

Hoge Raad der Nederlanden

Zitting: 23 november 2018

Zaaknummer Hoge Raad: 18/02869

SCHRIFTELIJKE TOELICHTING

van mrs. J.H.M. van Swaaij, J.M. Moorman
en M.A. Algra

inzake:

MR. J.M.A.J. THIELEN Q.Q. / ING BANK N.V.

Edelhoogachtbaar College!

A. INLEIDING

1. Dit bij wijze van sprongcassatie door ING Bank N.V. (hierna: de bank) aan Uw Raad voorgelegde geschil betreft de rechtsvraag of een assurantieportefeuille een overdraagbaar vermogensrecht is, zodat daarop een stil pandrecht gevestigd zou kunnen worden. Volgens de bank zou deze vraag bevestigend beantwoord moeten worden. De Rechtbank heeft deze vraag ontkennend beantwoord en is in rov. 4.9 van het vonnis a quo tot het (concluderende) oordeel gekomen dat op een assurantieportefeuille geen pandrecht gevestigd kan worden. Het middel klaagt in onderdeel 1 dat de Rechtbank miskend zou hebben dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou zijn in de zin van art. 3:6 BW, en in onderdeel 2 dat de assurantieportefeuille (als vermogensrecht) overdraagbaar zou zijn in de zin van art. 3:83 lid 3 BW. Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden.

Wat betreft onderdeel 1 is in hoofdstuk **D.1** toegelicht dat en waarom een assurantieportefeuille geen *vermogensrecht* is. Ten eerste, ontbreekt een sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’ en valt daarom überhaupt geen (zinvol) antwoord te geven op de vraag of de assurantieportefeuille een vermogensrecht is (hoofdstukdeel **D.1.1**). Ten tweede, is een erkenning van een assurantieportefeuille als vermogensrecht strijdig met de wet, de parlementaire geschiedenis van het huidige BW en het systeem van het goederenrecht (hoofdstukdeel **D.1.2**).

Wat betreft onderdeel 2 is in hoofdstuk **D.2** – voor het onverhoopte geval dat Uw Raad toch zou oordelen dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou (kunnen) zijn – toegelicht dat en waarom een assurantieportefeuille geen

(in goederenrechtelijke zin) *overdraagbaar* vermogensrecht is. De wet bepaalt namelijk niet dat een assurantieportefeuille als ‘ander recht’ in de zin van art. 3:83 lid 3 BW overdraagbaar zou zijn (hoofdstukdeel **D.2.1**). Bovendien past een dergelijke (dus: goederenrechtelijke) overdraagbaarheid van een assurantieportefeuille niet in het stelsel van de wet en sluit die overdraagbaarheid ook niet aan bij de wél in de wet geregelde gevallen (hoofdstukdeel **D.2.2**).

B. FEITEN

2. Onder het kopje „**2. De feiten**” heeft de Rechtbank in rov. 2.1 t/m 2.8 de feiten vastgesteld. Deze feiten zijn in cassatie onbestreden, zodat ook in cassatie van deze feiten uitgegaan moet worden.¹

[X] vof

- (i) *Assurantiekantoor*. De vennootschap dreef een assurantiekantoor met als activiteiten onder meer de bemiddeling bij en de totstandbrenging van verzekeringsovereenkomsten.
- (ii) *Werkwijze assurantiekantoor*. De vennootschap had een netwerk van verzekeraars. Met deze verzekeraars sloot zij samenwerkingsovereenkomsten op grond waarvan zij bevoegd was tot bemiddeling bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten en tot het beheer van aldus afgesloten verzekeringen. Daarnaast sloot de vennootschap opdrachtsovereenkomsten met (potentiële) verzekeringnemers. In deze opdrachtsovereenkomsten verbond de vennootschap zich tot advisering over en bemiddeling bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten met verzekeraars uit haar netwerk en tot beheer van aldus afgesloten verzekeringen. Dit beheer bestond (onder meer) hieruit, dat de vennootschap verzekeringspenningen incasseerde en schadekwesties van verzekeringnemers afwikkelde. De door bemiddeling gesloten verzekeringsovereenkomsten kwamen rechtstreeks tot stand tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer, maar het contact tussen de

1. Het middel vermeldt deze feiten in §§ 1 t/m 8 (onder het kopje „**A. Inleiding**”).

verzekeraar en de verzekeringnemer verliep uitsluitend via de vennootschap. De vennootschap ontving voor haar bemiddelings- en beheerswerkzaamheden vergoedingen van de verzekeringnemer (op grond van een opdrachtovereenkomst) of – aanvankelijk² – provisievergoedingen van de verzekeraar over de afgesloten verzekeringen (op grond van een samenwerkingsovereenkomst).

- (iii) *Kredietovereenkomst.* De vennootschap en de bank hebben op 27 juni 2007 een schriftelijke kredietovereenkomst³ gesloten. De kredietovereenkomst betreft een bedrag van € 20.000 ter uitbreiding van een al bestaande kredietfaciliteit ten bedrage van € 5.000. De kredietovereenkomst bepaalt op blz. 4 (onder het kopje „**Nog te vestigen zekerheden: Verpanding bedrijfsactiva:**”):

„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 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.”

De kredietovereenkomst fungeert tevens als pandakte en is op 16 juli 2007 geregistreerd.

- (iv) *Toepasselijke algemene voorwaarden.* 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

2. De curator heeft in CvA-§ 10 (voetnoot 4) gewezen op het provisieverbod op grond waarvan de door de verzekeraars betaalde provisievergoedingen niet meer toegestaan was.

3. Inl.Dagv-prod. 1.

Pandrecht⁴ bepalen in art. 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.
(II) goodwill, zijnde de meerwaarde van het bedrijf boven de som van vaste activa.”

Faillissement van de vennootschap

- (v) *Faillietverklaring.* De vennootschap is op 14 mei 2013 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Groosman als curator. Met ingang van 30 januari 2017 is mr. J.M.A.J. Thielen benoemd als opvolgend curator.
- (vi) *Indiening en opgave art. 110 Fw.* Bij brief van 24 mei 2013⁵ heeft de bank op de voet van art. 110 Fw bij de curator een vordering ingediend uit hoofde van

4. Inl.Dagv-prod. 2.

5. Inl.Dagv-prod. 5.

kredietverlening ten bedrage van (in hoofdsom) € 24.998,77. Deze brief bevat voorts de volgende opgave (blz. 1):

„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) *Assurantieportefeuille niet verpandbaar*. Bij brief van 7 juni 2013⁶ heeft de curator de bank bericht dat de vordering van de bank geplaatst is op de lijst van voorlopig erkende concurrente crediteuren. Deze brief houdt voorts in (blz. 1 en 2):

„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 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) *Curator verkoopt assurantieportefeuille*. Uit het faillissementsverslag van 21 juni 2013⁷ volgt dat de curator de assurantie- en hypotheekportefeuilles

6. Inl.Dagv-prod. 6.

7. Inl.Dagv-prod. 13, § 3.12/3.16.

van de vennootschap en de hieraan gekoppelde goodwill aan een derde partij verkocht heeft voor een bedrag van € 80.000 (excl. btw).

C. PROCESVERLOOP EN OORDEEL RECHTBANK

3. De bank heeft op 17 maart 2017 de curator gedagvaard voor de Rechtbank Gelderland en geëist⁸ om (uitvoerbaar bij voorraad):
 - voor recht te verklaren dat de bank rechtsgeldig een pandrecht verkregen heeft op de assurantieportefeuille van de vennootschap;
 - voor recht te verklaren dat de curator jegens de bank onrechtmatig gehandeld heeft door de assurantieportefeuille van de vennootschap te verkopen zonder de ten gunste van de bank gevestigde pandrechten te respecteren;
 - de curator te veroordelen tot afdracht van de voor de assurantieportefeuille ontvangen vergoeding met een maximum van de uitstaande vordering van de bank onder de kredietovereenkomst; en
 - de curator te veroordelen in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.
4. De curator heeft bij conclusie van antwoord (concluderend) gesteld dat de bank geen (rechtsgeldig) pandrecht verkregen heeft op de assurantieportefeuille en dat derhalve geen sprake is van aansprakelijkheid van de curator jegens de bank.⁹
5. De Rechtbank heeft bij vonnis van 26 juli 2017 een comparitie van partijen bepaald op 9 januari 2018.
6. De bank heeft bij Akte wijziging en vermeerdering van eis alsmede overlegging producties haar eis gewijzigd, in die zin dat zij – voor zover in cassatie van belang¹⁰ – voorts eist om voor recht te verklaren dat de uitstaande vordering van de bank op 18 december 2017 € 36.484,11 bedroeg en dat de bank vanaf 18 december

8. Inl.Dagv-blz. 32.

9. CvA-§§ 133 en 134.

10. In deze akte heeft de bank ook anderszins geprobeerd haar eis te wijzigen (rov. 3.4), waartegen de curator bezwaar gemaakt heeft (rov. 3.5). De Rechtbank komt te dezen tot het (concluderende) oordeel dat deze eiswijziging wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing blijft (rov. 4.12). De bank heeft dat oordeel in cassatie niet bestreden.

2017 tot aan de dag van algehele voldoening aanspraak kan maken op de wettelijke rente over dit bedrag.

7. De Rechtbank heeft, na op 9 januari 2018 de comparitie van partijen gehouden te hebben, op 4 april 2018¹¹ eindvonnis gewezen en het geëiste afgewezen. Daartoe heeft De Rechtbank het volgende geoordeeld (§§ 7.1 t/m 7.10).

- 7.1 Deze zaak betreft ten eerste de vraag of een assurantieportefeuille een goederenrechtelijk rechtsobject is (dat derhalve voor verpanding vatbaar zou zijn).

„4.1 Vaststaat dat “de assurantieportefeuille” van de vennootschap samen met de hypotheekportefeuille door de curator voor een bedrag van EUR 80.000,- aan een derde is verkocht. Het komt er in deze zaak op aan of ING Bank vanwege een pandrecht aanspraak kan maken op een gedeelte van dit bedrag. Partijen hebben daartoe debat gevoerd over de vragen i) of een assurantieportefeuille kan worden aangemerkt als een goederenrechtelijk rechtsobject dat voor verpanding vatbaar is en ii) of (uit de kredietovereenkomst en pandakte alsmede de hier toepasselijke Algemene Bepalingen van Pandrecht blijkt dat) in dit geval een pandrecht op de assurantieportefeuille is gevestigd, dan wel iii) of een dergelijk pandrecht hier rechtsgeldig tot stand is gekomen. De vraag of ook een pandrecht is gevestigd op de hypotheekportefeuille is door ING Bank uitdrukkelijk buiten de procedure gelaten.”

- 7.2 Het begrip ‘assurantieportefeuille’ wordt niet genoemd of omschreven in de tussen partijen gesloten kredietovereenkomst of de daarop toepasselijke algemene voorwaarden. Aan dat begrip wordt geen eenduidige invulling gegeven in wetgeving, rechtspraak en literatuur. Partijen delen het uitgangspunt dat tot een assurantieportefeuille in het algemeen (en ook in casu) behoren 1) de samenwerkingsovereenkomsten die de assurantietussenpersoon met verzekeraars gesloten heeft en 2) de opdrachtovereenkomsten die de assurantietussenpersoon met zijn cliënten gesloten heeft.

„4.2. Tussen partijen is niet in geschil dat in de kredietovereenkomst tevens pandakte en de Algemene Bepalingen van Pandrecht de term assurantieportefeuille niet, althans niet direct, wordt genoemd of omschreven. Zij onderkennen ook dat aan het begrip assurantieportefeuille in wetgeving, rechtspraak en literatuur geen eenduidige invulling wordt gegeven. Voorts delen partijen het uitgangspunt dat tot een assurantieportefeuille van een

11. Dit eindvonnis is op 17 april 2018 op de voet van 31 Rv hersteld. Het herstel betreft de veroordeling van de bank in de proceskosten.

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.”

- 7.3 De bank betreft de stelling dat „*dit samenstel van overeenkomsten*” een assurantieportefeuille economische waarde geeft die, gezien dat verwachting dat opdrachtgevers ook in de toekomst via de assurantietussenpersoon verzekeringsovereenkomsten afsluiten, hoger is dan de waarde van de (deels toekomstige) vorderingen uit hoofde van provisies en bemiddeling.

„4.3. In haar dagvaarding stelt ING Bank dat dit samenstel van overeenkomsten een assurantieportefeuille economische waarde geeft. Zij wijst er daartoe op dat een assurantietussenpersoon op grond van de overeenkomsten aanspraak kan maken op betaling van provisie door de verzekeraars of van bemiddelingsvergoedingen door de cliënten. Daarnaast bergen de met cliënten gesloten overeenkomsten van opdracht volgens ING Bank de verwachting in zich dat deze cliënten verzekeringsovereenkomsten die zij in de toekomst met verzekeraars willen aangaan ook zullen afsluiten via de assurantietussenpersoon met wie de overeenkomst van opdracht is gesloten, waardoor nieuwe provisie- of vergoedingsaanspraken zullen ontstaan. ING Bank stelt dat die verwachting meebrengt dat de waarde van een assurantieportefeuille de waarde van de (deels toekomstige) vorderingen uit hoofde van provisies en bemiddelingsvergoedingen overstijgt.”

- 7.4 De curator betreft de stelling dat deze „*verwachtingswaarde*” niet voor verpanding vatbaar is, omdat deze verwachtingswaarde de goodwill van de assurantietussenpersoon is.

„4.4. De curator betwist niet dat de bedoelde verwachting in het algemeen (meer)waarde geeft aan een assurantieportefeuille. Hij stelt wel dat deze verwachtingswaarde niet stabiel is en niet liquide kan worden gemaakt als verzekeraars gebruik maken van de doorgaans in samenwerkingsovereenkomsten opgenomen mogelijkheid om bij verkoop van de assurantieportefeuille, bijvoorbeeld in geval van faillissement, de samenwerkingsovereenkomsten te beëindigen. De curator heeft echter niet gesteld dat verzekeraars in dit geval de samenwerkingsovereenkomsten met de vennootschap hebben beëindigd. Evenmin heeft de curator betwist dat de waarde van de assurantieportefeuille in dit geval mede is bepaald door bedoelde verwachtingswaarde en daardoor hoger is dan de optelsom van de vorderingen uit hoofde van (toekomstige) provisie- en bemiddelingsvergoedingen in die portefeuille. De curator stelt zich echter op het standpunt dat die verwachtingswaarde moet worden aangemerkt als de goodwill van een assurantietussenpersoon en dat

deze goodwill als zodanig niet voor verpanding vatbaar is waardoor de verkoopopbrengst daarvan in dit geval toekomt aan de faillissementsboedel.”

- 7.5 Een assurantieportefeuille is geen zaak (art. 3:2 BW). Of een assurantieportefeuille een vermogensrecht (art. 3:6 BW) is, ligt „ingewikkeld.” Voor de „losse bouwstenen” van een assurantieportefeuille geldt 1) dat overeenkomsten geen goederenrechtelijk rechtsobject zijn (waarop een pandrecht gevestigd zou kunnen worden) en dat weliswaar een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met diens medewerking kan overdragen aan een derde (art. 6:159 BW), maar dat goederenrechtelijke overdracht (art. 3:84 BW) van een overeenkomst niet mogelijk is, 2) dat goodwill geen vermogensrecht is en alleen overgedragen kan worden via de goederen waaraan zij verbonden is, en 3) dat vorderingsrechten wel vermogensrechten zijn (waarop binnen de grenzen van artt. 3:236 lid 2 BW, 3:94 lid 1 BW en 3:239 lid 1 BW een pandrecht gevestigd zou kunnen worden).

„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 geleet 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 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.”

- 7.6 De bank betreft de stelling dat wellicht niet alle „*afzonderlijke bouwstenen*” van een assurantieportefeuille een overdraagbaar vermogensrecht zijn, maar dat een assurantieportefeuille „*als geheel*” een overdraagbaar vermogensrecht is. De bank voert ter onderbouwing van die stelling diverse argumenten aan.

„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, Wet 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 om te ondernemen.”

- 7.7 Uit art. 4:103 lid 4 Wft volgt niet dat een assurantieportefeuille een goederenrechtelijk rechtsobject is (waarop derhalve een pandrecht gevestigd zou kunnen worden).

„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 ontlelen. Het is op grond van artikel 4:102 Wft dat een assurantietussenpersoon aan het bestaan van een verzekeringsovereenkomst niettemin aanspraken kan ontlelen 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 verbintenisrechtelijke 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).”

- 7.8 Een assurantieportefeuille is geen goederenrechtelijke eenheid, zodat de bouwstenen daarvan alleen afzonderlijk en voor zover rechtens mogelijk overgedragen kunnen worden.

„4.8. Daarmee is niet gezegd dat de term assurantieportefeuille verbintenisrechtelijk en in het economisch verkeer geen betekenis heeft. Men kan bij overeenkomst “een assurantieportefeuille” verkopen, op voorwaarde dat partijen het erover eens zijn wat onder die term moet worden verstaan. Daarbij kan goodwill in de overnameprijs worden verdisconteerd en in dat verband kunnen ook nadere afspraken worden gemaakt. Deze algemeenheid van goederen is echter geen goederenrechtelijke eenheid, zodat alleen de bouwstenen afzonderlijk en voor zover dat volgens de wet mogelijk is kunnen worden overgedragen. Aangenomen dat de assurantieportefeuille van de vennootschap in ieder geval bestaat uit

een samenstel van overeenkomsten waaruit vorderingsrechten voortvloeien en waaraan goodwill is verbonden, heeft te gelden dat slechts de vorderingsrechten met het oog op de betalingen van provisie en bemiddelingsvergoedingen goederenrechtelijk overdraagbaar zijn en dat slechts daarop een pandrecht kon worden gevestigd (artikelen 3:228 in verbinding met 3:98 en 3:83, derde lid, BW).”

- 7.9 De vraag of op een assurantieportefeuille een pandrecht gevestigd kan worden, wordt derhalve in algemene zin ontkennend beantwoord.

„4.9. Nu de rechtbank de vraag of een pandrecht op een assurantieportefeuille kan worden gevestigd in algemene zin ontkennend beantwoordt, behoeven de vragen of in dit concrete geval door ING Bank en de vennootschap het vestigen van een pandrecht op de assurantieportefeuille van de vennootschap is beoogd en of een dergelijk pandrecht in overeenstemming met de geldende vestigingseisen is gevestigd niet meer te worden beantwoord. Ook al zou het vestigen van een pandrecht op de assurantieportefeuille van de vennootschap zijn beoogd en zou aan de vestigingseisen zijn voldaan, had een dergelijk pandrecht hoe dan ook niet tot stand kunnen komen. Bij die stand van zaken kan ook de betwisting door de curator van de hoogte van het door ING Bank gestelde vordering bij gebrek aan belang onbesproken blijven.”

- 7.10 Het door de bank geëiste wordt afgewezen.

„4.10. Het voorgaande brengt mee dat de primaire vorderingen van ING Bank worden afgewezen.”

8. De bank heeft op 3 juli 2018 (sprong)cassatieberoep ingesteld tegen het eindvonnis.

D. NADERE TOELICHTING OP HET VERWEER

9. Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen. Onderdeel 1 bestrijdt het oordeel van de Rechtbank dat een assurantieportefeuille geen *vermogensrecht* is. Onderdeel 2 bestrijdt het oordeel van de Rechtbank dat een assurantieportefeuille geen (in goederenrechtelijke zin) *overdraagbaar* vermogensrecht is. Hierna wordt nader toegelicht waarom deze twee klachtonderdelen niet tot cassatie kunnen leiden (hoofdstukken **D.1** en **D.2**).

D.1 Verweer tegen onderdeel 1: een assurantieportefeuille is geen vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW

10. Subonderdeel 1.1 bevat de klacht – het is de kernklacht van onderdeel 1 – dat voor zover de Rechtbank in rov. 4.5 jo. 4.7 tot het oordeel gekomen is dat „(het recht op) een assurantieportefeuille” geen vermogensrecht is (geciteerd is uit het subonderdeel), dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting zou getuigen. Het subonderdeel voert daartoe aan dat het erom gaat dat een assurantieportefeuille, althans het subjectieve recht daarop, als zodanig een economische waarde vertegenwoordigt en (daarom) een vermogensrecht is in de zin van art. 3:6 BW.
 11. Het subonderdeel kan om de volgende redenen niet tot cassatie leiden.
- D.1.1 Geen duidelijkheid over begrip ‘assurantieportefeuille’. Eenduidige omschrijving ontbreekt zowel in de overeenkomst, als in de wet, jurisprudentie en literatuur.
12. De vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht (art. 3:6 BW) en derhalve een goed (art. 3:1 BW) is, kan niet (zinvol) beantwoord worden zonder eerst de vraag te beantwoorden wat een assurantieportefeuille nu eigenlijk is.
 13. Zoals de Rechtbank in rov. 4.2 – in cassatie onbestreden – geoordeeld heeft, is het begrip ‘assurantieportefeuille’ niet genoemd of omschreven in de tussen partijen gesloten overeenkomst of de daarop toepasselijke algemene voorwaarden. Zoals de Rechtbank in deze rov. 4.2 voorts geconstateerd heeft, wordt aan het begrip ‘assurantieportefeuille’ „geen eenduidige invulling” gegeven in de wetgeving, rechtspraak en literatuur. De Rechtbank is in rov. 4.5 weliswaar gestart met een beantwoording van de vraag wat een assurantieportefeuille is, namelijk met haar oordeel in rov. 4.5 dat een assurantieportefeuille bestaat uit de „losse bouwstenen” overeenkomsten, vorderingen en goodwill, maar dit oordeel is (dus) geen sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’, zoals hierna toegelicht wordt. Dat de Rechtbank het begrip ‘assurantieportefeuille’ niet sluitend omschreven heeft, brengt reeds mee dat de kernklacht van het onderdeel – dus: dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou zijn – niet kan slagen. De bank heeft immers geen klacht gericht tegen dat ‘losse bouwstenen’-oordeel.

14. Alvorens het – in cassatie onbestreden – oordeel van de Rechtbank in rov. 4.5 over „*de losse bouwstenen waaruit een assurantieportefeuille is opgebouwd*” te bespreken, welk oordeel (dus) geen sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’ is, volgt (eerst) een korte ‘bloemlezing’ van de wetgeving, rechtspraak en literatuur (§§ 15 t/m 19 hierna). Daaruit blijkt inderdaad dat aan het begrip ‘assurantieportefeuille’ in de wetgeving, rechtspraak en literatuur geen eenduidige invulling wordt gegeven, zoals de Rechtbank in rov. 4.2 (dus) vermeldde.

Wet

15. Het begrip ‘assurantieportefeuille’ wordt niet genoemd of omschreven in het Burgerlijk Wetboek. Dit begrip wordt evenmin genoemd in enige andere wet, laat staan omschreven in een (zogeheten) definitiebepaling. Wel zijn de woorden „*de portefeuille van een bemiddelaar*” (assurantietussenpersoon) in de Wft gebruikt in afdeling 4.3.8 („*Onderlinge verhouding financiële ondernemingen*”) § 4.3.8.3 („*Verhoudingen tussen financiële ondernemingen bij financiële diensten met betrekking tot verzekeringen*”). Deze paragraaf bevat een regeling over de rechten van een assurantietussenpersoon ten opzichte van een verzekeraar (artt. 4:101 t/m 4:104 Wft). Art. 4:102 Wft¹², dat vrijwel identiek is aan het op 1 januari 2006 vervallen art. 12 Wet assurantiebemiddelingsbedrijf¹³, bepaalt namelijk dat in de relatie van de assurantietussenpersoon tot de betrokken verzekeraar tot „*de portefeuille*” van deze tussenpersoon verzekeringen¹⁴ behoren die
- (i) ofwel tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer tot stand gekomen zijn door bemiddeling van de assurantietussenpersoon;
 - (ii) ofwel (weliswaar niet door middeling van de assurantietussenpersoon tot stand gekomen zijn, maar) naar de assurantietussenpersoon overgeboekt zijn,

12. Art. 4:102 Wft: „*Een verzekering die door bemiddeling van een bemiddelaar tot stand is gekomen of naar de portefeuille van een bemiddelaar is overgeboekt, behoort in de relatie tot de betrokken verzekeraar tot de portefeuille van die bemiddelaar zolang die verzekering daaruit niet is overgeboekt.*”

13. Art. 12 Wabb: „*Een verzekeringsovereenkomst die of door bemiddeling van een tussenpersoon tot stand is gekomen of naar een tussenpersoon is overgeboekt behoort in de relatie tot de betrokken verzekeraar tot de portefeuille van die tussenpersoon zolang die verzekering daaruit niet is overgeboekt.*”

14. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 4:102 Wft (Nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1989/90, 20 925, nr. 10, blz. 19) volgt dat met het woord „*verzekering*” niet beoogd is om af te wijken van het in art. 12 Wabb vermelde woord „*verzekeringsovereenkomst*”.

zolang deze verzekeringen niet uit deze portefeuille overgeboekt zijn.¹⁵

16. De tekst van art. 4:102 Wft en de plaats van dat artikel in de Wft brengen mee dat, een assurantieportefeuille in de zin van de Wft gezien moet worden „*in de relatie [van de assurantietussenpersoon] tot de betrokken verzekeraar*” en dat deze portefeuille bestaat uit verzekeringen en derhalve, gezien art. 7:925 lid 1 BW¹⁶, uit overeenkomsten tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. ‘De’ assurantieportefeuille is dan (dus: in de zin van de Wft) een bundeling van verzekeringen (overeenkomsten tussen de betrokken verzekeraar en verzekeringnemers) die bij de betrokken verzekeraar door de assurantietussenpersoon beheerd¹⁷ worden voor verzekeringnemers, hetgeen meebrengt dat de assurantietussenpersoon per betrokken verzekeraar één assurantieportefeuille aanhoudt en hij jegens deze betrokken verzekeraar de in artt. 4:103¹⁸ en 4:104¹⁹ Wft vermelde rechten kan invoeren. Derhalve heeft een assurantiepersoon die, zoals in casu (rov. 2.2), een „*netwerk van verzekeraars*” heeft, in de zin van de Wft meerdere assurantieportefeuilles, namelijk één per verzekeraar. Voorts volgt uit de parlementaire geschiedenis van artt. 4:101 t/m 4:104 Wft dat een verzekeringsovereenkomst „*tot twee portefeuilles [kan] behoren*”, namelijk tot die van de onderbemiddelaar in zijn relatie tot de bemiddelaar en tot die van de bemiddelaar in diens relatie tot de verzekeraar.²⁰

15. De parlementaire geschiedenis van art. 4:102 Wft (Nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1989/90, 20 925, nr. 10, blz. 19) geeft als omschrijving: „*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.*”

16. Art. 7:925 lid 1 BW: „*Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen {...} jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot {...}.*”

17. Vgl.: Nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1989/90, 20 925, nr. 10, blz. 22: „*Indien een verzekeringnemer te kennen geeft zijn verzekering rechtstreeks bij de verzekeraar te willen onderbrengen, zal deze verzekering, naar moet worden aangenomen, nimmer aan een tussenpersoon in portefeuille worden gegeven. Beheer door een tussenpersoon is immers niet mogelijk zonder dat de verzekerde dit merkt.*”

18. Art. 4:103 Wft beschermt een assurantietussenpersoon (onder meer) tegen het overboeken van (een gedeelte van) zijn portefeuille door de verzekeraar naar een andere assurantietussenpersoon.

19. Art. 4:104 Wft geeft de assurantietussenpersoon tegenover de verzekeraar een recht op premie-incasso.

20. Vierde nota van wijziging, Kamerstukken II, 2005-2006, 29 708, nr. 19, blz. 560, met verwijzing naar MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, blz. 98.

Rechtspraak

17. In de rechtspraak is het begrip ‘assurantieportefeuille’ enkele malen aan bod geweest.
- 17.1 Uw Raad heeft op 31 mei 2013 (NJ 2013/321) op de voet van art. 392 lid 1 Rv afgezien van een beantwoording van de door de Rechtbank Rotterdam gestelde prejudiciële vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht is in de zin van art. 3:6 BW (onder de vermelding dat deze vraag zich als zodanig wèl leent voor beantwoording bij prejudiciële beslissing).²¹
- In een tweetal arresten, gewezen in 1968²² en 1976²³ en derhalve vóór de invoering van het huidige BW, heeft Uw Raad de portefeuille van een assurantietussenpersoon omschreven als „*het geheel van de relaties van tussenpersonen met verzekeringnemers, die zie zij als hun cliënten beschouwen*”.
- 17.2 A-G Langemeijer schreef in zijn conclusie (§ 2.2) voor HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525, waarbij het cassatieberoep verworpen werd met toepassing van art. 81 RO, dat met het woord ‘assurantieportefeuille’ bedoeld kan worden op zowel de verzekeringen die via de assurantietussenpersoon gesloten zijn („*het object van bemiddeling*”), als het geheel van contractuele relaties die de verzekeringstussenpersoon met verzekeringnemers onderhoudt, waarbij hij expliciteert dat alleen „*de laatste betekenis*” ruimte biedt voor ‘goodwill’. Een eigen standpunt over het begrip ‘assurantieportefeuille’ neemt Langemeijer niet in.
- 17.3 Een aantal rechtbanken heeft geoordeeld over de vraag of een assurantieportefeuille een (verpandbaar) vermogensrecht is. Een eenduidige omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’ heeft dat echter niet opgeleverd. Zie:
- Rechtbank Roermond 1 augustus 2012, JOR 2012/309, m.nt. A. Steneker;

21. De conclusie van A-G Rank-Berenschot vóór deze uitspraak is niet gepubliceerd. In rov. 2 van deze uitspraak is vermeld dat de A-G het standpunt ingenomen had dat (i) de vraag zich niet leent voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing en (ii) de vraag niet valt aan te merken als van voldoende gewicht om beantwoording door de Hoge Raad te rechtvaardigen.

22. HR 15 november 1968, NJ 1969/25.

23. HR 2 juni 1976, NJ 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn.

- Rechtbank Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8495; en
- Rechtbank Rotterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3303.²⁴

Literatuur

18. In de literatuur wordt het begrip ‘assurantieportefeuille’ ruimer omschreven dan mogelijk lijkt op basis van de tekst van art. 4:102 Wft en de plaats van dat artikel in de Wft (§§ 15 en 16 hiervóór).²⁵ Hoewel een eenduidige en sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’ in de literatuur niet gevonden wordt, hebben de diverse omschrijvingen van dat begrip als gemene deler dat een assurantieportefeuille bestaat uit:
- diverse overeenkomsten;
 - vorderingsrechten die uit deze overeenkomsten voortvloeien; en
 - goodwill, gebaseerd op de verwachting dat de assurantietussenpersoon in de toekomst nieuwe overeenkomsten zal sluiten waaruit nieuwe vorderingen voortvloeien.
- 18.1 Zo (bijvoorbeeld) valt in Asser/Van Mierlo 3-VI (2016/202a) te lezen dat de assurantieportefeuille, náást de verzekeringen, bestaat uit (i) de (vorderings)rechten van de assurantietussenpersoon jegens verzekeraars en verzekeringnemers, (ii) de goodwill van de assurantietussenpersoon, (iii) door de assurantietussenpersoon met verzekeraars gesloten samenwerkingsovereenkomsten en met verzekeringnemers gesloten opdrachtovereenkomsten en (iv) de uit de Wft voortvloeiende rechten van de assurantietussenpersoon ten opzichte van de verzekeraar.
- 18.2 Zo ook schrijft Tweehuysen²⁶ dat het begrip assurantieportefeuille een verzamelnaam is voor de rechtsverhoudingen die de bemiddelaar met zijn klanten

24. Volledigheidshalve zij nog verwezen naar Rechtbank Noord-Holland 9 augustus 2017, JOR 2017/333, m.nt. M.J.M. Franken, waarin de vraag of een assurantieportefeuille een overdraagbaar vermogensrecht is zijdelings aan bod kwam, namelijk ter vergelijking met een opdrachtportefeuille.

25. In oudere literatuur werd nog geschreven dat een assurantieportefeuille ‘slechts’ bestaat uit (bestaande) verzekeringen. Zie: W.J. van Eijken, Wet assuratiebemiddeling voorzien van commentaar, Alphen aan den Rijn: N. Samson N.V., 1958, blz. 108 en P.D. Pestman, De rechtspositie van de zelfstandige assurantietussenpersoon, VA 1962, blz. 255.

26. V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/103 t/m 107 (i.h.b. 107). Zie voorts: Tweehuysens annotatie onder het vonnis a quo, JOR 2018/196.

en de verzekeraar(s) heeft, de vorderingen die daaruit voortvloeien, en andere feitelijke omstandigheden die goodwill genereren.

- 18.3 Zo verder schrijft Steneker²⁷ onder verwijzing naar art. 4:102 Wft dat een assurantieportefeuille bestaat uit verzekeringen die door bemiddeling van de betreffende bemiddelaar gesloten zijn tussen verzekerden en de verzekeraar of overgeboekt zijn naar de portefeuille van de bemiddelaar. Aansluitend schrijft hij dat deze assurantieportefeuille voor de bemiddelaar een belangrijk vermogensbestanddeel is en dat de vermogenswaarde van een assurantieportefeuille opgebouwd is uit een aantal bouwstenen, namelijk (i) de door de bemiddelaar beheerde verzekeringsovereenkomsten, (ii) de bestaande en toekomstige vorderingen van de bemiddelaar op de verzekeraar en/of de verzekerden tot betaling van (bijvoorbeeld) provisie en (iii) de (mogelijke) verwachting dat de bemiddelaar in de toekomst nieuwe verzekeringen in zijn portefeuille zal krijgen waaruit nieuwe vorderingen kunnen gaan voortvloeien, ten aanzien van welke verwachting Steneker schrijft dat de daaraan verbonden waarde goodwill genoemd zou kunnen worden.
- 18.4 Zo voorts schrijven Jonk-van Wijk c.s.²⁸ dat een assurantieportefeuille bestaat uit (i) de door bemiddeling tot stand gekomen verzekeringen tussen de verzekeraars en verzekeringsnemers, inclusief „*alle vorderings- en beheerrechten*” die daarmee verband houden, en (ii) het geheel van de klantrelaties van de assurantietussenpersoon. Voorts werpen zij de vraag op of de administratie van een assurantietussenpersoon, welke administratie de assurantietussenpersoon in staat stelt om de afgesloten verzekeringen en klantrelaties deugdelijk te beheren, tot de assurantieportefeuille behoort.²⁹

27. A. Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. B12a), 2012/65, en annotatie (§ 2) onder R-C Rechtbank Roermond 1 augustus 2012, JOR 2012/309. Zie voorts: Stenekers artikel Prejudicieel insolventierecht, NTBR 2016/50, § 5.1.

28. B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, Verpanding assurantieportefeuille, ORP 2013/2, blz. 37 (linker kolom).

29. Zie vorige voetnoot, blz. 39 (linker kolom).

Wet, rechtspraak en literatuur: resumerend

19. Uit het voorgaande (§§ 15 t/m 18) blijkt dat op basis van de (door de Rechtbank in rov. 4.2 vermelde) wet, rechtspraak en literatuur geen sluitende omschrijving te geven valt van het begrip ‘assurantieportefeuille’. Zo (bijvoorbeeld) is onduidelijk:
- (i) of een assurantietussenpersoon één assurantieportefeuille heeft per „betrokken verzekeraar”, zoals de tekst van art. 4:102 Wft en de plaats van dat artikel in de Wft meebrengt, of dat een assurantietussenpersoon één assurantieportefeuille zou hebben die verzekeringen van méérdere verzekeraars zou omvatten;³⁰
 - (ii) of de assurantieportefeuille bestaat uit verzekeringen (zoals art. 4:102 Wft bepaalt), uit het geheel van relaties van tussenpersonen met verzekeringnemers (zoals Uw Raad in de vorige eeuw geoordeeld heeft), of uit verzekeringen en de door een assurantietussenpersoon met verzekeraars verzekeringnemers gesloten overeenkomsten (zoals in de literatuur geopperd is³¹), hetgeen onmiskenbaar van belang is voor de vraag welke vorderingen tot de assurantieportefeuille behoren;³² en
 - (iii) of tot de bouwsteen ‘goodwill’ (mede) behoort de administratie van een assurantietussenpersoon (of dat deze administratie een separate, vierde, bouwsteen zou zijn).³³

N.B. Deze onduidelijkheden zijn tevens van belang bij het bepaaldheidsvereiste (art. 3:84 lid 2 BW) zoals dat geldt voor de leverings- resp. vestigingshandeling. Het begrip ‘assurantieportefeuille’ is doorgaans immers, net zoals in casu (rov. 4.2), niet genoemd of omschreven in de kredietovereenkomst of de daarop toepasselijke algemene bepalingen. Een enkele onverhoopte erkenning door

30. Zie ook: CvA-§ 39.

31. Zie § 18.1 hiervóór. Specifiek ten aanzien van de door een assurantietussenpersoon met verzekeraars gesloten samenwerkingsovereenkomsten zij nog opgemerkt dat deze samenwerkingsovereenkomsten doorgaans een beding bevatten dat de overeenkomst doet eindigen of het recht geeft de overeenkomst te beëindigen in het geval van (bijvoorbeeld) een faillissement van de assurantietussenpersoon. Een dergelijk beding brengt mee dat, voor zover een assurantieportefeuille (mede) zou bestaan uit deze samenwerkingsovereenkomsten, onduidelijk is of deze overeenkomsten op het ‘moment suprême’ – een faillissement van de assurantietussenpersoon – nog onderdeel zijn van de assurantieportefeuille. Zie te dezen: CvA-§§ 47 t/m 53.

32. Zie ook: CvA-§§ 40 en 43.

33. Zie ook: CvA-§ 41.

Uw Raad van een assurantieportefeuille als (overdraagbaar) vermogensrecht leidt derhalve niet ‘dus’ tot rechtsgeldige verpanding daarvan.

In vonnis a quo gegeven omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’

20. Gezien het voorgaande (§§ 15 t/m 19), kan het niet verbazen dat de Rechtbank in rov. 4.5 in algemene zin tot het oordeel komt dat een assurantieportefeuille „opgebouwd” is de „losse bouwstenen” overeenkomsten, vorderingen en goodwill. Dat – in cassatie onbestreden – oordeel is weliswaar een start van de beantwoording van de vraag wat een assurantieportefeuille is, maar is als zodanig nog geen sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’. De Rechtbank laat de hiervóór (§ 19) genoemde onduidelijkheden in het midden.
21. Bij deze stand van zaken – het begrip ‘assurantieportefeuille’ is door de Rechtbank niet sluitend omschreven – kàn de vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht (art. 3:6 BW) is niet (zinvol) beantwoord worden. De in het goederenrecht (als ‘derdenrecht’) vereiste rechtszekerheid brengt mee dat deze vraag slechts (zinvol) beantwoord kan worden indien een sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’ gegeven is, waarbij (dus) duidelijk is uit welke overeenkomsten, welke vorderingen en welke goodwillaspecten de assurantieportefeuille opgebouwd is. Reeds hierom kan de kernklacht van onderdeel 1 niet tot cassatie leiden, hetgeen meebrengt dat óók onderdeel 2 – dat de overdraagbaarheid van een vermogensrecht betreft en derhalve een voortbouwend karakter heeft – niet tot cassatie kan leiden.
- D.1.2 Een assurantieportefeuille is geen vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW
22. Zelfs indien Uw Raad onverhoopt zou oordelen dat voornoemde onduidelijkheden niet reeds prohibitief zijn voor de beantwoording van de vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou kunnen zijn, kan een assurantieportefeuille niet als vermogensrecht erkend worden.
23. Ook ‘los’ namelijk van de omstandigheid dat geen duidelijkheid bestaat over het begrip ‘assurantieportefeuille’, kan de vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht is in de zin van art. 3:6 BW slechts ontkennend beantwoord

worden. Voor zover subonderdeel 1.1 klaagt dat de Rechtbank miskend zou hebben dat een uit overeenkomsten, vorderingen en goodwill bestaande assurantieportefeuille een vermogensrecht zou zijn, getuigt het van een onjuiste rechtsopvatting en kan het daarom niet tot cassatie leiden. Dat art. 3:6 BW een niet-limitatieve opsomming³⁴ van vermogensrechten geeft, zoals subonderdeel 1.1 aanvoert, brengt niet mee dat de assurantieportefeuille ‘dus’ een vermogensrecht zou (kunnen) zijn. De erkenning van een assurantieportefeuille als vermogensrecht zou namelijk strijdig zijn met de wet, de parlementaire geschiedenis van het huidige BW en het systeem van het goederenrecht.

Assurantieportefeuille is, als algemeenheid van goederen, geen goederenrechtelijk rechtsobject

24. De Rechtbank komt in rov. 4.8 tot het – in cassatie onbestreden – oordeel dat sprake is van een „algemeenheid van goederen”. Deze algemeenheid is naar het oordeel van de Rechtbank in rov. 4.8 „geen goederenrechtelijke eenheid”, zodat alléén de bouwstenen afzonderlijk, voor zover dat volgens de wet mogelijk is, overgedragen kunnen worden.
25. Deze oordelen zijn ‘dodelijk’ voor het middel. Algemeen aanvaard wordt immers dat een algemeenheid van goederen geen goederenrechtelijk rechtsobject is.
26. Reeds indien aangenomen wordt een algemeenheid van goederen slechts kan bestaan uit *goederen* (dus: in de zin van art. 3:1 BW), zodat in casu de algemeenheid van goederen (de beweerdelijke assurantieportefeuille) enkel kan bestaan uit *vorderingsrechten* (welke precieze vorderingsrechten dat dan ook zijn), stuit de aanvaarding van een algemeenheid van goederen op wetssystematische bezwaren. Zo schrijft Tweehuysen³⁵ dat in het systeem van de wet het *goed* het

34. Zie op dit punt: Parl. Gesch. Boek 3, blz. 91 (M.v.A. II): „De ondergetekende heeft gemeend de in artikel 3.1.1.5 van het oorspronkelijke ontwerp over twee leden verdeelde opsomming van de categorieën rechten die als vermogensrechten worden aangemerkt, in één lid te kunnen samenvatten; men zie de in het gewijzigd ontwerp voorgestelde redactie. Daarbij is, in enigszins andere bewoordingen, de opzet gehandhaafd en, naar de ondergetekende vertrouwt, verduidelijkt dat het artikel niet pretendeert een definitie van vermogensrechten te geven, in de zin van een uitputtende omschrijving van die rechten. Het stelt slechts vast dat de rechten die onder een of meer der hier aangeduide categorieën vallen, als vermogensrechten in de zin van het nieuwe wetboek, dus als goederen, worden aangemerkt.”

35. V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/17 en 20.

centrale rechtsobject is, dat het uniciteitsbeginsel meebrengt dat goederenrechtelijke rechten, bijvoorbeeld een pandrecht, slechts kunnen rusten op afzonderlijke goederen (zaken en vermogensrechten) en dat een algemeenheid van goederen in het Nederlands recht per definitie geen goed maar juist een samenstel van goederen is. Te dezen wijst Tweehuysen³⁶ (onder meer) er op dat uit de parlementaire geschiedenis van het (huidige) BW onomwonden blijkt dat hierin een algemeenheid van goederen niet als afzonderlijk goed erkend is. Tweehuysen vat het krachtig samen: „*De algemeenheid van goederen is door de wetgever gewogen en te licht bevonden.*” Omdat het in de systematiek van het goederenrecht onmogelijk is dat een vermogensrecht (de beweerdelijke assurantieportefeuille) opgebouwd zou zijn uit meerdere ‘kleinere’ vermogensrechten (de vorderingsrechten), en bovendien onmogelijk is dat een vermogensrecht deze wettelijke status (dus: als vermogensrecht) zou verliezen om de reden dat het een ‘bestanddeel’³⁷ zou zijn of worden van een ander vermogensrecht – slechts *zaken* (art. 3:2 BW) kunnen bestanddeel worden van een andere zaak (art. 3:4 BW) –, kan niet anders worden geconcludeerd dan dat het als vermogensrecht erkennen van een uit vorderingsrechten opgebouwde assurantieportefeuille, die derhalve een algemeenheid van goederen³⁸ is, niet strookt met de wet, het systeem van het goederenrecht en de parlementaire geschiedenis van het huidige BW.

27. Indien aangenomen zou worden dat een algemeenheid van goederen, behalve uit goederen, mede uit *niet-goederen* zou (kunnen) bestaan, nemen de wetssystematische bezwaren alleen maar toe. In casu zou dat betekenen dat de (litigieuze) assurantieportefeuille als algemeenheid van goederen, behalve uit vorderingsrechten, mede uit overeenkomsten en goodwill zou bestaan. Deze andere „*losse bouwstenen*” van een assurantieportefeuille zijn echter – te enen male – geen vermogensrechten, zoals de Rechtbank in rov. 4.5 – in cassatie onbestreden – geoordeeld heeft. De Rechtbank oordeelt namelijk dat een overeenkomst „*op zichzelf geen vermogensrecht is en daarmee geen goederenrechtelijk rechtsobject waarop een pandrecht kan worden gevestigd*” en dat ook de bouwsteen goodwill „*als zodanig niet als vermogensrecht [kan] worden aangemerkt*” (rov. 4.5). Dat deze andere bouwstenen (overeenkomsten en goodwill), die geen

36. V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/18 en 19.

37. Zie ook V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/21.

38. Specificieker (maar minder gebruikelijk) geformuleerd: een algemeenheid van vermogensrechten.

vermogensrechten zijn, ‘omgekat’ zouden kunnen worden tot een overkoepelend recht dat wél een vermogensrecht zou zijn, is strijdig met (het systeem van) het goederenrecht. Zie te dezen (bijvoorbeeld) Tweehuysen³⁹, die schrijft dat het probleem dat overeenkomsten en goodwill geen vermogensrechten zijn niet opgelost wordt door „*dan maar aan te nemen dat het ‘overkoepelende recht’, zoals de portefeuille, dat wel is.*” Tweehuysen expliciteert dat de theoretische en praktische bezwaren blijven bestaan en concludeert vervolgens:

„De portefeuille is dus 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 het nog geen vermogensrecht of een andersoortig goed. Verpanding van een verzekeringsportefeuille is dan ook niet mogelijk. Uiteraard kunnen de (toekomstige) vorderingen die voortvloeien uit de rechtsverhoudingen van de bemiddelaar wél (voor zover mogelijk bij voorbaat) worden verpand.”

28. Het voorgaande leidt onvermijdelijk tot de conclusie dat het oordeel van de Rechtbank dat een assurantieportefeuille die bestaat uit goederen (vorderingsrechten), of zelfs mede uit niet-goederen (overeenkomsten en goodwill) geen vermogensrecht is, juist is. Het strookt met de wet, het systeem van het goederenrecht en de parlementaire geschiedenis. Een soortgelijke conclusie trekt ook Van Mierlo⁴⁰, die schrijft dat een assurantieportefeuille als samenstel van (vorderings)rechten en goodwill goederenrechtelijk niet op te vatten is als rechtsobject en dat dit reeds in de weg staat aan de verpandbaarheid van een assurantieportefeuille.

Ten overvloede – onderdeel 1 van het middel bevat als zodanig geen klacht op dit punt⁴¹ – zij bij dit alles nog bedacht dat te dezen geen sprake is van een geval dat dit ‘vermogensrecht’ zou passen in het systeem van de wet of zou aansluiten bij de wél in de wet geregelde gevallen (in de woorden van de ‘Quint/Te Poel’-formule⁴², die ook dienst kan doen in het goederenrecht.⁴³)

39. V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/107.

40. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/202a. Vgl. (ten aanzien van een algemeenheid van goederen in het algemeen): Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/74 t/m 76.

41. Vgl. subonderdeel 2.4 dat ten aanzien van de *overdraagbaarheid* van een vermogensrecht wél een dergelijke ‘Quint/Te Poel’-klacht bevat.

42. HR 20 januari 1959, NJ 1959/548.

43. Zie W. Snijders, Ongeregelheden in het vermogensrecht (I), WPNR 2005/6607, blz. 82 en S.E.

29. Bovendien zou het de rechtsvormende taak van Uw Raad te buiten gaan om een assurantieportefeuille, als algemeenheid van goederen, als vermogensrecht te erkennen. De wetgever heeft de algemeenheid van goederen immers gewogen en te licht bevonden (zie § 26 hiervóór).

Ook uit HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053 volgt niet dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou kunnen zijn.

30. Ter onderbouwing van haar standpunt dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou zijn, heeft de bank ten overstaan van de Rechtbank in haar pleitnota (§ 3.4) nog een beroep gedaan op HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053 en, op basis van dit arrest de conclusie getrokken dat „overdracht van een assurantieportefeuille inderdaad mogelijk is”.
31. Deze conclusie volgt echter niet uit dit arrest. Dit arrest betrof namelijk niet de goederenrechtelijke vraag of een assurantieportefeuille als vermogensrecht overdraagbaar en verpandbaar is, maar de ‘6 BW’-vraag of er een causaal verband was tussen een door het Haagse hof⁴⁴ vastgestelde en in cassatie niet bestreden onrechtmatige daad en de geleden schade. Waar Uw Raad in rov. 4.3.2 vermeldt dat het door het hof in rov. 32 vastgestelde onrechtmatig handelen „bestaat in het ‘leeghalen’ van De Provinciale, in het bijzonder door het zich laten overdragen van haar assurantieportefeuille zonder betaling van de koopprijs”, gaat het onmiskenbaar om het door dat hof in die rov. 32 gegeven oordeel dat de Rechtbank terecht geoordeeld had „dat door de verkoop van alle activa, met achterlating van alle passiva en zonder dat de koopprijs werd betaald, De Provinciale is leeggehaald en achterbleef met schulden, zonder inkomsten waaruit deze schulden zouden kunnen worden betaald.” Gezien dit in cassatie niet bestreden oordeel van het Haagse hof, kan uit het arrest van Uw Raad niet afgeleid worden dat een assurantieportefeuille als zodanig ‘dus’ een vermogensrecht zou zijn. Dat kan evenmin afgeleid worden uit de conclusie van Advocaat-Generaal Hartlief voor dat arrest. Zo schrijft Hartlief in § 3.20 nu juist dat geenszins ondenkbaar is dat

Bartels, 20 jaar Nieuw BW en het goederenrecht: er is in die tijd veel/weinig* gebeurd. *Doorhalen wat niet van toepassing is, Ars Aequi 2012/6, blz. 486.

44. Uw Raad casseerde het op 13 oktober 2015 door het Haagse hof gewezen arrest (ECLI:NL:GHDHA:2015:2748).

De Provinciale in de hypothetische situatie „*onderdelen van de assurantieportefeuille*” (dus niet: de assurantieportefeuille als zodanig) had moeten vervreemden of bezwaren.

Waar in de literatuur betoogd wordt dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou zijn, wordt de systematiek van het goederenrecht miskend.

32. Ter onderbouwing van haar standpunt dat een assurantieportefeuille een vermogensrecht zou zijn, heeft de bank voorts verwezen naar meerdere auteurs die beweren dat de assurantieportefeuille wél een vermogensrecht zou moeten zijn (zie o.a. Inl.Dagv-§ 82). Stellig is (bijvoorbeeld) Steneker⁴⁵, die in algemene zin schrijft dat indien onduidelijk is of iets een goed is of wat voor soort goed het is, maar de wet leert dat het overdraagbaar is⁴⁶ en de praktijk leert dat die overdracht geld kan opleveren, uitgangspunt moet zijn dat het verpandbaar is omdat het executeerbaar is. Voorts schrijft Steneker⁴⁷, specifiek ten aanzien van de assurantieportefeuille, dat niet meer ter zake doet dat een assurantieportefeuille „*een omhulsel is van elementen die afzonderlijk niet alle verpandbaar zijn (zoals contracten en goodwill)*” en dat dogmatische bezwaren „*zoveel als mogelijk [moeten] worden weggenomen.*”
33. In essentie gaat het hier om een ‘wenselijkheidsargument’. Dit argument kan echter niet meebrengen dat een assurantieportefeuille ‘dus’ een vermogensrecht zou moeten zijn. Voornoemde bezwaren die zich voordoen bij als vermogensrecht erkennen van een assurantieportefeuille zijn onoverkomelijk, althans voor Uw Raad. Verwezen zij naar §§ 25 t/m 29 hiervóór.
34. Zou Uw Raad desniettemin oordelen dat deze assurantieportefeuille een goederenrechtelijk rechtsobject (vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW) zou zijn, dan ligt de weg open om ook andere algemeenheden van goederen als goederenrechtelijk rechtsobject te erkennen. De meest in het oog springende ‘andere algemeenheid van goederen’ is daarbij onmiskenbaar de onderneming.

45. A. Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. B12a), 2012/59).

46. Over de vraag of de wet ‘leert’ dat een assurantieportefeuille overdraagbaar is in de zin van art. 3:83 lid 3 BW meer in hoofdstuk D.2.

47. A. Steneker in zijn annotatie (§ 5) onder HR 31 mei 2013, JOR 2013/228, en A. Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. B12a), 2012/65.

Algemeen aanvaard wordt echter dat een onderneming naar Nederlands recht geen object van goederenrechtelijke rechten is.

Zie:

- V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/79, met verdere verwijzingen in voetnoot 142.

Voorts zijn er portefeuilles die in meer of mindere mate gelijkenissen vertonen met de assurantieportefeuille, zoals de aandelenportefeuilles (die slechts uit goederen bestaan) en opdrachtenportefeuilles van hypotheekbemiddelaars, makelaars, advocaten, notarissen of accountants (die mede uit niet-goederen kunnen bestaan). Dergelijke portefeuilles zijn, evenals de assurantieportefeuille, geen vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW.⁴⁸ Bovendien zou een onverhoopt oordeel van Uw Raad dat een assurantieportefeuille ondanks het voorgaande toch een vermogensrecht zou zijn, de wonderlijke consequentie hebben dat een onderneming die, zoals in casu (rov. 2.1), niet slechts bemiddelt bij de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten, maar ook bij de verstrekking van hypothecaire financieringen, haar assurantieportefeuille wél zou kunnen verpanden, maar haar hypotheekportefeuille niét. Hierbij zij bedacht dat de bank de rechtsvraag of op een hypotheekportefeuille een pandrecht gevestigd zou kunnen worden in Inl.Dagv-§ 6 nu juist expliciet buiten de rechtsstrijd gehouden heeft.

D.1.3 Conclusie onderdeel 1

35. Met het voorgaande is gegeven dat onderdeel 1 slechts kan falen. Niet alleen omdat een sluitende omschrijving van het begrip ‘assurantieportefeuille’ ontbreekt en er daarom überhaupt geen (zinvol) antwoord te geven valt op de vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht is (hoofdstukdeel **D.1.1**), maar ook omdat een erkenning van een assurantieportefeuille als vermogensrecht strijdig zou zijn met de wet, het systeem van het goederenrecht en de parlementaire geschiedenis (hoofdstukdeel **D.1.2**).

N.B. Subonderdeel 1.2 bevat een klacht voor het geval de Rechtbank tot het oordeel gekomen zou zijn dat voor de vraag of een assurantieportefeuille een

48. Zie te dezen ook CvA-§ 97.

vermogensrecht is, bepalend zou zijn of de assurantieportefeuille *overgedragen* kan worden. Tot dit oordeel – dat onjuist zou zijn – is de Rechtbank evenwel niet gekomen, zodat deze klacht feitelijke grondslag mist.

D.2 Verweer tegen onderdeel 2: een assurantieportefeuille is geen overdraagbaar vermogensrecht in de zin van art. 3:83 lid 3 BW

36. Onderdeel 2 bestrijdt het (impliciete) oordeel van de Rechtbank in rov. 4.7 dat een assurantieportefeuille niet in goederenrechtelijke zin *overdraagbaar* is resp. geen *overdraagbaar* vermogensrecht is. Subonderdeel 2.1 bevat de klacht – het is de kernklacht van onderdeel 2 – dat de Rechtbank met dit oordeel miskend zou hebben dat een assurantieportefeuille als zodanig overdraagbaar en daarom tevens verpandbaar zou zijn.⁴⁹

37. Deze kernklacht kan niet tot cassatie leiden.

D.2.1. De wet bepaalt niet dat assurantieportefeuille overdraagbaar zou zijn in de zin van art. 3:83 lid 3 BW

38. Zoals art. 3:83 BW bepaalt, zijn eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten in beginsel overdraagbaar (lid 1), maar zijn alle andere rechten slechts overdraagbaar indien de wet dit bepaalt (lid 3). De assurantieportefeuille is geen ‘eigendom, beperkt recht of vorderingsrecht’ in de zin van art. 3:83 lid 1 BW en is daarom slechts overdraagbaar indien de wet dit bepaalt in de zin van art. 3:83 lid 3 BW. Subonderdelen 2.3 en 2.4 gaan (dan ook) terecht uit van een „overdracht in de zin van artikel 3:83 lid 3 BW” (en dus niet van een overdracht resp. overdraagbaarheid in de zin van art. 3:83 lid 1 BW).

39. De wet bepaalt echter niet dat een assurantieportefeuille (als ‘ander recht’ de zin van art. 3:83 lid 3 BW) overdraagbaar zou zijn, hetgeen onderdeel 2 (in het bijzonder subonderdeel 2.1) miskent.

49. Subonderdeel 2.1, 1^e volzin.

Wft voorziet niet in goederenrechtelijke overdraagbaarheid

40. Volgens de bank zou de wet wél bepalen dat een assurantieportefeuille overdraagbaar zou zijn, namelijk in Wft-§ 4.3.8.3, in het bijzonder art. 4:103 lid 4 Wft. Dit artikellid bepaalt dat een 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 deze andere bemiddelaar.
41. De bank miskent echter dat, zoals de Rechtbank in rov. 4.7 geoordeeld heeft, de term ‘portefeuille’ in art. 4:103 lid 4 Wft *„niet zonder meer worden gelijkgesteld aan de assurantieportefeuille waarom het in deze zaak gaat”* en dat Wft-§ 4.3.8.3 (artt. 4:101 t/m 4:104 Wft) regels bevat over de *„onderlinge verhouding”* tussen *„een assurantietussenpersoon en één verzekeraar”*.
42. Dat de Wft (mede) tot doel zou hebben om de goederenrechtelijke overdraagbaarheid (art. 3:83 lid 3 BW) van de in art. 4:102 Wft vermelde *„portefeuille van een bemiddelaar”* te regelen, blijkt niet uit de Wft. Een dergelijk doel sluit ook niet aan bij de Wft als publiekrechtelijke regeling met de strekking om de markt te reguleren en de consument te beschermen door het vaststellen van gedragsregels tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeraar. Dat de Wft (mede) dat doel (dus: het regelen van goederenrechtelijke overdraagbaarheid) zou hebben, volgt evenmin uit de parlementaire geschiedenis van deze wet. Uit deze parlementaire geschiedenis van de Wft blijkt namelijk dat inhoudelijk geen verschil beoogd werd met art. 57 t/m 60 van de Wet financiële dienstverlening (Wfd),⁵⁰ welke wet voorafgegaan werd door de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (Wabb). Uit de parlementaire geschiedenis van de evaluatie van de Wabb blijkt nu juist dat het de wetgever ook toen al ging om bescherming van de assurantietussenpersoon en de consument.⁵¹
- Zie (uitgebreid):
- G.H.G.M. van Berkel, Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht, TvI 2011/29.

50. Vierde nota van wijziging, Kamerstukken II, 2005-2006, 29 708, nr. 19, blz. 560.

51. MvT, Kamerstukken II, 1998-1999, 26 531, nr. 3, blz. 16.

43. Voornoemde strekking van de Wft (§ 42) heeft evenwel niet meegebracht dat de ‘Wft-wetgever’ blind geweest zou zijn voor goederenrechtelijke aspecten. Zo (bijvoorbeeld) is ten aanzien van art. 2:1 Wft, dat de niet-overdraagbaarheid van vergunningen en ontheffingen betreft, in de parlementaire geschiedenis expliciet opgemerkt dat het hier gaat om overdracht in de zin van art. 3:84 BW.⁵² Dat in de parlementaire geschiedenis van Wft-§ 4.3.8.3 niets opgemerkt wordt over goederenrechtelijke overdracht is dan ook een sterke indicatie dat de wetgever simpelweg geen goederenrechtelijke overdracht beoogd heeft.
44. Gezien het voorgaande, moet ervan uitgegaan worden dat de wetgever met art. 4:103 lid 4 Wft geen goederenrechtelijke overdracht beoogd heeft. Nu de wet ook niet elders bepaalt dat een assurantieportefeuille (in goederenrechtelijke zin) overdraagbaar zou zijn, is de assurantieportefeuille – voor zover al sprake zou zijn van een vermogensrecht – een ‘ander recht’ dat niet overdraagbaar is (art. 3:83 lid 3 BW).
45. Derhalve moet het erop gehouden worden dat het bij de in art. 4:103 lid 4 Wft vermelde „overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar” gaat om het in art. 6:159 lid 1 BW vermelde „overdragen” – in verbintenissenrechtelijke zin – van een overeenkomst door een partij met de medewerking van diens wederpartij aan een derde.⁵³ De Rechtbank komt in rov. 4.7 dan ook tot het juiste (concluderende) oordeel (onderstreping toegevoegd):

„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

52. MvT, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 56 en Vierde nota van wijziging, Kamerstukken II, 2005-2006, 29 708, nr. 19, blz. 427.

53. Zie ook CvA-§ 87, waarin (met verdere literatuurverwijzingen) de stelling betrokken is dat de heersende opvatting is dat art. 4:103 lid 4 Wft een lex specialis is van art. 6:159 BW.

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).”

Art. 6:159 BW voorziet niet in goederenrechtelijke overdraagbaarheid

46. Voor zover subonderdeel 2.3 nog de klacht bevat dat de Rechtbank miskend zou hebben 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 overgang analoog van toepassing zijn*”, geeft het subonderdeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zodat deze klacht niet tot cassatie kan leiden.
47. Art. 6:159 BW voorziet immers niet in goederenrechtelijke overdraagbaarheid. Dat volgt reeds uit de parlementaire van dit artikel (tussen [] is een verduidelijk toegevoegd, onderstreping toegevoegd)”

„Wat de rechten [rechten die door contractsoverneming overgaan op een derde] betreft, is deze overgang evenmin als de overgang door b.v. erfopvolging of subrogatie een overdracht (cessie) in de terminologie van het ontwerp; uit het feit dat het eerste lid spreekt van „overdragen” kan niet het tegendeel worden afgeleid, daar deze „overdracht” betrekking heeft op de rechtsverhouding: de overdracht van de rechtsverhouding - dus de contractsoverneming - heeft de overgang van de rechten ten gevolge. Voor de overgang der verplichtingen geldt mutatis mutandis hetzelfde: deze overgang is niet een schuldoverneming in de zin van de artikelen 10-13. Hieruit volgt dat op de overgang der rechten de bepalingen betreffende overdracht van goederen in het algemeen of van vorderingen in het bijzonder (zoals artikel 3 van deze titel en de artikelen 2, 3a en 7 van afdeling 3.4.2) niet toepasselijk zijn; {...}.”⁵⁴

48. In rov. 4.5 oordeelt de Rechtbank (dan ook) met juistheid:

„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

54. T.M. Parl Gesch. Boek 6, blz. 585.

meewerkt, goederenrechtelijke overdracht van een overeenkomst in de zin van artikel 3:84 BW is echter niet mogelijk.”

Ander gevallen: wetgever vermeldt dat goederenrechtelijke overdracht beoogd is

49. Bezieet men andere gevallen waarin de wet bepaalt dat een ‘ander recht’ overdraagbaar is in de zin van art. 3:83 lid 3 BW, dan blijkt dat de wetgever, indien goederenrechtelijke overdracht beoogd is, dat doorgaans gewoon vermeldt. Gewezen zij op de volgende voorbeelden.
- (i) De overdraagbaarheid van een aandeel in een goed is geregeld in art. 3:96 BW, welk artikel dus opgenomen is in Boek 3, Titel 4, Afdeling 2: „*Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten*”), tot welke afdeling ook art. 3:83 BW behoort.
 - (ii) De overdraagbaarheid van aandelen in een naamloze vennootschap is geregeld in art. 2:64 BW, dat bepaalt dat een naamloze vennootschap een rechtspersoon is met een in „*overdraagbare aandelen*” verdeeld maatschappelijk kapitaal. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de toevoeging „*overdraagbare*” mede van belang is „*in verband met artikel 3.4.2.1*” (= art. 3:83 BW).⁵⁵
 - (iii) De overdraagbaarheid van een auteursrecht is geregeld in art. 2 Auteurswet, dat bepaalt dat het auteursrecht overgaat bij erfopvolging (dus: in de zin van art. 3:80 lid 2 BW) en vatbaar is voor „*gehele of gedeeltelijke overdracht*.” Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat expliciet rekening gehouden is met afdeling 3.4.2.⁵⁶ Vergelijk te dezen ook het (vervallen) art. 48 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet en de parlementaire geschiedenis daarvan.⁵⁷
 - (iv) De overdraagbaarheid van emissierechten is geregeld in art. 16.40 van de Wet Milieubeheer. In de parlementaire geschiedenis is expliciet aangeknoopt bij de overdracht op de voet van „*artikel 3:84 BW*”.⁵⁸
50. Gezien het voorgaande (§§ 39 t/m 49), bepaalt de wet niet dat een assurantieportefeuille (als ‘ander recht’ de zin van art. 3:83 lid 3 BW) overdraagbaar zou zijn. In het onverhoopte geval dat Uw Raad zou oordelen dat

55. M.v.A. II, Parl. Gesch. BW Boek 2 1962, blz. 553.

56. MvT, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing overige wetten 1992, blz. 24 (nr. 5).

57. MvT, Kamerstukken II, 1985-1986, 19 527, nr. 3, blz. 13.

58. MvT, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 565, nr. 3, blz. 71.

de assurantieportefeuille wèl een vermogensrecht zou (kunnen) zijn, heeft derhalve te gelden dat dit vermogensrecht als ‘ander recht’ in de zin van art. 3:83 lid 3 niet overdraagbaar is.

D.2.2 Overdraagbaarheid van assurantieportefeuille past ook niet in het stelsel van de wet (‘Quint/Te Poel’-formule).

51. Hiervoor (§ 28) is reeds vermeld dat het erkennen van een assurantieportefeuille als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW niet past in het stelsel van de wet en evenmin aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen (conform de ‘formule’ van het *Quint/Te Poel*-arrest).
52. Subonderdeel 2.4 bevat nog de klacht dat de Rechtbank miskend zou hebben dat uit het stelsel van de wet afgeleid zou kunnen worden dat de assurantieportefeuille overdraagbaar is. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Immers, de overdraagbaarheid van de assurantieportefeuille past niet in het systeem van de wet en sluit evenmin aan bij de wèl in de wet geregelde gevallen.
- 52.1 Ten eerste zou de verpanding van een assurantieportefeuille die mede opgebouwd is uit goodwill en de daarmee samenhangende (absoluut) *toekomstige* vorderingen ernstig afbreuk doen aan de regel van art. 3:239 lid 1 BW dat op (absoluut) toekomstige vorderingen geen pandrecht gevestigd kan worden. Immers, deze goodwill wordt (mede) gevormd door de verwachting van nog te bemiddelen verzekeringen, terwijl de waarde van deze goodwill in wezen bepaald wordt door de waarde van de *vorderingen* die de assurantiebemiddelaar uit hoofde van deze nog te bemiddelen verzekeringen verwacht te verkrijgen, welke vorderingen derhalve (absoluut) *toekomstig* zijn (want zij vloeien niet voort uit de in art. 239 lid 1 BW vermelde „*reeds bestaande rechtsverhouding*”). Zie hierover Verdaas⁵⁹, die schrijft dat hij de wens om op ruime schaal stille pandrechten te kunnen vestigen op toekomstige vorderingen van de assurantietussenpersoon op de verzekeraar of de verzekeringnemer gerechtvaardigd acht, maar onderkent dat daarvoor een afschaffing van voornoemde regel van art. 3:239 lid 1 BW vereist is.

59. A.J. Verdaas, Pandrecht op een assurantieportefeuille?, FIP 2013/1, blz. 29 (§ 31).

Zoals Verstijlen reeds schreef in zijn annotatie (§ 9) onder het *Dix q.q./ING*-arrest (HR 3 februari 2012, NJ 2012/261), werd met de in dit arrest door Uw Raad gegeven beslissing de aan art. 3:239 lid 1 BW ten grondslag liggende belangenafweging in verregaande mate ondergraven. Zou Uw Raad aanvaarden dat op een assurantieportefeuille als overdraagbaar vermogensrecht een stil pandrecht gevestigd kan worden, dat is dit art. 3:239 lid 1 BW, althans met betrekking tot een assurantieportefeuille die (mede) de uit nog te bemiddelen verzekeringen voortvloeiende en derhalve (absoluut) *toekomstige* vorderingen zou omvatten, tot een dode letter verworden. Zelfs een verzamelpandakte is dan immers niet meer nodig.

52.2 Ten tweede zou een goederenrechtelijke overdracht van een (mede) uit overeenkomsten opgebouwde assurantieportefeuille neerkomen op het overgaan van een rechtsverhouding zònder dat deze wederpartij – de verzekeringnemer – daaraan zijn medewerking verleend heeft, hetgeen in strijd zou zijn met de (mede) aan art. 6:159 BW ten grondslag liggende contractsvrijheid. Dit is een wezenlijk verschil met de verbintenisrechtelijke regeling over de ‘overdracht’ van overeenkomsten (dus: contractsoverneming). Deze regeling kenmerkt zich immers hierdoor, hierdoor dat een partij haar rechtsverhouding tot de wederpartij kan ‘overdragen’ „*met medewerking van deze laatste*” (art. 6:159 lid 1 BW).

52.3 Ten derde stuit de overdraagbaarheid van een assurantieportefeuille als algemeenheid van goederen af op de hiervóór (§§ 25 t/m 29) reeds vermelde wetssystematische bezwaren.

D.2.3 Conclusie onderdeel 2

53. Met het voorgaande is gegeven dat onderdeel 2 slechts kan falen.⁶⁰ Niet alleen omdat de wet niet bepaalt dat een assurantieportefeuille als ‘ander recht’ in de zin van art. 3:83 lid 3 BW overdraagbaar zou zijn (hoofdstukdeel **D.2.1**), maar ook omdat een goederenrechtelijke overdracht van een assurantieportefeuille niet past in het systeem van de wet (**D.2.2**).

60. In het voorgaande is subonderdeel 2.2 niet afzonderlijk besproken. Dit onderdeel heeft echter geen zelfstandige betekenis en kan (verder) derhalve onbesproken blijven. Dat geldt ook voor de voortbouwklacht van subonderdeel 2.5.

E. UITLEIDING

54. De sterke positie van banken in geval van insolventie is al langer onderwerp van discussie. Onderdeel van deze discussie is de in dit geschil door de bank aan Uw Raad voorgelegde rechtsvraag of ook nog eens een assurantieportefeuille als vermogensrecht verpand zou kunnen worden. In deze discussie heeft Uw Raad de figuurlijke bal bij de wetgever gelegd. Nadat Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie (§ 3.43) voor het *Van Leuven q.q./ING*-arrest (HR 1 februari 2013, NJ 2013/156) constateerde dat het door de wetgever geviseerde evenwicht tussen separatisten en concurrente schuldeisers bij verhaal geleidelijk aan zoekgeraakt is, oordeelde Uw Raad namelijk met zoveel woorden dat het aan de *wetgever* is om te beoordelen of de belangen van (concurrente) schuldeisers tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is (rov. 4.1). In zijn afscheidscollege⁶¹, van 29 september 2017, getiteld *Het faillissement, een paradijs voor banken*, zei S.C.J.J. Kortmann over dit oordeel dat het hout snijdt, omdat de signaleerde onbalans niet veroorzaakt is door de rechtspraak, maar door onze wetgeving, welke wetgeving het mogelijk maakt dat zekerheden gevestigd kunnen worden „*op vrijwel alle activa van de kredietnemer en dat de opbrengst daarvan buiten het faillissement om geheel naar de bank gaat.*” Juist op dit punt – wetgeving – verschilt de thans aan Uw Raad voorgelegde rechtsvraag van eerdere (rechts)vragen die aan Uw Raad voorgelegd zijn. Immers, de verpanding van een assurantieportefeuille komt neer op een verpanding van een *algemeenheid van goederen*, welke algemeenheid van goederen volgens de huidige wetgeving nu juist geen object is van goederenrechtelijke rechten, zodat deze wetgeving het in casu *onmogelijk* maakt dat een goederenrechtelijk zekerheidsrecht gevestigd zou kunnen worden op een assurantieportefeuille. Voornoemde vraag of een assurantieportefeuille als vermogensrecht verpand zou kunnen worden, kan derhalve slechts ontkennend beantwoord worden.

61. De volledige tekst van dit afscheidscollege (die tevens een Van der Grintenlezing was) is te vinden op de website: www.ru.nl/rechten/@1125651/afscheidsrede-bas-kortmann-faillissement-paradijs/.

55. Op grond van al het voorgaande moge het Uw Raad behagen om cassatieberoep te verwerpen, met zodanige beslissing als Uw Raad passend acht; kosten rechtens.

* * *