

De aansprakelijkheid van de assurantietussenpersoon na een portefeuilleoverdracht

23

Na een portefeuilleoverdracht kan discussie gaan ontstaan over de vraag of een verzekeringnemer de oude of de nieuwe assurantietussenpersoon dient aan te spreken voor schade die veroorzaakt is door een tekortkoming van de oude assurantietussenpersoon. De assurantietussenpersoon op wie de aansprakelijkheid rust, zal behoefte hebben aan een beroepsaansprakelijkheidsverzekering die dekking biedt voor de claim van de verzekeringnemer. Deze verzekeringsdekking kan echter ontbreken.

1. Inleiding

Veel verzekeringen komen tot stand door bemiddeling van een zelfstandige assurantietussenpersoon. Deze verzekeringen behoren dan tot de portefeuille van de assurantietussenpersoon. Hetzelfde geldt voor verzekeringen die naderhand naar de portefeuille van de assurantietussenpersoon worden overgeboekt.² Een dergelijke overboeking vindt onder meer plaats indien de assurantietussenpersoon zijn portefeuille aan een andere assurantietussenpersoon overdraagt.³ De overboeking berust dan op een door de verzekeraar gehonoreerd daartoe strekkende verzoek van de (oude) assurantietussenpersoon.⁴

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een verzekeringnemer (geruime tijd) na een portefeuilleoverdracht schadevergoeding wil vorderen voor vermeende fouten die zijn toenmalige assurantietussenpersoon gemaakt zou hebben in het bemiddelings- en adviestraject dat tot de totstandkoming van de verzekering heeft geleid. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen ingeval de verzekeringnemer – door bemiddeling van zijn toenmalige assurantietussenpersoon – een schadeverzekering heeft afgesloten en jaren later, na een schade-evenement, geconfronteerd wordt met een beroep op verzwijging door de verzekeraar. Als ander voorbeeld kan het geval genoemd worden waarin de verzekeringnemer door bemiddeling van zijn toenmalige assurantietus-

senpersoon een beleggingsverzekering heeft afgesloten en na verloop van tijd tot het inzicht komt dat hij voorafgaand aan het afsluiten van de verzekering onvoldoende gewaarschuwd is voor de beleggingsrisico's van de verzekering. In al dit soort gevallen kan discussie ontstaan over de vraag wie de verzekeringnemer moet aanspreken voor zijn (vermeende) schade: de oude of de nieuwe assurantietussenpersoon. Het antwoord op deze vraag kan verstrekkinge gevolgen hebben. Indien (in een concreet geval) aangenomen moet worden dat de verzekeringnemer zijn vordering uitsluitend jegens de nieuwe assurantietussenpersoon kan instellen, betekent dit dat de verzekeringnemer geen mogelijkheden meer heeft om de oude assurantietussenpersoon aan te spreken. Dit kan tot onverkwikkelijke situaties leiden, met name indien de nieuwe assurantietussenpersoon geen c.q. onvoldoende verhaal biedt omdat zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering geen dekking biedt voor de claim van de verzekeringnemer.

Om (meer) duidelijkheid te verkrijgen over welke assurantietussenpersoon de verzekeringnemer dient aan te spreken, zullen hieronder de volgende onderwerpen besproken worden:

- de inhoud van de begrippen 'portefeuille', 'portefeuillerecht' en 'portefeuillerechten';
- de in de portefeuille aanwezige goodwill;
- de vraag of en zo ja, in welke gevallen een portefeuilleoverdracht aangemerkt kan worden als contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW (waarbij in beginsel alle rechten en plichten van de oude assurantietussenpersoon op de nieuwe assurantietussenpersoon overgaan);
- de dekking die de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen van de assurantietussenpersonen na een portefeuilleoverdracht bieden voor claims die betrekking hebben op fouten van de oude assurantietussenpersoon.

Na bespreking van voornoemde onderwerpen zal dit artikel afgesloten worden met een conclusie.

2. De inhoud van de begrippen 'portefeuille', 'portefeuillerecht' en 'portefeuillerechten'

Het begrip portefeuille wordt in twee artikelen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) genoemd (artikelen 4:102 en 4:103 Wft). De Wft bevat echter geen definitie van het begrip portefeuille. Ook in de wetten die aan de Wft voorafgingen (de Wab, de Wabb en de Wfd), werd het begrip portefeuille niet gedefinieerd. In de wetsgeschiedenis van de Wab is wel aandacht besteed aan het begrip portefeuille.

¹ Mr. M. Jongkind is advocaat bij Van Randwijck Advocaten te Rotterdam.

² Zie art. 4:102 Wft.

³ De portefeuille van de assurantietussenpersoon wordt aangemerkt als een in beginsel overdraagbaar vermogensobject. Zie HR 15 november 1968, NJ 1969/25. Zie tevens HR 2 juni 1976, NJ 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn en HR 13 november 1987, NJ 1988/627, m.nt. J.B.M. Vranken.

⁴ De andere gronden waarop een overboeking kan berusten zijn: de juridische fusie respectievelijk juridische splitsing van een vennootschap die het assurantiebemiddelingsbedrijf uitoefent, een door de verzekeringnemer afkomstig verzoek tot intermediairwijziging of het door de verzekeraar in beheer geven van verzekeringen. Zie C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke positie van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent, hun rol in het financieel dienstverleningsproces en de voor hen geldende gedragsnormen* (diss.), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 93.

In de memorie van antwoord⁵ werd hierover het volgende opgemerkt:

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

Bovenstaand citaat heeft in de literatuur niet tot een eenduidige definitie van het begrip portefeuille geleid.⁶ Er zijn auteurs⁷ die van oordeel zijn dat de portefeuille alleen de concrete verzekeringen omvat en niet de relatie met de verzekeringnemer in het algemeen. Andere auteurs⁸ hanteren een bredere definitie, waarbij het begrip portefeuille tweeledig kan worden uitgelegd: enerzijds uit het geheel van relaties dat de assurantietussenpersoon met zijn verzekeringnemers heeft en anderzijds uit de rechten van de assurantietussenpersoon uit de bestaande verzekeringen tussen de verzekeringnemers en de verzekeraars. Deze benadering lijkt de Hoge Raad ook te volgen.⁹ De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 15 november 1968¹⁰ overwogen dat de portefeuille van de assurantietussenpersoon bestaat uit het geheel van diens relaties met de door hem als zijn cliënten beschouwde verzekeringnemers. Vervolgens heeft de Hoge Raad zich in zijn arrest van 2 juni 1976¹¹ niet uitgesproken

tegen de overweging van het Hof Arnhem dat de rechten en verplichtingen, welke voor de tussenpersoon voortvloeien uit de in het verleden door zijn bemiddeling gesloten verzekeringen, tot de portefeuille behoren. In dit artikel wordt de bredere definitie van het begrip portefeuille onderschreven. Bij het begrip portefeuillerecht gaat het om het recht op de portefeuille dat de assurantietussenpersoon jegens de verzekeraar heeft. Kort gezegd houdt dit recht in dat de verzekeraar de relaties van de assurantietussenpersoon niet rechtstreeks mag benaderen om nieuwe verzekeringsproducten af te sluiten.^{12,13} Op deze wijze wordt voorkomen dat de verzekeraar de assurantietussenpersoon 'buitenspel' kan zetten. Het recht op de portefeuille brengt een aantal tegenover de verzekeraar geldende portefeuillerechten met zich mee.¹⁴ In de wetsgeschiedenis van de Wab¹⁵ is hierover het volgende aangegeven:

"Portefeuillerecht. Met betrekking tot de portefeuillerechten werd er door vele leden op gewezen, dat deze omvatten:

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 beheer van zijn portefeuille, welk beheer meebrengt dat de tussenpersoon is belast met de premie-inning, met de uitbetaling van schade- en pensioenen, enz."

Uit bovenstaand citaat volgt dat de portefeuillerechten van de assurantietussenpersoon uit provisie- en beheerrechten bestaan. De beheerrechten zijn thans geregeld in paragraaf 4.3.8.3 van de Wft.¹⁶ Het gaat hier om het recht op premie-incasso van artikel 4:104 lid 1 Wft,¹⁷ het recht op bescherming tegen willekeurige overboeking uit artikel 4:103 lid 1 Wft, alsmede het uit artikel 4:103 lid 4 Wft voortvloeiende recht om de portefeuille over te dragen aan een andere as-

5 Zie *Kamerstukken I* 1951/52, 870, nr. 11A, p. 3.

6 Zie C.J. de Jong (diss.), p. 86-87, F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 118-119 en B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpanding assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 37.

7 Zie W.J. van Eijkern, *Wet Assurantiebemiddeling voorzien van commentaar*, Alphen aan de Rijn: N. Samson n.v. 1958, p. 108 en P.D. Pestman, 'De rechtspositie van de zelfstandige assurantietussenpersoon', *VA* 1962, p. 255.

8 Zie H.J. Cohen Jehoram, 'Het portefeuillerecht van de assurantietussenpersoon', *VA* 1961, p. 286-287, R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *De positie van de assurantietussenpersoon en zijn relatie tot de verzekeringnemer en de verzekeraar* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 44, J.B.M. Vranken in zijn noot onder HR 13 november 1987, *NJ* 1988/627, C.J. de Jong, 'De verzekeringsportefeuille in het Wfd-tijdperk', *de Beursbengel* 2005-747, p. 24, C.J. de Jong, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 114, C.J. de Jong, 'De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinckes, *Knopjes in het verzekeringsrecht. Deel 3*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 37, F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 118-119 en B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpanding assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 37.

9 Zie ook B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpanding assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 37.

10 Zie HR 15 november 1968, *NJ* 1969/25.

11 Zie HR 2 juni 1976, *NJ* 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn.

12 Zie F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 119 en B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpanding assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 37.

13 Een algemeen onderschreven definitie van het begrip portefeuillerecht bestaat niet. In de literatuur wordt het begrip portefeuillerecht verschillend gebruikt. Zie R.M. Vriesendorp-van Seumeren (diss.), p. 51.

14 Zie F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 119.

15 Zie *Kamerstukken II* 1848/49, 870, p. 20.

16 Oorspronkelijk was het recht op provisie ook wettelijk geregeld. Met een wijziging van de Wab per 1 april 2002 is het wettelijk recht op provisie komen te vervallen. De rechten op provisie worden sindsdien contractueel vastgelegd in de tussen de assurantietussenpersonen en verzekeraars gesloten samenwerkingsovereenkomsten. Zie ook C.J. de Jong (2005), p. 24 en F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 120 en G.H.G.M. van Berkel, 'Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *TvI* 2011/29, afl. 6 – november/december, p. 179.

17 De verzekeraar kan uitsluitend in de in art. 4:104 lid 2 Wft genoemde gevallen bepalen dat de assurantietussenpersoon niet meer gerechtigd is tot premie-incasso, tenzij anders is overeengekomen.

surantietussenpersoon.¹⁸ Artikel 4:103 lid 4 Wft bepaalt dat de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking verleent aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar.¹⁹

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de portefeuille gekwalificeerd kan worden als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW.²⁰ In dit artikel wordt deze kwestie buiten beschouwing gelaten. Ik volsta hier met de opmerking dat indien de portefeuille aangemerkt dient te worden als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW, voor een overdracht van de portefeuille niet alleen een obligatoire overeenkomst, maar ook een goederrechtelijke levering ex artikelen 3:95 BW en/of 3:94 BW vereist is.²¹ Levering vindt dan plaats door middel van een daartoe bestemde akte. De akte hoeft niet tweezijdig te zijn en kan vormvrij worden aanvaard.

3. De in de portefeuille aanwezige goodwill

Assurantietussenpersonen nemen portefeuilles van andere assurantietussenpersonen over, omdat zij verwachten dat die portefeuilles hun profijt zullen opleveren. Dit profijt ligt niet enkel besloten in de rechten op provisie die voortvloeien uit de tot de portefeuille behorende verzekeringen, maar tevens in de goodwill van de portefeuille. Om te bepalen wat onder goodwill verstaan moet worden, is het damesmodebedrijf-arrest van de Hoge Raad uit 1951²² nog steeds van belang. In dit arrest heeft de Hoge Raad ten aanzien van de scheiding en deling na echtscheiding van een algehele gemeenschap van goederen tot welke een damesmodebe-

drijf behoorde, met betrekking tot de goodwill die in de huwelijksgemeenschap besloten lag, het volgende overwogen:

"Wanneer tot iemands vermogen zaken behoren, die aangewend worden in een door hem gevoerd bedrijf, bestaat de mogelijkheid dat vanwege het feit dat het geheel van die zaak te zijner beschikking staat, in verband met verschillende andere factoren als de bestaande organisatie van het bedrijf, deszelfs beklanting en bekendheid bij het publiek en, gelijk te dezen, de ten name van de ondernemer staande, voor de uitoefening van het bedrijf vereiste en overdraagbare vergunningen – kortom vanwege alles wat rechtens of feitelijk aan den ondernemer ten dienste staat, voor zover dit door overdracht van het bedrijf met alles wat daartoe behoort rechtens of feitelijk ten dienste van zijn opvolger gesteld kan worden –, deze zaken in het geheel een waarde hebben, welke uitgaat boven die van de afzonderlijke zaken. Indien zulks het geval is ten aanzien van in een bedrijf aangewende zaken, die aan in algehele gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten toebehoren, moeten deze met inbegrip van de vorenbedoelde in het bedrijf gelegen mogelijkheid om winst te behalen, tot de baten der gemeenschap worden gerekend en moet een en ander dus na ontbinding der gemeenschap in de scheiding en deling worden begrepen (...)"

Met betrekking tot bovenstaand oordeel merkt Van Huizen op dat de Hoge Raad, alvorens een omschrijving te geven van goodwill als in een bedrijf aanwezige winstcapaciteit, eerst aangeeft dat de waarde van goodwill, welke is gelegen in hetgeen rechtens of feitelijk aan de ondernemer of zijn opvolger ten dienste staat, tot uitdrukking komt in de meerwaarde van de som van zaken. Van Huizen wijst er tevens op dat de Hoge Raad dit in twee latere arresten duidelijker verwoord heeft.²³ In deze arresten²⁴ werd goodwill als volgt gedefinieerd:

"de winstcapaciteit van een bedrijf, voor zover deze ligt boven de som van een normaal rendement van het daarin belegde vermogen en de normale beloning van de arbeid van de ondernemer, welke winstcapaciteit tot uiting komt in een zekere meerwaarde, die de bestanddelen van de zaak tezamen genomen bezitten boven de waarde dier bestanddelen, ieder op zichzelf beschouwd."

Hoe is het vorenstaande nu toe te passen op de portefeuille van de assurantietussenpersoon? Zoals hierboven reeds is aangegeven, brengt het recht op de portefeuille een aantal tegenover de verzekeraar geldende portefeuillerechten met zich mee, waaronder het recht op beheer van de portefeuille (inclusief het recht op premie-incasso). Deze beheerbevoegdheid geeft de assurantietussenpersoon een voor-sprong op de concurrentie.²⁵ Het recht op beheer heeft tot

18 Zie ook F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder' *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 120.

19 Art. 17 Wabb is de vrijwel identieke voorloper van art. 4:103 lid 4 Wft. Uit de MvT bij art. 17 Wabb blijkt dat de gegronde bezwaren van de verzekeraar zich tegen de bemiddelaar zelf moeten richten en niet tegen de overdracht als zodanig (zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20 925, nr. 3, p. 22). Als uitgangspunt geldt dat een goede werksrelatie tussen de verzekeraar en de bemiddelaar mogelijk moet zijn. Indien die relatie in het verleden reeds onmogelijk is gebleken, zou dit feit een gegronde bezwaar kunnen opleveren (zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20 925, nr. 6, p. 32). Zie ook H.V. Oppelaar, *Commentaar Financieel Recht Deel I – Wet op het Financieel toezicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 830.

20 Vriesendorp-van Seumeren en Kaptein zijn van oordeel dat de portefeuille aangemerkt moet worden als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. Zie R.M. Vriesendorp-van Seumeren (dlss.), p. 73 en F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder' *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 118-129. Van Berkel heeft een andere opvatting: zie G.H.G.M. van Berkel, 'Verpand van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *TvI* 2011/29, afl. 6 – november/december, p. 177-183. Voor het naschrift van Kaptein op Van Berkel: zie *TvI* 2011/29, afl. 6 – november/december, p. 184-185. Door Jonk-van Wijk, De Rond en Van Dijk is naar aanleiding van Rb. Roermond (vzr.) 1 augustus 2012, *LJN* BX5087 als uitgangspunt gehanteerd dat de portefeuille een vermogensrecht is in de zin art. 3:6 BW. Zie B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpand van assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 35-44.

21 Zie ook F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder' *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 124 en B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpand van assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 39.

22 Zie HR 9 maart 1951, *NJ* 1952/46, m.nt. Ph.A.N. Houwing.

23 Zie Ph.H.J.G. van Huizen, 'De assurantieportefeuille van de verzekerings-tussenpersoon in faillissement', *WPNR* 5736, p. 288.

24 Zie HR 20 mei 1953, *BNB* 1953/190 en HR 10 juni 1953, *BNB* 1953/207.

25 Zie Ph.H.J.G. van Huizen, 'De assurantieportefeuille van de verzekerings-tussenpersoon in faillissement', *WPNR* 5736, p. 289.

gevolg dat de assurantietussenpersoon contact met de verzekeringnemers kan onderhouden en via dit contact nieuwe verzekeringen kan afsluiten.^{26,27} Dit vooruitzicht om nieuwe verzekeringen af te sluiten is de goodwill die in de portefeuille besloten is.²⁸ De mogelijkheid om in de toekomst nieuwe verzekeringen af te sluiten, levert een surplus aan rendementspotentieel op, hetgeen een meerwaarde vertegenwoordigt.²⁹ Indien een assurantietussenpersoon zijn portefeuille aan een andere tussenpersoon verkoopt, zal hij voor deze meerwaarde een (goodwill)vergoeding kunnen ontvangen.

Uit de wetsgeschiedenis van de Wab blijkt dat (ook) de wetgever ingezien heeft dat de assurantietussenpersoon als gevolg van zijn gevestigde relaties met de verzekeringnemers nieuwe verzekeringen zal kunnen afsluiten.³⁰ De wetgever heeft bovendien erkend dat deze relaties alleen aan de assurantietussenpersoon toebehoren en alleen door hem verkocht kunnen worden.³¹ Cohen Jehoram spreekt in dit verband over een in Nederland uniek voorbeeld van wettelijke erkenning van het goodwillrecht.³²

De uiteindelijke (verkoop)waarde van een portefeuille wordt bepaald door de goodwill en de rechten op provisie die uit de in het verleden gesloten verzekeringen voortvloeien.³³ Niet alle goodwill die de (verkoop)waarde van de portefeuille mede bepaalt wordt wettelijk beschermd (door de aan de assurantietussenpersoon toegekende beheerrechten). Dit geldt uitsluitend voor de goodwill die gevormd wordt door de mogelijkheid om in de toekomst bij bestaande klanten nieuwe verzekeringen af te sluiten. Deze vorm van goodwill maakt onderdeel uit van het portefeuillerecht van de assurantietussenpersoon en wordt door Kaptein aangeduid als portefeuillerecht-goodwill.³⁴ De goodwill die verband houdt met het potentieel om nieuwe klanten te werven (door de goede naam van de assurantietussenpersoon en/of doorverwijzingen van tevreden klanten), geniet

geen wettelijke bescherming. Voor het bepalen van de (verkoop)waarde van de portefeuille is deze vorm van goodwill echter mede van belang.

Volgens de heersende leer is goodwill geen vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW en derhalve geen goed in de zin van artikel 3:1 BW.³⁵ Beredeneerd vanuit zijn opvatting dat de portefeuille wel een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW is, stelt Kaptein zich op het standpunt dat portefeuillerecht-goodwill aangemerkt moet worden als belichaamde goodwill.³⁶ In lijn met het arrest van de Hoge Raad van 1 mei 2002³⁷ definieert Kaptein belichaamde goodwill als goodwill die verbonden is met de vermogensbestanddelen van de onderneming, maar toch als zelfstandige waarde kan worden gerealiseerd. Naar het oordeel van Kaptein is portefeuillerecht-goodwill verbonden met het portefeuillerecht van de assurantietussenpersoon en kan het als waarde gerealiseerd worden door de overdracht van de portefeuille. Bij deze opvatting brengt een gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille met zich mee dat het desbetreffende deel van de portefeuillerecht-goodwill volledig bij de nieuwe assurantietussenpersoon terecht komt. Wat hiervan verder ook zij, voor de portefeuille-goodwill en de goodwill die verband houdt met het potentieel om nieuwe klanten te werven³⁸, geldt in ieder geval dat de oude assurantietussenpersoon deze (ook) verbintenisrechtelijk aan de nieuwe assurantietussenpersoon kan overdragen door het aangaan van een verplichting om niet te doen (niet te concurreren) en te doen (aan te bevelen).³⁹

4. Kwalificeert een portefeuilleoverdracht (altijd) als contractsovername?

Om te kunnen bepalen of een portefeuilleoverdracht gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid voor tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon, dient de overeenkomst die aan de portefeuilleoverdracht ten grondslag ligt juridisch gekwalificeerd te worden. Zoals hieronder zal blijken, wordt een portefeuilleoverdracht in de literatuur dikwijls aangemerkt als contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW. In de literatuur wordt echter nauwelijks aandacht besteed aan de gevolgen die dit heeft voor de aansprakelijkheid voor de tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon. Uitsluitend Jonk-van Wijk en De Haan

26 Zie ook F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TVI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 121.

27 Zie ook HR 15 november 1968, *NJ* 1969/25, waarin de Hoge Raad overweegt dat het recht op incasso bij de totstandkoming van de Wab van groot belang werd geacht voor de tussenpersoon, omdat het contact met de verzekeringnemers leidt tot instandhouding en uitbreiding van de portefeuille. Zie tevens HR 2 juni 1976, *NJ* 1977/384, m.nt. W.M. Kleijn. In dit arrest bevestigt de Hoge Raad een uitspraak van het Hof Arnhem waarin overwogen wordt dat de relaties van de tussenpersoon met de verzekeringnemers, welke de verzekeringsportefeuille vormen, ertoe kunnen leiden, dat door de bemiddeling van de tussenpersoon nieuwe verzekeringen worden afgesloten.

28 Zie ook C.J. de Jong (diss.), p. 93.

29 Zie Ph.H.J.G. van Huizen, 'De assurantieportefeuille van de verzekerings-tussenpersoon in faillissement', *WPNR* 5736, p. 289.

30 Zie de een-na-laatste volzin van het in par. 2 opgenomen citaat uit p. 3 van *Kamerstukken I* 1951/52, 870, nr. 11A (de MvA).

31 Dit volgt thans uit de in par. 4.3.8.3 van de Wft gegeven wettelijke regeling van de beheerrechten van de assurantietussenpersoon.

32 Zie H.J. Cohen Jehoram, 'Het portefeuillerecht van de assurantietussenpersoon', *VA* 1961, p. 287.

33 Gezien het per 1 januari 2013 in werking getreden provisieverbod van art. 4:25 Wft jo. art. 86c en 86d Bgfo, zullen de rechten op provisie in de toekomst waarschijnlijk een minder grote rol gaan spelen bij het bepalen van de waarde van een portefeuille.

34 Zie ook F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TVI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 121 en 123.

35 Zie P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, artikel 3:6 BW, aantekening 34.3 ad c en *Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I* 2006/4-6.

36 Zie F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TVI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 123.

37 Zie HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/342, m.nt. H.J. Snijders.

38 De goodwill die verband houdt met het potentieel om nieuwe klanten te werven, kan aangemerkt worden als zakelijke onbelichaamde goodwill. Deze vorm van goodwill is niet onverbrekkelijk verbonden met de vermogensbestanddelen van de onderneming, maar kan (in tegenstelling tot persoonlijke onbelichaamde goodwill) wel als zelfstandige waarde worden gerealiseerd. Zie F.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TVI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 123, *Asser/De Boer 1** 2010/304, de concl. van A-G Keus bij HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/342 en de noot van H.J. Snijders onder dit arrest.

39 Zie de noot van W.M. Kleijn onder HR 2 juni 1976, *NJ* 1977/384 en R.M. Vriesendorp-van Seumeren (diss.), p. 73.

hebben zich hierover expliciet uitgelaten. Zij hebben het volgende aangegeven:⁴⁰

"Bij een portefeuilleoverdracht betekent dit dat, indien niet anders wordt overeengekomen, als gevolg van contractsoverneming alle rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomsten van opdracht die de oude bemiddelaar in het verleden met zijn cliënten heeft 'gesloten', overgaan op de nieuwe bemiddelaar. Dit betreft derhalve in beginsel ook aansprakelijkheid voor een eerder gemaakte adviesfout, tenzij in de overeenkomsten tussen de oude en de nieuwe bemiddelaar uitdrukkelijk zou worden bepaald dat vorderingen uit hoofde van een eventueel toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de overdragende bemiddelaar van de contractsoverneming zijn uitgesloten."

Met Jonk-van Wijk en De Haan onderschrijf ik dat, indien het overnemen van een portefeuille als contractsoverneming kwalificeert, als uitgangspunt geldt dat de verzekeringnemer de nieuwe assurantietussenpersoon dient aan te spreken voor de tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon. In de rechtsverhouding tot de verzekeringnemer geldt alsdan namelijk dat in beginsel alle rechten en plichten van de oude assurantietussenpersoon op de nieuwe assurantietussenpersoon overgaan (zie artikel 6:159 lid 2 BW). Hieronder valt ook een verplichting tot schadevergoeding ter zake van een tekortkoming van vóór de contractsoverneming.⁴¹ Jonk-van Wijk en De Haan zijn van oordeel dat het partijen vrijstaat om overeen te komen dat dergelijke verplichtingen van contractsoverneming worden uitgesloten. Deze stellingname verdient naar mijn mening nuancering. Artikel 6:159 lid 2 BW biedt partijen de mogelijkheid te bedingen dat *reeds opeisbaar geworden verplichtingen* van contractsoverneming uitgezonderd worden. Overeengekomen kan derhalve worden dat ten tijde van de contractsoverneming reeds opeisbare verplichtingen tot schadevergoedingen, niet van de oude assurantietussenpersoon op de nieuwe assurantietussenpersoon over zullen gaan. In de toelichting op artikel 6:159 BW⁴² wordt over de mogelijkheid om reeds opeisbaar geworden rechten en plichten van contractsoverneming uit te zonderen het volgende vermeld:

"Veelal toch zullen partijen wensen dat zulke rechten of verplichtingen – b.v. achterstallige rentetermijnen, een reeds verbeurde boete of schadevergoeding, de reeds opeisbaar geworden termijnen van een leverantiecontract e.d. – worden afgewikkeld door en met de oorspronkelijke medecontractant, en dat slechts voor de toekomst diens rechtsverhouding overgaat op de derde."

Een recht of verplichting is opeisbaar als in rechte nakoming daarvan afgedwongen kan worden.⁴³ Evident is dat een verplichting tot schadevergoeding opeisbaar is wanneer de schade zich ten tijde van de contractsoverneming reeds voorgedaan heeft. Dergelijke schade kan van contractsoverneming uitgezonderd worden. Maar hoe zit het als de tekortkoming van de oude assurantietussenpersoon op het moment van contractsoverneming nog niet tot schade heeft geleid? Denk daarbij bijvoorbeeld aan het geval waarin de oude assurantietussenpersoon de verzekeringnemer voorafgaand aan de totstandkoming van een beleggingsverzekering onvoldoende gewaarschuwd heeft voor een bepaald beleggingsrisico, maar dit risico zich ten tijde van de contractsoverneming (nog) niet verwezenlijkt heeft (omdat de koers van de aandelen waarin belegd is, tot dat moment een sterk stijgend verloop had). Kan er, ondanks het feit dat ten tijde van de contractsoverneming onzeker is of het beleggingsrisico zich in de toekomst zal realiseren, sprake zijn van een opeisbare verplichting tot schadevergoeding (die van contractsoverneming uitgezonderd kan worden)?

De nakoming van een verplichting tot schadevergoeding is afdwingbaar (en derhalve opeisbaar) als de daaraan ten grondslag liggende vordering tot schadevergoeding opeisbaar is. Over dit laatste is in de parlementaire geschiedenis⁴⁴ het volgende vermeld:

"Wanneer de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is, zal in de regel worden bepaald door de vraag wanneer de schade geacht moet worden te zijn geleden. De wijze waarop zij begroot wordt kan daarbij van groot belang zijn. Wordt de schade abstract berekend naar het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (bijv. in geval van waardevermindering van een zaak, HR 13 december 1963, NJ 1964, 449), dan zal zij terstond opeisbaar worden, ook al staat het bedrag van de schade nog niet vast (HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329). Maar wordt de schade vastgesteld op bepaalde in concreto gemaakte kosten (bijv. in geval van letselschade, ziekenhuiskosten), dan zal men kunnen aannemen dat de opeisbaarheid pas ontstaat, doordat de benadeelde deze kosten opeisbaar verschuldigd wordt. Zo zal het ook bij schade die van een onzekere gebeurtenis afhangt (art. 6:1.9.10), verschil maken of deze schade bij voorbaat wordt vastgesteld op een bedrag ineens, dan wel aan de aansprakelijke persoon een uitkering wordt opgelegd waarvan de termijnen pas in de toekomst telkens opeisbaar zullen worden."

Artikel 6:105 lid 1 BW (artikel 6:1.9.10) bepaalt dat de groting van nog niet ingetreden schade door de rechter geheel of gedeeltelijk uitgesteld kan worden of na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat kan geschieden. In het laatste geval kan de rechter de schuldenaar veroordelen, hetzij tot betaling van een bedrag ineens, hetzij tot betaling van een periodiek uit te keren bedrag. De keuze komt de rechter ambtshalve toe. De rechter hoeft de door

40 Zie B.M. Jonk-van Wijk en W.G. de Haan, *Juridische risico's bij portefeuilleoverdracht*, PensioenAdvies – december 2011, p. 15.

41 Zie in dit verband ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009/309. Hier wordt vermeld dat ook het recht op schadevergoeding ter zake van vóór de contractsoverneming gepleegde wanprestatie – behoudens bijzonder beding – op de verkrijger (de overnemende derde) overgaat. Voor een verplichting tot schadevergoeding geldt dan hetzelfde. Art. 6:159 lid 2 BW spreekt immers over een overgang van alle rechten en verplichtingen.

42 Zie TM, Parl. Gesch. 6, p. 586.

43 Zie G. van Rijn, *Contractsoverneming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 206.

44 Zie MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 475.

eiser of partijen gezamenlijk gekozen wijze van schadebegroting niet te volgen.⁴⁵ Naar mijn mening volgt uit het voorenstaande dat een verplichting tot vergoeding van (onze-kere) toekomstige schade slechts van contractsoverneming uitgezonderd kan worden indien uiteindelijk blijkt dat de desbetreffende schade door de rechter op een bedrag ineens wordt begroot, tegen een peildatum die dateert van vóór de contractsoverneming (bijvoorbeeld tegen de dag waarop de oude assurantietussenpersoon de fout heeft gemaakt). In de overige gevallen is geen sprake van een op het moment van de contractsoverneming reeds opeisbaar geworden verplichting tot schadevergoeding.

Geconcludeerd kan worden dat indien een portfeuilleoverdracht als contractsoverneming kwalificeert, er slechts beperkte mogelijkheden bestaan om de overgang van verplichtingen tot schadevergoeding van de oude assurantietussenpersoon op de nieuwe assurantietussenpersoon, contractueel uit te zonderen. De vraag die echter nog beantwoord dient te worden is of een portfeuilleoverdracht (altijd) als contractsoverneming aangemerkt dient te worden. Ik ben van oordeel dat dit lang niet altijd het geval is. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal een portfeuilleoverdracht wel of niet kwalificeren als contractsoverneming. Hieronder zal ik dit standpunt nader uiteenzetten. Eerst zal ik echter ingaan op de vereisten voor contractsoverneming.

4.1 De vereisten voor contractsoverneming

Contractsoverneming is een driezijdige rechtshandeling tussen de overdrager (de oude assurantietussenpersoon), de wederpartij (de verzekeringnemer) en de overnemende derde (de nieuwe assurantietussenpersoon). Voor de totstandkoming van contractsoverneming is een tussen de overdrager en de overnemende derde opgemaakte akte vereist. Deze akte moet ten minste het volgende inhouden:

- a. verklaringen van de overdrager en de overnemende derde dat zij de contractuele rechtspositie als eenheid willen doen overgaan van de overdrager op de overnemende derde;
- b. zodanige gegevens dat bepaalbaar is welke contractuele rechtsverhouding overgaat en wat haar inhoud is;
- c. de uitdrukkelijke vermelding dat de overnemende derde niet náást de overdrager partij wordt bij het contract maar in plaats van de overdrager;
- d. het tijdstip waarop de akte tot stand komt en zo mogelijk ook het tijdstip waarop de wederpartij haar medewerking verleent.⁴⁶

Naast de akte is medewerking van de wederpartij een constitutief vereiste voor contractsoverneming.⁴⁷ In de toelich-

ting op artikel 6:159 BW⁴⁸ wordt hierover het navolgende vermeld:

“Het spreekt vanzelf dat in het algemeen – afwijkende regelingen voor bijzondere gevallen daargelaten – een contractsoverneming niet buiten de ‘cessus’ (de wederpartij van degene die zijn rechtsverhouding overdraagt) om moet kunnen plaatsvinden. Evenmin als het in geval van een schuldoverneming de schuldeiser onverschillig is wie zijn schuldenaar is, is het immers een partij bij een overeenkomst onverschillig wie haar wederpartij is, met name juist ook voor zover die wederpartij haar schuldenaar is.”

Voor de medewerking gelden geen vormvereisten. De wederpartij kan haar medewerking in iedere vorm verlenen, hetzij vooraf, hetzij achteraf.⁴⁹ De medewerking kan ook stilzwijgend geschieden, maar de medewerking mag niet zonder meer verondersteld worden.⁵⁰ De stilzwijgende medewerking van de wederpartij moet uit diens gedragingen (kunnen) worden afgeleid. Of dit mogelijk is, hangt af van de omstandigheden van ieder individueel geval.⁵¹ Als uitgangspunt geldt dat een handelen of nalaten van de wederpartij, waaruit zij laat blijken de overnemende derde als contractpartij te beschouwen, voldoende is.⁵² In de praktijk wordt de wederpartij vaak een zogenaamde ‘piepbrief’ gestuurd. In deze brief wordt de wederpartij de contractsoverneming medegedeeld alsmede aangegeven dat zij moet ‘piepen’ indien zij wil voorkomen dat de in de brief aangekondigde rechtsgevolgen intreden. Witbier acht verdedigbaar dat uit het uitblijven van een reactie op een ‘piepbrief’ onder omstandigheden afgeleid kan worden dat de wederpartij de vereiste medewerking verleent. Dit zal met name het geval zijn indien de relevante brief in heldere bewoordingen uiteenzet dat een contractsoverneming plaatsvindt en daarbij expliciet aangeeft dat uit het uitblijven van een reactie op de brief zal worden afgeleid dat de wederpartij daartegen geen bezwaar heeft en daaraan de vereiste medewerking verleent. Onder omstandigheden zullen er echter strengere eisen aan de medewerking moeten worden gesteld, onder meer indien er voor de wederpartij (daadwerkelijk ten tijde van de contractsoverneming voorzienbare) nadelen zijn verbonden aan de contractsoverneming.^{53,54}

48 Zie TM, Parl. Gesch. 6, p. 584 en 585.

49 Zie TM, Parl. Gesch. 6, p. 585.

50 Zie HR 5 maart 2004, NJ 2004/316, m.nt. P.A. Steln.

51 Zie HR 23 april 1999, NJ 1999/497.

52 Zie T.J. Mellema-Kranenburg, *GS Verblintenissenrecht*, artikel 6:159 BW, aantekening 10.

53 Zie Mon. BW B44 (Witbier), nr. 57.

54 Uit Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) 4 februari 2013, nr. 2013-38, kan afgeleid worden dat de geschillencommissie het eventueel door de verzekeringnemer ondervonden nadeel ook van belang acht bij de beantwoording van de vraag of hij gebonden is aan een overeenkomst waarin bepaald is dat de nieuwe assurantietussenpersoon, ook voor wat betreft de fouten van de oude assurantietussenpersoon, de aan te spreken partij is. De uitspraak maakt echter niet duidelijk of sprake was van contractsoverneming (waaraan de verzekeringnemer de vereiste medewerking had verleend).

45 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009/42.

46 Zie G. van Rijnssen (2006), p. 242-244.

47 Indien aan één van deze vereisten niet wordt voldaan is de contractsoverneming nietig. Zie ook r.o. 4.4.1. van Hof's-Hertogenbosch 31 juli 2012, IJN BX3509.

4.2 Kwalificatie portefeuilleoverdracht

Bij een portefeuilleoverdracht zijn twee rechtsverhoudingen van belang: Dit zijn 1) de rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar; en 2) de rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeringnemer.

Ad 1) de rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar

De rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar wordt vormgegeven door artikelen 4:101 tot en met 4:104 Wft en de tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar gesloten samenwerkingsovereenkomst.⁵⁵ Bijzondere aandacht dient uit te gaan naar artikel 4:103 lid 4 Wft. Zoals hierboven reeds is aangegeven, bepaalt dit artikel dat de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking verleent aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, tenzij de verzekeraar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar. In een vonnis van 28 februari 2007⁵⁶ heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem het volgende overwogen over de juridische kwalificatie van een portefeuilleoverdracht en de rol van artikel 4:103 lid 4 Wft:

"De voorzieningenrechter overweegt dat de overdracht of overvoer van een assurantieportefeuille juridisch moet worden geduid als contractsovername met betrekking tot een verzameling verzekeringen. Ingevolge artikel 6:159 BW is voor contractsovername een akte vereist tussen de partij die overdraagt en de partij die overneemt en is daarnaast noodzakelijk dat de wederpartij, in casu de verzekeraar – en afhankelijk van de aard van de bemiddeling ook de verzekerde – toestemming verleent voor de overdracht. Die totstandkoming is derhalve een totstandkomingsvereiste voor de contractsovername, tenzij de toestemming bij voorbaat reeds is gegeven, hetgeen niet is gesteld of gebleken.

Echter in het onderhavige geval is als specialis artikel 4:103 lid 4 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) (voorheen artikel 59 lid 4 van de Wet financiële dienstverlening, hierna Wfd) van toepassing, dat luidt dat de verzekeraar op schriftelijk verzoek van een bemiddelaar zijn medewerking verleent aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van de portefeuille van die bemiddelaar aan een andere bemiddelaar, tenzij die bemiddelaar gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar. Assurantiekanthoor c.s. heeft niets gesteld op grond

waarvan voorshands moet worden aangenomen dat een of meer van de betrokken verzekeraars gegronde bezwaren kan hebben tegen [eiser] als nieuwe bemiddelaar. Dit betekent dat vooralsnog kan worden aangenomen dat de contractsovername in beginsel tot stand komt met de kennisgeving van de overdracht aan de verzekeraars."

Anders dan De Jong⁵⁷ merkt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem artikel 4:103 lid 4 Wft niet aan als een regeling die een wettelijke overgang bewerkstelligt van de rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar. Volgens de voorzieningenrechter dient het overnemen van een portefeuille voor zover het de rechtsverhouding assuranttussenpersoon-verzekeraar betreft,⁵⁸ gekwalificeerd te worden als contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW en geeft artikel 4:103 lid 4 Wft een bijzondere regeling voor het voor contractsovername geldende vereiste van 'medewerking' van de verzekeraar (de voorzieningenrechter spreekt ten onrechte over 'toestemming' van de verzekeraar). Verschillende auteurs⁵⁹ onderschrijven dit standpunt. Van Berkel⁶⁰ merkt mijns inziens echter terecht op dat, hoewel de rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar strikt genomen door contractsovername van de oude assuranttussenpersoon op de nieuwe assuranttussenpersoon kan overgaan, het in de praktijk nauwelijks zal voorkomen dat een verzekeraar instemt met de overname door een derde (de nieuwe assuranttussenpersoon) van een gehele rechtsverhouding die hij reeds met een assuranttussenpersoon heeft. Veelal zal de verzekeraar ervoor kiezen om met de nieuwe assuranttussenpersoon een opvolgende samenwerkingsovereenkomst aan te gaan. De verzekeraar krijgt dan de kans om voor hem gunstiger (provisie)voorwaarden te bedingen jegens de nieuwe assuranttussenpersoon (met betrekking tot de in de toekomst af te sluiten verzekeringen). Met Van Berkel ben ik van mening dat het de verzekeraar ook toegestaan is om op dergelijke wijze te handelen. Naar mijn oordeel behelst de in artikel 4:103 lid 4 Wft bedoelde, verplichte medewerking van de verzekeraar aan de overdracht van de portefeuille niet meer dan dat hij, behoudens gegronde bezwaren tegen de nieuwe assuranttussenpersoon, gehouden is de verzekeringen administratief over te boeken van de oude assuranttussenpersoon naar de nieuwe assuranttussenpersoon, alsmede ermee in moet stemmen dat de nieuwe assuranttussenpersoon het

⁵⁵ De samenwerkingsovereenkomst geeft de assuranttussenpersoon het recht te bemiddelen bij totstandkoming van verzekeringen tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. In de samenwerkingsovereenkomst zijn onder meer de voorwaarden opgenomen waaronder de assuranttussenpersoon de producten van de verzekeraar mag aanbieden en de beloning (provisie) die daartegenover staat. Daarnaast doet de samenwerkingsovereenkomst vaak een rekening-courantverhouding tussen de assuranttussenpersoon en verzekeraar ontstaan. Zie G.H.G.M. van Berkel, 'Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *TvI* 2011/29, afl. 6 – november/december, p. 178.

⁵⁶ Zie Rb. Arnhem (vzr.) 28 februari 2007 (KG), *LJN* BA2020.

⁵⁷ Zie C.J. de Jong (diss.), p. 90.

⁵⁸ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem beschouwt de tot de portefeuille behorende verzekeringen – en daarmee de in de Wft geregelde rechtsverhouding tussen de assuranttussenpersoon en de verzekeraar – als onderwerp van de contractsovername en de verzekeraar als wederpartij (cessus). Zie C.J. de Jong (diss.), p. 90.

⁵⁹ Zie R.M. Vriesendorp-van Seumeren (diss.), p. 68, E.J.L. Kaptein, 'Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assuranttussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder', *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 125-127 en B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, 'Verpanding assurantieportefeuille', *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 41.

⁶⁰ Zie G.H.G.M. van Berkel, 'Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht', *TvI* 2011/29, afl. 6 – november/december, p. 182.

portefeullerecht van de betreffende portefeuille verkrijgt.⁶¹ Deze (minimale) medewerking van de verzekeraar is ook voldoende om te bewerkstelligen dat de nieuwe assurantietussenpersoon het portefeullerecht van de desbetreffende portefeuille, inclusief de daartoe behorende portefeuille-recht-goodwill, verkrijgt. Hiervoor is derhalve geen contractsoverneming vereist. Contractsoverneming is evenmin noodzakelijk voor de overdracht van de rechten op provisie die voortvloeien uit de tot de portefeuille behorende verzekeringen. De rechten op provisie bestaan uit de huidige en de toekomstige vorderingen tot betaling van provisie die de oude assurantietussenpersoon jegens de verzekeraar heeft c.q. zal verkrijgen op grond van de door zijn bemiddeling afgesloten verzekeringen. Uit artikelen 3:94 BW juncto 3:97 BW volgt dat de oude assurantietussenpersoon deze vorderingen aan de nieuwe tussenpersoon kan cederen door middel van een daartoe bestemde akte en mededeling aan de verzekeraar.⁶² Door een dergelijke cessie overeen te komen (en vervolgens te realiseren), kan de nieuwe assurantietussenpersoon de rechten op provisie – buiten contractsoverneming om – verkrijgen.

*Ad 2) de rechtsverhouding tussen de
assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer*

De rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer bestaat uit een overeenkomst van opdracht.⁶³ Volgens diverse auteurs⁶⁴ wordt de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer bij een portefeuilleoverdracht door middel van contractsoverneming in de zin artikel 6:159 BW overgedragen van de oude assurantietussenpersoon naar de nieuwe assurantietussenpersoon. Bij deze opvatting geldt als uitgangspunt dat de verzekeringnemer de nieuwe assurantietussenpersoon – na een portefeuilleoverdracht – kan aanspreken voor de tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon. Dit is echter niet het uitgangspunt dat in de (lagere) rechtspraak gehanteerd wordt. De Rechtbank Utrecht gaat ervan uit dat een portefeuilleoverdracht de aansprakelijkheid van de oude assurantietussenpersoon in beginsel niet doet overgaan op de nieuwe assurantietussenpersoon. In een uitspraak van 26 mei 2010⁶⁵ overweegt de Rechtbank Utrecht als volgt:

“4.16. Moritz meest verstrekkende verweer is dat [eiser] niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard omdat zij haar assurantieportefeuille met ingang van 1 januari 2008 heeft overgedragen aan Moritz & Partners B.V. en dat de geclaimde schade daarna is ontstaan. Moritz heeft niet nader onderbouwd dat door de overdracht van de portefeuille de aansprakelijkheden verbonden aan het beheer van de assurantieportefeuille vóór 1 januari 2008 zijn overgegaan op Moritz & Partners B.V. Dat de door [eiser] geclaimde schade na 1 januari 2008 is opgetreden kan niet afdoen aan de omstandigheid dat een eventuele tekortkoming van Moritz in 2006 en/of 2007 jegens [eiser] in beginsel voor haar rekening blijft. Gelet op de omstandigheid dat er geen begin van bewijs voorligt dat Moritz & Partners de aansprakelijkheid voor tekortkomingen en/of fouten van Moritz begaan voor het tijdstip van de overname van de portefeuille op zich genomen heeft passeert de rechtbank het niet-ontvankelijkheidsverweer. Indien Moritz van mening zou zijn dat de gevolgen van een eventuele tekortkoming voor rekening van Moritz & Partners zou moeten komen dan had zij laatstgenoemde in vrijwaring kunnen oproepen.”

In een andere zaak waarbij sprake was van een portefeuilleoverdracht en de verzekeringnemer de nieuwe assurantietussenpersoon aansprak voor een fout die de oude tussenpersoon gemaakt zou hebben bij de aanvraag van een aanvullende verzekeringsdekking, heeft de Rechtbank Utrecht⁶⁶ als volgt overwogen:

“4.7. De rechtbank stelt voorop dat als maatstaf voor de zorgplicht van de assurantietussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever geldt dat de assurantietussenpersoon de zorg dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden betracht. Het is zijn taak te waken voor de belangen van de verzekeringnemer bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen.

4.8. Anders dan [eiseres] kennelijk betoogt, reikt in het licht van voornoemde maatstaf de zorgplicht van de assurantietussenpersoon die een reeds bestaande verzekering in zijn portefeuille opneemt, in beginsel niet zover dat hij onderzoek moet verrichten naar de juistheid van de gegevens die tot de eerdere totstandkoming van de verzekering hebben geleid. Het valt daarentegen in beginsel binnen de risicosfeer van de verzekeringnemer dat hij op het moment waarop hem bekend is geworden dat zijn verzekering bij een andere assurantietussenpersoon is ondergebracht, aan deze tussenpersoon kenbaar maakt welke dekking voor hem essentieel is (vgl. hof Arnhem 19 februari 2008, LJN: BD1306).”

61 Van Berkel is van mening dat de in art. 4:103 lid 4 Wft vervatte plicht van de verzekeraar om mee te werken aan de overdracht van de portefeuille niets meer behelst dan de plicht om op verzoek van de oude assurantietussenpersoon een lopende verzekering administratief aan de nieuwe assurantietussenpersoon te koppelen (zie G.H.G.M. van Berkel, ‘Verpanding van verzekeringsportefeuilles anders belicht’, *TvI* 2011/29, afl. 6 – november/december, p. 182). Deze uitleg van art. 4:103 lid 4 Wft acht ik te beperkt.

62 Zie ook R.M. Vriesendorp-van Seumeren (dlss.), p. 70-71.

63 Zie Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salamons 7-IX* 2012/66. Uit het aldaar vermelde volgt dat de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeraar tevens als een bemiddelingsovereenkomst kwalificeert en onder omstandigheden ook als lastgeving kan worden aangemerkt.

64 Zie C.J. de Jong (dlss.), p. 90, F.J.L. Kaptein, ‘Het portefeullerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon: overdracht, en executie door de pandhouder’, *TvI* 2011/22, afl. 4 – juli/augustus, p. 126 en B.M. Jonk-van Wijk, C. de Rond en K.B. van Dijk, ‘Verpanding assurantieportefeuille’, *ORP* 4e jrg., nr. 2, maart 2013, p. 41.

65 Zie Rb. Utrecht 26 mei 2010, LJN BM9246.

66 Zie Rb. Utrecht 15 september 2010, LJN BN7106.

In een uitspraak van 26 november 2012⁶⁷ heeft het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) zich in nagenoeg identieke bewoordingen uitgelaten over de zorgplicht die op de nieuwe assurantietussenpersoon rust na een portefeuilleoverdracht. De geschillencommissie was eveneens van oordeel dat de zorgplicht van de nieuwe assurantietussenpersoon in beginsel niet zover gaat dat hij onderzoek dient te verrichten naar de juistheid van de gegevens die tot de eerdere totstandkoming van de verzekering hebben geleid, en dat het op de weg van de verzekeringnemer ligt om aan de nieuwe assurantietussenpersoon duidelijk te maken welke dekking voor hem essentieel is. Uit voornoemde uitspraken volgt dat de Rechtbank Utrecht en de geschillencommissie een portefeuilleoverdracht niet als contractsovername aanmerken (voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft). De Rechtbank Utrecht en de geschillencommissie bakenen de aansprakelijkheid/zorgplicht van de nieuwe tussenpersoon af. De eventuele fouten die de oude tussenpersoon ten tijde van de totstandkoming van de verzekering heeft gemaakt, zouden buiten het domein van de aansprakelijkheid/zorgplicht van de nieuwe tussenpersoon vallen (zodat hij hier geen onderzoek naar hoeft te doen). Dit valt niet te rijmen met contractsovername. Bij contractsovername gaan in beginsel alle rechten en plichten van de oude assurantietussenpersoon over op de nieuwe assurantietussenpersoon. De nieuwe tussenpersoon kan dan wel aangesproken worden voor tekortkomingen van vóór de portefeuilleoverdracht. In de uitspraken van de Rechtbank Utrecht en de geschillencommissie wordt niet nader ingegaan op de juridische kwalificatie van de portefeuilleoverdracht. Wel wordt zowel door de Rechtbank Utrecht⁶⁸ als door de geschillencommissie verwezen naar Hof Arnhem 19 februari 2008, LJN BD1306. In de aan het Hof Arnhem voorgelegde zaak was echter geen sprake van een portefeuilleoverdracht. De nieuwe assurantietussenpersoon had de verzekering op grond van een daartoe strekkend verzoek van de verzekeringnemer in zijn portefeuille opgenomen. Deze situatie kan niet gelijkgesteld worden met de situatie die speelt bij een portefeuilleoverdracht. Uit artikel 4:103 lid 2 Wft volgt dat de verzekeraar bij een verzoek tot intermediairwijziging van de verzekeringnemer alleen medewerking mag weigeren indien hij gegronde bezwaren heeft tegen de nieuwe assurantietussenpersoon. De Jong merkt een verzoek tot intermediairwijziging van de verzekeringnemer terecht aan als (een uitvloeisel van) een door de verzekeringnemer gedane opzegging van de met zijn oude assurantietussenpersoon gesloten overeenkomst van opdracht.⁶⁹ Behoudens andersluidende afspraken, komt er tussen de verzekeringnemer en de nieuwe assurantietussenpersoon een nieuwe overeenkomst van opdracht tot stand. Van een

overdracht van de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer in de zin van artikel 6:159 BW, kan dan geen sprake zijn. Het is derhalve vanzelfsprekend dat de nieuwe assurantietussenpersoon bij een verzoek tot intermediairwijziging van de verzekeringnemer, niet aangesproken kan worden voor tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon. Naar mijn mening zijn de Rechtbank Utrecht en de geschillencommissie ten onrechte voorbijgegaan aan het onderscheid tussen een portefeuilleoverdracht en een verzoek tot intermediairwijziging van de verzekeringnemer. De in de uitspraken van de Rechtbank Utrecht en de geschillencommissie gegeven motivering, acht ik om deze reden gebrekkig. Ik trek hieruit echter niet tot conclusie dat daarmee ook vaststaat dat de Rechtbank Utrecht en de geschillencommissie ten onrechte hebben aangenomen dat de nieuwe assurantietussenpersonen niet aansprakelijk waren voor de tekortkomingen van de oude assurantietussenpersonen, omdat de portefeuilleoverdrachten, voor zover het de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer betrof, als contractsovername hadden moeten worden aangemerkt. Dit laatste staat wat mij betreft niet vast en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

4.3 *Elgen opvatting (kwalificatie) portefeuilleoverdracht*

Naar mijn oordeel geldt zowel ten aanzien van de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeraar als ten aanzien van de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer, dat contractsovername slechts een *mogelijkheid* is om een portefeuilleoverdracht juridisch vorm te geven. Om te bewerkstelligen dat de nieuwe assurantietussenpersoon het met de portefeuilleoverdracht beoogde voordeel verkrijgt (de goodwill die in de portefeuille besloten ligt en de rechten op provisie die voortvloeien uit de tot de portefeuille behorende verzekeringen), hoeft niet per se de weg van artikel 6:159 BW bewandeld te worden. Bij de bespreking van de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en verzekeraar, is reeds aangegeven dat de nieuwe assurantietussenpersoon het portefeuillerecht, inclusief de daartoe behorende portefeuillerecht-goodwill, en de rechten op provisie ook buiten contractsovername om kan verkrijgen. De in de portefeuille besloten goodwill kan – voor zover dit nog nodig is⁷⁰ – verbintenisrechtelijk aan de nieuwe assurantietussenpersoon overgedragen worden door het aangaan van een verplichting van de oude assurantietussenpersoon om niet te doen (niet te concurreren) en te doen (aan te bevelen) (zie paragraaf 3). Indien de goodwill op deze wijze overgedragen wordt, geldt (ook) ten aanzien van de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-

67 Zie Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) 26 november 2012, nr. 2012-327. Hoewel de geschillencommissie zich hierover niet expliciet uitlaat, meen ik uit de uitspraak op te kunnen maken dat de verzekering als gevolg van een portefeuilleoverdracht deel was gaan uitmaken van de portefeuille van de nieuwe assurantietussenpersoon.

68 In Rb. Utrecht 15 september 2010, LJN BN7106.

69 Zie C.J. de Jong (diss.), p. 95 en C.J. de Jong (2012), p. 50.

70 Indien uitgegaan wordt van het door Kaptein ingenomen standpunt dat de portefeuille een vermogensrecht is in de zin van art. 3:6 BW en portefeuillerecht-goodwill aangemerkt moet worden als belichaamde goodwill, is de verbintenisrechtelijke overdracht van de goodwill uitsluitend nog vereist voor de goodwill die verband houdt met het potentieel om nieuwe klanten te werven. De overdracht van de portefeuille brengt dan reeds met zich mee dat de portefeuillerecht-goodwill bij de nieuwe assurantietussenpersoon terecht komt. Zie par. 3.

verzekeringnemer dat contractsovernameing achterwege kan blijven. De nieuwe assurantietussenpersoon verkrijgt dan op alternatieve wijze het volledige goodwillvoordeel dat met de portefeuilleoverdracht beoogd was.

Een portefeuilleoverdracht die juridisch (mede) vormgegeven wordt door een verbintenisrechtelijke overdracht van de goodwill en (derhalve) voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft, niet als contractsovernameing kwalificeert, zal hierna aangeduid worden als een alternatieve portefeuilleoverdracht. Bij een alternatieve portefeuilleoverdracht wordt de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer niet aan de nieuwe assurantietussenpersoon overgedragen (in de zin van artikel 6:159 lid 1 BW). De nieuwe assurantietussenpersoon neemt vanaf het moment van de portefeuilleoverdracht het beheer van de portefeuille over en sluit daarvoor nieuwe overeenkomsten van opdracht met de verzekeringnemers. De rechtspositie en zorgplicht van de nieuwe assurantietussenpersoon jegens de verzekeringnemer zijn vergelijkbaar met de rechtspositie en zorgplicht die de nieuwe assurantietussenpersoon jegens de verzekeringnemer heeft na een verzoek tot intermediairwijziging van de verzekeringnemer. De nieuwe assurantietussenpersoon kan niet aangesproken worden voor fouten van de oude tussenpersoon.

In de praktijk zal telkens aan de hand van de inhoud van de tussen de assurantietussenpersonen gesloten overeenkomst nagegaan moeten worden of, voor zover het de rechtsverhouding tussen assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer betreft, sprake is van een beoogde contractsovernameing dan wel een alternatieve portefeuilleoverdracht. Om te bepalen of contractsovernameing beoogd is, zal de tussen de oude en de nieuwe assurantietussenpersoon gesloten overeenkomst getoetst moeten worden aan de in deze paragraaf onder het subkopje *'De vereisten voor contractsovernameing'* onder a tot en met d genoemde vereisten voor de inhoud van een akte bij contractsovernameing (verklaringen waaruit volgt dat de assurantietussenpersonen de intentie hebben om de contractuele rechtspositie als eenheid te doen overgaan, de bepaalbaarheid van de contractuele relatie die overgaat, de vermelding dat de nieuwe assurantietussenpersoon in plaats van de oude assurantietussenpersoon partij wordt bij de overeenkomst van opdracht, alsmede de tijdstippen van totstandkoming van de akte en medewerking van de verzekeringnemer). De overeenkomst zal uitgelegd dienen te worden volgens de Haviltex-norm.⁷¹ Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer van elkaar mochten verwachten, waarbij rekening dient te worden gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval.

Het komt dikwijls voor dat in de aan de portefeuilleoverdracht ten grondslag liggende overeenkomst een beding opgenomen is, waarin – kort gezegd – aangegeven wordt dat de oude assurantietussenpersoon gehouden is de nieuwe assurantietussenpersoon te vrijwaren voor alle schade waarvoor de nieuwe assurantietussenpersoon aansprakelijk

wordt gesteld, voor zover deze schade veroorzaakt is door tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon. Indien er sprake is van een dergelijk vrijwaringsbeding, duidt dit erop dat de oude en de nieuwe assurantietussenpersoon ter zake van hun rechtsverhouding tot de verzekeringnemer contractsovernameing beoogd hebben. Immers, uitsluitend dan bestaat de mogelijkheid dat de nieuwe assurantietussenpersoon door de verzekeringnemer aangesproken wordt voor de tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon, en heeft het (derhalve) zin om de nieuwe assurantietussenpersoon in de interne rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersonen onderling – via het vrijwaringsbeding – een regresmogelijkheid op de oude assurantietussenpersoon te geven.

Indien uit de (uitleg van de) inhoud van de schriftelijke overeenkomst volgt dat de assurantietussenpersonen, voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft, contractsovernameing hebben beoogd, betekent dit nog niet dat de contractsovernameing ook daadwerkelijk gerealiseerd is. Nagegaan zal moeten worden of de verzekeringnemer ook de vereiste medewerking heeft verleend. Het komt in de praktijk veelvuldig voor dat aan dit vereiste niet voldaan wordt. Niet zelden worden de verzekeringnemers in het geheel niet bericht. Ook komt het voor dat de verzekeringnemers (piep)brieven ontvangen die nimmer medewerking aan een contractsovernameing kunnen bewerkstelligen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan brieven waarin de verzekeringnemers uitsluitend vermeld wordt dat zij om administratieve redenen een nieuw aanspreekpunt krijgen (en zij behoudens tegenbericht geacht worden hiermee in te stemmen). Uit dergelijke brieven kunnen de verzekeringnemers niet opmaken dat een contractsovernameing beoogd is, zodat uit het uitblijven van een reactie van de verzekeringnemers niet afgeleid mag worden dat zij hieraan (stilzwijgende) medewerking hebben verleend. Indien de contractsovernameing (voorzienbaar) tot gevolg zal hebben dat er voor schadeclaims van verzekeringnemers die betrekking hebben op fouten van de oude assurantietussenpersoon, geen dekking meer op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering zal bestaan (zie paragraaf 5), kan mijns inziens richting de verzekeringnemers in geen geval volstaan worden met een piepbrief. Het lijkt mij dan geboden om voor medewerking van de verzekeringnemer een uitdrukkelijke handeling te verlangen, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat hij zich van dit nadelige gevolg bewust is. Hierboven is reeds aangegeven dat medewerking een constitutief vereiste is voor contractsovernameing. Indien geconcludeerd moet worden dat medewerking van de verzekeringnemer ontbreekt, is er geen contractsovernameing tot stand gekomen.⁷² De rechten en plichten van de oude assurantietussenpersoon zijn dan niet overgegaan op de nieuwe assurantietussenpersoon. De verzekeringnemer zal de oude assurantietussenpersoon kunnen en moeten aanspreken voor eventuele schadevergoeding (tenzij hij alsnog medewerking aan de contractsovernameing verleent).

71 Zie ook G. van Rijssen (2006), p. 244-246.

72 Zie ook G. van Rijssen (2006), p. 246.

5. Beroepsaansprakelijkheidsverzekering

In de polisvoorwaarden van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de assurantietussenpersoon is veelal een dekking omschrijving opgenomen die bepaalt dat er (uitsluitend) dekking geboden wordt voor fouten die – tijdens de looptijd van de verzekering⁷³ – gemaakt zijn bij werkzaamheden die verzekerden hebben verricht of hebben doen verrichten in hun verzekerde hoedanigheid. Als verzekerden worden aangemerkt de verzekeringnemer (het assurantiebemiddelingsbedrijf dat de polis heeft afgesloten) en degenen die op naam en voor risico van de verzekeringnemer werkzaamheden hebben verricht. Rechtsvoorgangers onder algemene of bijzondere titel worden in de polisvoorwaarden niet als verzekerden genoemd. De polisvoorwaarden bevatten bovendien doorgaans een dekkinguitsluiting waarin vermeld wordt dat er geen dekking bestaat voor aanspraken die voortvloeien uit een boete-, schadevergoedings-, vrijwarings- of garantiebeding of soortgelijk beding, behalve indien een verzekerde ook zonder dat beding aansprakelijk zou zijn (geweest). Zowel uit de dekking omschrijving als uit de dekkinguitsluiting volgt dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de nieuwe assurantietussenpersoon in beginsel geen dekking biedt voor (uit contractoverneming voortvloeiende) aansprakelijkheidsclaims die betrekking hebben op fouten van de oude assurantietussenpersoon. De fouten van de oude assurantietussenpersoon zijn geen fouten die (tijdens de looptijd van de verzekering) gemaakt zijn bij werkzaamheden die verzekerden op de polis van de nieuwe assurantietussenpersoon (in hun verzekerde hoedanigheid) hebben verricht c.q. hebben doen verrichten en de aanspraken vloeien voort uit de contractuele bedingen van de akte van contractoverneming, terwijl de nieuwe assurantietussenpersoon zonder deze bedingen niet aansprakelijk was geweest. De nieuwe tussenpersoon zal op het vorenstaande bedacht moeten zijn. Bij een portefeuilleoverdracht die, voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft, als contractoverneming aangemerkt moet worden, dient de nieuwe assurantietussenpersoon zich aanvullend te verzekeren voor de eventuele aanspraken die uit de contractoverneming kunnen voortvloeien. Indien de nieuwe assurantietussenpersoon dit nalaat, zal er voor de verzekeringnemer een groot (voorzienbaar) nadeel aan de contractoverneming verbonden zijn. De verzekeringnemer kan zich voor een verplichting tot schadevergoeding die van de oude assurantietussenpersoon op de nieuwe assurantietussenpersoon is overgegaan, niet meer wenden tot de oude assurantietussenpersoon. Diens beroepsaansprakelijkheidsverzekering zal derhalve geen dekking (meer) bieden voor de vordering tot schadevergoeding van de verzekeringnemer. Indien de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de nieuwe assurantietussenpersoon evenmin dekking biedt, heeft de contractoverneming ertoe geleid dat er

geen verzekeringsdekking meer bestaat voor de claim van de verzekeringnemer. In paragraaf 4 van dit artikel heb ik reeds aangegeven dat ik van mening ben dat dit (voorzienbare) nadeel consequenties heeft voor de eisen die gesteld dienen te worden aan de vereiste medewerking van de verzekeringnemer aan de contractoverneming. Mijns inziens is onder deze omstandigheden voor de medewerking van de verzekeringnemer een uitdrukkelijke handeling vereist, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat hij zich van het nadeel bewust is.

Indien de beoogde contractoverneming betrekking heeft op de volledige portefeuille van de oude assurantietussenpersoon, kan deze na de portefeuilleoverdracht besluiten zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering op te zeggen. Dit kan tot problemen leiden indien vervolgens blijkt dat de contractoverneming niet (rechtsgeldig) tot stand is gekomen, bijvoorbeeld omdat de vereiste medewerking van de verzekeringnemer ontbreekt. De oude assurantietussenpersoon is dan voor de door hem gemaakte fouten de door de verzekeringnemer aan te spreken partij gebleven. De schadevergoedingsverplichtingen van de oude assurantietussenpersoon zijn niet op de nieuwe assurantietussenpersoon overgegaan, zodat de (aanvullende dekking op de) beroepsaansprakelijkheidsverzekering van laatstgenoemde hiervoor geen dekking zal bieden. Daar bij beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen (tevens⁷⁴) het claims made-systeem⁷⁵ gehanteerd wordt, zal de opgezegde verzekering van de oude assurantietussenpersoon evenmin dekking bieden voor een claim van de verzekeringnemer.⁷⁶ Ook dan doet zich derhalve de situatie voor dat er voor de aansprakelijkheidsclaim van de verzekeringnemer geen dekking meer bestaat op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Om deze situatie te voorkomen zouden de assurantietussenpersonen kunnen overeenkomen dat de nieuwe assurantietussenpersoon een aanvullende dekking op zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering moet afsluiten die tevens dekking biedt voor claims die (vanwege onvolkomenheden in de beoogde contractoverneming) tegen de oude assurantietussenpersoon ingesteld (moeten) worden.

Bij een alternatieve portefeuilleoverdracht is de situatie vanuit verzekeringsoogpunt overzichtelijk. De oude assurantietussenpersoon blijft de door de verzekeringsnemer aan te spreken partij voor de door hem gemaakte fouten en hij zal er derhalve voor moeten zorg dragen dat zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering ook na de portefeuil-

⁷³ Dit vereiste sluit aan bij het act committed-systeem. Daarbij is bepalend voor de dekking dat de schade binnen de duur van de contracttermijn (de looptijd van de verzekering) veroorzaakt is. Zie ook J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 95-100.

⁷⁴ In combinatie met het act committed-systeem. Dit vereiste sluit aan bij het act committed-systeem. Daarbij is bepalend voor de dekking dat de schade binnen de duur van de contracttermijn (de looptijd van de verzekering) veroorzaakt is. Zie ook J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 95-100.

⁷⁵ Bij het claims made-systeem dient de vordering tot schadevergoeding binnen de contracttermijn (de looptijd van de verzekering) door de verzekerde dan wel de verzekeraar ontvangen te zijn. Zie J.H. Wansink (2006), p. 96 en 107-113.

⁷⁶ In de situatie waarin voor de volledige portefeuille contractoverneming beoogd is (en opelsbare verplichtingen tot schadevergoeding niet van de contractoverneming uitgezonderd zijn), ligt het niet voor de hand dat de oude assurantietussenpersoon een verzekeringsdekking voor uitlooprisico afsluit. De oude assurantietussenpersoon gaat er immers van uit dat zijn rechten en plichten op de nieuwe assurantietussenpersoon overgaan, zodat hij geen uitlooprisico heeft.

leoverdracht dekking blijft bieden voor deze fouten. Indien de oude assurantietussenpersoon zijn gehele portefeuille door middel van een alternatieve portefeuilleoverdracht overdraagt en daarna zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering opzegt omdat hij geen bedrijfsactiviteiten meer heeft, zal hij een verzekering voor uitlooprisico moeten afsluiten om verzekeringsdekking te behouden voor eventuele schadeclaims die betrekking hebben op door hem gemaakte fouten.

6. Conclusie

Het is na een portefeuilleoverdracht niet eenvoudig om vast te stellen welke assurantietussenpersoon de verzekeringnemer dient aan te spreken voor schade die veroorzaakt is door een tekortkoming van de oude assurantietussenpersoon. Bij de door mij zo genoemde 'alternatieve portefeuilleoverdracht' zal de oude assurantietussenpersoon de aan te spreken partij blijven. Indien de portefeuilleoverdracht, voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft, als een rechtsgeldige contractsoverneming kan worden aangemerkt, is de nieuwe assurantietussenpersoon aan te spreken voor een tekortkoming van de oude assurantietussenpersoon, tenzij er sprake is van een ten tijde van de portefeuilleoverdracht reeds opeisbare vordering tot schadevergoeding welke van de contractsoverneming is uitgesloten. Telkens zal aan de hand van de tussen de oude en de nieuwe assurantietussenpersoon gesloten, schriftelijke overeenkomst nagegaan moeten worden of, voor zover het de rechtsverhouding tussen assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer betreft, sprake is van een beoogde contractsoverneming dan wel een alternatieve portefeuilleoverdracht. Van belang kan daarbij zijn of in de overeenkomst een beding is opgenomen waarin aangegeven wordt dat de oude assurantietussenpersoon gehouden is de nieuwe assurantietussenpersoon te vrijwaren voor alle schade waarvoor de nieuwe assurantietussenpersoon aansprakelijk wordt gesteld, voor zover deze schade veroorzaakt is door tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon. In dat geval geldt als uitgangspunt dat ter zake de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer sprake is van een beoogde contractsoverneming.

Indien uit de (uitleg van de) schriftelijke overeenkomst volgt dat de assurantietussenpersonen ter zake van hun rechtsverhouding tot de verzekeringnemer contractsoverneming hebben beoogd, zal vastgesteld moeten worden of de verzekeringnemer de voor de contractsoverneming vereiste medewerking heeft verleend. Bij de eisen die aan de medewerking gesteld dienen te worden, kan van belang zijn of de contractsoverneming voor de verzekeringnemer (voorzienbaar) nadeel tot gevolg heeft. Ingeval de contractsoverneming er (voorzienbaar) toe zal leiden dat er voor schadeclaims van verzekeringnemers die betrekking hebben op tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon, geen dekking meer op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering zal bestaan, is mijns inziens voor de medewerking van de verzekeringnemer een uitdrukkelijke handeling ver-

eist, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat hij zich van dit nadeel bewust is.

De beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de nieuwe assurantietussenpersoon biedt in beginsel geen dekking voor aansprakelijkheidsclaims die betrekking hebben op fouten van de oude assurantietussenpersoon. Indien de nieuwe assurantietussenpersoon zich na een portefeuilleoverdracht, die voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft als contractsoverneming dient te worden aangemerkt, verzekerd wil weten van verzekeringsdekking voor de gevolgen van tekortkomingen van de oude assurantietussenpersoon, zal hij hiervoor een aanvullende verzekering moeten afsluiten. De oude assurantietussenpersoon doet er verstandig aan om te bedingen dat de door de nieuwe assurantietussenpersoon af te sluiten aanvullende verzekering tevens dekking moet bieden voor claims die (vanwege onvolkomenheden in de beoogde contractsoverneming) tegen de oude assurantietussenpersoon ingesteld (moeten) worden.

Naar mijn oordeel dienen de assurantietussenpersonen die bij een portefeuilleoverdracht betrokken zijn, er allebei voor te waken dat er dekking op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering blijft bestaan voor de eventuele claims van de verzekeringnemers van de tot de portefeuille behorende verzekeringen. In situaties waarin de oude assurantietussenpersoon verdwijnt c.q. zijn activiteiten volledig staakt, verdient het de voorkeur te kiezen voor een portefeuilleoverdracht die, voor zover het de rechtsverhouding assurantietussenpersoon-verzekeringnemer betreft, als contractsoverneming kwalificeert en de verzekeringsplicht bij de nieuwe assurantietussenpersoon neer te leggen. De verzekeringnemer behoudt dan een (makkelijk) traceerbaar en verzekerd aanspreekpunt voor al zijn claims.