

Hoge Raad der Nederlanden

Zitting: 7 december 2018

Zaaknummer Hoge Raad: 18/02869

DUPLIEK

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!

De voor de bank gegeven schriftelijke toelichting van mrs. B.T.M. van der Wiel en A. Stortelder (hierna: STB) noopt tot het maken van de volgende opmerkingen.

Onduidelijkheid over begrip ‘assurantieportefeuille’ niet te verhullen

1. Wil sprake kunnen zijn van een goed in de zin van art. 3:1 BW, dan moet duidelijk zijn wat dit goed is resp. wat onder dit goed verstaan moet worden. Uit de STB blijkt echter dat – zoals in onze schriftelijke toelichting aangevoerd is (hoofdstukdeel **D.1.1**) – onduidelijk is wat een assurantieportefeuille nu eigenlijk precies is.
 - (i) Zo onderkennen STB-§§ 4.9 en 4.10 dat de in de Wft geregelde assurantieportefeuille – die gezien art. 4:102 Wft alleen uit *verzekeringen* bestaat – afwijkt van hetgeen „*in het normale spraakgebruik*” begrepen zou worden onder het begrip assurantieportefeuille.¹
 - (ii) Zo ook vermeldt STB-§ 4.14 dat de vraag is „*of (het recht op) de assurantieportefeuille (al dan niet in relatie tot één verzekeraar) als één vermogensrecht kan worden aangemerkt*”. Aldus maakt de STB kenbaar dat niet eens duidelijk is of een assurantietussenpersoon die, zoals in casu, een netwerk van verzekeraars heeft, één assurantieportefeuille heeft met daarin verzekeringen van méérdere verzekeraars, of dat hij méérdere assurantieportefeuilles heeft, namelijk één per verzekeraar.²
 - (iii) Zo voorts bevat STB-§ 5.12 de vermelding dat aan de portefeuille „*een web aan verbintenisrechtelijke verhoudingen*” verbonden zou zijn en dat bepaalde

1. Zie over deze onduidelijkheid ook § 19 bij nr. (ii) van onze schriftelijke toelichting.

2. Zie over deze onduidelijkheid ook § 19 bij nr. (i) van onze schriftelijke toelichting.

rechten en verplichtingen uit met de assurantieportefeuille „*verbonden*” overeenkomsten kunnen „*achterblijven*” bij de oorspronkelijke partijen. Die vermelding bevestigt nu juist dat onduidelijk is welke overeenkomsten nu – geheel of gedeeltelijk – tot de assurantieportefeuille zouden behoren.³

Gezien deze onduidelijkheid, kan de vraag of een assurantieportefeuille een (overdraagbaar) vermogensrecht is niet (zinvol) beantwoord worden. Vaagheid is in het goederenrecht immers uit den boze.

Algemeenheid van goederen is geen goederenrechtelijk rechtsobject

2. STB-§ 4.14 erkent met zoveel woorden dat goederenrechtelijke rechten slechts op één goed tegelijk kunnen rusten. Bovendien erkent STB-§ 4.13 dat het Nederlandse recht een algemeenheid van goederen niet als object van goederenrechtelijke rechten kent.⁴ Haaks daarop staat echter de bewering in STB-§ 4.14 dat aan de erkenning van een assurantieportefeuille als vermogensrecht niet in de weg zou staan dat een assurantieportefeuille „*meerdere elementen omvat (verschillende overeenkomsten, (vorderings)rechten en verplichtingen en goodwill)*”. Die bewering snijdt echter geen hout. Immers, juist omdat een assurantieportefeuille opgebouwd is uit goederen (vorderingsrechten) of zelfs mede uit niet-goederen (overeenkomsten en goodwill), is sprake van een door het recht (dus) niet als goederenrechtelijk rechtsobject erkende algemeenheid van goederen.⁵ De Rechtbank komt in rov. 4.8 dan ook tot het juiste oordeel dat in casu sprake is van een „*algemeenheid van goederen*” die „*geen goederenrechtelijke eenheid*” is. Verwezen zij naar onze schriftelijke toelichting (hoofdstukdeel **D.1.2**).
3. Ter onderbouwing van de bewering in STB-§ 4.14 dat het door Uw Raad erkennen van een assurantieportefeuille als vermogensrecht zou passen in het stelsel van de wet, maakt STB-§ 4.14 een vergelijking met „*een aandeel in een onderneming*”. Deze vergelijking gaat echter mank, aangenomen dat door de STB bedoeld is om

3. Zie over deze onduidelijkheid ook § 21 van onze schriftelijke toelichting.

4. In STB-§ 4.13 is geschreven dat het Nederlandse recht „*in beginsel*” geen algemeenheid van goederen als object van goederenrechtelijke rechten zou kennen. Deze ‘in beginsel’-nuancering vindt geen steun in het recht en is in de STB (dan ook) niet uitgewerkt.

5. Zie ook § 28 van onze schriftelijke toelichting.

een vergelijking te maken met een aandeel in een *vennootschap*. Immers, het aandeel in een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid – welke vennootschappen als rechtspersoon zelfstandig, gelijk aan natuurlijke personen, goederen kunnen verkrijgen (artt. 2:3 en 2:5 BW) – wordt gezien als een bijzonder *vorderingsrecht*, nu de *schuld* die voor de vennootschap jegens de aandeelhouder ontstaat van een eigen specifieke aard is.⁶ Niet valt in te zien waarom dit aandeel – dat bijzondere vorderingsrecht – een algemeenheid van goederen zou zijn. Daarmee valt niet in te zien waarom deze vergelijking een hout snijdend argument zou kunnen opleveren voor de conclusie dat in het stelsel van de wet zou passen dat een assurantieportefeuille, die (dus) wél een algemeenheid van goederen is, een vermogensrecht zou (kunnen) zijn.

Voor zover door STB-§ 4.14 wél bedoeld zou zijn om een vergelijking te maken tussen een assurantieportefeuille en een aandeel in een *onderneming*, bevestigt die vergelijking nu juist dat een assurantieportefeuille geen goederenrechtelijk rechtsobject is. Immers, een (aandeel in een) onderneming is geen goederenrechtelijk rechtsobject.⁷

4. STB-§ 4.6 (voetnoot 21) verwijst nog naar arresten die Uw Raad gewezen heeft vóór de invoering van het huidige BW. Uit de parlementaire geschiedenis van het huidige BW volgt intussen echter dat – in de woorden van Tweehuysen⁸ – de wetgever de algemeenheid van goederen gewogen en te licht bevonden heeft. De verwijzing naar deze arresten legt daarom geen gewicht in de schaal.

Goodwill kàn niet ‘belichaamd’ zijn in een assurantieportefeuille

5. STB-§§ 4.5, 5.11 en 5.15 gaan ervan uit dat in casu sprake zou zijn van *belichaamde* goodwill en dat deze goodwill daarom „als onderdeel van” een assurantieportefeuille overgedragen zou kunnen worden (STB-§ 5.15). Aldus miskent de STB dat, zoals de Rechtbank in rov. 4.5 – in cassatie onbestreden –

6. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/286, met verwijzing naar Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 46.

7. Zie ook § 34 van onze schriftelijke toelichting.

8. Zie ook § 26 van onze schriftelijke toelichting, met verwijzing naar V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/17 t/m 21.

geoordeeld heeft, goodwill als zodanig geen vermogensrecht is en alleen overgedragen kan worden „*via de goederen waaraan zij is verbonden.*” Omdat een assurantieportefeuille, als algemeenheid van goederen, per definitie geen goed is (maar juist een samenstel van goederen)⁹, kan in casu geen sprake zijn van in een goed belichaamde goodwill. De curator heeft in CvA-§ 56 dan ook gesteld: „*De assurantieportefeuille bevat immers geen goed, waarin de vermeende belichaamde goodwill kan opgaan.*”

N.B. Bovendien kan de goodwill ook niet belichaamd zijn in *de bouwstenen van* een assurantieportefeuille (nl, vorderingen, overeenkomsten en goodwill). Verwezen zij naar CvA-§ 56, met verwijzing naar V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/105.

Financiering is (blijft) mogelijk zonder pandrecht op assurantieportefeuille

6. STB-§ 7.1 beweert in essentie dat het voor de financieringspraktijk wenselijk zou zijn dat een assurantieportefeuille verpand kan worden. Dat wenselijkheidsargument kan echter niet meebrengen dat een assurantieportefeuille ‘dus’ een (overdraagbaar) vermogensrecht zou zijn. De in onze schriftelijke toelichting vermelde bezwaren (hoofdstukdeel **D.1.2**) – erkenning van een assurantieportefeuille als (overdraagbaar) vermogensrecht strookt niet met de wet, het systeem van het goederenrecht en de parlementaire geschiedenis van het huidige BW – zijn onoverkomelijk.
7. STB-§ 7.2 ‘dreigt’ op dit punt nog dat indien een assurantieportefeuille niet verpand kan worden, daarmee in veel gevallen de bereidheid van banken zou verdwijnen om een assurantietussenpersoon te financieren. Het dringt zich echter op dat de soep niet zo heet gegeten wordt als ze opgediend wordt door de bank. Vooropgesteld zij dat de onderneming van een assurantietussenpersoon niet kapitaalintensief is: veel actief hoeft niet (met externe financiering) verkregen te worden. Daar komt nog bij dat, zoals J. Diamant en R.M. Wibier schrijven¹⁰, het gegeven dat een onderneming niet beschikt over verpandbare

9. Zie ook § 26 van onze schriftelijke toelichting, met verwijzing naar V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (diss. Nijmegen), 2016/17.

10. J. Diamant en R.M. Wibier, De positie van goodwill in het privaatrecht, WPNR 2012/6919, blz. 169.

vermogensbestanddelen, niet meebrengt dat die onderneming ‘dus’ geen krediet zou kunnen krijgen, omdat voor banken „*de potentiële winstgevendheid misschien wel de belangrijkste factor [is] in de beslissing om al dan niet over te gaan tot kredietverstrekking*” en banken nu eenmaal verwachten om terugbetaald te worden „*uit de cash flow van de onderneming en niet uit executie van de zekerheidsrechten.*”¹¹ Bovendien kunnen ook andere (bijvoorbeeld persoonlijke) zekerheidsrechten bedongen worden, zoals de curator gesteld heeft (CvA-§ 68) en de bank zelf ook onderkent (STB-§ 7.2). Derhalve moet aangenomen worden dat de financiering van een assurantietussenpersoon ook mogelijk is (blijft) zonder pandrecht op een assurantieportefeuille als zodanig.

8. Het cassatieberoep blijft daarom voor verwerping gereed liggen.

* * *

11. Zie ook (het in STB-voetnoot 2 vermelde) J.P. Uittenbroek en B.M. van Wijk (beiden als advocaat werkzaam bij Houthoff), Rechtbank over verpanding gehele assurantieportefeuille: niet mogelijk!, TAV 2018/106, blz. 29: „*De overdraagbaarheid en daarmee verpandbaarheid van assurantieportefeuilles als geheel wordt van groot belang geacht door assurantietussenpersonen voor het verkrijgen van krediet. Of dat inderdaad het geval is valt te bezien, aangezien vergelijkbare financiële dienstverleners zoals hypotheekbemiddelaars niet over een vergelijkbaar recht beschikken maar zich ook weten te financieren.*”