

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 18/02869
Zitting 12 juli 2019

CONCLUSIE

E.B. Rank-Berenschot

In de zaak
ING Bank N.V.,
eiseres tot cassatie,
adv.: mr. B.T.M. van der Wiel

tegen

Mr. J.M.A.J. Thielen q.q.,
verweerder in cassatie,
adv.: mr. J.H.M. van Swaaij

In deze zaak is de principiële vraag aan de orde of een assurantieportefeuille als zodanig in zijn geheel kan worden verpand. Rechtspraak en literatuur zijn hierover verdeeld. ING Bank N.V. (hierna: ING Bank) vordert een verklaring voor recht dat zij een rechtsgeldig pandrecht heeft verkregen op de assurantieportefeuille van de inmiddels failliete vennootschap onder firma,

(hierna: de vennootschap). Mr. J.M.A.J. Thielen in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de vennootschap (hierna: de curator) stelt zich (onder meer) op het standpunt dat het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille als geheel naar huidig recht niet mogelijk is. De rechtbank wijst de vordering van ING Bank af op grond van haar oordeel dat op een assurantieportefeuille als zodanig geen pandrecht kan worden gevestigd. In deze (sprong)cassatieprocedure richt ING Bank diverse klachten tegen dit oordeel.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:¹

- (i) De vennootschap dreef een assurantiekantoor met als activiteiten onder meer de bemiddeling bij en de totstandbrenging van verzekeringsovereenkomsten, overeenkomsten met betrekking tot verstrekking van hypothecaire financieringen en pensioenovereenkomsten, alsmede de bemiddeling bij de verkoop van overige financiële producten.
- (ii) De vennootschap had een netwerk van verzekeraars. Met de verzekeraars sloot zij samenwerkingsovereenkomsten op grond waarvan zij bevoegd was te bemiddelen bij het afsluiten van verzekeringen en tot het beheer van afgesloten verzekeringen. Met (potentiële) verzekeringnemers sloot de vennootschap overeenkomsten van opdracht, waarin de vennootschap zich verbond om te adviseren en bemiddelen bij het afsluiten van verzekeringsovereenkomsten bij verzekeraars uit haar netwerk en om afgesloten verzekeringen te beheeren. Het beheer bestond onder meer uit het incasseren van verzekeringspenningen en het afwikkelen van schadekwesties van verzekeringnemers. De door de bemiddeling afgesloten verzekeringsovereenkomsten kwamen rechtstreeks tot stand tussen verzekeraar en verzekeringsnemer. Het contact tussen verzekeraar en verzekeringsnemer verliep echter uitsluitend via de vennootschap. Voor de bemiddelings- en beheerswerkzaamheden ontving de vennootschap op grond van de samenwerkingsovereenkomsten provisievergoedingen over de afgesloten verzekeringen van de verzekeraar of op grond van de overeenkomsten van opdracht vergoedingen van de verzekeringsnemer.
- (iii) Op 27 juni 2007 hebben ING Bank en de vennootschap een kredietovereenkomst gesloten voor een bedrag van EUR 20.000,- ter uitbreiding van een al bestaande kredietfaciliteit van EUR 5.000,-. De schriftelijke kredietovereenkomst fungeert tevens als pandakte. De kredietovereenkomst is op 16 juli 2007 geregistreerd. De kredietovereenkomst houdt in:

“Tot zekerheid van al hetgeen de kredietnemer schuldig is of wordt aan de kredietgever, verpand de kredietnemer hierbij, voor zover nodig bij voorbaat, aan de kredietgever, die deze verpanding aanvaardt, alle huidige en toekomstige Bedrijfsactiva zoals omschreven

¹ Ontleend aan rov. 2.1-2.8 van het bestreden vonnis.

[in] de Algemene Bepalingen van Pandrecht, voor zover niet eerder aan de kredietgever verpand. deze Bedrijfsactiva omvatten in ieder geval de Bedrijfsuitrusting, Tegoeden, Vorderingen en Voorraden behorende tot het bedrijf van de kredietnemer. Tevens verbindt de Kredietnemer zich om aan de Kredietgever te verpanden al zijn toekomstige vorderingen die hij op derden - uit welken hoofde ook - zal verkrijgen uit ten tijde van deze verpanding nog niet bestaande rechtsverhoudingen."

- (iv) Op de kredietovereenkomst zijn de Algemene Bepalingen van Kredietverlening, de Algemene Bepalingen van Pandrecht en de Algemene Voorwaarden opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken van toepassing. De Algemene Bepalingen van Pandrecht houden in:

"Artikel 1 Begripsbepalingen

(...)

d. Bedrijfsuitrusting:

1. alle roerende zaken, uitmakende de bedrijfsuitrusting van en behorende tot de door de Pandgever gedreven onderneming(en), daaronder begrepen inventaris, telecommunicatie- en computerapparatuur (inclusief software), machinerieën, werktuigen, vervoermiddelen en daartoe behorende (reserve) onderdelen, alsmede alle verdere roerende zaken die geacht kunnen worden te behoren tot de bedrijfsuitrusting van de onderneming(en) van de Pandgever, zulks in de ruimste zin, en zich op enig moment bevindende [in] het (de) pand(en) of op het (de) terrein(en) waar de Pandgever zijn onderneming(en) c.q. activiteiten in verband met zijn onderneming(en) uitoefent, of elders, al dan niet onder derden, zijnde deze zaken bij partijen voldoende bekend, als gevolg waarvan zij ten tijde van de verpanding geen nadere omschrijving verlangen, een en ander in de staat waarin de zaken zich ten tijde van de verpanding bevinden;

2. alle roerende zaken die ter aanvulling, vervanging of uitbreiding van de hierboven onder 1. bedoelde zaken door de Pandgever worden verkregen, alsmede de zaken die hij in zijn bedrijf zal verwerven;

3. de in de Akte nader omschreven roerende zaken;

e. Bedrijfsactiva:

alle tot het bedrijf van de Pandgever behorende goederen waaronder begrepen, maar [niet] beperkt tot de Bedrijfsuitrusting, Tegoeden, Vorderingen en Voorraden met inbegrip van:

(I) cliëntenbestanden en de gegevensdragers waarop deze zich bevinden; en

(II) goodwill, zijnde de meerwaarde van het bedrijf boven de som van vaste activa;"

- (v) Op 14 mei 2013 is de vennootschap in staat van faillissement verklaard en is als curator aangesteld. Met ingang van 30 januari 2017 is mr. Thielen als opvolgend curator aangesteld. Omwille van de leesbaarheid zal in het navolgende geen onderscheid tussen mr. Thielen en *[naam]* worden gemaakt. Beiden worden aangeduid als de curator.
- (vi) Bij brief van 24 mei 2013 heeft ING Bank op de voet van artikel 110 Fw aan de curator laten weten dat zij een vordering heeft op de vennootschap uit hoofde van kredietverlening van EUR 24.998,77 te vermeerderen met rente en kosten. Deze brief houdt voorts in:

"Ter meerdere zekerheid voor haar vordering ontving ING de volgende zekerheden:

- pandrecht op de bedrijfsactiva, omvattende in ieder geval de algehele bedrijfsuitrusting (inclusief machines en transportmiddelen), tegoeden, vorderingen en voorraden met inbegrip van goodwill.

Bijgaand zenden wij u een kopie van de kredietovereenkomst van 27 juni 2007, met de registratie waarvan genoemd pandrecht is gevestigd.

Verpanding van de debiteuren heeft als volgt plaatsgevonden. In de hierboven genoemde kredietovereenkomst wordt bij de verpanding bedrijfsactiva verwezen naar de Algemene Bepalingen van Pandrecht. In die Algemene Bepalingen van Pandrecht staat onder artikel 7:11: 'de pandgever verleent hierbij aan de Bank onherroepelijke volmacht om de door de Bank te bepalen vorderingen aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor het verschuldigde'.

Door de ING wordt dagelijks een verzamelpandakte op basis van volmacht getekend en ter registratie naar de Belastingdienst gestuurd.

De laatste geregistreerde verzamelpandakte van voor 14 mei 2013 hebben wij echter nog niet van de Belastingdienst mogen ontvangen. De meest recente geregistreerde verzamelpandakte sturen wij u alvast toe."

- (vii) In een brief van 7 juni 2013 heeft de curator ING Bank bericht dat de vordering van ING Bank op de lijst van voorlopig erkende concurrente crediteuren is geplaatst. Deze brief houdt voorts in:

"Uit de stukken die u mij hebt toegezonden is mij niet geheel duidelijk of ING meent een pandrecht gevestigd te hebben op de portefeuilles van de gefailleerde. Op voorhand wordt in ieder geval opgemerkt dat een assurantieportefeuille dan wel hypotheekportefeuille niet vatbaar is voor verpanding. Ditzelfde geldt ten aanzien van de tot een assurantieportefeuille dan wel hypotheekportefeuille behorende goodwill."

- (viii) Uit het faillissementsverslag van 21 juni 2013 volgt dat de curator de assurantie- en hypotheekportefeuilles van de vennootschap en de hieraan gekoppelde goodwill aan een derde partij heeft verkocht voor een bedrag van EUR 80.000,- (excl. btw).

1.2 Bij dagvaarding van 17 maart 2017 heeft ING Bank de curator gedagvaard voor de rechtbank Gelderland (zittingsplaats Arnhem). ING Bank vordert – na vermeerdering van eis en voor zover thans nog relevant – dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- voor recht verklaart dat ING Bank rechtsgeldig een pandrecht heeft verkregen op de assurantieportefeuille van de vennootschap,
- voor recht verklaart dat de curator in de hoedanigheid van curator in het faillissement van de vennootschap onrechtmatig jegens ING Bank heeft gehandeld door de assurantieportefeuille van de vennootschap te verkopen zonder het gevestigde pandrecht van ING Bank te respecteren,
- de curator veroordeelt tot afdracht van de voor de verpande assurantieportefeuille ontvangen vergoeding met een maximum van de uitstaande vordering van ING Bank onder de kredietovereenkomst, te vermeerderen met de wettelijke rente;
- voor recht verklaart dat de uitstaande vordering van ING Bank op 18 december 2017 een bedrag van EUR 36.484,11 bedroeg, en dat ING Bank aanspraak kan maken op de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 18 december 2017 tot aan de dag der algehele voldoening,
- de curator veroordeelt in de kosten van deze procedure inclusief de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.²

Aan haar vordering legt ING Bank ten grondslag dat zij een pandrecht heeft gevestigd op de assurantieportefeuille van de vennootschap. Zij stelt dat de curator onrechtmatig jegens haar

² Ontleend aan rov. 3.1 van het bestreden vonnis.

heeft gehandeld door bij de verkoop van de assurantieportefeuille dit pandrecht niet te respecteren en dat zij aanspraak maakt op betaling van een gedeelte van de voor assurantieportefeuille ontvangen vergoeding.³

- 1.3 De curator betwist dat een pandrecht op de assurantieportefeuille is gevestigd. Gesteld wordt dat door ING Bank en de vennootschap niet is beoogd een dergelijk pandrecht te vestigen en dat, ook als zulks zou zijn beoogd, niet aan de vestigingsvereisten daarvoor is voldaan. Meer in het algemeen stelt de curator zich op het standpunt dat het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille naar huidig recht hoe dan ook niet mogelijk is. Tot slot betwist de curator de hoogte van de door ING Bank gestelde vordering.⁴
- 1.4 Op 9 januari 2018 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden, waarbij partijen het woord hebben gevoerd aan de hand van spreek aantekeningen. Van deze comparitie is proces-verbaal opgemaakt.⁵
- 1.5 Bij vonnis van 4 april 2018⁶ heeft de rechtbank de vordering van ING Bank afgewezen. De rechtbank legt aan deze afwijzing ten grondslag dat – kort gezegd – op een assurantieportefeuille als zodanig geen pandrecht kan worden gevestigd.
- 1.6 Partijen zijn sprongcassatie overeengekomen.⁷ ING Bank heeft op 3 juli 2018 (en dus tijdig⁸) een procesinleiding bij de Hoge Raad ingediend. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht, waarna conclusies van repliek respectievelijk dupliek zijn genomen.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

- 2.1 ING Bank richt in cassatie klachten tegen het oordeel van de rechtbank zoals besloten in rov. 4.5-4.7 van het bestreden vonnis. Hierin heeft de rechtbank als volgt overwogen:

“4.5 Een pandrecht kan worden gevestigd op goederen die voor overdracht vatbaar zijn (artikel 3:228 BW). Goederen zijn zaken of vermogensrechten (artikel 3:1 BW). Aangenomen dat een assurantieportefeuille in ieder geval bestaat uit een samenstel van overeenkomsten waaruit vorderingsrechten voortvloeien en waaraan goodwill is verbonden en gelet op de definitie in artikel 3:2 BW (“zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten”) mag worden aangenomen dat een assurantieportefeuille hoe dan ook geen zaak is. Resteert de vraag of een assurantieportefeuille als vermogensrecht kan worden aangemerkt. Dat ligt ingewikkeld. Ten aanzien van de losse bouwstenen waaruit een assurantieportefeuille is opgebouwd, is duidelijk dat een overeenkomst op zichzelf geen vermogensrecht is en daarmee geen goederenrechtelijk rechtsobject waarop een pandrecht kan worden gevestigd. Een partij bij een overeenkomst kan haar rechtsverhouding uit die overeenkomst weliswaar op grond van artikel 6:159 BW aan een derde overdragen als de wederpartij bij de overeenkomst daaraan meewerkt, goederenrechtelijke overdracht van een overeenkomst in de zin van artikel 3:84 BW is echter niet mogelijk. Ook de

³ Ontleend aan rov. 3.2 van het bestreden vonnis.

⁴ Ontleend aan rov. 3.3 van het bestreden vonnis.

⁵ Rb. Gelderland, proces-verbaal van comparitie van partijen, gehouden op 9 januari 2018, zaaknummer / rolnummer: C/05/317649 / HA ZA 17-147.

⁶ Rb. Gelderland 4 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1571, *RI* 2018/61, *JOR* 2018/196, m.nt. V. Tweehuysen. Zie over deze uitspraak ook J.P. Uittenbroek en B.M. van Wijk, *TAV* 2018/106.

⁷ Zie procesinleiding onder 1 i.v.m. art. 398 aanhef en onder 2° Rv.

⁸ Voor het instellen van sprongcassatie geldt de voor de desbetreffende zaak geldende cassatietermijn.

bouwsteen goodwill kan als zodanig niet als vermogensrecht worden aangemerkt. Goodwill kan alleen worden overgedragen via de goederen waaraan zij is verbonden. Daarentegen zijn vorderingsrechten die uit een overeenkomst voortvloeien wel vermogensrechten. Daarop kan dan ook een pandrecht worden gevestigd, zij het binnen de grenzen van de artikelen 3:236, tweede lid, 3:94, eerste lid en 3:239, eerste lid, BW.

4.6 ING Bank stelt zich op het standpunt dat wellicht niet alle afzonderlijke bouwstenen van een assurantieportefeuille als overdraagbaar vermogensrecht kunnen worden aangemerkt, maar dat een assurantieportefeuille wel als geheel als zodanig heeft te gelden. Zij stelt daartoe dat een assurantieportefeuille in zijn geheel op geld waardeerbaar is en wijst erop dat blijkens het faillissementsverslag de assurantieportefeuille kennelijk ook in zijn geheel is verkocht. Daarnaast wijst ING Bank op de regeling van artikel 4:103, vierde lid, Wft op het financieel toezicht (hierna: Wft), waaruit volgens haar voortvloeit dat een assurantieportefeuille (als geheel) overdraagbaar en dus verpandbaar is. ING Bank merkt daarbij op dat de assurantieportefeuille doorgaans het meest waardevolle actief is in het (bedrijfs)vermogen van een assurantietussenpersoon en daarmee van groot belang voor diens kredietwaardigheid. Zij stelt dat het in de bancaire praktijk gebruikelijk is om krediet te verstrekken en daarbij pandrecht te vestigen op de assurantieportefeuille. De juridische mogelijkheden behoren bij deze praktijk aan te sluiten, anders zouden grote aantallen verstrekte kredieten ongesecureerd blijken te zijn, hetgeen een negatieve weerslag zou hebben op de mogelijkheden voor assurantietussenpersonen om krediet aan te vragen en daarmee te ondernemen.

4.7 In het door ING Bank genoemde artikel 4:103, vierde lid, Wft is bepaald dat een verzekeraar in beginsel medewerking moet verlenen als een assurantietussenpersoon zijn portefeuille geheel of gedeeltelijk aan een andere tussenpersoon wil overdragen. De term portefeuille waarvan in die bepaling wordt gesproken kan echter niet zonder meer worden gelijkgesteld aan de assurantieportefeuille waarom het in deze zaak gaat. Zoals hiervoor is opgemerkt, gaat het in deze zaak om (onder meer) een samenstel van overeenkomsten, waaronder de samenwerkingsovereenkomsten die de assurantietussenpersoon heeft gesloten met de verzekeraars in zijn netwerk. In § 4.3.8.3 van de Wft, waarin de artikelen 4:101 tot en met 4:104 Wft zijn opgenomen, wordt echter de onderlinge verhouding tussen een assurantietussenpersoon en één verzekeraar geregeld en worden binnen die relatie aan een assurantietussenpersoon bepaalde waarborgen geboden. Dat verklaart ook waarom in artikel 4:102 Wft is bepaald dat een verzekering die door bemiddeling van een assurantietussenpersoon tot stand is gekomen (of naar de portefeuille van een tussenpersoon is overgeboekt) "in de relatie tot de betrokken verzekeraar" behoort tot de portefeuille van die tussenpersoon. Een verzekeringsovereenkomst komt rechtstreeks tot stand tussen een verzekeraar en een verzekeringnemer. De assurantietussenpersoon bemiddelt weliswaar bij de totstandkoming maar is zelf geen partij en kan dus aan die overeenkomst ook geen rechten ontleen. Het is op grond van artikel 4:102 Wft dat een assurantietussenpersoon aan het bestaan van een verzekeringsovereenkomst niettemin aanspraken kan ontleen jegens de verzekeraar. Zo mag een verzekeraar op grond van artikel 4:103, eerste lid, Wft niet zonder toestemming van de assurantietussenpersoon (een gedeelte van) diens portefeuille naar een andere tussenpersoon overboeken. Daarnaast geeft de door ING Bank genoemde bepaling de assurantietussenpersoon het recht om "zijn portefeuille" aan een andere tussenpersoon over te dragen. Gelet op die achtergrond moet worden aangenomen dat artikel 4:103, vierde lid, Wft een regeling geeft voor de verbintenissenrechtelijke verhouding tussen verzekeraar en assurantietussenpersoon, waardoor in wezen een driezijdige rechtshandeling tot stand komt voor de situatie waarin een assurantietussenpersoon zijn aanspraken en verplichtingen jegens een verzekeraar ten aanzien van verzekeringen die door zijn bemiddeling tot stand zijn gekomen (of die later naar zijn portefeuille zijn overgeboekt) overdraagt aan een andere tussenpersoon. Aan die overdracht is de verzekeraar op basis van deze bepaling in beginsel gehouden medewerking te verlenen. In de door ING Bank genoemde bepaling is echter niet een goederenrechtelijke overdracht van assurantieportefeuilles in het algemeen geregeld, zodat niet op grond van die bepaling kan worden gesteld dat assurantieportefeuilles een goederenrechtelijk rechtsobject zijn waarop een pandrecht kan worden gevestigd. Nu ook in geen andere wettelijke regeling de overdracht van assurantieportefeuilles is geregeld, moet worden aangenomen dat op een assurantieportefeuille als zodanig geen pandrecht kan worden gevestigd. Overdraagbaarheid is immers een essentiële voorwaarde om een pandrecht te kunnen vestigen (artikel 3:228 BW)."

2.2 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen.

2.3.1 Onderdeel 1 betreft de vraag of een assurantieportefeuille als een *vermogensrecht* kan worden gekwalificeerd.

Voor zover het oordeel van de rechtbank in rov. 4.5 in samenhang met rov. 4.7 aldus moet worden begrepen dat de rechtbank heeft geoordeeld dat (het recht op) een assurantieportefeuille niet als vermogensrecht kan worden aangemerkt, getuigt dit volgens ING Bank van een onjuiste rechtsopvatting (subonderdeel 1.1). ING Bank voert hiertoe aan dat artikel 3:6 BW een niet-limitatieve opsomming van vermogensrechten geeft. Waar het om gaat is of de assurantieportefeuille, althans het subjectieve recht daarop, als zodanig economische waarde vertegenwoordigt. Die vraag moet volgens ING Bank bevestigend worden beantwoord.

Voor zover in rov. 4.5 in samenhang met rov. 4.7 de opvatting besloten ligt dat voor de vraag of een assurantieportefeuille als vermogensrecht kan worden aangemerkt, bepalend is of de assurantieportefeuille kan worden overgedragen, getuigt het oordeel van de rechtbank volgens ING Bank van een onjuiste rechtsopvatting (subonderdeel 1.2). Zij voert hiertoe aan dat de overdraagbaarheid van een assurantieportefeuille alleen (mede) bepalend is voor de vraag of de assurantieportefeuille althans het recht daarop, zijnde een vermogensrecht, ook kan worden verpand (art. 3:81 lid 1 BW en art. 3:228 BW).

2.3.2 Onderdeel 2 ziet op de vraag of een assurantieportefeuille *overdraagbaar* is.

Met subonderdeel 2.1 klaagt ING Bank dat de rechtbank met haar oordeel in rov. 4.7 dat (kort gezegd) nu de overdracht van assurantieportefeuilles niet wettelijk is geregeld, moet worden aangenomen dat op een assurantieportefeuille geen pandrecht kan worden gevestigd, miskent dat de assurantieportefeuille als zodanig overdraagbaar en dus tevens verpandbaar is. Het enkele feit dat de in § 4.3.8.3 van de Wft opgenomen bepalingen zien op de rechtsverhouding met betrekking tot één verzekeraar en in die verhouding bepaalde waarborgen bieden, neemt volgens ING Bank niet weg dat die bepalingen uitgaan van overdraagbaarheid van de assurantieportefeuille als zodanig. Met die overdracht gaat niet alleen de verhouding met betrekking tot een verzekeraar over op een derde (waarvoor artikel 4:103 lid 4 Wft van belang is), maar tevens het geheel aan relaties met verzekeringnemers, de aan de afgesloten verzekeringen verbonden aanspraken, en goodwill. Dit kan één of meer verzekeraars aangaan, waarvoor steeds artikel 4:103 lid 4 Wft geldt, aldus ING Bank.

De rechtbank heeft met haar oordeel in rov. 4.7 (in het bijzonder de overweging dat in artikel 4:103 lid 4 Wft niet een goederenrechtelijke overdracht van assurantieportefeuilles in het algemeen is geregeld en dat ook geen andere wettelijke regeling de overdracht van assurantieportefeuilles regelt) voorts miskend, zo vervolgt ING Bank, dat overdracht van de assurantieportefeuille geschiedt met inachtneming van voor overdracht geldende regels (subonderdeel 2.2).

Bovendien (dan wel althans) zou de rechtbank met haar oordeel hebben miskend dat ook een verbintenisrechtelijke overgang op de voet van artikel 6:159 BW als overdracht in de zin van artikel 3:83 lid 3 BW, artikel 3:81 lid 1 BW en artikel 3:228 BW heeft te gelden, althans dat deze bepalingen op zodanige overdracht analoog van toepassing zijn (subonderdeel 2.3). Overdraagbaarheid is immers slechts vereist opdat het goed bij uitwinning te

gelde kan worden gemaakt.⁹ De verzekeringsportefeuille als zodanig vertegenwoordigt vermogenswaarde die door middel van executie kan worden gerealiseerd. Dat die executie aan beperkingen onderhevig zou zijn omdat medewerking van de verzekeraar en de verzekeringsnemer is vereist, doet hieraan volgens ING Bank niet af.

Met subonderdeel 2.4 klaagt ING Bank vervolgens dat de rechtbank met haar oordeel een te strenge uitleg heeft gegeven aan het overdraagbaarheidsbegrip van artikel 3:83 lid 3 BW. Volgens ING Bank is voor het antwoord op de vraag of in een specifiek geval sprake is van overdraagbaarheid, beslissend of dit in het stelsel van de wet past. Uit het stelsel van de wet kan volgens ING Bank worden afgeleid dat de assurantieportefeuille overdraagbaar is. Voor zover aan het oordeel van de rechtbank ten grondslag ligt dat voor overdraagbaarheid van vermogensrechten (behoudens vorderingsrechten) steeds een expliciete wettelijke basis vereist is, getuigt dit volgens ING Bank van een onjuiste rechtsopvatting.

Subonderdeel 2.5 bevat een voortbouwklacht.

2.4 Alvorens op deze klachten in te gaan, schets ik het juridisch kader.

2.5 De rechtsvraag die in deze zaak centraal staat, is of een assurantieportefeuille als zodanig c.q. als geheel een *overdraagbaar vermogensrecht* is waarop een pandrecht kan worden gevestigd.¹⁰ In zowel de rechtspraak¹¹ als de literatuur¹² bestaat hierover verdeeldheid. De vraag naar de verpandbaarheid van een assurantieportefeuille is actueel, omdat de assurantieportefeuille wordt aangemerkt als een belangrijk vermogensbestanddeel van de assurantietussenpersoon, dat als geheel meer waard is dan de optelsom van de losse onderdelen van deze portefeuille tezamen. Financiers ambiëren daarom een zekerheidsrecht op de portefeuille als geheel, en niet slechts op de losse onderdelen ervan.¹³ Voor de financiering van (met name kleine) tussenpersonen wordt het van groot belang geacht dat zij hun assurantieportefeuille als onderpand kunnen aanbieden, nu zij verder vaak weinig eigen vermogen hebben.¹⁴ Hier wordt echter tegen ingebracht dat de onderneming van een assurantietus-

⁹ Zie s.t. zijdens ING Bank, onder 6.9.

¹⁰ Deze vraag is prejudicieel aan uw Raad voorgelegd en als zodanig geschikt bevonden voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, maar op processuele gronden buiten behandeling gelaten (HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, NJ 2013/321). S.t. zijdens de curator, voetnoot 21, berust in zoverre op onjuiste lezing dat, naar in het arrest onder 2 is vastgesteld, door de advocaat-generaal het standpunt is ingenomen dat *niet* kan worden gezegd dat de vraag zich niet leent voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing.

¹¹ Zie voor rechtspraak die uitgaat van verpandbaarheid van een assurantieportefeuille: Rb. Roermond 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087, JOR 2012/309, m.nt. A. Steneker. Zie voor een tegenovergesteld oordeel: Rb. Arnhem 28 februari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA2020; Rb. Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8495, alsmede het in onderhavige procedure bestreden vonnis.

¹² O.a. de volgende auteurs bepleiten dat het verpanden van een assurantieportefeuille mogelijk is: F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon', *Tvl* 2011/22; A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/65, en D.M. Brinkman, 'Pandrecht op een assurantieportefeuille: een onzekere zekerheid', *FIP* 2013/2. Het tegendeel bepleiten o.a.: G.H.G.M. van Berkel, 'Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *Tvl* 2011/29; A.J. Verdaas, 'Pandrecht op een assurantieportefeuille?', *FIP* 2013/1; V. Tweehuyzen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), en J.P. Uittenbroek en B.M. van Wijk, 'Rechtbank over verpanding gehele assurantieportefeuille: niet mogelijk!', *TAV* 2018/106.

¹³ Kaptein, *Tvl* 2011/22, onder 4.

¹⁴ A. Steneker, 'Prejudicieel insolventierecht', *NTBR* 2016/50, onder 5.1.

senpersoon niet kapitaalintensief is, dat potentiële winstgevendheid belangrijker is dan verpandbare vermogensbestanddelen (banken verwachten dat zij worden terugbetaald uit de *cash flow* en niet uit de executie van zekerheden) en dat andere vormen van (persoonlijke) zekerheidsrechten bedongen kunnen worden.¹⁵

- 2.6 Voor een antwoord op de vraag of een assurantieportefeuille als geheel kan worden verpand, dient allereerst te worden vastgesteld wat een assurantieportefeuille precies is, waarna kan worden onderzocht of een dergelijke portefeuille kwalificeert als een goed dat voor overdracht (en daarmee tevens voor verpanding) vatbaar is (art. 3:228 BW).

Wat is een assurantieportefeuille?

- 2.7 In het Burgerlijk Wetboek komt het begrip assurantieportefeuille niet voor. Alleen in de Wet op het financieel toezicht (Wft)¹⁶ wordt de term 'portefeuille' gebruikt (in § 4.3.8.3, getiteld 'Verhouding tussen financiële ondernemingen bij financiële diensten met betrekking tot verzekeringen'), maar een definitie wordt ook hier niet gegeven.
- 2.8 In de wetsgeschiedenis bij de Wet assuratiebemiddeling (de voorganger van de Wet assuratiebemiddelingsbedrijf, de Wet financiële dienstverlening en – uiteindelijk – de Wft¹⁷) werd opgemerkt dat de 'portefeuille' van een tussenpersoon bestaat uit de "posten, gesloten bij de cliënten" van de tussenpersoon.¹⁸ Door de minister werd de 'portefeuille' destijds als volgt omschreven:

*"Elke tussenpersoon, die zijn beroep goed uitoefent, ongeacht of hij al dan niet de premiën int of daarvoor verantwoordelijk is, zal al de door hem gesloten verzekeringen regelmatig toetsen aan de werkelijkheid en daartoe de verzekeringnemers bezoeken; zijn taak is voor de belangen van deze verzekeringnemers te waken en zodoende de vertrouwenspositie, die hij behoort in te nemen, te bevestigen en te versterken. Hij zal zich beijveren elk contact tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer via hem te leiden. Het gevolg is natuurlijk mede, dat door de gevestigde relatie de verzekeringnemers vaak nieuwe verzekeringen door zijn bemiddeling zullen afsluiten. Het op deze wijze gevormde geheel van relaties en meer concreet van de bestaande verzekeringsovereenkomsten wordt in het spraakgebruik met het woord 'portefeuille' aangeduid."*¹⁹

Bij de omzetting van de Wet Assuratiebemiddeling naar de Wet assuratiebemiddelingsbedrijf heeft de minister zich voor het laatst uitgesproken over hetgeen de portefeuille volgens hem omvat:

*"De portefeuille van de tussenpersoon wordt gevormd door de verzekeringen die door zijn bemiddeling tot stand zijn gekomen of aan hem in beheer zijn gegeven."*²⁰

¹⁵ Zie o.m. J. Diamant en R.M. Wibier, 'De positie van goodwill in het privaatrecht', *WPNR* 2012/6919, p. 169.

¹⁶ Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop, *Stb.* 2006, 475.

¹⁷ Verdaas, *FIP* 2013/1, p. 25.

¹⁸ Voorlopig verslag, Kamerstukken II, 1948-1949, 870, nr. 5 (Bijl. Hand), p. 22.

¹⁹ MvA, Kamerstukken I, 1951-1952, 870, nr. 11a (Bijl. Hand.), p. 10.

²⁰ Nota n.a.v. verslag, Kamerstukken II, 1989-1990, 20 925, nr. 10, p. 19. Zie ook: Kaptein, *Tvl* 2011/22, onder 2.

- 2.9 In de literatuur wordt het begrip 'portefeuille' – al dan niet onder verwijzing naar deze wets-geschiedenis – op verschillende manieren omschreven.

Een veelgehoorde omschrijving is dat de portefeuille uit twee elementen bestaat: (i) de (*vorderings*)rechten die de assurantiebemiddelaar jegens de verzekeraars en de verzekeringnemers heeft in verband met de verzekeringsovereenkomsten die hij beheert (zoals het recht op provisie²¹) en (ii) de (meer)waarde die de relaties van de assurantiebemiddelaar met de verzekeringnemers voor hem hebben en die als een vorm van *goodwill* is te beschouwen, bestaande uit de verwachting dat de bemiddelaar dankzij deze relaties nieuwe verzekeringen zal kunnen bemiddelen waardoor hij nieuwe provisievorderingen verkrijgt.²²

Soms wordt de portefeuille ook ruimer omschreven, in die zin dat deze bestaat uit onder meer diverse overeenkomsten, enkele vorderingsrechten, een relatiebestand en de fysieke administratie.²³

Van Berkel merkt op dat in de formulering in artikel 4:102 Wft (waarin ook de term portefeuille wordt gehanteerd) de wetgever het begrip portefeuille plaatst in de relatie bemiddelaar-verzekeraar. 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 meerdere portefeuilles, namelijk één per verzekeraar. In dit opzicht wijkt de wetgever volgens Van Berkel 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.²⁴

- 2.10 Ook uit arresten van uw Raad valt een dergelijke (uit twee elementen bestaande) omschrijving van de assurantieportefeuille af te leiden.²⁵

²¹ Ik merk op dat het in 2013 ingevoerde provisieverbod meebrengt dat de assurantietussenpersoon zijn vergoeding ontvangt van de verzekeringnemer.

²² Verdaas, *FIP* 2013/1, p. 25 onder verwijzing naar Kamerstukken I, 1951-1952, 870, nr. 11a (Bijl. Hand.), p. 10 en Kamerstukken II, 1948-1949, 870, nr. 5 (Bijl. Hand.), p. 20-22. Zie voor de verschillende interpretaties van deze totstandkomingsgeschiedenis van de Wet Assurantiebemiddeling: Kaptein, *TvI* 2011/22, onder 2, en C.J. de Jong, 'Portefeuillerecht, een privaatrechtelijke paragraaf in de Wft', *NTHR* 2009/1, p. 15-16. Zie voor een vergelijkbare interpretatie van de 'portefeuille' als Verdaas: B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpanding assurantieportefeuille', *ORP* 2013/2, p. 37; De Jong, *NTHR* 2009/1, p. 19; Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/65, en Brinkman, *FIP* 2013/2, p. 62.

Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525, onder 2.2: "Met het woord 'assurantieportefeuille' kan zowel worden bedoeld op het object van bemiddeling (de verzekeringen die via de verzekeringstussenpersoon zijn gesloten) als op het geheel van contractuele relaties die de verzekeringstussenpersoon met de verzekeringnemers onderhoudt. Alleen in de laatste betekenis is er ruimte voor 'goodwill'."

²³ Uittenbroek en Van Wijk, *TAV* 2018/106, p. 32. Zie voor andere omschrijvingen met soortgelijke elementen: Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk, *ORP* 2013/2, p. 39 en Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), onder 105.

²⁴ Van Berkel, *TvI* 2011/29, onder 'Het begrip portefeuille in de huidige Wft'.

²⁵ Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525, onder 2.2.

Zo oordeelde uw Raad in 1968 dat bij de totstandkoming van de Wet Assurantiebemiddeling op de voorgrond heeft gestaan de verbetering van de rechtspositie der tussenpersonen als bemiddelaars tussen verzekeraars en verzekeringnemers, waarbij *"het geheel van de relaties van deze tussenpersonen met de verzekeringnemers, die zij als hun cliënten beschouwen – de 'portefeuille' van de tussenpersoon – als een aan dezen toekomend, in beginsel overdraagbaar vermogensobject werd beschouwd."*²⁶

In 1976 liet de belastingkamer van uw Raad het oordeel van het hof in stand, inhoudende 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."*²⁷

- 2.11 In de onderhavige procedure hanteert zowel ING Bank als de curator in feitelijke instantie een eigen definitie van het begrip assurantieportefeuille. Volgens ING Bank is een assurantieportefeuille *"het geheel van lopende opdrachten van een assurantietussenpersoon, waarbij de assurantietussenpersoon (potentiële) verzekeringnemers adviseert over allerhande vragen ten aanzien van verzekeringen en bemiddelt tussen de verzekeraar en de (potentiële) verzekeringnemer om verzekeringen af te sluiten, waarbij de assurantietussenpersoon in sommige gevallen een provisie ontvangt van de verzekeraar. In de overige gevallen zal de assurantietussenpersoon een vergoeding ontvangen van de verzekeringnemer."*²⁸ In cassatie vermeldt ING Bank dat de assurantieportefeuille naast verplichtingen ook (vorderings)rechten en de in dit samenstel belichaamde goodwill (oftewel het rendementspotentieel verbonden aan de bestaande relaties) omvat.²⁹

De 'werkdefinitie' die de curator in feitelijke instantie aanhoudt is de volgende: *"een – niet sluitend vast te stellen – samenstel van contracten, rechten en verplichtingen, waarschijnlijk bestaande uit de overeenkomsten, vorderingsrechten en goodwill."*³⁰

De rechtbank heeft in haar vonnis vastgesteld dat partijen onderkennen dat aan het begrip assurantieportefeuille in wetgeving, rechtspraak en literatuur geen eenduidige invulling wordt gegeven. Voorts delen partijen het uitgangspunt, zo vervolgt de rechtbank, dat tot een assurantieportefeuille van een assurantietussenpersoon in het algemeen en tot die van de vennootschap in dit geval hoe dan ook behoren de samenwerkingsovereenkomsten die een assurantietussenpersoon heeft gesloten met verzekeraars en de overeenkomsten van opdracht die hij heeft gesloten met zijn cliënten (de potentiële verzekeringnemers).³¹ In de daaropvolgende rechtsoverwegingen zet de rechtbank de (verschillende) opvattingen van partijen ten aanzien van de verwachtingswaarde van de portefeuille (door de curator aangemerkt als goodwill) uiteen.³²

²⁶ HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, NJ 1969/25 (Woudsend).

²⁷ HR 2 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6903, NJ 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn (Assurantieportefeuille).

²⁸ Zie inl. dagv. onder 49 (onder verwijzing naar het in 2013 ingevoerde provisieverbod).

²⁹ S.t. zijdens ING Bank, onder 4.5.

³⁰ Zie cva onder 44.

³¹ Bestreden vonnis, rov. 4.2.

³² Bestreden vonnis, rov. 4.3-4.4.

- 2.12 Voor deze conclusie ga ik er derhalve vanuit dat onder een assurantieportefeuille (in ieder geval) wordt verstaan: het samenstel van *overeenkomsten* (zowel tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeraars als tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemers), de uit die overeenkomsten voortvloeiende (*vorderings*)rechten en de daarmee samenhangende *goodwill*.

Is de assurantieportefeuille verpandbaar?

- 2.13 Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle *goederen* die voor *overdracht vatbaar* zijn, een recht van pand (hetzij van hypotheek) kan worden gevestigd. Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). Een assurantieportefeuille kwalificeert volgens deze definitie niet als zaak. Er resteert de vraag of een assurantieportefeuille kwalificeert als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW.

Als het antwoord op deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, komt de (vervolg)vraag aan de orde of dit (vermogens)recht voor overdracht vatbaar is. Artikel 3:83 lid 1 bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar wanneer de wet dit bepaalt, zo vervolgt lid 3 van dit artikel. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de mogelijkheid tot overdracht (en dus verpanding) van een assurantieportefeuille *als geheel* volgt uit artikel 3:83 lid 3 BW jo. artikel 4:103 lid 4 Wft. In dit laatste artikel is bepaald dat de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking verleent aan de gehele of gedeeltelijke *overdracht van de portefeuille* van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar. De meningen lopen uiteen over of deze bepaling een regeling van overdracht in goederenrechtelijke zin behelst.

In de navolgende paragrafen zal ik deze voorvragen behandelen en op grond daarvan een antwoord formuleren op de vraag of een assurantieportefeuille als geheel kan worden verpand.

Voorvraag 1: kwalificeert een assurantieportefeuille als vermogensrecht?

- 2.14 Zoals gezegd, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de assurantieportefeuille kwalificeert als vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW. Volgens dit artikel zijn vermogensrechten rechten die, *hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel*. Deze maatstaven gelden alternatief, niet cumulatief. Om van een vermogensrecht te kunnen spreken, is dus niet vereist dat het recht overdraagbaar is.³³ Overdraagbaarheid staat echter voorop omdat verhandelbaarheid vermogenswaarde genereert.³⁴ In het algemeen hebben vermogensrechten de eigenschap dat zij op geld waardeerbaar zijn.³⁵

³³ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/2.

³⁴ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 89 (nr. 5 T.M.).

³⁵ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/1.

- 2.15 Een veel voorkomende opvatting in de literatuur is dat een assurantieportefeuille als een zelfstandig vermogensrecht kan worden gekwalificeerd, nu deze op geld waardeerbaar is en als subjectief recht jegens anderen kan worden uitgeoefend.³⁶ E.M. Meijers omschreef een subjectief recht als *“een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen”*.³⁷ Gelet op de ruime opvatting van het begrip (subjectief) vermogensrecht, enkele arresten van uw Raad³⁸ en de wetgeschiedenis waarin wordt gesproken over ‘eigendom’ van een portefeuille³⁹, wordt in de literatuur wel aangenomen dat een assurantieportefeuille een subjectief vermogensrecht (en daarmee een goed) is.⁴⁰

Kaptein voert aan dat de assurantieportefeuille op grond van de wet overdraagbaar is. Hij wijst in dit verband op artikel 4:103 lid 4 Wft en vindt hiervoor ook steun in jurisprudentie van uw Raad. Nu artikel 3:6 BW met zijn alternatieve, niet-limitatieve vereisten een tamelijk lage ondergrens kent, acht Kaptein dit voldoende om aan te nemen dat de assurantieportefeuille voorwerp van een vermogensrecht is in de zin van dit artikel.⁴¹

Ook ING Bank betoogt dat uit de artikelen 4:101 t/m 4:104 Wft, waarin de positie van de rechthebbende op een assurantieportefeuille wordt beschermd, volgt dat het recht op de assurantieportefeuille een subjectief recht is dat kwalificeert als vermogensrecht.⁴²

- 2.16 Aanhangers van dit standpunt vinden steun voor hun opvatting in rechtspraak van uw Raad. In een arrest uit 1968 lijkt uw Raad de portefeuille onomwonden als een rechtsobject te beschouwen.⁴³ Uw Raad overwoog destijds: *“O. 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;”*.

In 1976 liet de belastingkamer van Uw Raad het oordeel van het hof in stand dat het recht op de portefeuille is aan te merken als een zaak, die deel uitmaakt van de bezittingen in de zin van artikel 4 Wet op de vermogensbelasting 1964, met dien verstande dat zulks uitzondering lijdt indien en voor zover de portefeuille als goodwill is aan te merken. Het recht op de portefeuille behoort tot de bezittingen, voor zover het zijn waarde ontleent aan rechten, verbonden aan reeds afgesloten verzekeringen. In zijn noot onder dit arrest merkt Kleijn op dat het twijfelachtig is of uw Raad met zijn opmerkingen omtrent het zaakskarakter van de

³⁶ Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/202a. Zie o.m. Stekener, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/65 en Uittenbroek en Van Wijk, *TAV* 2018/106, p. 31, onder verwijzing naar o.a. Brinkman, *FIP* 2013/2, p. 63 en Verdaas, *FIP* 2013/1, p. 26.

³⁷ Verdaas, *FIP* 2013/1, onder 13, met verwijzing naar E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht*, deel 1: *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* 1948, p. 86.

³⁸ O.a. HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, *NJ* 1969/25.

³⁹ Voorlopig verslag, Kamerstukken II, 1948-1949, 870, nr. 5 (Bijl. Hand.), p. 21.

⁴⁰ Verdaas, *FIP* 2013/1, onder 13 en Brinkman, *FIP* 2013/2, p. 63.

⁴¹ Kaptein, *Tvl* 2011/22, onder 5, onder verwijzing naar HR 2 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6903, *NJ* 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn (*Assurantieportefeuille*) en HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3290, *NJ* 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken. Zie voor deze opvatting ook: Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2675, *JOR* 2016/314, m.nt. J.J. van Hees, rov. 4.10.

⁴² Zie m.n. s.t. zijdens ING Bank, onder 4.5.

⁴³ HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, *NJ* 1969/25. Zie ook: Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), onder 104 en P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:6 BW, aant. 34.4.

assurantieportefeuille verder heeft willen gaan dan het geven van een uitleg aan artikel 4 van de Wet op de Vermogensbelasting 1964 en met name zou hebben bedoeld een uitspraak te geven over het zaaksbegrip in artikel 555 BW (oud).⁴⁴

- 2.17 Een andere opvatting is dat een assurantieportefeuille, als samenstel van de verschillende onderdelen waaruit zij is opgebouwd (waaronder (vorderings)rechten en goodwill), moet worden opgevat als een *algemeenheid van goederen*. Dit brengt met zich dat een assurantieportefeuille, evenals bijvoorbeeld een onderneming die in het dagelijks verkeer ook als eenheid wordt beschouwd, goederenrechtelijk niet valt te kwalificeren als rechtsobject.⁴⁵ Dit neemt overigens niet weg dat een assurantieportefeuille in dat geval als eenheid wel verbintenissenrechtelijke betekenis heeft: de portefeuille kan bijvoorbeeld worden verkocht, maar voor (goederenrechtelijke) overdracht is noodzakelijk dat elk van de afzonderlijke onderdelen wordt geleverd conform de daarvoor geldende voorschriften.⁴⁶

Tweehuysen betoogt in dit verband dat de portefeuille, doordat zij voor een belangrijk deel bestaat uit overeenkomsten, zich er niet voor leent om als goed te worden gezien. De contractsvrijheid brengt volgens haar mee dat een contractspartij in beginsel niet zomaar geconfronteerd kan worden met een nieuwe wederpartij; de contractspartij zal daar zijn medewerking aan moeten verlenen. Hoewel het in theorie mogelijk is dat een overeenkomst gezien wordt als goed en daarmee als object van goederenrechtelijke rechten, leidt dit tot praktische bezwaren en onwenselijke resultaten.⁴⁷ Het probleem dat overeenkomsten en goodwill geen vermogensrechten zijn, wordt niet opgelost door dan maar aan te nemen dat het 'overkoepelende recht' zoals de portefeuille, dat wel is. De portefeuille is een verzamelnaam voor de rechtsverhoudingen die de bemiddelaar met zijn klanten en de verzekeraar(s) heeft, de vorderingen die daaruit voortvloeien en diens feitelijke positie. Dat vertegenwoordigt een waarde, maar dat maakt de portefeuille nog geen vermogensrecht of andersoortig goed.⁴⁸

De curator schaart zich bij deze opvatting en komt ook tot de slotsom dat een assurantieportefeuille als algemeenheid van goederen, welke bestaat uit losse bouwstenen die niet allemaal als vermogensrechten kwalificeren, goederenrechtelijk niet is op te vatten als goed.⁴⁹

- 2.18 Ik sluit mij aan bij laatstgenoemde opvatting. Mijns inziens moet een assurantieportefeuille – uitgaande van de definitie die ik in deze conclusie hanteer – worden gezien als samenstel van verschillende onderdelen, die op zichzelf niet alle als goed kunnen worden aangemerkt (zoals de verschillende overeenkomsten en de goodwill). Een dergelijk samenstel van goederen (een algemeenheid van goederen) is goederenrechtelijk niet als rechtsobject aan te merken. Alleen daarom al komt een dergelijke portefeuille in zijn geheel niet voor overdracht (en daarmee verpanding) in aanmerking.

⁴⁴ HR 2 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6903, NJ 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn (*Assurantieportefeuille*).

⁴⁵ Zie o.a. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), onder 17-19 en onder 105; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/16, en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/74.

⁴⁶ Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/202a.

⁴⁷ Tweehuysen, a.w., onder 106.

⁴⁸ Tweehuysen, a.w., onder 107. Zie ook: D.F.H. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:228 BW, aant. 1.2.

⁴⁹ Zie m.n. s.t. zijdens de curator, onder 24-29.

- 2.19 Indien uw Raad echter van mening zou zijn dat een assurantieportefeuille kan worden aangemerkt als subjectief vermogensrecht (en daarmee als goed), komt de vraag aan de orde of dit vermogensrecht overdraagbaar (en daarmee verpandbaar) is.

Voorvraag 2: is een assurantieportefeuille overdraagbaar?

- 2.20 De wet stelt de overdraagbaarheid van vermogensrechten voorop. Artikel 3:83 lid 1 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. De assurantieportefeuille zou, indien deze als vermogensrecht zou moeten worden gekwalificeerd, worden geregeerd door artikel 3:83 lid 3 BW. Daarin wordt bepaald dat alle overige, niet in lid 1 (en lid 2) genoemde, vermogensrechten slechts overdraagbaar zijn indien de wet (d.w.z. een wet in formele zin) dit bepaalt.
- 2.21 Artikel 4:103 lid 4 Wft bepaalt dat de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking verleent aan de *gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar* aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar. Deze bepaling is opgenomen in § 4.3.8.3 van de Wft, waarin de onderlinge verhouding tussen een assurantietussenpersoon en één verzekeraar wordt geregeld en waarin binnen die relatie aan een assurantietussenpersoon bepaalde waarborgen worden geboden.⁵⁰ In de literatuur is men verdeeld over de vraag of deze bepaling ziet op de goederechtenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille.
- 2.22 Onder meer Brinkman en Kaptein menen dat dit het geval is.

Brinkman voert hiertoe aan dat door de wetgever waarschijnlijk niet is nagedacht over wat er met de term 'overdracht' in artikel 4:103 lid 4 Wft precies werd bedoeld. In dat geval zou beslissend zijn hetgeen het beste past in het systeem van de Wft en haar doelstelling.⁵¹ Volgens Brinkman moet de bepaling *goederenrechtelijk* worden opgevat. Aanwijzingen hiervoor zijn dat de relevante artikelen in de Wft geen koppeling maken met (het bestaan van) een overeenkomst met de verzekeraar, en dat de verzekeraar nauwelijks de vrijheid heeft de overdracht te weigeren. Dit zou erop wijzen dat geen sprake is van contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW.⁵² Ook Kaptein meent dat de assurantieportefeuille (in tegenstelling tot een vastgoedportefeuille of een 'onderneming') overdraagbaar is op grond van de wet en wijst in dit verband op artikel 4:103 lid 4 Wft en op jurisprudentie van uw Raad.⁵³

Steneker komt tot dezelfde slotconclusie (i.e. overdraagbaarheid), maar merkt op dat overdracht door de bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, nu medewerking van de verzekeraar vereist is, juist *wel* kan worden aangemerkt als contractsovername, waarbij zowel de contracten als de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen op de nieuwe bemiddelaar overgaan. Hij signaleert daarbij dat voor verpanding de mogelijkheid van overgang

⁵⁰ Vgl. het bestreden vonnis, rov. 4.7.

⁵¹ Brinkman, *FIP* 2013/2, p. 64.

⁵² Brinkman, *FIP* 2013/2, p. 65.

⁵³ Kaptein, *TvI* 2011/22, onder 5, met verwijzing naar HR 2 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6903, NJ 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn (*Assurantieportefeuille*) en HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3290, NJ 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken.

krachtens contractsoverneming echter niet genoeg is: het pandobject moet overdraagbaar zijn. Hij merkt vervolgens op dat de ratio van dit overdraagbaarheidsvereiste is gelegen in het feit dat de wetgever aan het pandobject (slechts) de eis heeft willen stellen dat het vermogenswaarde vertegenwoordigt die door middel van executie door de pandhouder kan worden gerealiseerd. Nu executie door middel van 'overdracht' (in de zin van art. 4:103 lid 4 Wft) volgens Steneker praktisch gewoon mogelijk is, is zijns inziens de wenselijkheid van de mogelijkheid tot verpanding gegeven en moeten dogmatische bezwaren zoveel als mogelijk worden weggenomen.⁵⁴

- 2.23 Een tegenovergestelde opvatting is te vinden bij o.a. Van Mierlo, volgens wie het voor de hand ligt om aan te nemen dat artikel 4:103 lid 4 Wft geen regeling van de overdracht in goederenrechtelijke zin behelst.⁵⁵ Verdaas meent dat artikel 4:103 lid 4 Wft, gelet op de benodigde medewerking van de betrokken verzekeraars, slechts ziet op overdracht (overgang) in *verbintenisrechtelijke* zin, te weten door contractsoverneming (art. 6:159 BW) en dat dit artikel de assurantieportefeuille daarom niet goederenrechtelijk overdraagbaar maakt. Hij merkt in dit verband nog op dat een assurantieportefeuille mede bestaat uit de relaties die de bemiddelaar met de *verzekeringnemers* heeft (via de overeenkomsten van opdracht). Om deze over te dragen dient eveneens contractsoverneming plaats te vinden, en wel met medewerking van de verzekeringnemers.⁵⁶ Voor goederenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille is daarom noodzakelijk dat elk van de afzonderlijke onderdelen wordt geleverd conform de daarvoor geldende voorschriften, hetgeen voor een aantal onderdelen niet mogelijk is. Wat betreft de assurantieportefeuille als geheel kan dan ook niet aan het overdraagbaarheidsvereiste van artikel 3:228 en 3:98 BW jo. artikel 3:83 lid 3 BW worden voldaan.⁵⁷
- 2.24 Ook Van Berkel is van mening dat artikel 4:103 lid 4 Wft geen wettelijke regeling behelst die overdracht van de portefeuille als zelfstandig goed mogelijk maakt.⁵⁸ Noch met de huidige wettekst, noch met de vergelijkbare bepalingen in vorige wetten lijkt de wetgever iets anders te hebben bedoeld 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 volgens Van Berkel ook 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 volgens hem ieder spoor.⁵⁹ De plicht van een verzekeraar om mee te werken aan gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille (ex art. 4:103 lid 4 Wft) behelst dan ook niets meer dan de plicht om op verzoek van de

⁵⁴ Zie de noot van Steneker onder Rb. Roermond 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087, JOR 2012/309 en Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/65. Zie ook: Steneker, *NTBR* 2016/50, onder 5.1.

⁵⁵ Asser/Van Mierlo 3-IV 2016/202a.

⁵⁶ Verdaas, *FIP* 2013/1, p. 27. Zie ook: Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), onder 105; D.F.H. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:228 BW, aant. 1.2

⁵⁷ Zie Asser/Van Mierlo 3-IV 2016/202a.

⁵⁸ Van Berkel, *TvI* 2011/29, onder 'Portefeuille vatbaar voor overdracht door levering?'.
⁵⁹ Van Berkel, *TvI* 2011/29, onder 'Totstandkomingsgeschiedenis'.

bemiddelaar een lopende verzekering administratief aan de nieuwe bemiddelaar te koppelen. Met het begrip 'overdracht', dat er met de invoering van het nieuwe BW een goederenrechtelijke betekenis bij kreeg, is in de Wft en haar voorgangers niet iets anders bedoeld dan een overdracht in de algemene, feitelijk economische zin.⁶⁰ In het arrest van 1968 zou uw Raad zich volgens Van Berkel niet hebben uitgelaten over de goederenrechtelijke positie van de bemiddelaar, doch slechts de overwegingen van de wetgever hebben beschreven. Een wettelijke basis voor het erkennen van een portefeuille als een zelfstandig en overdraagbaar vermogensrecht (in het jargon van het oude BW een 'zaak') wordt daarin volgens Van Berkel niet aangewezen.⁶¹

2.25 Door ING Bank wordt aangevoerd dat *als* het al zo is dat met de term 'overdracht' in artikel 4:103 lid 4 Wft (en haar voorgangers) niet iets anders is bedoeld dan een overdracht in algemene, feitelijke en economische zin (zonder dat daarmee civielrechtelijke consequenties zijn beoogd), overdraagbaarheid van de assurantieportefeuille blijkens dit artikel past in het stelsel van de wet. ING Bank wijst op de bezwaren die bestaan ten aanzien van artikel 3:83 lid 3 BW⁶² en betoogt dat artikel 4:103 lid 4 Wft daarom (alsnog) voldoende grondslag biedt voor de aanname dat de assurantieportefeuille vatbaar is voor overdracht.

2.26 In de literatuur zijn inderdaad bezwaren geuit jegens artikel 3:83 lid 3 BW.⁶³ Snijders betoogt in dit verband dat de ongelukkige bepaling van artikel 3:83 lid 3 BW, waarvan de wetsgeschiedenis geen ratio vermeldt, zo moet worden uitgelegd dat zij zo min mogelijk schade aanricht. Dit kan volgens hem door de woorden 'wanneer de wet dit bepaalt' ruim uit te leggen. Voldoende moet zijn dat overdraagbaarheid in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen; de formule van *Quint/te Poel*.^{64, 65}

Echter ook een strikte interpretatie van artikel 3:83 lid 3 BW wordt bepleit, bijvoorbeeld door Struycken. Volgens hem moet terughoudendheid worden betracht bij het oordeel dat de overdraagbaarheid van een goed impliciet besloten ligt in het stelsel van de wet. Voor de nieuwe typen vermogensrechten betekent deze conclusie dat niet zonder meer ten aanzien van een of ander recht kan worden aangenomen dat sprake is van een vermogensrecht dat overdraagbaar is. De wetgever dient dan eerst voor dat nieuwe type vermogensrecht een regeling te maken voor de wijze waarop het kan worden overgedragen, ofwel door specifieke regels op te stellen ofwel door een bestaande wettelijke regeling voor een ander type goed geheel of gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing te verklaren. Deze regeling dient alle

⁶⁰ Van Berkel, *Tvl* 2011/29, onder 'De redenering van Kaptein'.

⁶¹ Van Berkel, *Tvl* 2011/29, onder 'De redenering van Kaptein' (over HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, *NJ* 1969/25).

⁶² Zie s.t. tijdens ING Bank onder 5.5-5.9, waarin zij o.a. verwijst naar: Th.C.J.A. van Engelen, 'Vermogensrechten op onstoffelijke goederen', *NJB* 1991/1; Th.C.J.A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd* (serie O&R 26) 2003, p. 32-35, en W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I)', *WPNR* 2005/6607. ING Bank haalt ook de arresten HR 16 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7234, *NJ* 1998/238, m.nt. M. Scheltema (*Dircks/Dircks*) en HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3858, *NJ* 2004/331 (*Visvergunning*) aan, waaruit door W. Snijders wordt afgeleid dat uw Raad art. 3:83 lid 3 BW zo uitlegt dat voldoende is dat overdracht (of overgang) van 'andere rechten' past in het stelsel van de wet.

⁶³ Zie o.m.: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/208; Van Engelen, *NJB* 1991/1, onder 1; W. Snijders, *WPNR* 2005/6607 en H.J. Snijders, *Goederenrecht* 2017/312.

⁶⁴ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

⁶⁵ Snijders, *WPNR* 2005/6607, onder 5.

inhoudelijke aspecten van een overdracht te omvatten. Het gesloten systeem van het goederenrecht brengt volgens Struycken mee dat de wetgever dient te voorzien in een wettelijke regeling, ofwel in een van de boeken van het BW ofwel in een bijzondere wet. In een dergelijke regeling kan uiteraard worden verwezen naar de algemene regeling in titel 3.4 BW, mits wordt voorzien in een specifieke, op de aard van het nieuwe type vermogensrecht afgestemde leveringsformaliteit.⁶⁶

- 2.27 Als al wordt uitgegaan van de *Quint/te Poel*-formule en wordt aangenomen dat artikel 3:83 lid 3 BW aldus moet worden uitgelegd dat de daar bedoelde rechten slechts overdraagbaar zijn als dit in het stelsel van de wet past en aansluit bij de al in de wet geregelde gevallen, dan is het nog maar de vraag of aan dit criterium wordt voldaan.

Verdaas merkt in dit verband op dat de goodwill – die onderdeel uitmaakt van de assurantieportefeuille – niet vatbaar is voor overdracht en verpanding, nu geen wettelijke bepaling bestaat die voorziet in de overdraagbaarheid van (al dan niet van een assurantieportefeuille deel uitmakende) goodwill.⁶⁷

Ook met betrekking tot de (absoluut) toekomstige vorderingsrechten in een assurantieportefeuille worden bezwaren geuit. Gewezen wordt op het grondslagvereiste zoals vermeld in artikel 3:239 lid 1 BW, dat inhoudt dat toekomstige vorderingen slechts stil kunnen worden verpand indien deze vorderingsrechten op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht rechtstreeks worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Betoogd wordt dat als een assurantieportefeuille – waar ook toekomstige vorderingen onder vallen die *niet* voortvloeien uit een ten tijde van de verpanding bestaande rechtsverhouding (tussen bijvoorbeeld de assurantietussenpersoon en een toekomstige verzekeringnemer) – als geheel kan worden verpand, dit strijdig is met artikel 3:329 lid 1 BW.⁶⁸

Daarnaast signaleerde ik al eerder de opmerking van Tweehuysen dat goederenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille neerkomt op een overgang van een rechtsverhouding zonder dat de wederpartij daaraan zijn medewerking heeft verleend (hetgeen bij verbintenisrechtelijke overgang wel vereist is op grond van artikel 6:159 lid 1 BW). De assurantieportefeuille bestaat immers voor een belangrijk deel uit overeenkomsten (niet alleen met de verzekeraars maar ook met de verzekeringnemers). Dit gaat in tegen het beginsel van contractsvrijheid, dat meebrengt dat een contractspartij in beginsel niet zomaar geconfronteerd kan worden met een nieuwe wederpartij.⁶⁹

- 2.28 Bovenstaande argumenten tegen elkaar afwegende, meen ik dat geen (overtuigende) aanknopingspunten te vinden zijn voor het standpunt dat artikel 4:103 lid 4 Wft de goederenrechtelijke overdracht van de assurantieportefeuille als geheel regelt. Deze bepaling maakt deel uit van een regeling van (gedrags)toezichtrechtelijke aard (Deel 4, Gedragstoezicht financiële ondernemingen, van de Wft), op de naleving waarvan wordt toegezien door de financiële toezichthouders en die haar eigen sancties kent.⁷⁰ Par. 4.3.8.3 Wft bevat bepalingen over de onderlinge verhouding tussen financiële ondernemingen.⁷¹ Indien artikel

⁶⁶ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (2007), p. 355-356.

⁶⁷ Verdaas, *FIP* 2013/1, p. 27-28.

⁶⁸ Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk, *ORP* 2013/2, p. 42.

⁶⁹ Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), onder 106-107.

⁷⁰ Silverentand & Van der Eerden (red.), *Hoofdpijnen Wft (R&P nr. FR6)*, 2018/1.8.

⁷¹ Zelfde werk, nr. 7.7.6.

4:103 lid 4 Wft al civielrechtelijke gevolgen heeft, ziet deze bepaling mijns inziens (slechts) op de medewerking die vereist is van één verzekeraar als een bemiddelaar zijn portefeuille (verbintenisrechtelijk) overdraagt aan een andere bemiddelaar. Met name ken ik gewicht toe aan het feit dat – indien artikel 4:103 lid 4 Wft *wel* de goederenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille als geheel zou regelen – dit artikel dan ook in de overdracht van goodwill en absoluut toekomstige vorderingen zou voorzien en tevens zou meebrengen dat de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemers overgaat op een andere tussenpersoon *zónder* dat deze verzekeringnemers daar hun medewerking aan hebben verleend. Deze argumenten brengen mijns inziens tevens mee dat niet kan worden gezegd dat een goederenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille op grond van art. 4:103 lid 4 Wft past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen (de *Quint/te Poel*-formule).

(Praktische) bezwaren

- 2.29 Hoewel ik meen dat een assurantieportefeuille als zodanig niet kwalificeert als een goed en – voor zover nog relevant – ook niet (goederenrechtelijk) overdraagbaar is in de zin van artikel 3:83 lid 3 BW en daarmee evenmin verpandbaar, signaleer ik – ten overvloede – kort enkele (praktische) bezwaren die rijzen indien *wel* moet worden aangenomen dat een assurantieportefeuille in zijn geheel kan worden verpand.
- 2.30 Allereerst is de vraag hoe een dergelijk pandrecht op een assurantieportefeuille als geheel moet worden *gevestigd*. ING Bank betoogt (s.t. onder 5.10-5.11) dat levering van een assurantieportefeuille als geheel (en daarmee via de schakelbepaling van artikel 3:98 BW ook de vestiging van een pandrecht op een dergelijke assurantieportefeuille) geschiedt door middel van een daartoe bestemde akte (art. 3:95 BW). Door deze akte en medewerking van de verzekeraar (ex art. 4:103 lid 4 Wft) zou de assurantieportefeuille – met de daaraan verbonden rechten en verplichtingen en de daarin belichaamde goodwill – overgaan. De met de portefeuille verbonden overeenkomsten blijven volgens ING Bank achter bij de oorspronkelijke partijen. Desgewenst zal voor overdracht daarvan moeten worden voldaan aan de regels van contractsoverneming (art. 6:159 BW). Vereist voor overdracht van de assurantieportefeuille is dit volgens ING Bank in beginsel echter niet (s.t. onder 5.12).
- 2.31 In de literatuur wordt inderdaad wel aangenomen dat vestiging van een pandrecht op een assurantieportefeuille kan geschieden door middel van een akte als bedoeld in artikel 3:95 BW.⁷² Aangevoerd wordt dat de 'restbepaling' van artikel 3:95 BW van toepassing is, nu de assurantieportefeuille als vermogensrecht niet valt onder de artikelen 3:89-3:94 BW.⁷³ Er wordt echter eveneens betoogd dat deze 'restbepaling' geen toepassing vindt bij levering van andere goederen dan de goederen als bedoeld in de artikelen 3:89-3:94 BW. Zo voert Van Berkel aan dat artikel 3:95 BW, gelet op het gesloten stelsel van het goederenrecht zoals dat onder meer volgt uit artikel 3:83 lid 3 BW, geen toepassing vindt bij levering van andere goederen dan de goederen als bedoeld in art. 3:89-3:94 BW. Een ruimere uitleg

⁷² Zie o.a. Kaptein, *TvI* 2011/22, onder 7.2 en Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk, *ORP* 2013/2, p. 39.

⁷³ Vgl. Snijders, *Goederenrecht* 2017/357.

van deze bepaling zou van artikel 3:83 lid 3 BW feitelijk een dode letter maken, nu de daarmee beoogde geslotenheid van het stelsel van het goederenrecht zou worden doorbroken.⁷⁴ Ook Struycken merkt op dat de reikwijdte van artikel 3:95 BW onbeperkt lijkt vanwege zijn algemene bewoordingen, zodat de bepaling de levering van allerlei onvoorzienbare typen goederen mogelijk maakt, maar dat de vraag is of dit de bedoeling is geweest. Het artikel verwordt dan volgens hem van restcategorie tot 'vuilnisbakartikel'. Hij voert ook het teleologische bezwaar aan dat gebruik wordt gemaakt van een leveringsvoorschrift dat niet is geschreven voor de nieuwe typen van gevallen en dat daarvoor onvoldoende is afgestemd op de bijzondere eigenschappen van de nieuwe typen vermogensrechten.⁷⁵ Steneker betoogt op zijn beurt dat verpanding door middel van een enkele akte als bedoeld in artikel 3:236 lid 2 jo. artikel 3:95 BW niet mogelijk is, nu artikel 3:95 BW niet kan worden toegepast wanneer vestiging overeenkomstig artikel 3:236 lid 2 BW jo. de artikelen 3:89-3:94 BW mogelijk is. Dit laatste is volgens hem het geval, omdat de assurantieportefeuille kan worden aangemerkt als een tegen een ander uit te oefenen recht, zodat de daarvoor geldende leverings- of vestigingsvereisten moeten worden opgevolgd (art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 1 BW of art 3:239 lid 1 BW)).⁷⁶

- 2.32 Naast onduidelijkheden omtrent de vestiging van een pandrecht op de assurantieportefeuille als geheel, zijn er ook praktische bezwaren ten aanzien van de *executie* van dit pandrecht.

Zo zijn de meningen bijvoorbeeld verdeeld ten aanzien van de vraag of voor de overdracht van de assurantieportefeuille ook moet worden voldaan aan de regels voor contractsoverneming (hetgeen uiteraard niet alleen bij een executieoverdracht, maar eveneens bij een overdracht van de ene tussenpersoon aan de andere speelt). Kaptein betoogt in dit verband dat het 'portefeuillerecht', als overdraagbaar vermogensrecht, dusdanig is verweven met de rechtsverhouding waaruit het ontstaat, dat de assurantietussenpersoon-verkrijger ook deze rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon-vervreemder en de verzekeraar zal moeten 'verkrijgen'.⁷⁷ De wijze van overdracht die gevolgd zal moeten worden, genomen voor een volledige overdracht, is zijns inziens dan ook de overdracht van het vermogensrecht *plus* contractsoverneming van de overeenkomst tussen de verzekeraar en de assurantietussenpersoon-vervreemder, hetgeen zou kunnen bij één, door vervreemder en verkrijger ondertekende, akte.⁷⁸ Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk merken daarbij op dat ook een akte ex artikel 6:159 BW nodig is om de overeenkomst tussen de overdragende assurantietussenpersoon en de *verzekeringnemers* over te dragen.⁷⁹

- 2.33 Ook Tweehuysen wijst op de voor overdracht benodigde medewerking van de verzekeraars en verzekeringnemers.⁸⁰ De verzekeraar is er in beginsel toe gehouden om medewerking te verlenen op grond van artikel 4:103 lid 4 Wft, maar voor de verzekeringnemers bestaat een dergelijke bepaling niet. De vraag die in dat verband verder rijst is of in geval van executoriale

⁷⁴ Van Berkel, *Tvl* 2011/29, onder 'Portefeuille vatbaar voor overdracht door levering?'.
⁷⁵ Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (2007), p. 353-354.

⁷⁶ Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/65.

⁷⁷ Kaptein, *Tvl* 2011/22, onder 7.2. Zie ook: Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk, *ORP* 2013/2, p. 40.

⁷⁸ Kaptein, *Tvl* 2011/22, onder 7.4.

⁷⁹ Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk, *ORP* 2013/2, p. 41.

⁸⁰ Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (2016), onder 106.

overdracht ook de pandhouder een beroep kan doen op artikel 4:103 lid 4 Wft (welk artikel bepaalt dat de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking verleent aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar).⁸¹ Volgens Kaptein is verdedigbaar dat ons recht de bevoegdheid tot het doen van een dwingend schriftelijk verzoek tot medewerking aan de verzekeraar ook toekent aan de rechtverkrijgende (pandhouder) van de tussenpersoon. De bevoegdheid tot het doen van een dergelijk schriftelijk verzoek is als het ware onderdeel van de beschikkingsmacht van de rechthebbende van het portefeuillerecht. Zonder deze bevoegdheid kan de pandhouder immers niet volledig executeren en kan hij niet de volledige waarde van het portefeuillerecht realiseren.⁸²

Brinkman voegt hieraan toe dat, hoewel de verzekeraar beperkte mogelijkheden heeft om de overdracht te weigeren, dit desalniettemin invloed op de waarde van het pandrecht zal hebben. Bij executie van het pandrecht kan de pandhouder niet altijd aan de hoogste bieder verkopen. Een pandhouder dient de overdracht met alle verzekeraars uit de portefeuille af te stemmen, dit maakt executie volgens hem omslachtig en tijdrovend.⁸³

- 2.34 Ten slotte merk ik nog kort op dat als een assurantieportefeuille als geheel zou kunnen worden verpand, dit de situatie in het leven roept dat een tussenpersoon met verschillende portefeuilles de ene portefeuille wel en de andere portefeuille (denk aan een vastgoed- of een hypotheekportefeuille) niet kan verpanden.⁸⁴

(Tussen)conclusie

- 2.35 Zoals hiervoor werd uiteengezet, bestaat veel onduidelijkheid en verdeeldheid over de mogelijkheid tot verpanding van een assurantieportefeuille als zodanig. Mijns inziens kan een assurantieportefeuille niet worden gekwalificeerd als een goed, maar is een dergelijke portefeuille een samenstel van verschillende elementen (goederen en niet-goederen). Hierbij weegt zwaar dat een assurantieportefeuille geen vastomlijnd begrip is en dat er vele opvattingen bestaan over welke elementen hier onder vallen. Op een dergelijk niet-afgebakend samenstel van goederen en niet-goederen kan geen pandrecht worden gevestigd.

Voor zover een assurantieportefeuille als zodanig volgens uw Raad wel zou kunnen worden gekwalificeerd als een subjectief vermogensrecht en daarmee als een goed, meen ik dat dit vermogensrecht niet goederenrechtelijk overdraagbaar (en daarmee verpandbaar) is ex artikel 3:83 lid 3 BW. Artikel 4:103 lid 4 Wft biedt hiervoor niet de vereiste wettelijke grondslag, nu deze bepaling slechts ziet op de benodigde toestemming van de verzekeraar voor – ten hoogste – de verbintenisrechtelijke overgang van de assurantieportefeuille van de ene assurantietussenpersoon naar de andere. Ik zie in dit verband geen grond voor het loslaten dan wel oprekken van het in artikel 3:83 lid 3 BW bepaalde.

Onduidelijkheden die bestaan omtrent de wijze van vestiging van een pandrecht op de assurantieportefeuille als geheel en de executie van een dergelijk pandrecht, dragen bij aan deze opvatting.

⁸¹ Zie hierover o.m. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/65.

⁸² Kaptein, *Tvl* 2011/22, onder 8.4.

⁸³ Brinkman, *FIP* 2013/2, p. 65-66.

⁸⁴ Zie ook de s.t. zijdens de curator, onder 34.

Dat het voor de praktijk wenselijk is dat een assurantieportefeuille in zijn geheel kan worden verpand, dient mijns inziens weinig gewicht in de schaal te leggen. Het zou ook praktisch zijn voor vele andere ondernemers als zij hun onderneming als zodanig in haar geheel zouden kunnen verpanden. Bovendien kunnen bij die wenselijkheid vraagtekens worden gezet in het licht van de praktische bezwaren ten aanzien van de executie van een pandrecht op een assurantieportefeuille. Ten slotte heeft (en houdt) een assurantietussenpersoon de mogelijkheid om (enkele van) de elementen uit zijn assurantieportefeuille (zoals vorderingen) afzonderlijk te verpanden.

Behandeling klachten

- 2.36 Uit het voorgaande blijkt dat de klachten mijns inziens moeten falen. Ik licht dat per klacht nog kort toe.

De klachten uit onderdeel 1 zien op de vraag of een assurantieportefeuille als zodanig als een *vermogensrecht* kan worden gekwalificeerd. Op grond van het hiervoor geschetste juridisch kader meen ik dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. Subonderdeel 1.1, dat van een bevestigende beantwoording uitgaat, dient dan ook te falen.

Het daaropvolgende subonderdeel 1.2 faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. In rov. 4.8 oordeelt de rechtbank dat de assurantieportefeuille als algemeenheid van goederen geen goederenrechtelijke eenheid is, zodat alleen de bouwstenen afzonderlijk en voor zover dat volgens de wet mogelijk is kunnen worden overgedragen. Vervolgens komt de rechtbank tot de conclusie dat slechts de vorderingsrechten goederenrechtelijk overdraagbaar zijn en dat slechts daarop een pandrecht kon worden gevestigd (onder verwijzing naar de artikelen 3:228 in verbinding met 3:98 en 3:83 lid 3 BW). In combinatie met de overweging in rov. 4.7 (slot) dat overdraagbaarheid een essentiële voorwaarde is *om een pandrecht te kunnen vestigen* waarbij gewezen wordt op artikel 3:228 BW, kan mijns inziens niet gezegd worden dat in het oordeel van de rechtbank de opvatting besloten ligt dat voor de vraag of een assurantieportefeuille als vermogensrecht kan worden aangemerkt, bepalend is of de assurantieportefeuille kan worden overgedragen.

- 2.37 De klachten uit onderdeel 2 zien op de vraag of een assurantieportefeuille *overdraagbaar* is. In het hiervoor geschetste juridisch kader is uiteengezet dat dit naar mijn mening niet het geval is, nu artikel 4:103 lid 4 Wft niet geldt als wettelijke bepaling die regelt dat een assurantieportefeuille als 'ander recht' overdraagbaar is in goederenrechtelijke zin (ex art. 3:83 lid 3 BW). De rechtbank komt in haar vonnis (in rov. 4.7) mijns inziens dan ook terecht tot het oordeel dat in artikel 4:103 lid 4 Wft "niet een goederenrechtelijke overdracht van assurantieportefeuilles in het algemeen is geregeld, zodat niet op grond van die bepaling kan worden gesteld dat assurantieportefeuilles een goederenrechtelijk rechtsobject zijn waarop een pandrecht kan worden gevestigd". De subonderdelen 2.1 en 2.2 falen daarom.

Subonderdeel 2.3 gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting en faalt daarom eveneens. Een verbintenisrechtelijke overgang ex artikel 6:159 BW voorziet immers niet in goederenrechtelijke overdraagbaarheid, en heeft daarom niet als overdracht in de zin van artikel 3:83 lid 3 BW, artikel 3:81 lid 1 BW en artikel 3:228 BW te gelden.⁸⁵

⁸⁵ Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 585.

Hiervoor is uiteengezet dat (als artikel 3:83 lid 3 BW al ruim zou moeten worden geïnterpreteerd) mijns inziens bezwaren bestaan die meebrengen dat niet kan worden gezegd dat een goederenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille gebaseerd op artikel 4:103 lid 4 Wft past in het stelsel van de wet. Daarmee faalt ook subonderdeel 2.4.

Ten slotte bevat subonderdeel 2.5 een voortbouwklacht. Deze deelt het lot van de voorgaande klachten.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned to the right of the text 'A-G'.