

Verzekeringportefeuille is geen goed (HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909 (ING / Thielen q.q.))

Prof. mr. W.H. van Boom

Verschenen in: *Ars Aequi* 2020, p. 571-574 (aldus in tekst aangegeven: [571])

Inleiding

[571] Een assurantietussenpersoon is een ondernemer die voor klanten verzekeringsovereenkomsten verzorgt, vaak adviseert over wat de beste verzekering is, de premie int en doorgeleidt naar de verzekeraars en claims op de polis afwikkelt voor de klant. Voor het werk dat deze tussenpersoon doet, wordt hij door de klant of de verzekeraar betaald. Een tussenpersoon heeft dus een 'portefeuille' van verschillende klanten en verzekeraars, waar hij omzet mee genereert.¹ Die klantenportefeuille is eigenlijk zijn belangrijkste bedrijfsmiddel, maar hoe moeten we het juridisch duiden? De portefeuille is niet uitsluitend de virtuele 'kaartenbak', het excelbestand met naam, adres en dergelijke gegevens meer. Hij bestaat ook uit de omzetverwachting die uit lopende verzekeringsovereenkomsten met bestaande klanten voortkomt, de potentiële omzet die de klanten in de toekomst zullen binnenbrengen bij de tussenpersoon, de samenwerkingsovereenkomsten die de assurantietussenpersoon heeft met verschillende verzekeraars, de goede naam die de tussenpersoon heeft en die hem nieuwe klanten kan bezorgen, en meer van dergelijke ongrijpbare elementen.

In bedrijfseconomische termen is veel van deze waarde 'goodwill', maar wat is de juridische status van dit samenstel dat we 'portefeuille' noemen? Net als de handelsnaam van een onderneming vertegenwoordigt een klantenportefeuille grote waarde voor de onderneming, maar het is moeilijk om te duiden wat de juridische kwalificatie is. Voor de handelsnaam is dit opgelost met art. 2 Handelsnaamwet: de handelsnaam is vatbaar voor overdracht en daarmee een goed in de zin van art 3:1 en art. 3:84 BW, maar die overdracht kan slechts in verbinding met de onderneming die onder die naam wordt gedreven.² En hoe zit dat met de verzekeringportefeuille? Is dat ook een goed? Daarover gaat dit arrest.

Feiten en oordeel

Een vennootschap onder firma (hierna: de vof) dreef als onderneming een assurantiekantoor. In juni 2007 verkreeg de vof een krediet van ING Bank. De kredietovereenkomst fungeerde tevens als onderhandse pandakte, die werd geregistreerd. In de overeenkomst was onder meer bepaald:

"Tot zekerheid van al hetgeen de kredietnemer schuldig is of wordt aan de kredietgever, verpandt de kredietnemer hierbij, voor zover nodig bij voorbaat, aan de kredietgever, die deze verpanding aanvaardt, alle huidige en toekomstige Bedrijfsactiva zoals omschreven [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 (...)"

De Algemene Bepalingen van Pandrecht die op de kredietovereenkomst van toepassing zijn, definieerden als 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 (...)"

[572] Op 14 mei 2013 wordt de vof failliet verklaard. De curator verkoopt onder meer de assurantieportefeuille en de verbonden goodwill aan een koper. ING Bank vordert van de curator afdracht van de opbrengst tot het bedrag dat de bank nog tegoed had van de vof. Immers, zo stelde de bank, de portefeuille was stil verpand aan de bank en dus had de bank als pandhouder een beter recht op de verkoopopbrengst dan de boedel. De curator weigerde en daarom startte de bank deze procedure. Nadat de rechtbank de vorderingen van ING had

¹ Zie voor definities van de assurantieportefeuille ook M. Huizingh, *Contractsovername* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 75-76.

² Zie daarover bijv. B. Wessels, *Wessels Insolventierecht - Gevolgen van de faillietverklaring (1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 50.

afgewezen, gingen partijen in sprongcassatie. Dat gebeurt wel vaker als partijen het eens zijn over de feiten en zij vooral een antwoord willen op een duidelijke rechtsvraag. Dat is hier het geval: is het mogelijk om een assurantieportefeuille te verpanden of niet? ING voert kort gezegd aan dat de portefeuille economische waarde vertegenwoordigt en dus als vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW kan worden aangemerkt, en dat bovendien uit art. 4:103 lid 4 Wft volgt dat een portefeuille bezwaard kan worden.

De Hoge Raad verwerpt de redenering van ING en oordeelt dat een portefeuille niet een overdraagbaar goed is. Allereerst citeert de Hoge Raad een aantal stukken parlementaire geschiedenis van oudere wetgeving, om een beeld te krijgen van hoe de wetgever dacht over de status van de portefeuille:

“3.2.1 Het begrip assurantieportefeuille is niet in de wet omschreven en heeft geen vaste inhoud. In de wetsgeschiedenis van de voormalige Wet Assuratiebemiddeling werd een assurantieportefeuille 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.”¹ [Kamerstukken I 1951/52, 870, nr. 11a, p. 10.]

In de wetsgeschiedenis van de daaropvolgende, eveneens voormalige, Wet assuratiebemiddelingsbedrijf, omschreef de minister de assurantieportefeuille als volgt:

“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.”² [Kamerstukken II 1989/90, 20925, nr. 10, p. 19.]

De huidige Wft bevat in de art. 4:102 en 4:103 enkele bepalingen over de portefeuille van een ‘bemiddelaar’, waaronder mede is te verstaan een assurantietussenpersoon, maar geeft geen definitie van het begrip portefeuille.”

Vervolgens volgt de Hoge Raad de omschrijving die de rechtbank had gehanteerd van wat zoal tot de portefeuille behoort:

“In cassatie dient tot uitgangspunt de niet bestreden vaststelling van de rechtbank dat tot een assurantieportefeuille de samenwerkingsovereenkomsten behoren die een assurantietussenpersoon heeft gesloten met verzekeraars en de overeenkomsten van opdracht die hij heeft gesloten met zijn cliënten, alsmede de goodwill bestaande in de verwachting dat de cliënten verzekeringsovereenkomsten die zij in de toekomst willen sluiten, via deze assurantietussenpersoon zullen sluiten.”

Daarop volgt de toepassing van de kernbegrippen van het goederenrecht, waarbij de Hoge Raad de assurantieportefeuille omschrijft als een samenstel van overeenkomsten en goodwill:

“3.3.1 Ingevolge art. 3:228 BW in verbinding met art. 3:227 lid 1 BW kan op alle niet-registergoederen die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand worden gevestigd. Voor het aannemen van de mogelijkheid tot het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille is dus in de eerste plaats vereist dat een assurantieportefeuille is aan te merken als een goed.

3.3.2 Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). Volgens de – niet uitputtende³ [Parl. Gesch. Boek 3, p. 90.] – omschrijving van art. 3:6 BW 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.

3.4 Het wettelijke stelsel gaat ervan uit dat slechts individuele zaken of vermogensrechten als goed kunnen worden aangemerkt en als zodanig voorwerp kunnen zijn van een goederenrechtelijk recht of een goederenrechtelijke rechtshandeling. Het samenstel van overeenkomsten en goodwill dat wordt aangeduid als een assurantieportefeuille (zie hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2), is niet een individuele zaak of een individueel

vermogensrecht, ook al wordt het in het economische verkeer als een eenheid beschouwd. Een assurantieportefeuille is daarom niet een goed in de zin van art. 3:1 BW. Dit wordt niet anders doordat afzonderlijke onderdelen van een assurantieportefeuille, zoals vorderingsrechten, goederen zijn, noch doordat de portefeuille als geheel in het economische verkeer een vermogenswaarde vertegenwoordigt en voorwerp kan zijn van een obligatoire rechtshandeling zoals een koopovereenkomst.

3.5 Omdat een assurantieportefeuille als zodanig niet een goed is in de zin van art. 3:1 BW, is hij niet vatbaar voor overdracht of verpanding. Art. 4:103 lid 4 Wft, dat bepaalt dat een verzekeraar aan een verzoek van een bemiddelaar tot overdracht van diens portefeuille in beginsel moet meewerken, leidt niet tot een ander oordeel. Bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel en tegen de achtergrond van het wettelijke stelsel van het goederenrecht, moet worden aangenomen dat deze bepaling niet het oog heeft op overdracht in goederenrechtelijke zin, maar op het overdragen van de positie van de assurantietussenpersoon in het hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2 bedoelde samenstel van overeenkomsten en goodwill.

3.6 ING Bank voert aan dat in de praktijk behoefte bestaat aan de mogelijkheid van verpanding van een assurantieportefeuille omdat dit de financierbaarheid van de activiteiten van een assurantietussenpersoon ten goede komt, dat een assurantieportefeuille in de bancaire praktijk ook regelmatig als onderpand dient voor financiering en dat het recht de economische werkelijkheid moet volgen. Dit betoog kan ING Bank niet baten, nu verpandbaarheid van een samenstel van overeenkomsten en goodwill niet past in het wettelijke stelsel van het goederenrecht (zie hiervoor in 3.4)."

[573]De laatste opmerking stelt grenzen aan de behoefte van banken om alles van waarde in onderpand te verkrijgen van de kredietnemer: niet alles van waarde is een goed in de zin van art. 3:1 BW en om te kunnen worden verpand moet de portefeuille toch eerst als 'goed' worden gekwalificeerd.³ Nu hij dat niet is, kan hij niet zijn verpand door de akte van juni 2007. De opbrengst van de verkoop valt dus in de boedel zonder dat de pandhouder er voorrang op heeft.

Annotatie

Het arrest is kort en bondig, deze noot ook. De verwijzingen naar art. 4:103 lid 4 Wft zijn niet heel belangrijk omdat die wet geen goederenrechtelijke regels heeft willen introduceren. Die laat ik dus buiten beschouwing. Het komt aan op het systeem van het BW, en dan met name de vraag wat bepaalt of iets een overdraagbaar goed is.

Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). De omschrijving van vermogensrechten is abstract: 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 (art. 3:6 BW). Met die abstracte omschrijving komt men een eind, maar ze laat ook wel ruimte voor twijfel wat betreft een aantal waardeobjecten zoals domeinnamen, bitcoins en klantenbestanden.⁴ Overigens is minstens zo belangrijk wat er volgt na de kwalificatie als vermogensrecht, want niet alle vermogensrechten zijn overdraagbaar: als het geen beperkte rechten of vorderingsrechten betreft, zijn ze slechts overdraagbaar als de wet dit bepaalt (art. 3:83 BW).⁵ Op overdraagbare goederen behoort tevens de vestiging van een zekerheidsrecht tot de mogelijkheden (art. 3:228 BW).

³ In art. 3:6 BW wordt geregeld rechtvaardiging gevonden om te betogen dat omdat het voor de financieringspraktijk wenselijk is dat een object van waarde als zekerheidsobject gebruikt kan worden, het object dus als een vermogensrecht dient te worden beschouwd en dat dogmatische bezwaren dan terzijde moeten worden geschoven. Een op zichzelf begrijpelijke betoogtrant (hier ook gevolgd door ING; zo ook bijv. A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B12a), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 159), maar er zijn grenzen aan de elasticiteit van het goederenrecht, zo begrijp ik het arrest, r.o. 3.6.

⁴ Zie bijv. i.h.a. W.H.M. Reehuis e.a., *Goederenrecht (Pitlo deel 3)*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-6; H.J. Sniijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017, p. 23 e.v.; Wessels a.w., p. 35 e.v.; in het bijzonder J.W.A. Biemans, 'Domeinnaamrechten en 'overdracht', 'verpanding' en 'beslag' - het is niet wat het lijkt', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2009, p. 2 e.v.; T.J. de Graaf, 'De kwalificatie van bitcoins', *Nederlands Juristenblad* 2019, p. 6 e.v.

⁵ Dit verklaart het belang van art. 4:103 Wft in de discussie over overdraagbaarheid van de portefeuille. Volgens sommigen was dit het wetsartikel dat 'bepaalt' in de zin van art. 3:83 lid 3 BW dat de portefeuille overdraagbaar was. Zie uitgebreid F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon. Overdracht, en executie door de pandhouder', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011, p. 118 e.v.; daartegen bijv. G.H.G.M. van Berkel, 'Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011, p. 180 e.v.

De Hoge Raad omschrijft de assurantieportefeuille waar het hier om gaat als een samenstel van overeenkomsten en goodwill (r.o. 3.4.). Dat samenstel kan in het economisch verkeer mogelijk als eenheid worden beschouwd, kan worden verkocht en kan ook overdraagbare goederen zoals vorderingsrechten omvatten, maar daarmee is het samenstel zélf nog niet een goed. Men zou nog kunnen menen dat een samenstel van verschillende goederen bij elkaar genomen een 'algemeenheid van goederen' oplevert waarover met één handeling beschikkingsdaden kunnen worden verricht.⁶ Klinkt mooi, maar klopt niet. Het begrip 'algemeenheid van goederen' heeft in ons recht niet een vaste betekenis; het komt buiten gevallen van bijzondere gemeenschap als bedoeld in art. 3:189 lid 2 BW zoals nalatenschappen ook geen bijzondere goederenrechtelijke status toe.⁷ Het overdragen van een 'algemeenheid' als zodanig is niet mogelijk, ook als de verkoop ervan in verbintenisrechtelijk opzicht onproblematisch is (vgl. bijv. art. 7:48 lid 1 BW). Overigens was van goodwill al langer bekend dat het wel geld waard is, maar als zodanig niet een goed is.⁸ Goodwill kan worden ingebracht in een samenwerkingsverband zoals een vennootschap en kan de prijs bepalen van een onderneming,⁹ maar dat maakt niet dat goodwill een zelfstandig overdraagbaar goed is.

Kort en goed: als een assurantiekantoor om wat voor reden dan ook de assurantieportefeuille wenst te verkopen, dan is het ontstaan van de koopovereenkomst dus niet zozeer het probleem, maar bij de uitvoering moet goed worden gekeken welke vervolghandelingen nodig zijn ter levering. De portefeuille kan niet als goed met één handeling worden geleverd. Wat vervolghandelingen betreft kan men denken aan:

- Het computerbestand met de namen en adressen etcetera moet worden afgeleverd aan de koper (vgl. art. 7:47 BW jo. art. 7:9 BW).
- De lopende premieincasso's zullen zijn gebaseerd op een overeenkomst van lastgeving; men zal de rechten en plichten uit de lastgeving moeten laten overgaan op de koper. Dat kan in de regel met een contractsovername, waarbij ook de wederpartij (dat is hier de verzekeringnemer en/of de verzekeraar) moet instemmen (art. 6:159 BW).
- De vorderingen op klanten tot betaling van premies en commissies en de vorderingen op verzekeraars zijn vermogensrechten en kunnen worden gecedeerd (art. 3:94 BW).
- [574] De samenwerkingsovereenkomsten met verzekeraars kunnen worden overgenomen door de koper, wederom bij wijze van contractsovername. Art. 4:103 lid 4 Wft behelst de beginselplicht van de verzekeraar om medewerking te verlenen.¹⁰

In de praktijk zal het erop neer kunnen komen dat alle klanten en contractspartijen met wie het kantoor zaken deed, een brief ontvangen met daarin aangekondigd de verkoop van de portefeuille en de uitnodiging om zaken te blijven doen met de opvolger, al dan niet met het stellen van een termijn om te kiezen om de relatie voort te zetten of niet. Uitvoering van de koopovereenkomst zal vermoedelijk ook inhouden dat de verkopende partij zich verplicht om zich te onthouden van concurrerende activiteiten zodat de koper de overgenomen portefeuille optimaal kan gebruiken. Als het assurantiekantoor de portefeuille wil *verpanden*, dan wordt het echt lastig. De portefeuille is niet een goed in de zin van art. 3:227 lid 1 BW en dus moet voor elk van de onderdelen van de portefeuille worden onderzocht of kan worden voldaan aan de vestigingsvereisten. En dat is lastig. Een computerbestand is als zodanig met een beetje fantasie misschien nog wel te verpanden, maar de klanten om wie het echt gaat, laten zich niet verpanden. Ook overeenkomsten zijn niet te verpanden: het zijn geen goederen maar obligatoire rechtsverhoudingen en afgezien daarvan geldt dat de wederpartij altijd moet instemmen met vervanging van de wederpartij (art. 6:159 BW). De geldvorderingen op klanten zijn zeker te verpanden (behoudens uitzonderingen zoals art. 3:83 lid 2 BW en restricties ex art. 3:239 lid 1 BW wat betreft toekomstige vorderingen), maar die vormen maar een klein deel van de totaalwaarde van de portefeuille. Kortom: een portefeuille is juridisch niet, en feitelijk moeilijk te gebruiken als zekerheidsobject.

⁶ V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 255. Wat betreft leveringsformaliteit zou de portefeuille dan onder de restbepaling van art. 3:95 BW vallen (levering door middel van akte); in die zin Kaptein, t.a.p.

⁷ Over het begrip 'algemeenheid van goederen' i.h.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/74; Tweehuysen, a.w., p. 46 e.v.

⁸ Goodwill wordt omschreven als de winstcapaciteit van een onderneming, de ondernemingswaarde die uitgaat boven de som van de individuele activa en passiva. De goodwill wordt dus bepaald door relaties, goede naam en know-how.

⁹ Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068 (*Holle Bolle Gijs*).

¹⁰ Vgl. over de inwerking van art. 4:103 lid 4 Wft op art. 6:159 BW nader Huizingh, a.w., p. 76 e.v.