

Rechten van polishouders bij portefeuilleoverdracht, juridische fusie en juridische splitsing door verzekeraars

Bespreking van het proefschrift van mr. A.M.M. Menken

*Mr. G.G. Hamelijncck, mr. B.M. van Wijk en mr. F. Van Es**

1 Introductie

Op 8 mei 2024 promoveerde Agnes Menken op haar proefschrift *Rechten van polishouders bij portefeuilleoverdracht, juridische fusie en juridische splitsing door verzekeraars*.¹ Voor haar proefschrift heeft Menken gekeken naar het samenspel van het toezichtrecht, vennootschapsrecht, civiel recht, verzekeringsrecht en het bestuursrecht.

Het proefschrift bevat een zeer nuttig en volledig wetshistorisch overzicht van afdeling 3.5.1A van de Wet op het financieel toezicht (Wft) (hoofdstuk 2). Hierna bespreekt Menken de verhouding tussen deze toezichtrechtelijke regeling in de Wft en de civielrechtelijke regeling voor contractoverneming in art. 6:159 BW (hoofdstuk 3), gevolgd door een praktische analyse van de Wft-procedure voor de portefeuilleoverdracht (hoofdstuk 4) en de juridische fusie en splitsing (hoofdstuk 5), waarbij voor de fusie en splitsing ook de bepalingen uit het BW aan de orde komen. Vervolgens staat Menken uitgebreid stil bij de instemming van De Nederlandsche Bank (DNB) bij de toezichtrechtelijke route (hoofdstuk 6).² In de daaropvolgende hoofdstukken komen allerlei specifieke juridische aspecten aan de orde, waaronder het arbeids-, privacy- en belastingrecht (hoofdstuk 7), het verzekeringsrecht (hoofdstuk 8) en vergelijkbare regelingen in België en het Verenigd Koninkrijk (hoofdstuk 9). Menken sluit af met praktische aanbevelingen ter verbetering van de rechten van de polishouder (hoofdstuk 10).

Menken neemt op basis van de jurisprudentie³ naar aanleiding van de juridische fusie tussen Optas en Aegon tot uitgangspunt dat bij de overdracht van een portefeuille door middel van een activa-passivatransactie de herroeping van het instemmingsbesluit van DNB leidt tot nietigheid van de overdracht. Dit uitgangspunt is de basis van een belangrijk deel van haar aanbevelingen. Wij zullen om die reden eerst bij dit uitgangspunt stilstaan en daarbij enkele kanttekeningen plaatsen (par. 2). Vervolgens zullen wij ons richten op de naar onze mening meest principiële aanbevelingen van Menken: een verplichte goedkeuring van DNB bij overdracht van een schadeverzekeringportefeuille (par. 3), wachten met de overdracht in verband met mogelijke bezwaarprocedures tegen het instemmingsbesluit van DNB (par. 4), de kennisgeving aan individuele polishouders (par. 5) en het horen door DNB van polishouders die verzet hebben aangetekend tegen de overdracht (par. 6). In paragraaf 7 ronden wij af.

We belichten deze aanbevelingen niet alleen vanuit het belang van de polishouder, maar ook vanuit het belang van de betrokken verzekeraars. Wij beperken ons bij de bespreking van de aanbevelingen tot de portefeuilleoverdracht middels een activa-passivatransactie (art. 3:112 en 3:114 Wft), dus waar over portefeuilleoverdracht wordt gesproken, heeft dit geen betrekking op de juridische fusie en splitsing. De juridische fusie en splitsing komen slechts aan de orde voor zover daaruit lessen te

* Mr. G.G. Hamelijncck is advocaat bij Houthoff te Rotterdam. Mr. B.M. van Wijk is advocaat bij Houthoff te Rotterdam. Mr. F. van Es is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

1 A.M.M. Menken, *Rechten van polishouders bij portefeuilleoverdracht, juridische fusie en juridische splitsing door verzekeraars* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 148), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

2 Die instemming van DNB is bij schadeverzekering niet vereist als met instemming van de polishouder op grond van art. 6:159 BW wordt overgedragen. Zie par. 3.

3 CBB 14 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1063 (Optas); Rb. Den Haag 29 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10376, JOR 2022/281 m.nt. H. Koster (Optas/Aegon); Rb. Den Haag 29 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10377 (Optas/Aegon); Hof Den Haag 9 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:489 (Optas/Aegon); Hof Den Haag 9 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:490 (Optas/Aegon). De hofuitspraken zijn gewezen na afronding van het proefschrift van Menken. Daarin is dus alleen rekening gehouden met de rechtbankuitspraken. In hoger beroep zijn de uitspraken in eerste aanleg bekrachtigd, dus dit zal van beperkte betekenis zijn voor Menkens analyse.

trekken zijn voor de portefeuilleoverdracht, in de zin van art. 3:112 en 3:114 Wft. Waar het proefschrift vrijwel alle relevante aspecten behandelt van de portefeuilleoverdracht, gaat een behandeling van alle aanbevelingen het bestek van dit artikel te buiten. In het bijzonder wordt geen aandacht besteed aan aanbevelingen die betrekking hebben op de overdracht van pensioenverzekeringen of de rol van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) bij de portefeuilleoverdracht.

2 Gevolgen van herroeping van het instemmingsbesluit van DNB

2.1 Nietigheid van de portefeuilleoverdracht

Menken beargumenteert dat herroeping van het instemmingsbesluit van DNB door de bestuursrechter leidt tot nietigheid van de portefeuilleoverdracht.⁴ Zij verwijst daarbij naar de overweging van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in Optas waarin de bestuursrechter aangeeft dat bij een juridische fusie de instemming van DNB mede het karakter draagt van vervangende instemming met de fusie namens de polishouder.⁵ Het CBB baseert zijn overweging op de wetgeschiedenis bij de Wet op het levensverzekeringbedrijf 1923. Op basis van deze overweging concludeert Menken dat de instemming van DNB ook in de plaats komt van de medewerking van de polishouder die in het geval van contractsoverneming op basis van art. 6:159 BW is vereist.

Menken meent dat de portefeuilleoverdracht een bijzondere vorm is van contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159 BW. De portefeuilleoverdracht komt tot stand doordat aan alle civielrechtelijke voorwaarden van contractsoverneming is voldaan, omdat de instemming van DNB in de plaats komt van de vereiste medewerking van de polishouder.⁶ Het door DNB verleende alternatief voor de medewerking van de polishouder vervalt op het moment dat het instemmingsbesluit wordt herroepen. Menken is van oordeel dat dan moet worden teruggevallen op art. 6:159 BW. Doordat de ingevolge dat artikel vereiste medewerking van de polishouder ontbreekt, moet volgens haar worden geconcludeerd dat de portefeuilleoverdracht nietig is.

Dit zou bij overgang van verzekeringsportefeuilles via de juridische fusie of splitsing anders zijn omdat daar de goederenrechtelijke overdracht ondanks de herroeping van het instemmingsbesluit in stand blijft.⁷ Het hof komt ten aanzien van de juridische fusie tussen Optas en Aegon ook tot die conclusie. Volgens het hof leidt vernietiging van het instemmingsbesluit van DNB niet automatisch tot aantasting van de rechtsgeldigheid van de fusie. Het hof baseert zich op art. 1:23 Wft, waarin is bepaald dat een privaatrechtelijke rechtshandeling die is gericht in strijd met een bepaling van de Wft, niet uit dien hoof-

de aantastbaar is, tenzij de Wft anders bepaalt. Het hof wijst daarbij ook op de bedoeling van deze bepaling, te weten: het creëren van rechtszekerheid door te voorkomen dat aan overtredingen van de bij of krachtens de Wft gestelde publiekrechtelijke regels (ook) civielrechtelijke gevolgen worden verbonden.⁸ Tegen dit arrest is – naar wij begrepen – cassatieberoep ingesteld.

Stolze en Van Rees komen onder verwijzing naar dezelfde rechtsoverweging van het CBB tot dezelfde conclusie als Menken, maar betrekken daarbij – anders dan Menken – ook art. 1:23 Wft.⁹ Stolze en Van Rees beargumenteren dat de wetgever – al dan niet bewust – de werking van art. 1:23 Wft omzeilt, doordat het instemmingsbesluit van DNB de civielrechtelijk vereiste medewerking van de polishouder vervangt. Het instemmingsbesluit krijgt daardoor niet een zuiver toezichtrechtelijk karakter, maar is ook een civielrechtelijk vereiste voor een rechtsgeldige contractsoverneming. Het ontbreken van de instemming van DNB leidt daarmee tot nietigheid van de portefeuilleoverdracht, doordat niet aan alle vereisten voor contractsoverneming is voldaan.¹⁰ Zij lijken daarmee te beargumenteren dat art. 1:23 Wft alleen geldt voor schendingen van zuiver toezichtrechtelijke bepalingen.

2.2 Gevolgen voor geldigheid van de portefeuilleoverdracht – geen nietigheid

Hoewel wij niet uitsluiten dat de rechter mogelijk in lijn met bovenstaande opvattingen zal oordelen dat herroeping van het instemmingsbesluit van DNB leidt tot nietigheid van de portefeuilleoverdracht, achten wij ook verdedigbaar dat die herroeping de overdracht niet aantast.¹¹ Wij menen dat de in het rechtsverkeer benodigde rechtszekerheid dit ook vereist en dat de belangen van polishouders beter op andere wijze kunnen worden beschermd. Het proefschrift van Menken bevat daarvoor ook veel goede suggesties.

In de parlementaire geschiedenis bij art. 6:159 BW onderkent de wetgever dat contractsoverneming tot dan toe slechts ‘voor enkele bijzondere gevallen’, waaronder de portefeuilleoverdracht, bij wet was geregeld.¹² Mede op basis daarvan menen wij evenals Menken dat de portefeuilleoverdracht in afdeling 3.5.1A Wft een bijzondere vorm van contractsoverneming is. Echter, anders dan Menken, achten wij verdedigbaar dat dit

⁴ Menken 2024, p. 355-356.

⁵ CBB 14 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1063 (Optas), r.o. 6.4.4; Menken 2024, p. 355.

⁶ Menken 2024, p. 108-112.

⁷ Menken 2024, p. 354-356.

⁸ Hof Den Haag 9 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:489 (Optas/Aegon), r.o. 6.16.1-6.16.3; Hof Den Haag 9 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:490 (Optas/Aegon), r.o. 6.16.1-6.16.3.

⁹ M.G.A. Stolze & W.B. van Rees, Actuele perikelen in de overdracht van verzekeringsportefeuilles, FRP 2024, afl. 3, p. 22.

¹⁰ Stolze & Van Rees 2024, p. 22-23.

¹¹ Vergelijkbaar met de situatie zoals die vooralsnog geldt bij juridische fusie en splitsing.

¹² Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 584: ‘In de huidige wetgeving is de contractsoverneming slechts incidenteel geregeld voor enkele bijzondere gevallen, waarin hetzij de wet de overgang van de rechtsverhouding tot de wederpartij automatisch verbindt aan de overdracht van een goed waarop de overeenkomst betrekking had, hetzij een contractsoverneming ook zonder de krachtens het ontwerp (artikel 14 lid 1) nodige medewerking van de wederpartij tot stand kan komen onder toezicht van de overheid.’

een vorm van contractsovername is onder eigen voorwaarden. Ook Huizingh lijkt deze zienswijze te onderschrijven. Zij concludeert dat voor een portefeuilleoverdracht – anders dan voor contractsovername op grond van het BW – geen akte vereist is.¹³ Hoewel het bestaan van een akte voor contractsovername een van de twee constitutieve vereisten is voor overdracht, wordt een dergelijke verplichting niet expliciet genoemd voor portefeuilleoverdracht in afdeling 3.5.1A Wft. Huizingh meent dan ook dat in het uitzonderlijke geval dat er geen overeenkomst of andere akte ten grondslag ligt aan de portefeuilleoverdracht, met het instemmingsbesluit van DNB desalniettemin een portefeuilleoverdracht kan worden geëffectueerd. Zij maakt hierbij de vergelijking met andere bijzondere vormen van contractsovername, zoals de indeplaatsstelling bij huur van bedrijfsruimte.

Gelet op het bijzondere karakter van de portefeuilleoverdracht valt niet goed in te zien waarom in het geval van een gebrek in de voorwaarden, zoals het ontbreken van instemming van DNB, teruggevallen moet worden op de civielrechtelijke route voor contractsovername conform art. 6:159 BW. Dit geldt te meer voor de overdracht van een portefeuille levensverzekeringen (waaronder mede begrepen een pensioenportefeuille), waarvan de wetgever expliciet heeft aangegeven dat overdracht enkel mogelijk is via de toezichtrechtelijke route, dus met de instemming van DNB.¹⁴ Om dan vervolgens te beargumenteren dat bij herroeping van de instemming van DNB gekeken moet worden naar de bepaling voor contractsovername in het BW strookt ons inziens niet met de bedoeling van de wetgever. Hetzelfde geldt voor schadeverzekeringen. Daar is de route van art. 6:159 BW wel mogelijk. Echter, als wordt gekozen voor de toezichtrechtelijke route met DNB, wordt juist nadrukkelijk gekozen voor een overdracht op andere wijze. Het heeft dan iets gekks om vervolgens terug te vallen op de vraag of aan de vereisten is voldaan van art. 6:159 BW.

Ervan uitgaande dat de portefeuilleoverdracht een bijzondere vorm is van contractsovername met eigen voorwaarden, menen wij dat op grond van art. 1:23 Wft kan worden betoogd dat de overdracht niet kan worden aangetast na herroeping van het instemmingsbesluit zuiver omdat deze is verricht in strijd met de Wft. Dit is slechts anders indien expliciet aangegeven door de wetgever, maar dat is niet het geval.

De argumenten van Stolze en Van Rees dat art. 1:23 Wft niet van toepassing is, overtuigen ons niet. Art. 1:23 Wft maakt

geen onderscheid tussen regels in de Wft van louter toezichtrechtelijke aard en regels die ook een civielrechtelijk gevolg kennen. De wetgever heeft bewust gekozen voor een ‘nee, tenzij’-benadering, waarbij handelen in strijd met enige bepalingen uit of krachtens de Wft niet leidt tot nietigheid. Dit zou niet anders moeten zijn voor civielrechtelijke gevolgen die uit de toezichtrechtelijke bepalingen zelf voortvloeien. Voorstellen waarbij de werking van art. 1:23 Wft werd beperkt tot specifieke bepalingen uit de Wft zijn van de hand gewezen door de wetgever, omdat dit in te veel gevallen tot problemen zou leiden.¹⁵ De wetgever heeft ter bevordering van de marktgerichtheid en concurrentiepositie van de financiële markt uiteindelijk gekozen voor een ruime formulering en ruim toepassingsbereik van art. 1:23 Wft, omdat dit de rechtsonzekerheid, die het risico van nietigheid in het leven roept, wegneemt.¹⁶

Een andere conclusie valt ook lastig te rijmen met de bedoeling van de wetgever bij art. 1:23 Wft. De wetgever heeft juist willen voorkomen dat een civielrechtelijke rechtshandeling kan worden aangetast zuiver vanwege een schending van de Wft. Als de wetgever daar, zoals Stolze en Van Rees schrijven, een ‘slimigheidje’ voor zou hebben bedacht door de instemming van DNB als civielrechtelijke eis te stellen voor de overdracht, dan had voor de hand gelegen dat daar in het wetgevingsproces ook bewust bij was stilgestaan. In dit verband is nog van belang dat door de wetgever werd onderkend dat de ongedaanmakingsverplichtingen die ontstaan bij nietigheid of vernietiging, tot complexe problematiek zouden leiden binnen de financiële markt. Zeker ook gelet op het feit dat een beroep op nietigheid of vernietiging nog geruime tijd na de betreffende rechtshandeling zou kunnen worden ingeroepen.¹⁷ Dit geldt in het bijzonder voor de portefeuilleoverdracht, waarbij individuele verzekeringsovereenkomsten, inclusief de gehele administratie, en in het geval van levensverzekeringen vaak ook de onderliggende beleggingen of opgebouwde waarde, moeten worden overgevoerd naar de systemen van de verkrijgende verzekeraar. Het zal doorgaans een zeer complexe, tijdrovende en vrijwel onmogelijke exercitie zijn om een portefeuille die reeds enige tijd is geadministreerd bij de nieuwe verzekeraar (inclusief alle mutaties, ontvangen en betaalde gelden, royementen en de onderliggende beleggingen) terug te boeken naar de overdragende verzekeraar tegen een datum geruime tijd in het verleden. Denkbaar is dat die overdragende verzekeraar niet

13 M. Huizingh, Contractsovername (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 97), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 73-74.

14 Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 490: ‘In artikel 129, eerste lid, van de Wtv 1993 wordt door het woord “slechts” uitgedrukt dat een portefeuilleoverdracht door levensverzekeraars alleen mogelijk is via de weg van artikel 129 e.v. van de Wtv 1993. De weg via het BW is dus uitgesloten. De nu voorgestelde redactie maakt dit duidelijk door het woord “behoeft”, waardoor in genoemde gevallen altijd instemming van DNB is benodigd.’ Art. 129 Wtv 1993 was de wettelijke regeling voor de portefeuilleoverdracht voorafgaand aan de huidige regeling in afdeling 3.5.1A Wft.

15 Zie in dat kader bijv. de reactie van de Consumentenbond bij de consultatie van art. 1:23 Wft en Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 390-395.

16 Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 392: ‘Goed functionerende financiële markten zijn gebaat bij vertrouwen en continuïteit. Verder geldt dat wanneer een overeenkomst op dergelijke wijze wordt aangetast reeds gepresteerde handelingen ongedaan gemaakt dienen te worden. Dit is in de financiële toezichtwetgeving in de meeste gevallen moeilijk of zelfs onmogelijk [curs. GH, BvW & FvE]. Deze onzekerheid wordt door artikel 1:6p weggenomen. Behoudens uitzonderingen is het niet de bedoeling dat aan overtredingen van de bij of krachtens deze wet gestelde publiekrechtelijke regels (ook) civielrechtelijke gevolgen worden verbonden.’

17 Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 391.

meer bestaat of niet meer de vereiste expertise en systemen heeft.

Menken signaleert deze problemen in het kader van een fusie en splitsing. Deze problemen gelden echter evengoed bij de ongedaanmaking van een portefeuilleoverdracht door middel van een activa-passivatransactie.¹⁸ Juist deze complexiteit heeft de wetgever willen voorkomen met art. 1:23 Wft. Als de wetgever had beoogd dat een portefeuilleoverdracht op grond van afdeling 3.5.1A Wft bij een gebrek in de reeds gegeven instemming niet heeft kunnen plaatsvinden, dan had hij dit wel expliciet in de wet opgenomen.¹⁹ Dat is niet het geval.

Kort en goed, het is momenteel nog niet in rechte vastgesteld dat de herroeping van het instemmingsbesluit leidt tot nietigheid van de portefeuilleoverdracht. Er zijn zowel argumenten voor als argumenten tegen die nietigheid te geven en beide kanten zijn verdedigbaar. Vanuit deze gedachte zullen we hieronder ingaan op enkele aanbevelingen van Menken.

3 Verplichte instemming van DNB bij schadeverzekeringen?

3.1 Aanbeveling van Menken

Zoals hiervoor al is gememoreerd, kan een portefeuille schadeverzekeringen zowel worden overgedragen via de toezichtrechtelijke route (art. 3:114 Wft) als via de civielrechtelijke route (art. 6:159 BW). In dat laatste geval is medewerking van de individuele polishouder benodigd en is geen instemming van DNB vereist. Menken suggereert dat voor bepaalde typen schadeverzekeringen, evenals bij levensverzekeringen, de toezichtrechtelijke route en dus instemming van DNB verplicht zou moeten worden gesteld.²⁰ Dit zou onder meer moeten gelden voor schadeverzekeringen die niet gemakkelijk kunnen worden opgezegd door de polishouder en waarbij het minder makkelijk is om een nieuwe dekking af te sluiten, bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

Menken wijst ter onderbouwing van haar aanbeveling op het feit dat polishouders die geen medewerking verlenen aan overdracht van hun polis geconfronteerd kunnen worden met nadelige gevolgen als zij achterblijven. Doordat een kleine groep polishouders achterblijft, kan de verzekeraar waarschijnlijk niet hetzelfde serviceniveau bieden en zal de verzekeraar geneigd zijn om de achterblijvende polissen tegen prolongatiedatum op te zeggen. DNB zou bij het beoordelen van de transactie de belangen van deze groep kunnen beschermen.²¹

3.2 Ratio van de huidige regeling

Een verplichte instemming van DNB voor de portefeuilleoverdracht van bepaalde schadeverzekeringen staat de facto gelijk aan het uitsluiten van de civielrechtelijke route voor portefeuilleoverdracht. Hoewel een dergelijke regeling verstrekken de gevolgen kan hebben voor verzekeraars, kunnen wij ons vinden in deze aanbeveling voor zover het betrekking heeft op een beperkte categorie schadeverzekeringen, waaronder de persoonsverzekeringen. Wel is denkbaar dat een uitzondering wordt opgenomen voor de overdracht van portefeuilles van zeer geringe (financiële) omvang. Die uitzondering achten wij ook denkbaar bij levensverzekeringen.

De wetgever overwoog bij de invoering van de eerste regelgeving voor de portefeuilleoverdracht van schadeverzekeringen in 1964 dat langdurige binding van de polishouder aan de verzekeraar bij schadeverzekeringen anders dan bij levensverzekeringen niet essentieel zou zijn.²² Dit verschil was een rechtvaardigingsgrond om ook de mogelijkheid open te laten de portefeuille met medewerking van de polishouders over te dragen.²³ Wij menen echter dat die langdurige binding wel degelijk essentieel is voor bepaalde schadeverzekeringen.

Als we het voorbeeld nemen van de arbeidsongeschiktheidsverzekering, dan wordt de polis vaak afgesloten voor een langere periode. Partijen zijn – behoudens specifieke afspraken in de polisvoorwaarden – doorgaans langdurig aan elkaar verbonden. Bovendien zal het voor een polishouder niet altijd goed mogelijk zijn om zijn verzekering over te sluiten of om een nieuwe dekking af te sluiten, bijvoorbeeld als zich gedurende de looptijd van de overeenkomst negatieve ontwikkelingen hebben voorgedaan rondom de gezondheid van de polishouder. Daarnaast ontstaat ook een langdurige betalingsverplichting vanuit de verzekeraar als de schade zich materialiseert. De polishouder is in beide gevallen in sterke mate afhankelijk van de gezonde kapitaalpositie van de verzekeraar.

Voorgaande kenmerken vertonen gelijkenissen met de karakteristieken van de levensverzekering die voor de wetgever doorslaggevend waren om de instemming van DNB te vereisen als voorwaarde voor de portefeuilleoverdracht. Het valt daarom goed te verdedigen dat bij de portefeuilleoverdracht van dergelijke schadeverzekeringen eenzelfde bescherming nodig is vanuit DNB. Immers, bij de portefeuilleoverdracht via de civielrechtelijke route hoeft in beginsel geen controle plaats te vinden op de (impact op de) solvabiliteit bij de verkrijgende verzekeraars. Polishouders zullen doorgaans niet goed in staat zijn om hierover zelf een oordeel te vormen en zullen dit dus ook minder goed kunnen meewegen alvorens wel of geen medewerking te verlenen aan de portefeuilleoverdracht.

18 Menken 2024, p. 310.

19 Zie in dat kader bijv. de nietigheid van bestuursbesluiten genomen door bestuurders die niet reeds een verklaring van geen bezwaar (VVGB) hebben verkregen (art. 3:104 Wft), of de nietigheid van bonusbetalingen in strijd met bepaalde regels uit hoofdstuk 1.7 Wft (art. 1:116).

20 Menken 2024, p. 699.

21 Menken 2024, p. 699.

22 Wet van 23 september 1964, houdende bepalingen ten aanzien van het schadeverzekeringsbedrijf (Wet op het schadeverzekeringsbedrijf) (Stb. 1964, 409). Zie verder Menken 2024, hoofdstuk 2 voor een zeer uitgebreide toelichting van de parlementaire geschiedenis.

23 Kamerstukken II 1961/62, 6545, nr. 3, p. 11.

4 Wettelijke wachttermijn voor overdracht

4.1 Aanbevelingen Menken

Menken doet twee aanbevelingen die ertoe strekken te wachten met de portefeuilleoverdracht in verband met mogelijke bezwaarprocedures van de polishouders. De eerste aanbeveling is een wettelijke wachttermijn bij de overdracht van *levensverzekeringen*. Die termijn duurt zes weken vanaf het moment van bekendmaking van het instemmingsbesluit van DNB.²⁴ Dit is gelijk aan de bezwaartermijn voor de polishouders.²⁵ Ze schrijft dat de wachttermijn bij een juridische fusie of splitsing de tijd geeft aan polishouders om de bestuursrechter te verzoeken tot schorsing van het instemmingsbesluit gedurende de bestuursrechtelijke procedure. Daarmee wordt voorkomen dat de juridische fusie of splitsing al wordt afgerond voordat de uitkomst van een beroeps- of bezwaarprocedure duidelijk is en de rechtshandeling niet meer kan worden aangetast.²⁶ Hoewel een afgeronde portefeuilleoverdracht volgens Menken nog wel kan worden aangetast via de bestuursrechter, ziet zij geen reden om de wachttermijn niet ook hierop toe te passen.²⁷

Indien de bestuursrechter het instemmingsbesluit schorst, moeten partijen wachten met de portefeuilleoverdracht, fusie of splitsing tot de schorsing is opgeheven. Indien het instemmingsbesluit niet wordt geschorst, dan kunnen partijen volgens Menken na de wachttermijn doorgaan met de transactie, ook als er bezwaar is ingesteld.²⁸ Bovendien adviseert Menken verzekeraars om opschortende voorwaarden op te nemen in de transactiedocumentatie, op basis waarvan de transactie kan worden uitgesteld als bezwaar of beroep is ingesteld.²⁹

4.2 Wettelijke wachttermijn vanuit het perspectief van de verzekeraar

De praktische relevantie van de door Menken aanbevolen wachttermijn verschilt naargelang de portefeuilleoverdracht wel of niet nietig is na herroeping van het instemmingsbesluit. Als de portefeuilleoverdracht wel nietig is (zoals bepleit door Menken en Stolze en Van Rees), dan zien wij geen grond voor de invoering van een wettelijke wachttermijn. De polishouder heeft in dat geval voldoende mogelijkheden om gebruik te maken van diens bevoegdheden onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Immers, de rechtsgevolgen van een eventuele portefeuilleoverdracht kunnen in dat geval nog teniet worden gedaan, waardoor de rechten van polishouders afdoende zijn beschermd.

Als de portefeuilleoverdracht niet nietig is, dan zijn wij met Menken eens dat het de bescherming van de polishouder ten goede zou komen om een wettelijke wachttermijn in te voeren.

Tijdens de wachttermijn kan de polishouder immers bezwaar maken tegen het instemmingsbesluit bij DNB of zo nodig verzoeken om schorsing van het instemmingsbesluit bij de bestuursrechter. Deze zou indien het onomkeerbaar worden van de overdracht ongewenst is tot schorsing kunnen besluiten. Wij zien hiervoor bijvoorbeeld ruimte indien de belangen van de polishouders dermate worden aangetast door de overdracht dat dit na effectuering niet meer is te herstellen. In zo'n situatie zal de bestuursrechter de belangen van de verzekeraars moeten afwegen tegen de belangen van de polishouders.³⁰

Het voert te ver om in deze bijdrage uit te werken hoe de wachttijd juridisch vorm moet krijgen. De gedachte die aan het voorstel van Menken ten grondslag ligt, is dat het instemmingsbesluit geen civielrechtelijk gevolg heeft gedurende de wachttijd, maar dat dat rechtsgevolg na verloop van die zes weken wel intreedt, tenzij binnen die termijn om schorsing van het besluit is gevraagd en die ook is verleend.

4.3 Contractuele opschortende voorwaarde voor bezwaarprocedures

Wij voelen weinig voor de aanbeveling om contractuele afspraken te maken tussen de overnemende en verkrijgende verzekeraar over een eventuele opschortende werking van een bezwaar- of beroepsprocedure, omdat dit leidt tot allerlei praktische problemen. De door Menken voorgestelde route van de opschortende voorwaarde in de koopovereenkomst brengt mee dat de verzekeraars een inschatting moeten maken van de slagschans van de bezwaar- of de beroepsprocedure. Vervolgens zouden partijen aan de hand van deze analyse moeten besluiten om de portefeuilleoverdracht tot nader order uit te stellen. Een dergelijke open norm in de koopovereenkomst voor een portefeuilleoverdracht – waarbij doorgaans aanzienlijke en vaak ook tegenstrijdige belangen betrokken zijn – is een voedingsbodem voor eindeloze discussies en procedures tussen de verzekeraars ter zake de rechtmatigheid van een beroep op de opschortende voorwaarde. De onzekerheid die een dergelijke opschortingsbepaling meebrengt, lijkt ons zeer onwenselijk voor zowel de verzekeraars als de polishouders.

Bij het voorstel van de wettelijke wachttermijn leg je de beslissing bij de bestuursrechter, die alle belangen, ook die van de polishouders, tegen elkaar kan afwegen.

5 Kennisgeving van individuele polishouders

5.1 Aanbeveling Menken

Bij de portefeuilleoverdracht via de toezichtrechtelijke route schrijft de Wft voor dat polishouders op de hoogte worden gesteld via publicatie in de Staatscourant en op andere door DNB te bepalen wijze.³¹ De praktijk voorafgaand aan de juris-

²⁴ Menken 2024, p. 703, aanbeveling 12.

²⁵ Art. 6:7 jo. art. 6:8 lid 1 Awb.

²⁶ Een eventuele herroeping van het instemmingsbesluit heeft namelijk geen gevolgen voor de geldigheid van de fusie of splitsing. Zie o.a. Hof Den Haag 9 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:489, r.o. 6.16.

²⁷ Menken 2024, p. 705.

²⁸ Menken 2024, p. 705.

²⁹ Menken 2024, p. 707, aanbeveling 14.

³⁰ Dit sluit ook aan bij art. 8:81 lid 1 Awb, dat onverwijlde spoed en een afweging van de betrokken belangen vereist.

³¹ Art. 3:119 lid 1 en 3:210 lid 1 en 2 Wft.

prudentie omtrent de fusie tussen Optas en Aegon³² was dat ‘op andere wijze’ inhield dat veelal een publicatie in drie landelijke dagbladen werd geplaatst.³³ Menken stelt voor om de publicatie in de dagbladen te vervangen voor een individuele kennisgeving aan de polishouders, elektronisch als ze daarmee hebben ingestemd en anders per brief. Achterliggende gedachte is dat op deze manier meer polishouders worden bereikt en polishouders beter kunnen worden geïnformeerd ten aanzien van hun rechten (verzetrecht bij levensverzekeringen, opzegrecht bij schadeverzekeringen en eventueel de mogelijkheid om bezwaar en beroep in te stellen tegen het instemmingsbesluit van DNB).³⁴

5.2 Voordelen van de individuele kennisgeving

Wij zijn met Menken eens dat met publicatie in de Staatscourant en drie landelijke dagbladen aanzienlijk minder polishouders worden bereikt dan via individuele berichtgeving. Bovendien kunnen polishouders via een individuele kennisgeving veel beter worden geïnformeerd over hun rechten, wat de rechtsbescherming ten goede komt. Deze route sluit ook beter aan bij het beschermingskarakter van het verzetrecht en het opzegrecht die door de wetgever in het leven zijn geroepen als *countervailing power* ten opzichte van het feit dat de instemming van DNB in de plaats komt van de medewerking van de individuele polishouders. Daarbij komt dat publicatie in landelijke dagbladen ook minder van deze tijd is. Minder mensen lezen het nieuws in een dagblad en veel dagbladen worden nog slechts digitaal geraadpleegd, waarbij men zich beperkt tot bepaalde onderwerpen.

Een dergelijke individuele kennisgeving is ook in het belang van de verzekeraars. Het meest voor de hand liggende argument is dat dit kan voorkomen dat polishouders die niet op de hoogte zijn van de overdracht later bezwaar maken tegen het instemmingsbesluit van DNB op grond van de Awb. Dit kan leiden tot vertraging en extra kosten voor verzekeraars in het kader van de portefeuilleoverdracht. Bovendien leidt dit tot rechtsonzekerheid, nu nog niet juridisch is uitgemaakt wat de rechtsgevolgen zijn van een eventuele herroeping van het instemmingsbesluit (zie in dat kader ook par. 2). Door individuele kennisgevingen te versturen kunnen de verzekeraars de polishouders tijdig informeren over hun rechten en de mogelijkheid om verzet aan te tekenen of de verzekering op te zeggen. Doordat polishouders voorafgaand aan het instemmingsbesluit hun bezwaren kunnen uiten, is de kans kleiner dat zij in een later stadium bezwaar of beroep instellen, wat mogelijk de portefeuilleoverdracht in gevaar kan brengen.

Ten tweede kan het versturen van individuele kennisgevingen ook bijdragen aan een goede relatie tussen de verzekeraars en de polishouders, en daarmee het proces van de portefeuilleoverdracht en de algemene reputatie van de verzekeraar posi-

tief beïnvloeden. Door de polishouders persoonlijk en schriftelijk te informeren over de overdracht, de redenen, de gevolgen en de opties kunnen verzekeraars betere en gedetailleerdere informatie verstrekken. Hiermee kan de verzekeraar laten zien dat hij de belangen van de polishouders respecteert en voorafgaand alvast eventuele zorgen of vragen wegneemt. Dit kan het vertrouwen en de tevredenheid van de polishouders vergroten, waardoor het risico op bezwaar of beroep tegen het instemmingsbesluit wordt verkleind.

Een bijkomend voordeel voor de verzekeraar bij de portefeuilleoverdracht van schadeverzekeringen is dat via de individuele kennisgeving ook impliciet medewerking kan worden gevraagd aan polishouders voor een contractsoverneming overeenkomstig art. 6:159 BW. Indien en voor zover de herroeping van het instemmingsbesluit leidt tot nietigheid van de portefeuilleoverdracht, kan de verzekeraar zich ten aanzien van het gros van de polishouders die geen bezwaar hebben gemaakt, beroepen op de overdracht middels de civielrechtelijke route. Dit is zowel in het belang van de verzekeraar als in het belang van de polishouders die geen bezwaar hebben tegen de portefeuilleoverdracht.

5.3 Praktisch aandachtspunt ter bescherming van de verzekeraar

Wel moet aandacht bestaan voor het feit dat verzekeraars mogelijk niet alle polishouders kunnen bereiken. Menken benoemt in dat kader dat de verzekeraar moet kunnen vertrouwen op het laatstelijk bekende (e-mail)adres van de polishouder.³⁵

Wij zijn met Menken eens dat het niet wenselijk lijkt de verzekeraar te belasten met het risico van niet-ontvangst van de individuele kennisgeving. Al was het maar omdat ontvangst, tenzij sprake is van aangetekende verzending, nauwelijks te bewijzen is. Aangetekende verzending is onnodig duur en belastend en zal alsnog leiden tot veel retourzendingen omdat veel mensen niet thuis zijn om te tekenen. Daarnaast leert de ervaring dat het niet bereiken van de polishouders niet zelden ook aan de polishouder te wijten is, omdat adreswijzigingen niet worden doorgegeven of brieven simpelweg ongeopend blijven, ook als op de envelop staat dat de brief belangrijke informatie bevat.

Denkbaar is dat van verzekeraars een bepaalde mate van inspanning wordt gevraagd om te bewerkstelligen dat de (elektronische) brieven de polishouders daadwerkelijk bereiken, maar hen daarvan niet het risico te laten dragen. DNB moet duidelijke eisen stellen aan de inhoud, de vorm en de verzending van de individuele kennisgevingen.³⁶ De verzekeraar

32 Rb. Rotterdam 13 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:914; Rb. Rotterdam 13 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:915.

33 Menken 2024, p. 9-10.

34 Menken 2024, p. 692.

35 Menken 2024, p. 703.

36 Overigens zien we dat DNB naar aanleiding van de CBb-uitspraak inzake de fusie tussen Optas en Aegon in sommige gevallen al individuele kennisgeving vereist en veel nauwer betrokken is bij de vorm en inhoud van de berichtgeving. Daarbij wordt tevens samengewerkt met de AFM ten aanzien van de regelgeving omtrent informatieverplichtingen.

moet gehouden zijn om de kennisgeving op een juiste en tijdige wijze te versturen naar het laatst bekende adres of e-mailadres van de polishouder. Gelijktijdig rust op de polishouder een verplichting om de verzekeraar op de hoogte te houden van materiële wijzigingen in diens belangrijke gegevens, waaronder mede begrepen wijzigingen in (digitale) adresgegevens. De polishouder zou zich niet moeten kunnen beroepen op het feit dat hij de kennisgeving niet of niet tijdig heeft ontvangen, als de verzekeraar aan de gestelde eisen heeft voldaan. Voor een efficiënt en goed werkend systeem voor de portefeuilleoverdracht is van groot belang dat alle stakeholders (verzekeraar, polishouders en verzekerden) op de hoogte zijn van hun rechten en plichten gedurende het proces. De kennisgeving aan polishouders, mits voldaan aan de door DNB gestelde eisen, zou daarbij niet tot eindeloze discussies, onnodige vertraging en onredelijk hoge kosten moeten leiden.

Denkbaar is ook om de individuele kennisgevingen te combineren met een publieke kennisgeving die meer aansluit bij deze tijd. Dit kan bijvoorbeeld via online advertenties, televisiereclame of sociale media.

6 Horen van individuele polishouders

6.1 Aanbeveling Menken

Menken bepleit dat DNB de polishouders die zich schriftelijk verzetten tegen een voorgenomen portefeuilleoverdracht in de gelegenheid moet stellen om te worden gehoord, alvorens tot een besluit te komen. Zij wijst erop dat het horen van polishouders die verzet hebben aangetekend in lijn is met de hoorplicht bij een bezwaarprocedure.³⁷ Bovendien zou dit bijdragen aan meer vertrouwen in de belangenafweging die DNB maakt in het kader van een instemmingsbesluit. Voorgaande kan worden geïmplementeerd via beleid van DNB of wettelijk worden verankerd in de Wft.³⁸

6.2 Praktische bezwaren en mogelijk alternatief

Wij kunnen zien dat het voordelen heeft om DNB de mogelijkheid te bieden om polishouders te horen die zich schriftelijk verzetten tegen een voorgenomen portefeuilleoverdracht. Open communicatie kan immers bijdragen aan het vertrouwen van de polishouders in het besluitvormingsproces door DNB. Echter, wij voorzien problemen in de praktijk als DNB (wettelijk) verplicht wordt om alle polishouders te horen die verzet aantekenen. Het horen van individuele polishouders is een zeer tijdrovend en arbeidsintensief proces. Mede gelet op de huidige (onder)bezetting en werkbelasting bij DNB verwachten wij dat een dergelijke uitbreiding van toezichttaken een onevenredige belasting meebrengt voor DNB. Bovendien maakt dit het proces van de portefeuilleoverdracht onnodig complex en leidt dit mogelijk tot aanzienlijke vertraging.

Anderzijds noemt Menken terecht dat het vroegtijdig inventariseren van de bezwaren van polishouders kan bijdragen aan de zorgvuldige en rechtvaardige belangenafweging en besluitvorming door DNB. Bovendien draagt dit bij aan het begrip vanuit de polishouder, waardoor het risico op een bezwaar- of beroepsprocedure afneemt. Een alternatief voor het horen van individuele polishouders zou gelegen kunnen zijn in een kleine wijziging in het huidige verzetformulier van DNB, waarmee polishouders online verzet kunnen aantekenen.³⁹ In het online formulier is momenteel de open vraag opgenomen ‘Waarom wilt u verzet aantekenen?’ Bij deze vraag wordt wel enige toelichting gegeven, maar deze is met name gericht op onderwerpen die buiten de beoordelingsfeer van DNB liggen. Onze verwachting is dat polishouders veelal dezelfde zorgen zullen hebben ten aanzien van een voorgenomen portefeuilleoverdracht en de gevolgen daarvan. DNB zou de polishouders kunnen helpen door de meest voorkomende redenen voor verzet alvast op te nemen in het online formulier, inclusief een korte toelichting, waarbij polishouders de mogelijkheid wordt geboden om verschillende redenen te selecteren. Daarbij moet uiteraard ook een ‘open optie’ worden geboden, waarin de polishouder zelf nog aanvullende redenen voor verzet kan toelichten. Eventueel zou DNB ook informatie kunnen opnemen in het online formulier over welke inhoudelijke overwegingen zij doorgaans meeneemt in de besluitvorming. Overigens zou het formulier – anders dan nu is opgenomen – ook duidelijk moeten maken dat de polishouder geen reden hoeft te selecteren om verzet aan te tekenen. Het verzetrecht van de polishouders stelt geen eisen aan de reden van het verzet. Polishouders moeten niet het gevoel krijgen dat dergelijke eisen wel bestaan.

Door de polishouders te laten kiezen uit vooraf omschreven redenen voor verzet kan DNB gemakkelijker de input van polishouders verzamelen. Dit zal doorgaans leiden tot een duidelijk beeld van de zorgen die polishouders hebben ten aanzien van de voorgenomen overdracht. DNB kan vervolgens aan de hand van de reacties van polishouders bepaalde onderwerpen uit de aanvraag voor de portefeuilleoverdracht in meer detail bekijken of hieromtrent nadere voorwaarden verbinden aan haar instemmingsbesluit. Op deze manier zou DNB de belangen van de polishouders doelgericht kunnen meewegen, zonder dat dit ten koste gaat van de efficiëntie en de slagvaardigheid van de procedure. Voor schriftelijke respondenten blijft uiteraard gelden dat zij hun bezwaren kunnen meegeven in hun berichtgeving aan DNB.

7 Afronding

Menken heeft in haar proefschrift over de rechten van polishouders bij portefeuilleoverdracht, juridische fusie en splitsing door verzekeraars vrijwel alle juridische aspecten belicht. Haar diepgaande analyse en praktische aanbevelingen bieden waardevolle inzichten en een solide basis voor een verdere discussie.

³⁷ Menken 2024, p. 357 en 698.

³⁸ Menken 2024, p. 698.

³⁹ Zie in dat kader www.dnb.nl/formulieren/formulier-verzet-aantekenen-tegen-portefeuilleoverdracht/.

Waar Menken zich vooral richt op de (verbetering van) rechten van de polishouders, hebben wij vanuit onze eigen praktijkervaring en het perspectief van de verzekeraars enkele kanttekeningen geplaatst, die een constructieve bijdrage beogen te leveren aan de discussie omtrent de mogelijke wijzigingen van het systeem van de portefeuilleoverdracht. Daarbij wordt tevens stilgestaan bij de juridische consequentie van de herroeping van het instemmingsbesluit van DNB bij de portefeuilleoverdracht naar aanleiding van de jurisprudentie omtrent de fusie tussen Optas en Aegon.

Wij spreken graag onze dank en bewondering uit voor het zeer grondige onderzoek van Menken. Het proefschrift is een naslagwerk dat iedere advocaat en adviseur in het verzekeringsrecht wat ons betreft in de kast zou moeten hebben staan.