

Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht¹

29

Inleiding

In de assurantiebranche is het gemeengoed om tot zekerheid van nakoming van betalingsverplichtingen pandrechten te vestigen op wat in die branche wordt genoemd de assurantie- of verzekeringsportefeuille (hierna: de 'portefeuille'). Dit gebruik valt te verklaren doordat de onderneming van de assuratiebemiddelaar (hierna aan te duiden met de huidige wettelijke term: 'bemiddelaar') doorgaans weinig andere zekerheden te bieden heeft. Dat is inherent aan het dienstverlenende karakter van die onderneming, waarbij de bemiddelaar zich traditioneel onderscheidt van andere dienstverleners doordat hij geen rechtstreekse inkomsten geniet vanuit zijn clientèle, maar via een omweg voor zijn diensten wordt beloond door provisie die de verzekeraar hem betaalt. De vragen of het mogelijk is om een portefeuille te verpanden en, mocht dat het geval blijken, of de pandhouder van een dergelijk pandrecht veel wijzer wordt, zijn door de rechtspraak (nog) niet beantwoord.² Niet gehinderd door deze onzekerheid is verpanding van de portefeuille van de bemiddelaar, of onderdelen daarvan, in de praktijk echter eerder regel dan uitzondering. Het recente faillissement van een grote bemiddelaar die veel portefeuilles had overgenomen van andere bemiddelaars, waarbij veelal sprake was van verpanding door die gefailleerde bemiddelaar van die portefeuilles als zekerheid voor onbetaalde – delen van – koopprijzen, maakt de kwestie alleen maar actueler.³

In een recente bijdrage aan dit tijdschrift⁴ komt Kaptein tot de conclusie dat de portefeuille van de bemiddelaar een overdraagbaar vermogensrecht vormt, waarop een pandrecht kan worden gevestigd. Hij schetst voorts omstandigheden waaronder dat pandrecht naar zijn mening succesvol kan worden geëxecuteerd. In deze bijdrage betoog ik dat een portefeuille geen voor overdracht vatbaar goed is, zodat daarop géén pandrecht kan worden gevestigd. Daarmee is de kous eigenlijk af. Toch ga ik daarna, voor het geval zou moeten worden aangenomen dat een portefeuille (deels)

wel kan worden verpand, vanuit de praktijk nog in op enkele aspecten van verpanding van een portefeuille die Kaptein in zijn bijdrage onbesproken laat. Die praktische belichting maakt duidelijk dat ook als verpanding van een portefeuille theoretisch mogelijk zou zijn, de pandhouder daar bitter weinig aan zal hebben.

Op welke goederen kan een pandrecht worden gevestigd?

Het recht van pand en hypotheek kan worden gevestigd op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, zo bepaalt art. 3:228 BW. Onomstreden is dat met 'overdracht' wordt verwezen naar afdeling 3.4.2 BW, waarin voor overdracht wordt vereist levering krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde.⁵ Vestiging van een beperkt recht, zoals een pandrecht, op een goed vindt ingevolge art. 3:98 BW op overeenkomstige wijze plaats als de overdracht van dat goed. Uit de in art. 3:84 lid 1 BW opgesomde vereisten voor overdracht volgt dat zonder levering geen overdracht mogelijk is. Levering geschiedt voor de in art. 3:83 lid 1 BW genoemde rechten (eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten) op de in art. 3:89-94 BW bepaalde wijze. Andere goederen zijn op grond van art. 3:83 lid 3 BW slechts overdraagbaar als de wet dat bepaalt.⁶ Nu afdeling 3.4.2 BW niet de leveringswijze voorschrijft van andere goederen dan de in lid 1 van art. 3:83 BW genoemde eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten, dient de wet voor andere goederen niet alleen te bepalen dat ze kunnen worden overgedragen, maar ook hoe levering in dat geval plaatsvindt. Pas als de wet voorziet in vatbaarheid voor overdracht en in de wijze van levering, is zo'n goed overdraagbaar en kan er een pandrecht op worden gevestigd. We zien dat terug in art. 3:236 lid 2 BW, dat bepaalt dat een pandrecht op goederen die geen roerende zaken of rechten aan toonder of order zijn (dan wel het vruchtgebruik daarop) wordt gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald. De ratio daarvan ligt voor de hand. De pandhouder moet het verpande goed bij uitwinning van het pandrecht immers kunnen (doen) verkopen en leveren aan een derde, teneinde zich op de opbrengst ervan te kunnen verhalen.⁷

De vraag dient zich aan of een portefeuille kan worden overgedragen door levering in de zin van afdeling 3.4.2 BW. Daarvoor is gelet op art. 3:83 lid 3 BW een wettelijke basis vereist, die tevens de wijze van levering voorschrijft. Be-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: Mr. G.H.G.M. van Berkel, 'Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *Tvl* 2011/29.
Mr. G.H.G.M. van Berkel is advocaat bij VMW Taxand N.V. te Amsterdam.

2 Het valt te verwachten dat de rechter zich naar aanleiding van het recente faillissement van een grote bemiddelaar binnen afzienbare termijn over deze kwestie zal buigen.

3 Zie voor een discussie in de branche over de vraag of een pandrecht op een portefeuille zekerheid biedt onder meer: <http://amweb.nl/nieuws/nederland/pandrecht-op-cinjee-portefeuilles-niet-geldig.157907.lynkx>.

4 F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *Tvl* 2011/22.

5 Zie onder meer: P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht (losbl.)*, aant. 2 bij art. 3:228 BW en *Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/25.

6 Op dit gesloten stelsel van het goederenrecht ga ik later in deze bijdrage uitvoerig in.

7 Een pandrecht op een vordering kan ook worden geëxecuteerd door inning van de vordering.

staat die wettelijke basis niet, dan kan er geen pandrecht op een portefeuille worden gevestigd; bestaat zij wel, dan rijst vervolgens de vraag of executie van zo'n pandrecht mogelijk is. Zo dat het ook geval is, resteert ten slotte de vraag hoeveel de pandhouder daar in de praktijk mee opschiet.

Het begrip portefeuille in de wet

Rechtsverhoudingen tussen bemiddelaar, verzekeraar en cliënt c.q. verzekeringnemer

Rondom de verzekering die door een bemiddelaar tot stand is gebracht, bestaan verschillende rechtsverhoudingen. De eerste en meest in het oog springende is de verzekering, volgens de definitie van art. 7:925 BW een overeenkomst tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. Als tegenprestatie voor de door de verzekeraar gegeven dekking is de verzekeringnemer aan hem premie verschuldigd. Ongeacht of de bemiddelaar in de totstandkoming van de verzekering een rol heeft, is hij daarbij geen partij.⁸

De tweede rechtsverhouding is die tussen verzekeraar en bemiddelaar. Tussen deze partijen bestaat een overeenkomst (veelal samenwerkingsovereenkomst genoemd) die de bemiddelaar het recht geeft te bemiddelen bij totstandkoming van verzekeringen tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. Deze overeenkomst bevat onder meer de voorwaarden waaronder de bemiddelaar de producten van de verzekeraar mag aanbieden en de beloning die daartegenover staat, gewoonlijk in de vorm van provisie. Uit hoofde van deze overeenkomst kan de bemiddelaar dus ter zake van de bij deze verzekeraar lopende verzekeringen waarbij hij als bemiddelaar betrokken is een provisieverdring tot zijn vermogen rekenen. Verder doet deze overeenkomst gewoonlijk een rekening-courantverhouding ontstaan waarin de betalingen over en weer worden verrekend.⁹

De derde rechtsverhouding bestaat in de relatie tussen de bemiddelaar en zijn cliënt, de (beoogd) verzekeringnemer, waarin de bemiddelaar de cliënt adviseert omtrent verzekeringen en reeds gesloten verzekeringen in meer of mindere mate beheert. Hoe deze relatie kwalificeert in de gebruikelijke situatie, waarin de cliënt niet betaalt voor de dienstverlening door de bemiddelaar, is de vraag. Betoogd kan worden dat zij heeft te gelden als een vorm van bemiddeling als bijzondere vorm van opdracht (art. 7:425 BW), met dien verstande dat de bemiddelaar geen loon krijgt. In elk geval is het in de traditionele praktijk niet gebruikelijk dat aan het benoemen en vastleggen van deze rechtsverhouding veel aandacht wordt besteed. Nu deze kwalificatievraag buiten het kader van deze bijdrage valt, laat ik haar verder rusten.

Het begrip portefeuille in de huidige Wft

Voorop staat dat de huidige Wet op het financieel toezicht ('Wft'), die de verhouding tussen bemiddelaar en verzekeraar regelt, net als haar voorgangers een publiekrechtelijk karakter heeft en vanuit het oogpunt van marktregulering en consumentenbescherming eisen en beperkingen stelt aan de handel en wandel van financiële ondernemingen als verzekeraars en bemiddelaars. De huidige Wft kent geen definitie van het begrip portefeuille en noemt het in verband met verzekering slechts in art. 4:102 en 4:103 Wft. Het eerstgenoemde artikel luidt:

"Een verzekering die door bemiddeling van een bemiddelaar tot stand is gekomen of naar de portefeuille van een bemiddelaar is overgeboekt, behoort *in de relatie tot de betrokken verzekeraar* tot de portefeuille van die bemiddelaar zolang die verzekering daaruit niet is overgeboekt." (cursivering GvB)

In deze formulering valt op dat de wetgever het begrip portefeuille plaatst in de relatie bemiddelaar-verzekeraar.¹⁰ Een bemiddelaar die – zoals in de praktijk veel voorkomt – bemiddelt in verzekeringen van verschillende verzekeraars, heeft gelet op de wijze waarop het begrip in de wet wordt gebruikt dus meerdere portefeuilles, namelijk één per verzekeraar. In dit opzicht wijkt de wetgever af van de betekenis die in het spraakgebruik aan het begrip portefeuille wordt toegekend, te weten het samenstel van alle verzekeringen en klantrelaties waarbij de bemiddelaar is betrokken, ongeacht bij welke verzekeraar de verzekering is afgesloten. Gelet op de zowel in art. 4:102 Wft als in art. 4:103 Wft gebezigde term 'overboeken', lijkt de strekking die de wetgever aan het begrip portefeuille heeft willen geven beperkt tot een administratieve koppeling tussen een verzekering en de bemiddelaar. Deze laatste is immers zelf bij die verzekering geen partij. De aldus tot stand gebrachte administratieve koppeling speelt een rol binnen de rechtsverhouding tussen de betreffende verzekeraar en de bemiddelaar.

Art. 4:103 Wft beschermt de bemiddelaar tegen overboeking tegen diens wil van een verzekering naar een andere portefeuille (lid 1), tenzij de cliënt daarom verzoekt (lid 2). Eenzelfde bescherming geldt als de verzekeraar de verzekering in eigen beheer wil nemen (lid 3). Lid 4 faciliteert de bemiddelaar die zijn portefeuille wil overdragen aan een andere bemiddelaar. Het luidt:

"De verzekeraar verleent op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille aan een andere be-

8 Dat geldt ook voor de gevolmachtigd agent, die weliswaar meer bevoegdheden heeft dan de bemiddelaar, maar als gevolmachtigde bij het sluiten van een verzekering de verzekeraar bindt en niet zichzelf.

9 Zie over deze rechtsverhouding uitvoerig: C.J. de Jong, 'Portefeuille-recht, een privaatrechtelijke paragraaf in de Wft', *NTHR* 2009, nr. 1, p. 11-26, § 2.

10 Dan wel in de relatie (onder)gevolmachtigd agent-bemiddelaar of bemiddelaar-onderbemiddelaar, zie art. 4:101 Wft. Bezien vanuit die verschillende relaties kan een en dezelfde verzekering dus tot verschillende portefeuilles behoren. In het onderhavige betoog is deze complicatie niet van belang en wordt omwille van de overzichtelijkheid uitgegaan van de relatie bemiddelaar-verzekeraar.

middelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar.”

Ook in deze bepaling dienen onder portefeuille slechts te worden verstaan de aan de bemiddelaar gekoppelde verzekeringen die de betreffende verzekeraar heeft afgesloten. Op het gebruikte begrip overdracht kom ik later terug.

Hoewel dat uit de redactie van de wetstekst niet met zo veel woorden blijkt, wordt algemeen aangenomen dat op grond van art. 4:104 Wft, dat bepaalt dat, behoudens anders overeengekomen, de bemiddelaar voor de verzekeraar het incasso van de premies verzorgt, ook dat incassorecht tot het ‘portefeullerecht’ van de bemiddelaar behoort.¹¹ Met deze bepaling is beoogd de bemiddelaar te beschermen tegen de verzekeraar, die door het premie-incasso zelf ter hand te nemen, de bemiddelaar het reguliere contact met zijn cliënt (de verzekeringnemer) ontnemt. Het aldus onderhouden van contact met zijn cliënten vergroot immers de kansen van de bemiddelaar om in nieuwe verzekeringen te bemiddelen, zodat de bepaling in feite een (niet-dwingerende) goodwillbescherming biedt. Behalve als een recht van de bemiddelaar komt in de redactie van deze bepaling evenzeer tot uitdrukking dat het premie-incasso een plicht van de bemiddelaar is jegens de verzekeraar. Net als de hiervoor genoemde bescherming tegen overboeking geldt ook dit recht van premie-incasso telkens jegens iedere verzekeraar waarmee de bemiddelaar een overeenkomst heeft.

Totstandkomingsgeschiedenis

De huidige bepalingen die de onderlinge verhouding tussen verzekeraar en bemiddelaar regelen zijn praktisch woordelijk overgenomen uit eerdere wetten. Art. 4:101-104 Wft zijn met wijziging van enkele begripsbepalingen gelijk aan art. 57-60 Wfd (Wet financiële dienstverlening) en respectievelijk art. 18, 12, 17 en 14 WABB (Wet assurantiebemiddelingsbedrijf). De laatstgenoemde wet stelde aanvankelijk ook regels ten aanzien van de beloning van de bemiddelaar, waaronder de bepaling dat deze laatste jegens de verzekeraar recht had op provisie over alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen (art. 13 WABB), terwijl andere beloningen verboden waren (art. 16 WABB), alsmede het verbod op aan de verzekeringnemer te berekenen afmaakkortage (art. 15 WABB). Onder invloed van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit heeft de wetgever deze beloningsregels vanaf 1999 gefaseerd laten vervallen.

len.¹² Een bescherming van dezelfde strekking als onder de oorspronkelijke WABB genoot de bemiddelaar onder de Wet Assurantiebemiddeling (‘WAB’).

Noch met de huidige wetstekst, noch met de vergelijkbare bepalingen in vorige wetten lijkt de wetgever iets anders bedoeld te hebben dan regulering van de markt en bescherming van de consument. Dat past ook bij de aard van dergelijke publiekrechtelijke regelingen. In wet noch voorbereidende stukken valt voorts maar het begin te ontdekken van enige bedoeling van de wetgever om het begrip portefeuille verder te laten strekken dan gedragsregels die verzekeraar en bemiddelaar onderling in acht dienen te nemen. Dat deze regels in verbintenisrechtelijke zin doorwerken in de rechtsverhouding tussen deze partijen spreekt voor zich, van een goederenrechtelijk effect ontbreekt ieder spoor. Dat geldt temeer sinds het wettelijk recht op provisie is komen te vervallen.

Het portefeullerecht als goodwillrecht van de bemiddelaar

Net als in iedere andere branche geldt ook voor de bemiddelaar dat de waarde die de markt aan zijn onderneming toekent veelal hoger is dan de intrinsieke waarde ervan (de optelsom van afzonderlijke waardering van alle activa die tot het vermogen van de onderneming behoren). Dat verschil tussen marktwaarde en intrinsieke waarde is in het spraakgebruik beter bekend als goodwill en komt voort uit de kansen die het geheel van rechten, plichten en feitelijke omstandigheden dat samen de onderneming vormt, aan de ondernemer (en dus ook aan een overnemende partij) biedt om in de toekomst winst te genereren. In het geval van de bemiddelaar bestaat de goodwill in belangrijke mate in de toegang tot bestaande klanten. Daarnaast spelen aspecten als reputatie en naamsbekendheid een rol. Hoewel de positie van de bemiddelaar gezien de hem door art. 4:103 en 104 Wft geboden bescherming tegen de verzekeraar iets afwijkt van die van andere neringdoenden, verandert dat aan het karakter van de goodwill niets.

Het is algemeen aanvaard dat goodwill geen goed is in de zin van art. 3:1 BW, nu hij niet zelfstandig kan worden overgedragen.¹³ Het onderscheid dat wel wordt gemaakt tussen ‘onbelichaamde’ en ‘belichaamde’ goodwill maakt dat niet anders. ‘Belichaamde’ goodwill, die feitelijk niets anders is dan een hogere waarde van een overdraagbaar goed bij verkoop in een bepaalde samenhang ten opzichte van de waarde van dat goed bij afzonderlijke verkoop,¹⁴ is als zelfstandig overdraagbaar vermogensrecht net zo goed non-existent als ‘onbelichaamde’ goodwill, nu hij niet los

11 Zie voor een historische uiteenzetting Kaptein, ‘Het portefeullerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder’, *TvI* 2011/22, § 3, alwaar hij onder meer verwijst naar de wetgeschiedenis van de Wet Assurantiebemiddeling, waarin de bescherming van de bemiddelaar tegen de verzekeraar voor het eerst werd vastgelegd. Zie ook het later te bespreken arrest HR 15 november 1968, *NJ* 1969/25.

12 Zie de memorie van toelichting, *Kamerstukken II*, 1999/00 26 531, nr. 3, p. 2 e.v., alsmede § 4.5 daarvan, p. 16-17, waarin wordt toegelicht dat naar de mening van de wetgever de overige rechtspositieregels (huidige art. 4:102-104 Wft) nog steeds actueel zijn. In de toelichting beperkt de wetgever conform het huidige art. 4:102 Wft het begrip portefeuille tot ‘de verzekeringen waarvoor de tussenpersoon heeft bemiddeld of die naar hem zijn overgeboekt’.

13 Zie bijv.: P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht (losbl.)*, art. 3:6 BW, aant. 34 sub c; *Asser/Mijnssen/De Haan & Van Dam 3-1* 2006/4.

14 Men kan denken aan een bedrijfspand waarin sinds jaar en dag een succesvolle horecaonderneming is gevoerd. Voor een aspirant-horecaondernemer die dit pand tegelijk verwerft met de inventaris en merknaam kan deze een hogere waarde hebben dan bij afzonderlijke verkoop. Zie bijv. hof Amsterdam 24 maart 2009, *JOR* 2009/180.

van het goed waarin hij is belichaamd kan worden overgedragen.¹⁵

Portefeuille vatbaar voor overdracht door levering?

Is het samenstel van rechten dat de wet aan de portefeuille verbindt nu vatbaar voor overdracht in de zin van afdeling 3.4.2 BW? Art. 3:83 lid 1 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de aard van het recht zich daartegen verzet. Overdracht vindt plaats door levering krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 lid 1 BW). Andere rechten zijn ingevolge lid 3 van art. 3:83 BW slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt. Hierbij kan men denken aan rechten als het octrooirecht, het auteursrecht en het merkrecht, voor welke rechten de wetgever niet alleen de overdraagbaarheid, maar ook de wijze van levering heeft bepaald in bijzondere wetten.¹⁶ Ook de levering van aandelen in kapitaalvennootschappen en vervoerde zaken door documenten, in het BW maar niet in afdeling 3.4.2 BW geregeld, zijn hier voorbeelden van.¹⁷ Bepaalt de wet niet dat en hoe levering van een recht kan plaatsvinden, dan is dat recht niet vatbaar voor overdracht en kan er dus ook geen pandrecht op gevestigd worden.

Art. 3:89-94 BW bevatten de leveringsvereisten van de in art. 3:83 lid 1 BW bedoelde goederen. Hoewel de wat cryptische redactie van art. 3:95 BW op het eerste gezicht de suggestie kan wekken dat op grond van dit artikel ook andere goederen dan bedoeld in art. 3:89-94 BW door middel van een akte kunnen worden geleverd, is deze restbepaling blijkens de wetsgeschiedenis in de wet gekomen met het oog op het geval dat levering van een door art. 3:89-94 BW bestreken goed niet mogelijk is op de aldaar voorgeschreven wijze.¹⁸ Als voorbeeld daarvan kan men denken aan een eigenaar die de hem ontstolen auto niet in de feitelijke

macht van een verzekeraar kan brengen door bezitsverschaffing (art. 3:90 lid 1 BW), nu dat bezit hem door de diefstal is ontnomen. In dat geval vindt levering plaats op de in art. 3:95 BW bedoelde manier. Gelet op het gesloten stelsel van het goederenrecht zoals dat onder meer volgt uit art. 3:83 lid 3 BW, vindt deze restbepaling geen toepassing bij levering van andere goederen dan de goederen als bedoeld in art. 3:89-94 BW.¹⁹ Een ruimere uitleg van deze bepaling zou van art. 3:83 lid 3 BW feitelijk een dode letter maken, nu de daarmee beoogde geslotenheid van het stelsel van het goederenrecht zou worden doorbroken.

De bescherming jegens de verzekeraar die de Wft in het kader van de portefeuille verbindt aan de positie van de bemiddelaar kwalificeert noch als eigendom, noch als een beperkt recht. Evenmin kwalificeert ze als een vordering op naam als bedoeld in art. 3:83 lid 1 jo. 94 BW. Art. 4:101-104 Wft, die als gezegd tot niet meer strekken dan het inkleuren van de rechtsverhouding tussen verzekeraar en bemiddelaar, kunnen immers niet op zichzelf bestaan en zijn dus niet zelfstandig te gelde te maken. Men kan deze 'rechten' van de bemiddelaar vergelijken met de dwingendrechtelijke bescherming die de consument-koper geniet jegens een bedrijfsmatige verkoper: ook deze 'rechten' komen pas tot leven in de rechtsverhouding tussen dezen en kunnen daarbuiten niet op zichzelf bestaan. Nu er geen wettelijke regeling bestaat die overdracht, laat staan levering van de portefeuille als zelfstandig goed mogelijk maakt, kan er geen pandrecht op worden gevestigd. Daarmee is de vraag die in deze bijdrage centraal staat in beginsel beantwoord. Dat zegt echter niet dat verpanding van andere rechten die de bemiddelaar jegens de verzekeraar heeft, met name zijn recht op beloning, onmogelijk is. Hierop en op de vraag of een pandhouder daarmee veel opschiet kom ik later in deze bijdrage terug.

De redenering van Kaptein

Kaptein betoogt in paragraaf 2 van zijn bijdrage dat het begrip portefeuille ruimer dient te worden uitgelegd dan slechts het geheel van verzekeringen waarvoor een bemiddelaar in relatie tot een bepaalde verzekeraar heeft bemiddeld of die naar hem zijn overgeboekt. In paragraaf 3 tracht hij een onderscheid te maken tussen enerzijds het begrip 'portefeullerecht' en anderzijds de daaruit voortvloeiende 'portefeullerechten'. Voor zover ik de in deze paragraaf ontsponnen redenering kan volgen, heeft Kaptein het naar mij voorkomt over één en hetzelfde ding, namelijk de hiervoor geschetste bescherming die de bemiddelaar jegens een verzekeraar geniet en die thans is neergelegd in art. 4:102-104 Wft.

15 Uit HR 31 mei 2002, NJ 2003/342, lijkt te volgen dat 'belichaamd' goodwill zelfstandig te realiseren is. Hoewel het in een huwelijksvermogensrechtelijke kwestie als de kwestie die leidde tot het arrest denkbaar is dat in boekhoudkundige zin een onderscheid wordt gemaakt tussen de marktwaarde van een goed bij aparte verkoop en de daarin – als gevolg van verkoop in een bepaald verband – belichaamde goodwill hetgeen zou kunnen leiden tot verdeling van die goodwill tussen de echtelieden, kan deze goodwill niet zelfstandig, dus los van het goed waarin hij is belichaamd, te gelde worden gemaakt.

16 Zie respectievelijk art. 64 en 65 Rijksoctrooiwet 1995, art. 2.31 en 2.33 Benelux Verdrag Intellectuele Eigendom en art. 2 Auteurswet 1912.

17 Zie respectievelijk art. 2:86 en 2:196 BW en art. 8:50, 8:417, 8:482 en 8:924 BW.

18 Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, MvA II bij art. 3.4.2.5 (het huidige art. 3:90 BW), p. 384, waarin de minister voor levering van een zaak, die de vervreemder niet in zijn macht heeft, verwijst naar art. 3.4.2.7a (het huidige art. 3:95 BW); zie voorts de MvA II bij art. 3.4.2.7a (het huidige art. 3:95 BW), p. 398-399, waarin wordt benadrukt dat deze bepaling 'slechts van toepassing is op leveringen (dus niet goederen, toevoeging GvB) waarin de vorige artikelen niet voorzien'. Zie ten slotte *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 3*, MvA II bij art. 95, p. 1243, waarin de minister verwijst naar drie arresten van de Hoge Raad uit 1979, 1981 en 1982, in welke arresten de Hoge Raad, anticiperend op art. 3:95 BW, de uitleg van art. 667 BW (oud) in zoverre verruimt, dat het artikel ook toepassing vindt bij levering van een zaak die niet in de macht van de vervreemder is.

19 Zie voor een uitvoerige bespreking van het gesloten stelsel van het goederenrecht: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss.), Deventer 2007, § 5.5, met name p. 353-356 en over de totstandkoming van art. 3:95 BW, § 7.8.2, p. 573-575. Overigens duidt ook de nauwgezetheid, waarmee de wetgever in bijv. art. 2 Aw 1912 de leveringsvorm van een auteursrecht beschrijft, erop dat art. 3:95 BW slechts ziet op de in art. 3:89-94 BW bedoelde goederen.

Om van deze in de verbintenisrechtelijke verhouding tussen bemiddelaar en verzekeraar doorwerkende gedragsregels de slag te maken naar het goederenrecht, doet Kaptein met name een beroep op twee arresten van de Hoge Raad uit 1968 en 1976.²⁰ In het eerste van deze arresten staat het recht op premie-incasso centraal. De Hoge Raad overweegt:

“dat bij de totstandkoming van de Wet Assurantiebemiddeling op de voorgrond heeft gestaan verbetering in de rechtspositie der tussenpersonen, als bemiddelaars tussen de verzekeraars en de verzekeringnemers; dat het geheel van de relaties van deze tussenpersonen met de verzekeringnemers, die zij als hun cliënten beschouwen – de ‘portefeuille’ van de tussenpersoon –, daarbij als een aan dezen toekomend, in beginsel overdraagbaar vermogensobject werd beschouwd; dat het recht op premie-incasso van groot belang werd geacht voor de tussenpersoon, omdat het contact met de verzekeringnemers leidt tot instandhouding en uitbreiding van de portefeuille,”

Opvallend is dat de Hoge Raad in dit onder de thans niet meer bestaande WAb gewezen arrest een ander portefeuillebegrip hanteert (namelijk het geheel van relaties van een bemiddelaar met de verzekeringnemers) dan de huidige Wft met de beperkte betekenis die deze laatste wet aan datzelfde begrip toekent, namelijk enkele gedragsregels ter bescherming van de bemiddelaar die slechts gelden jegens een bepaalde verzekeraar. Bovendien heeft het tweede cassatiemiddel, naar aanleiding waarvan de Hoge Raad het hiervoor geciteerde overweegt, juist op die verbintenisrechtelijke rechtsverhouding betrekking. Over de goederenrechtelijke positie van de bemiddelaar laat de Hoge Raad zich in voormelde passage niet uit. Hij beschrijft slechts de overwegingen van de wetgever. Een wettelijke basis voor het erkennen van een portefeuille als een zelfstandig en overdraagbaar vermogensrecht (in het jargon van het oude BW een ‘zaak’) wijst de Hoge Raad niet aan. Daarom valt niet in te zien dat de geciteerde overweging een andere betekenis toekomt dan een economische, laat staan dat de Hoge Raad hier een goederenrechtelijk recht bedoelt te constitueren.²¹

Het tweede arrest is gewezen door de belastingkamer van de Hoge Raad in een geschil over de Wet op de vermogensbelasting 1964. In het hoger beroep dat leidde tot dit arrest overwoog het hof:²²

“dat gelet op het vorenoverwogene het recht op de portefeuille is aan te merken als een zaak, die deel uitmaakt van de bezittingen in de zin van art. 4 Wet op de vermo-

gensbelasting 1964, met dien verstande dat zulks ingevolge art. 8, lid 1, letter c, van de wet uitzondering lijdt indien en voor zover de portefeuille als goodwill is aan te merken;”

Het komt mij voor dat het hof hier met ‘zulks’ (dat uitzondering lijdt) bedoelt dat de portefeuille in zoverre is aan te merken als zaak. Het hof vervolgt:

“dat de relaties van de tussenpersoon met de verzekeringnemers, welke de verzekeringsportefeuille vormen, ertoe kunnen leiden, dat door bemiddeling van de tussenpersoon nieuwe verzekeringen worden afgesloten; dat de waarde van zodanige relaties, in zoverre zij de mogelijkheid inhouden dat in de toekomst voordeel biedende transacties kunnen worden gesloten, deel uitmaakt van de goodwill van een onderneming; dat de portefeuille voor het overige wordt gevormd door rechten en verplichtingen, welke voor de tussenpersoon voortvloeien uit de in het verleden door zijn bemiddeling gesloten verzekeringen; dat aan het begrip goodwill een te ruime betekenis zou worden toegekend, indien daartoe ook zou worden gerekend de waarde van dergelijke uit reeds afgesloten contracten en derhalve uit de uitoefening in het verleden voortkomende rechten en verplichtingen; dat uit een en ander voortvloeit dat het recht op de portefeuille tot de bezittingen behoort, voor zover het zijn waarde ontleent aan rechten, verbonden aan reeds afgesloten verzekeringen;”

De Hoge Raad laat de aangevallen beslissing in stand. Annotator Kleijn merkt het voor de hand liggende op, namelijk dat een portefeuille (niet in de enge zin van de Wft, maar in ruimere zin) met de provisieaanspraken op de verzekeraar behalve goodwill ook vermogensrechten inhoudt. Kleijn besluit zijn noot als volgt:

“Het lijkt daarom twijfelachtig, of de HR met zijn opmerkingen omtrent het zaaks karakter van de assurantieportefeuille verder heeft willen gaan dan het geven van een uitleg aan art. 4 Wet op de vermogensbelasting 1964 en met name zou hebben bedoeld een uitspraak te geven over het zaaksbegrip in art. 555 BW.”²³

Aan de aangehaalde arresten komt voor de vraag die voorwerp is van deze bijdrage praktisch geen betekenis toe: de portefeuille is goodwill en daarmee geen zaak, behoudens

20 Respectievelijk HR 15 november 1968, NJ 1969/25 en HR 2 juni 1976, NJ 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn.

21 Nog daargelaten dat uit het gesloten stelsel van het goederenrecht volgt dat goederenrechtelijke rechten slechts bij wet kunnen ontstaan, zie Struycken, t.a.p.

22 Kaptein, ‘Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantie-tussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder’, *TvI* 2011/22, § 4, schrijft deze overweging van het hof net als annotator Kleijn ten onrechte toe aan de Hoge Raad.

23 Zie de annotatie van Kleijn bij HR 2 juni 1976, NJ 1977/384. Kaptein, ‘Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantie-tussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder’, *TvI* 2011/22, § 5, meent ten onrechte dat de annotator het arrest aldus samenvat, dat de Hoge Raad de portefeuille tot een zaak in de zin van art. 555 BW (oud) zou verklaren op grond van de overdraagbaarheid, de daarbij behorende bescherming en de rechten op provisie die deze rechtsfiguur met zich meebrengt. Verderop in § 5 beweert hij zelfs dat de Hoge Raad zou bewerkstelligen dat ‘op zichzelf staande zaken in de zin van art. 555 OBW, te weten de toekomstige vorderingen, en de goodwill, wat geen zaak is, in deze zaak verenigd worden.’

voor zover het bestaande rechten en plichten in verband met reeds gesloten verzekeringen betreft (lees: provisie-rechten). Laat nu net dat recht op provisie sinds 2002 geen deel meer uitmaken van de wettelijke rechten die de bemiddelaar aan de portefeuille kan ontlenuen. Kaptein oppert echter dat de goodwill van de bemiddelaar is belichaamd in het door hem aangenomen portefeuillerecht, terwijl uit het arrest uit 1976 waaraan hij dat recht meent te kunnen ontlenuen juist volgt, dat voor zover de portefeuille al een 'zaak' is (in de terminologie van Kaptein: voor zover het 'portefeullerecht' al bestaat), de goodwill er juist niet toe behoort. Hier bijt de slang van Kapteins redenering in zijn eigen staart: als het portefeuillerecht juist niet de goodwill omvat, hoe kan die er dan wel in belichaamd zijn?

Ten aanzien van de overdraagbaarheid van een portefeuille maakt Kaptein onderscheid tussen enerzijds het door hem aangenomen 'portefeullerecht' en anderzijds de rechtsverhouding tot de verzekeraar. Wat betreft het eerste is hiervoor al uiteengezet dat levering op de voet van art. 3:95 BW niet mogelijk is voor goederen waarvan levering niet reeds in art. 3:89-94 BW is voorzien. Zo er al een 'portefeullerecht' zou bestaan, is dat dus bij gebreke van een door de wet voorgeschreven leveringswijze niet overdraagbaar in de zin van afdeling 3.4.2 BW.²⁴ Door aansluiting te zoeken bij art. 3:95 BW neemt Kaptein kennelijk terecht tot uitgangspunt, dat zo art. 4:103 lid 4 Wft er al toe zou strekken dat een portefeuille vatbaar is voor overdracht (in de zin van afdeling 3.4.2. BW), deze bepaling niet voorziet in een wijze van levering.

Ten aanzien van de rechtsverhouding tussen bemiddelaar en verzekeraar meent Kaptein dat deze kan overgaan op een derde door contractsovername als bedoeld in art. 6:159 BW. Hoewel dat strikt genomen mogelijk is, zal het in de praktijk nauwelijks voorkomen dat een verzekeraar instemt met de overname door een derde van een gehele rechtsverhouding die hij reeds met een bemiddelaar heeft. Veeleer zal de verzekeraar de – in de praktijk eenzijdig door hem gedichteerde – bestaande rechtsverhouding met de oorspronkelijke bemiddelaar afwickelen en met de opvolgende een nieuwe overeenkomst aangaan. Zodoende krijgt hij de kans om voor hem gunstiger (belonings)voorwaarden te bedingen jegens de nieuwe bemiddelaar.²⁵

24 Anders: C.J. de Jong, 'Portefeullerecht, een privaatrechtelijke paragraaf in de Wft', *NTHR*, 2009, 1, p. 12-26, die zonder daarvoor een goederenrechtelijke onderbouwing te geven onderscheid maakt tussen enerzijds een door hem aangenomen 'portefeullerecht' dat zou voortvloeien uit art. 4:101-104 Wft en door overboeking kan worden verworven en anderzijds de rechtsverhouding voor zover die wordt beheerst door de samenwerkingsovereenkomst tussen bemiddelaar en verzekeraar. Aldus miskent hij dat genoemde bepalingen slechts invulling geven aan de als tweede genoemde rechtsverhouding en er niet als een zelfstandig recht los van staan.

25 De Arnhemse voorzieningenrechter overweegt in zijn uitspraak van 28 februari 2007, *IJN BA2020*, naar mijn mening ten onrechte dat de overboeking van een portefeuille van de ene bemiddelaar naar de andere moet worden gekwalificeerd als contractsovername in de zin van art. 6:159 BW. In het betreffende geschil ging het overigens slechts om lijsten met polisgegevens die nodig waren voor de administratieve verwerking bij de verzekeraar.

Anders dan Kaptein meent, behelst de in art. 4:103 lid 4 Wft vervatte plicht van de verzekeraar om mee te werken aan gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille niets meer dan de plicht om op verzoek van de bemiddelaar een lopende verzekering administratief aan de nieuwe bemiddelaar te koppelen. Al voordat art. 6:159 BW werd ingevoerd en daarmee de term 'meewerken' naast een algemene ook een verbintenisrechtelijke betekenis kreeg, kwam deze bepaling voor in de WABB en eerder al in de WAb. Ook met het begrip overdracht, dat met de invoering van het nieuwe BW er een goederenrechtelijke betekenis bij kreeg, is in de Wft en haar voorgangers niets anders bedoeld dan een overdracht in de algemene, feitelijk economische zin. Overigens is de medewerkingsplicht van de verzekeraar niet absoluut: hij mag overboeking weigeren als hij gegronde bezwaren heeft tegen de opvolgende bemiddelaar.

Toegekomen aan de wijze waarop executie van een pandrecht op een portefeuille zou moeten plaatsvinden, loopt Kaptein tegen het probleem aan dat het geheel van rechten dat hij onder de portefeuille schaaft, niet vrij overdraagbaar is. Hij stelt in paragraaf 8.2 terecht vast, dat een verzekeraar er in de praktijk niet mee zal instemmen dat het recht op premie-incasso, een essentieel onderdeel van de bescherming van de bemiddelaar, in geval van diens faillissement bij de curator blijft. Nu het partijen vrijstaat om ter zake van de wet af te wijken (zie art. 4:104 lid 1 Wft), valt niet in te zien dat het recht op premie-incasso na overdracht van de portefeuille aan een solvabele bemiddelaar weer zou herleven. Dat is immers aan de partijen bij een nieuwe samenwerkingsovereenkomst (in de praktijk vooral aan de verzekeraar) om te bepalen.²⁶ Andere complicaties die Kaptein signaleert zijn nog a. dat de verzekeraar op grond van art. 4:103 lid 4 Wft slechts gehouden is mede te werken aan overdracht op schriftelijk verzoek van de bemiddelaar zelf (en dus niet van de pandhouder); en b. dat gelet op lid 1 van dat artikel zo'n overboeking niet zonder de toestemming van de bemiddelaar of diens rechtverkrijgenden mag gebeuren. In geval van faillissement kan (en zal) de curator dus op twee manieren dwarsliggen. Kaptein tracht hieraan tegemoet te komen door aan te nemen dat de bevoegdheid tot het doen van een verzoek tot overdracht besloten ligt in de verkrijging van het 'portefeullerecht' (waarvan we net gezien hebben dat daaraan geen zelfstandige betekenis toekomt alleen al omdat het niet geleverd kan worden) en de pandhouder tot de 'rechtverkrijgenden' te rekenen. Op mij komt dat over als een doelredenering die geen hout snijdt. Veeleer lijkt een en ander te bevestigen dat de wetgever met de beschermingsbepalingen in de Wft nooit iets anders heeft bedoeld dan het geven van (deels dwingendrechtelijke) verbintenisrechtelijke regels.

26 Dit zou wellicht anders kunnen zijn in een – in de praktijk, moeilijk denkbaar geval – dat de gehele rechtsverhouding op de verkrijgende bemiddelaar overgaat en in de samenwerkingsovereenkomst het recht op premie-incasso is gekoppeld aan een solvabiliteitsis.

Geen pandrecht op de portefeuille, wat dan wel?

Het feit dat geen pandrecht op de portefeuille als geheel kan worden gevestigd, laat onverlet dat de bemiddelaar vorderingen op naam, die voortspuiten uit de overeenkomsten die hij heeft met een verzekeraar, kan verpanden. Dit zal met name de vorderingen ter zake van provisie betreffen. Het is denkbaar dat de rechter, gevraagd om de geldigheid van een pandakte waarmee verpanding van een portefeuille is beoogd te beoordelen, zal oordelen dat met een dergelijke akte slechts verpanding van vorderingen op naam is bewerkstelligd. In dat geval heeft de pandhouder een geldig pandrecht op alle huidige en toekomstige vorderingen van de bemiddelaar op de verzekeraar dan wel – indien het een stil pandrecht betreft – op de vorderingen die hij uit een ten tijde van verpanding reeds bestaande rechtsverhouding zal verkrijgen. Of de pandhouder van een dergelijk pandrecht veel wijzer wordt, is de vraag. Ten eerste heeft de verzekeraar veelal een voor hem gunstige verrekeningspositie. Het is in de branche immers gebruikelijk dat een verzekeraar de bemiddelaar geheel of gedeeltelijk financiert. De saldering van de wederzijdse vorderingen levert in de regel een restantvordering van de verzekeraar op de bemiddelaar op. Ten tweede bestaan de vorderingen die voorwerp zijn van het pandrecht slechts zolang als de bron van de verbintenissen waarvan zij de actieve zijde vormen: de samenwerkingsovereenkomst. Het zal in de praktijk nauwelijks voorkomen dat de verzekeraar een samenwerkingsovereenkomst niet per direct kan beëindigen in geval van insolventie van de bemiddelaar. Zo er al een vordering op de verzekeraar is, zal die niet meer omvatten dan het per verzekering sinds het laatste betaalmoment opgebouwde bedrag aan provisie tot aan het faillissement. Afhankelijk van of de provisie vaker (bijv. per maand) of minder vaak (bijv. per jaar) in de rekening-courant wordt geboekt, zal de verzekeraar minder of meer aan de bemiddelaar schuldig zijn. In ieder geval zal het aldus op grond van een verpanding eventueel te innen bedrag slechts een fractie zijn van de marktwaarde van de portefeuille. Een daarmee samenhangend bezwaar kan zijn dat de verzekeraar in de samenwerkingsovereenkomst de door art. 4:103 lid 1 jo. lid 3 Wft vereiste toestemming van de bemiddelaar heeft bedongen om de tot de portefeuille behorende verzekeringen in geval van insolventie in eigen beheer te nemen. In dat geval is (de curator van) de bemiddelaar uitgespeeld.

Conclusie

Hoewel verpanding van de portefeuille in de assurantiebemiddelingsbranche aan de orde van de dag is, geeft de wet geen aanknopingspunten om aan te nemen dat een portefeuille een voor overdracht door levering vatbaar goed is waarop een pandrecht kan worden gevestigd. Gelet op de strekking en bedoeling van de wetsbepalingen die de bemiddelaar een zekere – maar betrekkelijke – bescherming bieden jegens de verzekeraar, vormen deze bepalingen los noch tezamen een zelfstandig recht, laat staan een vermo-

gensrecht, maar kleuren zij slechts een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen bemiddelaar en verzekeraar in en kunnen zij daarvan niet los bestaan. De financiers van ondernemingen in de assurantiebemiddelingsbranche doen er goed aan de hun verstrekte zekerheden eens onder de loep te nemen en de ontwikkelingen op dit gebied in de rechtspraak te blijven volgen.