

Mr. F. Stadermann*

Portefeuillerecht en collectieve verzekering

1. INLEIDING

Een veelvoorkomende vorm van verzekering is de collectieve verzekering. Daarbij sluit een organisatie een contract met een verzekeraar ten behoeve van personen die op de een of andere manier met die organisatie zijn verbonden. Er zijn daarbij twee vormen te onderscheiden. De eerste vorm van collectieve verzekering is die waarbij – bijvoorbeeld – een werkgever of een sportvereniging voor zijn werknemers respectievelijk haar leden een collectieve ongevallenverzekering afsluit. De werkgever en de sportvereniging treden op als verzekeringnemer en zij betalen ook de premie. Overkomt aan een werknemer of een lid van de sportvereniging een ongeval, dan kan deze rechtstreeks claimen onder de polis. Het gaat hier dus om een verzekering ten behoeve van een derde in de zin van art. 7:946 BW.

Bij de tweede vorm van collectieve verzekering is nu juist geen sprake van een verzekering als bedoeld in art. 7:946 BW. Te denken valt hierbij aan de situatie waarbij de werkgever of sportvereniging met een verzekeraar weliswaar een collectief contract sluit ten behoeve van de individuele werknemers respectievelijk leden. Dat contract is dan echter geen verzekeringscontract doch een contract dat aan de werknemers de mogelijkheid biedt om zich individueel bij die verzekeraar te verzekeren. Het contract tussen de werkgever¹ en de verzekeraar is een raamovereenkomst en pleegt te worden aangeduid als mantelcontract. Een voorbeeld van deze vorm van collectieve verzekering is een collectief zorgcontract. Het mantelcontract bepaalt gewoonlijk op welke condities de werknemers zelf zich bij de verzekeraar kunnen verzekeren. Veelal ontvangen de werknemers een vooraf (in de mantelovereenkomst) vastgestelde premiekorting.² Deze premiekorting komt te vervallen zodra het dienstverband van de werknemer eindigt of het mantelcontract zelf eindigt. Bij het verzekeren op basis van een mantelcontract gaat het

dus niet om een verzekering ten behoeve van een derde in de zin van art. 7:946 BW.³ Strikt genomen is er bij deze vorm van verzekering geen sprake van een collectieve verzekering want er wordt geen collectiviteit verzekerd. Er worden 'slechts' voorwaarden gecreëerd waarbinnen leden van een collectief zich individueel kunnen verzekeren.

Het is opmerkelijk dat de collectieve verzekering op basis van een mantelcontract tot voor kort noch in de jurisprudentie noch in de literatuur echt aandacht heeft gekregen. Het is Wansink die voor het eerst aan deze vorm van collectief verzekeren een beschouwing heeft gewijd. Wansink betoogt onder meer dat daarbij de mededelingsplicht voor de verzekeringnemer ex art. 7:928 BW rust op de individuele deelnemer. Elk lid van de collectiviteit sluit een eigen zelfstandige verzekeringsovereenkomst bij de verzekeraar. Dit gebeurt op basis van een 'collectieve' raamovereenkomst, die naar haar aard geen overeenkomst van verzekering is, aldus Wansink.⁴

Een betoog waarmee ik het alleen maar eens kan zijn.

2. DE PROBLEEMSTELLING

Bij het afsluiten van (verzekeringen op basis van) een mantelcontract wordt vaak gebruikgemaakt van de diensten van een assurantietussenpersoon.⁵ Een vraag die daarbij kan rijzen, is die naar het portefeuillerecht.⁶ Kan men zeggen dat de verzekeringsovereenkomsten die de verzekeraar op basis van een mantelcontract sluit met de individuele deelnemers, behoren tot de portefeuille van de tussenpersoon die heeft bemiddeld bij de totstandkoming van het mantelcontract, en dat de tussenpersoon dienaangaande beschermd wordt? Deze vraag is van belang om te kunnen vaststellen wanneer de verzekeraar gehouden is om de individuele verzekeringen over te

* Mr. F. Stadermann is advocaat te Rotterdam en als onderzoeker verbonden aan het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS). De auteur is bij zijn bevindingen mede geïnspireerd door een uitvoerige gedachtewisseling met dr. C.J. de Jong. Belangrijke bijdragen aan dit artikel leverden ook mr. C. Banis en mr. K. Flanderhijn-van der Meer.

1. Waarmee ik verder ook bedoel iedere organisatie. Waar ik hierna spreek van werknemers, bedoel ik daarmee dan de personen die met zo'n organisatie verbonden zijn.
2. De zorgverzekering kent hiervoor een regeling in art. 18 Zorgverzekeringswet.
3. Iets anders is dat de werknemer de verzekering mede voor zijn partner en/of kinderen kan afsluiten en in zoverre is dan weer wel sprake van een verzekering ten behoeve van een derde in de zin van art. 7:946 BW.
4. J.H. Wansink, 'Collectieve verzekeringen', *AV&S* 2011-5, p. 240-245.
5. Voor wat betreft zorgverzekeringen wordt dat met zoveel woorden gezegd door M.J. van Westerlaak, *De Zorgverzekeringswet toegepast*, Deventer: Kluwer 2005, p. 105.
6. Het portefeuillerecht houdt onder meer in dat een door bemiddeling van een tussenpersoon tot stand gekomen verzekering in de relatie tot de betrokken verzekeraar behoort tot de portefeuille van die tussenpersoon, aldus bepaalt art. 4:102 Wft. Zie over het portefeuillerecht C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 79-105; C.J. de Jong, 'De spelers en het toezicht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 114-116; S.Y.Th. Meijer, 'Heeft het portefeuillerecht nog bestaansrecht?', *Het Verzekeringsblad* 2010-1, p. 26-

boeken. Een vraag die in de jurisprudentie en de literatuur eveneens maar zeer summier aan de orde komt. Dat laatste is opmerkelijk omdat men in de praktijk toch vaak daarmee geconfronteerd zou moeten worden. Immers, het gebeurt nog wel eens dat een contractant besluit om over te stappen naar een andere assurantietussenpersoon en – via die nieuwe tussenpersoon – aan de verzekeraar vraagt om het collectieve contract en de daarop gebaseerde individuele verzekeringen van de werknemers over te boeken naar de portfeuille van die nieuwe tussenpersoon. Misschien laat het ontbreken van aandacht in jurisprudentie en literatuur zich verklaren door het feit dat in de praktijk gewerkt pleegt te worden met een zogenaamde ‘negatieve optiemethode’. Daarbij wordt, zo begrijp ik, ervan uitgegaan dat, als de betrokken werknemers tegen het voornemen van de werkgever om over te stappen naar een andere tussenpersoon, geen bezwaren uiten, zij geacht worden daarmee in te stemmen.⁷ Het is echter nog maar de vraag of zo’n negatieve optie juridisch waterdicht is. Kan men spreken van een wils-overeenstemming omtrent een intermediairwijziging als op zo’n bericht niet wordt gereageerd?

Of en zo ja, wanneer de verzekeraar aan een overboeking moet meewerken, is publiekrechtelijk geregeld, namelijk in art. 4:103 Wft.⁸ In de situatie waarin sprake is van een collectief contract met meeverzekerde derden in de zin art. 7:946 BW en de contractant dus tevens de verzekeringnemer is, is de verzekeraar in beginsel verplicht om het verzoek tot overboeking te honoreren. Een dergelijk verzoek mag de verzekeraar slechts weigeren als de verzekeraar tegen de nieuwe tussenpersoon zelf gegronde bezwaren heeft (en niet tegen de overdracht als zodanig).⁹ Zulks volgt uit art. 4:103 lid 2 Wft. Minder duidelijk is of de verzekeraar ook moet meewerken aan een verzoek van de werkgever om de individuele zorgverzekeringen die zijn gebaseerd op een mantelcontract, over te boeken van de portfeuille van de oude tussenpersoon naar de nieuwe. Of moet daarbij de eis worden gesteld dat de individuele werknemers zelf daartoe het verzoek hebben gedaan?¹⁰

Om die vraag te kunnen beantwoorden, moet worden vastgesteld of in geval van een collectief verzekeringscontract met ‘de cliënt’ in de zin van art. 4:103 lid 2 Wft

wordt bedoeld op de contractant van het collectieve verzekeringscontract (de werkgever) of op degene die door middel van de individuele zorgverzekering aan de collectiviteit deelneemt (de werknemer).

3. DE OPLOSSING VOLGENS DE LETTER VAN DE WET

De wet lijkt op het eerste gezicht de oplossing te bieden. Onder cliënt als bedoeld in art. 4:103 lid 2 Wft wordt verstaan ‘een persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent of aan wie deze voornemens is een financiële dienst te verlenen.’¹¹ Het komt mij voor dat bij een collectief contract de financiële dienst door de verzekeraar wordt verleend aan de individuele deelnemer. Deze laatste wordt immers financieel door de verzekeraar beschermd in het geval er kosten voor zorg moeten worden gemaakt.¹² Civielrechtelijk moet de deelnemer ook worden beschouwd als de verzekeringnemer, zoals uit het voorgaande blijkt. Hij is degene die de vergoeding voor de zorgkosten ontvangt dan wel daarvoor wordt gevrijwaard en ook de premie betaalt. Dus naar de letter van art. 4:103 lid 2 Wft zou dit met zich brengen dat inderdaad de individuele deelnemer het verzoek tot overboeking zal moeten doen.

4. WAAROM DE OPLOSSING VOLGENS DE LETTER VAN DE WET GEEN RECHT DOET AAN DE PRAKTIJK

Hoe verhoudt de hierboven gegeven letterlijke uitleg van art. 4:103 lid 2 Wft zich nu tot de casus waarin de werkgever het mantelcontract wil voortzetten via een nieuwe tussenpersoon? Deze letterlijke uitleg van art. 4:103 lid 2 Wft lijkt de bescherming die het portefeullierecht aan de assurantietussenpersoon biedt, verder op te rekken dan redelijkerwijs bedoeld kan zijn. Naar mijn opvatting doet een oplossing op basis van een letterlijke uitleg van de wet geen recht aan de praktijk. Tegen die oplossing verzetten zich namelijk twee argumenten.

4.1. De rol van de tussenpersoon

Het eerste argument houdt verband met de rol van de tussenpersoon. De tussenpersoon vervult normaal gespro-

27; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 78 en R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *De positie van de assurantietussenpersoon en zijn relatie tot de verzekeringnemer en de verzekeraar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 43-88.

7. De Jong (diss.) 2011, p. 90-91 noemt de negatieve optiemethode ook maar veronderstelt deze kennelijk zo bekend dat hij verdere uitleg niet nodig vindt.

8. Art. 4:103 Wft luidt:

‘1. Een verzekeraar boekt niet zonder toestemming van de bemiddelaar of diens rechtverkrijgenden een deel of het geheel van diens portfeuille over naar de portfeuille van een andere bemiddelaar.

2. In afwijking van het eerste lid boekt de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een cliënt diens verzekering uit de portfeuille van een bemiddelaar over naar die van een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar.

3. (...)

4. De verzekeraar verleent op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portfeuille van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar.’

9. De Jong (diss.) 2011, p. 94. Dit gold ook onder art. 17 van de vroegere Wet assurantiebemiddelingsbedrijf, zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20 925, nr. 3, p. 22.

10. De Jong (diss.) 2011, p. 90, lijkt die vraag bevestigend te beantwoorden waar hij spreekt van de bij overboeking ‘noodzakelijke (cursivering door auteur) medewerking van de betrokken cliënten’. Maar hij licht dat verder niet toe.

11. Zie art. 1:1 Wft.

12. Zie de definitie van een financiële dienst in de Wft. Daaronder wordt onder andere verstaan aanbieden, adviseren en bemiddelen. Uit de definities die de Wft geeft voor aanbieden, adviseren en bemiddelen volgt dat het daarbij steeds moet gaan om een financieel product. Een verzekering is een financieel product in de zin van de Wft. Zie art. 1:1 Wft.

ken bij een mantelcontract geen bemiddelende rol waar het de deelnemers zelf aangaat. De deelnemers geven via de werkgever te kennen dat zij willen participeren door voor zichzelf een verzekering af te sluiten of sluiten de verzekering rechtstreeks af bij de verzekeraar.

Dat de polis op naam staat van de deelnemers is louter een administratieve aangelegenheid. De deelnemers zenden hun onkostendeclaraties ook rechtstreeks naar de verzekeraar. Voor zover mij bekend vinden mutaties zoals verhuizingen en bijschrijvingen van gezinsleden plaats na rechtstreeks contact tussen de deelnemer en de verzekeraar. Zelf heeft de tussenpersoon dus normaal gesproken met de deelnemers geen rechtstreeks contact. De tussenpersoon heeft in opdracht van de werkgever uitsluitend bemiddeld bij de totstandkoming van het mantelcontract. Derhalve treedt de tussenpersoon uitsluitend op als opdrachtnemer van degene ten behoeve van wie hij heeft bemiddeld, dus de werkgever; hij handelt niet als opdrachtnemer van de individuele deelnemers, hij heeft zelfs niet voor hen bemiddeld. In de woorden van de Wft; de tussenpersoon verleent aan de deelnemers geen financiële dienst.

Zou men het mantelcontract kunnen beschouwen als een verzekering,¹³ dan behoorde die ongetwijfeld wel tot de portefeuille van de tussenpersoon. Bij het afsluiten daarvan heeft hij immers juist wel bemiddeld.

4.2. Mantelcontract en individuele verzekeringen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden

Het tweede argument dat zich verzet tegen een uitleg van art. 4:103 lid 2 Wft als hierboven bedoeld, schuilt daarin dat het mantelcontract en de individuele verzekeringen niet los van elkaar gezien kunnen worden. Het lijkt mij niet goed mogelijk dat bepaalde deelnemers zouden kunnen verlangen dat hun verzekeringen worden overgeboekt naar een andere tussenpersoon terwijl andere deelnemers blijven bij de oude tussenpersoon. Met name de honorering van de tussenpersoon zal dan een probleem opleveren. Want wie moet dan nog waarvoor worden beloofd? Dat probleem zal alleen maar toenemen naarmate er meer tussenpersonen door individuele deelnemers zouden kunnen worden 'tussengeschoven'.

Dat het mantelcontract en de individuele verzekeringen niet los van elkaar gezien kunnen worden, blijkt ook uit het feit dat in de mantelovereenkomst – als gezegd – pleegt te worden vastgelegd dat het premievoordeel voor de individuele deelnemers eindigt zodra de mantelovereenkomst of het mantelcontract wordt beëindigd. In dat geval zal de verzekeraar aan de deelnemers een nieuw aanbod doen voor een verzekering, dan echter op basis van individuele condities.

De opvatting dat mantelcontract en individuele verzekeringen niet los van elkaar gezien kunnen worden, is in lijn met een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 10 februari 1978.¹⁴ De casus was als volgt. Een brancheorganisatie deed op enig moment het verzoek aan de

verzekeraar om alle individuele pensioenverzekeringen, gebaseerd op een – door bemiddeling van een tussenpersoon gesloten – mantelcontract, over te sluiten naar een andere tussenpersoon.¹⁵ De verzekeraar honoreerde het verzoek. Dientengevolge staakte de verzekeraar de uitbetaling van provisie aan de oude tussenpersoon. De oude tussenpersoon maakte daartegen bezwaar en begon een procedure tegen de verzekeraar. De oude tussenpersoon stelde zich daarbij op het standpunt dat de pensioenverzekeringen die onder het mantelcontract van de brancheorganisatie waren afgesloten, niet door zijn bemiddeling tot stand waren gekomen en zodoende niet tot zijn portefeuille behoorden. Dit betekende, aldus de oude tussenpersoon, dat deze pensioenverzekeringen ook niet konden worden overgeboekt naar een andere tussenpersoon en dat deze verzekeringen dus ook geen onderdeel uitmaakten van de portefeuille van de nieuwe tussenpersoon. Een (in mijn ogen: opmerkelijk) standpunt waarover de rechtbank zei:

'Dit betoog (*F.S.: van de oude tussenpersoon*) faalt echter. Het valt niet in te zien waarom de bemiddeling bij de totstandkoming van een collectief contract als het onderhavige niet tevens oplevert bemiddeling bij het afsluiten van de individuele verzekeringen die ter uitvoering van dat collectieve contract tot stand komen. Het onderhavige collectieve contract en de daaruit voortgekomen individuele verzekeringen moeten dan ook tezamen tot de portefeuille van firma Jansen (*F.S.: de oude tussenpersoon*), in de zin van de Wet Assuratiebemiddeling, worden gerekend op het moment waarop IWS (*F.S.: de branchevereniging*) de wens tot overboeking te kennen gaf.'

De rechtbank wees de vordering van de oude tussenpersoon jegens de verzekeraar (tot doorbetaling van provisie) af, omdat de individuele verzekeringen op rechtmatige wijze naar de portefeuille van de nieuwe tussenpersoon waren overgegaan. Het feit dat het verzoek daartoe enkel was gedaan door de brancheorganisatie en niet door alle individuele verzekeringnemers, stond daaraan dus niet in de weg.

5. DE OPLOSSING ZOALS DIE MIJNS INZIENS MOET LUIDEN

Hierboven heb ik vastgesteld:

1. dat in geval van een mantelcontract de tussenpersoon feitelijk uitsluitend bemiddelt ten behoeve van de contractant (werkgever), niet ten behoeve van de individuele deelnemers, en
2. dat het mantelcontract en de daarop gebaseerde individuele verzekeringen niet los van elkaar kunnen worden gezien.

Die twee vaststellingen tezamen kunnen alleen maar leiden tot de conclusie dat onder 'de cliënt' in de zin van art. 4:103 lid 2 Wft moet worden verstaan de contractant (werkgever) en niet de individuele deelnemer. Dit laatste brengt mee dat het portefeuillerecht niet het oog heeft

13. Des neen, zo blijkt uit de inleiding.

14. *NJ* 1978, 476.

15. De redactie van *NTHR* wees mij er overigens op dat de Pensioenwet deze, destijds onder de Pensioen- en spaarfondsenwet niet ongebruikelijke, constructie niet meer toelaat omdat uitsluitend nog de werkgever als contractant van de verzekeraar mag optreden.

op de op een mantelcontract gebaseerde individuele verzekeringen en dat onder 'de cliënt' als bedoeld in art. 4:103 lid 2 Wft niet mag worden verstaan degene die door middel van een individuele polis deelneemt aan een mantelcontract.

De oplossing van het hierboven geformuleerde probleem luidt mijns inziens dan ook dat een verzekeraar die met een organisatie (zoals een werkgever) een mantelcontract heeft gesloten, op verzoek van laatstgenoemde de individuele verzekeringen zal moeten overboeken zonder dat hij daaraan de eis mag verbinden dat de deelnemers (de werknemers) daartoe zelf een verzoek doen.¹⁶

16. Dit betekent derhalve ook dat het voor de toepassing van art. 4:103 lid 2 Wft geen verschil maakt of sprake is van een verzekering ten behoeve van derden of van verzekeringen op basis van een mantelcontract.