

Tilburg University

Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten

Tjong Tjin Tai, T.F.E.; van den Berg, M.F.M.

Published in:
Aansprakelijkheid, verzekering en schade

Publication date:
2009

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E., & van den Berg, M. F. M. (2009). Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten. *Aansprakelijkheid, verzekering en schade*, 2009(4), 163-172.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Gepubliceerd in: AV&S 2009/4, p. 163-172)

Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten

T.F.E. Tjong Tjin Tai¹ en M.F.M. van den Berg²

1. Inleiding

De laatste jaren zijn als gevolg van diverse nieuwe regels expliciete zorgplichten komen te rusten op verzekeraars. In het bijzonder de zorgplichten uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (Wft) hebben veel aandacht getrokken. Ten aanzien van verzekeraars geeft de inhoud en omvang van deze zorgplichten op dit moment nog aanleiding tot discussie en onzekerheid. Met name de relatie tot civielrechtelijke zorgplichten is op dit moment ongewis. Dit artikel beoogt aan te geven hoe deze zorgplichten moeten worden geplaatst binnen het traditionele stelsel van verplichtingen van verzekeraar en verzekeringnemer jegens elkaar. Omdat zorgplichten vooral van belang zijn geworden bij beleggingsproducten, zal daar in het bijzonder op worden ingegaan. Zulke producten zijn niet bij schadeverzekeringen aanwezig, zodat wij vooral levensverzekeringen zullen behandelen.

Allereerst wordt ingegaan op de algemene problematiek van zorgplichten, in het bijzonder ten aanzien van financiële dienstverlening. Tegenwoordig zijn er in de Wft en de daarop gebaseerde regelgeving financiële zorgplichten neergelegd. Dit roept de vraag op naar de relatie tussen deze publiekrechtelijke zorgplichten en de klassieke privaatrechtelijke zorgplichten. Het zal blijken dat deze niet tot elkaar kunnen worden gereduceerd, al beïnvloeden zij elkaar wel. In dit artikel ligt de nadruk op de privaatrechtelijke zorgplichten; de publiekrechtelijke verplichtingen hebben al veel aandacht gehad en zijn – zoals gezegd – expliciet neergelegd in bestuurlijke regelgeving. Vervolgens zal worden besproken op welke wijze verzekeringen, in het bijzonder de moderne beleggingsverzekeringen, moeten worden gekwalificeerd, aangezien dat relevant is voor de vraag welke privaatrechtelijke zorgplichten er gelden. Tot slot zal voor verschillende soorten beleggingsverzekeringen worden gezien wat voor soort zorgplichten daarbij zijn aan te wijzen.

¹ Eric Tjong Tjin Tai is universitair hoofddocent privaatrecht en onderzoeker van het onderzoeksinstituut TISCO van de Universiteit van Tilburg.

² Melanie van den Berg is als research fellow verbonden aan het onderzoeksinstituut TISCO van de Universiteit van Tilburg.

2. Civielrechtelijke zorgplichten en de Wft

Zorgplichten in het civiele recht zijn in essentie plichten om tot op zekere hoogte rekening te houden met de belangen van een ander.³ Deze plichten kunnen berusten op de wet of voortkomen uit het ongeschreven recht. Zij krijgen gestalte in de concrete omstandigheden van het geval, aangezien niet in zijn algemeenheid volledig gespecificeerd kan worden hoe er moet worden gehandeld ten aanzien van zekere belangen. Bij zorgplichten denkt men dan ook vooral aan een bundel concrete verplichtingen die niet exact zijn gespecificeerd of overeengekomen. Met name denkt men dan aan verplichtingen tot positief, actief handelen ten behoeve van zekere belangen. Een zorgplicht kan echter ook aanleiding geven tot het afzien van handelen, zoals het staken van uitstoot van giftige stoffen uit zorg voor het milieu.⁴

Zorgplichten bestaan zowel binnen als buiten contract. Binnen contract berusten zij op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) of specifieke wetsbepalingen die verplichten tot de zorg van een goed schuldenaar (bv. art. 7:401 BW ten aanzien van de opdracht). Buiten contract berusten zij primair op art. 6:162 BW.⁵ In de meeste gevallen is de vereiste zorg slechts zeer beperkt: men kan volstaan met het vermijden van inbreuk op andermans belangen, of het uitvoeren van de opgedragen of overeengekomen taken. De schuldeiser heeft zelf gekozen welke prestatie zijn belangen dient, de schuldenaar hoeft zich niet te bekommeren om die belangen maar kan volstaan met het leveren van die prestatie. De zorg is dan slechts *middellijk*. In bepaalde gevallen gaat de zorg echter verder; het is aan zulke gevallen waaraan men primair denkt bij zorgplichten.

Zulke verdergaande zorgplichten treft men vooral aan bij dienstverleners. Dit is begrijpelijk, aangezien sommige soorten dienstverlening⁶ inhouden dat de dienstverlener voor zekere belangen van de opdrachtgever zorg moet dragen, deze moet behartigen. De zorg voor die belangen is dan dus een primaire verplichting: het gaat om *onmiddellijke zorg*.⁷ De overeenkomst strekt dan niet tot een concreet overeengekomen prestatie, maar tot een onbepaalde verzameling handelingen die de

³ Zie over dit en het navolgende uitvoerig T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam 2007, ook *Ars Aequi* 2007, p. 702-705, WPNR 6734 (2007), p. 1031-1034.

⁴ Vgl. art. 1.1a Wet milieubeheer, ook art. 1a Woningwet.

⁵ Precontractuele zorgplichten kunnen mede zijn gebaseerd op de precontractuele redelijkheid en billijkheid (alsdan art. 6:2 BW, zie bv. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 Plas/Valburg. afgebroken onderhandelingen), die overigens ook tot uitdrukking komt in het leerstuk van dwaling.

⁶ Opdracht in de zin van art. 7:400 e.v. BW.

⁷ Tjong Tjin Tai, diss., p. 108, 120-122.

dienstverlener zelf moet bepalen in de context van het geval. Hij kan zich dan niet geheel verschuilen achter de eigen verantwoordelijkheid of autonomie van de opdrachtgever. Deze heeft de dienstverlener immers juist ingeschakeld omdat de dienstverlener geacht wordt het beter te weten dan hijzelf. De zorgplicht wordt bepaald door de gegeven opdracht, de belangen waar de dienstverlener krachtens de opdracht zorg voor moet dragen.

De aandacht voor zorgplichten is onder meer toegenomen als gevolg van de spectaculaire ontwikkelingen ten aanzien van zorgplichten bij de handel in opties.⁸ Door de Hoge Raad is herhaaldelijk beslist dat op banken een zorgplicht rust jegens klanten die in opties handelen, en dat zij wegens schending van die zorgplicht aansprakelijk kunnen zijn voor verliezen als gevolg van het uitvoeren van transacties die de klant zelf heeft gewild, zelfs als hem deze opdracht was ontraden door de bank.⁹ Op de bank rustte derhalve een weigeringsplicht. De grondslag voor deze zorgplicht is de ‘maatschappelijke positie’ van banken,¹⁰ ‘de vertrouwenspositie en deskundigheid van banken op het gebied van vermogensbeheer’.¹¹ De bancaire zorgplicht kan overigens ook worden gevonden in de door de banken zelf opgestelde Algemene bankvoorwaarden (ABV).¹² In lagere rechtspraak is de bijzondere zorgplicht ook al toegepast op niet-bancaire effecteninstellingen.¹³

De bijzondere zorgplicht is door de Hoge Raad aanvaard bij ingewikkelde en risicovolle (bancaire) financiële instrumenten, in het bijzonder opties, waarbij de risico’s de kosten van de optie verre overtroffen en dit niet direct inzichtelijk was voor

⁸ S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss. Groningen 2006, K. Frielink, ‘De zorgplicht en bijzondere zorgplicht van effecteninstellingen’, JOR plus 2002, p. 38-45, W.H. van Boom, ‘Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger’, NTBR 2003/10, p. 555-564, C.E. du Perron, ‘Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 185-198, ook Tjong Tjin Tai, diss., p. 191-199. Daarnaast hebben zorgplichten in het bestuursrecht en strafrecht aandacht gekregen, zie voor het milieurecht de literatuur genoemd in Tjong Tjin Tai, diss., p. 8; voor het strafrecht M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss. Maastricht 2001.

⁹ HR 13 november 1987, NJ 1988, 278 (Haanstra/Rabobank); HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (Dinkgreve/ING); HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 m.nt. Van Zeven (Rabobank/Everaars), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank), HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Van Zuylen/Rabobank). De Hoge Raad heeft verder bepaald dat de bewijslast van schending van de zorgplicht op de belegger rust: HR 11 juli 2008, LJV BC8967.

¹⁰ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Everaars), rov. 3.3, al. 3., vgl. HR 29 september 1995, NJ 1998, 81 (ABN AMRO/Hendriks), rov. 3.1.3.

¹¹ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (Mees Pierson/Ten Bos), rov. 3.6.2 en 3.6.3.

¹² Art. 2 Algemene bankvoorwaarden, verplichtend tot zorgvuldigheid, hetgeen overigens nog niet zonder meer een zorgplicht als door de Hoge Raad aangenomen omvat. De Hoge Raad baseert zich dan ook niet hierop.

¹³ Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 25 oktober 2006, JOR 2007, 16.

Tjongtj 15-6-09 14:52
Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:53
Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:53
Met opmaak: Lettertype:Cursief

MFM.vd.Berg 18-6-09 17:19
Verwijderd: recent

particulieren. Er kon dus zonder dat de particulier dit beseftte een restschuld achterblijven, dit in onderscheid met speculeren in gewone aandelen, waar men ten hoogste zijn inleg kan kwijtraken.¹⁴ De Minister heeft bij de totstandkoming van de Wet op het financieel toezicht gezegd dat het niet in de lijn der verwachtingen ligt dat de zorgplicht dermate extensief zal worden uitgelegd dat ook een zwaardere zorgplicht zal gelden voor de gewone aandelen- en obligatietransactie.¹⁵ De bovengenoemde rechtspraak van de Hoge Raad heeft inderdaad alleen betrekking op gevallen waarin in opties was gehandeld en de klant niet aanstonds kon weten hoe groot zijn potentiële risico's waren (in het bijzonder dat hij kon blijven zitten met een restschuld). Bovendien gaat het om gevallen waarbij de klant niet langer aan de zogenaamde margeverplichting voldeed. Het had tot gevolg dat de bank ook volgens de objectieve regelgeving van de optiebeurs niet langer de opdracht mocht uitvoeren. Voor gevallen waar de opdracht wel mocht worden uitgevoerd en waar de bank de klant voldoende had gewaarschuwd voor de risico's bleef de bank gevrijwaard van aansprakelijkheid.¹⁶

Niettegenstaande deze kanttekeningen hebben deze uitspraken van de Hoge Raad tot grote beroering geleid, vanwege het paternalisme dat eruit zou spreken.¹⁷ De bancaire opdracht werd in deze arresten niet beschouwd als uitvoering van afzonderlijke concrete transacties maar als een algemene verplichting tot financiële belangenbehartiging, dus kennelijk een vorm van advisering dan wel vermogensbeheer. De praktijk heeft op deze ontwikkelingen gereageerd door met zogenaamde risicoprofielen te gaan werken. De Hoge Raad had immers aangegeven dat de vraag, of de bank had voldaan aan zijn zorgplicht (dus of de klant tegen zichzelf had moeten worden beschermd door te weigeren de opdracht uit te voeren) moest worden beantwoord aan de hand van diverse factoren zoals de deskundigheid van de klant, de omvang van zijn inkomen en van zijn vermogen.¹⁸ Banken gingen er

¹⁴ In de optiehandeljurisprudentie gaat het ook uitsluitend om toekenning van vergoeding voor verliezen op opties, terwijl er soms ook in aandelen werd gehandeld.

¹⁵ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 37, p. 19.

¹⁶ Bv. HR 23 juni 2006, JOL 2006, 403, LJN AV9439 (ABN AMRO) en HR 14 juli 2006, JOL 2006, 460, LJN AX3202 (ING Bank), waarover Tjong Tjin Tai, Bb 2006, p. 188 en HR 23 maart 2007, NJ 2007, 233, waarover Van den Borne-Verheijen, Bb 2007, p. 232.

¹⁷ Van Boom, NTBR 2003, p. 555-564, Hartlief, AAe 2003, p. 933, S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss. Groningen 2006.

¹⁸ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Everaars), rov. 3.3. Het Hof Amsterdam had in deze zaak een reeks van elf omstandigheden geformuleerd (zie rov. 4.4 van het arrest van het Hof), waarvan de Hoge Raad enkele uitdrukkelijk heeft overgenomen.

vervolgens toe over aan de hand van dergelijke factoren een risicoprofiel op te stellen van iedere in effecten handelende klant, om aan de hand van deze factoren de omvang van de op hen rustende zorgplicht in te schatten.¹⁹

Inmiddels is deze praktijk ook gecodificeerd in het toezicht op financiële dienstverleners, en van toepassing op een veel groter aantal dienstverleners dan alleen banken.²⁰ De ontwikkeling van dit toezicht is overigens mede ingegeven door Europese regelgeving.²¹ Eerst vond regulering plaats in de Wet financiële dienstverlening (Wfd).²² Deze is reeds kort na inwerkingtreding opgevolgd door de thans geldende Wet op het financieel toezicht (Wft).²³ De Wft is een zogenaamde kaderwet en wordt nader ingevuld door besluiten en regelingen, zoals het besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo)²⁴ en de nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (Nrgfo).²⁵ In de Wft zijn zorgplichten onderdeel van de op de dienstverlener rustende verplichtingen die worden getoetst in het zogenaamde gedragstoezicht.²⁶ Dit gedragstoezicht dient ter bescherming van consumenten.²⁷ Hiermee wordt naast het civielrechtelijke traject – waarin klanten zelf tegen de dienstverlener moeten optreden – een algemeen toezicht geïntroduceerd om te waarborgen dat deze plichten daadwerkelijk worden nageleefd.

Van financiële dienstverleners wordt onder meer vereist een ‘zorgvuldige behandeling van cliënten’ (art. 1:25 lid 1 Wft). In hoofdstuk 4 van de Wft is dit nader uitgewerkt. Art. 4:19-4:25 Wft leggen verplichtingen op ten aanzien van zorgvuldige informatieverschaffing en advisering. In art. 4:23 is het risicoprofiel terug te vinden.

¹⁹ Zie over de ontwikkelingen o.a. M. van Luyn, C.E. du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, Deventer 2004.

²⁰ Zie voor de historie van toezicht op financiële dienstverlening C.M. Grundmann-Van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, 2e dr., Boom: Den Haag 2008, p. 1-28. Zie over de historie van het toezicht op verzekeraars G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht*, diss. Utrecht 2001, p. 115-230 en Asser-Clausing-Wansink, nr. 58-109.

²¹ Richtlijn 2004/39/EG van 21 april 2004, Publ. L 145/1 van 30 april 2004 (de zogenaamde MiFID-richtlijn), en de daarop voortbouwende Richtlijn 2006/73/EG van 10 augustus 2006, Publ. L 241/26 van 2 september 2006 (de zogenaamde Uitvoeringsrichtlijn) en Verordening 1287/2006, Publ. L 241/1 van 2 september 2006 (de Uitvoeringsverordening).

²² Wet van 12 mei 2005, Stb. 2005, 339. Ingetrokken bij art. 178 Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht van 20 november 2006, Stb. 2006, 605.

²³ Wet van 28 september 2006, Stb. 2006, 475, iwtr. 1 januari 2007 (Stb. 2006, 664).

²⁴ In het Bgfo zijn de modellen De Ruiters geïmplementeerd. Op deze modellen zal later in het artikel nog verder worden ingegaan.

²⁵ T. Homan, *Regelgeving, Wet op het financieel toezicht*, Zutphen: Paris 2007.

²⁶ Te onderscheiden van het zogenaamde prudentieel toezicht (art. 1:24 lid 1 Wft) op bv. de solvabiliteit van de onderneming, vgl. G.R. Boshuizen, B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Kluwer: Deventer 2008, p. 56. Boshuizen, diss., p. 28 spreekt over solvabiliteitstoezicht.

²⁷ Asser-Clausing-Wansink, nr. 99, vgl. Boshuizen, diss., p. 28. Zie voor andere doelen art. 1:25 lid 1 Wft.

Tjongtj 15-6-09 14:53

Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:53

Met opmaak: Lettertype:Cursief

De dienstverlener moet zo'n profiel opstellen en hanteren. De klant kan echter van het profiel afwijken, mits hij voldoende is gewaarschuwd: dat volgt weer uit de autonomie of vrijheid van de klant. Art. 4:25 en 4:90 geven uitdrukking aan de verplichting van de dienstverlener dat hij in zekere mate de belangen van de klant in het oog moet houden, art. 4:25 door verplichtingen van zorgvuldigheid op te leggen, art. 4:90 door te vereisen dat de dienstverlener zich bij beleggingsdiensten en nevendiensten op "eerlijke, billijke en professionele wijze" inzet voor de belangen van de cliënt.

3. De betekenis van de publiekrechtelijke normering

Uit het voorgaande blijkt dat er twee bronnen van zorgplichten zijn: publiek- of bestuursrechtelijke toezichtwetgeving (in het bijzonder de Wft) en privaatrechtelijke normstelling. De relatie tussen beide is in het recht inzake financiële dienstverlening nog niet zeer duidelijk uitgewerkt.²⁸ Vanuit privaatrechtelijke hoek is men veelal kritisch ten aanzien van deze dubbele normering.²⁹ Timmerman heeft gewezen op de reden voor deze keuze: de Europeesrechtelijke verplichting om overheidstoezicht in te voeren noopte ertoe in elk geval tevens een publiekrechtelijke norm vast te leggen.³⁰ In dit verband zal niet uitvoerig op de publiekrechtelijke normen zelf worden ingegaan; daarvoor zij verwezen naar de bijzondere literatuur daaromtrent.³¹ Alhier zullen slechts enkele opmerkingen worden gemaakt over de relatie publiekrecht-privatrecht; een volledige behandeling gaat het onderhavige kader te buiten.

Zoals hierboven al aangegeven berusten de privaatrechtelijke zorgplichten op het algemene privaatrecht; dergelijke zorgplichten zijn in essentie zo oud als het recht.³² Zij krijgen invulling in de individuele, specifieke omstandigheden van het

²⁸ Vgl. nader ook J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', NTHR 2007-6, p. 223-235.

²⁹ C.M. Grundmann-Van de Krol, Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht, intreedende Tilburg 2002, noemt diverse nadelen, vgl. idem, *Koersen door de Wft*, p. 535 en 724-730. Zie ook Du Perron, *Handelingen NJV 2004*, p. 63, Van Baalen, diss., p. 102.

³⁰ L. Timmerman, Situationele gelijkheid in het (privaat)recht, in: *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Mededelingen Afdeling Letterkunde van de KNAW, Nieuwe Reeks, deel 72, no. 2, 2008, p. 42.

³¹ Bv. Grundmann-Van de Krol, *Koersen door de Wft*, ook A.J.C.C.M. Loonen (red.), *Beleggingsdienstverlening in het MiFiD-tijdperk*, NIBESVV: Amsterdam 2008, F.M.A. 't Hart (red.), *MiFiD 'Vanuit praktijk en theorie gezien'*, Bankjuridische reeks nr. 55, NIBESVV: Amsterdam 2007, J.G.J. Rinkes, NTHR 2007-6, p. 223-235, [Chr.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht'](#), AV&S 2009, p. 74-92.

³² In Tjong Tjin Tai, diss., worden zij teruggevoerd op het Romeinse recht.

Tjongtj 15-6-09 14:52
Verwijderd: 2 ^e dr. 2008,
Tjongtj 15-6-09 14:52
Met opmaak: Lettertype:Cursief
Tjongtj 15-6-09 14:51
Verwijderd: n
Tjongtj 15-6-09 14:52
Met opmaak: Lettertype:Cursief
Tjongtj 15-6-09 14:52
Met opmaak: Lettertype:Cursief
Tjongtj 15-6-09 14:52
Met opmaak: Lettertype:Cursief
Tjongtj 15-6-09 14:51
Verwijderd: 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht',

geval.³³ Zij zijn daardoor open normen. Daarentegen moeten publiekrechtelijke normen uit de aard der zaak relatief algemeen geformuleerd zijn, mede ingevolge het *lex certa*-beginsel: de burger dient te weten welke normen hij moet naleven.³⁴ Dat legt begrenzings op aan de formulering van dergelijke normen. Weliswaar maken zij ook onvermijdelijk gebruik van enige min of meer open of vage termen, maar in essentie dienen zij relatief specifiek duidelijk te maken waar de burger zich aan heeft te houden. Dat blijkt ook uit de regelgeving ingevolge de Wft: de Wft legt niet een norm op om te handelen als goed financieel dienstverlener, doch werkt concrete verplichtingen uit waar de dienstverlener zich aan heeft te houden.³⁵ Deze zorgplichten strekken weliswaar mede tot bescherming van het belang van de klant, doch zij doen dat in algemene zin. In het privaatrecht wordt daarentegen primair uitgegaan van de specifieke, individuele relatie tussen *deze* klant en *deze* dienstverlener: op die basis wordt gezien wat in de concrete omstandigheden van deze dienstverlener mocht worden gevergd. De publiekrechtelijke normen zijn daardoor hoogstens benaderingen van de zorgplicht zoals deze in het privaatrecht wordt nagestreefd; zij abstraheren van concrete gevallen, zij formuleren op hun best minimumnormen.³⁶ Zulke minimumnormen bewerkstelligen hoogstens indirecte zorg: de volledige belangen van concrete klanten komen daar niet zonder meer in tot hun recht.

In het privaatrecht komt dit tot uiting doordat de burgerlijke rechter niet gebonden is door publiekrechtelijke beslissingen die slechts op algemene basis zijn gegeven. Het leerstuk van formele rechtskracht, dat inhoudt dat de burgerlijke rechter wel gebonden is aan een beslissing van de bestuursrechter, geldt slechts ten aanzien van de specifieke relatie van belanghebbende en overheid voorzover er een bestuursrechtelijke procedure is gevolgd.³⁷ In het bijzonder is staande rechtspraak dat het bezit van een vergunning niet zonder meer vrijwaart voor eventuele

³³ Tjong Tjin Tai, diss., p. 116, 257. Evenzo J.H. Wansink, 'Botsende werelden in de financiële dienstverlening', VA 2004, p. 89 die wijst op het contrast met bestuursrechtelijke normen inzake financiële dienstverlening, vgl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, conclusie 13 februari 2009, LJN BH2815 vóór De T./Dexia, onder nr. 3.21.

³⁴ Dat is het bezwaar tegen overmatig gebruik van zorgplichten in bestuurs- en strafrecht, zie bv. M.J.C. Visser, diss. 2001, J.M. Verschuuren 'Wettelijke algemene zorgplichten in het milieurecht', in: *Recht doen door wetgeving (Hirsch Ballin-bundel)*, H.A.M. Backx e.a. (red.), Zwolle 1990, p. 419-430, verdere verwijzingen in Tjong Tjin Tai, diss., p. 8-9.

³⁵ Zie de voorbeelden aan het slot van de vorige paragraaf.

³⁶ Zie nader Tjong Tjin Tai, diss., p. 116, 260.

³⁷ Dit is hier nogal algemeen samengevat; er zijn uitzonderingen en toevoegingen. Het voert te ver in dit kader op alle nuances in te gaan.

aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens hinder jegens derden.³⁸ De ratio voor deze regel is dat het bestuur bij de beoordeling van de vergunning niet het belang van voorkomen van hinder meeweegt.³⁹ Op dezelfde voet kan niet gezegd worden dat het enkele feit dat een financieel dienstverlener zijn verplichtingen op grond van de Wft volledig nakomt, met zich brengt dat hij ook privaatrechtelijk in de relatie tot de klant onberispelijk handelt.⁴⁰ Privaatrechtelijke zorgplichten kunnen derhalve verder gaan dan de normen van de Wft en onderliggende regelgeving.⁴¹ De Europeesrechtelijke achtergrond van de Wft doet hier niet aan af.⁴²

Omgekeerd geldt dat de enkele schending van publiekrechtelijke verplichtingen niet zonder meer ook een schending van de privaatrechtelijke verplichtingen jegens de klant inhoudt. Voor het onrechtmatige-daadsrecht volgt dit uit het vereiste van relativiteit.⁴³ Ten aanzien van het contractenrecht voor dienstverleners geldt bijvoorbeeld dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet zonder meer wanprestatie jegens de klant impliceert.⁴⁴ In zoverre kan het publiekrecht soms weer verder gaan dan het privaatrecht.

Daar staat tegenover dat de publiekrechtelijke normen wel betekenis kunnen hebben voor het privaatrecht. Opnieuw kunnen we een analogie trekken met andere vormen van publiekrechtelijke normering, in het bijzonder het milieurecht en ruimtelijk bestuursrecht. Een niet-naleving van vergunningsvoorwaarden is in het

³⁸ HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 (Ludlage/Van Paradijs), HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vermeulen/Lekkerkerker), zie nader Neerhof, NTBR 2007/4, p. 138-148.

³⁹ Waar de vergunning wel het desbetreffende belang meeweegt, kan de vergunning een in beginsel beslissende rol spelen, zo wordt geïmpliceerd in Ludlage/Van Paradijs, en zie ook de uitspraken in noot 39.

⁴⁰ Enzo F.M.A. 't Hart, in: 't Hart (red.), *MiFiD 'Vanuit praktijk en theorie bezien'*, Bankjuridische reeks nr. 55, NIBESVV: Amsterdam 2007, p. 82.

⁴¹ J.H. Wansink, VA 2004, p. 89, ook A-G De Vries Lentsch-Kostense, conclusie 13 februari 2009, LJN BH2815 vóór De T./Dexia, onder nr. 3.21.

⁴² O.O. Cherednychenko, 'Zorgplichten bij financiële contracten: is er nog een wezenlijke rol voor het contractenrecht weggelegd?', *Contracten 2007/4*, p. 85-89 wijst erop dat de nieuwe Europese richtlijnen op dit gebied (m.n. Richtlijn 2004/39/EG en art. 4 Uitvoeringsrichtlijn 2006/73/EG) een nagenoeg volledige harmonisatie inhouden met gevolg dat de Nederlandse wetgever geen verdergaande verplichtingen zou mogen opleggen. Dit punt zal in het kader van dit artikel niet verder worden uitgewerkt, prima facie lijkt het niet de bedoeling van de Richtlijn om ook civielrechtelijke zorgplichten geheel te harmoniseren.

⁴³ Vgl. Van Baalen, diss., p. 101.

⁴⁴ Op de analogie met tuchtrecht wijzen C.W.M. Lieverse en N. Vloemans, 'De zorgplicht in de Wet financiële dienstverlening: een publiekrechtelijke normering van een privaatrechtelijke plicht', [in](#): *Tussen persoon en recht, Kamphuisen-bundel*, Deventer 2004, p. 151-162, op p. 160. Zie HR 15 november 1996, NJ 1997, 151 (Leutscher/Paardekooper & Hoffman), HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (Portielje), HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 528, rov. 5.4.3 (accountant Vie d'Or).

Tjongtj 15-6-09 14:54

Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:53

Met opmaak: Lettertype:Cursief

algemeen onrechtmatig.⁴⁵ Dat zal ten minste gelden voor voorwaarden die strekken tot de bescherming van de belangen van de desbetreffende derden (dan is immers voldaan aan het relativiteitsvereiste). Verder kan het feit dat wordt gehandeld binnen de vergunningsvoorwaarden ertoe leiden dat in beginsel moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het handelen.⁴⁶ Evenzo heeft een tuchtrechtelijk oordeel betekenis voor het privaatrecht. De civiele rechter zal bijvoorbeeld moeten motiveren als hij afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter.⁴⁷ Men dient echter niet te snel aan te nemen dat het naleven van publiekrechtelijke normen betekent dat ook privaatrechtelijk juist wordt gehandeld. De rechtspraak inzake vergunningen betreft gevallen waarbij het bestuur beslist over de verhoudingen tussen diverse private partijen in de ruimtelijke ordening. Men kan deze uitspraken niet zonder meer doortrekken naar gevallen waar het bestuur slechts in het algemeen over het gedrag van een marktpartij oordeelt; de algemene norm kan voor een individueel geval nog steeds te laag zijn. Een bekwaam arts die zijn beroep mag uitoefenen kan nog steeds in een concreet geval een beroepsfout begaan; de informatie die in het algemeen voldoende is kan voor een concreet individu te weinig zijn.

In de literatuur is verder aandacht besteed aan de grondslag van de doorwerking van publiekrechtelijke normen op privaatrechtelijke verhoudingen.⁴⁸ Dit kan voorzover het om financiële dienstverlening gaat worden gebaseerd op (1) de gerechtvaardigde verwachting van de klant dat de dienstverlener publiekrechtelijke normen naleeft die zijn opgesteld voor de bescherming van klanten, en (2) de open norm van de zorg van een goed opdrachtnemer, die strekt tot het bevorderen van de belangen van de klant, en waarbij relevante publiekrechtelijke normen duidelijk kunnen maken op welke wijze ten minste moet worden gehandeld om die belangen te bevorderen.

⁴⁵ HR 17 december 1982, NJ 1983, 278 (Zegwaard/Knijnenburg), HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (Van Dam/Beukeboom). Uiteraard mits voldaan is aan het vereiste van relativiteit.

⁴⁶ HR 19 oktober 1990, NJ 1994, 138 (Prov. Noord-Brabant/Brabantse Milieufederatie), vgl. HR 3 november 2000, NJ 2001, 108 (European Bulk Services/Groenewegen Agro) voor een geval waar de vergunning pas nadien werd verleend.

⁴⁷ HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151. Dit betrof een geval waar de tuchtrechter de klacht ongegrond achtte, doch de civiele rechter wel aannam dat een fout was gemaakt; voor een tuchtrechtelijke veroordeling die betrekking heeft op normen in het belang van de algemene beroepspraktijk en niet het individuele belang van de klant kan dit anders liggen.

⁴⁸ Grundmann-Van de Krol, *Koersen door de Wft*, p. 724-730, Bierens in: F.M.A. 't Hart (red.), *MiFiD 'Vanuit praktijk en theorie bezien'*, 2007, p. 115.

Tjongtj 15-6-09 14:54

Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:54

Met opmaak: Lettertype:Cursief

De civiele rechter kan zich derhalve bij de invulling van de privaatrechtelijke zorgplichten mede laten leiden door de publiekrechtelijke regels, doch is daar niet aan gebonden.⁴⁹ In het bijzonder is van belang in hoeverre het specifieke, individuele belang van de klant geheel wordt gedekt door de publiekrechtelijke norm, dan wel dat er additionele bescherming nodig is. Volledige zorg kan alleen in het privaatrecht worden getoetst. De bestuursrechtelijke normen zijn in zoverre relevant dat zij een aanwijzing geven voor het type zorg en verplichtingen die op de verzekeraar rusten. Nu de Wft verder gaat dan de traditioneel aangenomen verplichtingen is het daardoor mogelijk dat de bestuursrechtelijke normen leiden tot een uitbreiding van de privaatrechtelijke zorgplichten. Men kan deze normen evenwel ook beschouwen als een wettelijke erkenning van de reeds eerder bestaande maatschappelijke opvattingen op dit punt.

De publiekrechtelijke formuleringen geven derhalve niet uitputtend weer welke verplichtingen op de verzekeraar rusten. Ook de individuele relatie met de klant lijkt van belang te zijn. In dit opzicht verschilt de verzekeraar niet van andere ondernemingen en individuen. Men kan zich daarom afvragen waarom het bestaan van zorgplichten juist in de verzekeringswereld tot ophef leidt. Dit kan deels worden verklaard uit de traditionele rol van de verzekeraar.

4. De oude en nieuwe positie van de verzekeraar⁵⁰

De civielrechtelijke regeling van het verzekeringsbedrijf stond tot 2006 in het Wetboek van Koophandel en is nu in het Burgerlijk Wetboek (art. 7:964 e.v. BW) te vinden. Daarnaast zijn de algemene privaatrechtelijke regels van het BW van toepassing. In de regeling van de verzekeringsovereenkomst ligt traditioneel de nadruk op de strikte uitleg en naleving van de polis. Dit is verklaarbaar, aangezien de verzekeraar zijn uitkeringsverplichtingen goed moet kunnen inschatten en derhalve moet weten welke risico's hij dient te dekken.⁵¹ Het belang van de verzekeringnemer is niet rechtstreeks onderwerp van de overeenkomst; er zijn hoogstens indirecte

⁴⁹ Timmerman, a.w., p. 43, Van Baalen, diss., p. 102.

⁵⁰ Het navolgende is mede gebaseerd op de inleiding van T.F.E. Tjong Tjin Tai op de vergadering van de Vereniging voor Verzekeringswetenschap van 17 april 2009, die in bewerkte vorm zal verschijnen in het Verzekeringsarchief, later dit jaar. Aldaar wordt dit betoog nader uitgewerkt.

⁵¹ Vgl. HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284 (Chubb/Dagenstaed), HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326 (Winterthur/Jansen).

zorgplichten aanwezig. De verzekeraar hoeft alleen bij verwezenlijking van het onzeker voorval de toegezegde uitkering te doen.

Verzekeraars, in het bijzonder levensverzekeraars hebben evenwel in de loop der tijd hun dienstverlening (of productenpakket) uitgebreid. De additioneel aangeboden producten houden in dat er iets anders wordt gedaan dan alleen een som gelds uitkeren.⁵² De hoogte van de uitkering wordt afhankelijk gesteld van onzekere factoren, in het bijzonder de wijze waarop ingelegde gelden zijn belegd. Dit betekent een radicale wijziging van de eerdere opzet van de verzekering. Traditioneel diende de verzekeraar juist een vaste som te garanderen en was voor de verzekeringsnemer irrelevant hoe de verzekeraar met de ingelegde gelden omsprong, mits de solvabiliteit maar bewaakt bleef. Tegenwoordig maakt de verzekeraar de revenuen van de inleg transparant maar legt dit risico weer terug bij de verzekeringnemer. In het systeem van de Wft gaat het om complexe en niet-complexe producten.⁵³ Een traditionele overlijdensrisicoverzekering wordt als niet-complex beschouwd, verzekeringen waarvan de waardeopbouw echter afhankelijk is van ontwikkelingen op de financiële markt (bijv. beleggingsontwikkelingen) worden als complex gezien. Voor complexe producten gelden zwaardere regels dan voor niet-complexe producten. Zo dient bij een complex product een financiële bijsluiter verstrekt te worden.

Bij een complex product als een beleggingsverzekering is het belang van de verzekeringnemer anders dan bij een klassieke verzekering. Het gaat de verzekeringnemer dan veelal niet om een vaste, toegezegde uitkering als wel om een onzeker resultaat dat afhankelijk is van de beleggingsinspanningen van de verzekeraar. Die inspanningen zijn dan gericht op de belangen van de verzekeringnemer; die belangen zijn daar rechtstreeks mee gediend. Formeel is er dan geen verzekeringsovereenkomst; het is een overeenkomst van *opdracht* in de zin van artt. 7:400 BW, die strekt tot beleggingswerkzaamheden.⁵⁴ De verzekeraar treedt hierbij op als vermogensbeheerder/beleggingsonderneming (indien zij zelf de

⁵² Overigens heeft ook de levensverzekering een ontwikkeling doorgemaakt waardoor het niet alleen gaat om een zuivere overlijdensrisicoverzekering maar tevens om een lijfrente d.w.z. vermogensvorming, zie Boshuizen, diss., p. 64-66.

⁵³ Art. 1 sub d Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen (Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 520).

⁵⁴ Dat het meestal niet gaat om individueel vermogensbeheer in de zin van de Wft maakt niet uit; collectief vermogensbeheer valt eveneens onder de regeling van de overeenkomst van opdracht. Vgl. ook J.W. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, diss. Nijmegen 2008, p. 282 e.v. over de verwante figuur van beleggingsfondsen.

beleggingen uitvoert of laat uitvoeren)⁵⁵ of als tussenpersoon (indien de overeenkomst wordt gesloten tussen een andere dienstverlener en de consument). De wijze waarop het vermogensbeheer of de beleggingen worden verricht is dan niet louter een interne aangelegenheid van de verzekeraar,⁵⁶ hij doet dat ten behoeve van de verzekeringnemer en is daarom aan hem verantwoording schuldig. Hij draagt zorg voor dat deel van het vermogen van de verzekeringnemer.⁵⁷

De verzekeringnemer kiest een beleggingsverzekering niet voor het bieden van zekerheid ingeval van een schadeval. Hij neemt een dergelijke verzekering ten behoeve van de toekomstige aflossing van zijn hypotheek, of ter verzekering van zijn pensioen of voor vermogensvorming zonder meer. Hij heeft dus een welomschreven financieel belang voor ogen; de verzekeraar behartigt bij dit product deze financiële belangen van verzekeringnemer.⁵⁸ Precies doordat de belegging transparant is, is het karakter van de overeenkomst gewijzigd. Dit is vergelijkbaar met het verschil voor de kwalificatie en toepasselijke regels of iemand opdracht geeft om een woning te bouwen of een woning koopt.⁵⁹ De vraag is wie het *risico* draagt: als dit de schuldeiser is, gaat het in essentie om dienstverlening, anders gaat het om levering van een product. Maar bij zulke dienstverlening worden onmiddellijke zorgplichten ingeschakeld. De Wft lijkt deze gewijzigde rol van de verzekeraar ook te erkennen doordat verzekeraars niet zonder meer buiten het gedragtoezicht vallen; alleen bepaalde verzekeringsdiensten vallen daarbuiten.⁶⁰ Het is mogelijk dat een verzekeraar wel onder de Wft valt voor een deel van haar diensten, ook al valt een ander deel daar niet onder.⁶¹

⁵⁵ De precieze kwalificatie hangt af van veel details, onder meer de partijnamen op de overeenkomst e.d. Het voert te ver hier in dit kader nader op in te gaan.

⁵⁶ Zoals bij een klassieke verzekering, waarbij de verzekeraar alleen wordt gecontroleerd op naleving van de solvabiliteitsseisen.

⁵⁷ Die zorg voor dat vermogensbelang is onmiddellijke zorg. Daarnaast zal de verzekeraar zich ingevolge art. 4:24 Wft vaak ook enigszins moeten verdiepen in de achterliggende belang waar de verzekeringnemer dat vermogen voor nodig heeft. Zo'n verzekering valt niet onder de diensten die van de werking van art. 4:24 Wft is uitgesloten, zie art. 80d Besluit gereguleerde markten Wft, Stb. 2007, 407.

⁵⁸ Daarnaast is er vaak ook een zuiver verzekeringselement aanwezig in de vorm van een overlijdensrisicoverzekering. Het gaat hier evenwel om het beleggingsdeel.

⁵⁹ Zie Asser/Van den Berg, 5-IIIc, nr. 34 over de vraag of er bij projectontwikkeling sprake is van aanneming van werk of koop.

⁶⁰ Art. 4:18 Wft met name sluit diensten met betrekking tot verzekering van grote risico's uit van het bereik van de Wft-verplichtingen tot zorgvuldige dienstverlening. Vgl. ook considerans 10 en art. 2 lid 1 sub a van de Richtlijn 2004/39/EG.

⁶¹ Asser-Clausing-Wansink, nr. 100 verwijst naar art. 4:15 Wft dat van toepassing is voorzover de verzekeraar niet uitsluitend het bedrijf van verzekeraar uitoefent.

Verzekeraars hebben zich tot nog toe wellicht niet altijd gerealiseerd dat hun rol bij zulke producten is verschoven van zuivere verzekeraar naar beleggingsonderneming (bv. fondsbeheerder) of andere financieel dienstverlener (bv. beleggingsadviseur). Zij nemen daardoor of zij willen of niet zorgplichten op zich. Deze zorgplichten kunnen niet alleen door consumenten worden aangegrepen voor claims uit wanprestatie, zij kunnen tegelijk ook worden gehandhaafd ingevolge de toepasselijke toezichtswetgeving.⁶² Er zijn dus nieuwe zorgplichten die ook nog op een nieuwe wijze worden gehandhaafd. Ingevolge de structuur van de Wft gelden deze zorgplichten voortaan bovendien ook ten aanzien van traditionele verzekeringsdiensten.⁶³

5. De positie van de assurantietussenpersoon

Maar hoe zit het dan met de assurantietussenpersoon? Is hij niet degene op wie de zorgplichten rusten? Op zichzelf is juist dat de zorgplichten, voorzover betrekking hebbend op informatie en advisering, grotendeels op de tussenpersoon rusten.⁶⁴ Dit geldt in het bijzonder wat betreft de verplichtingen op grond van de Wft. Art. 4:21 Wft bepaalt dat de benodigde informatieverstrekking ingeval van een tussenpersoon niet op de dienstverlener zelf rust maar op de tussenpersoon. De AFM stelt in een rapport ten aanzien van beleggerprofielen, dat de financiële dienstverlener (bijvoorbeeld de bank) verantwoordelijk is voor het adviseren van de cliënt over zowel het financiële product als de eventuele belegging in een fonds of financiële instrumenten. Als de verzekeraar derhalve gebruik maakt van een tussenpersoon, zoals de bank, ligt de zorgplicht voor de beleggerprofielen bij de tussenpersoon.⁶⁵ Nochtans kan de verzekeraar niet geheel zijn handen in onschuld wassen: hij is

⁶² Art. 4:19 e.v. Wft, zie par. 3 en Asser-Clausing-Wansink, nr. 101. Kritisch over deze dubbele toetsing: Boshuizen, diss., p. 345, 375 e.v.

⁶³ Art. 4:18 lid 1 Wft sluit alleen uit verzekering van *grote risico's*; daarmee wordt bedoeld op verzekeringen voor bedrijven (zie Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 508, verwijzend naar art. 12 lid 4 Richtlijn 2002/92/EG betreffende verzekeringsbemiddeling, vgl. considerans 21). Derhalve kunnen consumenten bij gewone verzekeringen ook aanspraak op deze zorgplichten maken.

⁶⁴ Aldus terecht J.H. Wansink, '[Zorgplichten voor de \(rechtstreekse\) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening](#)', AV&S 2005, p. 117-131. Dit is uiteraard anders als de verzekeraar zelf als tussenpersoon is opgetreden voor een derde partij, of als de verzekeraar een *direct writer* is: dan rusten op de verzekeraar deze tussenpersoon-zorgplichten. [Zie nader over zorgplichten van de tussenpersoon en de direct writer J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de \(rechtstreekse\) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet op het financieel toezicht \(Wft\)'](#), VA 2009, p. 3-27.

⁶⁵ AFM, *Beleggingsverzekeringen, Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen*, 2008, p. 39-40.

ingevolge art. 4:93 Wft verplicht op te letten of een bemiddelaar via welke hij overeenkomsten sluit voldoet aan de eisen van de Wft.

Daarnaast doet de aanwezigheid van een tussenpersoon niet af aan de zorgplichten van de verzekeraar uit hoofde van zijn eigen opdracht of de eigen verantwoordelijkheid van de cliënt.⁶⁶ De verzekeraar is zelf degene die deze opdracht uitvoert, de tussenpersoon vervult daar geen rol in of zal eventuele door te geven informatie zelf weer van de verzekeraar moeten ontvangen. Hetzelfde geldt voor waarschuwingen bij concrete transacties en dergelijke.

Alleen als het gaat om zorgplichten met betrekking tot de duidelijkheid van de voorlichting over het product en de bijbehorende risico's kan de aanwezigheid van een tussenpersoon een rol spelen; het is dan mogelijk dat de verzekeraar kon volstaan met beknopte informatie omdat de klant geacht kon worden door de tussenpersoon nader te zijn voorgelicht. Dit kan evenwel niet in zijn algemeenheid worden aangenomen: het gaat hierbij om de vraag naar toerekening van kennis die zich niet in zijn algemeenheid laat beantwoorden.⁶⁷

6. Nieuwe zorgplichten bij verzekeringsproducten

Ons betoog strekt ertoe dat sommige soorten financiële producten die door verzekeraars worden aangeboden moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht, althans dat op het deel van het product dat betrekking heeft op financiële belangenbehartiging de regeling inzake de opdracht moet worden toegepast.⁶⁸ Hieruit volgt dat op de verzekeraar bij dergelijke producten diverse soorten zorgplichten rusten. De vraag is welke, en welke omvang deze zorgplichten hebben. Wij zullen ingaan op drie vormen van zorgplichten: (i) precontractuele

⁶⁶ De Hoge Raad oordeelde in 2006 (HR 1 december 2006, NJ 2006, 657) dat indien een tussenpersoon op basis van hem telefonisch door de verzekeraar verstrekte onjuiste informatie aan een cliënt adviseert zonder zelf nader onderzoek te verrichten de gevolgen van de onjuistheid van de door de verzekeraar telefonisch verstrekte informatie in de verhouding tussenpersoon-client niet voor rekening van de tussenpersoon dienen te blijven. Zie ook Rb Leeuwarden 25 oktober 2006, LJN BF6588 (Achmea).

[Voorzichtiger is Wansink, VA 2009, p. 15-16.](#)

⁶⁷ Zie reeds HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens) en laatstelijk HR 16 maart 2007, NJ 2007, 232 m.nt. Vranken (Laurus/Vomar).

⁶⁸ Voorzover niet alle bepalingen van de titel van de opdracht van toepassing zijn (ingevolge de 'uitschakelbepaling' van art. 7:400 lid 2 BW) zal althans een deel daarvan toepassing kunnen vinden nu dat passend is gelet op de strekking van de aan de orde zijnde overeenkomst, zoals de zorgplicht van art. 7:401 BW en de informatie- en verantwoordingsplicht van art. 7:403 BW.

plichten, (ii.a) plichten uit vermogensbeheer, en (ii.b) plichten bij effectenbemiddeling.⁶⁹

(i) Bij een gewone opdracht zal er lopende de opdracht zorg voor de belangen moeten worden getoond. Het is evenwel mogelijk dat de opdracht vooraf *gefixeerd* is; dan zal de opdrachtnemer slechts binnen de grenzen van de opdracht gehouden zijn tot zorg. Hij kan in dat geval ook instructies weigeren. Echter, in dat geval is het nodig dat de opdrachtgever voorafgaand aan de opdracht voldoende is voorgelicht over deze beperkingen.⁷⁰ Zoniet, dan kan hij zich beroepen op dwaling. Een wezenlijke wijziging van de aard van de opdracht zal immers toereikend moeten worden medegedeeld.⁷¹ Zo zal een cursist die zich inschrijft voor een cursus strafrecht zich met succes op dwaling kunnen beroepen als de docent vervolgens zegt dat in de kleine lettertjes staat dat alle cursussen over bestuursrecht gaan. Hetzelfde kan worden aangenomen als de verzekeraar in het vooronderhandelingstraject te kennen geeft een bepaald type opdracht aan te gaan, doch vervolgens in algemene voorwaarden poogt de contractuele verplichtingen zodanig te beperken dat een geheel ander soort overeenkomst resulteert. [In de jurisprudentie wordt nochtans een beroep op dwaling meestal verworpen met het argument dat de klant uit de algemene voorwaarden kon afleiden wat de overeenkomst inhield.](#)⁷² [De actie uit dwaling wordt derhalve zeer stringent beoordeeld.](#)

[Daarentegen worden door rechters wel op een andere grondslag dan dwaling precontractuele zorgplichten \(informatie-, mededelings-, waarschuwings en](#)

⁶⁹ Wij laten buiten beschouwing samengestelde producten zoals effectenlease en beleggingshypotheek, waarbij de beleggingsverzekering slechts een beperkt element van het gehele product is of zelfs in het geheel geen verzekeringselement aanwezig is. [Zie algemeen Van Luyn en Du Perron, Effecten van de zorgplicht, alsmede Van Dijk en Van der Woude, AV&S 2009, p. 74 e.v.](#)

⁷⁰ Vgl. Van Luyn en Du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, hfdst. 3 en 4.

⁷¹ Een wijziging kan niet zomaar geschieden in algemene voorwaarden: zodanig beding is onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar, vgl. art. 6:237 sub b BW ten aanzien van een beperking van de verplichtingen. De in het onderhavige geval bedoelde wijzigingen komen neer op een beperking van belangrijke zorgplichten.

⁷² In Rb Leeuwarden 25 oktober 2006, LJN BF6588 (Achmea), ook Rb Zutphen 10 oktober 2007, NJF 2008, 11 (Achmea), werd overwogen dat het beroep op dwaling diende te stranden omdat voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst door de aanbieder een informatiebrochure ter beschikking was gesteld en zij in haar offerte had gewaarschuwd voor de financiële risico's die beleggen met zich meebrengt. In Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 7 april 2008, JOR 2008, 233 werd het beroep op dwaling afgewezen omdat de klant bij nauwkeurige lezing van de algemene voorwaarden had kunnen lezen wat de overeenkomst inhield, doch werd wel schending van een precontractuele zorgplicht aangenomen. In Rb Amsterdam 13 juni 2007, JOR 2007, 205 (Van Driel/ABN AMRO) lijkt de aansprakelijkheid te berusten op ontoereikend advies voorafgaand aan het aangaan van de beleggingspolis. [De Hoge Raad deelt in de recente uitspraken in de Dexia-, Levob- en Aegon-zaak omtrent effectenlease het oordeel van de gerechtshoven dat een beroep op dwaling verworpen dient te worden \(HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822\).](#)

Unknown

Verwijderd: -

Tjongtj 15-6-09 14:54

Met opmaak: Lettertype:Cursief

MFM.vd.Berg 18-6-09 17:07

Verwijderd: *** Dexia ***

[adviesverplichtingen](#)) aangenomen.⁷³ Zo wordt een aanbieder aansprakelijk gehouden indien bijvoorbeeld onvoldoende informatie is verstrekt over het aangeboden product en er te weinig informatie is ingewonnen bij de potentiële cliënt over de financiële positie, ervaring en beleggingsdoelstellingen.⁷⁴ Zulke zorgplichten komen bij bijzondere opdrachtnemers voor; zij staan nagenoeg gelijk aan een impliciete zorgplicht tot advies of informatie over de voorgenomen opdracht.⁷⁶ Met name in geval van producten met een restrisico wordt een dergelijke bijzondere zorgplicht (om te waarschuwen) aangenomen.⁷⁷ Voor opdrachtnemers is zo'n zorgplicht in zoverre begrijpelijk, aangezien zij bij de uitvoering van de opdracht ook zouden moeten waarschuwen voor riskante handelingen. Het zou dan onwenselijk zijn dat zij die zorgplicht eenvoudig in algemene voorwaarden zouden kunnen wegcontracteren. Door een precontractuele zorgplicht aan te nemen wordt de gewone contractuele zorgplicht in zoverre naar voren verplaatst. Wil de opdrachtnemer zijn zorgplicht beperken in de contractvoorwaarden, dan volgt uit de aard van de opdracht dat hij hier voorafgaand toereikend over informeert.

(ii) Ingeval de verzekeraar niet een zodanig gefixeerde opdracht heeft aanvaard, heeft hij een gewone opdracht op zich genomen betreffende financiële belangenbehartiging. Dit leidt ertoe dat in sterkere mate dan thans het geval is de verzekeraar op schending van informatieverplichtingen⁷⁸ en zorgplichten bij de

N N 16-6-09 16:08

Verwijderd: Waarom rusten er in zodanig geval zulke mededelingsplichten op de opdrachtnemer? De reden kan erin gelegen zijn dat de opdrachtnemer in beginsel gehouden is instructies op te volgen en een brede vorm van zorg in acht te nemen. Wil hij dat beperken, dan volgt ook uit de beoogde opdracht dat hij hier toereikend over informeert. De rechtspraak neigt er thans toe om zoal niet langs de weg van dwaling, dan via precontractuele zorgplichten een zodanige verplichting aan te nemen indien

N N 16-6-09 15:43

Verwijderd: ⁷⁵

N N 16-6-09 20:04

Verwijderd: Dit is wellicht niet geheel zuiver, maar beantwoordt wel aan de strekking van de zorg die op zodanige opdrachtnemer rust.

N N 16-6-09 20:05

Verwijderd: kunnen

N N 16-6-09 20:05

Verwijderd: ook voortkomen uit

Tjongtj 22-6-09 12:39

Verwijderd: bijzondere

⁷³ Zie de in de vorige noot genoemde jurisprudentie, en nader Van Dijk en Van der Woude, AV&S 2009, p. 84-87, die de grondslag met name zoeken in de onrechtmatige daad (en een species, misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 BW). In HR 5 juni 2009, LJN BH2815 (Effectenlease Dexia), rov. 4.10.3 wordt de juridische grondslag in het midden gelaten.

⁷⁴ Bv. Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 7 april 2008, JOR 2008, 233, Rb Amsterdam 13 juni 2007, JOR 2007, 205 (Van Driel/ABN AMRO). De Hoge Raad is het met de gerechtshoven in de Dexia-, Levob- en Aegon-zaak eens dat de aanbieder van een effectenlease-product ook onderzoek moet doen naar de financiële draagkracht van de afnemer (HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822). Het bijzonder riskante karakter (met name de mogelijkheid met een restschuld achter te blijven) was een belangrijke factor voor dit oordeel.

⁷⁶ Bv. Rb Amsterdam 13 juni 2007, JOR 2007, 205 (Van Driel/ABN AMRO). Men kan een vergelijking trekken met banken, die in bepaalde omstandigheden gehouden zijn hun toekomstige wederpartij te waarschuwen, bv. HR 29 september 1995, NJ 1998, 81 (ABN AMRO/Hendriks), HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/mevr. Bink). Zie Tjong Tjin Tai, diss., p. 186 over de mogelijkheid van verdergaande zorgplichten voor verzekeraars, vgl. voor effectendienstverlening Rb Leeuwarden 25 oktober 2006, LJN BF6588 (Achmea).

⁷⁷ HR 5 juni 2009, LJN BH2815, LJN BH2811 en LJN BH2822 inzake effectenlease, voortbouwend op de eerdere optiehandel-arresten.

⁷⁸ Dit komt onder meer door de tendens die bij beleggingsverzekeringen is ingezet met de Modellen de Ruiter. Op verzoek van het Verbond van Verzekeraars heeft de commissie transparantie beleggingsverzekeringen (commissie De Ruiter) in 2006 een rapport uitgebracht over de informatievoorziening bij beleggingsverzekeringen. In het rapport zijn drie modellen uitgewerkt, die verzekeraars kunnen gebruiken in hun informatievoorziening⁷⁸, de zogenaamde modellen De Ruiter. Deze drie modellen zijn later verfijnd tot vijf modellen en als zodanig door de wetgever vastgelegd in de wet- en regelgeving

Tjongtj 22-6-09 12:30

Verwijderd: .

Tjongtj 22-6-09 12:36

Verwijderd: .

MFM.vd.Berg 18-6-09 17:16

Verwijderd: *** Dexia.

uitvoering kan worden aangesproken. De verzekeraar zal informatie moeten geven over het verloop van de vermogensontwikkeling en eventuele andere voor de verzekeringnemer relevante informatie waar de verzekeraar uit hoofde van zijn positie beschikt.⁷⁹ De inhoud van deze zorgverplichtingen strekkende tot informatie en advies moet worden vastgesteld aan de hand van de belangen van de verzekeringnemer en de aard van de rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer. Is het een klassieke verzekeringsovereenkomst of gaat het om een constructie waarin elementen van vermogensvorming of belegging aanwezig zijn? In het laatste geval zal meer aandacht voor de financiële belangen vereist zijn; in het eerste geval zal hooguit meer informatie verwacht mogen worden over de werkelijke inhoud (dekking) van de verzekering en bijbehorende voorwaarden.

Bij zorg hoort verder dat de verzekeraar zich minder snel kan verschuilen achter een gebrek aan oplettendheid van de verzekeringnemer: voorzover er een zorg- of adviesrelatie aanwezig is mag de verzekeringnemer juist vertrouwen op de verzekeraar en hoeft hij niet argwanend te zijn. Ten gunste van zo'n zwaardere zorgplicht spreekt de maatschappelijke positie en de grotere deskundigheid van verzekeraars. De verzekeraar moet waarschuwen voor onverstandige keuzes; als echter voldoende is gewaarschuwd kan de verzekeringnemer wel zulke keuzes maken.⁸⁰ Er wordt overigens door zowel de AFM als de Ombudsman waarde gehecht aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument.⁸¹

Het voert te ver in dit kader alle mogelijke varianten onder de loep te nemen; daartoe zou trouwens een gedetailleerde analyse van contractvoorwaarden en – uitvoering nodig zijn, wat niet mogelijk is zonder te beschikken over de

(wijziging van het Bgfo). De nieuwe regels geven de klant meer inzicht in de kosten van de verzekering en de gevolgen van bijvoorbeeld afkoop of premievrijmaken. Traditioneel blinkt de informatieverschaffing overigens niet uit in helderheid, zie kritisch J.C.P. Ekering, 'Acceptatie, informatie en schaderegeling in het kader van maatschappelijk verantwoord verzekeren in deze eeuw', Preadvies VvV 2003, p. 38-40, Boshuizen, diss., p. 365-369. Over de toenemende regelgeving inzake informatieverschaffing zie J. Borgesius, 'Verzekering en informatieverstrekking', Preadvies VvV 1999-2000, Boshuizen, diss., p. 39-44 en J.G.J. Rinkes, 'Transparantie in het verzekeringsrecht: een verkenning', Preadvies VvV 2005, p. 35-88.

⁷⁹ Vgl. art. 7:403 BW. Een spontane informatieverplichting wordt tot op zekere hoogte aangenomen bij beroepsbeoefenaren als advocaten. Zie bv. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420; vgl. HR 29 maart 2002, NJ 2002, 270, rov. 5.2.2, en voor een spontane informatieplicht jegens een voormalig cliënt van een belastingadviseur HR 2 februari 2001, NJ 2002, 379 (Vonk).

⁸⁰ Tjong Tjin Tai, diss., p. 196-199, [inzake effectenlease ook HR 5 juni 2009, LJN BH2815 \(Dexia\), rov. 4.12.2.](#)

⁸¹ AFM, *Beleggingsverzekeringen, Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen*, 2008 en KIFID, *Aanbeveling ombudsman financiële dienstverlening*, 2008. Zie echter kritisch Van Boom, TvC 2008, p. 61-63.

desbetreffende contracten. Op deze plaats is het slechts zinvol een paar belangrijke varianten te bespreken.⁸²

(ii.a) De meest voor de hand liggende mogelijkheid is dat het gaat om vermogensbeheer.⁸³ Aan de verzekeraar zijn immers sommen geld toevertrouwd met de bedoeling dat deze sommen rendement opleveren. De vermogensbeheerder hoeft niet in te staan voor een rendement; op hem rust niet meer dan een inspanningsverplichting. Nochtans kan van hem wel verwacht worden dat hij zijn werkzaamheden als een goed vermogensbeheerder uitvoert. Dat betekent: onnodige risico's vermijden, voldoende communiceren met de opdrachtgever. Bij de uitvoering van die verplichtingen dient de verzekeraar, zoals hoort bij een opdracht, rekening te houden met de belangen van zijn opdrachtgever (vgl. art. 4:25 en 4:90 Wft).

In zo'n relatie past aandacht voor de bijzondere situatie van de klant. De vermogensbeheerder moet zijn strategie immers afstemmen op de mate van risico die past bij het door de klant beoogde doel van het vermogensbeheer.⁸⁴ Voorzover dit niet reeds voortvloeide uit het commune privaatrecht is dit thans in publiekrechtelijke regelgeving neergelegd en kan dit als tekenend voor de verkeersopvattingen op dit punt gelden, en meer in het bijzonder voor de gerechtvaardigde verwachtingen van de client.⁸⁵ De verzekeraar kan zich dan niet verschuilen achter het ontbreken van expliciete instructies van de klant, hij zal waar nodig zelfstandig en spontaan moeten nagaan wat in het belang van de klant is, daar vragen over stellen.⁸⁶

Een mogelijke complicatie doet zich voor ingeval de verzekeraar niet zelf het fonds beheert, doch dit beheer door een afzonderlijke rechtspersoon geschiedt. Het is dan mogelijk dat de verzekeraar als bemiddelaar is opgetreden voor deze overeenkomst. Op hem zullen dan geen verdere zorgverplichtingen rusten tijdens de

⁸² Een complicerende factor is overigens dat er naast de primaire taak van de opdrachtnemer ook im- of expliciete adviseringsverplichtingen aanwezig kunnen zijn met bijbehorende additionele informatie- en mededelingsverplichtingen. Daardoor kunnen extra zorgplichten aanwezig zijn die niet rechtstreeks uit de primaire taak (bv. execution-only) volgen.

⁸³ Dit kan zijn in de vorm van een beleggingsfonds; zie over de civielrechtelijke verplichtingen van een beleggingsfonds J.W. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, diss. Nijmegen 2008. Hij kwalificeert de overeenkomst met het beleggingsfonds als een vorm van opdracht, te weten lastgeving zie p. 282 e.v. Ook anderen zien vermogensbeheer als lastgeving: W.C.L. van der Grinten en S.C.J.J. Kortmann, *Civilrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving*, 1996, p. 18. Zie voorts R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, diss. Nijmegen 2004, Van Luyn en Du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, hfdst. 9.

⁸⁴ Zie Van Luyn en Du Perron, hfdst. 9: gaat het bv. om een pensioenvoorziening die om een defensieve strategie vraagt?

⁸⁵ Zie ook Van Baalen, 'De bijzondere zorgplicht bij financiële contracten', *Contracteren* 2006.

⁸⁶ Vgl. Rb Leeuwarden 25 oktober 2006, LJN BF6588 (Achmea). Men kan dit afleiden uit de algemene zorgplicht van art. 7:401 BW.

Tjongtj 15-6-09 14:55
Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:55
Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:54
Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:54
Met opmaak: Lettertype:Cursief

uitvoering van het beheer. In dat geval zal de verzekeraar evenwel ten aanzien hiervan geen eigen kosten in rekening kunnen brengen gedurende de looptijd van de overeenkomst.⁸⁷ Indien hij kosten claimt voor het verwerken van gegevens gedurende de looptijd, zal hij in zoverre werkzaam zijn op andere grond dan bemiddeling en zullen er bijbehorende zorgplichten aanwezig zijn. Het is dan eveneens mogelijk dat op de verzekeraar wel de verplichting tot vermogensbeheer rust en hij dit slechts deels heeft uitbesteed aan een onderopdrachtnemer.⁸⁸ Of en in hoeverre de verzekeraar vervolgens voor de tekortkomingen van de onderopdrachtnemer in heeft te staan hangt af van de omstandigheden. De Hoge Raad heeft in 2003⁸⁹ geoordeeld, dat alleen aansprakelijkheid van de debiteur wordt aangenomen voor personen van wie de hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van de verbintenis ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is. De inhoud van de verbintenis is van belang. De Hoge Raad geeft derhalve een beperkte uitleg van de kring van de in artikel 6:76 BW bedoelde personen. In de lagere jurisprudentie is deze regel terug te vinden.⁹⁰

Een beperking kan verder voortvloeien uit het collectieve karakter van de door de verzekeraar aangeboden vorm van vermogensbeheer. Dat kan ertoe leiden dat de client slechts in beperkte mate aanspraak kan maken op bv. informatieplichten, instructiebevoegdheden etc.⁹¹ Nochtans zal ook in een dergelijk geval de verzekeraar er niet geheel aan kunnen ontkomen om zich enigermate in de individuele positie van de klant te verdiepen. Immers de mate van risico dat kan worden genomen is afhankelijk van diens individuele omstandigheden; de opdracht inhoudende vermogensbeheer vereist dat dit op hem wordt afgestemd.⁹²

⁸⁷ Immers de bemiddelaar zal in beginsel slechts voor de totstandkoming van de overeenkomst loon in rekening kunnen brengen, vgl. art. 7:426 lid 1 BW. Andere werkzaamheden vallen buiten de bemiddeling als zodanig; de opdrachtnemer is dan uit hoofde van een andere vorm van opdracht werkzaam.

⁸⁸ Zie hierover nader S.C.J.J. Kortmann en R.H. Maatman, 'Uitbesteding door vermogensbeheerders', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 311-318.

⁸⁹ HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld Rb Zutphen 10 oktober 2007, LJN BB7234 en Rb. Zwolle (Sector Kanton) 5 april 2006, LJN AV8562 waarin de kantonrechter oordeelde dat de tussenpersoon zowel pre-contractueel als contractueel in opdracht van eiseres had gehandeld. De rechtbank te Middelburg (20 september 2006, LJN AY9167) oordeelde dat van belang is of de tussenpersoon met grote regelmaat zaken doet met de betrokken verzekeraar en aldus de belangen van de verzekeraar behartigt.

⁹¹ Vgl. J.W. van der Velden, diss., p. 289-291, 300-301.

⁹² Dit kan wellicht anders zijn als het gaat om een beleggingsfonds dat een goed gepubliceerde beleggingsstrategie c.q. risicoprofiel heeft, de klant kan dan vooraf weten voor welk risico hij kiest. Een verzekeraar die diverse varianten met verschillende risico's aanbiedt binnen één beleggingsproduct zal de klant toereikend moeten informeren en bezien of een bepaald product werkelijk op de individuele klant is toegesneden.

(ii.b) Een andere mogelijkheid is dat de verzekeraar een louter uitvoerend rol heeft: hij voert de beleggingsinstructies van de klant uit. Men spreekt wel van *execution-only*. In zodanig geval is zonder meer sprake van een overeenkomst van opdracht; de verzekeraar verbindt zich immers om instructies uit te voeren, dus conform die instructies werkzaamheden uit te voeren.⁹³ Ook voor dergelijke gevallen bestaan er zorgplichten, zij het dat deze [in het algemeen, wanneer het instructies ter zake van gewone effecten betreft](#), beperkter zijn dan bij vermogensbeheer.⁹⁴ Enerzijds gaat het hierbij vooral om gewone plichten om de instructies correct uit te voeren. Maar anderzijds kunnen in sommige gevallen nog steeds - ingevolge de grote deskundigheid en positie van verzekeraars - verdergaande plichten volgen om te controleren of de instructie daadwerkelijk zo bedoeld is en of de klant zich bewust is van de eventueel aanwezige risico's. [Uit de optiehandeljurisprudentie en het stelsel van de Wft volgt namelijk dat waar de handel betrekking heeft op 'gevaarlijker' producten \(opties in de optiehandeljurisprudentie,⁹⁶ 'complexe producten' onder de Wft⁹⁷\) alsnog zwaardere zorgplichten aanwezig zijn, bijvoorbeeld zwaardere advies- en informatieplichten of zelfs weigeringsplichten. Voor zulke producten kan er derhalve geen execution-only relatie worden afgesloten in de beperkte zin: er zullen altijd van rechtswege additionele zorgplichten rijzen.](#)

Concluderend: Het voorgaande betekent over het algemeen een grotere belasting voor verzekeraars: zij zullen meer aandacht moeten hebben voor wat hun klanten werkelijk nodig hebben, en kunnen niet langer volstaan met bulkverkoop. Ook zullen zij – zoals onder beroepsbeoefenaren als artsen en advocaten al gebruikelijk is – meer moeten doen aan dossiervorming om duidelijk te maken dat zij werkelijk hebben gewezen op mogelijke nadelen en risico's. Een gedetailleerde beschrijving van alle geldende zorgplichten is uit de aard der zaak niet mogelijk; de omvang en grenzen van de verplichte zorg hangen steeds af van de omstandigheden van het geval. De verzekeraar moet daarbij handelen zoals een redelijk bekwaam en

⁹³ Dit kan neerkomen op effectenbemiddeling, hetgeen een vorm van bemiddeling is, wat een species is van de opdracht, evenzo W.C.L. van der Grinten en S.C.J.J. Kortmann, *Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving*, 1996, p. 16 en 18. Ook kan het neerkomen op lastgeving, zie Van der Velden, diss.

⁹⁴ Zie hierover uitvoerig Van Baalen, diss., ook Van Luyn en Du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, hfdst. 5-8. Het betreft in zo'n geval in wezen normale effectenbemiddeling.

⁹⁶ Zie de in par. 2 besproken bancaire jurisprudentie.

⁹⁷ [Zie hierboven, par. 4.](#)

N N 16-6-09 15:40

Verwijderd: ⁹⁵

Tjongtj 15-6-09 14:55

Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 14:55

Met opmaak: Lettertype:Cursief

N N 16-6-09 15:40

Verwijderd: , die echter optiehandel betreft

N N 16-6-09 15:40

Verwijderd: Bij gewone aandelen ligt het niet voor de hand om dergelijke vergaande zorgplichten snel aan te nemen.

redelijk handelend financieel dienstverlener in de gegeven omstandigheden zou doen.⁹⁸

7. Gevolgen van niet-naleving van zorgplichten

Als laatste enige opmerkingen over de consequenties van niet naleving van zorgplichten. In de literatuur is er enige discussie over mogelijke nietigheid bij schending van de normen van de Wft.⁹⁹ Nietigheid is bij verzekeringen meestal geen wenselijke sanctie omdat men een uitkering wenst.¹⁰⁰ Veeleer ligt het in de rede dat de verzekeringsnemer zich beroept op wanprestatie wegens schending van een zorgplicht, en daarbij als schadevergoeding vordert dat hij in de positie wordt gebracht waarin hij bij toereikende zorg zou zijn komen te verkeren. Dit kan bij beleggingen er toe leiden dat hij zijn inleg gedeeltelijk terugkrijgt. Een aanspraak op beloofde koerswinsten zal echter niet snel worden toegewezen¹⁰¹ Eigen schuld van de consument kan leiden tot vermindering van een schadevergoedingsplicht.¹⁰² Bij ondoorzichtige verzekeringsproducten zou het kunnen betekenen dat de verzekeringsnemer aanspraak kan maken op dekking ofschoon de polis strikt genomen geen dekking biedt, of kan het gevolg zijn dat een bepaalde uitsluitingsgrond niet kan worden ingeroepen, indien aannemelijk is dat de verzekeringsnemer wel dekking behoefde of bij adequate voorlichting de uitsluitingsgrond niet van toepassing zou zijn geworden. Deze laatste twee mogelijkheden sluiten overigens aan bij de bepalingen in het nieuwe verzekeringsrecht ten aanzien van verzuimen in de mededelingsplicht bij het aangaan van de overeenkomst of mededeling van het schadevoorval.¹⁰³ Ook deze bepalingen kunnen tot gevolg hebben dat achteraf dekking moet worden geboden ofschoon de

⁹⁸ Dit is de algemene norm voor het handelen van beroepsbeoefenaren (Tjong Tjin Tai, diss., p. 176, zie ook Rinkes 2007).

⁹⁹ Asser-Clausing-Wansink, nr. 67, H.J. van Kooten, 'Civielrechtelijke gevolgen van schending van de Wet op het financieel toezicht', Ondernemingsrecht 2006-4; W.H. van Boom, 'Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten', VvA 2006-1, p. 5-36, Rinkes 2007. Art. 1:23 Wft bepaalt overigens dat hoofdregel is dat de overeenkomst niet aantastbaar is, behoudens afwijkende wetsbepaling.

¹⁰⁰ Dat is anders bij bepaalde beleggingsleasproducten, waar vernietiging ertoe kan leiden dat de klant zijn inleg terugkrijgt en van een eventuele lening af is.

¹⁰¹ Vgl. HR 3 april 1992, NJ 1992, 396 (De Swaen): het gaat erom welk rendement zou worden behaald als wel goed was gehandeld, evenzo Rb Amsterdam 13 juni 2007, JOR 2007, 205 (Van Driel/ABN AMRO).

¹⁰² Dit werd reeds aangenomen bij de eerder besproken optiehandelarrresten en in Rb Middelburg 20 september 2006, LJN AY9167.

¹⁰³ Art. 7:928-930 en 941 BW, vgl. ook HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. MMM (Royal & Sun Alliance). Hierover nader T.F.E. Tjong Tjin Tai, Preadvies VBR 2008.

Tjongtj 15-6-09 12:16

Met opmaak: Lettertype:Cursief

Tjongtj 15-6-09 12:16

Met opmaak: Inspringing:Eerste regel: 0 cm

tekst daar geen aanleiding voor geeft of dat een vervalbeding niet onverkort kan worden ingeroepen. In zoverre sluit de benadering van zorgplichten in het verzekeringsrecht aan bij de ontwikkeling die het verzekeringsrecht ook zonder deze rechtsfiguur al heeft doorgemaakt.

8. Conclusie

Wij hebben getracht de plaats van zorgplichten in het verzekeringsrecht te bepalen. Ofschoon de discussie over zorgplichten vooral lijkt te zijn ingegeven door de nieuwe regelgeving omtrent financiële dienstverlening, zijn zorgplichten ook en met name gegrond in het privaatrecht. Vanwege de gewijzigde dienstverlening van verzekeraars zijn in het bijzonder op beleggingsverzekeringen ook zorgplichten van toepassing die verder gaan dan bij gewone verzekeringen. Voor deze categorie van verzekeringen hebben wij de belangrijkste zorgplichten in kaart gebracht.

Tjongtj 15-6-09 12:16

Verwijderd: 7

N N 17-6-09 08:56

Verwijderd: I

N N 17-6-09 08:56

Verwijderd: zijn diverse zorgplichten aan te wijzen

N N 17-6-09 08:57

Verwijderd: Onder het nieuwe regime van de Wft zijn verdergaande zorgplichten te vinden. Deze volgden evenwel reeds uit

N N 17-6-09 08:58

Verwijderd: in combinatie met het toepasselijk recht

N N 17-6-09 08:58

Verwijderd: De volledige privaatrechtelijke consequenties van deze ontwikkeling zijn nog niet geheel bekend. Dit artikel is een aanzet tot de beschrijving van deze gevolgen.