

SINDS JAAR EN DAG IS HET GEBRUIKELIJK IN DE VERZEKERINGSBRANCHE OM ZEKERHEID TE STELLEN DOOR MIDDEL VAN HET VERSTREKKEN VAN EEN PANDRECHT OP DE ASSURANTIEPORTEFEUILLE. DAT IS LOGISCH, WANT VOOR EEN ADVISEUR IS ZIJN PORTEFEUILLE VERREWEG HET MEEST WAARDEVOLLE ACTIEF VAN ZIJN ONDERNEMING. ER IS ECHTER AL JAREN EEN DISCUSSIE GAANDE OVER DE VRAAG OF JE EEN PORTEFEUILLE WEL KUNT VERPANDEN. EN WAT DAT PANDRECHT DAN ZOU INHOUDEN.

Toekomst voor pandrecht portefeuille?

TEKST ROBIN VAN BEEM, PARTNER POLIS ADVOCATEN

Laatste stap in deze discussie is een recente uitspraak van de rechtbank Gelderland. In deze bijdrage ga ik op die uitspraak in en de gevolgen daarvan voor de praktijk. Eerst een duik in de historie. Van oudsher worden assurantieportefeuilles verpand. Bijvoorbeeld als zekerstelling voor de betaling van de koopsom bij een overname, wanneer die koopsom in termijnen betaald dient te worden. Of als zekerheid voor de terugbetaling van een lening van een verzekeraar. Iedereen ging er toen vanuit dat dit rechtsgeldig kon.

Daarvoor was aanvankelijk in de rechtspraak steun. Een rechter in Roermond oordeelde op 21 augustus 2012 (ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087) dat een portefeuille als zodanig verpand kan worden. Maar zijn onderbouwing daarvoor was dun. En het betrof een rangregelingspro-

cedure, waarbij het ging om de verdeling van een failliete boedel. Daarbij kwam deze vraag slecht zijdelings aan de orde. En de rechter sprak in zijn vonnis uit, dat hij zich realiseerde dat hij pas de eerste was die oordeelde dat een portefeuille te verpanden was. De discussie over de geldigheid van het pandrecht was met die uitspraak bepaald nog niet beslecht. In de juridische literatuur waren de meningen verdeeld.

FAILLISSEMENT CINJEE

De discussie is vervolgens met name opgelaaid naar aanleiding van het faillissement van Cinjee Advies. Omdat Cinjee op grote schaal portefeuilles had gekocht op afbetaling, stond er na het faillissement nog een enorme schuld open ter zake onbetaalde koopsommen. Naar schatting rond de 40 miljoen euro. Een groot aantal verkopers claimde een pandrecht op de verkochte

portefeuille. De eerste curator in het faillissement van Cinjee, mr. Butin Bik, stelde zich echter op het standpunt dat een portefeuille als zodanig niet verpand kon worden. Daarover voerde hij een procedure die op 17 april 2013 leidde tot prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8347). Maar de zaak bleek zich daar helaas niet voor te lenen. Het bleek te gaan om een pandrecht dat om andere formele gronden al nietig was, zodat de Hoge Raad in haar arrest van 31 mei 2013 helaas niet toekwam aan het beantwoorden van de vraag of een portefeuille als zodanig te verpanden is (ECLI:NL:HR:2013:CA1614).

‘Voor grijstinten op grond van **redelijkheid en billijkheid** is geen ruimte’

HEERSENDE OPINIE

Wat is nu de stand van zaken? In het faillissement van Cinjee zijn ook door de opvolgend curator procedures gevoerd waarin het pandrecht een rol speelde. In één van deze zaken is op 18 november 2015 een uitspraak gedaan door de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2015:8495). In tegenstelling tot zijn collega in Roermond kwam de Rotterdamse rechter in een uitgebreid gemotiveerd vonnis tot het oordeel dat een portefeuille als zodanig niet verpand kan worden. Maar dat je wel de vorderingsrechten die deel uitmaken van de portefeuille (het recht op premie-incasso en het recht op provisie) kunt verpan-

den. Dat oordeel werd daarna nog eens bevestigd in een uitspraak van dezelfde rechtbank op 4 mei 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:3303). Op 4 april van dit jaar is dat oordeel ook door de rechtbank Gelderland bevestigd in een procedure van ING Bank tegen een gefailleerde adviseur (ECLI:NL:RBGEL:2018:1571). Daarbij gebruikte de rechter dezelfde motivering als de Rotterdamse rechter. Dat lijkt dus inmiddels de heersende opinie.

NIET VOOR OVERDRACHT VATBAAR

Maar waarom zou een portefeuille niet vatbaar zijn voor verpanding? Dat komt door het gesloten systeem van goederenrecht. De wet bepaalt dat je alleen een pandrecht kunt vestigen op goederen die voor overdracht vatbaar zijn, zoals onroerende en roerende goederen en vorderingsrechten. Een portefeuille is volgens de rechtbank Rotterdam en de rechtbank Gelderland geen zelfstandig voor overdracht vatbaar goed, maar een samenstel van rechten en verplichtingen. Denk aan het recht op incasso en de aanspraak op provisie. Maar ook de aan de portefeuille verbonden zorgplicht. Daarnaast bevat de portefeuille vaak ook goodwill. Maar dat samenstel van rechten en plichten levert niet een zelfstandig goed op in de zin van ons vermogensrecht. Alle in de portefeuille vertegenwoordigde rechten en plichten kunnen (en soms: moeten) immers los van elkaar worden overgedragen. Zo kan de verkoper ervoor kiezen om slechts een deel van portefeuille te verkopen. Koper en verkoper kunnen afspraken maken over de overdracht of juist het achterblijven van de zorgplicht. En over het wel of niet overgaan van de aan de portefeuille verbonden (latente) verplichtingen, zoals het terugboekrisico. De portefeuille voldoet daarmee niet aan de wettelijke definitie van een zelfstandig overdraagbaar goed. Daarom kan volgens de rechter de portefeuille als zodanig niet verpand worden.

In de wet is wel bepaald dat je vorderingsrechten kunt overdragen. Dus kun je de in de portefeuille vertegen-



woordigde vorderingsrechten, met name de aanspraak op provisie jegens verzekeraars, wel verpanden. Dat staat verder ook niet ter discussie.

ZWART OF WIT

En de argumenten die pleiten voor verpanding dan? De Wft bepaalt toch in artikel 4:103 dat een verzekeraar moet meewerken aan overdracht van de portefeuille? Ja, maar die bepaling heeft geen goederenrechtelijk effect. Dat wil zeggen dat die bepaling nog niet maakt dat eigendom van een portefeuille over gaat. Het artikel geeft alleen een regeling voor de verbintenisrechtelijke (contractuele) verhouding tussen klant, adviseur en verzekeraar. Daarom passeerde de rechtbank Gelderland dit standpunt.

En het is toch een vast gebruik in de branche dat portefeuilles verpand worden en daarbij hebben partijen toch een groot belang? Dan eist de redelijkheid toch dat een portefeuille wel te verpanden is? Ook dat argument slaagt niet. Dat komt omdat we in ons land een gesloten systeem van vermogensrecht hebben. Het is dus zwart of wit. Voor grijsstinten op grond van redelijkheid en billijkheid is geen ruimte. Past een portefeuille niet in een specifiek bestaand wettelijk hokje voor overdracht, dan kan deze niet verpand worden. Ongeacht de vraag of die uitkomst bevredigend of redelijk is.

DE PRAKTIJK

Wat betekent dit alles nu voor de praktijk? Hoewel de Hoge Raad zich tot nu toe niet heeft uitgesproken over deze principiële vraag, lijkt er bij lagere rechters dus inmiddels wel een heersende opinie te zijn, te weten dat een portefeuille niet als zodanig verpand kan worden. De motivering daarvoor is zorgvuldig uitgewerkt en is goed te volgen. Daarom moet er rekening mee gehouden worden dat de Hoge Raad dat oordeel zal delen, als deze principiële vraag nog eens wordt voorgelegd. Voor de praktijk is dat van groot belang. Als een portefeuille als zodanig te verpanden is, kun je als schuldeiser bij wanbetaling de portefeuille laten verkopen. En kun je je vervolgens verhalen op de verkoopopbrengst. Dan profiteer je dus van de aan de portefeuille verbonden goodwill. Als je alleen de vorderingsrechten uit de portefeuille kunt verpanden, kun je de portefeuille als zodanig niet te gelde maken en loop je die goodwill mis.

De waarde van het pandrecht is daarmee tegen de huidige stand van zaken zeer beperkt. Want je wil het pandrecht inroepen op het moment dat er niet betaald wordt. Dat betekent normaal gesproken dat de zaken er slecht voor staan bij de schuldeiser. Wat zijn dan je opties? Je kunt als pandhouder mededeling doen van



het pandrecht aan de verzekeraars en de provisies incasseren. Maar meestal zal sprake zijn van grote achterstanden in rekening-courant. Verzekeraars zullen zich dan op het standpunt stellen dat zij de portefeuille intrekken. Of dat zij in elk geval de provisie verrekenen met de schuld in rekening-courant. Daarom zal het pandrecht met name waarde hebben bij adviseurs die op maatschappij-incasso werken en dus geen achterstanden in rekening-courant hebben.

ONVOLDOENDE ZEKERHEDEN

Voor partijen met bestaande vorderingen betekent dit, dat zij zich moeten realiseren dat zij bij de huidige stand van zaken mogelijk onvoldoende zekerheden hebben. Dat kan een wrange vaststelling zijn, omdat het vaak niet mogelijk is om op dit moment nog meer of andere zekerheden te verkrijgen.

Voor partijen die nu een portefeuille verkopen, geldt dat zij beter kunnen kiezen voor een koper die de koopsom in één keer betaalt. Ook als die koopsom lager is dan bij een partij die in termijnen wil betalen. Dat laatste is eigenlijk alleen aan te bevelen, wanneer er (eventueel naast een pandrecht op de portefeuille) andere zekerheden zijn. Zoals een recht van hypotheek op een bedrijfspand in eigendom. Of een persoonlijke borgstelling van de kopende ondernemer, wanneer hij in privé voldoende verhaal biedt. ■