*, voortdurend werkwoord of, zoo de spraakkunstenaren spreken, *frequentativum* van *Maken*, dat oudtijds ook Tot overeenkomst brengen, – *Bedisselen*, zoude men in den gemeenzamen spreektrant zeggen, – beteekende (...)' Uit: Een Handelsvriend, *Het beroep van makelaar, de daaraan verknochte regten, pligten en loon, mitsgaders sommige der te dien aanzien bestaande misbruiken*, Amsterdam: I. Ellerman 1825, p. 6.
4. Tot 1 maart 2001 konden makelaars, die als zodanig waren beëdigd, aanspraak maken op een wettelijk beschermde titel. Ter onderscheiding van de in de provinciale markt actieve verzekeringstussenpersonen die zich makelaar (mochten) noemen worden de in de coassurantiemarkt werkzame makelaars 'beursmakelaar' genoemd.

van de diensten van een beursmakelaar.<sup>5</sup> Deze neemt op zich om de door de cliënt van de verzekeringstussenpersoon<sup>6</sup> verlangde verzekering tot stand te brengen. In deze bijdrage behandel ik de privaatrechtelijke positie en de taken van de verzekeringstussenpersoon respectievelijk de beursmakelaar. Vervolgens ga ik in op de verschillende rechtsverhoudingen ingeval gebruik wordt gemaakt van de diensten van een placing broker: de rechtsverhouding tussen de aspirant-verzekeringnemer en diens verzekeringstussenpersoon, de rechtsverhouding tussen de provinciale verzekeringstussenpersoon en de beursmakelaar en de rechtsverhouding tussen de aspirant-verzekeringnemer en de als placing broker optredende beursmakelaar. Een en ander wordt geïllustreerd met voorbeelden uit de jurisprudentie.

## 2. OPDRACHTNEMER/HULPPERSON VAN DE CLIËNT

In de literatuur en de privaatrechtelijke jurisprudentie wordt algemeen aanvaard dat een verzekeringstussenpersoon moet worden beschouwd als een opdrachtnemer.<sup>7</sup> Wat geldt voor de provinciale verzekeringstussenpersoon geldt eveneens voor de makelaar: zij vertegenwoordigen hun cliënt bij het onderbrengen van een verzekering.<sup>8</sup> Daarbij treden zij op als opdrachtnemer van hun cliënt, de aspirant-verzekeringnemer respectievelijk – als het gaat om een wijziging op een bestaande verzekering – de verzekeringnemer.

In beginsel kan een verzekeringstussenpersoon zowel voor een verzekeraar als voor zijn cliënt,<sup>9</sup> een (aspirant-)verzekeringnemer, als zodanig optreden. Of voor beiden. In wiens opdracht hij optreedt, hangt af van de aard van de handelingen die hij verricht en de overige omstandigheden van het geval.<sup>10,11</sup> Blijkens een conclusie van A-G Asser hoeft er geen misverstand over te bestaan voor wie hij optreedt:

‘Uitgangspunt dient, naar de heersende opvattingen, te zijn dat een zelfstandige assurantietussenpersoon niet zonder meer de verzekeraar vertegenwoordigt maar op-

treedt als vertegenwoordiger (...) van de (aspirant)verzekeringnemer.’<sup>12</sup>

Ook in het publiekrechtelijke domein geldt dat de verzekeringstussenpersoon aan de kant van de cliënt staat. Het ‘zuiver marktmodel’ vereist maximale beperking van de werkzaamheden die een adviseur respectievelijk bemiddelaar verricht voor de aanbieder van een financieel product.<sup>13</sup>

In het kader van de behandeling van het wetsontwerp dat de elektronische polis mogelijk zou maken nam de Minister van Justitie in reactie op de vraag of een verzekeringstussenpersoon al dan niet als hulppersoon van de verzekeringnemer moet worden aangemerkt een genuanceerd standpunt in:

‘De vraag of een assurantietussenpersoon een hulppersoon is van de verzekeringnemer of van de verzekeraar is niet eenduidig te beantwoorden. Doorgaans plegen assurantietussenpersonen te bemiddelen ten behoeve van verzekeringnemers. Zij bemiddelen dan bij het tot stand komen van verzekeringen in opdracht van de verzekeringnemer. Heeft de tussenpersoon zich tegenover de verzekeringnemer verbonden tot het sluiten van een verzekering, dan bevat de overeenkomst van opdracht doorgaans ook een volmacht om in naam van de verzekeringnemer een verzekering te sluiten. In dat geval verricht de tussenpersoon de rechtshandeling die uiteindelijk tot het sluiten van de verzekering moet leiden. Indien de overeenkomst van opdracht geen volmacht behelst, dan is het de verzekeringnemer zelf die door het inzenden van het door hem ingevulde vragenformulier deze rechtshandeling verricht. Indien een assurantietussenpersoon van een verzekeraar volmacht heeft gekregen om namens hem verzekeringen af te sluiten, doet hij dat als hulppersoon van de verzekeraar.’<sup>14</sup>

Een verzekeringstussenpersoon treedt op als hulppersoon van de verzekeraar als hij gebruikmaakt van de aan hem toegekende schaderegelingsbevoegdheid of van de volmacht om voorlopige dekking te verlenen. Ook als een verzekeringstussenpersoon voor de verzekeraar het origi-

5. ‘Dat is een veel voorkomende vorm, waarbij de tussenpersoon die met de verzekeringnemer handelt vaak wordt aangeduid als de “servicing broker” en de beursmakelaar als de “placing broker”. Deze laatste heeft in beginsel geen rechtstreeks contact met de verzekeringnemer.’, aldus J.G.C. Kamphuisen in diens deskundigenbericht van 24 juni 2009, te kennen uit Rb. Amsterdam 3 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0448, RAV 2010/69. Zie ook: M. de Vries, ‘De servicing broker en de placing broker: twee kapiteins op één schip?’, *AV&S* 2014/14.

6. In deze context wordt deze verzekeringstussenpersoon ook wel ‘handling broker’, ‘producing broker’ of ‘servicing broker’ genoemd.

7. Zie: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/66.

8. J.G.C. Kamphuisen, ‘De beursmakelaar’ (Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1990), VA 1990, afl. 4, p. 273.

9. De Wet op het financieel toezicht (Wft) gebruikt het begrip ‘cliënt’ in geval van dienstverlening inzake verzekeringen om aan te geven dat zakelijke klanten op dezelfde wijze worden beschermd als consumenten. De aanvankelijke definitie van dit begrip (‘een persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent of aan wie deze voornemens is een financiële dienst te verlenen’) werd in verband met het later ingevoerde art. 1:15a Wft overbodig geacht (*Kamerstukken II* 2007/08, 31468, 3, p. 2).

10. R. Feunekes, ‘De assurantietussenpersoon’, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

11. Blijkens de aanvankelijke Wft-definitie verleent een verzekeringstussenpersoon zijn diensten aan de cliënt. Hierop vormt art. 4:104 lid 1 Wft een uitzondering: indien hij gebruikmaakt van zijn recht op premie-incasso, verzorgt de verzekeringstussenpersoon het incasso van schadeverzekeringen voor de verzekeraar.

12. HR 5 juni 1987, *NJ* 1987/834. Zie ook Rb. Amsterdam 16 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9577, *S&S* 2010/23, r.o. 4.2.

13. *Kamerstukken II* 2010/11, 31086, 27, p. 6.

14. *Kamerstukken II* 2008/09, 31358, 7, p. 10. In dit geval is er sprake van optreden als gevolmachtigd agent. Ingevolge art. 5 lid 3 van het Protocol Volmacht mag dit niet plaatsvinden door een entiteit die tevens advies- en bemiddelingsactiviteiten verricht.

neel van de door de klant ondertekende aanvraagformulier bewaart of premies incasseert<sup>15</sup> handelt hij als hulppersoon van de verzekeraar.<sup>16</sup> Uit de jurisprudentie inzake bemiddelaars inzake andere financiële producten dan verzekeringen blijkt dat er daarnaast meer specifieke gevallen zijn waarin ook een verzekeringstussenpersoon geacht kan worden voor de verzekeraar op te treden.<sup>17</sup>

Dat een beursmakelaar niet optreedt als hulppersoon van de betrokken verzekeraars komt tot uitdrukking in een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam:

‘Naar het oordeel van de rechtbank dient *beursmakelaar* [cursieve toevoeging, CJJ] Concordia als tussenpersoon van [eiser] te worden aangemerkt. Hierbij neemt de rechtbank in aanmerking dat sprake is van een beurspolis, dat – zoals onweersproken is gesteld – Concordia met [eiser] heeft besproken welke polisvoorwaarden [eiser] wenste en zij hebben gesproken over de inhoud van die polis, waarin verzekeraars met naam en toenaam zijn genoemd en geen volmachtiging is vermeld. Zoals terecht door *verzekeraars* [cursieve toevoeging, CJJ] BDM c.s. is opgemerkt, rechtvaardigt het enkele feit dat de communicatie tussen BDM c.s. en [eiser] via Concordia liep, niet de conclusie dat Concordia als vertegenwoordiger van BDM c.s. optrad. Het is immers in de branche ook gebruikelijk dat de beursmakelaar als postadres geldt voor zowel verzekeraars als verzekerde. Evenmin leidt de omstandigheid dat Concordia – in plaats van “leader” BDM – het op de Covernote gebaseerde Certificate heeft ondertekend, tot een ander oordeel. BDM heeft ter zitting verklaard dat dit abusievelijk is gebeurd en dat zij hiermee achteraf akkoord is gegaan, terwijl partijen zich voor het overige steeds zo hebben gedragen dat Concordia zich als tussenpersoon voor [eiser] heeft opgesteld.’<sup>18</sup>

## 2.1. Strekking van de opdracht

Afhankelijk van de aard van de van zijn cliënt ontvangen opdracht verricht een verzekeringstussenpersoon zijn werkzaamheden krachtens een adviesopdracht en/of een

bemiddelingsopdracht. De inhoud van de gesloten overeenkomst wordt primair bepaald door hetgeen partijen te dezer zake expliciet dan wel stilzwijgend zijn overeengekomen.<sup>19</sup> Doorgaans is de exacte inhoud van de door de verzekeringstussenpersoon en zijn opdrachtgever gesloten overeenkomst van opdracht niet bekend, omdat deze niet op schrift is gesteld.<sup>20</sup> Het ingevolge art. 86f lid 1 BGfo door een verzekeringstussenpersoon aan zijn cliënt te verstrekken dienstverleningsdocument met voorgeschreven informatie over diens dienstverlening<sup>21</sup> kan niet worden opgevat als een vastlegging van de overeenkomst van opdracht.

Van verzekeringstussenpersonen wordt min of meer vanzelfsprekend aangenomen dat zij handelen krachtens een bemiddelingsovereenkomst als omschreven in art. 7:425 BW. Daar valt het nodige tegen in te brengen.<sup>22</sup> Het verzekeringsbemiddelingsproces houdt meer in dan het enkel bemiddelen.<sup>23</sup> Aan het bemiddelen bij het tot stand brengen van een overeenkomst van verzekering gaat een adviestraject vooraf. En na het tot stand komen van de overeenkomst van verzekering begint het nazorgtraject.<sup>24</sup>

Hierbij zij aangetekend dat de verzekeringsbemiddelingspraktijk in de provinciale markt momenteel snelle ontwikkelingen doormaakt. Een van de meest in het oog springende fenomenen is dat de dienstverlening door verzekeringstussenpersonen wordt ‘opgeknipt’, waardoor verschillende dienstverleningsconcepten ontstaan. Het aantal financiële dienstverleners<sup>25</sup> die enkel adviseren, neemt toe en nazorg wordt veelal aangeboden op basis van een afzonderlijk af te sluiten abonnement. Daarmee wordt ruimte gecreëerd voor de financiële dienstverlener die enkel op ‘execution-only’-basis bemiddelt, dus niet adviseert en geen nazorgverplichtingen op zich neemt<sup>26</sup> en zijn bemiddelingsactiviteiten derhalve verricht op basis van een bemiddelingsovereenkomst.

15. Met ingang van 1 januari 2015 geldt het ingevolge art. 4:104 lid 1 Wft aan een verzekeringstussenpersoon toekomend wettelijk recht op premie-incasso enkel nog voor schadeverzekeringen, met uitzondering van individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

16. De verzekeraar verschaft de verzekeringstussenpersoon geen beloning of vergoeding voor de als diens hulppersoon verrichte werkzaamheden.

17. Voor een recent voorbeeld, zie: Hof Den Haag 13 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2163, *JOR* 2014/238, m.nt. F.M.A. 't Hart.

18. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3889, r.o. 4.5.

19. De inhoud van de overeenkomst wordt mede bepaald door de wet, de aard van de overeenkomst, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid (E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p. 2).

20. Dit impliceert onder andere dat niet kenbaar is of de (aspirant-)verzekeringnemer zijn verzekeringstussenpersoon de vereiste volmacht heeft verleend om de door de verzekeraar ingevolge art. 7:932 lid 1 BW af te geven polis in ontvangst te nemen. Zie voor dit vereiste: *Kamerstukken I* 2008/09, 31358, C, p. 10. Zie ook: C.J. de Jong, ‘Enkele observaties bij de verplichting om een polis af te geven’, *NTHR* 2014, afl. 6, p. 281-282.

21. Aan de in het dienstverleningsdocument genoemde financiële diensten ‘adviseren’ respectievelijk ‘bemiddelen’ moet de betekenis worden toegekend zoals die is vastgelegd in art. 1:1 Wft.

22. 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. 33-34 en J.G.C. Kamphuisen, ‘De makelaar: de spin in het web... Wiens web eigenlijk?’, in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurze. Coassurantie in theorie en praktijk* (Serie Onderneming en Recht, deel 67), Deventer: Kluwer 2011, p. 62-63.

23. Voor een beschrijving van hetgeen in de Wft onder verzekeringsbemiddeling wordt verstaan, 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, p. 64-65.

24. De Jong (diss.) 2011, p. 62.

25. Het Wft-begrip ‘financiële dienstverlener’ is een verzamelbegrip, dat onder andere ziet op de adviseur en de bemiddelaar.

26. Vanuit publiekrechtelijk oogpunt moet het plegen van nazorg (‘het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een verzekering’) worden aangemerkt als bemiddelen.

De bemiddelingsovereenkomst kent immers enkel het kale bemiddelingstraject: de opdrachtgever verbindt zich om tegen loon als tussenpersoon<sup>27</sup> werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten van verzekering tussen zijn opdrachtgever en een verzekeraar. Dit impliceert dat het advies- noch het nazorgtraject daarin worden meegenomen. Naar mijn mening is het daarom juist om de traditionele vorm van verzekeringsbemiddeling in de provinciale markt te zien als het uitvoeren van een gemengde overeenkomst, bestaande uit een adviesopdracht, een bemiddelingsopdracht en een nazorgopdracht.<sup>28</sup>

De vraag kan worden gesteld of een makelaar, onder wie in dit verband te verstaan de beursmakelaar en niet de zich makelaar noemende provinciale verzekeringstussenpersoon, enkel optreedt als opdrachtnemer in algemene zin of dat de aan zijn bemiddelingswerkzaamheden ten grondslag liggende overeenkomst een gekwalificeerde overeenkomst van opdracht is, met name lastgeving (art. 7:414 lid 1 BW).<sup>29</sup> Tot de bemiddelingsactiviteiten van de beursmakelaar behoort het onderbrengen van verzekeringen bij verzekeraars en het zorgen voor continuering van die verzekeringen.<sup>30</sup> Uit de verzekeringsrechtelijke literatuur blijkt dat mag worden aangenomen, dat hij daarbij te werk gaat als lasthebber van de aspirant-verzekeringnemer.<sup>31</sup>

Een andere vraag is of de door verzekeringstussenpersonen en beursmakelaars te verrichten bemiddelingswerkzaamheden moeten worden geduid als een inspanningsverbintenis of als een resultaatsverbintenis. De Hoge Raad oordeelde dat deze vraag een vraag is van uitleg van de overeenkomst waaruit de verbintenis voortspuit.<sup>32</sup> Is er sprake van een op schrift gestelde overeenkomst, dan kan die uitleg niet alleen worden gegeven op grond van een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen ervan:

‘Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaanders verklaringen en gedragingen en aan de bepalingen van dat geschrift mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 – Haviltex). Voorts volgt uit HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox) dat bij de uitleg van een dergelijk geschrift telkens alle

omstandigheden van het concrete geval van beslissende betekenis zijn, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, alsmede dat in praktisch opzicht de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift vaak van groot belang is, gelezen in de context als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken heeft. Verder zijn bij de uitleg van belang de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van de contractsbevestiging, de wijze van totstandkoming ervan – waarbij van belang is of partijen werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden – en de overige bepalingen ervan (vgl. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 – Uni-Invest; HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 – Meyer Europe/Pont Meyer).<sup>33</sup>

Is de overeenkomst niet op schrift gesteld, wat in de provinciale praktijk eerder regel dan uitzondering is, dan zal het antwoord op de vraag of er sprake is van een inspannings- of resultaatsverbintenis mede afhangen van de gedragingen van de verzekeringstussenpersoon bij het aanvaarden van de opdracht. In beginsel gaat het om een inspanningsverbintenis,<sup>34</sup> maar door een toezegging wordt een resultaatsverbintenis in het leven geroepen. Dit is, bijvoorbeeld, het geval als een verzekeringstussenpersoon toezegt offertes op te vragen.<sup>35</sup> Doet hij een toezegging in de trant van ‘komend weekend is uw auto verzekerd!’ dan is er daardoor sprake van een resultaatsverbintenis.<sup>36</sup>

Voor de als lasthebber van de aspirant-verzekeringnemer optredende beursmakelaar geldt hetzelfde: er is eerst sprake van een resultaatsverbintenis wanneer hij het resultaat waarop zijn inspanningen zijn gericht heeft toegezegd.<sup>37</sup> Van een resultaatsverbintenis is naar mijn mening wel sprake, indien de beursmakelaar hetzij aan zijn cliënt hetzij, in zijn hoedanigheid van placing broker, aan de als servicing broker optredende provinciale verzekerings-tussenpersoon een offerte heeft uitgebracht en vervolgens de opdracht heeft gekregen om de verzekering tot stand te brengen. Immers, een beursmakelaar gaat pas over tot het uitbrengen van een offerte, als hij de verzekeringsvoorwaarden heeft vastgesteld en op basis van zijn onderhandelingen met assuradeuren voldoende zekerheid heeft gekregen dat hij het ter verzekering aangeboden risico op die voorwaarden tegen een bepaalde prijs kan onderbrengen.<sup>38</sup>

27. Volgens art. 62 lid 1 WvK is dat degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van bemiddeling bij het tot stand brengen en het sluiten van overeenkomsten in opdracht en op naam van personen tot wie hij niet in een vaste dienstbetrekking staat.

28. Zie ook HR 1 oktober 2004, NJ 2005/92.

29. Zie De Jong (diss.) 2011, p. 65-67.

30. Zie onder andere Rb. Rotterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2862, r.o. 6.11, en Rb. Amsterdam 16 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9577, r.o. 4.2.1.

31. Voor een overzicht, zie De Jong (diss.) 2011, p. 67.

32. HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6521, NJ 2006/259, r.o. 3.3.2.

33. Rb. Rotterdam 29 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:508, r.o. 4.1.1.

34. ‘De overeenkomst van opdracht verbindt in de regel slechts tot het verrichten van arbeid, niet tot het bereiken van een bepaald resultaat. (...) Dit komt dus neer op een inspanningsverbintenis. Maar ook echte resultaatsverbintenissen plegen bij de opdracht wel voor te komen.’, aldus Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV\* 2009/85.

35. Van Emden & De Haan 2014, p. 5.

36. Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 62.

37. Rb. Rotterdam 6 april 1990, ECLI:NL:RBROT:1990:AJ2480, S&S 1990/109, r.o. 4.1.

38. D. van Velzen, ‘Inleiding: “Verzekering ter beurse”. Wat, hoe en waarom?’, in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 18.

### 3. DE COASSURANTIEMARKT NADER BEZIEN

Op de coassurantiemarkt worden (groot)zakelijke en afwijkende risico's ter verzekering aangeboden. Voor zover het gaat om grote risico's als omschreven in art. 1:1 Wft is afdeling 4.2.3 Zorgvuldige dienstverlening van de Wet op het financieel toezicht<sup>39</sup> daarop niet van toepassing.<sup>40</sup> Dit omdat de (aspirant-)verzekeringnemers in dit deel van de zakelijke markt geacht kunnen worden de bescherming van de bepalingen van deze afdeling niet nodig te hebben.<sup>41</sup>

Coassurantie houdt in, dat het te verzekeren risico wordt ondergebracht ('geplaatst') bij meerdere risicodragers. Oorspronkelijk was er uitsluitend sprake van horizontale coassurantie, waarbij elk van de betrokken risicodragers een percentage van het totale risico voor zijn rekening neemt.<sup>42</sup> Mede door het toenemen van omvang en complexiteit van de te verzekeren risico's ontstond daarnaast de verticale coassurantie, waarbij de spreiding niet in een percentage van het totale risico maar in een stapeling van 'layers' werd vormgegeven.<sup>43</sup>

In de coassurantiemarkt is een cruciale rol weggelegd voor makelaars, die ten behoeve van hun opdrachtgever een risico moeten onderbrengen bij in de Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs (VNAB) verenigde assuradeuren.<sup>44</sup> Zo nodig verrichten zij een inspectie om een goed beeld te krijgen van het te verzekeren risico.<sup>45</sup> Voorts wijzen zij hun opdrachtgever op risico's en doen zij aanbevelingen om deze te verkleinen.<sup>46</sup>

De bovenstaande verzekeraar (de 'leader'), die doorgaans ook het grootste aandeel voor zijn rekening neemt, is het aanspreekpunt voor de verzekeringnemer respectievelijk diens makelaar. Veelal zal de met de verzekeringnemer

gesloten overeenkomst van verzekering een *to follow*-bepaling bevatten op grond waarvan de betrokken assuradeur gebonden is aan beslissingen van de leader.<sup>47</sup>

#### 3.1. De taken van de beursmakelaar

Een overeenkomst van verzekering komt, zoals iedere overeenkomst, tot stand volgens het regime van aanbod en aanvaarding.<sup>48</sup> Dit geldt ook voor verzekeringen die ter beurze worden gesloten. Tolman onderscheidt daarbij deze drie stappen: (1) de verzekeraar doet een uitnodiging tot het doen van een aanbod, (2) de (aspirant-)verzekeringnemer [cursieve toevoeging, CJJ] doet een aanbod en (3) de verzekeraar accepteert of verwerpt het aanbod.<sup>49</sup> Een enkele uitzondering<sup>50</sup> daargelaten, moet het indienen van een aanvraagvraagformulier door de kandidaat-verzekeringnemer worden opgevat als het doen van een aanbod inzake het ter verzekering aangeboden risico. In strikt juridische zin is – anders dan in de Wft – niet de verzekeraar maar de aanvrager van een verzekering de aanbieder.<sup>51</sup> Materieel en praktisch gezien is echter de verzekeraar de aanbieder: hij bepaalt immers de inhoud van het product, het risico dat ter verzekering kan worden aangeboden.<sup>52</sup>

'Dat aanbod ter verzekering van een risico op door de makelaar voorgestelde voorwaarden behelst een verklaring van de verzekeringnemer, uitgebracht via de makelaar die als zijn vertegenwoordiger optreedt, aan de verzekeraar. De laatstgenoemde mag die voorwaarden opvatten in overeenstemming met de zin die hij daaraan in het verkeer mag toekennen (art. 3:35 BW) en niet andersom.'<sup>53</sup>

Beursmakelaars brengen gangbare, eenvoudige, risico's veelal onder in een daarvoor door hen opgezette pool ('makelaarspool'). In een door Ernst & Young in opdracht van de Europese Commissie met het oog op de Groeps-

39. Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop, *Stb.* 2006, 475.

40. Art. 4:18 lid 1 onderdeel b Wft.

41. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 508.

42. 'Een andere vorm van risicospreiding dan die via de horizontale methode van coassurantie is via herverzekering' (P. Soeteman, 'Mededinging en coassurantie: een overzicht', in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 187).

43. Voor een uitgebreide beschrijving van beide vormen van coassurantie, zie: J.B. Londonck Sluijk, 'De verzekeraar: risicodragers ter beurze, internationale programma's en masterpolicies', in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 35-38.

44. Zowel verzekeraars die actief zijn op de beurs als ter beurze werkzame gevolmachtigd agenten, die als zodanig optreden voor een of meer Nederlandse en/of in het buitenland gevestigde verzekeraars, worden 'assuradeur' genoemd.

45. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/71.

46. Het vaststellen van risico's en de advisering daarover geschiedt in toenemende mate door daarin gespecialiseerde risk managers.

47. Voor een uitgebreide beschrijving, zie: Londonck Sluijk, in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 44-45.

48. *Kamerstukken I* 2008/09, 31358, C, p. 2.

49. M.J. Tolman, 'Contractsvrijheid en kernbedingen: dode hoek in het contractenrecht', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 19.

50. Voor de uitzonderingen, zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/165 en Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 12.

51. Deze wederpartij van de verzekeringnemer wordt in de Wft aangemerkt als aanbieder – niet in de civielrechtelijke betekenis van de aspirant-verzekeringnemer die een risico ter verzekering aanbiedt maar als degene bij wie het financiële product verzekering kan worden aangeschaft.

52. Tolman, in: Van Tiggele-van der Velde & Wansink 2010, p. 19.

53. M.J. Tolman, 'Voorwaarden ter beurze', in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 152-153.

vrijstelling voor de verzekeringssector<sup>54</sup> uitgevoerd onderzoek<sup>55</sup> worden deze pools alsmede de door gevolmachtigd agenten opgezette pools 'intermediary pools'<sup>56</sup> genoemd. Andere risico's worden op de beurs ter verzekering aangeboden op de voorwaarden van een zogenaamde beurspolis of op de door de makelaar, op aangeven van respectievelijk in overleg met zijn cliënt, voorgestelde voorwaarden ('makelaarspolis').<sup>57</sup> De polis wordt opgemaakt en, na ondertekening door de op het risico betrokken verzekeraar(s),<sup>58</sup> uitgereikt aan de verzekeringnemer. Ditzelfde geldt voor polisaanhangsels waarin een wijziging wordt vastgelegd. Daarbij is het gebruikelijk dat de makelaar de verzekeraar expliciet wijst op wijzigingen die de makelaar heeft aangebracht.<sup>59</sup>

Een verzekeraar mag er in beginsel op vertrouwen dat een makelaar, die een risico ter verzekering aanbiedt, handelt overeenkomstig de geldende gebruiken. Hij mag er voorts van uitgaan dat de makelaar hem zorgvuldig en zo volledig mogelijk voorlicht.<sup>60,61</sup> Uit een tussenvonnis van de Rechtbank Rotterdam blijkt dat het adagium 'vertrouwen is goed, maar controle is beter' ook hier toepassing verdient:

'Overeenkomstig de bij het sluiten van een verzekering ter beurse geldende regels, mag een verzekeraar ook in zijn verhouding tot de kandidaat-verzekeringnemer ervan uitgaan dat hij in beginsel zorgvuldig en zo volledig mogelijk wordt voorgelicht door de makelaar die het betrokken risico ter beurse aanbiedt. Dat ontslaat de verzekeraar evenwel niet van de verplichting de hem verschaft informatie kritisch te bezien en zondig door ook zelf vragen te stellen aanvullende informatie te verkrijgen over voor de risicobeoordeling relevante bijzonderheden.'<sup>62</sup>

Komt een verzekering tot stand, dan brengt dit rechten en verplichtingen met zich voor de drie bij de verzekering betrokken partijen: voor de verzekeraar door het onder-

tekenen van de polis, voor de verzekeringnemer door het accepteren van deze polis en voor de makelaar door, indien het een makelaarspolis betreft, het opstellen van de polis respectievelijk door het uitreiken van de polis aan zijn cliënt indien het gaat om een beurspolis.<sup>63</sup> De makelaar accepteert daarmee de rechten en verplichtingen die hem in de polis worden opgelegd.<sup>64</sup> Voor de verzekeraar en de verzekeringnemer gaat het daarbij om de voor elk van hen uit de overeenkomst van verzekering voortvloeiende rechten en verplichtingen.

### 3.2. Delcredere risico

Op grond van art. 4:104 lid 1 Wft geldt sinds 1 januari 2015<sup>65</sup> de regel dat bij schadeverzekeringen het premie-incasso wordt verzorgd door de verzekeringstussenpersoon.<sup>66</sup> Deze bestuursrechtelijke regel kent twee, tot het privaatrechtelijk domein behorende, mogelijke uitzonderingen: (a) de verzekeringstussenpersoon en de verzekeraar komen overeen dat de verzekeraar de premies zelf incasseert en (b) er is sprake is van een delcrederebeding. Ingevolge art. 4:104 lid 2 Wft geldt het wettelijk recht op premie-incasso niet voor betalingsbeschermers en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Voor verzekeringstussenpersonen blijft het evenwel mogelijk om voor deze verzekeringen een contractueel recht op premie-incasso te bedingen.<sup>67</sup>

Gebruikmaking van het delcrederebeding<sup>68</sup> is standaard het geval in de coassurantiemarkt. De in deze markt actieve makelaars verbinden zich bij de verzekeringsovereenkomst tegenover de verzekeraar tot betaling van premie en kosten als eigen schuld. Ingevolge art. 7:936 lid 1 BW brengt dit met zich dat de verzekeringnemer dan is gehouden tot vergoeding van die premie en kosten aan de ma-

54. Verordening (EU) 267/2010 van de Commissie van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector.

55. Ernst & Young, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2013.

56. De definitie hiervan luidt: 'An arrangement whereby brokers and authorized agents agree with insurers that the insurers will take pre-agreed percentages of business sold by the intermediaries, subject to acceptance by a lead insurer.'

57. Voor een uitgebreide beschouwing over de beurspolis en de makelaarspolis zie M.J. Tolman, 'Kroniek Uitleg van beurspolissen', *AV&S* 2010/30, en Tolman, in: Van Tiggele-van der Velden e.a. (red.) 2011, alsmede Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-*IX*\* 2012/366.

58. Ingevolge art. 1 lid 3 van de VNAB-regeling Administratieve ondertekening polisdocumenten geldt ondertekening van een document door de bovenstaande verzekeraar als ondertekening door alle andere op dat document betrokken verzekeraars voor zover deze lid zijn van de VNAB.

59. Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:566, *NJF* 2014/266, r.o. 3.20.

60. J.H. Wansink, 'Spontane mededelingsplicht ter beurse?', *AV&S* 2009/6, p. 44.

61. Kamphuisen ziet hierin voor de verzekeraar geen vrijbrief voor een beroep op verzwijging. Hij stelt dat ook bij een 'beurspost' het verschonbaarheidsvereiste recht overeind blijft (Kamphuisen, 'De zorgplicht van de makelaar in assurantiën (1990-2009)', *VA* 2009, afl. 3, p. 113).

62. Rb. Rotterdam 15 april 1999, zaak-/rolnr. 92579/HA-ZA 98-403 (n.g.) te kennen uit: N. van Tiggele-van der Velde, 'De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst', in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 241.

63. Kamphuisen (Preadvies) 1990, p. 288.

64. Kamphuisen (Preadvies) 1990, p. 281.

65. Als gevolg van het van kracht worden van de Wijzigingswet financiële markten 2015 (*Stb.* 2014, 472).

66. Dit wettelijk recht op premie-incasso heeft private werking: de verzekeraar dient zich van het innen der premie te onthouden zolang dit recht de verzekeringstussenpersoon toekomt (Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 66).

67. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 3, p. 71.

68. Beursmakelaars treden daardoor toe tot de overeenkomst van verzekering.

kelaar<sup>69, 70</sup> en dat hij jegens de verzekeraar is gekwetten voor zover de premie en kosten voor rekening van de makelaar zijn gekomen<sup>71</sup> of aan deze zijn voldaan.

Het in beurspolissen, onder andere de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Brandverzekering (NBB 2006), opgenomen delcrederebeding luidt:

‘De makelaar neemt op zich de premie<sup>72</sup> als eigen schuld aan de verzekeraars te zullen voldoen op het moment dat deze krachtens de verzekeringsovereenkomst wordt verschuldigd door de verzekerde. Tenzij uitdrukkelijk anders is of wordt overeengekomen zal betaling van de premie door de makelaar plaatsvinden door creditering van verzekeraars in rekening-courant voor de krachtens de verzekeringsovereenkomst door de verzekerde verschuldigde premie, op welk moment de verzekerde<sup>73</sup> jegens verzekeraars zal zijn gekwetten.’

Overeenkomstig de tweede volzin van art. 7:936 lid 1 BW wordt in beurspolissen bovendien bepaald dat verzekerde is gehouden de premie aan de makelaar te vergoeden. Zij bevatten voorts een bepaling die ziet op de situatie dat een beursmakelaar wordt ingeschakeld door een andere verzekeringstussenpersoon – doorgaans een in de provinciale markt actieve verzekeringstussenpersoon.

‘Ingeval de verzekering via een tweede tussenpersoon is gesloten en de verzekerde aan deze tweede tussenpersoon heeft betaald, is de verzekerde door deze betaling tegenover de makelaar eerst gekwetten, wanneer deze tweede tussenpersoon aan de makelaar de premie heeft vergoed.’

Op grond van deze bepaling is de verzekeringnemer niet gekwetten door betaling van de premie aan de verzekeringstussenpersoon die een placing broker inschakelde om een verzekering te sluiten. Van kwijting kan eerst sprake zijn als die verzekeringstussenpersoon de ontvangen premie heeft doorbetaald aan de placing broker. Van Velzen<sup>74</sup> bestrijdt dit. Volgens hem volgt uit art. 4:101 onderdeel c jo. art. 4:104 lid 1 Wft dat de verzekeringstussenpersoon bevoegd is om *namens* de placing broker de premie te incasseren. Door de premie aan zijn verzekeringstussenpersoon te betalen, voldoet de verzekeringne-

mer aan zijn verplichting om de premie aan de placing broker te betalen. Dat is naar mijn mening echter niet het geval. Enerzijds, omdat de provinciale verzekeringstussenpersoon zich niet bij de verzekeringsovereenkomst tegenover de verzekeraar tot betaling van de premie en kosten heeft verbonden, zodat niet is voldaan aan de in art. 7:936 lid 1 BW gestelde dwingendrechtelijke eis. Anderzijds, omdat art. 4:101 onderdeel c Wft met zich brengt dat de rechtsverhouding tussen de placing broker en de verzekeraar wordt gelijkgesteld aan de rechtsverhouding tussen de bemiddelaar en de placing broker. In deze verhouding is er geen sprake van een premiebetalingsplicht, laat staan dat die is overeengekomen bij (het sluiten van) de verzekering. De placing broker heeft ter zake van de verschuldigde premie een zelfstandig vorderingsrecht.<sup>75</sup> Overigens is het niet ongebruikelijk dat hij het incasso laat verzorgen door de verzekeringstussenpersoon voor wie hij als onderbemiddelaar optreedt.<sup>76</sup>

#### 4. DE PLACING BROKER

Als een provinciale tussenpersoon wordt geconfronteerd met een risico dat hij bij de in die markt werkzame verzekeraars niet of niet tegen voor zijn opdrachtgever aanvaardbare condities kan verzekeren, kan hij zich door het inschakelen van een beursmakelaar toegang verschaffen tot de coassurantiemarkt. De verzekeringstussenpersoon die dit doet moet volgens Van Velzen worden aangemerkt als onderbemiddelaar in de zin van de Wet op het financieel toezicht.<sup>77</sup> Dat is een misvatting, lijkt mij. Deze verzekeringstussenpersoon kan enkel in het geval dat hij optreedt als hulppersoon van de beursmakelaar worden aangemerkt als een onderbemiddelaar in de zin van de Wft. Volgens de Wft-definitie moet immers onder een onderbemiddelaar worden verstaan een bemiddelaar die bemiddelt voor een andere bemiddelaar.<sup>78</sup> Niet de servicing broker, de provinciale verzekeringstussenpersoon, is derhalve de onderbemiddelaar maar de placing broker. Deze laatste brengt immers, als hulppersoon van de verzekeringstussenpersoon die hem inschakelde, een overeenkomst van verzekering tot stand tussen de aspirantverzekeringnemer en de op het via die verzekeringstussenpersoon ter verzekering aangeboden risico betrokken verzekeraars.

69. De hieraan ten grondslag liggende gedachte is mede dat de makelaar de premie heeft voldaan en daarmee gezorgd heeft dat er verzekeringsdekking is. Komt het vervolgens tot een uitkering of premierestitutie, dan is het niet meer redelijk dat de makelaar de premie vergoed krijgt, aldus Leerink (P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 238).

70. Niet goed valt in te zien, aldus Leerink, dat de met het premie-incasso belaste assurantietussenpersoon, die op goede gronden de premie voorschiet, deze bescherming zou moeten ontberen (Leerink 2011, p. 238). Hij wordt hierin bijgevallen door Dorhout Mees in diens boekbeschuwing (*RMThemis* 2014, afl. 2, p. 101-102).

71. Art. 7:936 lid 1 BW spreekt niet van hetgeen de tussenpersoon aan de verzekeraar heeft betaald, doch van hetgeen voor zijn rekening is gekomen, omdat zijn afrekening met de verzekeraar in rekening-courant geschiedt (*Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 16).

72. In de beurspolis wordt onder ‘premie’ voor de toepassing van het artikel over de premiebetaling mede verstaan de met de verzekering verband houdende overige verschuldigde bedragen.

73. In de beurspolis wordt onder ‘verzekerde’ voor de toepassing van het artikel over de premiebetaling mede verstaan de verzekeringnemer alsmede ieder ander die de premie verschuldigd is.

74. D. van Velzen, ‘Betalingsverkeer ter beurze’, in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 323.

75. Zie ook Hof Leeuwarden 30 november 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BP1042, r.o. 27.

76. Naast het risico van niet-betaling door de verzekeringnemer loopt de placing broker dan het risico dat de verzekeringstussenpersoon de geïncasseerde premie niet aan hem doorbetaalt.

77. D. van Velzen, ‘Inleiding: “Verzekering ter beurze”. Wat, hoe en waarom?’, in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 15.

78. De Wft kent geen financiële dienst onderbemiddelen. De activiteit die de onderbemiddelaar verricht is bemiddelen. Alle Wft-bepalingen ten aanzien van bemiddelen en de bemiddelaar zijn dan ook op de onderbemiddelaar van toepassing (*Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 373).

#### 4.1. Raad van Toezicht

In een bij Raad van Toezicht Verzekeringen aanhangig gemaakte zaak<sup>79</sup> tegen een placing broker, werd deze verweten dat hij had nagelaten de in het kader van de 30% overdekkings- en restitutieregeling benodigde naverrekeningsformulieren aan de provinciale tussenpersoon of rechtstreeks aan de verzekerde toe te sturen. Door het gedurende drie jaar achterwege blijven van naverrekening van premies was er een grote premieschuld ontstaan en bovendien werd verzekerde bij een brand geconfronteerd met een aanzienlijke onderverzekering van zijn bedrijfschade. In zijn verweer beriep de placing broker zich op de rechtsverhouding tussen hem en de provinciale tussenpersoon.

‘Met betrekking tot de naverrekening kwalificeert klaagster de tussenpersoon ten onrechte als hulppersoon van de makelaar. De onderhavige kwestie dient echter vanuit de positie van klaagster te worden gezien.<sup>80</sup> Onjuist is dat de verantwoordelijkheid voor het aan klaagster toezenden van de naverrekeningsformulieren op de makelaar rustte. Bezien vanuit de positie van klaagster was de makelaar als placing broker immers de hulppersoon van de tussenpersoon als producing broker. Deze was degene met wie klaagster communiceerde. In die verhouding diende de tussenpersoon de desbetreffende gegevens aan de makelaar door te geven.<sup>81</sup> Dit is de gebruikelijke situatie.’<sup>82</sup>

Samenvattend stelt de raad vast dat de makelaar de door klaagster gestelde nalatigheid heeft betwist en daartoe heeft aangevoerd dat de vraag wie van de keten ‘verzekerde-tussenpersoon-makelaar’ verantwoordelijk is voor het jaarlijks toezenden aan klaagster van naverrekeningsformulieren dient te worden gezien vanuit de positie van klaagster. Zij gaf de tussenpersoon de opdracht tot het sluiten van de verzekering, waarop deze de makelaar verzocht om daarbij ter beurze te bemiddelen. Klaagster communiceerde daartoe met de tussenpersoon en niet met de makelaar. De raad oordeelde dat zij terecht heeft aangevoerd dat van de makelaar, gezien vanuit haar oogpunt, in beginsel een actieve opstelling mocht worden verwacht. Omdat de tuchtprocedure daarvoor geen ruimte bood, kon de raad niet vaststellen in hoeverre het verweer van de makelaar berustte op vaststaande feiten en omstandigheden. Naar zijn oordeel mocht de makelaar

het evenwel laten aankomen op een civiele procedure. Over de onderlinge verhouding tussen de tussenpersoon en de makelaar liet de raad zich niet uit.

## 5. JURISPRUDENTIEOVERZICHT

De jurisprudentie leert dat het aantal gevallen waarin de civiele rechter zich moest uitspreken over de rechtsverhouding(en) tussen de provinciale verzekeringstussenpersoon, de placing broker respectievelijk de (aspirant-)verzekeringnemer niet groot is. De meest in het oog springende zaken worden hierna behandeld.

### 5.1. Afvalzorg/Hoeflaak<sup>83</sup>

In een zaak waarin handling broker Hoeflaak op verzoek van zijn Afvalzorg, voor wie hij al een tiental jaren optrad als diens verzekeringstussenpersoon, het op de brandverzekering verzekerd bedrag voor een aantal bedrijfshallen zonder kennis te nemen van het taxatierapport tot meer dan de helft van de getaxeerde waarde verlaagde, werd de rechtsverhouding tussen Hoeflaak en placing broker Mees niet geduid en de rechtsverhouding tussen Mees en de cliënt evenmin.

De Rechtbank Haarlem kwam niet verder dan de vaststelling dat de omstandigheid dat Hoeflaak opereerde als intermediair tussen de cliënt en Mees als placing broker geen verandering bracht in het uitgangspunt dat Hoeflaak: ‘(...) tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht. Die zorg vergt een actieve en voortdurende bemoeienis door de assurantietussenpersoon met alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen<sup>84</sup> teneinde te bewerkstelligen dat de belangen van zijn respectieve opdrachtgevers ter zake van die verzekeringen steeds adequaat zijn gediend.’

Vervangen we het door de rechtbank gebezigde kleurloze woord ‘intermediair’ door het in art. 62 WvK gedefinieerde begrip ‘tussenpersoon’, dan geeft dit enkel een omschrijving van de aard van de activiteiten van Hoeflaak en blijft de rechtsverhouding tussen Hoeflaak en Mees en die tussen Mees en de cliënt in het ongewisse. Ook blijft de vraag óf en in hoeverre op Mees een zorgplicht jegens de cliënt rustte onbeantwoord.

79. RvT 19 februari 2001, 2001/14 Br.T.

80. Drion is van mening dat de situatie voor de verzekeringnemer ‘helemaal diffuus’ is als hij zijn belangen heeft toevertrouwd aan een provinciale persoon, die vervolgens een beursmakelaar inschakelt (P.J.M. Drion, ‘De advocaat: juridische reflecties bij (het gesprek over) de brandverzekering ter beurze’, in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) 2011, p. 107).

81. Het is inderdaad de gangbare praktijk, dat de tussenpersoon – die direct contact heeft met de cliënt – de voor de cliënt bestemde formulieren ontvangt van de placing broker en deze nadat ze zijn ingevuld en ondertekend door de cliënt retourneert. De Wft kent hetzelfde uitgangspunt: voor de cliënt relevante precontractuele informatie of informatie tijdens de looptijd van de verzekering moet op grond van art. 4:21 jo. art. 4:20 lid 1 en 3 Wft in beginsel worden verstrekt door de financiëldienstverlener die als laatste in de keten rechtstreeks contact heeft met de cliënt.

82. De binnen een beroepsgroep bestaande gewoonte als zodanig is echter niet doorslaggevend bij het bepalen van de toepasselijke zorgplicht. Beslissend is wat onder de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelende makelaar mag worden verwacht. Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 507 en de daar genoemde literatuur.

83. Rb. Haarlem 22 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AT3279, NJF 2005/126, S&S 2006/11, r.o. 5.2.

84. Op grond van de in art. 4:101 Wft neergelegde gelijkstellingsbepaling behoort de door tussenkomst van een placing broker gesloten verzekering tot twee portefeuilles: de portefeuille van de handling broker én die van de placing broker (*Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 3, p. 98). Zie ook: De Jong (diss.) 2011, p. 88).



## 5.2. Jahn/Nask<sup>85</sup>

Hoe de verhouding tussen een provinciale tussenpersoon en een placing broker civielrechtelijk moet worden geduid kwam wel aan de orde in een zaak die zijn oorsprong vond in een in 1986 door Jahn c.s., ter verzekering van hun vorderingen op de in Singapore gevestigde eigenaar (NST) van een onder Panamese vlag varende motorschip, onder een makelaar gelegd conservatoir beslag op bij verzekeraars geïncasseerde schadepenningen.

Het schip was door tussenkomst van Nask, makelaar in assurantiën, als handling broker, verzekerd op de Londen-se beurs. Voor het afsluiten van de verzekering had Nask gebruikgemaakt van de diensten van Hudig-Langeveldt (hierna: HL), eveneens makelaar in assurantiën, als placing broker. In zijn conclusie stelt A-G Vranken vast dat partijen de verhouding tussen Nask en HL als onderlastgeving<sup>86</sup> beschouwen, zij het dat zij er een geheel verschillende betekenis aan geven. Blijkens de in het geding gebrachte overeenkomst van verzekering stond deze op naam van NST. Hieruit is, aldus de A-G, af te leiden dat de lastgeving aan Nask gepaard is gegaan met een volmacht en dat ook HL bevoegd is geweest NST te vertegenwoordigen.

‘Wat betreft de grondslag van deze bevoegdheid zijn twee mogelijkheden te onderscheiden. De eerste is dat lasthebber Nask in naam van lastgever NST het verrichten van de last heeft opgedragen aan HL. In dat geval komt er rechtstreeks een overeenkomst tot stand tussen NST en HL. Er is dan (...) geen sprake van onderlastgeving, maar van een tweede overeenkomst van lastgeving met dezelfde lastgever. De andere mogelijkheid waarop de vertegenwoordigingsbevoegdheid van HL kon steunen, is dat Nask in eigen naam opdracht heeft gegeven aan HL en tevens namens NST volmacht heeft verleend om in naam van NST te handelen. In zodanig geval komt er geen rechtstreekse contractuele relatie tot stand tussen NST en HL. Volgens Asser-Coehorst-De Leede-Thunnissen, t.a.p., nr. 151 is dit de enige zuivere vorm van onderlastgeving.’

Volgens de A-G heeft Nask, zij het met gebruikmaking van de term ‘onderlastgeving’, in cassatie als standpunt van het hof de eerste mogelijkheid verdedigd en Jahn c.s. hebben steeds, ook in cassatie, de tweede mogelijkheid betoogd. Hierbij hebben ze zich met name beroepen op een brief, waarin HL op verzoek van hun advocaat zijn rechtspositie heeft verwoord: geen contacten met de verzekerde, maar alleen met de verzekeraars en uitsluitend handelend op instructie van de handling broker (in casu Nask). De A-G acht het allerminst zeker dat het door Nask ingenomen standpunt voor juist kan worden gehou-

den. Naar zijn mening is Nask niet de lastgever van HL maar is NST de lastgever van zowel Nask als HL.

## 5.3. Parcan/Allianz e.a.<sup>87</sup>

Kaarsenfabriek Parcan B.V., die na een brand aanspraak meende te kunnen maken op een hogere uitkering dan haar was toegekend, nam in de tegen verzekeraars aangespannen procedure het standpunt in dat beursmakelaar Marsh, de placing broker, namens verzekeraars was opgetreden. Zij voerde daartoe aan dat Marsh met (stilzwijgend) goedvinden van verzekeraars namens hen handelde, alsook dat er sprake was van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid waardoor Parcan een beroep op art. 3:61 BW toekwam. Parcan baseerde zich daarbij op dit feitencomplex:

- Marsh heeft een inspectiebezoek bij Parcan verricht, waarvan de bevindingen als uitgangspunt hebben gediend bij de tussen verzekeraars en Parcan gesloten overeenkomsten;
- Marsh heeft namens verzekeraars de verzekering eenzijdig opgezegd per 1 januari 2003;
- Marsh heeft namens verzekeraars prolongatievoorstellen gedaan;
- Marsh heeft dekkingsmededelingen gedaan namens verzekeraars;
- alle nota's ten behoeve van de verzekering kreeg Parcan – via haar verzekeringstussenpersoon Rooker – van Marsh;
- Marsh heeft alle polisaanhangsels opgesteld en aan Parcan afgegeven namens alle betrokken verzekeraars;
- op elk voorblad van de polisaanhangsels is de volgende verklaring opgenomen: ‘Verzekeraars verklaren hiermee akkoord te gaan met de wijzigingen in de verzekering volgens onderstaande gegevens.’

Op grond van deze omstandigheden, alsmede op grond van de omstandigheden dat Marsh de premies inde, de schademelding namens verzekeraars in ontvangst heeft genomen en de schade-uitkering namens verzekeraars deed, stond volgens Parcan vast dat Marsh als hulppersoon van verzekeraars optrad. Ter onderbouwing voert zij voorts aan dat alle handelingen waarbij Marsh ten behoeve van verzekeraars handelde in het maatschappelijk verkeer worden beschouwd als gedragingen van verzekeraars. Bovendien is er geen feitelijk contact geweest tussen Parcan en verzekeraars of tussen handling broker Rooker en verzekeraars, zijn de polisaanhangsels door Marsh op haar briefpapier opgemaakt, is ook het inspectierapport op eigen briefpapier van Marsh opgesteld, maakt zij daarin ten behoeve van verzekeraars (technische) voorbeholden en geeft Marsh in haar brief van 14 december 2001 expliciet aan dat zij de verzekering van Parcan continueert. En gelet op de verklaring op het voorblad van elk polisaanhangsel beschikte Marsh over een volmacht

85. HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1678, NJ 1996/447, m.nt. H.J. Snijders.

86. Het huidige recht kent geen afzonderlijke bepaling over onderlastgeving. Als hoofdregel geldt dat de opdrachtnemer de opdracht zelf uitvoert. ‘Ook indien de opdracht met het oog op een bepaalde persoon is verleend, kunnen partijen – uitdrukkelijk of stilzwijgend – overeenkomen dat deze persoon wel bevoegd is de werkzaamheden deels of geheel door anderen te laten uitvoeren. Deze bevoegdheid kan ook uit het gebruik volgen of in de aard van de opdracht besloten liggen (...). Men denke aan de vervanging bij ziekte, vakantie, weekenddiensten e.d. Indien zo'n bevoegdheid niet is overeengekomen, zal men zich in de regel nog wel op enigerlei wijze bij de uitvoering van de opdracht door anderen mogen laten *bijstaan*.’ (Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV\* 2009/123).

87. Rb. Amsterdam 16 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9577, S&S 2010/23.

van verzekeraars, althans was zij coverholder<sup>88</sup> voor verzekeraars. Kortom, zo stelt Parcan, zij heeft gelet op de verklaringen en gedragingen van verzekeraars en de overige feiten en omstandigheden er gerechtvaardigd op vertrouwd en erop mogen vertrouwen dat Marsh namens verzekeraars optrad, aldus steeds Parcan.

De Rechtbank Amsterdam overwoog dat naar heersende opvattingen uitgangspunt dient te zijn dat de makelaar optreedt als vertegenwoordiger van de verzekeringnemer.<sup>89</sup> Hetgeen door Parcan is aangevoerd kan volgens de rechtbank niet leiden tot de conclusie dat dit in het onderhavige geval anders is. De rechtbank gaat vervolgens uitvoerig in op hetgeen Parcan heeft aangevoerd:

‘4.2.1. Tot de taken van de beursmakelaar behoort het onderbrengen van verzekeringen bij verzekeraars en het zorgen voor de continuering van die verzekeringen. In dat kader moet van Marsh worden verwacht dat zij – in verband met de verplichting van Parcan daartoe – aan verzekeraars die informatie verstrekt die van belang is voor de totstandkoming van de verzekering. Hiertoe behoort in het bijzonder informatie betreffende het te verzekeren risico. Het ligt derhalve voor de hand dat door Marsh zonodig een inspectie wordt uitgevoerd, teneinde die informatie te verkrijgen. Daarnaast ligt het op de weg van de makelaar zijn opdrachtgever, de verzekeringnemer, op risico’s te wijzen en aanbevelingen te doen zodat die risico’s kunnen worden verkleind.’

‘4.2.2. Op grond van artikel 15 van de Nederlandse Beurs Brandpolis kunnen alle mededelingen door verzekeraars rechtsgeldig geschieden aan de makelaar. Dit brengt met zich dat Marsh in de uitoefening van haar taak door verzekeraars aan haar gedane voorstellen evenals ter hare kennis gekomen dekkingsmededelingen moet communiceren naar Parcan en ontvangen nota’s moet doorsturen. Nu verzekeraars mededelingen kunnen doen aan de makelaar, kan de omstandigheid dat er geen contact is geweest tussen verzekeraars en Parcan dan wel Rooker, doch uitsluitend tussen hen en Marsh niet aan verzekeraars worden tegengeworpen.

4.2.3. Tot de taken van de beursmakelaar behoort eveneens het opstellen van polis(aanhangsels), het betreft hier immers het schriftelijk vastleggen van de resultaten van de bemiddeling die de makelaar in opdracht van de verzekeringnemer heeft verricht en vastlegging van de voorwaarden waaronder zij de verzekering bij verzekeraars poogt onder te brengen. Dat dit op eigen briefpapier geschiedt, ligt in de rede. Uit een en ander kan bezwaarlijk volgen dat Marsh is opgetreden namens Verzekeraars, te minder nu de polisaanhangsels niet door Marsh zijn ondertekend.

4.2.4. Anders dan Parcan meent is niet gebleken dat Marsh de verzekering namens verzekeraars heeft opgezegd. De brief van 9 oktober 2002 van Marsh aan Rooker houdt immers in “De verzekeraars welke thans op de polis participeren hebben ons een pro forma opzegging doen

toekomen voor de komende prolongatie per 1 januari 2003...”. Hieruit kan slechts volgen dat Marsh Parcan inlicht over een door verzekeraars aan haar gedane mededeling.

4.2.5. Gelet op artikel 12, lid 1 van de Nederlandse Beurs Brandpolis is het gebruikelijk dat verzekeraars de makelaar in rekening-courant voor de verschuldigde premie belasten. Voor de hand ligt dat de premies vervolgens door de makelaar, in casu Marsh, worden geïnd bij haar opdrachtgever, Parcan. Dit leidt er niet toe dat Marsh moet worden aangemerkt als vertegenwoordiger van verzekeraars.

4.2.6. Parcan kan niet worden gevolgd in haar betoog dat Marsh in haar brief van 14 december 2001 expliciet aangeeft dat zij de verzekering van Parcan continueert en derhalve handelt namens verzekeraars. Parcan beroept zich op de passage “... en zullen wij de verzekering op de voorgestelde wijze continueren en dit middels een nieuw polisaanhangsel aan u bevestigen.”

Genoemde brief houdt immers voorts in “inmiddels hebben wij onderhandelingen met verzekeraar(s) gevoerd over de prolongatie” en “Wij vertrouwen u hiermede een acceptabel voorstel te hebben gedaan en zien uw spoedige reactie om de verzekering op de voorgestelde wijze te continueren, middels bijgaande antwoordfax, graag tegemoet. Mocht Uw antwoordfax ons evenwel niet tijdig bereiken dan gaan wij er zekerheidshalve en met name om de dekking niet in gevaar te brengen van uit dat u akkoord gaat met ons continuatievoorstel en zullen wij de verzekering op de voorgestelde wijze continueren en dit middels een nieuw polisaanhangsel aan u bevestigen”. Aldus in context gelezen, duidt de door Parcan aangehaalde passage slechts erop dat Marsh namens Parcan de verzekering zal continueren.

4.2.7. De makelaar heeft eveneens als taak haar cliënten te begeleiden in de afhandeling van de schade. Marsh moet geacht worden de schademelding ter uitvoering van die taak van Parcan in ontvangst te hebben genomen. Voorts is het niet ongebruikelijk dat de uitkering van het schadebedrag aan de makelaar wordt gedaan. De makelaar ontvangt die uitkering alsdan als vertegenwoordiger van de verzekeringnemer.

4.2.8. Tenslotte komt aan de zinsnede “Verzekeraars verklaren hiermee akkoord te gaan met de wijzigingen in de verzekering volgens onderstaande gegevens” vermeld op de voorbladen van de polisaanhangsel geen juridische betekenis toe en kan uit die zinsnede niet worden afgeleid dat verzekeraars aan Marsh een volmacht hebben verstrekt dan wel dat Marsh als coverholder is opgetreden, te minder nu – zoals reeds opgemerkt – Marsh de polisaanhangsels niet heeft ondertekend.

De zinsnede vormt slechts een mededeling van Verzekeraars die, neergelegd in een polisaanhangsel, door Marsh aan haar opdrachtgever, Parcan, wordt doorgegeven.’

De rechtbank concludeert vervolgens:

88. In zijn oorspronkelijke betekenis is dit ‘a company or partnership authorised by a managing agent to enter into a contract or contracts of insurance to be underwritten by the members of a *Lloyd’s* [cursieve toevoeging, CJJ] syndicate managed by it in accordance with the terms of a binding authority.’

89. Rb. Amsterdam 16 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9577, S&S 2010/23, r.o. 4.2.

‘4.2.9. De door Parcan aangevoerde feiten en omstandigheden kunnen gelet op al het voorgaande noch op zichzelf noch in onderlinge samenhang er toe leiden dat Parcan er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat Marsh is opgetreden als vertegenwoordiger van verzekeraars, te minder nu Parcan werd bijgestaan door Rooker, noch dat er sprake was van een volmacht van verzekeraars aan Marsh.’

#### 5.4. Verzekerden/brokers<sup>90</sup>

Een B.V., exploitant van een meubelstoffeerderij, huurt een bedrijfsruimte waarin ook de handelsvoorraad van een andere B.V. is ondergebracht. Beide B.V.’s hebben het risico van brandschade aan de meubelstoffeerderij respectievelijk de handelsvoorraad via dezelfde verzekeringstussenpersoon verzekerd bij Zurich Schadeverzekeringen. Een risico-inventarisatie door Zurich Risk Engineering resulteert in bepaalde preventie-eisen. De B.V.’s voeren de voorgeschreven preventieve voorzieningen niet uit. Van het feit dat Zurich Schadeverzekeringen aankondigde de verzekering te willen beëindigen brengt de verzekeringstussenpersoon zijn cliënten niet op de hoogte. Buiten hun medeweten verzoekt hij een beursmakelaar om het risico met ingang van de beëindigingsdatum, 1 januari 2001, ter beurze onder te brengen. Deze slaagt daarin, onder andere met Delta Lloyd Schadeverzekering als risicodragers. In de door de placing broker opgestelde polis staat onder meer:

‘(...)

Deze verzekering is door verzekeraars geaccepteerd onder voorbehoud dat

(...)

- de diverse vestigingen tenminste zijn voorzien van adequate inbraakbeveiliging
- een door een technisch adviseur van verzekeraars te verrichten inspectie van de risico’s geen aanleiding geeft tot het stellen van aanvullende voorwaarden.

(...)

Bij brief van 27 december 2000 stuurt de placing broker een dekkingsbevestiging naar de verzekeringstussenpersoon. Deze bevestiging houdt in:

‘Deze verzekering is door verzekeraars geaccepteerd onder voorbehoud dat:

(...)

- de diverse vestigingen tenminste zijn voorzien van adequate inbraakbeveiliging met rechtstreekse doormelding naar een Particuliere Alarm Centrale.’

De B.V.’s hebben deze dekkingsbevestiging destijds niet ontvangen. Na 1 januari 2001 maakt de placing broker namens Delta Lloyd de polis op. In het clausuleblad neemt hij het voorbehoud op dat de bedrijfsruimte ten minste moet zijn voorzien van adequate inbraakbeveiliging. Hij verstrekt de polis vervolgens aan de verzekeringstussenpersoon, die deze op zijn beurt eerst bij brief van 8 juni 2001 aan de B.V.’s toezendt.<sup>91</sup>

In januari 2002 wordt de bedrijfsruimte getroffen door een brand, ten gevolge waarvan het gebouw en de daarin aanwezige inventaris en handelsvoorraad geheel verloren gaan. De totale schade van beide B.V.’s beloopt € 546 510. Delta Lloyd weigert tot uitkering van de schade, omdat de bedrijfsruimte ten tijde van de brand niet was voorzien van adequate inbraakbeveiliging in de zin van de polis.

De B.V.’s procederen in twee feitelijke instanties tegen Delta Lloyd over de vraag of dekking bestond onder de polis. In eerste aanleg worden hun vorderingen grotendeels toegewezen. In hoger beroep wordt dit vonnis vernietigd en volgt integrale afwijzing van de vordering. In de onderhavige zaak vorderen zij een verklaring voor recht dat hun verzekeringstussenpersoon en de placing broker toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van hun verplichtingen en/of jegens hen onrechtmatig hebben gehandeld, alsmede dat hun verzekeringstussenpersoon en de placing broker zich hun belangen onvoldoende hebben aangetrokken en niet hebben gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht en dat hun verzekeringstussenpersoon en de placing broker uit dien hoofde aansprakelijk zijn voor de door hen geleden en nog te lijden schade. Voorts vorderen zij – primair hoofdelijk en subsidiair ieder voor zijn aandeel – vergoeding van de door hen geleden schade, vermeerderd met wettelijke rente, en de buitengerechtelijke kosten en de kosten van het onderhavige geding.

De Rechtbank Rotterdam besteedt uitvoerig aandacht aan de rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en de placing broker alsmede de rechtsverhouding tussen deze beide en de cliënten van de provinciale tussenpersoon. In casu is er sprake van een door bemiddeling van een beursmakelaar tot stand gekomen polis. De beursmakelaar handelde daarbij in opdracht van de verzekeringstussenpersoon en deze, op zijn beurt, handelde in opdracht van zijn cliënten, de verzekeringnemers. Cliënten verwijten deze bemiddelaars in hun hoedanigheid van verzekeringstussenpersoon respectievelijk beursmakelaar jegens hen niet de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot in acht te hebben genomen. Op grond van art. 6:74 BW jo. 7:401 BW en/of art. 6:162 BW achten zij hen (hoofdelijk) aansprakelijk voor de schade die zij hadden geleden doordat zij hen niet hadden geïnformeerd over de (inhoud van de) in de polis opgenomen clausule omtrent adequate inbraakbeveiliging en evenmin over de strekking en gevolgen van deze clausule in geval van brand.

Volgens de rechtbank lagen in essentie deze twee vragen over de rechtsverhouding tussen betrokkenen voor:

- Heeft de verzekeringstussenpersoon in die hoedanigheid bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomsten zijn zorgplicht jegens zijn cliënten geschonden?
- Heeft de beursmakelaar in die hoedanigheid bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomsten

90. Rb. Rotterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2862, *JAR* 2014/67.

91. De polis wordt per 1 maart 2001 gesplitst in twee aparte polissen, één ten behoeve van de exploitant van de meubelstoffeerderij en één ten behoeve van de eigenaar van de handelsvoorraad.

zijn zorgplicht jegens de verzekeringstussenpersoon geschonden en aldus (tevens) onrechtmatig gehandeld jegens diens cliënten?

De rechtbank stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat de rechtsverhouding tussen de provinciale verzekeringstussenpersoon en zijn cliënten moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW en dat bijgevolg op hem als opdrachtnemer jegens zijn opdrachtgevers een zorgplicht rust.<sup>92</sup> De reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, met name van de aard en de inhoud van de opdracht en de belangen van de opdrachtgever voor zover kenbaar voor de tussenpersoon.

‘Dit brengt mee, voor zover in deze zaak van belang, dat hij erop toeziet dat aan de verzekeringnemer tijdig wordt doorgegeven dat zich een situatie voordoet waarvan hij als redelijk bekwaam en redelijke handelend tussenpersoon behoort te begrijpen dat die de verzekeraar aanleiding zou kunnen geven om een beroep te doen op het in de polis opgenomen voorbehoud van adequate inbraakbeveiliging. In dat kader mag van de assurantietussenpersoon worden verwacht dat, indien hij niet over voldoende gegevens beschikt of hij niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt volledig en juist zijn, hij daarnaar informeert. Dit geldt enerzijds in zijn verhouding tot zijn opdrachtgever, in dit geval [Partijen 1 en 2], maar anderzijds ook in zijn relatie tot de beursmakelaar.’

Onder de gegeven omstandigheden had de verzekeringstussenpersoon moeten nagaan wat door de verzekeraar werd verstaan onder ‘adequate inbraakbeveiliging’. Indien hij niet over voldoende gegevens beschikte of twijfelde of de gegevens waarover hij beschikte volledig en juist waren, dan had hij een actieve opstelling moeten innemen en navraag moeten doen bij zijn cliënten en/of de placing broker. Dat heeft hij niet gedaan, zodat hij zijn zorgplicht als verzekeringstussenpersoon jegens zijn cliënten heeft geschonden. De enkele omstandigheid, indien en voor zover juist, dat de placing broker hem niet van adequate informatie heeft voorzien met betrekking tot de in de polis opgenomen clausule omtrent adequate inbraakbeveiliging, ontslaat de verzekeringstussenpersoon niet van zijn eigen, zelfstandige verplichting jegens zijn cliënten om de hem verschafte informatie kritisch te bezien en zo nodig, door ook zelf vragen te stellen, aanvullende informatie in te winnen over de voor de dekking relevante bijzonderheden. Het handelen of nalaten van de placing broker doet niet af aan zijn positie als verzekeringstussenpersoon optredend namens zijn cliënten. In die verhou-

ding is de placing broker te beschouwen als hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW<sup>93</sup> van de provinciale tussenpersoon.

De rechtsverhouding tussen de placing broker en de provinciale tussenpersoon moet volgens de rechtbank eveneens worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. Bijgevolg rust op de placing broker een zorgplicht. De vraag of de placing broker zich jegens de provinciale tussenpersoon naar behoren van die zorgplicht heeft gekweten beantwoordt de rechtbank ontkennend. Daartoe is, aldus de rechtbank, het volgende van belang:

‘Tot de taken van de beursmakelaar behoort het onderbrengen van verzekeringen bij verzekeraars en het zorgen voor de continuering van die verzekeringen. In dat kader mag van [Partij 3] [de placing broker, CJJ] worden verwacht dat zij erop toeziet, dat de desbetreffende verzekeringen in beginsel de daarmee beoogde dekking (blijven) bieden. Het ligt derhalve op de weg van de makelaar om de voorwaarden waaronder zij de verzekering bij verzekeraars poogt onder te brengen te (doen) toetsen, in die zin dat de makelaar zich (via de tussenpersoon) laat voorzien van de benodigde gegevens om invulling te (kunnen) geven aan het voorbehoud. Daarnaast ligt het op de weg van de makelaar zijn opdrachtgever op de risico’s te wijzen en aanbevelingen te doen zodat die risico’s kunnen worden verkleind. Het is de taak van de makelaar om zijn opdrachtgever in voldoende mate te informeren over onder meer het karakter van de polis en de voorwaarden. De makelaar dient zich ervan te vergewissen of zijn opdrachtgever daarmee voldoende bekend is en of aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Bijzondere aandacht<sup>94</sup> door de makelaar is onder meer vereist wanneer een verzekering bij een nieuwe verzekeraar wordt ondergebracht, zeker wanneer een verzekering overgaat van één verzekeringsmaatschappij naar een verzekering in co-assurantie.’

In de door de placing broker opgemaakte dekkingsbevestiging heeft hij het voorbehoud opgenomen dat er adequate inbraakbeveiliging moest zijn. Ook in het door hem opgemaakte aanhangsel bij het polisblad is opgenomen dat er een adequate inbraakbeveiliging moest zijn, zonder dat is uitgewerkt wat hieronder in het geval van de verzekeringnemers moest worden verstaan. Hoewel op de placing broker de verantwoordelijkheid rustte om nader uit te werken wat onder adequate inbraakbeveiliging moest worden verstaan, heeft hij dit nagelaten. Daardoor heeft hij, aldus de rechtbank, zijn zorgplicht

92. Deze zorgplicht vergt een actieve en voortdurende bemoeienis door de verzekeringstussenpersoon met alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen teneinde te bewerkstelligen dat de belangen van zijn opdrachtgever ter zake van elk van die verzekeringen steeds adequaat zijn gediend (r.o. 6.6).

93. ‘Deze bepaling berust op diverse gedachten: het profijtbeginsel, dat aansprakelijkheid de schuldenaar aanspoort tot zorgvuldige keuze van hulppersonen en organisatie van hun werk (het beginsel van *culpa in eligendo*), en het voorkomen van verhaalsproblemen voor de schuldeiser die anders niet zou weten of hij de schuldenaar of diens hulppersoon zou moeten of kunnen aanspreken’ (T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht’, *MvV* 2010, afl. 10, p. 251).

94. Met de woorden ‘bijzondere aandacht’ wekt de rechtbank de indruk dat hier sprake is van een ‘bijzondere zorgplicht, die de normale contractuele zorgvuldigheid jegens de cliënt overstijgt en nog meer aandacht voor het belang van de cliënt vergt’ (O.O. Cherednychenco, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank’, in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 121). Zie ook C.J. de Jong, ‘Enkele aspecten van de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon’, *NTHR* 2012, afl. 5, p. 254-255.

als beursmakelaar (meer specifiek als placing broker, CJJ) jegens de provinciale tussenpersoon geschonden. Immers, hij heeft deze geen informatie verschaft terwijl hij dit wel had behoren te doen. Hij mocht er niet van uitgaan dat de verzekeringstussenpersoon, die geen beursmakelaar is, op dit punt over dezelfde kennis beschikte als hijzelf. Voor de provinciale tussenpersoon was hij de partij van wie deze informatie mocht verwachten,<sup>95</sup> zodat deze tussenpersoon op zijn beurt zijn cliënten zou kunnen informeren. Het enkele feit, dat de verzekeringstussenpersoon zijn onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens heeft verzaakt, sluit niet uit dat de placing broker ten aanzien van diezelfde gegevens (ook) een mededelingsplicht heeft.

Resteert de vraag of in dit geval de zorgplichtschending tevens ten opzichte van de beide verzekeringnemers een onrechtmatige daad oplevert. De vraag, derhalve, of de met de placing broker gesloten overeenkomst van opdracht derdenwerking heeft.<sup>96</sup> Het is daarom verleidelijk om aandacht te besteden aan het leerstuk van de derdenwerking van overeenkomsten,<sup>97</sup> maar dat valt buiten het bestek van deze bijdrage.

## 6. CONCLUSIE

Door een beursmakelaar in te schakelen kan een provinciale verzekeringstussenpersoon dekking realiseren voor risico's die vanwege hun aard en/of omvang voor een provinciale verzekeraar niet acceptabel zijn. De verzekeringstussenpersoon handelt hierbij als opdrachtnemer van zijn cliënt en de door hem ingeschakelde, als placing broker optredende, beursmakelaar moet worden beschouwd als zijn hulppersoon – in Wft-termen: onderbemiddelaar. In zijn rechtsverhouding tot de provinciale verzekeringstussenpersoon handelt de placing broker eveneens als opdrachtnemer. In zijn geval is er sprake van een gekwalificeerde overeenkomst van opdracht: lastgeving. Afhankelijk van de gedragingen van de placing broker is er sprake van een resultaatsverbintenis. Daarvan is in elk geval sprake, indien hij de opdracht heeft aanvaard om de door hem geoffreerde verzekering tot stand te brengen of indien hij het resultaat waarop zijn inspanningen zijn gericht heeft toegezegd. Zowel op de provinciale verzekeringstussenpersoon als de placing broker rust de verplichting om de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Voor beiden geldt deze zorgplicht jegens hun opdrachtgever – voor de provinciale verzekeringstussenpersoon derhalve jegens diens cliënt en voor de placing broker jegens de provinciale verzekeringstussenpersoon. Op grond van het leerstuk van de derdenwerking van overeenkomsten kan de door de provinciale verzekeringstussenpersoon en de placing broker gesloten overeenkomst van opdracht derdenwer-

king hebben. Een zorgplichtschending door de placing broker kan derhalve resulteren in een onrechtmatige daad jegens de cliënt van die tussenpersoon.

95. Zie in dit verband de in art. 4:99 lid 1 Wft neergelegde gedragsnorm, inhoudende dat financiële ondernemingen elkaar over en weer in staat moeten stellen om te voldoen aan hetgeen in het Wft-deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen is bepaald, voor zover zij daarvoor van elkaar afhankelijk zijn.

96. 'De problematiek van derdenwerking van overeenkomsten is notoir moeilijk. Voor een deel komt dit omdat de gevallen waarin derdenwerking zich aandient, erg verscheiden zijn.' J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht (II, slot)', *WPNR* 1997, afl. 6289, nr. 40.

97. Het algemene leerstuk van derdenwerking van overeenkomsten geeft antwoord op de vraag in welk geval er sprake is van een buitencontractuele zorgplicht jegens een derde of van de doorwerking van een contractueel beding in een daarmee samenhangende rechtsverhouding.