

Mr. dr. C.J. de Jong*

De portefeuille van een verzekeringstussenpersoon

In de verzekeringswereld is ‘portefeuille’ een veel gebezigd begrip – ook in de landen om ons heen. Een begrip, bovendien, dat zich laat kenmerken als een containerbegrip. Als men het heeft over een portefeuille, kan daarmee de portefeuille van een verzekeraar bedoeld zijn, maar ook de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon of de portefeuille van een bepaalde verzekeringnemer. In het eerste geval gaat het om alle door de verzekeraar gesloten overeenkomsten van verzekering of een gedeelte daarvan.¹ In het laatste geval bestaat de portefeuille uit alle door een verzekeringnemer gesloten overeenkomsten van verzekeringen, ongeacht of hij deze rechtstreeks met een verzekeraar heeft gesloten of door bemiddeling van een verzekeringstussenpersoon. In deze bijdrage gaat het om de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon.² Ik beschouw diens portefeuille hierna vanuit verschillende invalshoeken.

1. HET BEGRIP ‘PORTEFEUILLE’

Zelfstandig werkende verzekeringstussenpersonen, zo gold vanaf de opkomst van deze beroepsgroep, hadden een portefeuille.³ Deze portefeuille was het resultaat van hun inspanningen die enerzijds waren gericht op het opbouwen van een kring van relaties en anderzijds op het sluiten van verzekeringen bij deze relaties. Met het eerste legden zij de basis voor hun verzekeringsbemiddelingsbedrijf en met het tweede gaven zij invulling aan hun rol als handelsagent. Het begrip ‘portefeuille’ was geen juridisch begrip, maar een in verzekeringskringen – of, ruimer, in het maatschappelijk verkeer – gebezigd begrip.⁴

Ingevolge artikel 4:102 Wet op het financieel toezicht (Wft) behoort een verzekering die door bemiddeling van een verzekeringstussenpersoon tot stand is gekomen of naar diens portefeuille is overgeboekt – in de relatie tot de betrokken verzekeraar – tot de portefeuille van die verzekeringstussenpersoon zolang die verzekering daaruit niet is overgeboekt. Het gaat hier om een via de Wet financiële dienstverlening (Wfd)⁵ in de Wft⁶ terechtgekomen bepaling, die haar oorsprong vindt in hoofdstuk VI

‘Van de rechtspositie van de tussenpersonen’ (artikel 17-19) Wet Assuratiebemiddeling (WAb)⁷ en qua strekking identiek is aan artikel 12 Wet assuratiebemiddelingsbedrijf (Wabb)⁸. Geen van deze wetten bevat een definitie van het begrip ‘portefeuille’ en de wettelijke betekenis van dit begrip is evenmin te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis van deze wetten. Wel bevat de wetsgeschiedenis van de WAb een indicatie van wat daaronder moet worden verstaan. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer lezen we:

‘Hij [de verzekeringstussenpersoon, CJJ] 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 overeenkomsten wordt*

* Mr. dr. C.J. de Jong is onafhankelijk consultant, als onderzoeker verbonden aan het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS) en medewerker van dit tijdschrift.

1. Ook een deelportefeuille van een verzekeraar kan als ‘portefeuille’ worden aangemerkt. Een deelportefeuille kan betrekking hebben op een marktsegment (‘bedrijvenportefeuille’), een productgroep (‘transportportefeuille’) of een afzetkanaal (‘beursportefeuille’).
2. De Wet op het financieel toezicht (Wft) hanteert de term ‘bemiddelaar’, maar in deze bijdrage gebruik ik het in de Richtlijn verzekeringsbemiddeling en de nieuwe Richtlijn verzekeringsdistributie gedefinieerde begrip ‘verzekeringstussenpersoon’ voor de bemiddelaar in verzekeringen.
3. In het spraakgebruik bestond deze portefeuille uit alle verzekeringen die een verzekeringstussenpersoon in portefeuille had. In werkelijkheid was het echter – behalve bij verzekeringstussenpersonen die slechts voor één verzekeraar bemiddelden – een verzameling portefeuilles, namelijk een portefeuille per verzekeraar bij wie hij verzekeringen had ondergebracht.
4. Zie in dit verband Rb. Utrecht 3 december 1930, NJ 1931/770. Zij overwoog ‘dat onder een verzekeringsportefeuille verstaan moet worden, en in het maatschappelijk verkeer ook verstaan wordt, de zaak van een verzekeringsagent met den daarbij behorenden goodwill’ en ‘dat in tegenwoordig maatschappelijk verkeer ene verzekeringsportefeuille niet wordt beschouwd als een conglomeraat van posten alléén, doch ook als zelfstandig geheel (...)’.
5. Wet van 12 mei 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening, *Stb.* 2005, 339.
6. Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop, *Stb.* 2006, 475.
7. Wet van 18 januari 1952, houdende een regeling van het assuratiebemiddelingsbedrijf, *Stb.* 1952, 34.
8. Wet van 7 februari 1991, houdende regeling van het assuratiebemiddelingsbedrijf, *Stb.* 1991, 78.

in het spraakgebruik met het woord “portefeuille” aangeduid [cursivering CJJ].⁹

Voor de goede orde: het betreft hier geen toelichting op het WAb-begrip ‘portefeuille’, maar een schets van het commercieel opereren van een verzekeringstussenpersoon.¹⁰ In diens kort na het van kracht worden van de WAb verschenen handleiding bij deze wet ging Pestman uitvoerig in op de daarin opgenomen productie- en portefeuille-eisen, maar hij liet in het midden wat onder het begrip ‘portefeuille’ moest worden verstaan.¹¹ Van Eijkern deed daarover wel een uitspraak:

‘Onder het tot een “portefeuille” behoren van een verzekering verstaat de wet dus de meestal contractueel ontstane rechtsbetrekking tussen de tussenpersoon en de verzekeraar ten aanzien van die bepaalde verzekering. Die rechtsbetrekking bestaat uit de verplichting van de verzekeraar provisie uit te keren aan de tussenpersoon (artikel 17, eerste lid) en uit de verplichting van de tussenpersoon de hem uitdrukkelijk of stilzwijgend door de verzekeraar opgedragen bemiddelingshandelingen te verrichten. Dit totaal van de bemiddelingshandelingen heet het “beheer”. (...) De portefeuille omvat alleen de concrete verzekering en niet de relatie met de verzekerde in het algemeen.’¹²

Uit een latere publicatie van Pestman blijkt dat deze het niet anders ziet. De portefeuille van een verzekeringstussenpersoon bestaat volgens hem uit de gezamenlijke verzekeringen, die via diens intermediair lopen.¹³ Hij neemt nadrukkelijk afstand van Cohen Jehoram’s opvatting¹⁴ dat de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon enerzijds bestaat uit de rechten uit de concrete overeenkomsten tussen verzekeraar en verzekeringnemer en anderzijds uit de relaties die tot deze overeenkomsten hebben geleid alsmede de relaties die voortvloeien uit de reeds gesloten overeenkomsten. Deze rechten zouden toebeho-

ren aan de verzekeraar en de relaties aan de verzekeringstussenpersoon. Van Huizen is het ten dele niet eens met Cohen Jehoram. Diens vereenzelviging van het recht op beheer met het begrip ‘goodwill’ acht hij onjuist. Hij stelt dat het recht op beheer slechts de mogelijkheid van toekomstig voordeel creëert of – zo men wil – waarborgt, maar onderschrijft Cohen Jehoram’s opvatting dat de goodwill een vermogensrechtelijk subjectief recht is.¹⁵ In haar dissertatie wijdde Vriesendorp-van Seumeren ook de nodige aandacht aan het begrip ‘portefeuille’. Zij nam het standpunt in dat daaronder moest worden verstaan de door de verzekeringstussenpersoon gevormde kring van relaties, bij wie hij verzekeringen heeft lopen.¹⁶ Dit lijkt een herformulering van hetgeen de Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 15 november 1968¹⁷ en A-G Asser herhaalde in zijn conclusie bij het arrest van 13 november 1987¹⁸ namelijk dat de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon bestaat uit het geheel van diens relaties met de door hem als zijn cliënten beschouwde verzekeringnemers. Een belastingzaak gaf de Hoge Raad de mogelijkheid om een nadere invulling te geven van het begrip ‘portefeuille’, maar hij liet deze passeren door niet te reageren op de overweging van Hof Arnhem dat het geheel van rechten en verplichtingen, tezamen de assurantieportefeuille vormt.¹⁹ Het hof verwees daarbij naar een uitspraak van Hof ’s-Gravenhage,²⁰ in een andere belastingzaak, waarin het begrip ‘portefeuille’ – in het economisch verkeer – een dubbele betekenis werd toegekend: enerzijds die van goodwill,²¹ anderzijds die van ‘het geheel van rechten en verplichtingen, welke voor een zelfstandig tussenpersoon voortvloeien uit de, mede door de WAb beheerste, rechtsverhouding, waarin hij tot de verzekeraar staat’.

Tot zover de in het WAb-tijdperk verschenen literatuur waarin aandacht werd besteed aan de portefeuille.²² Tijdens het wetgevingsproces dat zou resulteren in de Wabb

9. Kamerstukken I 1951/52, 870, 11a, p. 10.

10. M.H.P. Claassen & M.R. Laxtermann, ‘Het portefeuillerecht: much ado about nothing’, *FR* 2013, afl. 10, p. 335 (hierna: Claassen & Laxtermann 2013).

11. P.D. Pestman, *Handleiding bij de toepassing van de Wet Assurantiebemiddeling*, ’s-Gravenhage: Nederlandse Unie van Schadeverzekeraars 1954.

12. W.J. van Eijkern, *Wet assurantiebemiddeling voorzien van commentaar*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1958, p. 108.

13. P.D. Pestman, ‘De rechtspositie van de zelfstandige assurantietussenpersoon’, *VA* 1962, p. 255.

14. H. Cohen Jehoram, ‘Het portefeuillerecht van de assurantietussenpersoon’, *VA* 1961, p. 286-287 (hierna: Cohen Jehoram 1961).

15. Ph.H.J.G. van Huizen, ‘De assurantieportefeuille van de verzekeringstussenpersoon in faillissement’, *WPNR* 1985, afl. 5736, p. 289.

16. R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *De positie van de assurantietussenpersoon en zijn relatie tot de verzekeringnemer en de verzekeraar* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989 (hierna: Vriesendorp-van Seumeren 1989), p. 44.

17. HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, *NJ* 1969/25 (*Woudsend/Koobs de Hartog*).

18. HR 13 november 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC3290, punt 3.1, *NJ* 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken.

19. HR 2 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6903, *NJ* 1977/384.

20. Hof ’s-Gravenhage 14 april 1967, ECLI:NL:GHSGR:1967:AX5661, *BNB* 1967/200.

21. In 1930 rekende de Rechtbank Utrecht goodwill al tot de portefeuille. Zie noot 4.

22. De overige aan (aspecten van) de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon gewijde literatuur is van recente datum. Zie: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/78; G.H.G.M. van Berkel, ‘Verpanding van verzekeringportefeuilles anders belicht’, *TvI* 2011/29 (hierna: Van Berkel 2011); D.M. Brinkman, ‘Pandrecht op een assurantieportefeuille: een onzekere zekerheid’, *FIP* 2013, afl. 2, p. 61-66 (hierna: Brinkman 2013); Claassen & Laxtermann 2013; C.J. de Jong, ‘De verzekeringsportefeuille in het Wfd-tijdperk’, *de Beursbengel* 2005, afl. 747; C.J. de Jong, ‘De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de assurantietussenpersoon’, in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht. Deel 3*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 29-51 (hierna: De Jong 2012); C.J. de Jong, in: *Groene Serie Toezicht financiële markten*, aant. bij artikel 4:101-4:104 Wft, Deventer: Kluwer 2014; C.J. de Jong, ‘De spelers en het toezicht’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, hfdst. 3 (hierna: De Jong 2015a); C.J. de Jong, ‘Aansprakelijkheid van de opvolgende verzekeringstussenpersoon’, *TAV* 2015/22 (hierna: De Jong 2015b); C.J. de Jong, in: *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aant. bij artikel 4:101-4:104 Wft; M. Jongkind, ‘De aansprakelijkheid van de assurantietussenpersoon na een portefeuilleoverdracht’, *AV&S* 2013/23; B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond & K.B. van Dijk, ‘Verpanding assurantieportefeuille’, *ORP* 2013, afl. 2, p. 35-44 (hierna: Jonk-van Wijk, De Rond &

vroeg de PvdA-fractie de indieners van het wetsontwerp wat 'de portefeuille' nu precies was. Dit mede in het licht van de dissertatie van Vriesendorp-van Seumeren. Hun antwoord luidde dat 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. De beschouwingen van Vriesendorp-van Seumeren leidden voor zover zij konden constateren niet tot andere conclusies.²³

De op 1 april 1991 van kracht geworden Wabb, die evenals de WAb het karakter had van een wettelijke regeling ter bescherming van de belangen van de verzekeringstussenpersoon, gaf echter een ander beeld van de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon. Artikel 12 Wabb luidde:

'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.'

Het door de betrokken ministers in reactie op de vraag van de PvdA-fractie gegeven antwoord is niet in overeenstemming met de uiteindelijke Wabb-bepaling. Dit nog los van het feit dat de verzekeringen geen (overdraagbaar) vermogensobject vormen.²⁴ Het 'in beheer geven van een portefeuille' houdt in dat een verzekeraar het beheer van door hemzelf – dus niet door een verzekeringstussenpersoon – beheerde verzekeringen in handen geeft van een verzekeringstussenpersoon. In artikel 12 Wabb is echter sprake van het overboeken naar een verzekeringstussenpersoon.²⁵ Overboekingen kunnen het sluitstuk zijn van een intermediairwijziging op verzoek van de verzekeringnemer, van een door een verzekeringstussenpersoon beoogde overdracht van zijn portefeuille of een deel daarvan, van het in beheer geven van een verzekering door de verzekeraar of van een overgang onder algemene titel.²⁶ Het aan de PvdA-fractie gegeven antwoord geeft slechts een gedeeltelijke invulling van de samenstelling van een portefeuille en gaat bovendien voorbij aan de eerder door de Hoge Raad gegeven invulling. Kortom, naar mijn

mening kan dit antwoord niet worden opgevat als een juridische duiding van het wettelijk begrip 'portefeuille'.

Dat de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon wettelijk gezien enkel bestaat uit het geheel van de door diens tussenkomst gesloten en de – door de verzekeraar – naar hem overgeboekte overeenkomsten van verzekering gaat mij te ver. Artikel 12 Wabb ziet op de tussen de verzekeringstussenpersoon en de verzekeraar bestaande rechtsverhouding, in het kader waarvan de wetgever – anders dan bij bemiddeling in consumenten- of hypothecair krediet²⁷ – de verzekeringstussenpersoon portefeuillerechten heeft toegekend.

Artikel 12 Wabb werd geïmplementeerd in de op 1 januari 2006 van kracht geworden Wfd. Behoudens een aanpassing aan de Wfd-terminologie was artikel 58 Wfd identiek aan de Wabb-bepaling. In de toelichting werd het begrip 'portefeuille' niet nader geduid. Ook in de wetgeschiedenis van de een jaar nadien in werking getreden Wft ontbrak een duiding van hetgeen onder het in artikel 4:102 Wft gebezigde begrip 'portefeuille' moest worden verstaan. De qua strekking aan artikel 12 Wabb identieke tekst van dit artikel luidt:

'Een verzekering die door bemiddeling van een bemiddelaar tot stand is gekomen of naar de portefeuille van een bemiddelaar is overgeboekt, behoort in de relatie tot de betrokken verzekeraar²⁸ tot de portefeuille van die bemiddelaar zolang die verzekering daaruit niet is overgeboekt.'

Door het overnemen van de Wabb-bepaling lijkt de wetgever afstand te nemen van de door de Hoge Raad²⁹ verwoorde invulling van hetgeen onder het begrip 'portefeuille' moet worden verstaan en van opvatting te zijn dat een portefeuille niet mede de klantenkring van een verzekeringstussenpersoon omvat maar dat deze enkel bestaat uit de bij diens klanten gesloten verzekeringen en de daaraan jegens de betrokken verzekeraar(s) geldend te maken aanspraken. Uit het feit dat de artikelen 4:101-4:104 Wft zonder inhoudelijke aanpassing zijn overgenomen en de strekking ervan niet wordt toegelicht, kan naar mijn mening worden afgeleid dat de wetgever deze enkel ter bevestiging van de bestaande rechtsverhoudingen een

Van Dijk 2013); F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, p. 118-119 (hierna: Kaptein 2011); F.J.L. Kaptein, 'Naschrift op: Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *TvI* 2011/30 en A.J. Verdaas, 'Pandrecht op een assurantieportefeuille?', *FIP* 2013, afl. 1, p. 24-29 (hierna: Verdaas 2013).

23. *Kamerstukken II* 1989/90, 20925, 10, p. 19.

24. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/78.

25. Anders dan Van Berkel, die stelt dat de wetgever door het bezigen van de term 'overboeken' aan het begrip 'portefeuille' een strekking heeft willen geven die beperkt lijkt tot een administratieve koppeling tussen een verzekering en een verzekeringstussenpersoon (Van Berkel 2011), ben ik van mening dat de overboeking een aankomsttitel vormt, de rechtsgrond voor het verkrijgen van het portefeuillerecht. Zie: C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent* (diss. Heerlen; ACIS-serie, deel 7), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 (hierna: De Jong 2011), p. 93.

26. Artikel 3:80 lid 2 BW bepaalt hoe goederen onder algemene titel worden verkregen: door erfopvolging, boedelmenging, juridische fusie, juridische splitsing en de – voor verzekeringstussenpersonen niet relevante – rechterlijke goedkeuring van een overdrachtsplan als bedoeld in artikel 3:159c Wft.

27. Bemiddeling in consumenten- respectievelijk hypothecair krediet is een activiteit die nog niet zo lang door tussenpersonen wordt bedreven. Deze hebben geen verleden als handelsagent en evenmin hadden zij een klantenkring waar zij wekelijks over de vloer kwamen om gelden te incasseren, bestaande overeenkomsten (in casu van verzekering) aan te passen en nieuwe te sluiten.

28. Deze bepaling is onzorgvuldig geformuleerd. Immers, blijkens de definities van 'verzekeraar' en 'verzekering' in artikel 1:1 Wft worden ook herverzekeraars en herverzekering aangemerkt als verzekeraars respectievelijk als verzekering. Daarop is artikel 4:102 Wft evenwel niet van toepassing.

29. HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, *NJ* 1969/25 (*Woudsend/Koobs de Hartog*).

plaats heeft willen geven in de Wft en zich daarbij niet bekommerde om de strekking van deze in een toezichtwet eigenlijk niet thuishorende bepalingen.³⁰

Een portefeuille is geen statisch geheel. Een actieve verzekeringstussenpersoon werft nieuwe klanten en door diens bemiddeling worden bestaande verzekeringen gewijzigd en nieuwe gesloten. Bovendien kunnen tot diens portefeuille behorende verzekeringen worden beëindigd of als gevolg van een schriftelijk verzoek tot intermediairwijziging worden overgeboekt naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon. Ik deel de voor het eerst door Cohen Jehoram uitgesproken opvatting³¹ dat het wettelijk begrip ‘portefeuille’ uit twee elementen bestaat: de rechten uit de concrete overeenkomsten tussen verzekeraar en verzekeringnemer én de relaties die tot deze overeenkomsten hebben geleid alsmede de relaties die voortvloeien uit de reeds gesloten overeenkomsten.³² Kort gezegd bestaat de portefeuille uit het geheel van relaties van een verzekeringstussenpersoon en de door deze verzekeringstussenpersoon bij die relaties gesloten en/of door hem beheerde verzekeringen.

Artikel 4:102 Wft ziet enkel op de verhouding verzekeraar-verzekeringstussenpersoon. De daaraan oorspronkelijk ten grondslag liggende beschermingsgedachte past niet in het zuiver marktmodel, waarin vanwege het gevaar van ‘perverse prikkels’ (financiële) banden tussen verzekeraars en verzekeringstussenpersonen niet thuishoren. Deze gedachte past evenmin bij de privaatrechtelijke rol van de verzekeringstussenpersoon als opdrachtnemer van zijn klanten en de verschillende bedieningsconcepten die hij daarbij hanteert. Dit laatste brengt met zich dat er naast de in artikel 4:102 Wft bedoelde rechtsverhouding, die een wettelijke basis heeft, nóg een rechtsverhouding is: de op de overeenkomst van opdracht gebaseerde rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en zijn klanten.³³ Zoals ik eerder heb betoogd, vormt dit aanleiding tot een andere invulling van het begrip ‘portefeuille’, waarin ook rekening wordt gehouden met de thans gebruikelijke bedieningsconcepten.³⁴ De door mij voorgestelde omschrijving luidt:

‘Het geheel van relaties van een verzekeringstussenpersoon die hij adviseert en/of voor wie hij bemiddelt en/of

nazorg pleegt op grond van een met hen gesloten overeenkomst van opdracht ter zake van een of meer verzekeringen.’³⁵

Recentelijk nam ook A-G Langemeijer het standpunt in dat aan het begrip ‘portefeuille’ twee betekenissen kunnen worden toegekend. Hij betreft daarin – naar mijn mening ten onrechte – niet de relatiekring van de verzekeringstussenpersoon maar beperkt zich tot de overeenkomsten waarbij deze als tussenpersoon betrokken is:

‘Met het woord “assurantieportefeuille” kan zowel worden bedoeld op het object van bemiddeling (de verzekeringen die via de verzekeringstussenpersoon zijn gesloten³⁶) als op het geheel van contractuele relaties die de verzekeringstussenpersoon met de verzekeringnemers onderhoudt.’³⁷

Het in artikel 4:102 Wft opgesloten totstandkomingsvereiste brengt met zich dat enkel de door tussenkomst van een verzekeringstussenpersoon, wiens bedieningsconcept (mede) het bemiddelen bij het tot stand brengen van een verzekering omvat, gesloten verzekeringen tot diens portefeuille gaan behoren. De verzekeringstussenpersoon wiens bedieningsconcept bestaat uit het – al dan niet op abonnementsbasis – assisteren bij het beheer en de uitvoering van de verzekeringen van zijn klanten, houdt zich weliswaar bezig met bemiddelen in de zin van artikel 1:1 Wft, maar de betreffende verzekeringen maken geen deel uit van zijn portefeuille. Overigens zij opgemerkt, dat de Wft enkel adviseren als afzonderlijke financiële dienst aanmerkt. Dit geldt niet voor het assisteren bij het beheer en de uitvoering van verzekeringen. De overeenkomst van opdracht bestaande uit het enkel plegen van (bepaalde) nazorg is derhalve strijdig met de publiekrechtelijke invulling van het begrip ‘bemiddelen’.³⁸

Artikel 4:101 Wft heeft het karakter van een gelijkstellingsbepaling: wat geldt met betrekking tot de verhouding tussen een verzekeraar en een bemiddelaar is van overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen een (onder)gevolmachtigd agent en een bemiddelaar en op de verhouding tussen een bemiddelaar en een onderbemiddelaar. ‘Aldus’, zo lezen we in de memorie van toelichting bij de Wfd, ‘kan een verzekeringsovereenkomst tot twee

30. Deze bepalingen waren ook niet bedoeld om verzekeringstussenpersonen nieuwe rechten toe te kennen (Claassen & Lauxtermann 2013, p. 335).

31. Cohen Jehoram 1961, p. 286-287.

32. Dit ondergraft de stelling dat een verzekering tot twee portefeuilles kan behoren (*Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 3, p. 98).

33. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/78; C.J. de Jong, ‘Portefeuillerecht, een privaatrechtelijke paragraaf in de Wft’, *NTHR* 2009, afl. 1, p. 17 (hierna: De Jong 2009).

34. Zie: De Jong 2012, p. 37; De Jong 2015b, p. 32-33.

35. Op soortgelijke wijze kan ook de portefeuille van een tussenpersoon die zich beweegt op het terrein van consumenten- of hypotheecair krediet worden omschreven.

36. Dit is niet in overeenstemming met de omschrijving in artikel 4:102 Wft.

37. Conclusie d.d. 23 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:28, punt 2.2, bij HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525.

38. Uit oogpunt van transparantie en de voor consumenten belangrijke mogelijkheid aangeboden diensten te vergelijken ware het wenselijk dat, bijvoorbeeld in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), wordt vastgelegd welke diensten minimaal moeten worden verleend bij het aangaan van een onderhoudsabonnement.

portefeuilles 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.^{39, 40} Wanneer de verzekeraar zich laat vertegenwoordigen door een (onder)gevolmachtigde agent, behoort een verzekeringsovereenkomst in ieder geval tot de portefeuille van de bemiddelaar in zijn relatie tot de (onder)gevolmachtigde agent.⁴¹ Dit brengt met zich, dat de als onderbemiddelaar optredende verzekeringstussenpersoon voor de uitoefening van zijn rechten inzake de door zijn bemiddeling tot stand gekomen overeenkomsten van verzekering is aangewezen op de verzekeringstussenpersoon voor wie hij bemiddelt. Zijn door zijn tussenkomst tot stand gekomen overeenkomsten van verzekering ondergebracht in een volmachtportefeuille, dan moet hij zijn rechten ter zake geldend maken jegens de betreffende (onder)gevolmachtigde agent.

2. PORTEFEUILLERECHTEN

Verzekeringstussenpersonen hebben portefeuillerechten.⁴² Dat zijn jegens verzekeraars ter zake van de tot hun portefeuille behorende verzekeringen geldend te maken rechten. Daarin komt het oorspronkelijk aan de portefeuillebepalingen ten grondslag liggende oogmerk om verzekeringstussenpersonen – de zwakste partij in de verhouding handelsagent-principaal – te beschermen tegen (de willekeur van) verzekeraars tot uitdrukking. Dit beschermingsoogmerk is thans niet meer aan de orde. Enerzijds, omdat verzekeringstussenpersonen niet langer als handelsagent van verzekeraars opereren maar als opdrachtnemer van hun klanten. Anderzijds, omdat de Wft het oogmerk heeft om consumenten te beschermen en daartoe gedragsnormen bevat voor financiële dienstverleners.⁴³

De totstandkomingsgeschiedenis van de WAb leert wat onder portefeuillerechten moet worden verstaan. In het voorlopig verslag lezen we dat deze bestaan uit:

‘1. een recht op provisie over alle premiebedragen, welke ter zake van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen worden betaald, en zulks voor de gehele duur,

gedurende welke die verzekeringen in stand blijven en tot zijn portefeuille behoren;

2. een recht op het beheer van zijn portefeuille, welk beheer medebrengt, dat de tussenpersoon belast is met de premie-inning, met de uitbetaling van schadepensingen, enz.’^{44, 45}

2.1. Recht op provisie

De portefeuillerechten werden vastgelegd in WAb-hoofdstuk VI *Van de rechtspositie van de tussenpersonen*. Artikel 17 WAb bepaalde dat de verzekeringstussenpersoon jegens de verzekeraar aanspraak had op provisie over alle tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Deze bepaling werd ongewijzigd overgenomen in artikel 13 lid 2 Wabb. Vermelding verdient dat de Hoge Raad in 1990 een buitencontractuele aansprakelijkheid van de verzekeraar heeft aangenomen in een geval waarin de verzekeraar instemde met de tussentijdse beëindiging van een verzekering, waardoor de verzekeringstussenpersoon tot wiens portefeuille de betreffende verzekering behoorde niet langer aanspraak kon maken op provisie. De Hoge Raad overwoog:

‘Zoals het hof terecht heeft aangenomen, is niet uitgesloten dat zich omstandigheden voordoen waarin, in het bijzonder ook in de in art. 17 lid 3 bedoelde situatie,⁴⁶ een verzekeraar die onverplicht aan tussentijdse beëindiging van de verzekering meewerkt, daarbij rekening heeft te houden met de gerechtvaardigde belangen van de tussenpersoon in dier voege dat hij onrechtmatig jegens deze handelt zo hij niet zorg draagt dat die tussenpersoon een zekere compensatie voor het verlies van zijn provisieaanspraak ontvangt.’⁴⁷

Mij lijkt, dat deze redenering sinds 1 april 2002 niet meer kan worden gevolgd, omdat toen het recht op provisie alsmede de in artikel 17 lid 3 Wabb neergelegde compensatieregeling is komen te vervallen.⁴⁸ Aan het laten vervallen van het recht op provisie lag ten grondslag de overweging dat de vrije marktwerking daardoor zou worden belemmerd:

39. Een voorbeeld van laatstgenoemde verhouding is die tussen de verzekeringstussenpersoon en de als *placing broker* optredende beursmakelaar. Zie: C.J. de Jong, ‘De placing broker, zijn rechtsverhoudingen, taken en zorgplicht’, *NTHR* 2015, afl. 1, p. 1-13 (hierna: De Jong 2015c).

40. Beide portefeuillehouders kunnen ten aanzien van die verzekering portefeuillerechten doen gelden doch beiden ten opzichte van een andere partij (*Kamerstukken II* 1988/89, 20925, 6, p. 31).

41. *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 3, p. 98.

42. Gevolmachtigd agenten hebben ook een portefeuille. Deze bestaat uit de met gebruikmaking van de hun verleende bevoegdheid tot stand gebrachte overeenkomsten van verzekering. De door hen gevormde ‘volmachtportefeuille’ is geen portefeuille in de zin van de regelgeving, zodat de wettelijke portefeuillerechten niet voor hen gelden. Uitgebreider: De Jong 2015a, p. 160.

43. De Autoriteit Financiële Markten kan vérstrekkende handhavingsmaatregelen nemen bij schending van een in de Wft of het BGfo opgenomen gedragsnorm. Op het negeren van artikel 4:102 Wft en, meer in het bijzonder, een portefeuillerecht staat evenwel geen publiekrechtelijke sanctie en zal de verzekeringstussenpersoon wiens belangen zijn geschonden zelf tot actie moeten overgaan.

44. *Kamerstukken II* 1948/49, 870, 5, p. 20.

45. Dit beheer wordt in de Wft-definitie van bemiddelen omschreven als het ‘assisteren bij het beheer en de uitvoering van een verzekering’. Zie ook: *Kamerstukken* 2003/04, 29507, 3, p. 69 en *Kamerstukken II* 2005/06 29708, 19, p. 364.

46. Bedoeld is de compensatieregeling van artikel 17 lid 3 Wabb, inhoudende dat een verzekeraar in geval van een schriftelijk verzoek tot intermediairwijziging van een schadeverzekering gehouden is tot de eerstvolgende contractvervaldatum provisie te blijven betalen aan de verzekeringstussenpersoon uit wiens portefeuille de verzekering wordt overgeboekt.

47. HR 11 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2015, *NJ* 1991/151, m.nt. M.M. Mendel (*Van Rossem/Haagman*), r.o. 3.2.

48. Wet van 22 december 1999 tot wijziging van de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf naar aanleiding van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit, alsmede naar aanleiding van een evaluatie van de doelmatigheid van de wet, *Stb.* 1999, 583.

‘enerzijds doordat de prijsconcurrentie tussen tussenpersonen vrijwel niet bestaat en anderzijds doordat zakelijke noch particuliere consumenten mogelijkheden hebben om zelf de soort diensten van een tussenpersoon en de hiervoor verschuldigde prijs te bepalen.’⁴⁹

De door de indieners van het wijzigingsvoorstel als gevolg van het vrijlaten van de beloning van de verzekeringstussenpersoon veronderstelde komst van verschillende bedieningsconcepten en beloningsvormen⁵⁰ liet echter op zich wachten. Deze zouden eerst vorm krijgen als gevolg van de onder het Wft-regime aangepaste beloningsregels.

De Minister van Financiën stelde in zijn wetgevingsbrief van 12 oktober 2010 naar aanleiding van een evaluatie van de in artikel 149a BGfo vastgelegde regels inzake provisie dat met deze regels werd beoogd perverse prikkels die kunnen uitgaan van betaling van provisie uit de markt te bannen, consumenten in staat te stellen markt-disciplinerend op te treden en de toezichthouder te voorzien van middelen om in te grijpen tegen excessen. Daarmee werd een cultuurverandering beoogd.⁵¹

‘De gewenste cultuuromslag van productgedreven verkoop naar klantgerichte advisering vereist dat de nog altijd in deze markt overheersende relatie tussen tussenpersoon en aanbieder moet worden vervangen door zuivere relaties van de consument met adviseur/bemiddelaar en consument met aanbieder. Bij de aanbieder betreft de consument financiële producten en bij de adviseur/bemiddelaar krijgt de consument dienstverlening: advies over wat een passend product is. Nader onderzocht moet worden hoe en op welke termijn dit zuivere marktmodel realiseerbaar is. Daarbij moet onder meer bekeken worden hoe om te gaan met de huidige praktijk dat een adviseur/bemiddelaar administratieve werkzaamheden verricht voor een aanbieder bij de levering van een financieel product.’⁵²

Een en ander resulteerde in beloningsregels⁵³ waarvan een provisieverbod⁵⁴ deel uitmaakt. Het provisieverbod

is thans neergelegd in artikel 86c lid 1 BGfo. Voor zover het verzekeringen betreft houdt dit verbod in dat een financiële dienstverlener⁵⁵ rechtstreeks noch middellijk provisie mag verschaffen of ontvangen voor het bemiddelen of adviseren van individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, betalingsbeschermers, als complex product kwalificerende verzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen en uitvaartverzekeringen.⁵⁶ Rechtstreeks door de klant betaalde provisie is ingevolge artikel 86c lid 2 onderdeel a BGfo toegestaan, op voorwaarde dat de hoogte daarvan niet kennelijk onredelijk is gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening.⁵⁷ Blijkens een uitspraak van de bestuursrechter kan indien bij de klant een *fixed fee* in rekening wordt gebracht het inbouwen van een zekere marge bij de vaststelling van de vergoeding niet als onredelijk, laat staan kennelijk onredelijk, worden beschouwd.⁵⁸

Voor de niet onder het provisieverbod vallende vormen van verzekering geldt het in artikel 86d lid 1 BGfo neergelegde bonusverbod. Dit houdt in dat voor schadeverzekeringen, niet zijnde een betalingsbeschermers, individuele arbeidsongeschiktheidsverzekering of een overlijdensrisicoverzekering,⁵⁹ enkel afsluitprovisie of doorlopende provisie betaald of ontvangen mag worden. In plaats van de door de verzekeraar te betalen provisie kan de verzekeringstussenpersoon met zijn klant een door deze te betalen ‘directe beloning’ overeenkomen. De door de klant te betalen provisie mag echter niet kennelijk onredelijk zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening door de verzekeringstussenpersoon.

Doordat voor verzekeringstussenpersonen het wettelijk recht op provisie op 1 april 2002 is komen te vervallen is een voor hen belangrijk onderdeel van de portefeuillerechten teloorgegaan. Bovendien is de mogelijkheid om bij verzekeraars een contractueel recht op provisie te bedingen aanzienlijk beperkt door het voor een grote groep van verzekeringen geldende provisieverbod. Daar komt bij dat verzekeringstussenpersonen er in toenemende mate voor kiezen om zich ook voor verzekeringen waarvoor het provisieverbod niet geldt rechtstreeks door

49. Kamerstukken II 1998/99, 26531, 3, p. 5.

50. Kamerstukken II 1998/99, 26531, 3, p. 11.

51. Kamerstukken II 2010/11, 31086, 25, p. 1.

52. Kamerstukken II 2010/11, 31086, 25, p. 4.

53. Voor uitvoerige beschouwingen over deze beloningsregels, zie: C.J. de Jong, ‘De beloning voor verzekeringsadvies en -bemiddeling’, *FR* 2012, afl. 7-8, p. 252-263; C.J. de Jong, ‘Nieuwe beloningsregels voor adviseurs, bemiddelaars en direct writers’, *AV&S* 2013, afl. 2, p. 54-61; A.F.N. van de Laar & J.M. van Poelgeest, ‘Nieuwe provisieregels financiële dienstverleners sinds 1 januari 2012 en per 1 januari 2013’, *Bb* 2012/6; M.L. Louisse & J.M. van Poelgeest, ‘Het provisieverbod en het kostprijsmodel: beter voor de klant?’, *Bb* 2012/31; S.Y.Th. Meijer, ‘De assurantiestussenpersoon en het verbod op provisie’, *MvV* 2010, afl. 11, p. 300-305 en E.P. Roelofsen, ‘Provisieverbod (veel) makkelijker is het er helaas niet op geworden’, *FR* 2013, afl. 4, p. 100-108.

54. Het Wft-begrip ‘provisie’ omvat, anders dan voorheen, zowel de door de verzekeraar als de verzekeringnemer aan de verzekeringstussenpersoon betaalde beloning voor diens bemiddelingsactiviteiten.

55. Voor zover het verzekeringen betreft verstaat de Wft hieronder: aanbieders (verzekeraars), adviseurs, bemiddelaars en (onder)gevolmachtigd agenten.

56. Dit geldt enkel voor de na 1 januari 2013, de datum van inwerkingtreding van het provisieverbod, tot stand gekomen verzekeringen.

57. Hiermee dringt de *iustum pretium*-regel, die in het algemene contractenrecht geen plaats heeft gekregen, het contractenrechtelijke domein langs de bestuursrechtelijke weg binnen. Het is nu de publiekrechtelijke *iustum pretium* die de privaatrechtelijke contractsvrijheid op het gebied van financiële dienstverlening aanzienlijk beperkt (O.O. Cherednychenko, ‘Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke *iustum pretium*’, *Contracteren* 2012, afl. 2, p. 45-48).

58. Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892, *JOR* 2015/237, m.nt. S.M.C. Nuijten. De AFM heeft op 14 juli 2015 hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening oordeelde in een tegen dezelfde verzekeringstussenpersoon ingediende klacht dat de in rekening gebrachte kosten buitenproportioneel hoog waren (Kifid 30 maart 2016, nr. 2016-137).

59. De wetgever gaat er ten onrechte van uit dat een overlijdensverzekering een schadeverzekering is.

hun klanten te laten belonen. Een en ander roept de vraag op of de rechtstreeks door de klant betaalde beloning, die deze ingevolge artikel 7:405 lid 1 BW is verschuldigd, kan worden beschouwd als een onder het provisierecht vallende beloning.⁶⁰ Dat is niet het geval.⁶¹ Immers, de portefeuillerechten zien op de relatie tussen de verzekeringstussenpersoon en de verzekeraar.

2.2. Recht op beheer

In het hierboven reeds genoemde voorlopig verslag werd gesteld dat het recht op beheer van een geheel andere natuur is dan het recht op provisie. In plaats van een recht zou er eerder sprake zijn van een plicht: 'een plicht namelijk jegens de verzekeraars tot premie-inning, tot accurate premie-afdracht, c.q. tot het uitkeren van schadepenningen en in het algemeen tot het doen van al hetgeen assuradeuren hun in het verkeer met verzekerden opdragen.'⁶² Nu verzekeringstussenpersonen niet meer als handelsagent acteren maar als opdrachtnemer van hun klanten, zijn verzekeraars niet gauw geneigd om een verzekeringstussenpersoon iets op te dragen. Dit om het gevaar te ontlopen dat zij op grond van artikel 6:76 BW aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de gedragingen van de verzekeringstussenpersoon bij de uitvoering van die opdracht. De opdracht ligt nu besloten in de definitie van bemiddelen, in het bijzonder in het 'assisteren bij het beheer en de uitvoering van de verzekering'.⁶³ Privaatrechtelijk gezien kunnen verzekeringstussenpersonen afstand nemen van deze nazorgopdracht door een bedieningsconcept te hanteren dat zich beperkt tot het eigenlijke bemiddelen, te weten het verrichten van werkzaamheden die zijn gericht op het tot stand brengen van een verzekering.

2.2.1. Recht op premie-incasso

Het wettelijk recht op premie-incasso⁶⁴ is geregeld in artikel 4:104 lid 1 Wft. De hoofdregel is dat de bemiddelaar voor de verzekeraar het premie-incasso verzorgt. Dat is echter niet het geval als de bemiddelaar zich bij de verze-

kering tegenover de verzekeraar tot betaling van premie en kosten als eigen schuld heeft verbonden.⁶⁵ Ook kunnen de verzekeraar en de verzekeringstussenpersoon anders overeenkomen. In de praktijk is dat geen uitzondering. De verzekeraar neemt dan het verzorgen van premie-incasso over van de verzekeringstussenpersoon – doorgaans tegen betaling van een vast bedrag per incasso.

Gevolg gevend aan het verzoek van de AFM in haar wetgevingsbrief van 13 september 2012 heeft de Minister van Financiën, na consultatie van de markt, een wijzigingsvoorstel met betrekking tot het recht op premie-incasso ingediend.⁶⁶ Het wijzigingsvoorstel werd ingegeven door het feit dat de verrekening van de geïnde premies verloopt via een rekening-courantverhouding waardoor een financiële band wordt gecreëerd tussen de verzekeraar en de verzekeringstussenpersoon. Omdat hierdoor ongewenste sturing door de verzekeraar kan plaatsvinden, past het automatisch recht op premie-incasso niet in de nieuwe verhoudingen in de markt die met het provisieverbod zijn beoogd. In plaats van het wettelijk recht op premie-incasso kan voor de niet onder het provisieverbod vallende schadeverzekeringen een contractueel recht op premie-incasso worden overeengekomen tussen de verzekeraar en de verzekeringstussenpersoon⁶⁷ – dus voor schadeverzekeringen met uitzondering van betalingsbeschermers en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.⁶⁸ Algemeen aanvaard is, dat de verzekeringstussenpersoon bij het wettelijk recht op premie-incasso optreedt als vertegenwoordiger van de verzekeraar. Fouten en nalatigheden van de verzekeringstussenpersoon bij het premie-incasso zijn derhalve voor rekening en risico van de verzekeraar.⁶⁹ Bij een contractueel recht op premie-incasso is dit niet anders.

In de memorie van toelichting bij de Wijzigingswet financiële markten 2015 wordt gewezen op artikel 4:15 Wft,⁷⁰ waarvan het tweede lid een delegatiebepaling is, die de

60. Ook de door de verzekeraar betaalde provisie kan worden aangemerkt als een beloning op grond van artikel 7:405 lid 1 jo. artikel 7:400 lid 2 BW. Zie: De Jong 2011, p. 109; S.Y.Th. Meijer, 'Over provisie en de zorgplicht van de assurantiestussenpersoon', *MvV* 2009, afl. 12, p. 303-304.

61. Anders: Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 38-39.

62. *Kamerstukken II* 1948/49, 870, 5, p. 21.

63. De Richtlijn verzekeringsbemiddeling is nog explicieter: 'het assisteren bij het beheer en de uitvoering van verzekeringsovereenkomsten, in het bijzonder in het geval van een schadegeval [cursivering CJJ]'. Dit assisteren ziet niet enkel op het plegen van nazorg ten behoeve van de verzekeringnemer respectievelijk de verzekerden die een aanspraak op de door deze gesloten overeenkomst van verzekering geldend kunnen maken maar ook op het premie-incasso ten behoeve van de verzekeraar (*Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 3, p. 69).

64. In haar conclusie bij HR 8 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4453, *NJ* 1983/479, m.nt. F.H.J. Mijnsen, stelt A-C Biegman-Hartogh, verwijzend naar artikel 19 lid 1 WAb (thans artikel 4:104 lid 1 tweede volzin Wft), dat tegenover de hem toekomende rechten op de tussenpersoon de verplichting rust de door hem geïnde premies af te dragen en rekening en verantwoording van zijn beheer over de bij de verzekeraar gesloten verzekeringen af te leggen. Zie ook: C.J. de Jong, 'De verantwoordings- en rekenplicht van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent', *TAV* 2016/48 (hierna: De Jong 2016).

65. Hiervan is sprake als de polis een delcredere-beding bevat. Is dat het geval dan is de verzekeringnemer ingevolge artikel 7:936 lid 1 BW jegens de verzekeraar gekwetend voor zover de premie en kosten voor rekening van de verzekeringstussenpersoon zijn gekomen of aan hem zijn voldaan.

66. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2015) (*Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 2).

67. Dit staat echter niet in de wettekst, maar in beginsel zijn de verzekeraar en de verzekeringstussenpersoon vrij om een contractueel recht op premie-incasso overeen te komen (P.M. Leerink, 'Het recht op premie-incasso door de tussenpersoon: ontwikkelingen en enkele praktische perikelen toegelicht', *TAV* 2015, afl. 2 (hierna: Leerink 2015), p. 34).

68. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 3, p. 71.

69. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/264; De Jong 2011, p. 98; P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011; Vriesendorp-van Seumeren 1989, p. 190-192.

70. Artikel 4:15 lid 1 Wft verplicht de verzekeringstussenpersoon zijn bedrijfsvoering zodanig in te richten dat deze een beheerste en integere uitoefening van zijn bedrijf waarborgt.

mogelijkheid biedt om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen met betrekking tot het premie-incasso van onder het provisieverbod vallende verzekeringen.^{71,72}

Dit om te voorkomen dat van het recht op premie-incasso sturing uitgaat, die in de weg kan staan aan het handelen in het belang van de klant door de verzekeringstussenpersoon. Nu voor onder het provisieverbod vallende verzekeringen het wettelijk recht op premie-incasso komt te vervallen, kan deze algemene maatregel van bestuur enkel betrekking hebben op een contractueel bedongen recht op premie-incasso. Dit brengt met zich dat een verzekeringstussenpersoon voor alle vormen van verzekering, ongeacht of deze wel of niet onder het provisieverbod vallen, met verzekeraars een contractueel recht op premie-incasso én een passende beloning voor het incasseren kan overeenkomen.⁷³

De gewijzigde regeling inzake het premie-incasso wordt van kracht op 1 januari 2017.⁷⁴

Verzekeringstussenpersonen kunnen zich ook zonder dat zij een wettelijk of contractueel recht op premie-incasso hebben bemoeien met het premie-incasso. In de meeste gevallen gaat het dan om het treffen van een betalingsregeling. Een voorbeeld daarvan is een zaak waarover Hof 's-Hertogenbosch in hoger beroep moest oordelen.⁷⁵

In casu was een verzekeringnemer niet in staat om de door een gevolmachtigd agent op 14 januari 2012 gestuurde factuur voor zijn op 30 december 2011 gesloten opstal- en inboedelverzekering te voldoen. In het kader van een met zijn verzekeringstussenpersoon getroffen regeling betaalde hij op 10 februari 2012 de helft van de verschuldigde premie, vermeerderd met een kostenopslag van € 5 voor diens bemoeienis, aan deze verzekeringstussenpersoon en deze betaalde op 1 maart 2012 de ontvangen premie door aan de gevolmachtigd agent. De verzekeringnemer betaalde de tweede helft van de premie plus de door de verzekeringstussenpersoon bedongen kosten ad € 5 op 5 april 2012, waarna de verzekeringstussenpersoon de premie op 4 mei 2012 doorbetaalde aan de gevolmachtigd agent. De verzekering werd op 17 april 2012 door de gevolmachtigd agent beëindigd wegens het niet tijdig voldoen van de verschuldigde premie.⁷⁶ Op 12 mei 2012 ontstaat een waterschade. De gevolmachtigd agent wijst vergoeding van de op € 74 821 begrote schade af, omdat deze was ontstaan na beëindiging van de verzekering. Het hof is van oordeel dat de verzekeringstussenpersoon door de op 5 april ontvangen premiebetaling pas op 4 mei aan de gevolmachtigd agent te betalen, deze niet met bekwame spoed heeft doorgestort en aldus niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende

de tussenpersoon in relatie met een consument mag worden verwacht, hetgeen in casu resulteert in een toerekenbare tekortkoming.

3. BESCHERMING VAN DE PORTEFEUILLE

Een portefeuille verdient zoals ieder ander vermogensbestanddeel bescherming. In het kader van de door de WAb beoogde bescherming van de verzekeringstussenpersoon werden daarom voorwaarden gesteld aan de overboeking van verzekeringen naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon. Meer concreet hield dit in, dat in het artikel waarin het recht op provisie werd geregeld tevens werd bepaald dat een verzekeraar niet eigenmachtig, zonder toestemming van de betreffende verzekeringstussenpersoon, een verzekering mocht overboeken omdat daardoor diens aanspraak op provisie zou komen te vervallen. Er waren twee situaties waarbij dit toestemmingsvereiste niet gold: bij een door de verzekeringnemer ingediend schriftelijk verzoek⁷⁷ tot intermediairwijziging en bij verhuizing⁷⁸ van de verzekeringnemer buiten het werkgebied van de verzekeringstussenpersoon. Met goedvinden en medewerking van de betrokken verzekeraars konden verzekeringstussenpersonen hun portefeuille overdragen.⁷⁹

De Wabb bevatte een regeling van gelijke strekking.⁸⁰ Zij het, met enkele in het oog springende verschillen. Het toestemmingsvereiste gold voortaan ook voor het door een verzekeraar in eigen beheer nemen van een verzekering en bij een verzoek tot intermediairwijziging of een beoogde portefeuilleoverdracht gold als voorwaarde dat de verzekeraar geen bezwaren had tegen de nieuwe verzekeringstussenpersoon. De uitzondering met betrekking tot de verhuizing van de verzekeringnemer kwam te vervallen. Bij het vervallen van het recht op provisie werd het daarop betrekking hebbende tekstgedeelte geschrapt. De aldus geschoonde Wabb-bepaling kwam vervolgens – via de Wfd – in een inhoudelijk identieke vorm terecht in artikel 4:103 Wft. Dit artikel luidt:

‘1. Een verzekeraar boekt niet zonder toestemming van de bemiddelaar of diens rechtverkrijgenden een deel of het geheel van diens portefeuille over naar de portefeuille van een andere bemiddelaar.

2. In afwijking van het eerste lid boekt de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een cliënt diens verzekering uit de portefeuille van een bemiddelaar over naar die van een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar.

71. Te denken valt aan het stellen van een maximumtermijn tussen het incasseren van de premie door de bemiddelaar en het doorgeven daarvan aan de aanbieder (*Kamerstukken II 2014/15, 33918, 3, p. 17*).

72. Deze delegatiebepaling ziet derhalve niet op het premie-incasso bij de niet onder het provisieverbod vallende schadeverzekeringen.

73. Noch in het BW noch in de Wft is een bepaling te vinden die dit verbiedt (*Leerink 2015, p. 35*).

74. *Stb.* 2015, 534.

75. Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1062.

76. Het bepaalde in artikel 7:934 BW was niet van toepassing, aangezien het hier niet ging om de betaling van een vervolgpremie maar van de eerste premie.

77. Artikel 17 lid 3 WAb.

78. Artikel 17 lid 4 WAb.

79. Artikel 18 lid 2 WAb.

80. Artikel 17 Wabb.

3. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing op het door een verzekeraar in eigen beheer nemen van een verzekering.

4. De verzekeraar verleent op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar⁸¹ aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar.’

Artikel 4:103 lid 1 Wft bevat het voor een overboeking geldende toestemmingsvereiste. Gaat een verzekeraar zonder toestemming van de betreffende verzekeringstussenpersoon respectievelijk diens rechtverkrijgenden over tot het overboeken van een tot diens portefeuille behorende verzekering dan is er sprake van een onrechtmatige vervreemding van een vermogensbestanddeel van die verzekeringstussenpersoon respectievelijk diens rechtverkrijgenden. Ingevolge de in het derde lid opgenomen gelijkstellingsbepaling geldt het toestemmingsvereiste eveneens voor het in eigen beheer nemen van een verzekering.

3.1. Verzoek tot intermediairwijziging

Ingevolge artikel 4:103 lid 2 Wft moet een verzekeraar op schriftelijk verzoek van een verzekeringnemer diens verzekering overboeken naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon.⁸² Voor de overboeking van de verzekering is medewerking van de oude verzekeringstussenpersoon niet nodig.

De verplichting om aan een door de verzekeringnemer verlangde overdracht mee te werken geldt niet, indien de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen de verzekeringstussenpersoon naar wiens portefeuille de overboeking zou moeten geschieden. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de bezwaren moeten zijn gericht tegen de overnemende tussenpersoon, niet tegen de overdracht als zodanig.⁸³ Dat een goede werkrelatie tussen verzekeraar en verzekeringstussenpersoon in het verleden onmogelijk is gebleken, is een voorbeeld van een gegrond bezwaar. Het enkele feit dat de verzekeraar een vordering heeft op de verzekeringstussenpersoon die zijn portefeuille of een deel daarvan wil overdragen aan een andere verzekeringstussenpersoon staat niet in de weg aan de geldigheid van die overdracht en geldt derhalve niet als gegrond bezwaar.⁸⁴ Dit geldt evenzeer voor bezwaren met het oog op een efficiënte bedrijfsvoering en voor louter op bedrijfseconomische overwegingen berustende bezwaren.

Merk op, dat de meervoudsvorm wordt gebruikt. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de verzekeraar die slechts één enkel gegrond bezwaar heeft tegen de door de verzekeringnemer aangewezen verzekeringstussenpersoon gehouden is het verzoek tot intermediairwijziging in te willigen. Dat lijkt mij niet de bedoeling. Is dat ene gegronde bezwaar voldoende zwaarwegend dan kan de verzekeraar naar mijn mening gebruikmaken van de geboden escape en het verzoek tot intermediairwijziging naast zich neerleggen. Van de verzekeraar mag overigens, aldus de toelichting bij de gelijkkluidende Wabb-bepaling, in voorkomende gevallen worden verwacht zich in te spannen teneinde voor de verzekeringnemer tot een bevredigende oplossing te komen.

3.1.1. Uitspanning

In de praktijk komt het regelmatig voor, dat een verzoek tot intermediairwijziging wordt ingediend op basis van een daartoe strekkend advies van de beoogde overnemende verzekeringstussenpersoon. Tot de afschaffing van het recht op provisie, die van kracht werd op 1 april 2002, stond daar een zekere rem op, omdat de oude verzekeringstussenpersoon zijn recht bleef houden op de door de verzekeraar te betalen provisie. In zijn arrest van 25 oktober 1985 overwoog Hof Den Haag dat in de praktijk nog wel eens regelingen getroffen worden tussen de oude en de nieuwe verzekeringstussenpersoon, ertoe strekkende dat de nieuwe verzekeringstussenpersoon de provisie incasseert en vervolgens afdraagt aan de oude verzekeringstussenpersoon. Dit is echter een zaak waar de verzekerde buiten staat, en de wet geeft aan de oude tussenpersoon niet het recht een dergelijke regeling als voorwaarde te stellen voor medewerking aan overboeking van de verzekeringen.⁸⁵

Indien een verzekeringstussenpersoon stelselmatig klanten van een andere verzekeringstussenpersoon overneemt door hen aan te zetten om gebruik te maken van de mogelijkheid tot intermediairwijziging spreekt men wel van uitspanning. Niet zelden wordt deze vorm van onrechtmatige concurrentie bedreven door gewezen werknemers of vennoten van een verzekeringstussenpersoon, veelal in strijd handelend met een concurrentie- of relatiebeding. In de jurisprudentie wordt dan doorgaans aangesloten op HR 9 december 1955, NJ 1956/157 (*Boogaard/Vesta*). Uit dit arrest volgt dat van onrechtmatige concurrentie sprake is als is voldaan aan deze drie vereisten:

- a. het stelselmatig en substantieel afbreken van
- b. het duurzame bedrijfsdebiet⁸⁶ van de voormalige werkgever, dat de voormalige werknemer in het ka-

81. Het ware beter om hier overeenkomstig het eerste lid te spreken van ‘de overdracht van een deel of het geheel van de portefeuille van die bemiddelaar’.

82. In beginsel staat het een verzekeringnemer vrij om zich tot een andere tussenpersoon te wenden (Rb. Rotterdam 26 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG7988, r.o. 5.3).

83. *Kamerstukken II* 1988/89, 20925, 3, p. 22.

84. Rb. Utrecht (pres.) 3 juli 1997, ECLI:NL:RBUTR:1997:AH7299, KG 1997/307.

85. Hof 's-Gravenhage 25 oktober 1985, ECLI:NL:GHSGR:1985:AC9074, r.o. 5, S&S 1986/59.

86. Ook in jurisprudentie van recenter datum (bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7457 en Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1076) wordt gesproken over ‘bedrijfsdebiet’, indien een verzekeringstussenpersoon wordt geconfronteerd met vermeende onrechtmatige concurrentie door een ex-werknemer. Overeenkomstig de door Grapperhaus geformuleerde definitie kan onder bedrijfsdebiet worden verstaan: de afzetmogelijkheden van een bedrijf op grond van goodwill, bijzondere kennis en inzichten en gedane investeringen (F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalige werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1995, p. 104-105).

- der van de (arbeids)overeenkomst heeft meehelpen opbouwen
- c. met de hulpmiddelen die hij daartoe vertrouwelijk van zijn voormalige werkgever ter beschikking kreeg.

Jurisprudentie van recente datum leert, dat niet snel wordt aangenomen dat er sprake is van onrechtmatig handelen jegens de verzekeringstussenpersoon uit wiens portefeuille verzekeringen worden overgeboekt. De Rechtbank Leeuwarden overwoog het volgende:

‘In beginsel is toegestaan om zich in vrije concurrentie met [A] op het terrein van verzekeringsbemiddeling te begeven, mits daarbij de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Uit de vrijheid van handel en bedrijf volgt dat de enkele benadering van klanten van de concurrent in beginsel niet onrechtmatig is. Het stelselmatig actief benaderen van klanten van [A] met het oogmerk hen te bewegen de relatie met [A] te beëindigen en voortaan zaken te doen met een ander [B] kan onder omstandigheden wel onrechtmatig geacht worden. Zulke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld eruit bestaan dat oneerlijke middelen worden gehanteerd, zoals misleidende informatie. Eveneens is van belang of doelbewust gebruik is gemaakt van kennis en gegevens die de concurrerende partij, i.c. [B], had met betrekking tot de klanten en de verzekeringen van [A] uit hoofde van zijn eerdere functie bij [D].’⁸⁷

In hoger beroep bekrachtigde het Hof Arnhem-Leeuwarden onder aanvulling van gronden het vonnis van de rechtbank. In zijn arrest overwoog het hof:

‘De verzekerde, wiens verzekering tot de portefeuille van de tussenpersoon behoort, is echter niet gebonden door het portefeuillerecht. Waar de verzekeraar een verzekering die tot de portefeuille van de ene tussenpersoon behoort niet zonder diens toestemming kan overboeken naar de portefeuille van een andere tussenpersoon, staat het de verzekerde zelf vrij om over te gaan van de ene tussenpersoon naar de andere. Het enkele feit dat een verzekerde de keuze maakt voor een andere tussenpersoon vormt

dan ook geen inbreuk op het portefeuillerecht. De tussenpersoon die in dat geval de verzekerde accepteert maakt evenmin inbreuk op het portefeuillerecht. Het overnemen van klanten uit de portefeuille van [geïntimeerde] door [appellant] vormt dan ook geen inbreuk op het portefeuillerecht van [geïntimeerde], ook niet als dit op grote schaal is gebeurd. Van onrechtmatigheid is pas sprake indien [appellant] bij het overnemen van de verzekerden onzorgvuldig heeft gehandeld.’⁸⁸

4. VERMOGENSRECHT

Bezien we de portefeuille vanuit privaatrechtelijk perspectief, dan moeten we vaststellen dat deze waarde heeft en een vermogensbestanddeel vormt. Uit de jurisprudentie en de literatuur van voor de inwerkingtreding van de toezichtwetgeving kan worden geconcludeerd dat een verzekeringsportefeuille een vermogensrecht is.⁸⁹ In publicaties van recentere datum wordt de vraag of de verzekeringsportefeuille een (subjectief) vermogensrecht is veelal beantwoord in het kader van de vraag of een pandrecht kan worden gevestigd op een portefeuille.⁹⁰ Kaptein geeft op overtuigende wijze aan, dat de portefeuille voorwerp van een vermogensrecht is in de zin van artikel 3:6 BW. Ook Brinkman,⁹¹ Jonk c.s.⁹² en Verdaas⁹³ komen tot de conclusie dat de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon een subjectief vermogensrecht is. Volgens Kaptein omvat dit vermogensrecht het recht op premie-incasso en tegenover de desbetreffende verzekeraar het recht op exclusief contact⁹⁴ met zijn cliënten, het recht op bescherming tegen willekeurige overboeking en het recht op overdracht van de portefeuille.⁹⁵ Naar mijn mening is het recht op exclusief contact beperkt en ziet dit enkel op de tot de portefeuille van de verzekeringstussenpersoon behorende verzekeringen. Bovendien is het minder absoluut dan het lijkt.⁹⁶

4.1. Pandrecht

De vraag of op de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon pand kan worden gevestigd werd manifest door het faillissement, in juli 2011, van de Cinjee-groep. Dit conglomeraat van in de verzekeringsbemiddeling actieve bedrijven had door het overnemen van meer dan

87. Rb. Leeuwarden 28 maart 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW2516, r.o. 4.3. Eveneens, in nagenoeg identieke bewoordingen, Rb. Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Middelburg) 16 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ3441, r.o. 4.10.

88. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4796, r.o. 3.6.

89. Cohen Jehoram 1961, p. 262, in navolging van Rb. Utrecht 3 december 1930, *NJ* 1931/770, die de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon aanmerkte als een ‘zelfstandig onderdeel van iemands vermogen’. Dit bleek een standpunt dat ook thans nog opgeld doet. Zie, bijvoorbeeld, wnd. A-G Asser in zijn conclusie bij HR 13 november 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC3290, *NJ* 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken: ‘Die portefeuille vertegenwoordigt een zekere vermogenswaarde (...)’.

90. Dit naar aanleiding van het oordeel van de rechter-commissaris van de Rechtbank Roermond dat de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon als een vermogensrecht is aan te merken waarop een pandrecht kan worden gevestigd (Rb. Roermond 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087, r.o. 17, *JOR* 2012/309, m.nt. A. Steneker).

91. Brinkman 2013, p. 63.

92. Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 36-37.

93. Verdaas 2013, p. 26.

94. Ingevolge artikel 7:932 lid 1 BW moet de verzekeraar polissen en polisaanhangsels rechtstreeks aan de verzekeringnemer afgeven. Voor een uitgebreide verhandeling, zie: C.J. de Jong, ‘Enkele observaties bij de verplichting om een polis af te geven’, *NTHR* 2014, afl. 6, p. 277-288.

95. Kaptein 2011, par. 5.

96. ‘De Wabb noch enige andere wettelijke regeling of ongeschreven verplichting verbiedt een verzekeraar als Stad Rotterdam om, als de omstandigheden daartoe nopen, rechtstreeks contact met verzekerden/verzekeringnemers op te nemen. Integendeel, uit de jurisprudentie van de Raad van Toezicht blijkt, dat in de branche uitdrukkelijk van verzekeraars wordt gevergd dat zij belangrijke mededelingen in voorkomend geval rechtstreeks aan verzekerden/verzekeringnemers doen.’ (Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY7034).

tweehonderd assurantieportefeuilles in amper tien jaar tijd een explosieve groei doorgemaakt. In de meeste gevallen werd de overnamesom niet ineens in geld betaald maar in (variabele) winstrechten, lijfrente- of vaste betalingstermijnen. Ter meerdere zekerheid van de aangevane afbetalingsverplichtingen werden onder andere pandrechten gevestigd op de overgenomen portefeuilles. In veel gevallen meerdere pandrechten – op polisniveau tot wel zes opvolgende pandrechten. De curator achtte verpanding van een portefeuille rechtens niet mogelijk. In zijn ogen is een portefeuille niet meer dan een verzameling van overeenkomsten tussen verzekeraar(s), verzekeringnemer en verzekeringstussenpersoon. En de mogelijkheid om door het beheer van bestaande verzekeringen en het afsluiten van nieuwe verzekeringen een toekomstige omzet te realiseren is volgens hem eerder aan te merken als goodwill dan als een zakelijk recht of goed.⁹⁷

Op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, kan een recht van pand worden gevestigd, aldus artikel 3:228 BW. De vraag is of een portefeuille kan worden aangemerkt als een goed, in het bijzonder of een portefeuille kwalificeert als een vermogensrecht. Ik onderschrijf de met argumenten onderbouwde vaststelling van Verdaas dat een portefeuille een subjectief vermogensrecht en daarom een goed is.⁹⁸ Blijft over de vraag of een portefeuille overdraagbaar is.⁹⁹ Kaptein is wat dat betreft erg stellig: ‘Het portefeuillerecht is als een overdraagbaar vermogensrecht vatbaar voor verpanding, artikel 3:227 jo. 3:228 jo. 3:1 jo. 3:6 BW.’¹⁰⁰ In zijn noot onder het arrest waarin de Hoge Raad afziet van behandeling van de door de Rechtbank Rotterdam gestelde prejudiciële vraag, ‘Is het mogelijk een pandrecht op een assurantieportefeuille te vestigen, ofwel: is een assurantieportefeuille een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW?’, geeft Steneker blijk van zijn waardering voor de opvatting van de Roermondse rechter-commissaris dat verpanding van een assurantieportefeuille mogelijk is:

‘Voor die uitkomst valt veel te zeggen. De assurantieportefeuille is vermogensrechtelijk te kwalificeren als een tegen een ander uit te oefenen recht dat vermogenswaarde heeft, dat in de praktijk verhandelbaar is, en waarvan artikel 4:103 lid 4 Wft ook bepaalt dat het overdraagbaar is. Gelet op artikel 3:228 en 3:98 jo. 3:83 lid 3 BW weten we dan genoeg. Dat een assurantieportefeuille een omhulsel is van elementen die afzonderlijk niet alle verpandbaar zijn (zoals contracten en goodwill) doet dan al niet meer ter zake. Dat voor executoriale overdracht medewerking van de verzekeraar nodig is, doet aan de mogelijk-

heid van verpanding ook niet af: dergelijke beperkingen gelden voor heel veel pandobjecten, zoals de genoemde geblokkeerde aandelen.’

Deze passage, die is op te vatten als een uitwerking van Stenekers opvatting dat dogmatische bezwaren zo veel mogelijk moeten worden weggenomen,¹⁰¹ zal de verzekeringsbranche ongetwijfeld aanspreken – zij het eerder omdat deze een praktische oplossing biedt dan op juridische gronden.¹⁰²

De meest recente uitspraak over het pandrecht is van de Rechtbank Rotterdam. Deze heeft betrekking op een zaak waarin een verzekeringstussenpersoon het particuliere deel van zijn portefeuille à la Cinjee tegen een winstrecht verkocht. De verkoper stelt dat een portefeuille als zelfstandig (voorwerp van) vermogensrecht voor overdracht vatbaar is en dat daar dus ook een pandrecht op kan worden gevestigd. Dit betoog gaat volgens de rechtbank niet op. Zij overweegt:

‘Het begrip portefeuille zoals dat wordt gebruikt in de artikelen 4:102 en 4:103 Wft ziet op de relatie tussen verzekeraar en bemiddelaar. De aldaar bedoelde overdraagbaarheid sorteert geen goederenrechtelijk effect. Artikel 4:104 Wft biedt evenmin een aanleiding om tot de slotsom te komen dat een pandrecht kan worden gevestigd op een assurantieportefeuille. Dit artikel biedt in feite een goodwillbescherming. Uit de Wft kan derhalve niet worden afgeleid dat overdracht van de assurantieportefeuille als zodanig mogelijk is, zodat de Wft evenmin een basis biedt voor de verpanding van de assurantieportefeuille als zodanig. Nu er (ook) geen (andere) wettelijke regeling is die de (goederenrechtelijke) overdracht en levering van een portefeuille als zelfstandig goed mogelijk maakt, moet de conclusie zijn dat geen pandrecht is gevestigd op de assurantieportefeuille als zodanig. In zoverre faalt het betoog van [eiser 2].’¹⁰³

Toch komt de verkoper goed weg. Dat dankt hij aan het feit dat partijen in de akte van verpanding verwijzen naar verkoop- en koopovereenkomst, waarin staat wat partijen verstaan onder de assurantieportefeuille, te weten:

- a. de portefeuillerechten, bestaande uit het recht op provisie en het recht op beheer, (waaronder het recht op premie-incasso), verbonden aan de verzekeringen welke verkoper in beheer heeft. Tot het recht op beheer behoren alle cliënt- en contractgegevens behorende bij de kring van relaties, die door bemiddeling van de verkoper overeenkomsten van verzeke-

97. Deze informatie is ontleend aan het eerste openbare faillissementsverslag d.d. 28 oktober 2011 inzake de tot de Cinjee-groep behorende vennootschappen.

98. Verdaas 2013, p. 26. In gelijke zin: Brinkman 2013, p. 63; Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 39; Rb. Roermond (R-C) 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087, r.o. 17, JOR 2012/309, m.nt. A. Steneker. Anders: Van Berkel 2011, p. 180.

99. Overdraagbaarheid is een noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van het recht van executie.

100. Kaptein 2011, par. 8.1.

101. A. Steneker, *Pandrecht* (Serie Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2012, p. 159.

102. In het door het Verbond van Verzekeraars en de tussenpersonenorganisaties Adfz en OvFD na consultatie van de markt opgestelde Referentemodell Samenwerkingsovereenkomst d.d. 23 november 2015 wordt uitgegaan van de mogelijkheid om een pandrecht op de portefeuille te vestigen. Artikel 20 luidt: ‘Als de adviseur/bemiddelaar de portefeuille van de adviseur/bemiddelaar van bij die aanbieder lopende verzekeringen aan een derde partij wil verpanden, deelt de adviseur/bemiddelaar de voorgenomen verpanding van de portefeuille te voren, bij voorkeur 14 dagen, voordat het pandrecht wordt gevestigd, schriftelijk mee aan de aanbieder.’

103. Rb. Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8495, r.o. 4.7.1 en 4.7.2.

ring en/of financiering bij verzekeringsmaatschappijen hebben gesloten en tot het tijdstip van de koop en verkoop zijn gecontinueerd;

- b. alle boeken, correspondentie, (computer)bestanden en andere bescheiden betrekking hebbende op de hiervoor onder a vermelde rechten.

De rechtbank stelt vast dat zowel ten aanzien van de onder a genoemde rechten als de onder b genoemde roerende zaken een rechtsgeldig pandrecht is gevestigd.

5. VERVREEMDING PORTEFEUILLE

Verzekeringstussenpersonen worden beschermd tegen een aantasting van hun vermogen als gevolg van het ongewild overboeken of in eigen beheer nemen van hun portefeuille. Ingevolge artikel 4:103 lid 1 Wft mag een verzekeraar de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon of een deel daarvan uitsluitend met toestemming van die verzekeringstussenpersoon of diens rechtverkrijgenden overboeken naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon. Dit toestemmingsvereiste geldt ingevolge artikel 4:103 lid 3 Wft eveneens voor het in eigen beheer nemen van een verzekering door een verzekeraar. Het zonder voorafgaande toestemming van een verzekeringstussenpersoon overboeken van diens portefeuille of een deel daarvan is evenals het in eigen beheer nemen van een of meer verzekeringen een inbreuk op het die verzekeringstussenpersoon toekomende recht van beheer.

In een geval waarin de verzekeraar zijn rechtsverhouding met een verzekeringstussenpersoon beëindigde wegens diens frauduleus handelen, oordeelde de Hoge Raad dat de opvatting dat deze beëindiging in de weg zou staan aan de overdracht van de portefeuille geen steun vond in het recht.¹⁰⁴ In zijn noot bij dit arrest stelt Vranken, dat een verzekeringstussenpersoon in het kader van de beoogde versterking van de rechtspositie van de verzekeringsstussenpersoon tegenover de verzekeraar het recht heeft zijn portefeuille over te dragen – desnoods tegen de wil van de verzekeraar.¹⁰⁵ De wil van de betreffende verzekeringnemers speelt hier geen rol.

5.1. Verkrijging onder algemene titel

De verzekeringnemers blijven geheel buiten beeld wanneer een portefeuille in andere handen overgaat als gevolg van een verkrijging onder algemene titel.¹⁰⁶ Dat geldt ook voor de verzekeraar. Immers, bij verkrijging onder algemene titel gaat een rechtsverhouding van rechtswege over van de ene op de andere (verzekeringstussenpersoon). Dus zonder dat daartoe een rechtshandeling van hetzij de verzekeringnemer hetzij de verzekeraar is vereist.

Bij natuurlijke personen gaat het gehele vermogen, waarvan de portefeuille een onderdeel is, krachtens erfopvolging¹⁰⁷ of boedelmenging¹⁰⁸ over op een andere verzekeringstussenpersoon. De overgang van de met de portefeuille verband houdende rechten en verplichtingen vloeit dan voort uit het overlijden van de erflater respectievelijk de voltrekking van het huwelijk. Waar het gaat om het vermogen van een rechtspersoon kan verkrijging daarvan onder algemene titel door middel van een juridische fusie¹⁰⁹ of juridische splitsing¹¹⁰ worden gerealiseerd.

Publiekrechtelijke rechtsverhoudingen hebben in beginsel geen vermogensrechtelijk karakter en kunnen niet onder algemene titel overgaan. De aan een verzekeringstussenpersoon verleende vergunning is zo'n publiekrechtelijke rechtsverhouding, hetgeen met zich brengt dat deze in geval van een verkrijging onder algemene titel niet met de portefeuille overgaat op de verkrijgende natuurlijke of rechtspersoon. Bovendien is deze vergunning ingevolge artikel 2:1 Wft persoonlijk en niet overdraagbaar. De verkrijger zal derhalve ten tijde van de overgang over een Wft-vergunning moeten beschikken.¹¹¹ Een verzekeraar kan als gevolg van een juridische fusie of juridische splitsing worden geconfronteerd met een verzekeringsstussenpersoon met wie hij vóór de overgang van de portefeuille nog geen relatie had. Het is denkbaar dat deze verzekeraar samenwerking met die verzekeringstussenpersoon niet op prijs stelt – bijvoorbeeld, omdat hij in het verleden slechte ervaringen met hem heeft opgedaan of vanwege door de AFM jegens hem getroffen handhavingmaatregelen wegens onzorgvuldig handelen. In dat geval zal hij de door de verzekeringstussenpersoon als gevolg van de fusie of splitsing verkregen portefeuille(rechten) moeten respecteren. In de met deze verzekeringstussenpersoon te sluiten samenwerkingsovereenkomst kan hij vastleggen dat hun samenwerking enkel betrekking heeft op de tot de verkregen portefeuille behorende verzekeringen en niet op nieuwe, door diens bemiddeling tot stand te brengen, verzekeringen.

5.2. Verkrijging onder bijzondere titel

De voor de portefeuille relevante wijze van verkrijging onder bijzondere titel is overdracht. Daarvoor is op grond van artikel 3:84 lid 1 BW vereist dat sprake is van een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en een levering. De Rechtbank Rotterdam stelt dat er daarnaast sprake moet zijn van contractoverneming in de zin van artikel 6:159 BW 'aangezien de wederpartij – de verzekeraar(s) – bij de verzekeringen die tot de portefeuille behoren toestemming moet verlenen om de

104.HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3290, r.o. 4.1.3, NJ 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken.

105.HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3290, NJ 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken, punt 1.

106.Artikel 3:80 lid 2 BW.

107.Erfopvolging heeft plaats bij versterf of krachtens uiterste wilsbeschikking (artikel 4:1 lid 1 BW).

108.Bijvoorbeeld bij huwelijk (artikel 1:94 BW).

109.Artikel 2:309 BW.

110.Hiervan zijn er twee varianten: de zuivere splitsing (artikel 2:334a lid 2 BW) en de afsplitsing (artikel 2:334a lid 3 BW).

111.Erfgenamen van een overleden verzekeringstussenpersoon zijn niet vrijgesteld van de voor verzekeringstussenpersonen geldende vergunningplicht. Ingevolge artikel 2:80 lid 3 Wft kan de AFM echter op aanvraag een (tijdelijke) ontheffing verlenen aan een persoon die met de overleden verzekeringstussenpersoon tot het tijdstip van diens overlijden een duurzame gemeenschappelijke huishouding heeft gehad of aan een niet tot de huishouding behorend kind van de overleden verzekeringstussenpersoon.

eigendomsoverdracht van de portefeuille te effectueren.¹¹² De overdracht van de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon kan echter ook geschieden door het overnemen van een besloten vennootschap die het verzekeringsbemiddelingsbedrijf uitoefent, door inbreng in een vennootschap onder firma of een besloten vennootschap, of door het overdragen van de activa en passiva van het verzekeringsbemiddelingsbedrijf. In het eerste geval is een overgang van de rechtsverhouding van deze als verzekeringstussenpersoon acterende besloten vennootschap niet aan de orde, omdat er geen wijziging komt in de rechtsverhouding met haar klanten. In de beide andere gevallen gaat de rechtsverhouding van de overdragende verzekeringstussenpersoon met de verzekeraar noch die met elk van zijn klanten over op de overnemende verzekeringstussenpersoon. Ook gaan in geen van deze gevallen de rechten en verplichtingen automatisch over.¹¹³ Voor de overdracht is immers een levering vereist.¹¹⁴ Kaptein¹¹⁵ en Jonk c.s.¹¹⁶ besteden uitgebreid aandacht aan de overdracht van de portefeuille en laatstgenoemde beschrijven uitgebreid de wijze van levering van de portefeuille in zijn geheel als vermogensrecht en de individuele vorderingsrechten, de administratie (waaronder het relatiebestand) en de roerende zaken.

5.3. Contractoverneming

Voor het overdragen van zijn portefeuille kan een verzekeringstussenpersoon ook gebruik maken van contractoverneming. Overeenkomstig artikel 6:159 lid 2 BW gaan dan alle rechten en verplichtingen over op de derde. In zijn conclusie bij HR 24 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3039¹¹⁷ omschrijft A-G Hammerstein contractoverneming als volgt:

‘De contractoverneming is een driezijdige rechtshandeling tussen overdrager, overnemer en de wederpartij, waarbij de overgang pas plaatsvindt – zonder terugwerkende kracht – op het moment van wilsovereenstemming tussen alle drie betrokken partijen. Voor de geldigheid van de contractoverneming is een tussen de overdrager en de overnemer opgemaakte akte¹¹⁸ vereist. De wetgever heeft het niet noodzakelijk geacht ook de medewerking van de wederpartij van de overdrager aan het opmaken van de akte voor te schrijven; de noodzakelijke medewerking van de wederpartij, hetzij vooraf, hetzij achteraf – is vormvrij. De Hoge Raad heeft in HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999, 497, rov. 3.3.2 (met betrekking tot de overdracht van een portefeuille van een assurantietussenpersoon), onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 3:37 lid 1 BW, geoordeeld dat medewerking ook in een of meer gedra-

gingen van de wederpartij (van in dat geval verzekeringnemers), dus ook in een stilzwijgen, besloten kan liggen.¹¹⁹ Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De medewerking behoeft dus niet in de vorm van een uitdrukkelijke verklaring te worden gegeven. Door de contractoverneming gaan alle rechten en verplichtingen over op de derde, voor zover niet ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen anders is bepaald (artikel 6:159 lid 2 BW).’

Waar de verkrijgende partij bij verkrijging onder algemene titel de rechtspositie van de overdragende partij voortzet, ontstaat bij contractoverneming voor de verkrijger een nieuwe rechtsverhouding.¹²⁰ De Toelichting Meijers zegt hierover:

‘De wet stelt voorop de onderscheiding van verkrijging van goederen onder algemene en bijzondere titel. De onderscheiding is van belang voor de vraag of de verkrijger de positie van de derde inneemt of als voortzetter van de volledige rechtspositie van zijn voorganger moet worden beschouwd.’¹²¹

Bij het ontbreken van de expliciete medewerking van de wederpartij kan niet veronderstellenderwijs worden uitgegaan van de aanwezigheid van de vereiste medewerking.¹²² Aldus ook het Hof Den Haag, dat als (bijkomende) voorwaarde stelt dat een klant niet alleen moet worden geïnformeerd over de contractoverneming, maar ook in de gelegenheid gesteld moet worden hieraan al dan niet mee te werken:

‘Echter, zelfs als veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat er een brief is verstuurd waarin gewag wordt gemaakt van de overname van de verzekeringsportefeuille van AAG door SAA, zoals uit de getuigenverklaringen van secretaresse A. en B. zou kunnen worden afgeleid, dan is dat nog niet voldoende. Anders dan appellant lijkt te veronderstellen is de enkele mededeling van de overname niet toereikend. Een verzekerde dient niet alleen te worden geïnformeerd over de contractoverneming, hij dient ook in de gelegenheid gesteld te worden hieraan al dan niet mee te werken. Deze medewerking kan onder omstandigheden stilzwijgend geschieden, maar of dat het geval is hangt af van de concrete omstandigheden. Daarbij moet worden bedacht dat contractoverneming een driepartijencontract is, zodat de overgang van de rechtsrelatie tussen appellant en AAG niet zonder wilsuiking van appellant kan plaatsvinden. Het enkele feit dat een verzekerde niet uitdrukkelijk reageert op de me-

112.Rb. Rotterdam 27 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5085, r.o. 4.3.3.

113.Aldus is de strekking van Hof Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1517, r.o. 3.13.

114.Voor de levering van een portefeuille zijn artikel 3:90 BW, artikel 3:94 BW en artikel 3:95 BW van toepassing (Rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7132, r.o. 4.8).

115.Kaptein 2011, par. 7.

116.Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 40.

117.Conclusie van wnd. A-G Hammerstein d.d. 8 augustus 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1876, punt 2.25.

118.Een akte is een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen (artikel 156 lid 1 Rv).

119.HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999/497, r.o. 3.3.2 (*Jut/Aegon c.s.*).

120.Voor een uitgebreide verhandeling, zie: G. van Rijssen, *Contractoverneming* (Serie Recht en Praktijk, deel 144), Deventer: Kluwer 2006.

121.*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 307.

122.HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, r.o. 3.3.2.

dedeling dat de verzekeringsportefeuille wordt overgenomen, kan daarom slechts toereikend zijn indien de verzekerde heeft begrepen dat hij de keuze had al dan niet met de contractoverneming in te stemmen.¹²³

Blijkens een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem is contractoverneming geen mogelijkheid maar een zekerheid:

‘De voorzieningenrechter overweegt dat de overdracht of overvoer van een assurantieportefeuille juridisch moet worden geduid als contractoverneming met betrekking tot een verzameling verzekeringen.’¹²⁴

Anders dan wat jurisprudentie en literatuur leren, beschouwt de voorzieningenrechter enkel de uit de tot een portefeuille behorende overeenkomsten van verzekering voortvloeiende en jegens de verzekeraar geldend te maken rechten als onderwerp van de contractoverneming. Nog afgezien van het gegeven dat deze rechten voor een groot deel non-existent zijn geworden respectievelijk aanzienlijk aan belang hebben ingeboet, gaat hij voorbij aan het feit dat het bij een portefeuilleoverdracht gaat om het overdragen van twee verschillende rechtsverhoudingen.^{125, 126}

Eenzijds de traditionele, in de Wft overgenomen, relatie tussen de verzekeringstussenpersoon en de verzekeraar en anderzijds de op de overeenkomst van opdracht gebaseerde relatie tussen de verzekeringstussenpersoon en zijn klanten. Voor de overnemende verzekeringstussenpersoon is met name deze laatste rechtsverhouding van belang, omdat de advies-, bemiddelings-, respectievelijk nazorgopdrachten uitzicht bieden op uitbreiding van zaken.¹²⁷ Zo ook de Rechtbank Rotterdam:

‘Afgezien van de goederenrechtelijke voorwaarden voor overdracht geldt dat, wil een koper alle rechten uit de assurantieportefeuille geldend kunnen maken (waaronder het recht om voor de bestaande relaties nieuwe verzekeringsovereenkomsten te bemiddelen en daarmee afsluitprovisie en doorlopende provisie te verdienen, en de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit, of verband houden met verzekeringsovereenkomsten die reeds tot stand zijn gekomen door de bemiddeling van de tussenpersoon, zoals provisie-rechten en beheersrechten), noodzakelijk is dat ook de rechtsverhouding tussen de

verkoper en de verzekeraars en tussen de verkoper en de verzekeringsnemers/klanten overgaat. Artikel 6:159 BW is daarop van toepassing, waarbij artikel 4:103 lid 4 Wft ten aanzien van de verhouding met de verzekeraars een hierop toegesneden bepaling bevat.’¹²⁸

Uit de eerste volzin van de hiervoor vermelde passage uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam kan worden afgeleid dat het overdragen van een verzekeringsbemiddelingsbedrijf dient te geschieden door middel van een drietal aktes:¹²⁹

- a. een akte van levering voor het overdragen van de portefeuille in zijn geheel als vermogensrecht en de individuele vorderingsrechten, de administratie (waaronder het relatiebestand) en roerende zaken;
- b. een akte van contractoverneming voor het overdragen van de rechtsverhouding van de verzekeringstussenpersoon met de verzekeraar;¹³⁰ en
- c. een akte van contractoverneming voor het overdragen van de rechtsverhouding van de verzekeringstussenpersoon met zijn klanten.

6. PORTEFEUILLE EN ZORGPLICHT

In de zorgplichtjurisprudentie vormt de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon een belangrijk element bij het bepalen van de jegens zijn klant in acht te nemen zorg. Dat is niets nieuws. Zoals blijkt uit de hiervoor vermelde passage uit de memorie van antwoord bij de WAb wees de wetgever al op de op een verzekeringstussenpersoon rustende (nazorg)plicht met betrekking tot de door hem gesloten – en derhalve tot diens portefeuille behorende – verzekeringen:

‘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 verzekeringen¹³¹ regelmatig toetsen aan de werkelijkheid en daartoe de verzekeringnemers bezoeken; zijn taak is het te waken voor de belangen van deze verzekeringnemers en zodoende de vertrouwenspositie, die hij behoort in te nemen, te bevestigen en te versterken.’¹³²

De in die tijd doorgaans nog als handelsagent actieve verzekeringstussenpersonen, met een verzekeraar als

123. Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:506, r.o. 2.17.

124. Rb. Arnhem (vzr.) 28 februari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA2020, r.o. 4.4.

125. Zie: Rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7132, r.o. 4.10; conclusie d.d. 23 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:28, punt 2.2, bij HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/78; De Jong 2009, p. 17; Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 41; Verdaas 2013, p. 17.

126. Verdaas merkt terecht op dat de tussen de vervreemdende verzekeringstussenpersoon en diens klanten bestaande overeenkomsten niet overgaan door de contractoverneming tussen de verzekeraar en de verzekeringstussenpersoon. Dit, omdat voor de overgang onder bijzondere titel van deze overeenkomsten eveneens contractoverneming dient plaats te vinden, waarvoor medewerking van die klanten is vereist (Verdaas 2013, p. 27). Deze klanten zijn geheel vrij om hun medewerking aan de contractoverneming te onthouden (Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 41).

127. Daar komt bij dat voor de niet onder het provisieverbod vallende verzekeringen de zekerheid van toekomstig provisie-inkomen wordt aangetast als gevolg van de in de ‘Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen particuliere schade- en inkomensverzekeringen’ aan verzekeringnemers geboden optimale keuzevrijheid.

128. Rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7132, r.o. 4.10.

129. Zo ook: Jonk-van Wijk, De Rond & Van Dijk 2013, p. 41.

130. Indien de portefeuille bestaat uit bij meerdere verzekeraars gesloten verzekeringen, zal met elk van deze verzekeraars een akte van contractoverneming moeten worden gesloten.

131. Juister: de door zijn tussenkomst gesloten verzekeringen.

132. *Kamerstukken I* 1951/52, 870, 11a, p. 10.

principaal, hadden niettemin tegelijkertijd een zorgplicht jegens de verzekeringnemers van de door hun bemiddeling tot stand gebrachte verzekeringen. In casu ging het om een buitencontractuele zorgplicht – meer in het bijzonder een nazorgplicht, want de met name genoemde verplichting om de door hem gesloten verzekeringen regelmatig te toetsen aan de werkelijkheid had betrekking op reeds gesloten verzekeringen.

Blijkens recente jurisprudentie, waarin de rol van de verzekeringstussenpersoon er een is van opdrachtnemer van zijn klant, wordt verschillend gedacht over de in acht te nemen frequentie, waarmee deze toetsing moet plaatsvinden. In een geval waarin de verzekeringstussenpersoon verantwoordelijk werd geacht voor het ontstaan van onderverzekering, overwoog de Rechtbank 's-Hertogenbosch:

‘Er is geen algemene rechtsregel, inhoudende dat op een assurantietussenpersoon ook zonder concrete aanleiding altijd de verplichting rust eigener beweging minstens elke twee jaar c.q. periodiek de hoogte van de verzekerde som te toetsen en daartoe contact op te nemen met de verzekerde. Zo’n vergaande algemene verplichting volgt niet uit de jurisprudentie van de Hoge Raad en in ook de literatuur wordt die niet zomaar aangenomen.’¹³³

Verzekeringstussenpersonen maakten een ontwikkelingsgang door: van handelsagent met de verzekeraar als principaal werden zij opdrachtnemer van hun klant.^{134, 135} In zijn conclusie bij het arrest van 24 april 1981¹³⁶ gaf A-G Ten Kate aan waarom verzekeringstussenpersonen in de regel niet langer als handelsagent konden worden beschouwd:

‘Het enkele feit dat een tussenpersoon regelmatig verzekeringen bij een bepaalde verzekeraar onderbrengt, over welke verzekeringen hij vervolgens telkens provisie geniet, en wel zo regelmatig dat een vaste relatie ontstaat – zich bijv. uitende in het bestaan van een rekening-courant-verhouding tot de verzekeraar –, brengt nog niet

mee dat de tussenpersoon als handelsagent voor verzekeraar moet worden beschouwd.’

Een en ander neemt niet weg dat een tussenpersoon ook (mede) als opdrachtnemer van een verzekeraar kan optreden, bijvoorbeeld indien er sprake is van een contractueel bedongen recht op premie-incasso.¹³⁷ De dienstverrichting voor een klant die een verzekeringstussenpersoon op zich neemt is in beginsel meerledig: het adviseren van zijn klant, het bemiddelen bij het tot stand brengen van een verzekering en het plegen van nazorg.¹³⁸ Als diens opdrachtnemer respectievelijk lasthebber moet een verzekeringstussenpersoon ingevolge artikel 7:401 BW bij deze werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.¹³⁹ Deze in algemene bewoordingen gestelde en algemeen geldende zorgplicht heeft het karakter van een open norm. De eerste keer dat de Hoge Raad zich uitsprak over de strekking van de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon oordeelde hij dat het hof met ‘hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mocht worden verwacht’ de juiste maatstaf had gehanteerd.¹⁴⁰ Niet verwonderlijk, want eerder had de Hoge Raad al voor een chirurg¹⁴¹ en een deurwaarder¹⁴² de redelijk bekwaame en redelijk handelende beroepsgenoot¹⁴³ als beoordelingsmaatstaf gehanteerd. De door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf is een uitwerking van het in artikel 7:401 BW vastgelegde ‘goed opdrachtnemer’-criterium aan de hand waarvan in een concrete situatie moet worden vastgesteld of is gehandeld overeenkomstig de zorg die een goed opdrachtnemer betaamt. Deze maatstaf houdt een dubbele toets in: enerzijds gaat het om de gedraging van de opdrachtnemer (‘heeft hij redelijk gehandeld?’) en anderzijds om diens kennis en kunde (‘is hij redelijk bekwaam?’).

Het tweede deel van de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van antwoord bij de WAb werd bijna een halve eeuw later overgenomen door de Hoge Raad:

‘Voorts dient uitgangspunt te zijn dat het de taak van de assurantietussenpersoon is te waken voor de belangen

133.Rb. 's-Hertogenbosch 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR4102, r.o. 2.7.4. Anders: Rb. Limburg 10 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4887, r.o. 3.2.

134.Voor een beschrijving van deze transitie, zie: De Jong 2011, p. 107-109.

135.Een enkele auteur beschouwt de verzekeringstussenpersoon als de opdrachtnemer van de verzekeraar. Zie: F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten een afgewogen financiële beslissing te laten nemen?* (Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 84-85, en A. de Vries-Stotijn, ‘Art. 6:76 BW: aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase’, *WPNR* 2016, afl. 7093. In zijn noot bij Hof Den Haag 13 mei 2014, ECLI:NL:GDHA:2014:2163, *JOR* 2014/238 neemt 't Hart een genuanceerder standpunt in.

136.HR 24 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4181, *NJ* 1981/494.

137.Voor een uitgebreide behandeling van het wettelijk respectievelijk contractueel recht op premie-incasso, zie: Leerink 2015.

138.De voorspelling van de wetgever ‘In beginsel zal een consument ook in de toekomst van een tussenpersoon een compleet pakket aan diensten blijven verwachten dat in elk geval betrekking heeft op advies, afsluiten, schadeafhandeling, beheer en eventueel incasso.’ (*Kamerstukken II* 1998/99, 26531, 3, p. 22) is niet uitgekomen. Met name in de provinciale markt worden thans verschillende bedieningsconcepten gehanteerd.

139.Ingevolge artikel 7:403 lid 2 BW moet hij na het voltooien van zijn werkzaamheden verantwoording afleggen van de wijze waarop hij zich van zijn opdracht heeft gekweten. Voor een uitvoerige verhandeling zie: De Jong 2016, p. 23-25.

140.HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, r.o. 3.6, *NJ* 1997/718, m.nt. M.M. Mendel (*KHTC/Generale Bank*).

141.HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26.

142.HR 26 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0226, *NJ* 1991/455.

143.Waar het om verzekeringstussenpersonen gaat, hanteerde de Hoge Raad de maatstaf van de redelijk handelende en redelijk bekwaame *beroepsgenoot* voor het eerst in HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, r.o. 3.4.1, *NJ* 2003/375, m.nt. M.M. Mendel (*Bral/Octant*). Voordien gold de redelijk handelende en redelijk bekwaame *vakgenoot* als maatstaf.

van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen.¹⁴⁴

Voor de invulling van het ‘goed opdrachtnemer’-criterium sluit de rechtspraak thans aan bij hetgeen de Hoge Raad overwoog in het arrest *Bral/Octant*:

‘Een assurantietussenpersoon dient tegenover zijn opdrachtgever de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot mag worden verwacht. Het is zijn taak te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen.’¹⁴⁵

Hierin brengt de Hoge Raad enerzijds tot uitdrukking, dat een verzekeringstussenpersoon niet meer optreedt als handelsagent met de verzekeraar als principaal maar als opdrachtnemer¹⁴⁶ en anderzijds dat diens zorgplicht portefeuille-gerelateerd is. In casu trad de verzekeringstussenpersoon op als opdrachtnemer van zijn klant, de verzekeringnemer.

Waar de memorie van antwoord de taak van de verzekeringstussenpersoon relateerde aan de verzekeringnemers van de door diens tussenkomst gesloten verzekeringen, koppelt de Hoge Raad de zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon aan diens portefeuille. Beslissend is derhalve niet of de verzekeringen tot stand zijn gekomen door bemiddeling van de verzekeringstussenpersoon zelf, maar of zij deel uitmaken van diens portefeuille. Dat kunnen ook verzekeringen zijn, die tot stand zijn gekomen door tussenkomst van een andere verzekeringstussenpersoon en hetzij op verzoek van deze verzekeringstussenpersoon en hetzij op schriftelijk verzoek van de verzekeringnemer door een verzekeraar zijn overgeboekt naar de portefeuille van de zorgplichtige verzekeringstussenpersoon.¹⁴⁷ Andersom kan een andere verzekeringstussenpersoon als gevolg van de overboeking naar zijn portefeuille zorgplichtig worden met betrekking tot de door bemiddeling van een verzekeringstussenpersoon tot stand gekomen verzekeringen.¹⁴⁸

Door het relateren van de zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon aan diens portefeuille wordt voorbijgegaan aan het feit dat zorgplichtschendingen zich kunnen voordoen in de adviesfase – dus voordat door bemiddeling van de verzekeringstussenpersoon een verzekering tot stand is gekomen.^{149,150} In de lagere rechtspraak wordt dit in een enkel geval doorzien en ondervangen door de zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon niet alleen aan bestaande verzekeringen te relateren maar bovendien aan ‘elk belang dat de verzekeringnemer door tussenkomst van de tussenpersoon heeft verzekerd of kennelijk beoogt te verzekeren’¹⁵¹ of aan ‘de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen en van degenen die via hem een verzekering aanvragen’¹⁵² [cursiveringen CJJ]. Strikt noodzakelijk lijkt zo’n uitbreiding mij niet, omdat het Wft-begrip ‘portefeuille’ deel uitmaakt van de toezichtwetgeving en in het civiele recht aan het begrip ‘portefeuille’ een ruimere invulling kan worden gegeven.¹⁵³ In privaatrechtelijke zin kan een portefeuille naar mijn mening worden beschouwd als het geheel van (mogelijke) relaties die een verzekeringstussenpersoon adviseert ter zake van verzekeringen of voor wie hij bemiddelt bij het tot stand brengen van verzekeringen.

Een ander bezwaar is, dat geen rekening wordt gehouden met het feit dat verzekeringstussenpersonen tegenwoordig verschillende bedieningsconcepten hanteren. Indien zij – zoals financial planners doorgaans doen – enkel adviseren en geen bemoeienis hebben met de totstandkoming van de geadviseerde verzekering, zal die verzekering nimmer tot hun portefeuille¹⁵⁴ (kunnen) behoren. En als een verzekeringstussenpersoon op abonnementsbasis nazorg pleegt, hoeft deze activiteit zich niet enkel uit te strekken tot de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. De contractuele nazorg kan ook betrekking hebben op de tot de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon behorende verzekeringen of op verzekeringen die zonder tussenkomst van een verzekeringstussenpersoon tot stand zijn gekomen en door de betreffende verzekeraar in beheer zijn gegeven.

144.HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, r.o. 3.3, *NJ* 1998/586, m.nt. M.M. Mendel (*Van Dam/Rabobank*).

145.HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, r.o. 3.4.1, m.nt. M.M. Mendel (*Bral/Octant*).

146.In casu trad verzekeringstussenpersoon Octant op als opdrachtnemer van verzekeringnemer Brals en schakelde hij een beursmakelaar in, die als *placing broker* het te verzekeren risico onderbracht op de beurs. Voor de rechtsverhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en een beursmakelaar en hun zorgplicht, zie: De Jong 2015c, p. 1-13 en M. de Vries, ‘De servicing en de placing broker: twee kapiteins op één schip?’, *AV&S* 2014/14.

147.De overboeking is meer dan enkel een administratieve handeling: door de overboeking ontstaat een rechtsverhouding tussen de verzekeraar, die de verzekering overboekt, en de verzekeringstussenpersoon naar wiens portefeuille de verzekering wordt overgeboekt. Zie: De Jong 2011, p. 93.

148.Voor een uitvoerige verhandeling over de vraag of de oude of de nieuwe verzekeringstussenpersoon aansprakelijk kan worden gehouden voor een zorgplichtschending door de oude verzekeringstussenpersoon, zie: De Jong 2015b.

149.Voor het niet adviseren om de waarde van de inventaris te laten taxeren door een deskundige, zie HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB4223 en de conclusie van A-G Spier (ECLI:NL:PHR:2007:BB4233, punt 3.2.1 en 3.2.2) alsmede het na verwijzing gewezen arrest (Hof Arnhem 27 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2401, r.o. 2.5).

150.Indien er al een verzekering is maar door de verzekeringstussenpersoon nimmer is geadviseerd om een bepaald verzekeraar risico daarop mee te verzekeren, zal dat onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als een zorgplichtschending. Voor een voorbeeld, zie HR 8 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1720, r.o. 3.4.

151.Rb. Roermond 27 april 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BQ3212, r.o. 4.2.3.

152.Rb. Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420, r.o. 2.4.

153.In gelijke zin, zij het in een andere context: Claassen & Lauxtermann 2013, p. 335.

154.Zij hebben weliswaar een klantenkring, maar omdat zij niet bemiddelen bij het tot stand brengen van verzekeringen is er geen sprake van een portefeuille in de zin van de Wft.

Het in de zorgplichtjurisprudentie gehanteerde Wft-begrip ‘portefeuille’ ziet op de rechtsverhouding van de verzekeringstussenpersoon met de verzekeraar met wie zijn klant – door zijn bemiddeling – een verzekering heeft gesloten. Als een verzekeringstussenpersoon daarbij fouten maakt, komen deze in beginsel voor rekening van diens opdrachtgever. Zorgplichtschendingen jegens hun opdrachtgever komen voor rekening van de verzekeringstussenpersoon: de dientengevolge geleden schade kan op hem worden verhaald.¹⁵⁵ Niet het bestaan van een verzekering is in dat geval maatgevend, maar de aard van de rechtsverhouding van de verzekeringstussenpersoon met zijn klant. Daarbij gaat het om een overeenkomst van opdracht. Dat kan, afhankelijk van het door de verzekeringstussenpersoon gehanteerde bedieningsconcept, een adviesopdracht,¹⁵⁶ een bemiddelingsopdracht of een nazorgopdracht¹⁵⁷ zijn of een combinatie hiervan. De inhoud van de door de verzekeringstussenpersoon met zijn klant gesloten overeenkomst bestaat in de eerste plaats uit hetgeen zij nadrukkelijk of stilzwijgend zijn overeengekomen. Hierbij doet zich het probleem voor dat de exacte inhoud van de overeenkomst doorgaans niet op schrift wordt gesteld.^{158, 159} De inhoud van hun overeenkomst wordt bovendien mede bepaald door de wet, de aard van de overeenkomst, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁶⁰

7. TOT BESLUIT

Zoals de AFM terecht opmerkte in haar wetgevingsbrief 2013¹⁶¹ worden Europese regels grotendeels sectorspecifiek opgesteld en ondervindt Nederland in toenemende mate hinder van de cross-sectorale opzet van de Wft, waardoor steeds vaker met afwijkende definities en begrippen wordt gewerkt en uitzonderingen op de cross-sectorale (hoofd)regels worden geformuleerd. Voorbeelden daarvan zijn de via de Wfd in de Wft geïmplementeerde Richtlijn verzekeringsbemiddeling en de daarvoor in de plaats gekomen Richtlijn verzekeringsdistributie,¹⁶² die uiterlijk op 23 februari 2018 geïmplementeerd moet zijn in de Nederlandse wetgeving. Ook de Raad van State zag ‘aanleiding om de opzet van de Wft tegen het licht te

houden en nader te bezien op welke wijze de Nederlandse financiële toezichtwetgeving het beste kan worden opgezet om deze beter toegesneden te laten zijn op de voorliggende Europese regels en de ontwikkeling daarvan.¹⁶³ Daarbij zou, aldus het adviesorgaan van de regering, de toegankelijkheid van de wetgeving voorop moeten staan. Volgens Meijer is de conclusie gerechtvaardigd, dat het portefeuillerecht over zijn houdbaarheidsdatum heen is. Dit gezien de marginalisatie van het wettelijk portefeuillerecht en de botsing van het portefeuillerecht met de opkomst van nieuwe concepten van dienstverlening door verzekeringstussenpersonen. Volgens hem past het portefeuillerecht niet meer in deze tijd waarin de verzekeringstussenpersoon nadrukkelijk optreedt als zelfstandig opdrachtnemer van de klant en kiest voor dienstverlening op maat.¹⁶⁴ Deze conclusie deel ik. Ik zou daaraan willen toevoegen dat in het civiele recht aan de rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en zijn klanten een prominentere positie toekomt: deze is immers het sluitstuk van de transformatie van de verzekeringstussenpersoon van handelsagent van de verzekeraar naar opdrachtnemer van zijn klanten.

Inmiddels heeft de Minister van Financiën besloten tot een verkenning of, en op welke wijze de regelgeving voor de financiële markten toegankelijker en toekomstbestendiger kan worden gemaakt.¹⁶⁵ Het ligt niet voor de hand om bij deze verkenning de mogelijkheid tot het schrappen van de portefeuillebepalingen te bezien. Die zouden wat mij betreft al bij de wetswijziging ter gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn verzekeringsdistributie kunnen komen te vervallen. Dat schaadt de positie van de verzekeringstussenpersoon niet, want het civiele recht biedt voldoende handvatten om op te treden bij een bedreiging of schending van zijn belang.

155. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/77.

156. Blijkens de Wft-definitie ‘adviseren’ is degene die een specifieke verzekering aanbeveelt aan een bepaalde klant en zich onthoudt van overige bemiddelingsactiviteiten een adviseur.

157. Vanuit publiekrechtelijk perspectief moet het plegen van nazorg worden aangemerkt als bemiddelen. Blijkens de Wft-definitie ‘bemiddelen’ omvat deze activiteit naast het eigenlijke bemiddelen ook alle werkzaamheden gericht op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een verzekering.

158. Het ingevolge artikel 86f lid 1 BGfo door de verzekeringstussenpersoon aan zijn klant te verstrekken dienstverleningsdocument, dat de in artikel 86f lid 2 BGfo voorgeschreven informatie over de dienstverlening moet bevatten, vormt niet de vastlegging van de inhoud van de overeengekomen opdracht.

159. Van een professionele zakelijke dienstverlener mag echter worden verwacht dat hij de omvang en reikwijdte van de aan hem verstrekte opdracht vastlegt (Rb. Zutphen 21 september 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BT7289, r.o. 2.16). Bij een mondelinge opdracht brengt de zorgplicht van een assurantietussenpersoon met zich, dat hij de opdracht zodanig vastlegt dat daaruit ondubbelzinnig de betreffende wens van de verzekeringnemer kan worden afgeleid. Verder brengt de zorgplicht met zich dat de assurantietussenpersoon de opdracht aan de verzekeringnemer bevestigt (Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7153, r.o. 4.5).

160. E.A.L. van Emden & M. De Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p. 2.

161. Brief d.d. 20 juni 2013 met kenmerk SBI-SHMe-13060376.

162. Richtlijn 2016/97/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende verzekeringsdistributie en tot intrekking van Richtlijn 2002/92/EG (herschikking), *PbEU* 2016, L 26/19.

163. *Kamerstukken II* 2014/15, 34208, 4, p. 4.

164. S.Y.Th. Meijer, ‘Het portefeuillerecht is de houdbaarheidsdatum gepasseerd’, *AV&S* 2014/10, p. 64.

165. Kamerbrief d.d. 7 april 2016 met kenmerk 2016-000033588 inzake Toezegging informeren opzet en aanpak van de verkenning van een herziening van de Wft.