



## Verzekeraar + adviseur of effecteninstelling + hulppersoon?

Het Gerechtshof Leeuwarden wees op 11 mei een interessant (tussen)arrest. Kort gezegd komt het hierop neer: een verzekeraar dat een beleggingsproduct op de markt brengt met een dun verzekeringssausje is aan te merken als een effecteninstelling.

Dat heeft gevolgen voor de zorgplicht voor de maatschappij, maar stelt ook de positie van de adviseur ter discussie: handelde die als zelfstandig tussenpersoon of in de hoedanigheid van cliëntenremisier als hulppersoon van verzekeraar?

De zaak betreft een oude beleggingspolis in de tijd dat we nog met guldens rekenden. Het verouderde product is hier niet van belang. Wel het feit dat verzekerde bij het naderen van zijn 65-jarige leeftijd met een expirerende kapitaalverzekering met tussenkomst van zijn assurantieadviseur een lijfrentepolis met een bepaalde looptijd afsloot. De koopsom werd door de verzekeraar via een mixfonds belegd. Als de verzekerde op de lijfrente ingangsdatum in leven is, keert de maatschappij de guldenwaarde uit van het aantal toegewezen participaties. Bij vóóroverlijden wordt 90% van de guldenwaarde van het totaal aantal alsdan toegewezen participaties uitgekeerd. Van het ingelegde bedrag werd 97,82% belegd. Verzekerde bracht de koopsom in van fl. 314.917,- en stortte aanvullend nog eens fl. 311.937,-. In ruil daarvoor ontving hij een lijfrenteuitkering van fl. 11.250,- per drie maanden, voor het eerst uit te keren op 15 maart 2001. De lijfrente werd uitgekeerd zolang de guldenwaarde van de verzekering dit toeliet en mits de verzekerde op de vervaldatum in leven is.

De polis eindigde indien geen participaties meer aanwezig zijn, maar in ieder geval op 15 december 2005.

Op 17 maart 2003 heeft verzekeraar voor het eerst verzekerde geïnformeerd over de waarde van zijn

polis. Die bedroeg op 31 december 2002 € 130.598,00. Aan verzekerde in 2001 en 2002 in totaal een bedrag van fl. 90.000 uitgekeerd, in 2003 nog € 15.315,-, waarna verzekerde de uitkeringen heeft laten beëindigen. In maart 2004 werd bericht dat de polis eind 2003 nog € 120.706,- waard was.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat de maatschappij behalve als levensverzekeraar, tevens als effecteninstelling is aan te merken. Volgens de rechtbank heeft de maatschappij de op haar rustende zorgplicht geschonden, doordat zij onvoldoende informatie over verzekerde heeft ingewonnen. Bij een goede nakoming van het ken-uw-klantprincipe zou de maatschappij nooit een kennelijk zo risicovol product verkocht hebben aan iemand die de lijfrente duidelijk als aanvullende pensioenvoorziening wilde gebruiken.

### Amper sprake van een verzekering

De maatschappij bracht daar tegenin dat een levensverzekeraar qualitate qua geen effecteninstelling kan zijn. Het hof oordeelt daartegenover dat het product amper als een levensverzekering valt te kwalificeren.

"Immers de verplichting om een tijdelijke lijfrente per kwartaal uit te keren eindigt op het moment dat de beleggingpot leeg is, zodat hierbij geen sprake is van een rentebetaling die op een levens- of sterfttekans is gegrond, maar van een beleggingsovereenkomst waarvan de onzekerheid over de duur van de uitkering haar oorzaak vindt in de beurskoersen en de vaardigheden van Royal als belegger.

Datzelfde geldt voor de omvang van de restantuitkering na afloop van de verzekering: verzekerde krijgt in dat geval de beleggingsresultaten minus de inmiddels uitgekeerde termijnbedragen en de ingehouden kosten. Ook bij die uitkering spelen levens- of sterftekansen geen rol.

In geval van overlijden door verzekerde voordat de pot op is en voordat de verzekering is afgelopen, vervalt het restant van de inleg evenmin geheel aan verzekeraar, maar moet die voor 90% aan zijn erfgenamen worden uitgekeerd. Uitsluitend de 10% die de verzekeraar in dat geval mocht behouden bevat een levensverzekeringsaspect in de zin dat die negatieve risicopremie op levens- en sterftekansen is gegrond.

De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat dit hybride product behalve als levensverzekering ook kwalificeert als een beleggingsproduct, waarmee verzekeraar viel onder de definitie van effecteninstelling. Dat levensverzekeraars waren uitgezonderd van de vergunningsplicht maakt dat niet anders."

### **Rol adviseur**

Verzekeraar vindt niet dat hij tekort geschoten is in de zorgplicht. Maar, mochten iemand toch steken hebben laten vallen, dan is dat de adviseur. In feite treffen de verwijten die verzekerde maakt aan het adres van de tussenpersoon gericht moeten worden. En aangezien het gaat om een zelfstandig adviseur, ingeschakeld door de verzekerde, moeten deze eventuele fouten aan verzekerde als eigen schuld worden toegerekend.

Het hof overweegt dat, "naar de heersende jurisprudentie, indien de assurantietussenpersoon bij de uitoefening van zijn taak een fout maakt, de gevolgen hiervan in beginsel berusten bij degene in wiens opdracht hij daarbij heeft gehandeld. Bij de zelfstandig tussenpersoon is dat de verzekeringnemer in wiens opdracht of met wiens volmacht hij heeft gehandeld, of de verzekeraar voor zover hij ten behoeve van deze handelingen heeft verricht."

Van belang is dus welke rol de tussenpersoon precies heeft gespeeld: was dat als adviseur voor verzekerde of als bemiddelaar voor verzekeraar?

Vast staat, stelt het hof, dat de tussenpersoon de vaste adviseur van de verzekerde was. Heeft de adviseur te weinig informatie bij verzekerde ingewonnen dan is dat verwijtbaar en levert dat een tekortkoming op die als eigen schuld aan verzekerde kan worden toegerekend.

Aan de andere kant heeft verzekeraar benadrukt dat zij geen direct writer is en dat zij uitsluitend werkt met een netwerk van door haar geselecteerde tussenpersonen, die in zoverre mogelijk zijn aan te merken als hulppersoon van de maatschappij. Het hof: "Bij deze adviseur, die als cliëntenremisier - die immers in een bemiddelingsrelatie met zowel de potentiële opdrachtgever als de effecteninstelling staat - is voor deze veronderstelling des te meer reden."

### **Bewijslast op verzekeraar**

Het hof wijst uiteindelijk een tussenvonnis en stelt verzekeraar in staat door middel van bewijs aan te tonen dat de adviseur in de hoedanigheid van opdrachtnemer van verzekerde, is tekortgeschoten in de zorgplicht jegens verzekerde en/of door verzekerde verstrekte informatie ten onrechte niet aan de maatschappij doorgegeven.

Wel tekent het hof daarbij aan, dat zij op meer punten een schending van de zorgplicht door verzekeraar heeft vastgesteld dan de rechtbank en geeft partijen in overweging om te bezien of op basis van dit arrest een minnelijke regeling tot stand kan komen zonder dat nadere bewijslevering nodig is.

Voor verzekerde zou dat gunstig zijn. Wel betekent het voor de bedrijfstak dat deze principiële vraag onbeantwoord blijft.

Overigens heeft hetzelfde hof zich al in een eerder arrest uitgesproken over de rol van het intermediair als cliëntenremisier. Toen ging het om teleurstellende resultaten in een aandelenleasezaak. De aanbieder voerde toen volgens het hof "terecht aan dat zij zich van haar verplichting om voorafgaand aan de sluiting van deze overeenkomst verzekerde duidelijk voor te lichten omtrent de aard van de overeenkomst en de daaraan verbonden risico's, mocht kwijten door gebruik te maken van een tussenpersoon, die de status van cliëntenremisier had." Maar: "Een tekortschietende voorlichting door de intermediair moet evenwel aan de aanbieder worden toegerekend. Voor zover in het betoog van de aanbieder besloten ligt dat fouten op dit punt van de adviseur haar niet regaderen, verwerpt het hof dit betoog."