

Kroniek zorgplicht assurantië tussenpersoon

AV&S 2017/6

In deze kroniek wordt de jurisprudentie van de laatste jaren over de zorgplicht van de assurantië tussenpersoon besproken.

1. Inleiding

In deze eerste 'Kroniek zorgplicht assurantië tussenpersoon' zullen wij de meest relevante en opmerkelijke uitspraken van de jaren 2013-2016 bespreken over de (civielrechtelijke) *zorgplicht* van de assurantië tussenpersoon en de daarmee samenhangende bewijsrechtelijke aspecten.² Andere thema's die samenhangen met de zorgplichtvraag, zoals eigen schuld, de klachtplicht en causaal verband staan in deze kroniek niet centraal. Wel zal op een enkele plaats een uitstapje worden gemaakt naar de zorgplicht van andere dienstverleners, zoals advocaten of notarissen. De ontwikkelingen staan immers niet op zichzelf.

Allereerst zullen wij – om de rechtspraak te kunnen duiden – kort ingaan op het kader waarin de zorgplicht van de assurantië tussenpersoon geplaatst moet worden (paragraaf 2). Daarna zullen wij de uiteenlopende gezichtspunten bespreken die in de rechtspraak naar voren komen (paragraaf 3). Vervolgens zullen wij ingaan op enkele specifieke zorgplichtsituaties (paragraaf 4) en de rol van bewijs bij procedures over zorgplicht (paragraaf 5), waarna wij zullen afronden (paragraaf 6).

2. De zorgplicht van de assurantië tussenpersoon: de maatman van art. 7:401 BW

2.1 De redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot

Wat wordt van de assurantië tussenpersoon verwacht dat hij doet voor zijn klant? Een logisch eerste antwoord zou zijn dat dit afhangt van wat de assurantië tussenpersoon en de klant daarover hebben afgesproken. De overeenkomst tussen de klant en de assurantië tussenpersoon definieert immers hun rechtsverhouding. De zorgplicht van de assurantië tussenpersoon tegenover de klant is dan ook primair een *contractuele* zorgplicht.³ Schending van de zorgplicht is dan niet anders dan een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis (art. 6:74 BW). Het primaat bij

de vaststelling van de omvang van de zorgplicht van de assurantië tussenpersoon ligt kortom bij de partijen zelf. Als partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat de assurantië tussenpersoon niet zal hoeven te waken voor onderverzekering, dan is daarmee op dat punt de zorgplicht geregeld. Er is geen rechtsregel die dit partijen principieel belet. En als de assurantië tussenpersoon juist garandeert dat hij ieder jaar op onderverzekering zal controleren en deze zal voorkomen, staat (de inhoud van) de zorgplicht hiermee evenzeer vast. Partijen hebben dus *vooraf* invloed op de omvang en inhoud van de zorgplicht.

Vaak hebben partijen weinig tot niets (concreets) contractueel uitgewerkt over de zorg die verwacht wordt. In zoverre bevat de overeenkomst tussen de klant en de assurantië tussenpersoon een lacune zodat de overeenkomst aangevuld moet worden; allereerst op basis van de wet. Daarmee is de rol van art. 7:401 BW gegeven, dat als een vorm van aanvullend recht bepaalt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden "de zorg van een goed opdrachtnemer" in acht moet nemen. Bij beroepsaansprakelijkheid wordt deze norm uitgelegd als de zorg die van een "redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot" – *de maatman* – verwacht mag worden. Dit gebeurt ook wanneer het gaat om de assurantië tussenpersoon. Met deze norm wordt aansluiting gezocht bij wat een 'andere' assurantië tussenpersoon zou doen of hebben gedaan. Dit betekent echter niet dat het gaat om wat assurantië tussenpersonen 'gemiddeld' plegen te doen (hoewel dit wel relevant kan zijn); het gaat uiteindelijk om wat in het algemeen *normatief* verwacht mag worden van een assurantië tussenpersoon.⁴ Anderzijds wordt van de assurantië tussenpersoon – als maatman – niet gevergd dat hij Superman is. De Rechtbank Midden-Nederland heeft dit in een recente uitspraak over de assurantië tussenpersoon aldus geformuleerd:⁵

"Bij de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheid is verder van belang dat er altijd een zekere marge bestaat. De maatstaf is de zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot mag worden verwacht, en niet of de beroepsbeoefenaar de best denkbare prestatie heeft geleverd."

De aanvullende werking van deze 'open' norm van de maatman is op zichzelf nog weinig concreet en moet in de praktijk steeds verder ingevuld worden. In dat spectrum moet de rechtspraak over de zorgplicht van de assurantië tussenpersoon geplaatst worden.

1 De auteurs zijn allen advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam. F. van der Woude is tevens docent-onderzoeker aan de VU. De auteurs danken mw. mr. F. Keuning van De Vereende voor de input die zij van haar mochten ontvangen voor dit artikel. Citeerwijze: F. van der Woude, E.M. van Orsouw & J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantië tussenpersoon', AV&S 2017/6, afl. 1.

2 Het jurisprudentieonderzoek, verricht op basis van www.rechtspraak.nl, is afgesloten op 4 november 2016.

3 Dit uitgangspunt is evenwel onderhevig aan relativering. Zie daarover nader paragraaf 2.2.

4 Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/94*. Dat alle (of meer) assurantië tussenpersonen iets plegen te doen (of na te laten), hoeft dus niet altijd doorslaggevend te zijn. Vgl. HR 30 januari 1981, NJ 1982/56 (*Baarns Beslag*), dat over een notaris ging, maar waarvan aangenomen mag worden dat deze lijn breder kan worden getrokken.

5 Rb. Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420, r.o. 2.5.

2.2 De zorgplicht van de assuranttussenpersoon: ook jegens derden mogelijk

Art. 7:401 BW is naar zijn aard niet van toepassing jegens derden, dat wil zeggen: partijen met wie de assuranttussenpersoon geen overeenkomst (van opdracht) heeft gesloten. De rechtspraak maakt echter duidelijk dat de assuranttussenpersoon ook een zorgplicht kan hebben jegens derden.⁶ Nu een contractuele grondslag daarvoor ontbreekt,⁷ kan deze zorgplicht dan vrijwel alleen gebaseerd worden op wat volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW). Ter illustratie wijzen wij op een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.⁸ In die zaak ging het om de aansprakelijkheid van een assuranttussenpersoon die zijn klant, een werkgever, had bijgestaan bij het afsluiten van een collectieve verzekering voor uitkeringen aan zijn werknemers in aanvulling op de WIA. Omdat de assuranttussenpersoon had nagelaten een specifieke IVA-excedentdekking te regelen, spraken de erven van een overleden werknemer hem aan vanwege het mislopen van dergelijke uitkering. De vraag rees in hoeverre de maatstaf van de maatman ook gold jegens de werknemer (als derde). De rechtbank overwoog daarover:

'[De werknemer] (en de overige werknemers van [de klant]) gelden ten opzichte van de assuranttussenpersoon niet als directe opdrachtgevers, maar als derden. Echter, in het licht van het voorgaande valt niet in te zien dat [de assuranttussenpersoon] ten opzichte van deze werknemers als verzekerden en daarmee direct betrokken derden een andere zorgvuldigheidnorm in acht diende te nemen dan ten opzichte van zijn opdrachtgever. Voor [de assuranttussenpersoon] (...) was immers kenbaar dat de belangen van deze werknemers hierbij direct waren betrokken, zodat het voor de hand ligt om op grond van artikel 6:162 BW van diezelfde zorgvuldigheidnorm uit te gaan.' (r.o. 4.11)

De rechtbank past kortom de norm van de maatman (art. 7:401 BW) één op één toe in het kader van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De rechtbank wijst daarbij onder meer op de strekking van de opdracht aan de assuranttussenpersoon en de wijze waarop deze de opdracht had uitgevoerd. De Jong heeft in de literatuur kritiek geuit op deze uitspraak.⁹ Deze uitspraak staat evenwel niet op zichzelf. Zo hield het Hof Den Haag een assuranttussenpersoon (ook) aansprakelijk voor de schade die een koper leed nadat de transportverzekering, die via de assuranttussenpersoon maar buiten de koper om was afgesloten,

geen dekking bood.¹⁰ Het hof oordeelde dat nu de belangen van de koper zo nauw betrokken waren en voorzienbaar waren voor de assuranttussenpersoon, de 'normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' meebrachten dat de assuranttussenpersoon haar gedrag mede moest laten bepalen door die belangen. Ook hier werd de aansprakelijkheid dus (impliciet) op onrechtmatige daad gebaseerd waarbij de inhoud van die norm werd gelijkgesteld aan de norm van de maatman van art. 7:401 BW. En ook hier zijn de kenbare en bij de opdracht betrokken belangen van de derde maatgevend voor het ontstaan van deze zorgplicht.

De zorgplicht van een assuranttussenpersoon jegens derden lijkt dan ook vooral gebaseerd te (kunnen) worden op een vorm van derdenwerking van de overeenkomst tussen de assuranttussenpersoon en zijn (directe) klant. Die derden vormen in feite een groep belanghebbenden bij die opdrachtrelatie, (veelal) vanwege hun belang bij de betreffende verzekering. Dit komt ook terug in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over de zorgplicht van een beursmakelaar jegens de verzekeringnemer, die geen contract had met de beursmakelaar maar alleen met zijn (eigen) assuranttussenpersoon, die op zijn beurt de beursmakelaar als hulppersoon had ingeschakeld.¹¹ De verzekering bleek geen dekking te bieden vanwege een dekkingsvoorbehoud, waarmee de beursmakelaar had gewanpresteerd jegens zijn opdrachtgever – de (eigen) assuranttussenpersoon van de verzekeringnemer. De rechtbank oordeelde vervolgens met een uitvoerige motivering dat de beursmakelaar door zijn wanprestatie ook 'onrechtmatig' jegens de verzekeringnemer zelf (met wie hij geen overeenkomst had) gehandeld had. Ook hier wordt dus (impliciet) de zorgplicht van de assuranttussenpersoon (in dit geval als beursmakelaar) gebaseerd op art. 6:162 BW.

Dit relativeert het uitgangspunt dat de zorgplicht primair een contractuele is, alhoewel ook bij een vordering op grond van onrechtmatige daad de contractuele verhouding wel degelijk van belang blijft. Interessant is dat de zorgplicht op basis van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) niet per se anders wordt ingevuld dan de zorgplicht op basis van art. 7:401 BW (de maatman). Kennelijk betaamt het op grond van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer dat de assuranttussenpersoon ook zonder een (directe) opdracht handelt conform de redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot, althans mits de belangen van de derden in kwestie voldoende nauw betrokken en voorzienbaar zijn. Waar hierbij de grenzen liggen, is lastig in algemene zin te beantwoorden en zal van geval tot geval op basis van de specifieke omstandigheden moeten worden beoordeeld.

Overigens kan 6:162 BW onder omstandigheden ook een aansprakelijkheidsgrondslag bieden voor de klant van de

6 Zie over dit onderwerp in algemene zin: E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss.), Den Haag: *BJU* 2001 en *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2014/204.

7 Het is in bepaalde gevallen evenwel denkbaar dat de derde via een (al dan niet impliciet) derdenbeding in de overeenkomst tussen de klant en de assuranttussenpersoon kan toetreden tot deze overeenkomst, en daarmee een beroep op art. 7:401 BW mogelijk kan worden.

8 Rb. Oost-Brabant 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6025. Zie over deze uitspraak uitvoerig C.J. de Jong, 'De zorgplicht van de verzekerings-tussenpersoon bij collectieve verzekeringen', *NTHR* 2015/4, p. 177-190.

9 De Jong, *NTHR* 2015, p. 189. Omwille van de ruimte gaan wij hier niet nader in op deze uitspraak en deze kritiek.

10 Hof Den Haag 3 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5127.

11 Rb. Rotterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2862. Zie over deze uitspraak ook C.J. de Jong, 'De placing broker, zijn rechtsverhoudingen, taken en zorgplicht', *NTHR* 2015/1, p. 11-13.

assurantietussenpersoon, ook wanneer deze klant ten aanzien van een bepaald aspect geen specifieke opdracht had gegeven. Zo achtte het Hof Arnhem-Leeuwarden een assurantietussenpersoon aansprakelijk zonder daartoe een (specifieke) opdracht van een klant per se nodig te achten.¹² Overigens zal bij een dergelijke vordering de aard en inhoud van de opdracht en de contractuele afspraken wel van belang kunnen blijven bij de beoordeling van de vordering op grond van onrechtmatige daad.

3. De zorgplicht in de rechtspraak: een kwestie van zorgplichtfactoren

3.1 De invulling van de zorgplicht aan de hand van verschillende zorgplichtfactoren

Zoals gezegd moet de 'open' norm van de maatman – los van haar grondslag – in de praktijk ingevuld worden. Deze invulling moet steeds plaatsvinden met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval.¹³ De rechtspraak is dan ook naar zijn aard casuïstisch. Niettemin zijn er patronen zichtbaar die steeds terugkomen en daarmee voor iedere zaak relevant zijn. Eén van deze patronen is dat de rechtspraak bij de invulling van de zorgplicht gezichtspunten ('zorgplichtfactoren') hanteert, die doen denken aan de zgn. Kelderluik-criteria die de grondslag vormen voor de invulling van de (ongeschreven) maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 BW. In het welbekende Kelderluik-arrest noemde de Hoge Raad als criteria de mate van waarschijnlijkheid van onoplettendheid bij de (potentiële) benadeelde, de grootte van de kans dat (daaruit) schade ontstaat, de ernst van de mogelijke gevolgen en de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen.¹⁴ Vervolgens zijn in de rechtspraak en literatuur daarnaast nog andere gezichtspunten ontwikkeld, zoals onder meer de kenbaarheid van het gevaar voor de aansprakelijke partij en de hoedanigheid van de (potentiële) benadeelde.¹⁵

In deze paragraaf zullen wij bespreken dat de rechtspraak over de (contractuele) zorgplicht van de assurantietussenpersoon zich ook pleegt te bedienen van dergelijke gezichtspunten. Treffend is dat de Hoge Raad deze punten – impliciet – al heeft toegepast bij de beroepsaansprakelijkheid van een andere zakelijke dienstverlener, de advocaat. In het arrest van 29 mei 2015 oordeelde de Hoge Raad over de zorgplicht die uit art. 7:401 BW voortvloeit:¹⁶

“Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een be-

paalde kwestie, brengt de hiervoor (...) genoemde zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (...). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan blijk heeft gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.” (r.o. 3.4.3)

Dit is volgens ons niet anders voor de assurantietussenpersoon. Het gebruik van gezichtspunten die hun oorsprong vinden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van art. 6:162 BW is naar onze mening ook weinig wonderlijk. Ook bij art. 7:401 BW gaat het immers uiteindelijk veelal om ongeschreven maatschappelijke opvattingen over verantwoordelijkheid en zorgvuldigheid. Bovendien: wanneer de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 BW in de praktijk wordt beïnvloed door de norm van art. 7:401 BW (zoals in paragraaf 2.3 is gebleken), is niet onlogisch dat de norm van art. 7:401 BW andersom weer wordt ingevuld met de gezichtspunten waarmee de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 BW al werd ingevuld.

3.2 De verschillende zorgplichtfactoren in de rechtspraak

De rechtspraak blijkt een heel aantal gezichtspunten (zorgplichtfactoren) te gebruiken bij het bepalen van de omvang en de grenzen van de zorgplicht van de assurantietussenpersoon. Daarbij worden niet steeds alle gezichtspunten langsgelopen, vaak wordt er slechts naar een paar gezichtspunten (expliciet) gerefereerd. Vanuit ons onderzoek naar deze rechtspraak onderscheiden we in ieder geval de volgende zorgplichtfactoren:

- (a) de inhoud en de aard van de opdracht aan de assurantietussenpersoon;
- (b) de aard van het product (de verzekering) waarop de opdracht ziet;
- (c) de grootte van de kans op schade;
- (d) de kenbaarheid van dit risico voor de assurantietussenpersoon;
- (e) de kenbaarheid van dit risico bij de klant;
- (f) de hoedanigheid van de klant;
- (g) de aard en omvang van de (mogelijke) schade;
- (h) de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van maatregelen door de assurantietussenpersoon;
- (i) de omvang van de provisie voor de assurantietussenpersoon.

Wij zullen deze gezichtspunten hieronder kort bespreken.

¹² Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6030, r.o. 4.7. In Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3122 en Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6838 werd daarentegen aansprakelijkheid afgewezen vanwege het (destijds) ontbreken van een opdracht.

¹³ HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6693, r.o. 3.6.

¹⁴ HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. Scholten (Kelderluik).

¹⁵ Zie o.m. K.J.O. Jansen, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer 2014, art. 6:162 BW, aant. 88 e.v.

¹⁶ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, JA 2015/90, m.nt. Colsen. Ook Colsen constateert in haar noot dat de Hoge Raad hierbij gezichtspunten hanteert die doen denken aan de Kelderluik-criteria.

a) *De inhoud en de aard van de opdracht aan de assurantietussenpersoon*

In veel uitspraken wordt de inhoud en de aard van de opdracht aan de assurantietussenpersoon uitdrukkelijk als gezichtspunt gehanteerd.¹⁷ Dit ligt ook in de rede gelet op het primaat van het contract ten aanzien van de omvang van de zorgplicht (zie paragraaf 2.1). Een voorbeeld van een uitspraak waarin de rechter de omvang van de zorgplicht uitdrukkelijk aan de inhoud van de overeenkomst tussen de assurantietussenpersoon en de klant verbindt, is een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.¹⁸ De rechtbank overwoog daar over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon, in het bijzonder over het adviseren van een passende verzekering:

“Hoever die taak en wat die taak precies inhoudt, hangt mede af van de overeenkomst van opdracht die hij met zijn klant gesloten heeft. (...) Wat een passende verzekering is, hangt mede af van de wensen van de klant.” (r.o. 2.4)

Op deze uitspraak en de vraag wat een passende verzekering, zullen wij overigens hierna in paragraaf 4.1 nader inhoudelijk ingaan.

b) *De aard van het product (de verzekering) waarop de opdracht ziet*

Dit gezichtspunt troffen wij aan in een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD.¹⁹ Het ging in die zaak om een klant (particulier) die een autoverzekering en een caravanverzekering had afgesloten via zijn assurantietussenpersoon en (na 20 jaar) zijn beklag deed over de volgens hem te hoge premie. De Commissie overwoog over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon evenwel het volgende:

“De omvang van die verplichting is afhankelijk van wat partijen daarover zijn overeengekomen, en van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de verzekeringen (...). Vaststaat dat de verzekeringen van [de klant] eenvoudig van aard zijn. (...) De Commissie is van oordeel dat de verzekeringen (...) in het onderhavige geval meebrengen dat de (...) verplichting beperkt van omvang is.” (r.o. 4.2-4.3)

De gedachte van de Commissie is dus dat hoe eenvoudiger het product (voor de klant te begrijpen valt), hoe minder ver de zorgplicht van de assurantietussenpersoon gaat. Het ligt in de rede dat dit dan vice versa ook andersom geldt.

c) *De grootte van de kans op schade*

Een ander gezichtspunt dat wordt gehanteerd – en een ‘klassiek’ Kelderluik-criterium is – is de grootte van de kans op schade (het risico). In dit verband zal veelal dit risico het ontbreken van verzekeringsdekking zijn. Wij wijzen op een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.²⁰ Daarin ging het om een klant die etiketten had geproduceerd met een onjuiste barcode, waardoor bij diens afnemer een op die barcode afgestemde bemesting van bloemen schade aan de oogst toebrengt. Onder de aansprakelijkheidsverzekering (een AVB) van de klant bleek echter geen dekking te bestaan, omdat kort gezegd geen sprake was van (directe) zaakschade. De klant hield zijn assurantietussenpersoon daarvoor aansprakelijk. De rechtbank overwoog evenwel (onder meer):

“Ook al wist [de assurantietussenpersoon] dat foutief drukwerk tot grote gevolgschade zou kunnen leiden (rov. 3.4.1), zij wist dat [de klant] dergelijke schade contractueel uitsloot. [De assurantietussenpersoon] zou wel in actie (...) moeten zijn gekomen (...) indien [de assurantietussenpersoon] zelf ter kennis zou zijn gekomen dat klanten die algemene voorwaarden niet aanvaardden.” (r.o. 3.4.3)

Hiermee hanteerde de rechtbank (enigszins impliciet) de grootte van de kans op schade – namelijk het ontbreken van verzekeringsdekking voor bepaalde aansprakelijkheid voor foutief drukwerk. Die kans was in dit geval volgens de rechtbank niet groot, omdat de afnemer dergelijke aansprakelijkheid contractueel uitsloot.

d) *De kenbaarheid van dit risico voor de assurantietussenpersoon*

De kenbaarheid voor de assurantietussenpersoon van het risico op géén of beperkte dekking is een essentieel gezichtspunt voor de vaststelling van de zorgplicht. Zo gaat de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij voor hem *beroepshalve* kenbare risico's regelmatig ver (waarover in hoofdstuk 4 meer). Dit geldt bijvoorbeeld voor het risico op een dekkingshiaat bij een overstap van aansprakelijkheidsverzekering. Te wijzen valt hierbij op een arrest van het Hof Amsterdam over een overstap naar een andere aansprakelijkheidsverzekeraar (AVB), waarin het hof expliciet refereert aan de kenbaarheid voor de assurantietussenpersoon van het risico op een dekkingshiaat.²¹

‘Het gaat hier om een claims made-verzekering. (...) Aldus dreigt voor een verzekeringnemer (...), van wie het einde van de looptijd van een claims made verzekering nadert en die een opvolgende AVB-verzekering wenst, een dekkingshiaat (...). De [assurantietussenpersoon] wordt als professionele assurantietussenpersoon geacht met dit risico bekend te zijn.’

17 Zie onder meer Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:676, r.o. 2.5; Rb. Midden-Nederland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3683; JA 2015/130, m.nt. E.M. van Orsouw & M.H.J. Lubbers, r.o. 3.2. Zie ook Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2 september 2015, KiFiD nr. 2015-248.

18 Rb. Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420.

19 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2 september 2015, KiFiD nr. 2015-248.

20 Rb. Zeeland-West-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6007.

21 Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2492. Dit arrest zal overigens in paragraaf 4.5 nader besproken worden.

Dat betekent uiteraard niet dat élk voor de assurantietussenpersoon kenbaar risico leidt tot een (verstreckende) specifieke zorgplicht.²² Het blijft een afweging van alle omstandigheden van het geval.

e) *De kenbaarheid van het risico bij de klant*

Regelmatig komt ook uitdrukkelijk de kenbaarheid van het risico *bij de klant* aan de orde.²³ Zie bijvoorbeeld een arrest van het Hof Amsterdam.²⁴ Daarin ging om een verzekering die geen dekking bood voor waterschade, wat vrij eenvoudig te herleiden was uit de polisbladen. Omdat het risico op het ontbreken van dekking dusdanig kenbaar was voor de klant, zag het hof geen grond voor een specifieke zorgplicht bij de assurantietussenpersoon:

“Nu deze informatie beknopt maar duidelijk is, is het voor het aannemen van een verdergaande informatie- of waarschuwingsplicht geen grond. Van [de klant] mag worden verwacht dat zij de in deze polisbladen opgenomen informatie leest. Ter comparitie in eerste aanleg heeft [de klant] ook verklaard dat hij naar de polissen kijkt.” (r.o. 3.4.2)

Overigens blijkt het enkele feit dat de polis op zichzelf duidelijk is in andere uitspraken geen voldoende grond om geen specifieke zorgplicht aan te nemen. Zo oordeelde het Hof Den Haag bijvoorbeeld dat een assurantietussenpersoon ‘meer dan een doorgeefluik is’ (waarover in paragraaf 4.3 meer).²⁵

f) *De hoedanigheid van de klant*

De hoedanigheid van de klant is eveneens een factor van belang. Te wijzen valt op een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, waarin een klant (een bedrijfsmatig vastgoedbeheerder) zijn assurantietussenpersoon verweet dat deze hem niet had gewezen op de preventieclausules die de brandverzekering als voorwaarde voor dekking stelde.²⁶

“De omvang van die informatieplicht wordt beïnvloed door het feit dat [de klant] geen consument is, maar een ondernemer, van wie [de assurantietussenpersoon] een zekere mate van professionaliteit mocht verwachten. (...) Dit heeft gevolgen, bijvoorbeeld voor de hoeveelheid uitleg die [de assurantietussenpersoon] moest geven, of

voor de frequentie waarmee zij de preventieclausules aan de orde moest stellen.” (r.o. 3.11)

g) *De aard en omvang van de (mogelijke) schade*

De aard en de omvang van de (mogelijke) schade is ons inziens ook een aspect dat relevant is voor de zorgplicht van een assurantietussenpersoon. Weliswaar lijkt de rechtspraak dit gezichtspunt (tot dusver) niet met zoveel woorden te benoemen, maar onze indruk is dat dit wel in het achterhoofd van rechters zit. Dat is ook begrijpelijk: het is belangrijk om ‘goed verzekerd’ te zijn, en wanneer dit niet zo blijkt te zijn – althans de verzekering niet (volledig) de gehoopte dekking biedt – dan is dat vrijwel per definitie ingrijpend voor de verzekerde. Dit aspect lijkt daarom het fundament voor het reeds *an sich* bestaan van (soms vergaande) zorgplichten voor de assurantietussenpersoon.

h) *De mogelijkheid en bezwaarlijkheid van maatregelen door de assurantietussenpersoon*

Dit gezichtspunt is een ‘klassiek’ Kelderluik-criterium. Evenals het gezichtspunt van de aard en omvang van de (mogelijke) schade, lijkt dit gezichtspunt (nog) niet expliciet te worden gebruikt in de rechtspraak. Toch lijkt dit wel een factor van belang. De rechter zal immers (al dan niet impliciet of bewust) toetsen of het mogelijk en reëel was dat de assurantietussenpersoon een bepaalde, extra handeling zou hebben verricht (of nagelaten). Als die (extra) zorg een kleine moeite was, althans het risico eenvoudig vermijdbaar was, dan vergroot dit de kans dat in een eventuele procedure de rechter tot het oordeel komt dat de zorgplicht tot actie noopte.

Tegelijk menen we dat het enkele feit dat een bepaalde handeling of nalaten – achteraf – als een ‘kleine moeite’ wordt gezien, niet te snel tot het oordeel kan leiden dat de assurantietussenpersoon is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Vaak zal met de wijsheid van achteraf worden vastgesteld dat een bepaalde schade voorkomen had kunnen worden door een relatief eenvoudig feitelijk handelen of nalaten van de assurantietussenpersoon. Maar die vaststelling alleen zal niet voldoende kunnen zijn om tot het oordeel te komen dat de zorgplicht ook tot dat bepaalde handelen of nalaten noopte. De vraag is immers juist óf – gelet op alle omstandigheden van het geval en daarmee bezien vanuit alle overige gezichtspunten – er voor de assurantietussenpersoon aanleiding was voor dit feitelijk handelen of nalaten.

i) *De omvang van de provisie voor de assurantietussenpersoon*

Tot slot troffen wij ook de omvang van de provisie als zorgplichtfactor aan, in de al hiervoor genoemde uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD.²⁷ De Commissie overwoog daar over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon:

27 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2 september 2015, KiFiD nr. 2015-248.

22 Zie bijvoorbeeld het al genoemde Rb. Zeeland-West-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6007, waarin de rechtbank oordeelde dat het risico op onverzekerde schade voor de assurantietussenpersoon weliswaar kenbaar was maar waarin (desalniettemin) geen aansprakelijkheid werd aangenomen.

23 Zie onder meer Hof Amhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:676, r.o. 2.5; Rb. Zeeland-West-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6007, r.o. 3.4.2; Rb. Midden-Nederland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3683; JA 2015/130, m.nt. E.M. van Orsouw & M.H.J. Lubbers, r.o. 3.12.

24 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3960.

25 Hof Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3108, r.o. 3.4.

26 Rb. Midden-Nederland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3683; JA 2015/130, m.nt. E.M. van Orsouw & M.H.J. Lubbers. Ook in voormelde uitspraak van Hof Amsterdam van 23 september 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:3960) lijkt de hoedanigheid van de klant (impliciet) een rol te hebben gespeeld (zie ook paragraaf 4.3 hierna).

“De omvang van die verplichting is afhankelijk van wat partijen daarover zijn overeengekomen, en van de omstandigheden van het geval, zoals (...) de omvang van de provisie die voor het beheer van de verzekeringen wordt ontvangen.” (r.o. 4.2)

Uit deze uitspraak volgt dat hoe lager de provisie, hoe beperkter de omvang van de zorgplicht zou kunnen zijn. Andersom zou men dus bij een relatief hoge provisie ‘meer’ kunnen verwachten.²⁸ Het komt ons evenwel voor dat de omvang van de provisie niet snel van (doorslaggevend) belang kan zijn voor het bepalen van de omvang van de zorgplicht.

Tot slot

Deze opsomming zou als een ‘kapstok’ gebruikt kunnen worden om de zorgplicht van de assurantietussenpersoon in het kader van zijn beroepsaansprakelijkheid te beoordelen en af te wegen. Gebruikmaking van zo’n kapstok kan er aan bijdragen dat dergelijke vragen volledig en evenwichtig worden afgewikkeld. Daarbij merken we op dat een bepaald gezichtspunt veelal van geval tot geval meer relevant of zwaarwegend zal zijn. Deze opsomming lijkt naar haar aard overigens vooral bruikbaar wanneer de zorgplicht *achteraf* moet worden vastgesteld. Vanuit *preventief* perspectief lijkt zinvoller om de rechtspraak op een andere wijze te rubriceren, namelijk aan de hand van specifieke zorgplichten, waarop wij hierna zullen ingaan.

4. Specifieke zorgplichten van de assurantietussenpersoon

De algemene plicht van een assurantietussenpersoon om de zorgvuldigheid in acht te nemen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot mondt uit in *specifieke* zorgplichten, die toegesneden zijn op specifieke onderwerpen. Relatief vaak in de rechtspraak terugkerende onderwerpen zijn daarbij het zorgen voor een passende verzekeringsdekking, het voorkomen van verzwijgingsdiscussies met de verzekeraar, het wijzen op belangrijke dekkingsslaes en het voorkomen van onderverzekering. De assurantietussenpersoon blijkt op die punten in de regel een vergaande zorgplicht te hebben. Dit sluit ook nauw aan bij de hiervoor besproken gezichtspunten. Essentieel is hier immers dat de assurantietussenpersoon geacht mag worden al deze gevaren *beroepshalve* te kennen. Daarnaast is de ernst van de mogelijke gevolgen van die gevaren (het ontbreken van dekking) groot, terwijl het in de regel vrij eenvoudig en onbezwaarlijk zal zijn om het specifieke gevaar te voorkomen of te verkleinen. De gezichtspunten wijzen in die gevallen dus vrijwel standaard in de richting van een vergaande zorgplicht.

Vanwege het belang van de hiervoor genoemde deelonderwerpen (passende verzekeringsdekking, verzwijging,

dekkingsslaes en onderverzekering) zullen wij in deze paragraaf nader aandacht geven aan uitspraken daarover. Daarbij zullen wij ook kort het onderwerp van het oversluiten van aansprakelijkheidsverzekeringen bespreken. Weliswaar lijkt dit onderwerp niet heel vaak terug te komen in de (gepubliceerde) rechtspraak, maar onze indruk is dat dit – evenzeer *beroepshalve* kenbare – risico in de praktijk regelmatig terugkomt, zodat het ook hier de aandacht verdient.

4.1 Het zorgen voor een passende verzekeringsdekking

Het zorgen voor een *passende verzekeringsdekking* zou wel eens de meest primaire (zorg)plicht van de assurantietussenpersoon kunnen zijn. Het vormt dikwijls de primaire reden voor de klant om een assurantietussenpersoon in te schakelen. Er zijn dan ook diverse uitspraken over dit onderwerp.²⁹ Wij zullen daarvan één uitspraak in het bijzonder uitlichten.

Rechtbank Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420

Deze zaak is in paragraaf 3.2 al kort genoemd. Het ging hier om een brand in een Chinees restaurant. De verzekeraar kon dekking weigeren omdat niet aan een preventieclausule voldaan was. De klant (de vastgoedbeheerder) verweet daarom haar assurantietussenpersoon dat deze een ongeschikte verzekering had geadviseerd nu deze een preventieclausule bevatte. Volgens de klant zou een brandverzekering zonder preventieclausule mogelijk zijn geweest op de assurantiebeurs. Aan dit verwijt wijdde de rechtbank allereerst de volgende principiële overwegingen:

“Over het algemeen wenden mensen zich tot een assurantietussenpersoon mede omdat zij advies wensen bij het vinden van een passende verzekering. Wat een passende verzekering is, hangt mede af van de wensen van de klant. Dat kunnen wensen zijn die deze heeft uitgesproken, maar ook aspecten waarvan de tussenpersoon redelijkerwijs moet begrijpen dat die voor hem van belang zijn. Het is denkbaar dat een klant ergens niet om vraagt, mogelijk omdat hij niet weet dat het bestaat, terwijl het wel bestaat en voor hem veel gunstiger is. Dat kan meebrengen dat de tussenpersoon hem daarover spontaan moet adviseren. Of dat zo is, hangt ervan af hoeveel gunstiger het product is, of er ook nadelen aan verbonden zijn en ook in hoeverre het een gangbaar product is. (...) Een tussenpersoon maakt geen fout als hij zijn klant wel een passende maar niet de allerbeste of allergeodkoopste polis adviseert (behalve als hij dat uitdrukkelijk had toegezegd).” (r.o. 2.4-2.5)

²⁸ De hoogte van de provisie wordt ook als relevante factor genoemd in *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/98*.

²⁹ Zie o.m. Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5330; Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1394; Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1268; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9896.

En vervolgens toegepast op de voorgelegde zaak:

“Uit de stellingen van [de klant] kan (...) niet worden afgeleid dat een beurspolis zonder garantieclausules voor een pand in deze toestand een zo gangbaar product was, dat het als een reële optie beschouwd kon worden. Daar komt bij dat [de klant] ook niet gevraagd heeft om een polis zonder garantieclausules, of andere bijzondere mededelingen gedaan heeft die [de assurantietussenpersoon] ertoe hadden moeten brengen om daarnaar onderzoek te doen. Onder die omstandigheden kan gezegd worden dat [de assurantietussenpersoon] mogelijk een beter advies gegeven zou hebben als zij [de klant] een (beurs) polis zonder garantieclausules zou hebben geadviseerd, maar dat is niet voldoende voor de conclusie dat zij door het advies dat zij gegeven heeft, is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen.” (r.o. 2.11)

De rechtbank maakt dus duidelijk: de assurantietussenpersoon hoeft niet altijd het allerbeste product te adviseren. Het te adviseren product moet wel ‘passend’ zijn.³⁰ Daarbij is van belang wat de klant wil en wat een haalbare en reële verzekering is.

Voor beantwoording van de vraag wat een passende verzekering is voor de klant kan op de assurantietussenpersoon een zekere onderzoeksplicht rusten. Een treffend voorbeeld hiervan is een uitspraak van de Rechtbank Gelderland in een zaak waarin de klant niet verzekerd bleek voor een arbeidsongeval omdat daarbij één van diens vorkheftrucks betrokken was.³¹ Het bestaan van deze vorkheftrucks was de assurantietussenpersoon onbekend gebleven, wat echter volgens de rechtbank voor rekening van de assurantietussenpersoon kwam. De assurantietussenpersoon had volgens de rechtbank namelijk niet alleen het kantoor maar ook de werkplaats van de klant moeten bezoeken, waar de vorkheftrucks te vinden zouden zijn.

4.2 *Zorgplicht rondom verzwijging*

Een ander onderwerp dat regelmatig in de rechtspraak aan de orde komt, is de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij het voorkomen van een beroep op *verzwijging* door de verzekeraar. Verzwijging vindt haar aanleiding in het aangaan van de verzekering: een moment waarop de assurantietussenpersoon bij uitstek betrokken is. Wanneer een verzekeraar uiteindelijk een beroep op verzwijging kan doen, wijt de klant dit dan ook niet zelden aan een gebrekkige dienstverlening van de assurantietussenpersoon. Met name dan speelt de vraag of de assurantietussenpersoon mocht afgaan op de informatie van de klant en in hoeverre de assurantietussenpersoon had moeten doorvragen. Ook over dit onderwerp zijn dan ook in de afgelopen jaren meer-

dere uitspraken verschenen. Wij zullen hier in het bijzonder één uitspraak bespreken.³²

Hoge Raad 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:336

In dit arrest van de Hoge Raad had de klant via haar assurantietussenpersoon een brandverzekering afgesloten. Nadat een opstal was afgebrand, weigerde de verzekeraar dekking met een beroep op verzwijging. De klant had immers de verzekeraar bij het aangaan van de verzekering niet verteld dat (vrij kort daarvoor) andere verzekeringen door een verzekeraar waren opgezegd vanwege bewust onjuiste informatieverstrekking. De klant betrof vervolgens zowel de (huidige) verzekeraar als de assurantietussenpersoon in een procedure, waarbij de klant stelde dat de assurantietussenpersoon afwist van de eerdere opzegging. Nadat in hoger beroep was geoordeeld dat de verzekeraar een succesvol beroep kon doen op verzwijging en de assurantietussenpersoon in dat verband niets te verwijten viel, ging de klant hiertegen in cassatie. De klant stelde dat de assurantietussenpersoon gezien zijn kennis van de opzegging van de eerdere verzekeringen had moeten doorvragen naar de redenen ervan, zodat dan een beroep op verzwijging voorkomen had kunnen worden. Over dit punt overwoog de Hoge Raad:³³

“De zorg die van een redelijk bekwame en redelijk handelende assurantietussenpersoon mag worden verwacht, brengt mee dat hij aan de verzekeraar voldoende inlichtingen geeft om deze ervan te weerhouden naderhand een beroep te doen op art. 251 (oud) WvK of, onder het sinds 2006 geldende recht, art. 7:928 BW. Dit brengt mee dat indien de tussenpersoon niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt volledig en juist zijn, hij daarnaar bij zijn cliënt (de aspirant-verzekeringnemer) dient te informeren, voor zover die feiten van belang zijn voor de beantwoording van vragen die de verzekeraar met betrekking tot het aangaan van de verzekering heeft gesteld (vgl. HR 11 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2805, NJ 1999/650). Deze zorg die de tussenpersoon met het oog op de belangen van zijn cliënt dient te betrachten, brengt ook mee dat deze, indien hij bekend is met een opzegging door een verzekeraar van een eerdere verzekeringsovereenkomst, zijn cliënt nader over de achtergrond van die opzegging dient te bevragen, ook indien de beoogd verzekeraar geen specifiek daarop gerichte vraag heeft gesteld. Aldus kan immers worden voorkomen dat de betrokkene later wordt geconfronteerd met

³⁰ Zie hierover ook de noot onder het tussenvonnissen in deze zaak van Van Orsouw & Lubbers in *JA* 2015/130.

³¹ Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2867.

³² Zie verder ook o.m. Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2036; Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2492; Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7996. Interessant aan deze laatste uitspraak is dat de assurantietussenpersoon weliswaar aansprakelijk is, maar er geen schade is ontstaan. Immers: indien de verzekeraar wel alle informatie had gekregen, zou deze geen verzekering (of dekking) tot stand hebben laten komen (en is er dus geen verschil met de huidige situatie). Dit lijkt een aspect dat vaker een rol kan spelen bij aansprakelijkheidsdiscussies over verzwijging.

³³ Zie over dit arrest waarover ook de annotatie van M. Oudenaarden in *JA* 2016/90.

een beroep op opzet tot misleiding bij het aangaan van de nieuwe verzekeringsovereenkomst.” (r.o. 3.5.2)

Kortom: onder het mom van ‘waar rook is, is vuur’ moet een assurantietussenpersoon bij zijn klant doorvragen wanneer deze weet dat een verzekeraar eerder een verzekering heeft opgezegd, ook als de assurantietussenpersoon (nog) onbekend is met de redenen daarvan en zelfs als de beoogd verzekeraar geen vraag daarop specifiek gericht gesteld heeft. Ook hier wordt kortom een alerte en proactieve houding gevegd. In deze zaak had het hof niet onderzocht of de assurantietussenpersoon wist dat er eerdere verzekeringen waren opgezegd door een verzekeraar van de klant. De Hoge Raad casseerde dan ook het oordeel van het hof.

De plicht om door te vragen is evenwel eindig, zo blijkt wel uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.³⁴ In die zaak had een verzekeraar met succes een beroep op verzwijging gedaan, omdat de verzekeraar niet (volledig) was geïnformeerd over het strafrechtelijk verleden van de klant. De klant had de assurantietussenpersoon uit zichzelf verteld over zijn verleden van vechtpartijen, maar gezwegen over zijn verleden van vermogensdelicten. Het hof oordeelde daar dat de assurantietussenpersoon daarnaar niet had hoeven door te vragen, omdat de klant al uit zichzelf over zijn strafrechtelijk verleden begon en ook op een later moment slechts uitdrukkelijk bleef bij de reeds gegeven informatie. Er was daarom geen grond om verder door te vragen; de assurantietussenpersoon mag immers in beginsel van de informatie van de klant uitgaan.³⁵

4.3 *Zorgplicht rondom dekkingsclausules*

Een derde onderwerp dat vaak de revue passeert in de rechtspraak is de zorgplicht van de assurantietussenpersoon rondom *dekkingsclausules*. Wanneer een verzekeraar (met succes) dekking weigert op grond van een dekkingsclausule (zoals een alarmclausule), wendt de klant zich niet zelden tot zijn assurantietussenpersoon met het verwijt dat deze hem niet heeft gewaarschuwd voor, of heeft geïnformeerd over die dekkingsclausule en dat het ontbreken van verzekeringsdekking kortom de schuld is van de assurantietussenpersoon. Ook dit onderwerp heeft tot diverse uitspraken geleid, zoals de uitspraak over het Chinees restaurant die wij in paragraaf 4.1 behandelden. Wij zullen hieronder nog enkele uitspraken uitlichten.³⁶

Hof Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3108

Het ging in deze zaak om een clausule in een autoverzekering van de klant (een particulier) waarin werd bepaald dat diefstal alleen was verzekerd indien de auto voorzien was van een beveiliging van een bepaalde beveiligingsklasse.

Deze clausule stond vermeld op pagina 3 van het polisblad. De clausule werd opgenomen nadat de klant haar Toyota had vervangen voor een Mercedes. Nadat die Mercedes werd gestolen en de verzekeraar dekking weigerde om de reden dat de auto niet de vereiste beveiliging had, verweet de klant zijn assurantietussenpersoon niet te hebben gewezen op dit vereiste.³⁷ De assurantietussenpersoon stelde echter dat hij de klant wel degelijk had gewezen op de verplichte beveiligingsklasse. Het hof stelde in dit kader het volgende voorop:

“In het geval als het onderhavige – waarin de verzekerde geconfronteerd wordt met een nieuwe clausule (...) – brengt deze taak naar het oordeel van het hof met zich, dat de assurantietussenpersoon de verzekerde duidelijk uitlegt wat de clausule inhoudt en wat de gevolgen zijn wanneer daaraan niet wordt voldaan. Dat geldt te meer, indien – zoals in dit geval – bij niet voldoen aan deze verplichting dekking kan worden onthouden. De zorgplicht van een tussenpersoon gaat naar het oordeel van het hof echter niet zo ver, dat deze enige tijd nadien dient te controleren of de verzekerde zijn advies heeft opgevolgd.” (r.o. 3.2)

Het hof oordeelde vervolgens dat de assurantietussenpersoon aan deze informatieplicht niet voldaan had. De assurantietussenpersoon had de klant niet toegelicht wat de vereiste beveiligingsklasse precies inhield en dat dekking mogelijk zou ontbreken wanneer niet voldaan was aan de verplichtingen in dit verband. Interessant is wat het hof nog vervolgens overwoog:

“Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat op blad 3 van het polisblad dat [de assurantietussenpersoon] heeft toegezonden duidelijk staat wat de clausule inhoudt en [de klant] daarvan dus kennis had kunnen nemen. Door de zorgplicht is een tussenpersoon meer dan louter een “doorgeefluik”.” (r.o. 3.4)

Met deze laatste overweging lijkt het Hof Den Haag een andere lijn te kiezen dan het Hof Amsterdam in paragraaf 3.2 (sub e) genoemde uitspraak over een andere dekkingsclausule, waar de duidelijke vermelding van de dekkingsclausule maakte dat de assurantietussenpersoon de klant niet nader hoefde te informeren. Daarentegen lijkt het in die zaak om een (veel) duidelijkere bepaling te gaan dan in deze zaak en ging het daar niet om een particulier maar om een ondernemer (en oud-notaris), wat in het kader van de hoedanigheid van de klant relevant is.

*Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:5286*

Ook over het bestaan van een *controleplicht* lijkt de rechtspraak verdeeld, waarbij wij onder meer wijzen op dit arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin het ook ging om een dekkingsclausule (een leegstandsclausule). (Ook) in die

³⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1150.

³⁵ Vgl. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6693, r.o. 3.10.

³⁶ Zie verder ook o.m. Rb. Midden-Nederland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3683 (brandpreventieclausule; reeds genoemd in § 3.2); Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3960 (beperkte dekkingsomschrijving; reeds genoemd in § 3.2); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1665 (art. 81 WRO; alarmclausule).

³⁷ De klant maakte de assurantietussenpersoon ook een verwijt over onderverzekering, dat wij hier echter onbesproken laten.

zaak maakte de dekkingsclausule dat de verzekering geen dekking bood voor de eenmaal ontstane schade, waarna de klant zijn assurantietussenpersoon verweet niet te hebben gecontroleerd of de feitelijke situatie nog voldeed aan die dekkingsclausule. Het hof volgde het standpunt van de klant en nam een periodieke (doch eenvoudige) *controleplicht* aan. Dit is opvallend, omdat het Hof Den Haag in het hiervoor besproken arrest juist géén controleplicht wilde aannemen. Toch spreken deze uitspraken elkaar niet zonder meer tegen. In de zaak van Hof Den Haag ging het immers om de controle of een concreet advies was opgevolgd (in de periode direct volgend op de advisering), terwijl het hier ging om de (periodieke) controle of het feitelijk risico (in het licht van de polis) was veranderd. Daar waar het inderdaad (te) ver lijkt te gaan om de assurantietussenpersoon te verplichten om steeds na te gaan of de klant elk (concreet) advies concreet heeft opgevolgd, lijkt het minder ver te gaan om van de assurantietussenpersoon te vergen om op gezette tijden (bijvoorbeeld bij prolongaties) bij de klant navraag te doen of de feitelijke situatie inmiddels veranderd is wanneer (zoals hier) dit de verwachting was en ook directe consequenties voor de dekking zou hebben.

Een interessante vraag blijft of die 'controleplicht' kan worden weggenomen door een duidelijke waarschuwing aan de klant aan het begin van het traject dat hij de assurantietussenpersoon moet informeren over een wijziging van het verzekerde risico. Blijkbaar was in het onderhavige geval een bepaling in de verzekeringsovereenkomst met een dergelijke strekking (een meldplicht jegens verzekeraar) niet voldoende. De vraag is dan ook of de assurantietussenpersoon in het kader van zijn zorgplicht wel had kunnen volstaan met een (aanvullende) waarschuwing (met een duidelijke mededeling van de mogelijke gevolgen voor de klant als aan deze waarschuwing geen opvolging zou worden gegeven).

Het laatste woord over een eventuele controleplicht is nog niet gezegd. Wij wijzen in dit verband nog kort op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin ook een controleplicht lijkt te worden aangenomen.³⁸ Essentieel voor die zaak was dat het ging om een dekkingsvoorwaarde die ongebruikelijk was. Niet helemaal duidelijk is wat de strekking is van de controleplicht zoals die door de rechtbank wordt genoemd. De vraag is of de rechtbank het zo heeft bedoeld dat ook na een eventuele duidelijke waarschuwing (zoals: "let op deze ongebruikelijke dekkingsclausule en check of je hieraan voldoet") de tussenpersoon, onder omstandigheden, mogelijk nog een stap verder moet gaan en ook daadwerkelijk zelf vaststelt of er dekking is. Denkbaar is dat in deze situatie de waarschuwing en controle volgens de rechtbank veeleer één geheel vormen en neerkomen op: bespreek met de klant of dit een bezwaarlijke clausule is.

4.4 *Zorgplicht rondom onderverzekering*

Het kan het geval zijn dat (met het verstrijken van de tijd) de waarde van het verzekerde object de verzekerde som overstijgt en dat de verzekering dan geen volledige schadevergoeding biedt. Ook dit kan de assurantietussenpersoon onder omstandigheden worden tegengeworpen, zo heeft de Hoge Raad al in 2003 bevestigd.³⁹ De rechtspraak vergt van de assurantietussenpersoon om proactief tegen onderverzekering te blijven waken en (ook) dit periodiek te controleren. Daarbij wijzen wij in het bijzonder op de volgende uitspraak.⁴⁰

*Rechtbank Limburg 10 februari 2015,
ECLI:NL:RBLIM:2015:3887*

In deze zaak ging het om onderverzekering van een klant die achtereenvolgens door twee assurantietussenpersonen werd bijgestaan. Nadat het pand van de klant in vlammen was opgegaan, bleek sprake van forse onderverzekering. De klant hield zowel de eerste als de tweede (de huidige) assurantietussenpersoon verantwoordelijk voor de onderverzekering. De rechtbank begint zijn oordeel met de volgende principiële overwegingen over de assurantietussenpersoon:

"Hij zal zich naar het oordeel van de rechtbank, voor zover in het onderhavige geval relevant, er periodiek van moeten vergewissen of de verzekeringen die ten behoeve van zijn opdrachtgever zijn afgesloten aanpassing behoeven in de zin dat de verzekerde som moet worden verhoogd ter voorkoming van onderverzekering. Van een assurantietussenpersoon mag daarbij een actieve houding worden verwacht. Hij moet niet alleen reageren naar aanleiding van informatie die hem door de verzekeringnemer wordt verstrekt of waarvan hijzelf op de hoogte is geraakt en die van invloed kan zijn op de verzekerde som (bijvoorbeeld een verbouwing, uitbreiding of verfraaiing van een opstal, belangrijke wijzigingen in bedrijfsomzet, kostenposten etc.), maar hij zal ook eigener beweging moeten ageren. Hij dient niet alleen op gezette tijden (minimaal eenmaal per jaar) de verzekeringnemer te wijzen op het gevaar van onderverzekering en in verband daarmee moeten informeren of zich (gebouwelijke) wijzigingen hebben voorgedaan die van invloed kunnen zijn op de verzekerde som, maar hij zal daarnaast meer in het algemeen jaarlijks moeten onderzoeken of er gevaar dreigt van onderverzekering op andere gronden dan gebouwelijke wijzigingen, bijvoorbeeld door de stijging van het algemene prijspeil. De verplichting van de assurantietussenpersoon om relevante informatie te vergaren weegt in dit opzicht zwaarder dan de verplichting van de verzekeringnemer om eigener beweging die informatie te verschaffen." (r.o. 3.2)

"De zorgplicht van de assurantietussenpersoon brengt naar het oordeel van de rechtbank ook met zich dat bij de overdracht van een verzekeringsportefeuille aan hem, de

38 Rb. Rotterdam 24 december 2014 ECLI:NL:RBROT:2014:10673, JA 2015/38, m.nt. Kramer.

39 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, NJ 2003/375 (*Brals/Octant*).
40 Zie verder o.m. Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2036; Rb. Overijssel 6 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3001; HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1403 (art. 81 RO).

nieuwe assurantietussenpersoon dient te onderzoeken of er sprake is van onderverzekering in de overgenomen portefeuille. De opvolgend assurantietussenpersoon mag er niet zonder meer op vertrouwen dat zijn voorganger de overgedragen portefeuille correct heeft beheerd. Het is een eigen verplichting van de opvolgend assurantietussenpersoon om dat te onderzoeken.” (r.o. 3.3)

De rechtbank oordeelt dat het een eigen verantwoordelijkheid van de assurantietussenpersoon is om periodiek op onderverzekering te controleren en de klant in dat verband te waarschuwen. De rechtbank maakt de frequentie van deze controle concreet door te spreken van ‘minimaal eenmaal per jaar’. Nu de brand pas meer dan twee jaar na de overgang van de klant naar de tweede (en laatste) assurantietussenpersoon ontstond, kon de eerste assurantietussenpersoon volgens de rechtbank niet (meer) aansprakelijk gehouden worden voor de onderverzekering.

Deze uitspraak illustreert dat de rechtspraak van de assurantietussenpersoon verwacht dat hij (in vergaande mate) waakt tegen het risico op onderverzekering. Concreet wordt een periodieke controle en waarschuwing verwacht. Dit is ons inziens goed te rechtvaardigen: de aard en omvang van de gevolgen van onderverzekering kunnen groot zijn, de klant is hier niet altijd even bedacht op maar van een assurantietussenpersoon mag verwacht worden dat hij beroepshalve bekend is met dit fenomeen. Bovendien is onderverzekering doorgaans vrij eenvoudig te voorkomen via een periodieke controle. De zorgplichtfactoren wijzen kortom in de regel naar een vergaande zorgplicht in dit verband. Ondanks deze vergaande inspanningsverplichting is evenwel in de rechtspraak ook geoordeeld dat een assurantietussenpersoon er niet *zonder meer* voor moet zorgen dat in zijn portefeuille geen verzekeringen voorkomen waarbij sprake is van onderverzekering.⁴¹ Het blijft een inspanningsverplichting en geen resultaatsverbintenis. Het komt daarom uiteindelijk aan op voldoende frequent en indringend waarschuwen (en onder omstandigheden mogelijk ook controleren).

4.5 *Zorgplicht rondom het oversluiten van aansprakelijkheidsverzekeringen*

Tot slot kort aandacht voor de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij het oversluiten van aansprakelijkheidsverzekeringen. Dit onderwerp blijkt niet heel vaak in de (gepubliceerde) rechtspraak lijkt voor te komen.⁴² Niettemin weten wij dat dit onderwerp wel degelijk regelmatig speelt in de praktijk. Oorzaak daarvoor is dat in Nederland veel aansprakelijkheidsverzekeringen een *claims made*-systeem kennen. Dat systeem maakt dat een aansprakelijkheidsverzekering alleen dekking biedt voor aanspraken die tijdens de looptijd van de verzekering bij de verzekerde zijn ingesteld of voor omstandigheden die tijdens de looptijd worden

ontdekt én welke aanspraken of omstandigheden binnen die looptijd bij die verzekeraar zijn gemeld. Dit kan problemen geven bij het overstappen naar een andere verzekering, omdat de nieuwe verzekering in de regel geen dekking biedt voor al bekende aanspraken en omstandigheden. Indien een verzekerde een bekende aanspraak of omstandigheid niet tijdig meldt bij zijn oude verzekeraar, kan een verzekerde dus tussen wal en schip belanden. Een klant (verzekerde) spreekt daarvoor in de praktijk niet zelden zijn assurantietussenpersoon aan. Ter illustratie daarvan wijzen wij op een geval waarin dit verwijt tot een (gepubliceerde) uitspraak heeft geleid.

*Hof Amsterdam 28 juni 2016,
ECLI:NL:GHAMS:2016:2492⁴³*

In deze zaak was de klant (een bedrijf in deursystemen) eind 2006 aansprakelijk gesteld voor een ongeval met een deursysteem. De aansprakelijkheidsverzekering van de klant liep af in juni 2007. De assurantietussenpersoon meldde het ongeval pas in juli 2007 bij zowel de oude verzekeraar, als de nieuwe verzekeraar. De oude verzekeraar kon de aanspraak weigeren omdat deze pas na het eindigen van de verzekering werd gemeld, en de nieuwe verzekeraar kon dekking weigeren omdat het voorval niet onder de inloopdekking viel. De klant sprak daarom zijn (nieuwe) assurantietussenpersoon aan, met het verwijt dat deze reeds vóór het aflopen van de oude verzekering had moeten wijzen op het belang van melding van reeds bekende schadegevallen. Relevant was daarbij evenwel dat op het polisblad van de oude verzekering duidelijk vermeld stond wanneer de verzekering zou aflopen én dat er geen dekking zou bestaan voor aanspraken of omstandigheden die na het aflopen van de verzekering nog gemeld zouden worden. (Mede) vanwege dit feit, kreeg de klant in eerste instantie nul op het rekest. In hoger beroep had de klant wel succes. Het hof stelde het volgende voorop (r.o. 3.6):

“Een claims made-verzekering brengt voor de verzekeringnemer het risico mee dat tijdens de looptijd van de verzekering opgekomen schades niet onder de dekking van de verzekering vallen, omdat zij niet voor het einde van de looptijd van de verzekering zijn gemeld. Aldus dreigt voor de verzekeringnemer zoals [de klant], van wie het einde van de looptijd van een claims made verzekering nadert en die een opvolgende AVB-verzekering wenst, een dekkingshiaat (...). De [assurantietussenpersoon] wordt als professionele assurantietussenpersoon geacht met dit risico bekend te zijn.”

Omdat de assurantietussenpersoon tot taak had de verzekeringsportefeuille te beheren en voor de aflopende verzekering een nieuwe verzekering tot stand te brengen, oordeelde het hof dat de assurantietussenpersoon erop had moeten toezien dat bij de oude verzekeraar alle meldingen tijdig zouden worden gedaan om het later ontbreken van dekking te voorkomen. Nu de assurantietussenpersoon dit hier had

⁴¹ Zie Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2223, r.o. 2.4.

⁴² Zie Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2492, JA 2016/170, m.nt. E.M. van Orsouw & M.H.J. Lubbers; Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3392.

⁴³ Zie over deze uitspraak ook de noot van Van Orsouw & Lubbers in JA 2016/170.

verzuimd, ging het betoog van de assurantietussenpersoon dat het primair aan de klant was om tijdig het ongeval te melden niet op, aldus het hof. De assurantietussenpersoon werd dan ook aansprakelijk gehouden.

Deze uitspraak, evenals de andere uitspraak van het Hof Den Haag in dit verband,⁴⁴ indiceert dat assurantietussenpersonen bij een overstap van aansprakelijkheidsverzekering in beginsel alert en onderzoekend moeten handelen. Ook hierbij speelt mee dat het gaat om een potentieel groot gevaar (namelijk het in het geheel ontbreken van dekking) dat ook beroepshalve bekend is (althans moet zijn) bij assurantietussenpersonen. Het oordeel van het Hof Amsterdam lijkt echter vooral te zijn ingegeven door het risico dat een klant zich onvoldoende bewust is van de vergaande consequenties bij het niet tijdig melden van een aanspraak of een omstandigheid aan de verzekeraar. Dat risico lijkt volgens het hof zelfs te kunnen bestaan indien de bewoordingen van een polisblad of in de polisvoorwaarden op het eerste oog vrij duidelijk zijn. Nu de 'claims made'-systematiek voor een leek relatief complex is, kunnen wij het hof hierin volgen.

5. Zorgplicht en bewijs

In procedures over de zorgplicht van een assurantietussenpersoon, speelt het bewijs van feiten een cruciale rol. Het bestaan van een e-mail of een telefoongesprek waarin de klant of andersom de assurantietussenpersoon iets specifiek heeft gezegd of gevraagd, kan een procedure maken of breken. Dit kan problemen geven, want de praktijk leert dat niet alle e-mails worden bewaard en niet alle gesprekken worden vastgelegd. De vraag is dan op wie de bewijslast rust. De wet is hier duidelijk over: nu het de klant is die zich beroept op een rechtsgevolg (zoals een verplichting tot schadevergoeding) van bepaalde feiten, is het in beginsel de klant op wie de bewijslast rust van die deze feiten (art. 150 Rv).⁴⁵ Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer discussie bestaat over het bestaan of de inhoud telefoongesprek, het aan de klant is om zijn stellingen te bewijzen.

Een klant komt door deze bewijslastverdeling niet zelden in bewijsrechtelijk zwaar weer. Het is vaak niet meer (goed) te bewijzen wat tijdens een gesprek al dan niet is gezegd. De rechtspraak komt de klant dan soms te hulp door deze bewijsnood te verlichten. Deze tendens is breder zichtbaar op het gebied van beroepsaansprakelijkheid van (zakelijke) dienstverleners. Zo heeft de Hoge Raad een jaar geleden herhaald dat op een notaris een verzwaarde motiveringsplicht kan rusten bij procedures over diens zorgplicht.⁴⁶ Dit houdt in dat van hem verlangd kan worden dat hij in een procedure voldoende feitelijke gegevens verstrekt, om degene die hem aanspreekt aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering. Meer specifiek betekent dit dat indien de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart

van wat hij met de betrokkene heeft besproken in verband met zijn zorgplicht, dit ertoe kan leiden dat hij niet aan deze verzwaarde motiveringsplicht kan voldoen, wat dan voor zijn risico komt. In dat laatste geval heeft de notaris zijn verweer onvoldoende gemotiveerd, zodat de stellingen van de wederpartij aangenomen worden zonder dat daartoe bewijslevering nodig is. De verzwaarde motiveringsplicht kan worden geplaatst in het licht van de algemene dossierplicht van een opdrachtnemer.⁴⁷ En vanuit dat licht is ons inziens de verwachting gerechtvaardigd dat deze verzwaarde motiveringsplicht uiteindelijk ook (in meer of mindere mate) zal worden aangenomen in beroepsaansprakelijkheidszaken van andere dienstverleners. Deze olievlekwerking blijkt al gaande te zijn, gelet op een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch waarin het hof onder verwijzing naar voornoemd arrest van de Hoge Raad een verzwaarde motiveringsplicht oplegde aan een beleggingsadviseur.⁴⁸ Wij kunnen ons voorstellen dat dit leerstuk in bepaalde zaken ook op de assurantietussenpersoon kan worden toegepast. De praktijk zou daarom er goed aan doen om hierop te anticiperen en (nog sterker) in te zetten op een zorgvuldige dossiervastlegging.

*Rechtbank Amsterdam 4 november 2015,
ECLI:NL:RBAMS:2015:7153*

Een verzwaarde motiveringsplicht lijkt overigens (impliciet) al te zijn aangenomen, in deze opvallende uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Het ging hier om een autoverzekering, waarvoor de klant op een gegeven moment bij het kantoor van de assurantietussenpersoon kwam. De klant had diezelfde dag de auto op naam van zijn echtgenote laten zetten in plaats van op zijn naam. Na het bezoek van de klant liet een medewerker van de assurantietussenpersoon aan de verzekeraar weten dat de auto verkocht was, met het verzoek de verzekering te royeren. Zo geschiedde. Enige tijd later raakte de klant met de auto betrokken bij een verkeersongeval. De auto was dus onverzekerd, zodat het Waarborgfonds Motorverkeer een (omvangrijke) vordering had op (de echtgenote) van de klant. De klant sprak vervolgens diens assurantietussenpersoon aan, met de stelling dat hij helemaal geen opdracht had gegeven om de verzekering te beëindigen maar dat hij had aangegeven dat de verzekering op naam van zijn echtgenote moest worden gezet. De rechtbank overwoog vervolgens over de discussie over de inhoud van de opdracht:

“In een geval als het onderhavige, waarin sprake is van een mondelinge opdracht, brengt de zorgplicht van een assurantietussenpersoon naar het oordeel van de rechtbank mee, dat de assurantietussenpersoon de opdracht zodanig vastlegt dat daaruit ondubbelzinnig de betreffende wens van de verzekeringnemer kan worden afgeleid. Verder brengt de zorgplicht met zich dat de assurantietussenpersoon de opdracht aan de verzekeringnemer

44 Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3392.

45 Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/205*.

46 HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, r.o. 3.4.3.

47 Vgl. I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 40-42.

48 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2346, r.o. 3.13.1.

bevestigt. Van de verzekeringnemer mag worden verwacht dat hij de schriftelijke bevestiging van de opdracht en de polis controleert en terstond reclameert indien de opdracht niet overeenkomstig zijn wens is uitgevoerd.” (r.o. 4.5)

De assurantietussenpersoon had dit hier niet gedaan; uit het bericht aan de verzekeraar kon ook niet blijken dat de klant inderdaad de verzekering wilde royeren, aldus de rechtbank. Daarom hield de rechtbank het er voor dat de klant géén opdracht had gegeven tot beëindiging van de verzekering. In feite hanteerde de rechtbank niet veel anders dan een verzwaarde motiveringsplicht ten aanzien van de inhoud van de opdracht. De assurantietussenpersoon werd vervolgens aansprakelijk gehouden voor het zonder opdracht royeren van de autoverzekering.

6. Afronding

We komen tot een afronding. De rechtspraak over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon is boeiende materie die diverse ontwikkelingen kent. Eén van deze ontwikkelingen is het gebruik van zorgplichtfactoren (gezichtspunten) die sterk doen denken aan de Kelderluik-criteria. Dit verschijnsel is geen verrassing, omdat het ook bij art. 7:401 BW uiteindelijk gaat om maatschappelijke verwachtingen over verantwoordelijkheid en zorg. In dat spectrum moet de rechtspraak over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon worden geplaatst.

Uit de rechtspraak wordt duidelijk dat van geval tot geval meer of minder waarde wordt gehecht aan de verschillende zorgplichtfactoren. Deze rechtspraak is ook niet altijd even eenduidig en niet even makkelijk met elkaar te verenigen. Duidelijk is wel dat veelal een proactieve houding van de assurantietussenpersoon wordt verwacht, zeker wanneer het gaat om beroepshalve bekende risico's die vergaande gevolgen kunnen hebben voor de dekking van de klant. In die gevallen kan de assurantietussenpersoon niet altijd aan aansprakelijkheid ontkomen door erop te wijzen dat de klant zelf ook zich van het risico bewust had kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat de bewoordingen in het polisblad of de polisvoorwaarden duidelijk waren (dit overigens los van de vraag of in die zaken er sprake kan zijn van eigen schuld). Het blijft in die zaken een afweging van alle specifieke omstandigheden van het concrete geval.