

University of Groningen

**Case note: ECLI:NL:HR:2021:36**

Verstijlen, F. M. J.

*Published in:*  
 Nederlandse Jurisprudentie

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verstijlen, F. M. J. (2021). Case note: ECLI:NL:HR:2021:36. NJ 2021/286. Casenote over: Hoge Raad, 08/01/2021, 19/02377, ECLI:NL:HR:2021:36 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2021(39), 4926-4927.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## NJ 2021/286

## HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

8 januari 2021, nr. 19/02377

(Mrs. C.A. Streefkerk, G. Snijders, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide; A-G mr. G.R.B. van Peurseem) m.nt. F.M.J. Verstijlen

Art. 22a Fw; art. 3:276, 6:162 BW

RvdW 2021/132

NJB 2021/208

RI 2021/9

RAV 2021/23

PJ 2021/30

ECLI:NL:PHR:2020:712

ECLI:NL:HR:2021:36

**Faillissementsrecht. Onrechtmatige daad. Tot boedel behorende levensverzekering; maatstaf 'onredelijke benadeling' (art. 22a lid 1 Fw); strekking; toepasselijk bij overdracht verzekering (art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw)? Informatieplicht curator jegens failliet.**

*De strekking van art. 22a lid 1 Fw is om een verzekeringnemer of andere begunstigde te beschermen tegen uitwinning in faillissement van een levensverzekering met een verzorgingskarakter waarvoor in andere regelingen geen of onvoldoende bescherming bestaat. De maatstaf 'onredelijke benadeling' staat toe dat levensverzekeringen die niet of niet geheel nodig zijn ter verzorging van de oude dag of van nabestaanden, geheel of gedeeltelijk kunnen worden uitgewonnen. De in art. 22a lid 1 Fw opgenomen beperking van het recht van de curator om een levensverzekering te doen afkopen of de begunstiging ervan te doen wijzigen en de in art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw opgenomen beperking van het recht van de curator om een levensverzekering over te dragen, vormen uitzonderingen op de hoofdregel dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden (art. 3:276 BW) en moeten daarom in beginsel strikt worden uitgelegd (vgl. HR 22 november 2002, NJ 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde). Beide bepalingen bieden de verzekeringnemer in geval van diens faillissement bescherming, zij het op verschillende wijze, tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter. Er is geen grond om op de bevoegdheid tot overdracht door de curator van een levensverzekering, naast de wettelijke beperking van toestemming van de verzekeringnemer, de niet in de wet opgenomen beperking aan te brengen dat de verzekeringnemer door die overdracht niet onredelijk benadeeld wordt.*

*De curator heeft bij de uitoefening van zijn wettelijke taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening te houden, hetgeen in het bijzonder aan de orde kan zijn wanneer het gaat om de voorziening in de eerste levensbehoeften van een particuliere gefailleerde (vgl. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner). Onder omstandighe-*

*den kan van de curator worden verlangd dat hij, wanneer hij de toestemming van de schuldenaar verkrijgt om tot overdracht van een levensverzekering over te gaan, zich ervan vergewist of de schuldenaar die toestemming onder een juiste voorstelling van zaken geeft en dat hij de schuldenaar op zijn rechten ten aanzien van die verzekering wijst.*

[eiser], eiser tot cassatie, adv.: mr. J.H.M. van Swaaij, tegen

R. Arnoldus, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [eiser], te Veghel, verweerder in cassatie, hierna: de curator, adv.: mr. M.A.J.G. Janssen.

**Hof:**9. *De verdere beoordeling*

In principaal en incidenteel hoger beroep

9.1. In principaal appel heeft de curator één grief aangevoerd tegen de vaststelling van de feiten door de rechtbank. Het hof zal uitgaan van de volgende feiten, die niet zijn betwist.

(a) [eiser] is vanaf omstreeks 1997 actief geweest als zelfstandig ondernemend assurantieadviseur. Zijn onderneming is failliet gegaan. Bij vonnis van 5 februari 2013 is [eiser] ook privé in staat van faillissement verklaard.

(b) Tot curator in het faillissement van [eiser] werd benoemd [betrokkene 1]. [betrokkene 1] is op 14 november 2014 overleden. Opvolgend curator van [eiser] is mr. R. Arnoldus. Met "de curator" zal hierna ook [betrokkene 1] worden bedoeld.

(c) Ten tijde van het uitspreken van zijn faillissement was [eiser] verzekeringnemer, verzekerde en begunstigde van drie sommenverzekeringen bij respectievelijk:

- Reaal met polisnummer [001] (hierna: "de Reaal-polis"),
- Delta Lloyd met polisnummer [002] (hierna: "de Delta Lloyd-polis") en
- SEB met polisnummer [003] (hierna: "de SEB-polis").

Daarnaast had [eiser] bij Delta Lloyd een zogenaamde E-levenslooptrekening met nummer [004], met daarop een spaarsaldo dat was belegd in effecten (hierna: "de Levenslooptrekening").

(d) Op 3 april 2013 heeft de curator aan [eiser] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud (cva, prod. 4):

"Geachte heer [eiser],

Ik tref 2 beleggingsverzekeringen aan, beide bij Delta Lloyd:

- [002];
- [005].

Heeft u in het verleden de premie als aftrekpost opgevoerd bij de aangifte(n) IB?

Klopt het dat de tweede polis is verpand aan SNS?

Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?"

(e) Eveneens op 3 april 2013 heeft [eiser] daarop geantwoord, door de e-mail van de curator terug te sturen en daarin met groene letters zijn reactie te typen. Direct na de zin: *“Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?”* is door [eiser] geantwoord (cva, prod. 4):

“Heb ik een keuze? Bij afkoop van [002] zal de waarde tegen 52% belast worden en daarnaast extra belast met revisie rente (20% over de ingelegde premies), omdat hij niet gebruikt wordt voor het doel waarvoor hij is aangegaan (lijfrente uitkering). De waarde wordt dus vrijwel geheel wegbelast. Zijn er mogelijkheden om de polis in stand te houden? Bovenstaande geldt ook voor de lijfrente verzekering bij Reaal (polisnr [001]). De levenslooptekening [006] bij Delta Lloyd is, gezien de opheffing van deze regeling, wel makkelijk afkoopbaar zonder extra (revisie) belasting.”

(f) Op 19 april 2013 zond [eiser] een e-mail aan de curator met informatie en vragen, onderverdeeld in alinea's met vetgedrukte kopjes, waaronder (inleidende dagvaarding, prod. 1):

*“Mbt afkoop/overname polissen*

Graag wil ik met u afstemmen welke keuzes/mogelijkheden er zijn.”

(g) Op 21 april 2013 zond de curator aan [eiser] een e-mail met als onderwerp “Afkoop/overname polissen” en met de inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 2):

“Geachte heer [eiser],

U verzocht mij per e-mail d.d. 19/4/13 om af te stemmen welke mogelijkheden er zijn tot overname/afkoop van polissen. Ik neem aan dat u de Delta Lloyd-polissen bedoelt? Wie wil de polissen overnemen?”

(h) Op deze e-mail is door [eiser] geantwoord bij e-mail van 22 april 2013, als volgt (cva, prod. 2):

“Geachte heer [betrokkene 1], Wat ik wil bespreken is of het mogelijk is om de lijfrente polissen/levenslooptekening (mijn opgebouwde pensioen) over te nemen door de afkoopwaarde (na aftrek van belasting) over te maken naar de boedelrekening. Het te betalen bedrag ben ik verschuldigd aan degene welke de afkoopwaarde betaald heeft. Wat ik wil voorkomen is dat een crediteur daarna weer beslag legt op deze lijfrente polissen/levenslooptekening. De lijfrente polissen/levenslooptekening staan op mijn naam en deze kunnen namelijk niet op een andere naam gezet worden om dit te voorkomen. Het betreft de volgende lijfrente polissen/levenslooptekening, de geschatte bruto waarde per 5-2-2013 is: Reaal lijfrente verzekering: [001] 74.500 Delta Lloyd lijfrente verzekering [002] 36.500 Delta Lloyd levenslooptekening [006] 88.440

Op deze bruto waarde wordt bij afkoop 52% belasting en 20% revisierente ingehouden, zodat ‘slecht’ 28% netto uitkering resteert.

*Concrete vraag:* Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrente polissen/levenslooptekening op een door u opgegeven rekening overmaakt en kunt u er voor zorgdragen dat de crediteuren daar dan geen aanspraak meer op kunnen maken. Hoor graag van u.”

(i) Op 23 april 2013 zond de curator aan [eiser] een e-mail, met als onderwerp “afkoop Delta Lloyd polis [002]”, en met de volgende inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 3):

“Geachte heer [eiser],

(...) Ik ben voornemens het voorstel tot afkoop, na te vragen en te verkrijgen toestemming R.C., te accepteren tegen ontvangst van 48% over € 38.750,- = € 18.600,- (i.p.v. 28% zoals u voorstelde). Wenst de derde voor dat bedrag de polis over te nemen?”

(j) Eveneens op 23 april 2013 antwoordde [eiser] daarop met een e-mail met onder meer de volgende inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 4):

“Geachte heer [betrokkene 1], (...)

*Concrete vraag (ook gesteld in mijn e-mail van 22 april):* Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrente polissen/levenslooptekening op een door u opgegeven rekening en kunt u er voor zorgdragen dat de crediteuren dan geen aanspraak meer kunnen maken op de waarde van deze lijfrentepolissen (Reaal lijfrente verzekering [001] & Delta Lloyd polis [002]) en levenslooptekening [006]. Mijn voorkeur gaat uit naar overname, zodat ik nog een pensioenvoorziening behoud.”

(k) Op 2 mei 2013 heeft tussen de curator en [eiser] een bespreking plaatsgevonden, waarbij ook de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis, de SEB-polis en de Levenslooptekening aan de orde zijn geweest. Bij brief van 6 mei 2013 schreef de curator daarover onder meer aan [eiser] (inleidende dagvaarding, prod. 6):

“5. Deels heeft u gelden belegd in oudedagsvoorzieningen. Wij hebben het onder andere gehad over de eerder gewisselde e-mailcorrespondentie met betrekking tot afkoop van het bedrag bij Delta Lloyd ad € 38.750,00. (...)

U deelde mee dat ofwel uw echtgenote, danwel een broer de polis wilde overnemen.

Met betrekking tot uw vraag of de crediteuren, indien één van hen beiden tot aankoop van de polis overgaat, toch niet bij u kunnen ‘aankloppen’, heb ik u verwezen naar de advocaat van uw echtgenote danwel de advocaat van uw broer. Ik doe daarover geen uitspraken.

Afgesproken is in ieder geval dat u een overzicht maakt op basis van alle ‘investeringen’ van bedragen bij verzekeringsmaatschappijen of financiële instellingen met betrekking tot uw oudedagsvoorziening, en of deze al dan niet afkoopbaar zijn, en zo ja, of uw echtgenote/broer tot overname ervan wenst over te gaan.”

Soort	Maatschappij	polis nummer	waarde	belasting	
lijfrente	Reaal	[001]	€ 91.500	52%	€ 43.920
lijfrente	Delta Lloyd	[002]	€ 38.700	52%	€ 18.600
kapitaal verz.	SEB (Ierland)	[003]	€ 68.683	0%	€ 68.683

(l) Bij brief van 7 mei 2013 heeft [eiser] aan de curator onder meer geantwoord (inleidende dagvaarding, prod. 7):

“Geachte heer [betrokkene 1],

Hierbij mijn opmerkingen/aanvullingen aangaande uw verslag van 6 mei 2013 van onze bespreking op donderdag 2 mei 2013 14.00 uur. (...)

*1 Overdracht levensverzekeringen. Aangegeven is dat u als curator mee wil werken aan de overdracht van de bestaande levensverzekeringen. De poliswaarde na aftrek van de belasting zal worden overgemaakt.*

(...)

De volgende polissen komen voor overdracht in aanmerking: (zie tabel bovenaan de pagina).

Voorstel:

Graag willen wij bovenstaande polissen overnemen tegen betaling van het berekende overname bedrag, nadat de begunstiging is gewijzigd (bij lijfrente polissen) of de polis is overgedragen (bij SEB kapitaalverzekering).

Indien u akkoord gaat verneem ik graag van u op welke bankrekeningnummer de overname bedragen gestort dienen te worden en zal ik de verzekeraars verzoeken de genoemde wijzigingen door te voeren.

De andere polissen zijn verpand aan de SNS hypotheek (Delta Lloyd kapitaalverzekeringen [005] en [007]) of zijn niet over te dragen. Ook Delta Lloyd levensloop rekening [006] is niet over te dragen.

(...)

Mocht dit schrijven niet compleet zijn of onjuistheden bevatten hoor ik dat graag.”

(m) Bij e-mail van 13 mei 2013 heeft de curator aan [eiser] gevraagd (inleidende dagvaarding, prod. 8):

“Geachte heer [eiser],

Ik wil het voorstel om de 3 bedoelde polissen over te laten nemen (voor € 131.203,-) ter goedkeuring voorleggen aan de R.C.

Wie is degene die overneemt: uw echtgenote, of uw broer?

Kunt u hem/haar het voorstel – in het kort – laten doen, opdat ik het in kopie kan doorzenden aan de R.C.?”

(n) Vervolgens heeft [eiser] bij e-mail van 13 mei 2013 aan de curator geschreven (inleidende dagvaarding, prod. 8):

“Geachte heer [betrokkene 1],

Mijn vrouw (mevrouw [betrokkene 2]) is voornemens om onderstaande polissen overnemen tegen betaling van € 131.203 (waarde per 7-5-2013) (zie tabel onderaan de pagina).

Bijgaand een getekend schrijven van haar.

Bij vragen sta ik u graag te woord.”

(o) Bij brief van 22 mei 2013 heeft de curator aan de rechter-commissaris toestemming verzocht voor overdracht van de drie polissen aan de echtgenote van [eiser], mevrouw [betrokkene 2] (hierna ook te noemen: [betrokkene 2]), tegen betaling van een bedrag van € 131.203 (cva, prod. 1). De brief vermeldt onder meer:

“De echtgenote van de heer [eiser], mevrouw [betrokkene 2], heeft een bod gedaan om de drie polissen over te nemen voor de bedragen die ik anders ook van de maatschappijen zou ontvangen, derhalve € 43.920,00 + € 18.600 + € 68.683,00 = € 131.203,00.

De heer [eiser] ziet zo een mogelijkheid om een stuk pensioen zeker te stellen.

Ik zie geen mogelijkheden om meer te ontvangen voor desbetreffende polissen.

Vandaar verzoek ik u om toestemming om tot verkoop en levering van de drie voorgenoemde polissen tegen een bedrag ad € 131.203,00 over te gaan aan mevrouw [betrokkene 2].”

(p) De rechter-commissaris heeft op 28 mei 2013 toestemming verleend zoals door de curator verzocht. De curator heeft vervolgens bij e-mail van 28 mei 2013 aan [eiser] het volgende geschreven (inleidende dagvaarding, prod. 9):

“Ik heb inmiddels de toestemming van de R.C. ontvangen.

Ik accepteer hierbij de bieding van uw echtgenote ad € 131.203,- ter zake de 3 polissen (Reaal, Delta Lloyd en SEB).

Vandaar dat Mr Arends in de cc staat.

Graag overleg ik met u(w echtgenote/Mr Arends) omtrent de verdere wijze van afwikkeling. (...)”

(q) [eiser] heeft daarop gereageerd met een e-mail van eveneens 28 mei 2013, met de volgende inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 10):

“Geachte heer [betrokkene 1],

Soort	maatschappij	polis nummer	waarde	belasting	overname bedrag
lijfrente	Reaal	[001]	€ 91.500	52%	€ 43.920
lijfrente	Delta Lloyd	[002]	€ 38.700	52%	€ 18.600
kapitaal verz.	SEB (Ierland)	[003]	€ 68.683	0%	€ 68.683

Fijn dat er meegewerkt wordt aan de overdracht van deze polissen.

[betrokkene 2] zal het benodigde geld gaan vrijmaken.

Ik verwacht dat dit ongeveer een maand duurt. Zodra het geld beschikbaar is zal ik met u en de heer B. Arends in overleg treden om dit verder formeel af te handelen.

Van belang is dat na betaling van de overdrachtswaarde [betrokkene 2] alle zeggenschap krijgt/ heeft over de overgenomen polissen.

Dit wordt bewerkstelligd als zij door u gemachtigd wordt om in mijn plaats als verzekeringnemer op te treden voor de oud regime lijfrente polissen (Reaal & Delta Lloyd). Helaas kan de verzekeringnemer niet gewijzigd worden, vandaar mijn voorstel om [betrokkene 2] door u te machtigen om in mijn plaats te kunnen handelen.

Bij de overname van de kapitaalverzekering van SEB speelt dit probleem niet en is overdracht gemakkelijker te regelen

Zoals aangegeven zal contact met u worden opgenomen, nadat [betrokkene 2] beschikt over het geld om het overname bedrag te kunnen betalen."

(r) In een e-mail van 27 juni 2013 schrijft mr. Arends onder meer het volgende aan de curator (inleidende dagvaarding, prod. 11):

"Cliënte is bereid het door u genoemde bedrag te betalen, indien dan nu op de kortst mogelijke termijn kan worden geschakeld. (...)

Met vriendelijke groet,  
[advocaten] Advocaten  
[roepnaam] G. Arends  
advocaat  
curator"

(s) In een e-mail van 22 juli 2013 schrijft [eiser] aan mr. Arends (inleidende dagvaarding, prod. 12):

"Hoi [roepnaam],  
Ondanks het feit dat het problemen geeft om het geld in de SEB-polis vrij te krijgen, heeft [betrokkene 2] toch besloten om het totale bedrag € 131.203, over te maken op jullie bankrekening. Wat er nu geregeld moet worden is dat [betrokkene 2] gemachtigd wordt om te tekenen voor mij als verzekeringnemer (...)

Tevens wachten wij nog op formele toestemming van de R.C. aangaande de overname van de boedel van [eiser] Financieel Advies B.V. en [eiser] in privé voor € 1.000.

Of kan [betrokkene 2] de afgesproken € 1.000 reeds overmaken op jullie rekening?"

(t) In de dagen erna is er per e-mail overleg geweest tussen de curator en mr. Arends over de op te stellen machtigingen. Eveneens werd in deze correspondentie de overname van inboedelgoederen uit het faillissement besproken (inleidende dagvaarding, prod. 13).

(u) Op of omstreeks 1 augustus 2013 is door [betrokkene 2] een bedrag van € 131.203,00 gestort

op de boedelrekening van [betrokkene 1] q.q. Daarmee is voor de Reaal-polis een bedrag van € 43.920 betaald en voor de Delta Lloyd polis een bedrag van € 18.600. Voor beide polissen gezamenlijk is dus een bedrag betaald van € 62.520.

(v) De curator heeft [betrokkene 2] bij machtigingen van 1 augustus 2013 ten aanzien van beide polissen gemachtigd om voor van [eiser] te tekenen (mvg, prod. 13). [betrokkene 2] heeft de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis vervolgens doen afkopen.

(w) Met betrekking tot de Levenslooptrekening heeft [eiser] op 19 juni 2013 per e-mail een formulier aan de curator gezonden, waarmee het saldo op die rekening tot uitkering kon worden gebracht. De e-mail luidde (cva, prod. 8):

"Geachte heer [betrokkene 1],

Hierbij een formulier om mijn levenslooptrekening [006] bij Delta Loyd te beëindigen, zoals afgelopen vrijdag afgesproken.

Bij vragen sta ik u graag te woord."

Op 18 maart 2014 is een eerste maal het formulier ingevuld en aan Delta Lloyd gezonden. Er bleek een ander formulier nodig te zijn. Op 22 oktober 2014 is door [betrokkene 1] een tweede formulier ondertekend om tot uitkering van het saldo van de Levenslooptrekening te komen.

(x) Op 29 oktober 2014 heeft [eiser] per e-mail aan een medewerker van de curator laten weten dat de tekst van artikel 21 lid 7 Faillissementswet (hierna: Fw) onder zijn aandacht was gekomen en dat hij daaruit opmaakte dat de verzekeringspolissen en de Levenslooptrekening helemaal niet in de faillissementsboedel vielen. [eiser] verzocht om toe te lichten op welke grondslag de curator aanspraak had gemaakt op afkoop van de polissen en de Levenslooptrekening. Bij e-mail van 24 december 2014 herhaalde [eiser] zijn vraag. Op 12 januari 2015 heeft een faillissementsmedewerker van de curator op de vraag van [eiser] geantwoord dat hij de vraag niet kon volgen, aangezien [eiser] van de transacties op de hoogte was en daar zelf gegevens en formulieren voor had aangereikt (inleidende dagvaarding, prod. 14 en 15).

(y) In de maand februari van 2015 is het saldo van de Levenslooptrekening, onder inhouding van loonbelasting, door Delta Lloyd overgeboekt naar de boedelrekening van de curator.

9.2.1. In eerste aanleg heeft [eiser] gevorderd om de curator te veroordelen, samengevat:

- de waarde van de Reaal polis en van de Delta Lloyd polis aan [eiser] te restitueren door storting van het bedrag van € 130.200 op een banklijfrenterekening op naam van [eiser];
- de Levenslooptrekening zodanig te herstellen dat de effecten waarin het saldo van de rekening vóór de afkoop door de curator was belegd in dezelfde hoeveelheden worden ingekocht met bijboeking van:
  - een bedrag van € 47,62 (saldo van creditrente en bewaarloon);

- een bedrag ter hoogte van de sedert 2 februari 2015 uitgekeerde dividenden en renten over die producten als deze niet waren verkocht;
- met verklaring voor recht dat voormelde bedragen buiten de faillissementsboedel vallen en met veroordeling van de curator in de kosten van de procedure.

9.2.2. Aan deze vorderingen heeft [eiser], samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

Ingevolge de artikelen 21 lid 7 en 22a lid 1 Fw vielen de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis en de Levenslooptrekening buiten het faillissement. [eiser] was hiervan niet op de hoogte op het moment dat hij het voorstel deed aan de curator om deze financiële producten tegen betaling aan zijn echtgenote over te dragen. Hij heeft dan ook gedwaald omtrent zijn rechten ten aanzien van deze producten.

Primair moet de overdracht van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis alsmede de afkoop van de Levenslooptrekening worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de curator jegens [eiser]. Allereerst omdat hiermee in strijd met artikel 22a lid 1 Fw door de curator een inbreuk is gemaakt op de aan [eiser] toekomende oudedagsvoorziening. Ten tweede omdat de curator heeft nagelaten [eiser] erop te wijzen dat de beoogde afkoop een onverplichte inbreuk zou vormen op die oudedagsvoorziening.

Subsidiair heeft [eiser] als grondslag aangevoerd dat de curator ten koste van [eiser] ongerechtvaardigd is verrijkt en om die reden gehouden is om de door [eiser] geleden schade tot het bedrag van de verrijking te vergoeden.

9.2.3. De curator heeft verweer gevoerd. Dit verweer zal hierna bij de beoordeling van de grieven worden besproken.

9.3. In het beroepen vonnis heeft de rechtbank de vordering van [eiser] ten aanzien van de Levenslooptrekening afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat de Levenslooptrekening geen lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht in de zin van artikel 21 lid 7 Fw is en dat het evenmin een verzekeringsovereenkomst is in de zin van artikel 22a Fw, zodat deze bepalingen niet in de weg stonden aan inning van het saldo van de Levenslooptrekening door de curator.

Waar het de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis betreft heeft de rechtbank de curator veroordeeld tot vergoeding van de waarde van de Delta Lloyd-polis. De vordering tot vergoeding van de Reaal-polis heeft de rechtbank afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat die polissen niet worden beheerd door artikel 21 lid 7 Fw (partijen waren het daar over eens geworden), maar dat deze polissen wel beiden onder het bereik van artikel 22a Fw vielen en dat om die reden de curator bij zijn beslissing om de polissen over te dragen (evenals bij een afkoop of een wijziging van de begunstiging), moest beoordelen of [eiser] door die overdracht onredelijk zou worden benadeeld. Van een dergelijke onredelijke benadeling is sprake, aldus de rechtbank, in geval van de overdracht van beide polissen,

maar niet indien de overdracht wordt beperkt tot de Reaal-polis. Het recht tot overdracht van de Delta Lloyd-polis viel volgens de rechtbank om die reden buiten de boedel. De schade die [eiser] door de overdracht van de Delta Lloyd-polis heeft geleden, is door de rechtbank begroot op € 38.700, waarbij de rechtbank heeft geoordeeld dat dit bedrag als zodanig buiten de faillissementsboedel valt.

9.4.1. De curator heeft in principaal appel elf grieven aangevoerd (genummerd 1 tot en met 11). Hij heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis van 21 september 2016 en om de vorderingen van [eiser] alsnog af te wijzen. Voorts heeft de curator gevorderd om [eiser] te veroordelen om aan de curator terug te betalen het bedrag van € 39.149,15 dat de curator ter voldoening aan het beroepen vonnis aan [eiser] heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf de dag van de betaling tot de dag van terugbetaling, met veroordeling van [eiser] in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

9.4.2. [eiser] heeft in incidenteel appel vijf grieven aangevoerd (genummerd A tot en met E) en hij heeft tevens zijn eis vermeerderd. [eiser] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis ten aanzien van de rechtsoverwegingen 4.2.3, 4.2.4, 4.3.10, 4.3.11, 4.4.4 en 4.5.1 en om de vorderingen zoals opgenomen in het petitum van de inleidende dagvaarding alsnog toe te wijzen, alsmede om de curator te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 53.651,05 wegens het gederfde rendement (berekend tot 10 april 2017) over de overgedragen c.q. afgekochte polissen althans tot betaling van de wettelijke rente over € 245.200 vanaf 1 augustus 2013 (althans 28 februari 2015) tot aan de dag der voldoening, met veroordeling van de curator in de kosten van het hoger beroep.

9.5.1. De grieven A en B van [eiser] in incidenteel appel richten zich tegen het oordeel van de rechtbank (in de rechtsoverwegingen 4.2.3 en 4.2.4.) dat de Levenslooptrekening niet heeft te gelden als een lijfrentespaarrekening of als een lijfrentebeleggingsrecht in de zin van artikel 21 lid 7 Fw en dat het geen verzekeringsovereenkomst is die binnen de werkingssfeer van artikel 22a Fw valt. Hieromtrent oordeelt het hof als volgt.

9.5.2. In artikel 21 aanhef en onder 7 Fw is bepaald dat buiten het faillissement blijft een aanspraak op het tegoed van een lijfrenterekening of op de waarde van een lijfrentebeleggingsrecht als bedoeld in artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB) voor zover de ter zake ingelegde bedragen voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbare inkomen uit werk en woning. In artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB is (samengevat en voor zover hier van belang) bepaald dat onder een lijfrente wordt verstaan een aanspraak die *niet* kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven dan wel formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen. Blijkens de toelich-

ting op de grieven komt [eiser] niet op tegen het oordeel van de rechtbank (rov. 4.2.3.) dat uit de voorwaarden van de Levenslooptrekening blijkt dat over het saldo daarvan reeds kon worden beschikt voor het berekenen van de pensioengerechtigde leeftijd en reeds voor het eventuele eerdere overlijden van zijn partner of van hemzelf. Integendeel, in de toelichting op grief A in incidenteel appel (randnummer 155 van de memorie van [eiser]) stelt [eiser] zelf dat de polisvoorwaarden de mogelijkheid geven dat hij op een ander moment (dan de pensioengerechtigde leeftijd) over het saldo van de Levenslooptrekening kon beschikken. Dat brengt mee dat de Levenslooptrekening niet voldoet aan één van de voorwaarden van artikel 1.7 eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB, te weten dat de aanspraak niet afkoopbaar is. De Levenslooptrekening is dus geen lijfrente in de zin van deze bepaling. Reeds daarom is dit vermogensbestanddeel niet op grond van artikel 21 onder aanhef en onder 7 Fw buiten het faillissement behoeven.

9.5.3. De omstandigheid dat de door [eiser] op de Levenslooptrekening ingelegde gelden wel in aanmerking zijn genomen voor de heffing van de inkomstenbelasting (zie toelichting op grief A onder randnummer 155) is niet voldoende om te concluderen dat deze polis wél kan worden aangemerkt als een lijfrente in de zin van artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB. Anders dan door [eiser] is betoogd, is de vraag of het opgebouwde saldo van de Levenslooptrekening voor andere doeleinden dan voor het pensioen kan worden aangewend, blijkens de tekst van het artikel wel een onderscheidend criterium. De omstandigheid dat [eiser] niet voornemens was om het saldo voor een ander doel dan voor zijn pensioen aan te wenden (zoals door hem gesteld) en de omstandigheid dat de Levenslooptrekening qua doelstelling grote gelijkenis vertoont met andere financiële producten die wel onder de bepaling van artikel 21 aanhef en onder 7 Fw jo. artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB vallen, maakt dat niet anders. De wetgever heeft in genoemde bepalingen nauw omschreven welke aanspraken op een tegoed van een lijfrente, in afwijking van het beginsel dat de debiteur met geheel zijn vermogen in staat voor zijn schulden, buiten het faillissement vallen. De rechter past grote terughoudendheid om desondanks producten die niet onder die omschrijving vallen, wel buiten het faillissement te houden (HR 22 november 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003, 32). De door [eiser] gestelde omstandigheden zijn onvoldoende om de Levenslooptrekening in afwijking van de tekst van de wet buiten het faillissement te houden.

9.5.4. Blijkens de toelichting op de grieven A en B bestrijdt [eiser] niet het oordeel van de rechtbank (in rov. 4.2.3.) dat de Levenslooptrekening niet binnen de werking van artikel 22a Fw valt, omdat het geen verzekeringsovereenkomst betreft. Overigens zijn door [eiser] ook geen feiten gesteld waaruit volgt dat de Levenslooptrekening moet worden aangemerkt als een overeenkomst van levensverzeke-

ring. Het hof gaat dan ook uit van de juistheid van het oordeel van de rechtbank dat de Levenslooptrekening niet onder de werkingssfeer van artikel 22a Fw valt.

9.5.5. Het voorgaande brengt mee dat de grieven A en B in incidenteel appel falen.

9.6. De grieven in principaal appel richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de overdracht van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis door de curator aan [betrokkene 2] onder de reikwijdte van artikel 22a lid 1 Fw valt, dat [eiser] door de overdracht van beide polissen onredelijk is benadeeld en dat om die reden het recht tot overdracht van de Delta Lloyd-polis buiten de boedel viel. De grieven C en D in incidenteel appel richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat [eiser] niet onredelijk wordt benadeeld door de overdracht van de Reaal-polis aan [betrokkene 2]. Deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

9.7.1. Zowel ten aanzien van de Reaal-polis als de Delta Lloyd-polis was [eiser] de verzekeringnemer en was hij in de polis ook aangewezen als begunstigde. In zijn e-mail van 22 april 2013 heeft [eiser] aan de curator verzocht om (onder meer) deze polissen te mogen overnemen tegen betaling van de afkoopwaarde daarvan aan de boedel. Vervolgens heeft de rechter-commissaris in het faillissement desgevraagd op 28 mei 2013 toestemming verleend tot verkoop en levering van de polissen aan de echtgenote van [eiser] tegen betaling van (voor zover het die polissen betreft) een bedrag van € 62.520 (waartegen [eiser] geen hoger beroep heeft ingesteld op grond van art. 67 Fw). Omdat aan de levering geen uitvoering kon worden gegeven door wijziging van de verzekeringnemer, is op verzoek van [eiser] zijn echtgenote door de curator gemachtigd om ten aanzien van de polissen voor van [eiser] te tekenen. Blijkens de e-mailcorrespondentie tussen [eiser] en de curator was het de bedoeling van [eiser] dat aldus de pensioenvoorziening in stand zou worden gelaten (zie e-mail van [eiser] d.d. 22 april 2013, prod. 2 bij cva, en 23 april 2013, prod. 4 bij inleidende dagvaarding).

9.7.2. Door de machtigingen die zijn verleend aan de echtgenote van [eiser] om de rechten van de verzekeringnemer uit te oefenen, zijn de polissen zelf – en daarmee dus dit deel van de pensioenvoorziening van [eiser] – in stand gebleven. Er heeft door de curator dus geen afkoop van de polissen plaatsgevonden. Evenmin is de begunstiging van de polissen door de curator gewijzigd. Feitelijk heeft door de aan [betrokkene 2] verleende machtigingen, conform de bedoeling van partijen, een overdracht van de polissen aan [betrokkene 2] plaatsgevonden, althans is hetzelfde effect bereikt als met een overdracht (in de vorm van een wijziging van de verzekeringnemer). Pas daarna heeft [betrokkene 2] zelf de polissen, al dan niet na de begunstiging te hebben gewijzigd, doen afkopen, een en ander met instemming van [eiser].

9.7.3. In artikel 22a lid 1 onder a respectievelijk onder b Fw is bepaald dat buiten de boedel vallen

het *recht tot afkoop* van een levensverzekering respectievelijk het *recht tot wijziging* van de begunstiging (voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor onredelijk wordt benadeeld). In artikel 22a lid 2 Fw is bepaald dat voor een *overdracht* van een levensverzekering de schriftelijke toestemming nodig is van de verzekeringnemer; slechts dan is de curator bevoegd tot overdracht. Het recht tot overdracht is niet een recht dat als zodanig (onder voorwaarden) buiten de boedel valt.

De wetgever maakt aldus een onderscheid tussen enerzijds de afkoop en wijziging van de begunstiging en anderzijds de overdracht van de verzekering. Daarbij is een kenmerkend verschil tussen deze rechtsfiguren dat door afkoop en wijziging een aantasting van de pensioenvoorziening van de failliet ten gunste van de boedel plaatsvindt, terwijl bij een overdracht de pensioenvoorziening in stand blijft. De instandhouding van de pensioenvoorziening was blijkens de e-mailcorrespondentie in dit geval ook de reden voor [eiser] om de curator te verzoeken aan een overdracht mee te werken.

Zoals hiervoor ten aanzien van de toepassing van artikel 21 aanhef en onder 7 Fw is overwogen, geldt ook bij de toepassing van artikel 22a lid 1 onder a en onder b Fw dat de rechter grote terughoudendheid past om de uitoefening van bepaalde rechten ten aanzien van een levensverzekering die niet onder de omschrijving van deze bepaling vallen, desondanks — en in afwijking van het beginsel dat de debiteur met geheel zijn vermogen in staat voor zijn schulden — buiten de faillissementsboedel te houden. Nu de wetgever zelf in artikel 22a lid 1 Fw (het recht tot) overdracht van de levensverzekering niet heeft aangemerkt als een bevoegdheid die buiten de boedel valt, maar de uitoefening van die bevoegdheid in artikel 22a lid 2 Fw slechts afhankelijk heeft gesteld van de toestemming van de failliet, terwijl een overdracht — anders dan een afkoop of wijziging van de begunstiging ten behoeve van de boedel — niet leidt tot een aantasting van de pensioenvoorziening, valt ook in het onderhavige geval het recht tot overdracht of het daarmee gelijk te stellen recht om een derde (de echtgenote) te machtigen om ten aanzien van de verzekering voor de verzekeringnemer te tekenen, naar het oordeel van het hof niet buiten de boedel. Dat betekent dat de curator bevoegd was om mee te werken aan de overdracht van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis aan de echtgenote van [eiser], mits [eiser] daarvoor schriftelijke toestemming had verleend. [eiser] (en ook de rechter-commissaris) heeft aan deze overdracht zijn schriftelijke toestemming verleend, waarmee voldaan is aan de voorwaarde die in artikel 22a lid 2 Fw wordt gesteld aan de uitoefening van de bevoegdheid tot overdracht door de curator.

9.7.4. De omstandigheid dat de curator ten behoeve van de boedel een vergoeding heeft gevraagd aan de echtgenote van [eiser] voor de medewerking aan de overdracht van de polissen, leidt niet tot het oordeel dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser]. De beide polissen vielen in de

boedel en hadden een vermogenswaarde. Dat het recht van de curator om tot afkoop dan wel wijziging van de begunstiging over te gaan wellicht beperkt was op grond van artikel 22a lid 1 Fw, doet daar niet aan af. Uit de eigen stellingen van [eiser] volgt dat de polissen in de toekomst wellicht alsnog konden worden uitgewonnen, hetgeen hij met de overdracht van de polissen aan zijn echtgenote juist wilde voorkomen. De curator was dan ook bevoegd om voor zijn medewerking aan de overdracht van de polissen, waardoor de vermogenswaarde van die polissen aan de boedel werden onttrokken, een vergoeding te vragen.

9.7.5. Het voorgaande brengt mee dat de vordering van [eiser] niet kan worden toegewezen op grond van de stelling van [eiser] dat de curator (in zijn hoedanigheid) onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met artikel 22a lid 1 Fw inbreuk te maken op zijn oudedagsvoorziening.

9.8.1. Ook de stelling dat de curator (in zijn hoedanigheid) onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij heeft nagelaten [eiser] erop te wijzen dat de beoogde afkoop een onverplichte inbreuk zou vormen op die oudedagsvoorziening kan niet leiden tot toewijzing van de vorderingen van [eiser]. Daartoe geldt het volgende.

9.8.2. Het hof begrijpt deze grondslag aldus dat [eiser] van oordeel is dat de curator hem had behoren te informeren omtrent de omstandigheid dat de beide polissen op grond van artikel 22a lid 1 Fw niet dan wel slechts gedeeltelijk konden worden afgekocht en dat op grond van die bepaling de begunstiging van één of beide polissen niet kon worden gewijzigd ten gunste van de boedel. Indien [eiser] hiervan op de hoogte was geweest dan had hij de curator niet verzocht om mee te werken aan een overdracht van de polissen tegen de afkoopwaarde dan wel tegen een andere vergoeding, aldus [eiser].

9.8.3. Bij de beoordeling van deze grondslag van de vordering zijn de navolgende feiten van belang. [eiser] was vanaf 1997 werkzaam als assurantieadviseur. Toen de curator hem op 3 april 2013 berichtte dat hij voornemens was om over te gaan tot afkoop van de Delta Lloyd-polis, heeft [eiser] zelf aan de curator verzocht om mee te werken aan een overdracht van onder meer de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis en de Levenslooprekening om zodoende zijn oudedagsvoorziening veilig te stellen. [eiser] wist dus dat er een onderscheid was tussen een afkoop of wijziging van de begunstiging enerzijds en die van een overdracht anderzijds en dat deze verschillende rechtsfiguren tot een verschillend rechtsgevolg leiden. Daarbij gaf [eiser] aan de curator te kennen dat een overdracht van de polissen aan zijn echtgenote niet alleen van belang was om een uitwinning van de polissen tijdens het faillissement te voorkomen. Door een overdracht zou eveneens worden bewerkstelligd dat ook na de opheffing van het faillissement crediteuren zich niet op die polissen zouden kunnen verhalen, zodat zijn pensioenvoorziening ook voor de toekomst zou worden veilig gesteld. [eiser] heeft in dit verband expliciet aan



de curator kenbaar gemaakt dat van belang was dat zijn echtgenote na betaling van de overdrachtswaarde alle zeggenschap zou hebben over de overgenomen polissen. Voorts is van de zijde van de curator onbetwist gesteld dat hij [eiser] naar de advocaat van zijn echtgenote heeft verwezen. Blijkens de e-mailwisseling tussen deze advocaat, mr. Arends, en de curator (zie nummer 9.1. onder (t)) behartigde mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser]. Uit de hiervoor onder nummer 9.1 onder (s) geciteerde e-mail volgt dat [eiser] in verband met de overdracht van de polissen rechtstreeks contact onderhield met mr. Arends. Mr. Arends treedt blijkens de ondertekening van zijn e-mails ook op als curator.

9.8.4. Artikel 22 a lid 1 Fw brengt mee dat een curator die van plan is om van de hem daarin toegekende bevoegdheden gebruik te maken, in beginsel verplicht is om zelfstandig te beoordelen of de failliet door de uitoefening van die bevoegdheden niet onredelijk wordt benadeeld. Mede gezien de hiervoor in overweging 9.8.3. geschetste omstandigheden van het geval, gaat in de onderhavige zaak de verplichting die aldus uit deze bepaling voortvloeit niet zover dat de curator zich, naar aanleiding van het verzoek van [eiser] om de polissen tegen vergoeding aan zijn echtgenote over te dragen, ervan had moeten vergewissen of [eiser] ermee bekend was dat (i) de bevoegdheid van de curator om de polissen tijdens het faillissement af te kopen of de begunstiging ervan te wijzigen beperkt was tot het geval dat [eiser] daardoor niet onredelijk benadeeld zou worden, en dat (ii) bij het uitblijven van een overdracht van de polissen wellicht niet (volledig) zouden kunnen worden uitgewonnen door de curator. [eiser] was als assurantieadviseur deskundig op het terrein van levensverzekeringen en lijfrentes en kende het verschil tussen een overdracht enerzijds en afkoop dan wel wijziging van de begunstiging anderzijds. Het initiatief tot overdracht van de polissen ging van hem uit en had als doel om zijn pensioenvoorziening — ook voor de periode na de opheffing van het faillissement — veilig te stellen. Hij werd bijgestaan door mr. Arends die als curator kennis heeft van het faillissementsrecht. Onder deze omstandigheden mocht de curator ervan uitgaan dat [eiser], voor zover hij er uit zichzelf al niet mee bekend was dat het recht van de curator tot afkoop of wijziging van de begunstiging van de polissen mogelijk beperkt was of het recht op afkoop of wijziging van de begunstiging mogelijk volledig buiten de boedel viel, hieromtrent op adequate wijze zou worden geïnformeerd door mr. Arends. Gelet op de uitdagingen van [eiser] en van mr. Arends mocht de curator er bovendien van uitgaan dat de echtgenote van [eiser] na de overdracht van de pensioenvoorziening (ook) aan [eiser] ten goede zou laten komen.

De curator heeft dan ook niet onrechtmatig gehandeld jegens [eiser] door hem op dit punt niet uit eigen beweging nader te informeren.

9.8.5. De conclusie van hetgeen hiervoor in de overwegingen 9.7.1. tot en met 9.8.4. is overwogen,

is dat de grieven 1, 2, 3, 4, 8 en 11 in principaal appel slagen en dat de grieven C en D in incidenteel appel falen. Gezien hetgeen hiervoor is overwogen behoeven de grieven 5, 6, 7, 9 en 10 in principaal appel geen bespreking.

9.9.1. De rechtbank heeft de vordering ter zake van de Levenslooptekening en de vordering ter zake van de Reaal-polis niet toewijsbaar geacht op grond van ongerechtvaardigde verrijking, hetgeen als subsidiaire grondslag van de vordering was aangevoerd. Tegen dit oordeel is niet gegriefd, zodat ten aanzien van de Levenslooptekening en de Reaal-polis de vraag of de vorderingen toewijsbaar zijn op grond van ongerechtvaardigde verrijking, geen onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd in appel. Aangezien de grieven van de curator in principaal appel tegen de toewijzing van de vordering ter zake van de Delta Lloyd-polis op de primaire grondslag slagen (en deze vordering dus niet toewijsbaar is op grond van onrechtmatige daad), zal het hof in verband met de devolutieve werking van het appel thans moeten beoordelen of deze vordering op de subsidiaire grondslag kan worden toegewezen en of de boedel door de overdracht van de Delta Lloyd-polis ongerechtvaardigd is verrijkt.

9.9.2. Voor toewijzing van de vordering op deze grondslag, is het allereerst noodzakelijk dat de boedel door de overdracht is verrijkt. [eiser] heeft onvoldoende gemotiveerd onderbouwd dat hiervan sprake is. Weliswaar heeft de echtgenote van [eiser] aan de boedel een vergoeding betaald in verband met de overdracht van de Delta Lloyd-polis aan haar, maar daar staat tegenover dat de curator de polis, waarvan de waarde in de boedel viel, heeft overgedragen aan de echtgenote van [eiser]. Van de zijde van [eiser] is niet gesteld, en evenmin is anderszins gebleken, dat de waarde van de overgedragen polis lager was dan de vergoeding die de echtgenote van [eiser] heeft betaald en dat de boedel aldus zou zijn verrijkt.

Ten tweede overweegt het hof dat, indien de boedel al door de betaling van de vergoeding door de echtgenote van [eiser] zou zijn verrijkt, uit hetgeen is geoordeeld in de overwegingen 9.7.3. en 9.7.4. volgt dat die verrijking niet ongerechtvaardigd was.

Tot slot volgt uit de stellingen van [eiser] niet dat hij degene is die in de zin van artikel 6:212 BW is benadeeld. De vergoeding voor de Delta Lloyd-polis is betaald door zijn echtgenote en uit hetgeen [eiser] heeft gesteld volgt niet dat zijn echtgenote uit hoofde van afspraken met [eiser] zich op [eiser] heeft verhaald of kan verhalen.

9.9.3. De vordering met betrekking tot de Delta Lloyd-polis is gezien het voorgaande ook niet toewijsbaar op de subsidiaire grondslag ongerechtvaardigde verrijking.

9.10. De conclusie is dat het hof het beroepen vonnis van de rechtbank van 21 september 2016 zal vernietigen en dat het de vorderingen van [eiser] alsnog volledig zal afwijzen. [eiser] zal worden veroordeeld om al hetgeen de curator uit hoofde van

het beroepen vonnis aan [eiser] heeft voldaan, aan de curator terug te betalen. [eiser] heeft niet betwist dat de curator uit hoofde van dit vonnis op 12 december 2016 een bedrag van € 39.149,15 aan [eiser] heeft betaald, zodat [eiser] tot terugbetaling van dat bedrag aan de curator zal worden veroordeeld, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag der betaling, zijnde 12 december 2016, tot aan de dag van terugbetaling. Voor toewijzing van de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW bestaat geen grond. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in die van het principaal en incidenteel hoger beroep. Hieruit volgt dat grief E in incidenteel appel faalt.

#### 10. De uitspraak

Het hof:

*op het principaal en incidenteel hoger beroep*

vernietigt het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 21 september 2016 (C/01/293897 / HA ZA 15-370);

wijst de vorderingen van [eiser] af;

veroordeelt [eiser] om aan de curator terug te betalen het bedrag van € 39.149,15, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag der betaling van dit bedrag door de curator aan [eiser], zijnde 12 december 2016, tot aan de dag van terugbetaling;

veroordeelt [eiser] in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep, die aan de zijde van de curator tot op heden voor de eerste aanleg worden begroot op € 285 aan griffierecht en op € 2.842 salaris advocaat, en voor het principaal hoger beroep op € 79,81 aan dagvaardingskosten, op € 718 aan griffierecht en op € 9.483 aan salaris advocaat en voor het incidenteel appel op € 1.580,50 aan salaris advocaat;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

#### Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van essentiële vormen doordat het hof overwogen en beslist heeft zoals in zijn arrest van 12 februari 2019 (hieraan: het arrest a quo) vervat is, zulks ten onrechte, om de navolgende, mede in hun onderling verband en samenhang te beschouwen redenen:

#### Inleiding

Dit geschil betreft thans nog de beantwoording van de vraag of de curator jegens [eiser] een onrechtmatige daad gepleegd heeft ter zake van twee levensverzekeringen<sup>1</sup> van [eiser] die als pensioenvoorzie-

ning een verzorgingskarakter<sup>2</sup> hebben. Beide levensverzekeringen zijn uitgewonnen door de curator. Dit door *overdracht* van de verzekering in de zin van art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw. Ten aanzien van geen van beide levensverzekeringen echter had de curator het art. 22a lid 1, aanhef en letter a, Fw vermelde *recht op het doen afkopen*, althans had de curator dit recht niet voor zover [eiser] door afkoop *onredelijk benadeeld* zou worden.

#### Klachten

1 Recht op overdracht van levensverzekering valt buiten de boedel voor zover 'onredelijk benadeeld wordt' in de zin van art. 22a lid 1 Fw (rovv. 9.7.1 t/m 9.7.5)

1.1 Onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd in rov. 9.7.3 is zewel

- het oordeel dat het recht tot overdracht niet een recht zou zijn dat als zodanig buiten de boedel valt (3<sup>e</sup> volzin van rov. 9.7.3); als

- het oordeel dat ook in casu (*'in het onderhavige geval'*) het recht tot overdracht of het daarmee gelijk te stellen recht om een derde te machtigen om ten aanzien van de verzekering voor de verzekeringnemer te tekenen '*niet buiten de boedel*' zou vallen (voorvoorlaatste volzin van rov. 9.7.3).

Immers, het hof miskent dat ook een recht tot overdracht van een levensverzekering buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door overdracht onredelijk benadeeld wordt.

Zie o.a.:

- Hof Amsterdam 17 maart 2016,

ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768:

"2.7 {...} Gezien hetgeen is bepaald in artikel 295a Fw [art. 295a oud-Fw is voor zover thans van belang gelijkkluidend aan art. 22a Fw, adv.] is de vraag aan de orde of de door de rechtbank verbonden voorwaarde aan de verlening van de zogenoemde 'schone lei', inhoudende het cederen van de uitkeringsrechten uit hoofde van de levensverzekering van appellanta aan zijn schuldeisers vóór de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, al dan niet leidt tot een onredelijke benadeling van appellanta. Daarbij dient eerst onderzocht te worden of de bescherming die dit artikel de verzekeringnemer biedt, ook ziet op het onderhavige geval, te weten het overdragen van de rechten uit de door appellanta afgesloten levensverzekering met lijfrenteclausule. Die vraag dient naar het oordeel van het hof — gelet op de strekking van artikel 295a Fw — bevestigend te worden beantwoord. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat ten aanzien van de rechten van de schuldenaar voortvloeiende uit een overeenkomst van levensverzekering geen handelingen ten behoeve

2 Dat de levensverzekeringen een verzorgingskarakter hebben, staat niet ter discussie. De rechtbank heeft dit verzorgingskarakter in haar eindvonnis van 21 september 2016 steeds tot uitgangspunt genomen (rovv. 4.3.7, 4.3.8, 4.4.2 en 4.4.4) en tegen dit uitgangspunt heeft de curator niet gegriefd.

1 Het gaat bij deze levensverzekeringen om de in rov. 9.1 bij letter c vermelde Reaal-polis (polisnummer: [001]) en Delta Lloyd-polis (polisnummer: [002]).

van de boedel mogen worden verricht waardoor appellant onredelijk zou worden benadeeld {...}.”

- Rb. Oost-Brabant 21 september 2016 (vernietigd bij het arrest a quo):

“4.3.4. Naar het oordeel van de rechtbank rustte er niet alleen bij de beslissing om aan te sturen op afkoop van (alleen) de Delta Lloyd-polis, maar ook bij het overeenkomen van de hierboven beschreven transactie met alle (drie) verzekeringspolissen een (rechts)plicht op de curator om zich eigener beweging te verdiepen in de vraag of de transactie zou leiden tot onredelijke benadeling van [eiser] in de zin van artikel 22a Fw. Aan het bestaan van die rechtsplicht doet niet af dat er in dit geval geen sprake is geweest van afkoop van de levensverzekeringen, maar van overdracht – althans, een benadering van het effect daarvan – op verzoek van [eiser].

4.3.5. De faillissementscurator dient er steeds tegen te waken dat levensverzekeringen met een verzorgingskarakter te vergaand worden uitgewonnen, aangezien de beperkingen van artikel 22a Fw de bedoeling hebben om – uit sociale overwegingen – te waarborgen dat ook mensen die ooit in staat van faillissement hebben verkeerd op hun oude dag nog in hun bestaan kunnen voorzien (zie Kamerstukken EK 1997–1998, 22969 en 23429, nr. 297, p. 1). Daar past niet bij dat de curator zich bij afkoop of begunstigingswijziging wel, maar bij een alternatieve wijze van uitwinning niet zou hoeven afvragen of er nog voldoende oudedagsvoorziening voor de gefailleerde overblijft. De rechtbank sluit in dit opzicht aan bij de beslissing van Gerechtshof Amsterdam van 17 maart 2006, *Pf* 2007/52, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768.”

- F.H.M. Bartels, Levensverzekering in faillissement, *TvI* 2017/17, § 4.1.3 (voetnoten weggelaten, cursivering toegevoegd):

“Indien de verzekering overdraagbaar is of met medewerking van de verzekeraar kan worden overgedragen, is denkbaar dat de curator de waarde ervan te gelde maakt door overdracht aan een derde. De wetgeschiedenis vermeldt het geval waarin de derde-begunstigde ter voorkoming van afkoop de verzekering van de curator overneemt tegen betaling van de afkoopwaarde. Dat klinkt prachtig, maar waarom ervoor gekozen is de overdracht afhankelijk te maken van schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer/gefailleerde (art. 22a lid 2 Fw, tweede volzin), vermeldt de wetgeschiedenis echter niet. In feite valt het recht de verzekering over te dragen hiermee ‘buiten de boedel’, nu de curator hierover niet buiten de gefailleerde om kan beschikken. *In de lagere rechtspraak wordt – in navolging van het Gerechtshof Amsterdam – het benadelingscriterium uit het eerste lid van art. 22a Fw inmiddels ook op overdracht van de levensverzekering toegepast.*”

Niet valt in te zien waarom art. 22a lid 1 Fw de schuldenaar voor zover hij onredelijk benadeeld wordt zou beschermen uitsluitend tegen *het recht op het doen afkopen* van een levensverzekering en niet ook tegen *overdracht* ervan (tegen de afkoopwaarde). Niet te verklaren is tenslotte dat een curator enerzijds niet mag afkopen voor zover sprake is van de onredelijke benadeling, maar anderzijds wél zou mogen overdragen (tegen de afkoopwaarde) ook voor zover van deze onredelijke benadeling sprake is. Zoals in de parlementaire geschiedenis van art. 22a Fw vermeld is, wordt met de in art. 22a Fw neergelegde regeling een bescherming geboden tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter tegen welke uitwinning in andere (wettelijke) regelingen geen of onvoldoende bescherming bestaat.<sup>18</sup> Deze door de wetgever beoogde bescherming zou niet geboden worden, indien overdracht door een curator in het faillissement van de schuldenaar mogelijk zou zijn voor zover ‘de begunstigde of de verzekeringnemer’ er onredelijk door benadeeld wordt.

Weliswaar is tevens in de parlementaire geschiedenis vermeld dat niet uitgesloten is dat de verzekering overgedragen wordt<sup>19</sup> en bepaalt art. 22a lid 2 Fw dat de overdracht van de levensverzekering slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer mogelijk is, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet waarom deze overdracht wat betreft de tekst van dit wetsartikel slechts afhankelijk zou zijn van deze toestemming.<sup>20</sup>

Bovendien biedt dit toestemmingsvereiste niet de beoogde bescherming tegen het door overdracht onredelijk benadelend uitwinnen van een levensverzekering, terwijl de toestemming berusten kan op een onjuiste voorstelling van zaken, althans te lichtvaardig gegeven kan zijn, en een curator in het kader van de afwikkeling van een faillissement nu juist mede rekening moet houden met belangen van de schuldenaar.

Derhalve heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of de door dit subonderdeel bestreden oordelen niet naar behoren gemotiveerd.

1.2 Hetgeen waarover subonderdeel 1.1 klaagt, vitiëert (tevens) zowel

- het oordeel in rov. 9.7.3 (voorlaatste volzin) ‘*Dat betekent dat de curator bevoegd {...} had verleend.*’; als

- het ‘*doet daar niet aan af*’-oordeel in rov. 9.7.4 (3<sup>e</sup> volzin), bij welk oordeel het gaat om het gegeven dat het recht van de curator om tot afkoop dan wel wijziging van de begunstiging over te gaan volgens het hof ‘*wellicht beperkt*’ was op grond van art. 22a lid 1 Fw.

1.3 Onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd is het oordeel in rov. 9.7.3 dat een overdracht van een

<sup>18</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1994–1995, 22 969, nr. 20, blz. 5.

<sup>19</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1994–1995, 22 969, nr. 20, blz. 7.

<sup>20</sup> Zie ook J.F.H.M. Bartels, ‘Levensverzekering in faillissement’, *TvI* 2017/17, § 4.1.3.

levensverzekering, anders dan een afkoop of wijziging van de begunstiging ten behoeve van de boedel, niet zou leiden tot een aantasting van de pensioenvoorziening (voorvoorlaatste volzin van rov. 9.7.3).

Immers, door overdracht van de verzekering verwerft degene aan wie overgedragen wordt, de verkrijger, de positie van verzekeringnemer en heeft de verkrijger daarmee, althans in beginsel, de mogelijkheid om zichzelf als begunstigde aan te wijzen. Indien in geval van faillissement van de verzekeringnemer de verzekering door de curator aan een derde overgedragen wordt, mag welgevoegelijk aangenomen worden dat, indien in de polis 'verzekeringnemer' als begunstigde aangewezen is, zoals in casu,<sup>21</sup> de nieuwe verzekeringnemer, de verkrijger, begunstigde wordt.<sup>22</sup> Derhalve leidt overdracht van een levensverzekering, althans in beginsel, wèl tot een aantasting van de pensioenvoorziening, waaraan niet afdoet dat bij overdracht van een levensverzekering deze levensverzekering als zodanig in stand blijft. *In casu* heeft de overdracht ertoe geleid dat de verkrijger ([eiser]s echtgenote) de polissen, al dan niet na de begunstiging te hebben gewijzigd, doen afkopen met instemming van [eiser] (zoals geoordeeld in rov. 9.7.2).

Derhalve heeft het hof van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven en/of zijn door dit subonderdeel bestreden oordeel ten onrechte niet, laat staan naar behoren, gemotiveerd.

1.4 Hetgeen waar subonderdelen 1.1 en – over klagen, viteit tevens

– het oordeel in rov. 9.7.4 (in fine) dat de curator 'dan ook' bevoegd geweest zou zijn om voor zijn medewerking aan de overdracht van de polissen een vergoeding te vragen; en

– het oordeel in rov. 9.7.5 dat [eiser]s vordering niet toegewezen zou kunnen worden op grond van [eiser]s stelling dat de curator (in zijn hoedanigheid) onrechtmatig gehandeld heeft door in strijd met art. 22a lid 1 Fw inbreuk te maken op zijn oudedagsvoorziening.

2 Faillissementscurator moet steeds waken voor onredelijke benadeling bij uitwinning van levensverzekering met een verzorgingskarakter (rov. 9.8.1 t/m 9.8.5)

2.1 Onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd is het oordeel in rov. 9.8.4 dat, mede gezien 'de hiervoor in overweging rov. 9.8.3 geschetste omstandigheden van het geval', de verplichting van de curator om zelfstandig te beoordelen of de failliet door de uitoefening van de bevoegdheden art. 22a lid 1 Fw onredelijk benadeeld wordt, 'niet zover' zou gaan dat de curator zich ervan had moeten vergewissen dat ('of') [eiser] ermee bekend was zowel dat de bevoegd-

heid van de curator om de polissen tijdens het faillissement af te kopen of de begunstiging ervan te wijziging beperkt was tot het geval dat [eiser] daarvoor niet onredelijk benadeeld zou worden, als dat bij het uitblijven van een overdracht de polissen wellicht niet (volledig) zouden kunnen worden uitgewonnen door de curator.

Immers, het hof miskent dat deze verplichting wèl zover gaat en dat dit (dus) ook in casu zo is. De curator tenslotte moet in het kader van de afwikkeling van een faillissement mede rekening houden met het belang van de schuldenaar.<sup>26</sup> Gaat het om een belang van een schuldenaar die een natuurlijke persoon is dat bijzondere bescherming geniet, zoals het geval is ten aanzien van de eerste levensbehoeften van deze schuldenaar en daarmee het recht om – na ooit in staat van faillissement verkeerd te hebben – op zijn oude dag nog in zijn bestaan te kunnen voorzien,<sup>27</sup> dan moet de curator steeds zelfstandig beoordelen of de eventuele uitwinning de oudedagsvoorziening niet leidt of dreigt te leiden tot een onredelijke benadeling in de zin van art. 22a lid 1 Fw van deze schuldenaar. Dit is niet anders onder omstandigheden zoals de in rov. 9.8.4 vermelde 'in overweging rov. 9.8.3 geschetste omstandigheden van het geval'.

Bovendien miskent het hof zowel dat de curator een belang van een schuldenaar die een natuurlijke persoon is dat bijzondere bescherming geniet, althans in beginsel, moet laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers resp. de boedel, gezien art. 22a Fw, als dat het feit dat een particuliere schuldenaar als verzekeringnemer schriftelijke toestemming geeft tot overdracht van een levensverzekering met een verzorgingskarakter niet meebrengt dat de curator 'dus' niet zou hoeven te onderzoeken of de schuldenaar door deze overdracht niet onredelijk benadeeld wordt en of de schuldenaar daarmee bekend is, laat staan dat deze toestemming dat zonder méér en/of in de in rov. 9.8.4 vermelde omstandigheden van het geval als geschetst in rov. 9.8.3 zou meebrengen. Weliswaar is uitgangspunt dat bij een conflict tussen het belang van de failliete schuldenaar en het belang van de gezamenlijke schuldeisers laatstgenoemd belang prevaleert, maar van dit uitgangspunt wijkt (o.a.) art. 22a Fw nu juist af.

2.2 Het door subonderdeel 2.1 bestreden oordeel is onbegrijpelijk, omdat weliswaar vermeld is dat dit oordeel mede berust op de in rov. 9.8.3 vermelde omstandigheden van dit geval, maar zonder nadere motivering, die ontbreekt, onduidelijk is waarop dit oordeel nog meer zou berusten.

2.3 Onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd is het oordeel in rov. 9.8.4, in fine, dat de curator jegens

21 Inl.Dagv.-prod. 19 en 20.

22 W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3) 2013/12.2.6*, met verwijzing naar Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/717 (thans: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2018/734).

26 Dus: naast het belang van de gezamenlijke schuldeisers (resp. de boedel) en belangen van maatschappelijke aard. Zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventrecht (R&P nr. insR3) 2012/2.2.1.6*, met verwijzing naar Van der Feltz I, blz. 372.

27 Eerste Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 22969 en 23429, nr. 297, blz. 1.

[eiser] niet onrechtmatig gehandeld zou hebben door [eiser] niet uit eigen beweging nader te informeren (hierna: 'niet nader hoeven informeren'-oordeel) voor zover het berust op het oordeel

1. in rov. 9.8.4 dat [eiser] de overdracht van de polissen geïnitieerd zou hebben (subonderdeel 2.3.1);
2. in rov. 9.7.3 dat instandhouding van de pensioenvoorziening voor [eiser] de reden was om de curator te verzoeken om de levensverzekeringen over te dragen (subonderdeel 2.3.2);
3. in rov. 9.8.3 dat mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser] behartigd zou hebben (subonderdeel 2.3.3); en/of
4. in rov. 9.8.3 en 9.8.4 dat [eiser] als doel had om zijn pensioenvoorziening ook voor de periode na de opheffing van het faillissement veilig te stellen (subonderdeel 2.3.4).

2.3.1 Voor zover het 'niet nader hoeven informeren'-oordeel erop berust dat [eiser] de overdracht van de polissen geïnitieerd zou hebben, heeft het hof namelijk niet, laat staan voldoende, gerespondeerd op [eiser]s essentiële stellingen<sup>28</sup>

- a. dat de *curator de afkoop* van de polissen initieerde,<sup>29</sup> althans dat de curator de afkoop van de afkoop van de Delta Lloyd-polis initieerde;<sup>30</sup>
- b. dat [eiser] na dit 'afkoop'-initiatieën door de curator bij deze informeerde of er mogelijkheden waren om de polissen in stand te houden;<sup>31</sup> en
- c. dat [eiser] vervolgens, teneinde een pensioenvoorziening te behouden,<sup>32</sup> de curator voorstelde om (dan maar) de betreffende polissen te laten overnemen door [eiser]s echtgenote.<sup>33</sup>

Deze stellingen laten zich niet anders verstaan, dan dat het *de curator* was van wie het *initiatief uitging tot uitwinning* van de polissen, althans van de Delta Lloyd-polis, en dat de volgens het hof door [eiser] geïnitieerde *overdracht* van deze polissen daarom slechts een *reactie* was op de door *de curator* geïnitieerde afkoop/uitwinnen van de polissen, althans van de Delta Lloyd-polis. Bovendien was deze volgens het hof door [eiser] geïnitieerde overdracht (mede) gebaseerd op [eiser]s wens om zijn pensioenvoorziening in stand te houden. Hoewel art. 22a lid 1, aanhef en letter a, Fw bepaalt dat het recht op het doen afkopen van een levensverzekering buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt, heeft de curator niet alleen instemmend gereageerd op de door [eiser] slechts in reactie op de door de curator geïnitieerde afkoop van de polissen resp. de Delta Lloyd-polis voorgestelde

overdracht van de polissen, maar ook vervolgens de polissen tegen afkoopwaarde overgedragen.

Indien het hof in hetgeen [eiser] gesteld heeft niet de zo-even bij letters a t/m c vermelde stellingen gelezen heeft, is dat onbegrijpelijk in het licht van hetgeen [eiser] gesteld heeft.

Althans het hof miskent dat een curator in het faillissement van een particuliere schuldenaar die een afkoop van een of meer levensverzekeringen met een verzorgingskarakter initieert<sup>40</sup> en hierbij niet vermeldt dat deze afkoop op grond van art. 22a, lid 1, aanhef en letter a, Fw niet of slechts beperkt mogelijk is, niet mag overgaan tot een overdracht van deze levensverzekeringen<sup>41</sup> die slechts de resultante is van een reactie van de schuldenaar op zo'n *afkoopinitiatief van de curator* als bedoeld in de vorige alinea en de schuldenaar met deze overdracht instandhouding van de levensverzekeringen beoogt of indien het, gezien de(ze) omstandigheden, zeer wel mogelijk is dat de schuldenaar dit beoogt,<sup>42</sup> welke instandhouding immers gewaarborgd is door art. 22a, lid 1, aanhef en letter a, Fw voor zover de schuldenaar door die afkoop onredelijk benadeeld wordt.

Althans het hof miskent dat de curator niet mag overgaan tot deze overdracht zonder eerst te onderzoeken of de schuldenaar die de op grond van art. 22a lid 2 Fw voor deze overdracht vereiste toestemming geeft zich ervan bewust is dat de levensverzekeringen zonder zijn toestemming niet, althans niet integraal, afgekocht kunnen worden (en dat de door hem beoogde instandhouding derhalve ook zonder zijn toestemming gewaarborgd is).

2.3.2 Onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd is het 'niet nader hoeven informeren'-oordeel voor zover het berust op het oordeel resp. de oordelen in rov. 9.7.3 dat instandhouding van de pensioenvoorziening voor [eiser] de reden geweest zou zijn om de curator te verzoeken om de levensverzekeringen over te dragen.

Immers, juist omdat [eiser] instandhouding van de pensioenvoorziening beoogde had de curator [eiser] erop moeten wijzen dat de pensioenvoorziening in stand zou blijven indien en voor zover [eiser] door afkoop van de betreffende levensverzekeringen onredelijk benadeeld wordt.

2.3.3 Onbegrijpelijk is het 'niet nader hoeven informeren'-oordeel voor zover het berust op het oordeel in rov. 9.8.4 dat [eiser] door mr. Arends bijgestaan zou zijn en/of het oordeel in rov. 9.8.3 dat mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser] behartigd zou hebben.

Immers, niet, laat staan zonder méér, valt in te zien waarom uit de in rov. 9.1 bij (s) vermelde e-mail en bij (t) vermelde correspondentie, waarnaar het hof in rov. 9.8.3 verwijst, zou blijken of mede zou blijken dat [eiser] bijgestaan zou zijn door mr. Arends en dat deze [eiser]s belangen behartigd zou hebben ('*non sequitur*'). Zo laat deze in rov. 9.1 bij (t)

28 MvA, tevens incidenteel appèl-§§ 61 ('*op instigatie van de curator*'), 73–74, 86, 108 en 111. Zie ook het in MvA, tevens incidenteel appèl-§ 146 gedane aanbod om de stelling te bewijzen dat de curator het initiatief genomen heeft tot afkoop van de Delta Lloyd-polis.

29 Rov. 9.1 bij letter d.

30 Rov. 9.1 bij letter d.

31 Rov. 9.1 bij letter e.

32 Rov. 9.1 bij letter j.

33 Zie in het bijzonder rov. 9.1 bij letters j en k.

40 Rov. 9.1 bij letter d.

41 Rov. 9.1 bij letters e en f.

42 Rov. 9.8.3.

vermelde correspondentie zich niet anders verstaan, dan dat mr. Arends consequent schrijft over zijn 'cliënte' (dus: vrouwelijk, niet mannelijk) en hetgeen 'zij' (idem) zal doen of gedaan heeft. Zo ook gaat het daarbij (kennelijk) slechts om het *uitvoering* geven aan door 'cliënte' gewenste overdracht van de bewuste polissen aan haar, maar niet ook om advisering aan [eiser] omtrent de vraag of hij er verstandig aan zou doen om aan deze overdracht mee te werken. Zo voorts geldt dit ook voor de in rov. 9.1 bij (s) vermelde e-mail.

Aan de onbegrijpelijkheid van dit oordeel doet niet af 's hofs oordeel in rov. 9.8.3 dat door [eiser] onbetwist is de stelling van de curator dat hij, curator, [eiser] naar de advocaat van zijn echtgenote verwezen heeft, naar welke stelling het hof in rov. 9.8.3 verwijst (want ook hier gaat het om een *'non sequitur'*). Niet, laat staan zonder méér, valt tenslotte in te zien waarom uit het enkele feit 'dat [eiser] in verband met de polissen rechtstreeks contact onderhield met mr. Arends' (rov. 9.8.3) zou volgen of kunnen volgen dat/waarom [eiser] 'dus' wat betreft die advisering als zodanig 'werd bijgestaan door mr. Arends' (rov. 9.8.4) en/of waarom dat zou volgen of kunnen volgen uit het enkele feit dat de curator, [eiser] naar de advocaat van zijn echtgenote verwezen heeft, dan wel deze beide enkele feiten tezamen.

Bovendien respondeert het hof ten onrechte niet of ontoereikend op hetgeen [eiser] tijdens de in eerste aanleg, op 22 december 2015 gehouden, comparitie van partijen verklaard heeft, namelijk:

"Het is niet zo dat mr. Arends mij in deze kwestie heeft bijgestaan. Hij heeft slechts gefungeerd als ontvanger van het geld. Er moest worden afgesproken wanneer wat getekend werd en hoe de betaling plaats vond. Er is toen voor gekozen het bedrag naar de derdengeldrekening van Arends over te maken en vervolgens de curator te laten tekenen. Arends was dus niet inhoudelijk betrokken bij deze deal. Hij had een faciliterende rol en heeft ook niets in rekening gebracht aan mij."<sup>43</sup>

2.3.4 Voor zover het 'niet nader hoeven informeren'-oordeel berust op het oordeel in rov. 9.8.3 en 9.8.4 dat [eiser] als doel had om zijn pensioenvoorziening ook voor de periode na de opheffing van het faillissement veilig te stellen, miskent het hof dat bij zowel een faillissement, zijnde een collectief executoriaal beslag van schuldeisers, als een individueel beslag, uitwinning van een levensverzekering met verzorgingskarakter slechts mogelijk is voor zover de belangen van de schuldenaar niet onredelijk benadeeld worden, zodat ook bij een individueel executoriaal beslag de toets van de onredelijke benadeling geldt. Art. 479p lid 1, eerste zin, Rv bepaalt nu juist dat indien de geëxecuteerde of een begunstigde door een afkoop van de levensverzekering of een

wijziging van de begunstiging onredelijk benadeeld zou worden, de voorzieningenrechter op diens vordering geheel of ten dele die afkoop of wijziging verbiedt. Derhalve houdt de wet met betrekking tot een individueel beslag (art. 479p Rv) en het faillissementsbeslag' (art. 22a Fw) de waarborg in dat een pensioenvoorziening in stand blijft voor zover de schuldenaar, althans kort gezegd, door uitwinning daarvan onredelijk benadeeld zou worden. Juist gezien deze waarborg, valt niet, laat staan zonder méér, in te zien waarom de curator, teneinde te voldoen aan de wens van de schuldenaar om zijn pensioenvoorziening veilig te stellen, zou mogen meewerken aan een overdracht die zou moeten waarborgen wat nu juist reeds door *de wet* gewaarborgd is.

2.4 Hetgeen waarover subonderdelen 2.1 t/m 2.3 klagen, vitiëert tevens het oordeel in rov. 9.8.4 dat de curator er onder 'deze omstandigheden' ervan zou hebben mogen uitgaan dat [eiser], voor zover hij er uit zichzelf al niet mee bekend was dat het recht van de curator tot afkoop of wijziging van de begunstiging van de polissen mogelijk beperkt was of volledig buiten de boedel viel, hieromtrent op adequate wijze geïnformeerd zou worden door mr. Arends.

2.5 Hetgeen waar subonderdelen 2.1 t/m 2.4 over klagen, vitiëert tevens het oordeel in rov. 9.8.4 (in fine) dat de curator jegens [eiser] niet onrechtmatig gehandeld zou hebben door [eiser] niet uit eigen beweging nader te informeren.

### 3 Algemene voortbouwklacht

Hetgeen waarover onderdelen 1 en 2 klagen, vitiëert (tevens) al hetgeen waarmee het hof in het arrest a quo voortbouwt op hetgeen waarover beide onderdelen klagen.

### Conclusie A-G mr. G.R.B. van Peursem:

Deze zaak gaat in cassatie nog over twee levensverzekeringen (Reaal en Delta Lloyd) waarvan [eiser] ten tijde van het uitspreken van zijn faillissement verzekeringnemer, verzekerde en begunstigde was. De curator heeft [eiser] benaderd met de mededeling dat hij tot afkoop wilde overgaan van één van de polissen, hetgeen heeft geleid tot overleg tussen de curator en [eiser] over overname en overdracht van de twee levensverzekeringen. [eiser] gaf te kennen naar mogelijkheden te willen zoeken om de levensverzekeringen te behouden als pensioenvoorziening. Hij heeft met de curator onderhandeld over de overdracht van de levensverzekeringen aan zijn echtgenote. Na toestemming van de rechter-commissaris zijn de levensverzekeringen vervolgens tegen betaling van de afkoopwaarde overgedragen aan [eiser] echtgenote. Althans is zij door de curator gemachtigd om in plaats van [eiser] als verzekeringnemer op te treden, toen bleek dat aan de levering geen uitvoering kon worden gegeven in de vorm van wijziging van de verzekeringnemer. In het be-

43. Proces-verbaal van comparitie, gehouden op 22 december 2015 (blz. 2). Naar aanleiding van [eiser]s verklaring verklaarde mr. Arnoldus: 'Ik weet niet of mr. Arends inhoudelijk betrokken was bij de kwestie van de afkoop' (blz. 3).

streden arrest<sup>1</sup> oordeelt het hof dat door de aan [eiser] echtgenote verleende machtigingen conform de bedoeling van partijen feitelijk een overdracht van de polissen heeft plaatsgevonden, althans hetzelfde effect is bereikt als met zo'n overdracht in de vorm van een wijziging van verzekeringnemer.

Pas nadien is [eiser] zich de repercussies van art. 22a Fw gaan realiseren. Dat regelt in lid 1 dat het recht tot afkoop van een levensverzekering en tot wijziging van de begunstiging buiten de boedel vallen voor zover de verzekeringnemer daardoor onredelijk wordt benadeeld. Daarvan is sprake als de levensverzekering een verzorgingskarakter heeft, zoals bij een oudedagsvoorziening het geval is. Lid 2 bepaalt dat overdracht van de levensverzekering alleen met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer kan gebeuren. De curator heeft niet willen meewerken aan ongedaanmaking van de gemaakte afspraken.

In cassatie speelt in de eerste plaats of ook bij overdracht getoetst moet worden of de gefailleerde daardoor onredelijk benadeeld wordt. Er is lagere rechtspraak in die richting, maar het hof heeft in onze zaak anders geoordeeld. Nu de uitzonderingen uit lid 1 op de hoofdregel dat op het gehele vermogen van de schuldenaar verhaal kan worden genomen (art. 20 Fw) restrictief worden uitgelegd, is hier weinig ruimte voor analogische toepassing, zo is de lijn in de Hoge Raad rechtspraak op dit punt. Er ligt een caesuur tussen afkoop en begunstigingswijziging uit lid 1 en overdracht uit lid 2. Wanneer een failliete verzekeringnemer onredelijke benadeling voorziet bij overdracht, onthoudt hij eenvoudigweg zijn toestemming, zo is dan het stelsel. In onze zaak speelt evenwel de bijzondere situatie dat het de curator is geweest die [eiser] als eerste benaderde met de mededeling van zijn voornemen om tot afkoop van de Delta Lloyd polis over te gaan en de curator heeft daarbij of in de daarop volgende onderhandelingen niet de perken van art. 22a Fw aangegeven. Zich naar zijn stelling niet bewust van de onmogelijkheid tot afkoop door de curator van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter, is [eiser] toen gaan onderhandelen met de curator over overdracht om zijn oudedagsvoorziening veilig te stellen. Het hof oordeelt dat [eiser] vervolgens toestemming voor overdracht heeft gegeven.

Hierop ziet de tweede vraag in cassatie. Had de curator [eiser] moeten informeren over zijn rechten uit art. 22a Fw? Ik meen van wel. [eiser] is door de curator op het verkeerde been gezet. Gelet op de ratio van art. 22a Fw (bescherming tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter) had de curator met [eiser], toen deze reageerde op het initiële voorstel van de curator om tot afkoop van een levensverzekering over te gaan met: "heb ik een keuze?", moeten bespreken hoe [eiser] oudedagsvoorziening eruit zag, zodat op de grenzen

van art. 22a lid 1 Fw zou zijn gestuit. Dat is niet gebeurd. De curator is met voorbijgaan hiervan gaan onderhandelen om de afkoopsom van de polissen voor de boedel binnen te halen. De hietegen gerichte klachten treffen volgens mij doel.

### 1 Feiten<sup>2</sup> en procesverloop

1.1 [eiser] is vanaf omstreeks 1997 actief geweest als zelfstandig ondernemend assurantieadviseur. Zijn onderneming is failliet gegaan. Bij vonnis van 5 februari 2013 is [eiser] ook privé in staat van faillissement verklaard.

1.2 Tot curator in het faillissement van [eiser] werd benoemd [betrokkene 1]. [betrokkene 1] is op 14 november 2014 overleden. Opvolgend curator van [eiser] is mr. R. Arnoldus. Met "de curator" zal hierna ook [betrokkene 1] worden bedoeld.

1.3 Ten tijde van het uitspreken van zijn faillissement was [eiser] verzekeringnemer, verzekerde en begunstigde van drie sommenverzekeringen bij respectievelijk:

- Reaal met polisnummer [001] (hierna: de Reaal-polis),
- Delta Lloyd met polisnummer [002] (hierna: de Delta Lloyd-polis) en
- SEB met polisnummer [003] (hierna: de SEB-polis).

Daarnaast had [eiser] bij Delta Lloyd een zogenaamde E-levenslooptekening met nummer [004], met daarop een spaarsaldo dat was belegd in effecten (hierna: de Levenslooptekening).

1.4 Op 3 april 2013 heeft de curator aan [eiser] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud (cva, prod. 4):

"Geachte [eiser],

Ik tref 2 beleggingsverzekeringen aan, beide bij Delta Lloyd:

- [002];
- [005].

Heeft u in het verleden de premie als aftrekpost opgevoerd bij de aangifte(n) IB?

Klopt het dat de tweede polis is verpand aan SNS?

Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?"

1.5 Eveneens op 3 april 2013 heeft [eiser] daarop geantwoord, door de e-mail van de curator terug te sturen en daarin met groene letters zijn reactie te typen. Direct na de zin: "Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?" is door [eiser] geantwoord (cva, prod. 4):

"Heb ik een keuze?

Bij afkoop van [002] zal de waarde tegen 52% belast worden en daarnaast extra belast met revisie rente (20% over de ingelegde premies), omdat hij niet gebruikt wordt voor het doel waarvoor hij is aangegaan (lijfrente uitkering). De waarde wordt dus vrijwel geheel wegbelast.

<sup>1</sup> Hof Den Bosch 21 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:498, PJ 2019/50 m.nt. W.M.A. Kalkman en Van Emden, JOR 2019/140 m.nt. mr. M.L.S. Kalfij, rov. 9.7.2.

<sup>2</sup> De feiten zijn ontleend aan rov. 9.1 van het bestreden arrest (vp. vt. 1).

Zijn er mogelijkheden om de polis in stand te houden?

Bovenstaande geldt ook voor de lijfrente verzekering bij Reaal (polisnr [001])

De levenslooptrekening [006] bij Delta Lloyd is, gezien de opheffing van deze regeling, wel makkelijk afkoopbaar zonder extra (revisie) belasting.”

1.6 Op 19 april 2013 zond [eiser] een e-mail aan de curator met informatie en vragen, onderverdeeld in alinea's met vetgedrukte kopjes, waaronder (inleidende dagvaarding, prod. 1):

“Mbt afkoop/overname polissen

Graag wil ik met u afstemmen welke keuzes/mogelijkheden er zijn.”

1.7 Op 21 april 2013 zond de curator aan [eiser] een e-mail met als onderwerp “Afwkoop/overname polissen” en met de inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 2):

“Geachte [eiser],

U verzocht mij per e-mail d.d. 19/4/'13 om af te stemmen welke mogelijkheden er zijn tot overname/afkoop van polissen. Ik neem aan dat u de Delta Lloyd-polissen bedoelt?

Wie wil de polissen overnemen?”

1.8 Op deze e-mail is door [eiser] geantwoord bij e-mail van 22 april 2013, als volgt (cva, prod. 2):

“Geachte [betrokkene 1],

Wat ik wil bespreken is of het mogelijk is om de lijfrente polissen/levenslooptrekening (mijn opgebouwde pensioen) over te nemen door de afkoopwaarde (na aftrek van belasting) over te maken naar de boedelrekening.

Het te betalen bedrag ben ik verschuldigd aan degene welke de afkoopwaarde betaald heeft.

Wat ik wil voorkomen is dat een crediteur daarna weer beslag legt op deze lijfrente polissen/levenslooptrekening. De lijfrente polissen/levenslooptrekening staan op mijn naam en deze kunnen namelijk niet op een andere naam gezet worden om dit te voorkomen.

Het betreft de volgende lijfrente polissen/levenslooptrekening, de geschatte bruto waarde per 5-2-2013 is:

Reaal lijfrente verzekering: [001]	74.500
Delta Lloyd lijfrente verzekering [002]	36.500
Delta Lloyd levenslooptrekening [004]	88.440

Op deze bruto waarde wordt bij afkoop 52% belasting en 20% reviserende ingehouden, zodat 'slecht' 28% netto uitkering resteert.

Concrete vraag:

Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrente polissen/levenslooptrekening op een door u opgegeven rekening overmaak en kunt u ervoor zorgdragen dat de crediteuren daar dan geen aanspraak meer op kunnen maken.

Hoor graag van u.”

1.9 Op 23 april 2013 zond de curator aan [eiser] een e-mail, met als onderwerp “afkoop Delta

Lloyd polis [002]”, en met de volgende inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 3):

“Geachte [eiser],

(...) Ik ben voornemens het voorstel tot afkoop, na te vragen en te verkrijgen toestemming R.C., te accepteren tegen ontvangst van 48% over € 38.750,- = € 18.600,- (i.p.v. 28% zoals u voorstelde).

Wenst de derde voor dat bedrag de polis over te nemen?”

1.10 Eveneens op 23 april 2013 antwoordde [eiser] daarop met een e-mail met onder meer de volgende inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 4):

“Geachte [betrokkene 1],

(...)

Concrete vraag (ook gesteld in mijn e-mail van 22 april):

Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrente polissen/levenslooptrekening op een door u opgegeven rekening en kunt u er voor zorgdragen dat de crediteuren dan geen aanspraak meer kunnen maken op de waarde van deze lijfrentepolissen (Reaal lijfrente verzekering [001] & Delta Lloyd polis [002]) en levenslooptrekening [004].

Mijn voorkeur gaat uit naar overname, zodat ik nog een pensioenvoorziening behoud.”

1.11 Op 2 mei 2013 heeft tussen de curator en [eiser] een bespreking plaatsgevonden, waarbij ook de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis, de SEB-polis en de Levenslooptrekening aan de orde zijn geweest. Bij brief van 6 mei 2013 schreef de curator daarover onder meer aan [eiser] (inleidende dagvaarding, prod. 6):

“5. Deels heeft u gelden belegd in oudedagsvoorzieningen. Wij hebben het onder andere gehad over de eerder gewisselde e-mailcorrespondentie met betrekking tot afkoop van het bedrag bij Delta Lloyd ad € 38.750,00. (...)

U deelde mee dat ofwel uw echtgenote, danwel een broer de polis wilde overnemen.

Met betrekking tot uw vraag of de crediteuren, indien één van hen beiden tot aankoop van de polis overgaat, toch niet bij u kunnen 'aankloppen', heb ik u verwezen naar de advocaat van uw echtgenote danwel de advocaat van uw broer. Ik doe daarover geen uitspraken. Afgesproken is in ieder geval dat u een overzicht maakt op basis van alle 'investeringen' van bedragen bij verzekeringsmaatschappijen of financiële instellingen met betrekking tot uw oudedagsvoorziening, en of deze al dan niet afkoopbaar zijn, en zo ja, of uw echtgenote/broer tot overname ervan wenst over te gaan.”

1.12 Bij brief van 7 mei 2013 heeft [eiser] aan de curator onder meer geantwoord (inleidende dagvaarding, prod. 7):

“Geachte [betrokkene 1],

Hierbij mijn opmerkingen/aanvullingen aangaande uw verslag van 6 mei 2013 van onze bespreking op donderdag 2 mei 2013 14.00 uur. (...)



*1 Overdracht levensverzekeringen*

*Aangegeven is dat u als curator mee wil werken aan de overdracht van de bestaande levensverzekeringen. De poliswaarde na aftrek van de belasting zal worden overgemaakt.*

(...)

De volgende polissen komen voor overdracht in aanmerking:

*Voorstel:*

Graag willen wij bovenstaande polissen overnemen tegen betaling van het berekende overname bedrag, nadat de begunstiging is gewijzigd (bij lijfrente polissen) of de polis is overgedragen (bij SEB kapitaalverzekering).

Indien u akkoord gaat verneem ik graag van u op welke bankrekeningnummer de overname bedragen gestort dienen te worden en zal ik de verzekeraars verzoeken de genoemde wijzigingen door te voeren.

De andere polissen zijn verpand aan de SNS hypotheek (Delta Lloyd kapitaalverzekeringen [005] en [007]) of zijn niet over te dragen. Ook Delta Lloyd levensloop rekening [004] is niet over te dragen.

(...)

Mocht dit schrijven niet compleet zijn of onjuistheden bevatten hoor ik dat graag.”

1.13 Bij e-mail van 13 mei 2013 heeft de curator aan [eiser] gevraagd (inleidende dagvaarding, prod. 8):

“Geachte [eiser],

Ik wil het voorstel om de 3 bedoelde polissen over te laten nemen (voor € 131.203,-) ter goedkeuring voorleggen aan de RC.

Wie is degene die overneemt: uw echtgenote, of uw broer?

Kunt u hem/haar het voorstel – in het kort – laten doen, opdat ik het in kopie kan doorzenden aan de RC?”

1.14 Vervolgens heeft [eiser] bij e-mail van 13 mei 2013 aan de curator geschreven (inleidende dagvaarding, prod. 8):

“Geachte [betrokkene 1],

Mijn vrouw ([betrokkene 2]) is voornemens om onderstaande polissen overnemen tegen betaling van € 131.203 (waarde per 7-5-2013).

Bijgaand een getekend schrijven van haar.

Bij vragen sta ik u graag te woord.”

1.15 Bij brief van 22 mei 2013 heeft de curator aan de rechter-commissaris toestemming verzocht voor overdracht van de drie polissen aan de echtgenote van [eiser], [betrokkene 2] (hierna ook: [betrokkene 2]), tegen betaling van een bedrag van € 131.203 (cva, prod. 1). De brief vermeldt onder meer:

“De echtgenote van [eiser], [betrokkene 2], heeft een bod gedaan om de drie polissen over te nemen voor de bedragen die ik anders ook van de maatschappijen zou ontvangen, derhalve € 43.920,00 + € 18.600 + € 68.683,00 = € 131.203,00.

[eiser] ziet zo een mogelijkheid om een stuk pensioen zeker te stellen.

Ik zie geen mogelijkheden om meer te ontvangen voor desbetreffende polissen. Vandaar verzoek ik u om toestemming om tot verkoop en levering van de drie voorgenoemde polissen tegen een bedrag ad € 131.203,00 over te gaan aan [betrokkene 2].”

1.16 De rechter-commissaris heeft op 28 mei 2013 toestemming verleend zoals door de curator verzocht. De curator heeft vervolgens bij e-mail van 28 mei 2013 aan [eiser] het volgende geschreven (inleidende dagvaarding, prod. 9):

“Ik heb inmiddels de toestemming van de R.C. ontvangen.

Ik accepteer hierbij de bieding van uw echtgenote ad € 131.203,- ter zake de 3 polissen (Reaal, Delta Lloyd en SEB).

Vandaar dat Mr Arends in de cc staat.

Graag overleg ik met u (uw echtgenote/Mr Arends) omtrent de verdere wijze van afwikkeling.

(...)”

1.17 [eiser] heeft daarop gereageerd met een e-mail van eveneens 28 mei 2013, met de volgende inhoud (inleidende dagvaarding, prod. 10):

“Geachte [betrokkene 1],

Fijn dat er meegewerkt wordt aan de overdracht van deze polissen.

[betrokkene 2] zal het benodigde geld gaan vrijmaken.

Ik verwacht dat dit ongeveer een maand duurt. Zodra het geld beschikbaar is zal ik met u en de heer B. Arends in overleg treden om dit verder formeel af te handelen.

Van belang is dat na betaling van de overdrachtswaarde [betrokkene 2] alle zeggenschap krijgt/ heeft over de overgenomen polissen.

Dit wordt bewerkstelligd als zij door u gemachtigd wordt om in mijn plaats als verzekeringnemer op te treden voor de oud regime lijfrente polissen (Reaal & Delta Lloyd). Helaas kan de verzekeringnemer niet gewijzigd worden, vandaar mijn voorstel om [betrokkene 2] door u te machtigen om in mijn plaats te kunnen handelen. Bij de overname van de kapitaalverzekering van SEB speelt dit probleem niet en is overdracht gemakkelijker te regelen

Zoals aangegeven zal contact met u worden opgenomen, nadat [betrokkene 2] beschikt over het geld om het overname bedrag te kunnen betalen.”

1.18 In een e-mail van 27 juni 2013 schrijft mr. Arends onder meer het volgende aan de curator (inleidende dagvaarding, prod. 11):

“Cliënte is bereid het door u genoemde bedrag te betalen, indien dan nu op de kortst mogelijke termijn kan worden geschakeld. (...)

Met vriendelijke groet,

Keizers Advocaten

Ben G. Arends

advocaat

curator”

1.19 In een e-mail van 22 juli 2013 schrijft [eiser] aan mr. Arends (inleidende dagvaarding, prod. 12):

“Hoi Ben,

Ondanks het feit dat het problemen geeft om het geld in de SEB-polis vrij te krijgen, heeft [betrokkene 2] toch besloten om het totale bedrag € 131.203, over te maken op jullie bankrekening. Wat er nu geregeld moet worden is dat [betrokkene 2] gemachtigd wordt om te tekenen voor mij als verzekeringnemer (...)

Tevens wachten wij nog op formele toestemming van de R.C. aangaande de overname van de boedel van [eiser] Financieel Advies B. V. en [eiser] in privé voor € 1.000. Of kan [betrokkene 2] de afgesproken € 1.000 reeds overmaken op jullie rekening?”

1.20 In de dagen erna is er per e-mail overleg geweest tussen de curator en mr. Arends over de op te stellen machtigingen. Eveneens werd in deze correspondentie de overname van inboedelgoederen uit het faillissement besproken (inleidende dagvaarding, prod. 13).

1.21 Op of omstreeks 1 augustus 2013 is door [betrokkene 2] een bedrag van € 131.203 gestort op de boedelrekening van [betrokkene 1] q.q. Daarmee is voor de Reaalpolis een bedrag van € 43.920 betaald en voor de Delta Lloyd polis een bedrag van € 18.600. Voor beide polissen gezamenlijk is dus een bedrag betaald van € 62.520.

1.22 De curator heeft [betrokkene 2] bij machtigingen van 1 augustus 2013 ten aanzien van beide polissen gemachtigd om voor van [eiser] te tekenen (mvg, prod. 13). [betrokkene 2] heeft de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis vervolgens doen afkopen.

1.23 Met betrekking tot de Levensloopenrekening heeft [eiser] op 19 juni 2013 per e-mail een formulier aan de curator gezonden, waarmee het saldo op die rekening tot uitkering kon worden gebracht. De e-mail luidde (cva, prod. 8):

“Geachte [betrokkene 1],

Hierbij een formulier om mijn levensloopenrekening [004] bij Delta Loyd te beëindigen, zoals afgelopen vrijdag afgesproken.

Bij vragen sta ik u graag te woord.”

Op 18 maart 2014 is een eerste maal het formulier ingevuld en aan Delta Lloyd gezonden. Er bleek een ander formulier nodig te zijn. Op 22 oktober 2014 is door [betrokkene 1] een tweede formulier ondertekend om tot uitkering van het saldo van de Levensloopenrekening te komen.

1.24 Op 29 oktober 2014 heeft [eiser] per e-mail aan een medewerker van de curator laten weten dat de tekst van artikel 21 lid 7 Faillissementswet (hierna: Fw) onder zijn aandacht was gekomen en dat hij daaruit opmaakte dat de verzekeringspolissen en de Levensloopenrekening helemaal niet in de faillissementsboedel vielen. [eiser] verzocht om toe te lichten op welke grondslag de curator aanspraak had gemaakt op afkoop van de polissen en de Levensloopenrekening. Bij e-mail van 24 december 2014 herhaalde [eiser] zijn vraag. Op 12 januari 2015 heeft

een faillissementsmedewerker van de curator op de vraag van [eiser] geantwoord dat hij de vraag niet kon volgen, aangezien [eiser] van de transacties op de hoogte was en daar zelf gegevens en formulieren voor had aangereikt (inleidende dagvaarding, prod. 14 en 15).

1.25 In de maand februari van 2015 is het saldo van de Levensloopenrekening, onder inhouding van loonbelasting, door Delta Lloyd overgeboekt naar de boedelrekening van de curator.

1.26 De door [eiser] in eerste aanleg ingestelde vordering is door het hof in het bestreden arrest als volgt samengevat:

“9.2.1 In eerste aanleg heeft [eiser] gevorderd om de curator te veroordelen, samengevat:

- de waarde van de Reaal polis en van de Delta Lloyd polis aan [eiser] te restitueren door storting van het bedrag van € 130.200 op een banklijfrenterekening op naam van [eiser];
- de Levensloopenrekening zodanig te herstellen dat de effecten waarin het saldo van de rekening vóór de afkoop door de curator was belegd in dezelfde hoeveelheden worden ingekocht met bijboeking van:
  - een bedrag van € 47,62 (saldo van creditrente en bewaarloon);
  - een bedrag ter hoogte van de sedert 2 februari 2015 uitgekeerde dividenden en renten over die producten als deze niet waren verkocht;
  - met verklaring voor recht dat voormelde bedragen buiten de faillissementsboedel vallen en met veroordeling van de curator in de kosten van de procedure.

9.2.2. Aan deze vorderingen heeft [eiser], samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

Ingevolge de artikelen 21 lid 7 en 22a lid 1 Fw vielen de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis en de Levensloopenrekening buiten het faillissement. [eiser] was hiervan niet op de hoogte op het moment dat hij het voorstel deed aan de curator om deze financiële producten tegen betaling aan zijn echtgenote over te dragen. Hij heeft dan ook gedwaald omtrent zijn rechten ten aanzien van deze producten.

Primair moet de overdracht van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis alsmede de afkoop van de Levensloopenrekening worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de curator jegens [eiser]. Allereerst omdat hiermee in strijd met artikel 22a lid 1 Fw door de curator een inbreuk is gemaakt op de aan [eiser] toekomende oudedagsvoorziening. Ten tweede omdat de curator heeft nagelaten [eiser] erop te wijzen dat de beoogde afkoop een onverplichte inbreuk zou vormen op die oudedagsvoorziening.

Subsidiair heeft [eiser] als grondslag aangevoerd dat de curator ten koste van [eiser] ongerechtvaardigd is verrijkt en om die reden gehouden is om de door [eiser] geleden schade tot het bedrag van de verrijking te vergoeden.”

1.27 In eerste aanleg heeft de rechtbank overwogen<sup>3</sup> dat de Levenslooptrekening niet te gelden heeft als een lijfrentespaarrekening of lijfrentebeggingsrecht in de zin van art. 21 lid 7 Fw en dat de Levenslooptrekening ook niet valt binnen de werking van art. 22a Fw omdat het geen verzekeringsovereenkomst is. De vorderingen van [eiser] ten aanzien van de Levenslooptrekening heeft de rechtbank daarom afgewezen. Over de Delta Lloyd-polis en de Reaal-polis heeft de rechtbank als volgt overwogen:

“4.3.4. Naar het oordeel van de rechtbank rustte er niet alleen bij de beslissing om aan te sturen op afkoop van (alleen) de Delta Lloyd-polis, maar ook bij het overeenkomen van de hierboven beschreven transactie met alle (drie) verzekeringspolissen een (rechts)plicht op de curator om zich eigener beweging te verdiepen in de vraag of de transactie zou leiden tot onredelijke benadeling van [eiser] in de zin van artikel 22a Fw. Aan het bestaan van die rechtsplicht doet niet af dat er in dit geval geen sprake is geweest van afkoop van de levensverzekeringen, maar van overdracht – althans, een benadering van het effect daarvan – op verzoek van [eiser].

4.3.5. De faillissementscurator dient er steeds tegen te waken dat levensverzekeringen met een verzorgingskarakter te vegaard worden uitgewonnen, aangezien de beperkingen van artikel 22a Fw de bedoeling hebben om – uit sociale overwegingen – te waarborgen dat ook mensen die ooit in staat van faillissement hebben verkeerd op hun oude dag nog in hun bestaan kunnen voorzien (zie Kamerstukken EK 1997-1998, 22969 en 23429, nr. 297, p. 1). Daar past niet bij dat de curator zich bij afkoop of begunstigingswijziging wel, maar bij een alternatieve wijze van uitwinning niet zou hoeven afvragen of er nog voldoende oudedagsvoorziening voor de gefailleerde overblijft. De rechtbank sluit in dit opzicht aan bij de beslissing van Gerechtshof Amsterdam van 17 maart 2006, *PJ 2007/52*, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768.

4.3.6. Tussen partijen is in confesso dat het vermogen van [eiser] thans als oudedagsvoorziening een recht op AOW en zijn pensioen bij SBZ ad € 2.148,= bruto per jaar omvat. Dit zou – op basis van de huidige omvang van de AOW-uitkering voor gehuwden – resulteren in een gemiddeld maandelijks bruto inkomen van omstreeks € 967,00 vanaf het 67ste levensjaar van [eiser]. Daarmee is het voor [eiser] te verwachten pensioeninkomen gereduceerd tot het bestaansminimum, in plaats van een inkomen dat de kosten van een naar maatschappelijke opvattingen normale levensstandaard kan dekken. Dit leidt tot de conclusie dat uitwinning van alle levensverzekeringpolissen (met een verzorgingskarakter) in dit geval een onredelijke benadeling van

[eiser] met zich bracht. Naar het oordeel van de rechtbank is de strekking van artikel 22a Fw namelijk niet dat voor de gefailleerde (of de begunstigde van een door de gefailleerde aangehouden levensverzekering) slechts een inkomen op het niveau van de beslagvrije voet moet overblijven, maar een inkomen waarvan de kosten van normaal levensonderhoud kunnen worden gedekt.

4.3.7. De curator heeft hiertegen aangevoerd dat [eiser] voordat hij de pensioengerechtigde bereikt nog gedurende dertien jaar een nieuwe pensioenvoorziening op kan bouwen, zodat zijn toekomstige inkomen hoger zou kunnen zijn dan hetgeen hij zal ontvangen uit de AOW en het pensioen bij SBZ. Daar volgt de rechtbank de curator niet in. De vraag of tegeldemaking van levensverzekeringpolissen met een verzorgingskarakter zal leiden tot een onaanvaardbaar laag inkomen op de oude dag, moet worden beantwoord naar de stand van zaken op het moment waarop de beslissing omtrent tegeldemaking wordt genomen. In het onderhavige geval was voor de curator op het moment van de gewraakte transactie bekend dat [eiser] tijdens de duur van het faillissement weinig inkomen zou hebben. Bovendien was te voorzien dat [eiser], zoals hij onweersproken heeft gesteld, gezien zijn leeftijd en vanwege het feit dat hij lange tijd als zelfstandige heeft gewerkt, niet gemakkelijk een baan in loondienst zou kunnen vinden, terwijl hij als gevolg van zijn persoonlijke faillissement ook niet meer als zelfstandig ondernemer kan werken in de branche waarin zijn ervaring en vakkennis liggen. Dit betekent dat de kans dat [eiser] voor zijn pensioengerechtigde leeftijd nog significant zou kunnen sparen voor een nieuwe oudedagsvoorziening op het relevante beoordelingsmoment te klein moest worden geacht om de beslissing tot tegeldemaking van de aanwezige oudedagsvoorziening te rechtvaardigen.

4.3.8. De curator heeft tevens aangevoerd dat [eiser] thans leeft van een inkomen dat lager is dan het uit AOW en het pensioen bij SBZ te vernachten toekomstige inkomen. Ten opzichte van zijn huidige situatie zal [eiser] er dus op vooruitgaan zodra hij de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Bovendien blijkt uit het feit dat [eiser] zich van zijn huidige inkomsten kan redden, dat een dergelijk niveau van inkomsten volstaat voor zijn levensonderhoud. [eiser] kan ook om deze redenen volgens de curator niet geacht worden onredelijk benadeeld te zijn door tegeldemaking van de verzekeringspolissen.

Dit verweer van de curator wordt verworpen. De maatstaf van artikel 22a Fw is geobjectiveerd: van onredelijke benadeling is sprake indien de verzorgingsaanspraken van de verzekerde of begunstigde onder het niveau komen te liggen dat naar maatschappelijke opvattingen in het algemeen nodig is voor het normale levensonder-

<sup>3</sup> Rb. Oost-Brabant 21 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5154, *JOR 2017/176* m.nt. Jansen.

houd. Die maatstaf wordt derhalve niet beïnvloed door de levensstandaard die de verzekerde of begunstigde op het moment van beoordeling door de curator heeft. Het feit dat [eiser] zich thans klaarblijkelijk redt van een lager inkomen, neemt niet weg dat het uit AOW en pensioen bij SBZ te verwachten inkomen onder de hiervoor genoemde maatstaf ligt. Zoals in alinea 4.3.6 van dit vonnis is overwogen, ligt de ondergrens van artikel 22a Fw hoger dan het bestaansminimum. 4.3.9. Hoewel de laatste volzin van het tweede lid van artikel 22a Fw aan de faillissementscurator de bevoegdheid verleent om levensverzekeringen over te dragen indien de verzekeringnemer daar schriftelijk mee instemt, diende de curator in het licht van de in alinea 4.3.5 besproken ratio van deze bepaling niet tot overdracht van alle verzekeringspolissen over te gaan alvorens met [eiser] te hebben besproken hoe zijn oudedagsvoorziening precies was opgebouwd en welke gevolgen de overdracht voor zijn toekomstige levensonderhoud zou hebben. Door onmiddellijk in te gaan op het door [eiser] gedane voorstel, terwijl door de voorgestelde overdracht in het vermogen van [eiser] geen oudedagsvoorziening overbleef die tot een aanvaardbaar toekomstig inkomen zou leiden, heeft de curator onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig jegens [eiser] gehandeld.

4.3.10. Het oordeel van de rechtbank, dat de curator niet had mogen overgaan tot overdracht van alle levensverzekeringpolissen van [eiser] op de manier zoals dat is gegaan, betekent evenwel nog niet dat [eiser] er recht op had om zowel de Delta Lloyd-polis als de Reaal-polis voor zichzelf te behouden.

4.3.11. [eiser] heeft bij gelegenheid van de comparitie van partijen gesteld dat uit de beide levensverzekeringen tezamen een jaarlijks bruto inkomen van € 5.000,00 te verwachten was. [eiser] heeft voorts gesteld dat de waarde van de Reaal-polis ten tijde van de transactie € 91.500,00 was en de waarde van de Delta Lloyd-polis € 38.700,00. De Reaal-polis vertegenwoordigt dan ook ongeveer 70% van de pensioenvoorziening (€ 3.500,00 bruto per jaar) en de Delta Lloyd-polis ongeveer 30% (€ 1.500,00 bruto per jaar). Zou [eiser] de Delta Lloyd-polis hebben behouden, dan zou hij vanaf zijn 67e aanspraak hebben op een bruto maandinkomen ter grootte van de AOW-uitkering (thans voor gehuwden: € 783,87), plus € 179,00 uit zijn pensioen bij SBZ, plus € 125,00 uit de Delta Lloyd-polis. Een bruto maandinkomen van € 1.087,87 – verondersteld dat [eiser] ook ten tijde van zijn pensionering gehuwd is en zijn echtgenote tenminste ook AOW ontvangt – acht de rechtbank aanvaardbaar. De curator zal daarom slechts veroordeeld worden tot vergoeding van de waarde van de Delta Lloyd-polis."

Tegen deze achtergrond heeft de rechtbank de curator veroordeeld tot vergoeding van de waarde van

de Delta Lloyd-polis. De vordering tot vergoeding van de Reaal-polis is in eerste aanleg afgewezen.

1.28 De curator heeft hoger beroep ingesteld, waarop [eiser] incidenteel appel heeft ingesteld.

1.29 Bij eindarrest van 12 februari 2019 heeft (ook) het hof met betrekking tot de Levenslooprekening overwogen dat die niet is aan te merken als een lijfrentespaarrekening of een lijfrentebeleggingsrecht volgens art. 21 lid 7 Fw en evenmin kwalificeert als een verzekeringsovereenkomst in de zin van art. 22a Fw (rov. 9.5.1-9.5.5). Dit oordeel speelt in cassatie verder geen rol meer. Ten aanzien van de Reaal- en de Delta Lloyd-polis heeft het hof het volgende overwogen:

"9.71 Zowel ten aanzien van de Reaal-polis als de Delta Lloyd-polis was [eiser] de verzekeringnemer en was hij in de polis ook aangewezen als begunstigde. In zijn e-mail van 22 april 2013 heeft [eiser] aan de curator verzocht om (onder meer) deze polissen te mogen overnemen tegen betaling van de afkoopwaarde daarvan aan de boedel. Vervolgens heeft de rechter-commissaris in het faillissement desgevraagd op 28 mei 2013 toestemming verleend tot verkoop en levering van de polissen aan de echtgenote van [eiser] tegen betaling van (voor zover het die polissen betreft) een bedrag van € 62.520,00 (waartegen [eiser] geen hoger beroep heeft ingesteld op grond van art. 67 Fw). Omdat aan de levering geen uitvoering kon worden gegeven door wijziging van de verzekeringnemer, is op verzoek van [eiser] zijn echtgenote door de curator gemachtigd om ten aanzien van de polissen voor (...) [eiser] te tekenen. Blijkens de e-mailcorrespondentie tussen [eiser] en de curator was het de bedoeling van [eiser] dat aldus de pensioenvoorziening in stand zou worden gelaten (zie e-mail van [eiser] d.d. 22 april 2013, prod. 2 bij cva, en 23 april 2013, prod. 4 bij inleidende dagvaarding).

9.72. Door de machtigingen die zijn verleend aan de echtgenote van [eiser] om de rechten van de verzekeringnemer uit te oefenen, zijn de polissen zelf – en daarmee dus dit deel van de pensioenvoorziening van [eiser] – in stand gebleven. Er heeft door de curator dus geen afkoop van de polissen plaatsgevonden. Evenmin is de begunstiging van de polissen door de curator gewijzigd. Feitelijk heeft door de aan [betrokkene 2] verleende machtigingen, conform de bedoeling van partijen, een overdracht van de polissen aan [betrokkene 2] plaatsgevonden, althans is hetzelfde effect bereikt als met een overdracht (in de vorm van een wijziging van de verzekeringnemer). Pas daarna heeft [betrokkene 2] zelf de polissen, al dan niet na de begunstiging te hebben gewijzigd, doen afkopen, een en ander met instemming van [eiser].

9.73. In artikel 22a lid 1 onder a respectievelijk onder b Fw is bepaald dat buiten de boedel vallen het recht tot afkoop van een levensverzekering respectievelijk het recht tot wijziging van de begunstiging (voor zover de begunstigde of de

verzekeringnemer daardoor onredelijk wordt benadeeld). In artikel 22a lid 2 Fw is bepaald dat voor een overdracht van een levensverzekering de schriftelijke toestemming nodig is van de verzekeringnemer; slechts dan is de curator bevoegd tot overdracht. Het recht tot overdracht is niet een recht dat als zodanig (onder voorwaarden) buiten de boedel valt.

De wetgever maakt aldus een onderscheid tussen enerzijds de afkoop en wijziging van de begunstiging en anderzijds de overdracht van de verzekering. Daarbij is een kenmerkend verschil tussen deze rechtsfiguren dat door afkoop en wijziging een aantasting van de pensioenvoorziening van de failliet ten gunste van de boedel plaatsvindt, terwijl bij een overdracht de pensioenvoorziening in stand blijft. De instandhouding van de pensioenvoorziening was blijkens de e-mailcorrespondentie in dit geval ook de reden voor [eiser] om de curator te verzoeken aan een overdracht mee te werken.

Zoals hiervoor ten aanzien van de toepassing van artikel 21 aanhef en onder 7 Fw is overwogen, geldt ook bij de toepassing van artikel 22a lid 1 onder a en onder b Fw dat de rechter grote terughoudendheid past om de uitoefening van bepaalde rechten ten aanzien van een levensverzekering die niet onder de omschrijving van deze bepaling vallen, desondanks – en in afwijking van het beginsel dat de debiteur met geheel zijn vermogen in staat voor zijn schulden – buiten de faillissementsboedel te houden. Nu de wetgever zelf in artikel 22a lid 1 Fw (het recht tot) overdracht van de levensverzekering niet heeft aangemerkt als een bevoegdheid die buiten de boedel valt, maar de uitoefening van die bevoegdheid in artikel 22a lid 2 Fw slechts afhankelijk heeft gesteld van de toestemming van de failliet, terwijl een overdracht – anders dan een afkoop of wijziging van de begunstiging ten behoeve van de boedel – niet leidt tot een aantasting van de pensioenvoorziening, valt ook in het onderhavige geval het recht tot overdracht of het daarmee gelijk te stellen recht om een derde (de echtgenote) te machtigen om ten aanzien van de verzekering voor de verzekeringnemer te tekenen, naar het oordeel van het hof niet buiten de boedel. Dat betekent dat de curator bevoegd was om mee te werken aan de overdracht van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis aan de echtgenote van [eiser], mits [eiser] daarvoor schriftelijke toestemming had verleend. [eiser] (en ook de rechter-commissaris) heeft aan deze overdracht zijn schriftelijke toestemming verleend, waarmee voldaan is aan de voorwaarde die in artikel 22a lid 2 Fw wordt gesteld aan de uitoefening van de bevoegdheid tot overdracht door de curator.

9.7.4. De omstandigheid dat de curator ten behoeve van de boedel een vergoeding heeft gevraagd aan de echtgenote van [eiser] voor de medewerking aan de overdracht van de polis-

sen, leidt niet tot het oordeel dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser]. De beide polissen vielen in de boedel en hadden een vermogenswaarde. Dat het recht van de curator om tot afkoop dan wel wijziging van de begunstiging over te gaan wellicht beperkt was op grond van artikel 22a lid 1 Fw, doet daar niet aan af. Uit de eigen stellingen van [eiser] volgt dat de polissen in de toekomst wellicht alsnog konden worden uitgewonnen, hetgeen hij met de overdracht van de polissen aan zijn echtgenote juist wilde voorkomen. De curator was dan ook bevoegd om voor zijn medewerking aan de overdracht van de polissen, waardoor de vermogenswaarde van die polissen aan de boedel werden onttrokken, een vergoeding te vragen.

9.7.5. Het voorgaande brengt mee dat de vordering van [eiser] niet kan worden toegewezen op grond van de stelling van [eiser] dat de curator (in zijn hoedanigheid) onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met artikel 22a lid 1 Fw inbreuk te maken op zijn oudedagsvoorziening.

9.8.1. Ook de stelling dat de curator (in zijn hoedanigheid) onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij heeft nagelaten [eiser] erop te wijzen dat de beoogde afkoop een onverplichte inbreuk zou vormen op die oudedagsvoorziening kan niet leiden tot toewijzing van de vorderingen van [eiser]. Daartoe geldt het volgende.

9.8.2. Het hof begrijpt deze grondslag aldus dat [eiser] van oordeel is dat de curator hem had behoren te informeren omtrent de omstandigheid dat de beide polissen op grond van artikel 22a lid 1 Fw niet dan wel slechts gedeeltelijk konden worden afgekocht en dat op grond van die bepaling de begunstiging van één of beide polissen niet kon worden gewijzigd ten gunste van de boedel. Indien [eiser] hiervan op de hoogte was geweest dan had hij de curator niet verzocht om mee te werken aan een overdracht van de polissen tegen de afkoopwaarde dan wel tegen een andere vergoeding, aldus [eiser].

9.8.3. Bij de beoordeling van deze grondslag van de vordering zijn de navolgende feiten van belang. [eiser] was vanaf 1997 werkzaam als assurantieadviseur. Toen de curator hem op 3 april 2013 berichtte dat hij voornemens was om over te gaan tot afkoop van de Delta Lloyd-polis, heeft [eiser] zelf aan de curator verzocht om mee te werken aan een overdracht van onder meer de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis en de Levensloprekening om zodoende zijn oudedagsvoorziening veilig te stellen. [eiser] wist dus dat er een onderscheid was tussen een afkoop of wijziging van de begunstiging enerzijds en die van een overdracht anderzijds en dat deze verschillende rechtsfiguren tot een verschillend rechtsgevolg leiden. Daarbij gaf [eiser] aan de curator te kennen dat een overdracht van de polissen aan zijn echtgenote niet alleen van belang was om een uitwinning van de polissen tijdens het faillissement te voorkomen. Door een over-

dracht zou eveneens worden bewerkstelligd dat ook na de opheffing van het faillissement crediteuren zich niet op die polissen zouden kunnen verhalen, zodat zijn pensioenvoorziening ook voor de toekomst zou worden veilig gesteld. [eiser] heeft in dit verband expliciet aan de curator kenbaar gemaakt dat van belang was dat zijn echtgenote na betaling van de overdrachtswaarde alle zeggenschap zou hebben over de overgenomen polissen. Voorts is van de zijde van de curator onbetwist gesteld dat hij [eiser] naar de advocaat van zijn echtgenote heeft verwezen. Blijkens de e-mailwisseling tussen deze advocaat, mr. Arends, en de curator (zie nummer 9.1 onder (t)) behartigde mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser]. Uit de hiervoor onder nummer 9.1 onder (s) geciteerde e-mail volgt dat [eiser] in verband met de overdracht van de polissen rechtstreeks contact onderhield met mr. Arends. Mr. Arends treedt blijkens de ondertekening van zijn e-mails ook op als curator.

9.8.4. Artikel 22 a lid 1 Fw brengt mee dat een curator die van plan is om van de hem daarin toegekende bevoegdheden gebruik te maken, in beginsel verplicht is om zelfstandig te beoordelen of de failliet door de uitoefening van die bevoegdheden niet onredelijk wordt benadeeld. Mede gezien de hiervoor in overweging 9.8.3. geschetste omstandigheden van het geval, gaat in de onderhavige zaak de verplichting die aldus uit deze bepaling voortvloeit niet zover dat de curator zich, naar aanleiding van het verzoek van [eiser] om de polissen tegen vergoeding aan zijn echtgenote over te dragen, ervan had moeten vergewissen of [eiser] ermee bekend was dat (i) de bevoegdheid van de curator om de polissen tijdens het faillissement af te kopen of de begunstiging ervan te wijzigen beperkt was tot het geval dat [eiser] daardoor niet onredelijk benadeeld zou worden, en dat (ii) bij het uitblijven van een overdracht de polissen wellicht niet (volledig) zouden kunnen worden uitgewonnen door de curator. [eiser] was als assurantieadviseur deskundig op het terrein van levensverzekeringen en lijfrentes en kende het verschil tussen een overdracht enerzijds en afkoop dan wel wijziging van de begunstiging anderzijds. Het initiatief tot overdracht van de polissen ging van hem uit en had als doel om zijn pensioenvoorziening – ook voor de periode na de opheffing van het faillissement – veilig te stellen. Hij werd bijgestaan door mr. Arends die als curator kennis heeft van het faillissementsrecht. Onder deze omstandigheden mocht de curator ervan uitgaan dat [eiser], voor zover hij er uit zichzelf al niet mee bekend was dat het recht van de curator tot afkoop of wijziging van de begunstiging van de polissen mogelijk beperkt was of het recht op afkoop of wijziging van de begunstiging mogelijk volledig buiten de boedel viel, hieromtrent op adequate wijze zou worden geïnfor-

meerd door mr. Arends. Gelet op de uitlatingen van [eiser] en van mr. Arends mocht de curator er bovendien van uitgaan dat de echtgenote van [eiser] na de overdracht de pensioenvoorziening (ook) aan [eiser] ten goede zou laten komen.

De curator heeft dan ook niet onrechtmatig gehandeld jegens [eiser] door hem op dit punt niet uit eigen beweging nader te informeren.

9.8.5. De conclusie van hetgeen hiervoor in de overwegingen 9.7.1. tot en met 9.8.4. is overwogen, is dat de grieven 1, 2, 3, 4, 8 en 11 in principaal appel slagen en dat de grieven C en D in incidenteel appel falen. Gezien hetgeen hiervoor is overwogen behoeven de grieven 5, 6, 7, 9 en 10 in principaal appel geen bespreking.”

1.30 [eiser] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De curator heeft verweer gevoerd. [eiser] heeft afgezien van een schriftelijke toelichting. De curator heeft zijn standpunt wel schriftelijk laten toelichten. [eiser] heeft vervolgens gerepliceerd.

## 2 Inleidende beschouwingen

De door [eiser] ingestelde vordering

2.1 In onze zaak vordert [eiser], voor zover in cassatie nog van belang, restitutie van de waarde van de levensverzekeringen en een verklaring voor recht dat die waarde buiten de faillissementsboedel valt, zoals we hiervoor hebben gezien in 1.26. Aan deze vordering is primair ten grondslag gelegd dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met art. 22a Fw inbreuk te maken op de oudedagsvoorziening van [eiser].

2.2 [eiser] vordert zodoende herstel in oude toestand. Klaarblijkelijk beoogt [eiser] een schadevergoedingsvordering in natura als bedoeld in art. 6:103 BW.<sup>4</sup> Zo ook het vonnis in eerste aanleg:

“4.4.1 [eiser] vordert vergoeding van de door hem gestelde schade niet in de vorm van betaling van een geldsom, maar in de vorm van het weer tot stand brengen van een oudedagsvoorziening voor [eiser], door storting van een bedrag van € 130.200,00 op een banklijfrenterekening op zijn naam. Dat komt neer op een schadevergoeding in natura. Vergoeding van schade anders dan in geld is blijkens artikel 6:103 BW niet de hoofdregel, maar wel mogelijk. Het verweer van de curator, dat een onrechtmatige daad niet kan leiden tot een veroordeling om de gevolgen daarvan feitelijk ongedaan te maken, faalt om deze reden.”

2.3 In hun annotatie bij het hofarrest in onze zaak<sup>5</sup> betogen Kalkman en Van Emden dat [eiser] mogelijk niet-ontvankelijk zou zijn, omdat – samengevat – hij een tot de boedel behorende vordering instelt tegen de boedel (de curator is immers in zijn hoedanigheid aangesproken) en omdat [eiser] niet procesbevoegd zou zijn voor zover een schade-

<sup>4</sup> Dit gebeurt vaker in faillissement, vgl. bijv. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, NJ 2012/88 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2012/34 m.nt. Mr. B.A. Schuijling, rov. 3.9. Hier was terug-gave van een schilderij ten laste van de boedel aan de orde.

<sup>5</sup> Vp. vt. 1.

vergoedingsvordering wordt ingesteld die, in geval van toewijzing, zou nopen tot betaling aan de boedel.<sup>6</sup> Ik zie dat anders. Beide situaties doen zich volgens mij hier niet voor. [eiser] betoogt nu juist dat het voorgenomen afkooprecht niet in de boedel viel, hij door die manoeuvre met betrekking tot de overdracht vervolgens op het verkeerde been is gezet en dat de schade door deze onrechtmatige daad van de curator kan worden geredresseerd op de wijze als gevorderd. De rechtbank heeft dit lijkt mij goed gezien.

#### Levensverzekering

2.4 Art. 7:975 BW bepaalt dat een levensverzekering<sup>7</sup> een in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering is met dien verstande dat een ongevallenzekeringsverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd. De verzekerde is degene wiens leven of dood het betreft, degene aan wie wordt uitgekeerd is de begunstigde en de verzekeringnemer is degene die de verzekering afsloot en de premie betaalt. [eiser] was in de levensverzekeringen uit onze zaak alle drie tegelijk. Een levensverzekering omvat alle soorten kapitaal- en renteverzekeringen. Bij levensverzekeringen in kapitaalverzekeringvorm vindt uitkering in één keer plaats. Bij periodieke uitkering hebben we te maken met een renteverzekering. Als deze afhankelijk is van het in leven zijn van de verzekerde, dan is dat een lijfrente, art. 7:990 BW. Bij levensverzekeringen waarvan vaststaat dat die tot uitkering zullen komen, heeft de verzekeringnemer volgens art. 7:978 BW het recht om deze af te (doen) kopen, in welk geval hem de afkoopwaarde toekomt, die hij ook kan belenen volgens art. 7:979 BW. De afkoopwaarde kan zodoende door uitoefening van een wilsrecht door de verzekeringnemer worden omgezet in een vordering op de verzekeraar.<sup>8</sup> Ook kan de verzekeringnemer een begunstigde aanwijzen of zo'n begunstiging wijzigen (art. 7:966 e.v. BW). Voor zover in onze zaak van belang kan een verzekeringnemer ook goederenrechtelijk beschikken over de rechten uit de levensverzekering, bijvoorbeeld door deze over te dragen. Overdracht door de curator in het faillissement van de verzekeringnemer is een bekende figuur die we ook in onze zaak tegen komen. De rechten uit een levensverzekering zijn als onderdeel van het vermogen van de verzekerde ook een verhaalsobject. Dat is evenwel niet zonder discussie, omdat levensverzekeringen vaak uit verzorgingsoverwegingen worden gesloten en dat kan een reden zijn om levensverzekeringen met zo'n karakter tegen verhaal door schuldeisers te bescher-

men.<sup>9</sup> Daaromtrent is in de faillissementswet inmiddels een nadere regeling getroffen, die we nu onder ogen zien.<sup>10</sup>

#### Art. 22a Fw

2.5 Een schuldeiser kan zijn vordering volgens art. 3:276 BW op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt. In het verlengde daarvan geldt volgens de hoofdregel uit art. 20 Fw dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar omvat op het moment van faillietverklaring en verder hetgeen de failliet tijdens faillissement verwerft. Hier zijn wettelijke uitzonderingen op aangebracht in art. 21 en art. 22a Fw die strikt worden uitgelegd:<sup>11</sup> deze zijn beperkt tot het onder de uitzondering vallende vermogensbestanddeel en zo vallen bijvoorbeeld, zoals we hierna zullen zien, de wilsrechten tot het doen afkopen en wijzigen van de begunstiging van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter buiten het faillissement, maar uitkeringen onder een levensverzekering niet.<sup>12</sup>

2.6 Ons beperkend tot de voor onze zaak van belang zijnde uitzonderingen zien we dat de bevoegdheid van de curator om levensverzekeringen uit te winnen door invoering van art. 21a en 295a Fw in 1998<sup>13</sup> is ingeperkt (art. 21a is nadien vernummerd tot art. 22a Fw<sup>14</sup> en art. 295a Fw is inmiddels vervangen door de schakelbepaling naar art. 22a Fw in art. 295 lid 6 Fw, dat bepaalt dat art. 22a Fw ook op de schuldsaneringsregeling van toepassing is). Art. 22a Fw luidt als volgt:

- “1. Ten aanzien van een overeenkomst van levensverzekering vallen voorts buiten de boedel:
- het recht op het doen afkopen van een levensverzekering voorzover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt;
  - het recht om de begunstiging te wijzigen, tenzij de wijziging geschiedt ten behoeve van de boedel en de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor niet onredelijk benadeeld wordt;

9 Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/773* e.v., meer in het bijzonder 779-780 en Bartels, a.w. vt. 7, nr. 3.1 met verdere verwijzingen in vt. 18.

10 Art. 479l-479q Rv bevat een regeling voor afkoop en wijziging van begunstiging van levensverzekeringen bij beslag. Vgl. over de achtergronden daarvan en het vóór 1998 bestaande verschil tussen uitwinning van levensverzekeringen bij beslag en faillissement Bartels, a.w. vt. 7, nr. 3.

11 Zie bijv. HR 22 november 2003, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003/21, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2003/27, m.nt. B. Wessels, Tvl 2003, p. 17, m.nt. G.J.P. Molkenboer ([...]/Linssen q.q.), rov. 3.3.1.

12 Zie ook *Kamerstukken I 1997-1998*, 22 969 en 23 429, nr. 297, p. 3 (nadere memorie van antwoord) en HR 5 december 1913, ECLI:NL:HR:1913:156, NJ 1914, p. 257 (*Weduwe Fortmann*); W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3)* 2013/12.2.2; Bartels, a.w. vt. 7, nr. 3.3; conclusie A-G De Bock voor HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1835, ECLI:NL:PHR:2019:811, nr. 2.8; *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/774*.

13 Wet van 25 juni 1998 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen, *Stb.* 1998, 445. Zie hierover Bartels, a.w. vt. 7, nr. 3.4.

14 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2005, 700.

6 *Pf* 2019/50, onder 7.

7 Vgl. uitgebreid *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019*, deel III, nrs. 635-786, waaruit voor onze zaak m.n. van belang zijn § 22.2 (afkoop), § 23.1 (wijziging begunstiging) en § 25.1 (overdracht). Vgl. specifiek voor onze zaak J.F.H.M. Bartels, 'Levensverzekering in faillissement; een onderzoek naar het wettelijk kader voor het uitwinnen van levensverzekeringen door de curator of de bewindvoerder', *Tvl* 2017/17.

8 Bartels, a.w. vt. 7, nr. 2.1.

c. het recht om de verzekering te belenen.

2. Voor de uitoefening van het recht op het doen afkopen en het recht om de begunstiging te wijzigen, behoeft de curator de toestemming van de rechter-commissaris, die daarbij zonodig vaststelt tot welk bedrag deze rechten mogen worden uitgeoefend. Slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer is de curator bevoegd tot overdracht van de verzekering.

3. Indien de curator de begunstiging heeft gewijzigd, vervalt deze wijziging met de beëindiging van het faillissement.

4. Indien de begunstiging na de faillietverklaring onherroepelijk wordt, kan deze onherroepelijkheid niet aan de boedel worden tegengeworpen. De verzekeraar is verplicht een uitkering, waarop de begunstiging betrekking heeft, onder zich te houden. Voor zover vaststaat dat de begunstiging niet zal worden gewijzigd, blijven de eerste en de tweede volzin buiten toepassing. Ten aanzien van de begunstigde is artikel 69 van overeenkomstige toepassing.

5. In afwijking van het vierde lid, tweede zin, kan de verzekeraar een betaling aan de begunstigde tegenwerpen aan de boedel, voorzover de curator niet bewijst dat de verzekeraar op het tijdstip van betaling op de hoogte was van het faillissement of van een daaraan voorafgegaan beslag ten laste van de verzekeringnemer. In dat geval heeft de curator verhaal op de begunstigde.”

2.7 De bevoegdheid om de verzekering af te kopen en om de begunstiging te wijzigen, in de zin dat de boedel tot begunstigde wordt aangewezen<sup>15</sup> vallen buiten de boedel indien en voor zover de gefailleerde daardoor onredelijk wordt benadeeld. Daarvan is sprake indien de verzekering een verzorgingskarakter heeft in de vorm van een oudedags- of nabestaandenvoorziening.<sup>16</sup> De strekking van deze bepaling is om een verzekeringnemer of andere begunstigde te beschermen tegen uitwinning van een levensverzekering met een dergelijk verzorgingskarakter in faillissement.<sup>17</sup> Of sprake is van zo'n verzorgingskarakter, hangt ervan af of de levensverzekering noodzakelijk is naast eventueel al bestaande aanspraken, zoals volgens de Algemene Ouderdomswet, de Algemene Weduwen- en Wezenwet, al dan niet verplichte (bedrijfs- of beroeps)pen-

sioenregelingen, lijfrenten e.d.<sup>18</sup> De wettelijke waarborg is hier dat de rechter-commissaris dit in de gaten houdt. De r-c kan voorwaarden aan de te verlenen toestemming verbinden, door bijvoorbeeld slechts gedeeltelijke uitwinning toe te staan.<sup>19</sup> Het is daarom niet zo dat een toestemming van de r-c om tot afkoop over te gaan zonder meer constituerend is.

2.8 De wetgever heeft met art. 22a Fw voor de curator overigens geen nieuwe of bijzondere bevoegdheden tot het verrichten van beschikkingshandelingen met levensverzekeringen willen creëren.<sup>20</sup> Het gaat dan ook alleen om door de curator te verrichten beschikkingshandelingen die de verzekeringnemer voor faillissement zelf kon verrichten.

2.9 Partijen bij de levensverzekeringsovereenkomst kunnen de bevoegdheid tot afkoop contractueel beperken. Daarvoor geldt de bijzonderheid dat een dergelijk afkoopverbod in beginsel niet aan de curator in faillissement kan worden tegengeworpen (art. 7:986 lid 4, eerste volzin). Dat vormt in zoverre een uitzondering op de regel dat de curator alleen beschikkingshandelingen kan verrichten voor zover de verzekeringnemer die bevoegdheid ook had, zoals opgemerkt in 2.8. Een in de praktijk belangrijke uitzondering op die uitzondering vormt de tweede volzin van art. 7:986 lid 4 voor een zogenoemde fiscaal gefaciliteerde lijfrenteverzekering,<sup>21</sup> waarbij premies voor periodieke uitkeringen mede op de

15 Deze bevoegdheid zal overigens alleen worden uitgeoefend als de verwachting bestaat dat de levensverzekering tijdens het faillissement tot uitkering komt, vgl. W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3)* 2013/12.2.4, Wessels, *Insolventierecht II* 2019/2157a, Bartels, a.w. vt. 7, nr. 4.1.2, die aangeeft dat begunstigingswijziging door de curator in de praktijk nauwelijks voorkomt.

16 *Kamerstukken I* 1997-1998, 22 969 en 23 429, nr. 297, p. 2 (nader memorie van antwoord).

17 *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 5 (Vierde Nota van Wijziging), Wessels *Insolventierecht II* 2019/2156. Zie over deze strekking nader W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3)* 2013/12.2.1, het gaat om zogenoemde bestemmingsgerichte levensverzekeringen, vgl. ook *GS Faillissementswet* (A.J. Verdaas), art. 22a, aant. A.2.

18 *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 5 (Vierde Nota van Wijziging). In haar conclusie voor HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1835, vgl. ECLI:NL:PHR:2019:811, punt 2.10 noemt A-G De Boek nog als verdere in dit verband van belang zijnde omstandigheden voor invulling van het criterium van onredelijke benadeling: (i) met welk doel de verzekering destijds is aangegaan (met verwijzing naar rechtspraak in vt. 22 waarin sprake was van levensverzekeringen niet met een verzorgingskarakter, maar om de hypotheek af te lossen; Rb. Arnhem 6 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC1186, *Pf* 2011/11, m.nt. W.M.A. Kalkman en verder Hof Amsterdam 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:BM2847, *Pf* 2007/36), (ii) wanneer de verzekering tot uitkering zou komen, (iii) of betrokkene gelet op zijn gezondheidstoestand nog een nieuwe verzekering kan afsluiten en (iv) of betrokkene gezien diens leeftijd in de toekomst nog mogelijkheden heeft om pensioen op te bouwen. Bartels, a.w. vt. 7, nr. 4.3.1 noemt daarnaast nog als omstandigheden: (v) heeft de verzekering geheel of slechts gedeeltelijk het karakter van een oudedags- of nabestaandenvoorziening, (vi) keert de verzekering een bedrag ineens uit (kapitaalverzekering) of in termijnen (lijfrente), (vii) wanneer komt de verzekering tot uitkering en ligt die datum in de buurt van de pensioengerechtigde leeftijd, (viii) de naar maatschappelijke opvatting normale kosten van levensonderhoud voor de begunstigde, (ix) de huidige en verwachte vermogenspositie van de begunstigde en (x) de fiscale gevolgen voor afkoop van de verzekering (onder verwijzing naar Kamerstukken en lagere rechtspraak in voetnoten 51-53).

19 Wessels *Insolventierecht II* 2019/2158, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20, p. 6.

20 *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 5 (Vierde Nota van Wijziging), Wessels *Insolventierecht II* 2019/2156, W.J.M. van Veen, 'Levensverzekering, Faillissement en beslag' in: A. Baardman, K.W. Brevet e.a. (red.), *Verzekering en faillissement*, preadvies 1996, p. 92, Bartels, a.w. vt. 7, nr. 4.1.

21 Vgl. Kalkman en Van den Emden in hun noot bij het bestreden arrest (*Pf* 2019/50), Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3)* 2013/12.2.3, Wessels, *Insolventierecht II* 2019/2158a, Bartels, a.w. vt. 7, nr. 2.2.



grond dat in de polis is bepaald dat de verzekering niet kan worden afgekocht, voor inkomstenbelastingheffing in aanmerking worden genomen. In zo'n geval kan een contractueel afkoopverbod wél ook aan de curator worden tegengeworpen. Dergelijke fiscaal gefaciliteerde "gerichte lijfrentes", waarvan sinds de Brede Herwaardering in 1992 de betaalde premies fiscaal aftrekbaar zijn, zijn meestal oudedags- en nabestaandenvoorzieningen, dus dat heeft men op deze manier ook willen beschermen tegen uitwinning in faillissement.<sup>22</sup> Het stelsel is daarbij dan zo dat een curator niet kan overgaan tot uitwinning van een levensverzekering die (i) voldoet aan de fiscale regels voor de opbouw van een oudedags- en/of nabestaandenvoorziening, en (ii) ten aanzien waarvan in de fiscale regelgeving een afkoopverbod is voorgeschreven en (iii) met het oog op het voldoen aan de fiscale regelgeving een contractueel afkoopverbod in de polis(voorwaarden) is opgenomen.

2.10 Art. 7:986 BW is door rechtbank en hof in onze zaak op het punt van het in cassatie resterende geschil niet in de beoordeling betrokken (kritisch daarover annotatoren Kalkman en Van Emden in hun noot onder het in cassatie bestreden arrest, vp. vt. 1, onder 5-6) en in cassatie lijkt mij daar geen voldoende kenbare klacht tegen geformuleerd, zodat uitgangspunt in cassatie dient te zijn dat art. 7:986 BW geen rol speelt bij de vraag of de onderhavige levensverzekeringen door de curator hadden kunnen worden afgekocht<sup>23</sup> (zoals hij aanvankelijk in ieder geval voor wat betreft de Delta Lloyd-polis beoogde, zoals we hiervoor in 1.4 hebben gezien).

2.11 Over overdracht van een levensverzekering vermeldt de meergenoemde Vierde Nota van Wijziging dit:<sup>24</sup>

"De artikelen 21a en 295a sluiten niet uit, dat de verzekering wordt overgedragen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een derde die als begunstigde is aangewezen om de verzekering in stand te houden, bereid is om deze tegen de afkoopwaarde over te nemen. De begunstigde verwerft dan de positie van verzekeringnemer."

De mogelijkheid de verzekering over te dragen kan recht doen aan de sociale betekenis van de levensverzekering in het kader van gezinsverzorging.<sup>25</sup>

2.12 Voor overdracht geldt in faillissement niet hetzelfde wettelijke regime als voor afkoop en wijziging van begunstiging. Volgens art. 22a lid 2 Fw lid 2 kan overdracht alleen met toestemming van de gefailleerde verzekeringnemer plaatsvinden. Vol-

gens Bartels valt overdracht daarmee in feite buiten de boedel.<sup>26</sup> Hij merkt op dat de wetsgeschiedenis niet duidelijk maakt waarom bij overdracht voor een ander regime is gekozen.

2.13 Niettegenstaande dit onderscheid heeft het Amsterdamse hof in een uitspraak van 17 maart 2006<sup>27</sup> het benadelingscriterium bij afkoop en wijziging van de begunstiging ook op de overdracht van de levensverzekering (cessie van de rechten van de saniet uit een levensverzekering aan zijn schuldeisers) toegepast – en we zullen zien dat iets soortgelijks ook in onze zaak in onderdeel 1 wordt bepleit:

"2.7 (...) Gezien hetgeen is bepaald in artikel 295a Fw is de vraag aan de orde of de door de rechtbank verbonden voorwaarde aan de verlening van de zogenoemde 'schone lei', inhoudende het cederen van de uitkeringsrechten uit hoofde van de levensverzekering van appellant aan zijn schuldeisers vóór de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, al dan niet leidt tot een onredelijke benadeling van appellant. Daarbij dient eerst onderzocht te worden of de bescherming die dit artikel de verzekeringnemer biedt, ook ziet op het onderhavige geval, te weten het overdragen van de rechten uit de door appellant afgesloten levensverzekering met lijfrenteclausule. Die vraag dient naar het oordeel van het hof – gelet op de strekking van artikel 295a Fw – bevestigend te worden beantwoord. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat ten aanzien van de rechten van de schuldenaar voortvloeiende uit een overeenkomst van levensverzekering geen handelingen ten behoeve van de boedel mogen worden verricht waardoor appellant onredelijk zou worden benadeeld. Het hof is van oordeel dat appellant door een cessie van zijn rechten uit de levensverzekering ten behoeve van zijn schuldeisers onredelijk – in de zin van artikel 295a Fw – zou worden benadeeld. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat appellant en zijn partner naast de aanspraak uit de onderhavige verzekering – afgezien van een aanspraak ingevolge de AOW – geen andere noemenswaardige rechten uit een ouderdomsvoorziening hebben. De som van de AOW-uitkeringen en de uit de levensverzekering te verwachten lijfrentetermijnen ligt niet op een zodanig niveau dat het alsdan te genieten inkomen de naar de maatschappelijke opvattingen normale kosten van levensonderhoud van appellant en zijn partner te boven gaat. Genoegzaam staat dan ook vast dat de door appellant afgesloten verzekering een verzorgingskarakter draagt, hetgeen tot de conclusie moet leiden dat een cessie van de rechten van appellant uit de levensverzekering ten behoeve van zijn schulde-

22 HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2564, NJ 2018/42 m.nt. Heemskerk, JOR 2018/26 m.nt. J.F.H.M. Bartels, rov. 5.3.3-5.3.4. Zie ook Bartels, a.w. vt. 7, nr. 4.2.

23 Vgl. ook Kalkman en van Emden in hun annotatie bij het bestreden arrest (PJ 2019/50), onder 5 en 6.

24 Kamerstukken II 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 7 (Vierde Nota van Wijziging). Ook Wessels, *Insolventierecht II* 2019/2157c (vgl. eveneens Bartels, a.w. vt. 7, nr. 4.1.3) noemt deze vorm en dat is een ander type dan in onze zaak speelt: overdracht aan echtgenote die geen begunstigde derde was met het oog op instandhouding van het pensioenkarakter voor [eiser] zelf.

25 W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3)* 2013/12.2.6.

26 Bartels, a.w. vt. 7, nr. 4.1.3: "nu de curator hierover niet buiten de gefailleerde om kan beschikken."

27 Hof Amsterdam 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768, PJ 2007/52 m.nt. Kalkman.

sers in de schuldsanering niet van hem gevegd kan en mag worden.”

2.14 Dit lijkt op gespannen voet te staan met de uit het arrest [...]/*Linssen q.q.*<sup>28</sup> voortvloeiende strikte toepassing van de uitzonderingen op de hoofdregel van art. 20 Fw.<sup>29</sup> In art. 22a lid 1 Fw wordt onredelijke benadeling van de failliete verzekeringnemer/begunstigde als horde geplaatst voor de curator die wil afkopen of de begunstiging wil wijzigen, te beoordelen door de r-c, maar die horde is in art. 22a lid 2 Fw niet geplaatst voor overdracht: daar is de in beginsel zwaardere vorm van toestemming van de verzekeringnemer voor vereist. Vergelijk voor deze lijn Kalkman in zijn annotatie onder deze uitspraak:

“Het opvallende in deze uitspraak is dat de rechtbank als voorwaarde voor het beëindigen van de schuldsaneringsregeling had gesteld dat de saniet de rechten uit een kapitaalverzekering met lijfrenteclausule zou overdragen aan zijn schuldeisers vóór beëindiging van de schuldsaneringsregeling. Volgens mij kan dat niet, omdat de uitwinning van de levensverzekering slechts beperkt is tot afkoop of begunstigingswijziging op de wijze als bepaald in art. 295a, eerste en tweede lid, eerste volzin, Fw. De strekking van deze uitwinning is nu juist de mogelijkheid voor de curator of bewindvoerder om bestaande bevoegdheden uit te oefenen, te beperken (*Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20, blz. 5). Overdracht is geen toegestane wijze van uitwinning<sup>[30]</sup>. Door die voorwaarde te stellen, treedt de rechtbank buiten de kaders van de schuldsaneringsregeling. Art. 295a, tweede lid, tweede volzin, Fw bepaalt dat slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer de bewindvoerder bevoegd is tot overdracht van de verzekering. De verzekeringnemer had zich kunnen beperken tot het niet geven van zijn (schriftelijke) toestemming tot overdracht. De onredelijkheidstoets die het hof heeft gedaan was niet nodig, aangezien die slechts geldt voor het geval van afkoop en begunstigingswijziging. Zou de verzekeringnemer zijn toestemming geweigerd hebben, dan zou alleen via art. 295a, eerste lid, Fw uitwinning mogelijk zijn geweest. De verzekeringnemer opdragen zijn rechten uit de levensverzekering over te dragen is in ieder geval geen toegestane wijze van uitwinning.”

28 Vp. vt. 11.

29 Bij repliek (p. 2) beoogt [eiser] dat [...]/*Linssen q.q.* in de onderhavige zaak geen rol speelt omdat Uw Raad daar oordeelde dat met betrekking tot de door het recht erkende uitzonderingen op de hoofdregel van art. 20 Fw geldt dat zij strikt zijn beperkt tot het onder de uitzondering vallende vermogensbestanddeel, terwijl in casu niet ter discussie staat dat de levensverzekeringen vermogensbestanddelen zijn die binnen de reikwijdte van de uitzonderingen van art. 22a Fw vallen. Dat is op zichzelf juist. Ik meen echter dat uit de door [...]/*Linssen q.q.* voorgeschreven strikte toepassing van de door het recht erkende uitzonderingen op art. 20 Fw, ook volgt dat voor de ene uitzondering geldende voorwaarden niet zomaar kunnen worden toegepast op de andere uitzondering.

30 Kalkman zal bedoelen: althans, niet zonder toestemming van de gefailleerde, zie het vervolg van het citaat.

Informatieverplichtingen van de curator jegens de gefailleerde

2.15 De gedachte bij het door de curator waarborgen van het belang van de boedel is dat daarmee ook het belang van de failliet wordt gediend, nu een hogere boedelopbrengst voor de schuldeisers ook in het belang van de failliet is. Dan raakt deze immers van een zo groot mogelijk deel van zijn schulden bevrijd.<sup>31</sup> De curator dient bij de uitoefening van zijn taak ook met de belangen van de gefailleerde schuldenaar rekening te houden. Diens primaire belang loopt parallel met dat van de boedel, een zo hoog mogelijke opbrengst zien te verkrijgen, wat ook betekent dat een curator zo efficiënt en kostenbewust mogelijk moet opereren. Indien het belang van de gefailleerde tegengesteld is aan dat van de gezamenlijke schuldeisers vloeit uit het stelsel van de wet voort dat het belang van de crediteuren prevaleert. Dit is alleen anders wanneer de in het geding zijnde belangen van de (particuliere) schuldenaar bijzondere bescherming genieten, zoals ten aanzien van zijn eerste levensbehoeften het geval is, of als sprake is van een zodanige disproportionaliteit tussen het belang van de gefailleerde en dat van de boedel, dat de curator het belang van de schuldenaar moet ontzien.<sup>32</sup> Art. 69 Fw biedt aan de gefailleerde die het niet eens is met diens belangenbehartiging door de curator de mogelijkheid daarover zijn beklag te doen bij de r-c. Primair is een oordeel over tegengestelde belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het individuele belang van de gefailleerde aan de curator, die een belangenafweging dient te maken die door de r-c in het kader van art. 69 Fw kan worden getoetst.<sup>33</sup>

2.16 De Faillissementswet kent geen specifieke regeling over eventuele informatieverplichtingen van de

31 *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4217-4218 onder verwijzing naar Verstijnen, *De faillissementscurator: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator*, diss. 1998, p. 140 e.v.

32 HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC4169, NJ 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*); *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4218-4220; R. Mulder, “It takes two to tango”: Informatieverzanding door de gefailleerde aan de curator en van de curator aan de gefailleerde in: J.J. Reiziger en A. van der Schee (red.), *De curator en informatie*, Insolad jaarboek 2013, p. 18; T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3) diss. 2012/2.2.1.6.

33 *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4220.

curator aan de gefailleerde,<sup>34</sup> maar dat betekent niet dat deze niet uit de bijzondere rechtsverhouding tussen curator en gefailleerde kunnen voortvloeien. De curator kan bijvoorbeeld gehouden zijn om (het bestuur van) de gefailleerde te informeren over diens rechten en verplichtingen, de afwikkeling van het faillissement en/of specifieke aangelegenheden bij gebreke waarvan hij kan worden geacht in strijd te hebben gehandeld met een zorgvuldigheidsnorm. Dat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>35</sup> De vraag wat van een vakbekwaam en redelijk handelend curator mag worden verwacht krijgt daarmee vorm in de praktijk.<sup>36</sup>

2.17 In de Insolad praktijkregels, die geen dwingend karakter hebben, maar verwoorden wat in Insolad-kringen als *best practice* wordt beleefd,<sup>37</sup> zijn op dit punt wel enige nadere aanwijzingen te vinden over informatieplichten van de curator aan de gefailleerde (cursiveringen A-G):

“De curator waarborgt de gerechtvaardigde belangen van alle bij de insolventieprocedure betrokken partijen als onafhankelijke, objectieve en vakbekwame deskundige.

(...)

De belangen van de boedel zijn met name die van de gezamenlijke schuldeisers. De curator dient maatschappelijke belangen evenwel niet uit het oog te verliezen. *Ook ten opzichte van de schuldenaar* handelt de curator in overeenstemming met deze grondbeginselen. De curator streeft er naar het faillissement zo transparant mogelijk af te wikkelen, zolang dit de belangen van de boedel niet schaadt. *Indien nodig, wijst de curator bij het faillissement betrokken partijen, inclusief de schuldenaar, op hun rechten.*” (toelichting bij art. 1.1)

“Art. 8.1 De curator streeft een transparante afwikkeling van het faillissement na. *Hij betracht daarbij zoveel mogelijk openheid jegens de gefailleerde of diens bestuur*, de crediteuren, de aandeelhouders en eventuele andere betrokkenen

die een gerechtvaardigd belang hebben, zulks met inachtneming van regel 5.3<sup>[38]</sup>. De na te streven transparantie en openheid vindt zijn begrenzing in belemmeringen rechtsens en het belang dat gemoeid is met een goede afwikkeling van het faillissement. Voor zover vooraf geen openheid gegeven kan worden omdat daarmee het belang van de boedel niet is gediend, bijvoorbeeld in het geval van lopende onderhandelingen, verstrekt de curator achteraf informatie aan de belanghebbenden. Indien de omstandigheden van het geval dat vragen, overlegt de curator met de rechter-commissaris over de door hem te betrachten openheid.

Toelichting

De curator wikkelt de boedel af ten behoeve van de crediteuren. Het ligt daarom voor de hand dat hij ten opzichte van hen zoveel mogelijk transparantie betracht, uiteraard voor zover dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet schaadt. *Transparantie vergt dat zoveel mogelijk belanghebbenden kennis kunnen nemen van voor hen relevante feiten en omstandigheden over het faillissement. Het selectief en zonder reden achterhouden van informatie door de curator zou voorkomen moeten worden.*

De curator neemt concrete verzoeken van derden om informatie in behandeling tenzij zwaarwegende omstandigheden zich daartegen verzetten, bijvoorbeeld een onevenredige tijdsbesteding. De curator zal op een informatieverzoek niet slechts reageren met een verwijzing naar het laatst gepubliceerde of het nog te publiceren openbaar verslag, behalve als het faillissementsverslag adequaat in de informatiebehoefte voorziet. De transparantie vindt zijn begrenzing waar de bescherming van andere belangen zwaarwegender is. (...)

2.18 Mulder betoogt dat naarmate het belang van de gefailleerde bij de afwikkeling pregnanter is, hogere eisen kunnen worden gesteld aan de verplichting van de curator tot het verschaffen van informatie.<sup>39</sup>

### 3 Bespreking van het cassatieberoep

3.1 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen die uiteenvallen in diverse subonderdelen, en een voortbouwende klacht. Het eerste onderdeel houdt verband met het betoog van [eiser] dat de curator in strijd met art. 22a lid 1 Fw inbreuk heeft gemaakt op de aan [eiser] toekomende oudedagsvoorziening. Het betoogt in de kern dat ook voor overdracht geldt dat moet worden getoetst of de gefailleerde daardoor onredelijk wordt benadeeld. Het tweede onderdeel ziet op de positie van [eiser] dat de curator een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden door na te laten [eiser] erop te wijzen dat de be-

34 De Recofa-richtlijnen (te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)) helpen ons op dit punt ook niet verder. Alleen uit de volgende bepalingen volgt dat de curator enige informatie aan de gefailleerde moet verschaffen:

- Art. 2.2 sub f: een afschrift van ieder faillissementsverslag wordt door de curator aan de gefailleerde gezonden,

- Art. 3.2 sub b in samenhang met bijlage D ([https://www.rechtspraak.nl/SiteCollection/Documents/Rr\\_model\\_verzoek\\_verkoop.pdf](https://www.rechtspraak.nl/SiteCollection/Documents/Rr_model_verzoek_verkoop.pdf)): een verzoek tot het verkrijgen van toestemming voor de onderhandse verkoop van activa (art. 176 Fw), kan worden gedaan door middel van het model van bijlage D. In bijlage D wordt de vraag gesteld hoe (de bestuurder van) de gefailleerde staat tegenover het (hoogste) bod en verder: indien niet benaderd, waarom niet? Indien afwijzend, aangeven waarom? Is hij uitgenodigd om kopers te zoeken enz.?,

- Art. 3.2 sub d: Een verzoek tot het verkrijgen van een machtiging om te procederen inzake bestuurdersaansprakelijkheid, doet de curator gepaard met een schriftelijk standpunt van iedere aangesproken bestuurder en hij vermeldt of de aangesproken bestuurder verhaal biedt.

35 R. Mulder, a.w. vt. 32, p. 19.

36 R. Mulder, a.w. vt. 32, p. 27.

37 Aldus het voorwoord ervan: <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/>.

38 De curator betracht zorgvuldigheid en terughoudendheid bij het doen van uitspraken in het openbaar over de vraag of er al dan niet sprake is van aansprakelijkheid van (ex-) bestuurders, (ex-) commissarissen en derden (5.1).

39 R. Mulder, a.w. vt. 32, p. 27.

oogde afkoop van de levensverzekering een onverplichte inbreuk vormde op die oudedagsvoorziening. 3.2 *Onderdeel 1* is gericht tegen rov. 9.7.1 t/m 9.7.5 en heeft vier subonderdelen.

3.3 *Subonderdeel 1.1* klaagt dat in rov. 9.7.3. het hof onjuist en/of ontoereikend heeft gemotiveerd het oordeel dat (i) het recht tot overdracht niet een recht zou zijn dat als zodanig buiten de boedel valt (rov. 9.7.3, 3e volzin) en (ii) ook in het onderhavige geval het recht tot overdracht of het daarmee gelijk te stellen recht om een derde te machtigen om ten aanzien van de verzekering voor de verzekeringnemer te tekenen niet buiten de boedel zou vallen (rov. 9.7.3, voorvoorlaatste volzin). Het hof miskent volgens het subonderdeel dat ook een recht tot overdracht van een levensverzekering buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door overdracht onredelijk benadeeld wordt.<sup>40</sup> Niet valt in te zien waarom art. 22a lid 1 Fw de schuldenaar voor zover hij onredelijk benadeeld wordt alleen zou beschermen tegen het doen afkopen en niet ook tegen overdracht van een levensverzekering. Niet te verklaren is dat een curator niet mag afkopen voor zover sprake is van de onredelijke benadeling, maar wél zou mogen overdragen (tegen de afkoopwaarde) ook als van deze onredelijke benadeling sprake is. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 22a Fw volgt dat beoogd is bescherming te bieden tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter tegen welke uitwinning in andere (wettelijke) regelingen geen of onvoldoende bescherming bestaat.<sup>41</sup> Deze door de wetgever beoogde bescherming wordt niet gewaarborgd als je kan overdragen terwijl sprake is van onredelijke benadeling van de begunstigde of de verzekeringnemer. Weliswaar leert de parlementaire geschiedenis dat niet uitgesloten is dat de verzekering overgedragen wordt<sup>42</sup> en bepaalt art. 22a lid 2 Fw dat de overdracht van de levensverzekering slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer mogelijk is, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet waarom deze overdracht wat betreft de tekst van dit wetsartikel slechts afhankelijk zou zijn van deze toestemming.<sup>43</sup> Bovendien biedt dit toestemmingsvereiste niet de beoogde bescherming tegen het door overdracht onredelijk benadelend uitwinnen van een levensverzekering, terwijl de toestemming kan berusten op een onjuiste voorstelling van zaken, althans te lichtvaardig gegeven kan zijn, en een curator in het kader van de afwikkeling van een faillissement nu juist mede rekening moet houden met belangen

van de schuldenaar. Daarom heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of de door dit subonderdeel bestreden oordelen niet naar behoren gemotiveerd.

3.4 Ik zie deze klacht niet slagen, tenzij Uw Raad aanleiding zou zien om hier “om te gaan”. Hoewel het stelsel dat deze klacht bepleit mij op zich logischer en consistent en misschien ook wel praktisch voorkomt met één en hetzelfde criterium voor afkoop, begunstigingswijziging of overdracht van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter in faillissement (als het ware als *ius constitutum*; waarom zou de eis van onredelijke benadeling niet ook behoren te gelden voor het ten opzichte van afkoop en begunstigingswijziging verdergaande overdragen?), lijkt dit niet de huidige stand van het recht te zijn, gelet op de manier waarop Uw Raad tot nu toe vasthoudt aan het strikt interpreteren van de uitzonderingen in art. 21 en 22a Fw op de hoofdregel van art. 20 Fw. Uit mijn inleidende beschouwingen volgt dat de onredelijke benadelingstoets uitsluitend dient te worden aangelegd bij afkoop en wijziging van de begunstiging van de levensverzekering, niet bij overdracht, waarvoor het op zich verdergaande vereiste van schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer geldt (in gelijke zin s.t. curator 3.2.20). Dat de ratio voor dit onderscheid niet uit de parlementaire geschiedenis te halen valt, klopt, zoals we hebben gezien. Het doel om bescherming te bieden tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter wordt bij overdracht zodoende langs een andere weg gewaarborgd, namelijk doordat overdracht uitsluitend kan plaatsvinden met toestemming van de gefailleerde. Dat zal in veel gevallen volstaan, maar niet als wordt toegestemd zonder het stelsel goed te doorgronden, zoals in onze zaak lijkt te zijn gebeurd. Het is maar waar men voor kiest.

3.5 Het klachtlijst dat dit niet voorkomt dat de gefailleerde verzekeringnemer op basis van een onjuiste voorstelling van zaken toestemming geeft, ziet klaarblijkelijk op de omstandigheid dat in onze zaak de curator het initiatief heeft genomen in de richting van [eiser] met zijn voornemen om een levensverzekering af te kopen, zonder daarbij te vermelden dat dat alleen mogelijk is voor zover die levensverzekering geen verzorgingskarakter heeft, als gevolg waarvan [eiser] zelf met het tegenvoorstel kwam om de verzekeringen over te dragen aan zijn echtgenote in een poging afkoop af te wenden en zijn oudedagsvoorzieningen te behouden. Op dat betoog ga ik in bij de bespreking van onderdeel 2. Mocht de verzekeringnemer overigens lichtvaardig instemmen, dan lijkt mij dit op zichzelf voor diens eigen rekening en risico te komen.

3.6 Bij repliek<sup>44</sup> verwijst [eiser] naar de conclusie van A-G de Bock voor HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1835, onder 2.6 en 2.7.<sup>45</sup> [eiser] betoogt dat daarin staat dat levensverzekeringen

40 Verwezen wordt naar het in 2.13-2.14 besproken arrest van het Amsterdamse hof van 17 maart 2016, de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg in onze zaak (vp. vt. 3) en Bartels, vp. vt.7.

41 Verwezen wordt naar *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 5.

42 Verwezen wordt naar *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 7.

43 Verwezen wordt naar Bartels, nr. 4.1.3, hiervoor besproken in 2.12.

44 P. 1 onderaan.

45 ECLI:NL:PHR:2019:811.

met een verzorgingskarakter niet, of niet geheel, uitwinbaar zijn voor zover uitwinning de gefailleerde of saniet onredelijk benadeelt. Hij suggereert daarmee dat A-G De Bock meent dat de onredelijke benadelingstoets ook voor overdracht als vorm van uitwinning geldt. [eiser] gaat er daarbij aan voorbij dat deze passage in de conclusie ziet op afkoop en wijziging van de begunstiging, zoals ook blijkt uit de tweede zin van punt 2.6 van de conclusie, en niet op overdracht. Overigens zag A-G De Bock vanwege de in de visie van Uw Raad strikt uit te leggen uitzonderingen op de hoofdregel van art. 20 Fw in “haar” zaak ook geen ruimte voor vormen van analogische toepassing (vgl. haar conclusie punten 2.12-2.14, waar de s.t. van de curator 3.2.25 ook op wijst), iets dat subonderdeel 1.1. in wezen bepleit. Op dit een en ander lopen de klachten uit subonderdeel 1.1. stuk.

3.7 *Subonderdeel 1.2* is alleen een voortbouwende klacht dat het slagen van subonderdeel 1.1 ook de voorlaatste en derde zin uit rov. 9.7.3 aantast. Dat mist zelfstandige betekenis en moet in het lot van het vorige subonderdeel delen.

3.8 *Subonderdeel 1.3* richt zich tegen het oordeel in rov. 9.7.3, voorlaatste volzin, dat overdracht anders dan afkoop of begunstigingswijzigging ten behoeve van de boedel niet leidt tot aantasting van de pensioenvoorziening. De redenering in de klacht is: bij overdracht wordt de verkrijger verzekeringnemer met inbeginsel de mogelijkheid om zichzelf als begunstigde aan te wijzen en dat leidt dan in beginsel wel tot aantasting van de pensioenvoorziening, waar niet aan afdoet dat bij overdracht de levensverzekering als zodanig verder in stand blijft. Ook in ons geval heeft de overdracht ertoe geleid dat [eiser] echtgenote als verkrijger de polissen heeft doen afkopen met instemming van [eiser], al dan niet na de begunstiging te hebben gewijzigd. Het aangevallen oordeel is dan ook onjuist, althans niet naar behoren gemotiveerd, aldus de klacht.

3.9 Op zich lijkt mij juist dat het niet per definitie klopt dat bij een overdracht de pensioenvoorziening voor de gefailleerde verzekeringnemer in stand blijft. Als overgedragen wordt aan een derde en die derde wijzigt de begunstiging, dan gaat de pensioenvoorziening voor de gefailleerde inderdaad verloren. Wat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft bedoeld hier, is dat de gefailleerde bij afkoop en wijziging van de begunstiging in beginsel zijn positie als “verzekeringnemer” als het ware materieel behoudt (ook al komt de verzekering bij afkoop ten einde). Bij overdracht aan een derde wordt deze derde verzekeringnemer. Het hof maakt in de bestreden passage een op zich niet onbegrijpelijk onderscheid lijkt mij tussen afkoop en wijziging van de begunstiging aan de ene kant en de overdracht aan de andere kant. Hier lijkt mij de klacht inhoudelijk op af te stuiten, als al niet moet worden gezegd dat het geen zelfstandig dragend element is in de hofredenering, in welk geval belang bij de klacht in cassatie zou ontbreken.

3.10 *Subonderdeel 1.4* bevat alleen een voortbouwende klacht voor het geval de subonderdelen

1.1 en 1.3 doel zouden treffen: dan kunnen ook delen uit rov. 9.7.4 (*in fine*) en 9.7.5 niet in stand blijven. Dit heeft geen zelfstandige betekenis en kan onbesproken blijven.

3.11 *Onderdeel 2* is gericht tegen rov. 9.8.1-9.8.5 waar het hof reageert op de stelling van [eiser] dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij heeft nagelaten [eiser] erop te wijzen dat afkoop van de levensverzekeringen een onverplichte inbreuk zou vormen op zijn oudedagsvoorziening.

3.12 *Subonderdeel 2.1* beklagt als onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd dat het hof in rov. 9.8.4 oordeelt dat mede gelet op wat in rov. 9.8.3 aan omstandigheden onder ogen is gezien<sup>46</sup> de taak van de curator om te beoordelen of bij gebruikmaking van de bevoegdheden uit art. 22a lid 1 Fw sprake is van onredelijke benadeling niet zover gaat dat de curator had moeten verifiëren of [eiser] wist dat de curator alleen kon afkopen of de begunstiging kon wijzigen voor zover [eiser] daardoor niet onredelijk werd benadeeld en dat zonder overdracht de levensverzekeringen mogelijk niet zouden kunnen worden uitgewonnen. Een dergelijke verplichting bestaat volgens de klacht wel, want een curator moet mede rekening houden met de belangen van de schuldenaar.<sup>47</sup> Gaat het om een belang van een schuldenaar die een natuurlijke persoon is dat bijzondere bescherming geniet, zoals het geval is ten aanzien van de eerste levensbehoeften van deze schuldenaar en daarmee het recht om – na failliet te zijn geweest ooit – op zijn oude dag nog in zijn bestaan te kunnen voorzien,<sup>48</sup> dan moet de curator steeds zelfstandig beoordelen of de eventuele uitwinning van de oudedagsvoorziening niet leidt of dreigt te leiden tot een onredelijke benadeling in de zin van art. 22a lid 1 Fw van deze schuldenaar. Dit is niet anders onder de in rov. 9.8.3 geschetste omstandigheden van het geval.

Ook miskent het hof dat het belang van een dergelijke particuliere schuldenaar hier in beginsel gelet op art. 22a Fw had moeten prevaleren boven dat van de gezamenlijke crediteuren en dat toestemming tot overdracht van een levensverzekering met een verzorgingskarakter niet betekent dat de curator dan niet meer hoeft te onderzoeken of de schuldenaar niet onredelijk benadeeld wordt en of deze dat zelf weet. Weliswaar is uitgangspunt dat bij een

<sup>46</sup> In korte recapitulatie: [eiser] was vanaf 1997 werkzaam als assurantieadviseur, hij heeft op het voornemen tot afkoop van de curator gereageerd met een tegenvoorstel tot overdracht om daarmee zijn oudedagsvoorziening veilig te stellen, zodat hij bekend was met het onderscheid tussen afkoop/begunstigingswijzigging tegenover overdracht en dat die figuren verschillende rechtsgevolgen hebben, door de overdracht zou ook na opheffing van het faillissement zijn pensioenvoorziening veilig zijn voor crediteurenverhaal, terwijl onbetwist is gesteld door de curator dat hij [eiser] heeft verwezen naar de advocaat van zijn vrouw, die mede zijn belangen heeft behartigd en ook zelf regelmatig curator is.

<sup>47</sup> Verwezen wordt naar T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (R&P nr. insR3) diss. 2012/2.2.1.6, met verwijzing naar Van der Feltz I, blz. 372.

<sup>48</sup> Verwezen wordt naar *Kamerstukken I 1997-1998*, 22969 en 23429, nr. 297, blz. 1.

conflict tussen het belang van de failliete schulde- naar en het belang van de gezamenlijke schulde- sers laatstgenoemd belang prevaleert, maar van dit uitgangspunt wijkt (o.a.) art. 22a Fw nu juist af.

3.13 De klacht lijkt mij grotendeels<sup>49</sup> doel te treffen. Het initiatief tot afkoop van één van de levensverzekeringen ging uit van de curator (vgl. hier- voor in 1.4). [eiser] heeft de curator daarop gevraagd of hij een keuze had en of er mogelijkheden waren de polis stand te houden (vgl. hiervoor in 1.5). [eiser] heeft daarbij aangegeven dat de levensverzekering behoorde tot zijn oudedagsvoorziening (vgl. hiervoor in 1.8). Vervolgens zijn partijen gaan onderhandelen over overdracht van de levensverzeke- ringen.<sup>50</sup> Gegeven de ratio van art. 22a Fw had dat reden moeten zijn voor de curator om te onder- zoeken hoe [eiser] oudedagsvoorziening eruit zag (vgl. in gelijke zin rov. 4.3.9 van het rechtbankvon- nis) en met hem onder ogen te zien dat de mogelijk- heid van het doen afkopen van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter zoals deze mogelijk buiten de boedel valt. De curator lijkt mij hier zijn informatieverplichting te hebben geschonden en daar kunnen de in rov. 9.8.3 gememoreerde om- standigheden in mijn ogen onvoldoende aan af- doen. [eiser] is door de curator op het verkeerde been gezet. De curator had behoren te begrijpen dat [eiser] er zich kennelijk niet van bewust was dat de bevoegdheid van de curator om tot afkoop over te gaan van zijn levensverzekeringen aan beperkingen onderhevig kan zijn en de curator had hem niet in deze waan behoren te laten, zeker niet toen [eiser] hem vroeg of hij bij de door de curator aan hem voorgestelde afkoopkwestie een keus had. Als de levensverzekeringen een verzorgingskarakter hadden (het hof heeft dit verder niet vastgesteld,<sup>51</sup> de recht- bank wel in rov. 4.3.6-4.3.8, hiervoor weergegeven in 1.27), genoot [eiser] immers bijzondere bescher- ming. Het belang van [eiser] prevaleert dan boven dat van de boedel.

3.14 Het hof oordeelt in rov. 9.8.4 wel dat art. 22a lid 1 Fw in beginsel de verplichting voor de cu- rator behelst om zelfstandig te beoordelen of de fail- liet door de uitoefening van de bevoegdheden tot af- koop en begunstigingswijziging onredelijk wordt benadeeld, maar dat dat niet betekent dat de cu- rator als [eiser] hem voorstelt aan zijn echtgenote over te dragen tegen vergoeding, had moeten verifiëren of [eiser] bekend was met de consequenties van het stelsel van het buiten de boedel vallen van levens-

verzekeringen met een verzorgingskarakter. En dat mede gelet op de omstandigheden uit rov. 9.8.3. Dat lijkt mij te miskennen dat het voorstel van [eiser] een reactie was op het initiële voorstel van de cura- tor tot afkoop zonder dat de pensioensituatie van [eiser] is geëvalueerd met [eiser], zodat dit oordeel niet volstaat en gekunsteld voorkomt. [eiser] begon uitsluitend over overdracht omdat hij afkoop wilde afwenden met het oog op zijn oudedagsvoorzie- ning, niet wetende dat hij bijzondere bescherming genoot als de levensverzekeringen een verzorgings- karakter hadden.<sup>52</sup> Daar wordt terecht over ge- klaagd in subonderdeel 2.1. Het gaat eraan voorbij dat [eiser] bijzondere bescherming genoot en dat het vanwege de ratio van art. 22a Fw op de weg van de curator lag om hem hierover op juiste wijze te informeren. Het oordeel suggereert dat [eiser], althans de advocaat van zijn vrouw die het hof mede als zijn advocaat aanmerkt, bij uitstek deskundig was, dat het initiatief van hem uitging en dat er onder deze omstandigheden geen zorgplicht voor de curator bestond om [eiser] nader te informeren. Dit gaat eraan voorbij dat [eiser] vanwege zijn beroep deskun- dig moge zijn geweest op het terrein van levensver- zekeringen en lijfrentes, maar dat dat nog niet hoeft te betekenen dat [eiser] zich bewust was van de be- scherming die hij mogelijk genoot op basis van art. 22a Fw, waar het hier om gaat. [eiser] heeft die we- tenschap betwist.<sup>53</sup> Hij heeft de curator op diens ini- tiële afkoopvoorstel ook gevraagd of hij een alterna- tief had. Daar had de curator op horen aan te slaan. Ook heeft [eiser] ter comparitie in eerste aanleg<sup>54</sup> gemotiveerd betwist dat mr. Arends, de advocaat van zijn echtgenote, voor hem optrad. Hij betoogde dat mr. Arends uitsluitend een faciliterende rol had via zijn derdengeldenrekening, maar niet inhoudelij- kelijk betrokken was bij de deal en dat mr. Arends dan ook niets bij [eiser] in rekening heeft gebracht. Daar- op reageerde de curator dat hij niet wist of mr. Arends inhoudelijk betrokken was bij de kwestie van de afkoop.<sup>55</sup>

Onbegrijpelijk lijkt mij dan ook het oordeel dat deze omstandigheden zouden rechtvaardigen dat geen zorgplicht voor de curator bestond om met [ei- ser] nader zijn pensioensituatie te evalueren en hem te informeren over de werking van art. 22a Fw.

3.15 Ook het oordeel dat het doel van de over- dracht ook was dat crediteuren na de opheffing van het faillissement zich niet op die polissen zouden kunnen verhalen, kan hier niet aan afdoen. Uit de berichten van [eiser] (hiervoor weergegeven in 1.5 en 1.6) valt af te leiden dat zijn primaire doel was af- wending van afkoop zodat zijn pensioenvoorzie- ning in stand zou blijven. Toen later over overdracht gesproken werd, zei [eiser] dat hij (ook) wilde voor- komen dat een crediteur zich in de toekomst op de levensverzekeringen zou verhalen (vgl. hiervoor in

49 Niet v.z.v. bij wege van herhaling van zetten wordt geklaagd dat bij overdracht ook het vereiste van onredelijke benadeling moet worden getoetst. Dat zagen we bij de bespreking van onderdeel 1 al sneuvelen.

50 Uitsluitend het voorstel tot overdracht van de levensverzeke- ringen is uiteindelijk aan de r-c voorgelegd. Het voorstel van de curator om de verzekeringen af te kopen is nooit doorgezet en daarom niet voorgelegd aan de r-c, vgl. de verklaringen van de curator bij pleidooi in appel, zittingsp-v p. 2, onderaan.

51 Vgl. comparitieaantekeningen [eiser] van 22 december 2015, onder 1 en 9 en p-v comparitie van 22 december 2015, p. 2 onderaan. [eiser] heeft op dit punt overigens ook bewijs aan- geboden, vgl. de MvA onder 146.

52 Vgl. hierover ook hierna subonderdeel 2.3.1.

53 Vgl. de comparitieaantekeningen van [eiser] van 22 decem- ber 2015, onder 2.

54 P-v van comparitie van 22 december 2015, blz. 2-3.

55 Vgl. hierover ook hierna subonderdeel 2.3.3.

1.7). Dit illustreert te meer dat [eiser] zich niet bewust was van zijn rechten. Voor crediteuren die zich buiten faillissement willen verhalen op een levensverzekering geldt namelijk dezelfde onredelijke benadelingstoets,<sup>56</sup> zodat [eiser] ook dan beschermd zou worden.

3.16 Tenslotte weegt hier ook niet tegen op het oordeel dat de curator gelet op de uitlatingen van [eiser] en mr. Arends ervan mocht uitgaan dat de echtgenote van [eiser] de pensioenvoorziening na de overdracht (ook) aan [eiser] ten goede zou laten komen. Waar het hier om gaat, is dat de curator [eiser] aanvankelijk informeerde dat hij een levensverzekering wilde afkopen, zonder te bespreken en zonder (kenbaar) te beoordelen of de belangen van [eiser] daardoor onredelijk zouden worden benadeeld. Op het verkeerde been gezet en om dat scenario af te wenden heeft [eiser] toen de overdracht van de levensverzekeringen voorgesteld. Dat de echtgenote van [eiser] de pensioenvoorziening ook aan [eiser] ten goede zou laten komen, mag inderdaad verwacht worden; dat was inderdaad de gedachte achter het voorstel tot overdracht, maar dit lijkt mij *besides the point*.

3.17 *Subonderdeel 2.2* klaagt dat het door subonderdeel 2.1 bestreden oordeel ook onbegrijpelijk is, omdat wordt overwogen dat dit oordeel "mede" berust op de in rov. 9.8.3 vermelde omstandigheden van dit geval, maar zonder nadere motivering, die ontbreekt, onduidelijk is waarop dit oordeel nog meer zou berusten.

3.18 Dit zie ik niet slagen. Het oordeel berust daarnaast kennelijk en niet onbegrijpelijk op hetgeen verder in rov. 9.8.4 wordt overwogen door het hof, waarin de omstandigheden uit rov. 9.8.3 nader zijn uitgewerkt.

3.19 *Subonderdeel 2.3* bouwt met een nadere uitwerking in vier subonderdelen voort op subonderdeel 2.1 en deze klachten treffen allemaal doel. Ze zijn in wezen al aan de orde geweest bij de bespreking van subonderdeel 2.1 en om die reden kan ik hier korter zijn. De klacht is dat het hofordeel in rov. 9.8.4, *in fine*, dat de curator jegens [eiser] niet onrechtmatig gehandeld heeft door [eiser] niet eigener beweging nader te informeren onjuist en/of onbegrijpelijk is voor zover het berust op het oordeel:

1. in rov. 9.8.4 dat [eiser] de overdracht van de polissen geïnitieerd heeft;

2. in rov. 9.7.3 dat instandhouding van de pensioenvoorziening voor [eiser] de reden was om de curator te verzoeken om de levensverzekeringen over te dragen;

3. in rov. 9.8.3 dat mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser] behartigd heeft; en/of

4. in rov. 9.8.3 en 9.8.4 dat [eiser] als doel had om zijn pensioenvoorziening ook voor de periode na de opheffing van het faillissement veilig te stellen. Deze klacht is nader uitgewerkt in subonderdelen 2.3.1 tot en met 2.3.4.

3.20 Volgens *subonderdeel 2.3.1* is door [eiser] duidelijk gesteld dat het initiatief tot afkoop van een levensverzekering (de Delta Lloyd-polis) uitging van de curator en [eiser] vervolgens informeerde of er mogelijkheden waren om de polissen in stand te houden, daarbij aangevend dat het hem om zijn pensioenvoorziening te doen was, waarbij hij met het oog op het behoud daarvan heeft voorgesteld tot overdracht aan zijn vrouw over te gaan. In het bestreden oordeel is volgens de klacht miskend dat een curator, die aanstuurt op afkoop van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter zonder erbij te zeggen dat dat op grond van art. 22a Fw mogelijk aan beperkingen onderhevig is, niet vervolgens de overdracht daarvan mag faciliteren als die overdracht tot stand komt als reactie op dit afkoopinitiatief en de schuldenaar daarmee instandhouding van zijn oudedagsvoorziening beoogt, althans dat dat niet kan zonder eerst te onderzoeken of de schuldenaar die daarin toestemt zich wel realiseert dat hij mogelijk beschermd wordt doordat levensverzekeringen met een verzorgingskarakter niet (integraal) afgekocht kunnen worden.

Uit de bespreking van subonderdeel 2.1 (vgl. hiervoor in 3.14) volgt al dat deze klachten doel treffen.

3.21 *Subonderdeel 2.3.2* bouwt daar op voort met de klacht dat het bestreden oordeel ook onjuist of ontoereikend is gemotiveerd als het erop berust dat instandhouding van de pensioenvoorziening voor [eiser] de reden was om de curator te verzoeken te bewilligen in overdracht. Juist dat [eiser] aangaf dat het hem om behoud van zijn oudedagsvoorziening te doen was, had volgens de klacht reden moeten zijn hem erover te informeren dat zijn pensioenvoorziening in stand zou blijven voor zover afkoop ervan hem onredelijk zou benadelen.

Dat ook deze klacht opgaat volgt eveneens uit mijn bespreking van subonderdeel 2.1 (vgl. 3.13 en 3.14).

3.22 *Subonderdeel 2.3.3* klaagt als onbegrijpelijk dat [eiser] door mr. Arends zou zijn bijgestaan in deze.

Dat ook die klacht opgaat, is ook al bij de bespreking van subonderdeel 2.1 aan de orde geweest (vgl. hiervoor in 3.16).

3.23 *Subonderdeel 2.3.4* is ten slotte ook een uitwerking van een deelklacht uit subonderdeel 2.1 die

<sup>56</sup> Art. 479p lid 1 Rv: "Indien de geëxecuteerde of een begunstigde door een afkoop van de levensverzekering of een wijziging van de begunstiging onredelijk zou worden benadeeld, verbiedt de voorzieningenrechter op diens vordering geheel of ten dele die afkoop of wijziging. De in de vorige volzin bedoelde vordering kan slechts worden ingesteld tot twee weken na de dag waarop het exploit bedoeld in artikel 479n, eerste lid, is uitgebracht. De in de eerste volzin bedoelde vordering kan in de gevallen, bedoeld in artikel 479r, tweede lid, eerste volzin, en derde lid, worden ingesteld tot twee weken na de dag waarop het exploit, bedoeld in artikel 479r, tweede lid, onderscheidenlijk derde lid, is uitgebracht." Vgl. *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 5-6 (Vierde Nota van Wijziging). Zie ook Bartels, a.w. vt. 7, in 3.2 en W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (R&P nr. VR3)* 2013/4.4.6.

hiervoor al is besproken in 3.15: voor zover het aangevallen oordeel is gebaseerd op de overweging dat [eiser] beoogde zijn pensioenvoorziening ook veilig te stellen voor crediteurenverhaal na opheffing van het faillissement, is miskend dat crediteurenverhaal buiten faillissement op levensverzekeringen met een verzorgingskarakter ook slechts mogelijk is voor zover de belangen van de schuldenaar niet onredelijk worden benadeeld. Ook deze klacht is daarom terecht voorgesteld.

3.24 *Subonderdelen 2.4 en 2.5* bestaan alleen uit voortbouwende klachten op de voorgaande subonderdelen van onderdeel 2 en zijn zodoende ook terecht voorgesteld. Bespreking daarvan kan achterwege blijven.

3.25 *Onderdeel 3 ten slotte* is een algemene voortbouwende klacht en ook deze treft doel voor zover wordt aangevoerd dat dit de oordelen aantast die voortbouwen op de oordelen die door onderdeel 2 worden aangevallen.

#### 4 Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

#### Hoge Raad:

##### 1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/01/293897/HA ZA 15-370 van de rechtbank Oost-Brabant van 29 juli 2015 en van 21 september 2016;

b. de arresten in de zaak 200.205.160/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 maart 2017, 16 mei 2017 en 12 februari 2019.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof van 12 februari 2019 beroep in cassatie ingesteld.

De curator heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor de curator toegelicht door zijn advocaat en mede door I.C.W. Oomen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursestrek tot vernietiging en verwijzing.

De advocaten van beide partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

##### 2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] is vanaf omstreeks 1997 actief geweest als zelfstandig assurantieadviseur. Zijn onderneming is failliet gegaan. In 2013 is [eiser] ook privé in staat van faillissement verklaard met benoeming van [betrokkene 1] tot curator. Mr. R. Arnoldus is de opvolger van [betrokkene 1] (beiden hierna: de curator).

(ii) Ten tijde van het uitspreken van zijn faillissement was [eiser] verzekeringnemer, verzekerde en begunstigde van onder meer twee sommenverzekeringen bij:

- Reaal, met polisnummer [001] (hierna: de Reaal-polis),

- Delta Lloyd, met polisnummer [002] (hierna: de Delta Lloyd-polis).

(iii) Op 3 april 2013 heeft de curator aan [eiser] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud:

“Geachte heer [eiser],

Ik tref 2 beleggingsverzekeringen aan, beide bij Delta Lloyd:

- [002];

- [005].

(...)

Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?”

(iv) Eveneens op 3 april 2013 heeft [eiser] daarop geantwoord, door de e-mail van de curator terug te sturen en daarin met groene letters zijn reactie te typen. Direct na de zin: “Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?” heeft [eiser] geantwoord:

“Heb ik een keuze?

Bij afkoop van [002] zal de waarde tegen 52% belast worden en daarnaast extra belast met revisie rente (20% over de ingelegde premies), omdat hij niet gebruikt wordt voor het doel waarvoor hij is aangegaan (lijfrente uitkering). De waarde wordt dus vrijwel geheel wegbelast. Zijn er mogelijkheden om de polis in stand te houden?

Bovenstaande geldt ook voor de lijfrente verzekering bij Reaal (polisnr [001])(...)”

(v) Op 19 april 2013 zond [eiser] een e-mail aan de curator met informatie en vragen, onderverdeeld in alinea's met vetgedrukte kopjes, waaronder:

“*Mbt afkoop/overname polissen*

Graag wil ik met u afstemmen welke keuzes/mogelijkheden er zijn.”

(vi) Op 21 april 2013 zond de curator aan [eiser] een e-mail met als onderwerp “Afkoop/overname polissen” waarin stond:

“Geachte heer [eiser],

U verzocht mij per e-mail d.d. 19/4/13 om af te stemmen welke mogelijkheden er zijn tot overname/afkoop van polissen. Ik neem aan dat u de Delta Lloyd-polissen bedoelt?

Wie wil de polissen overnemen?”

(vii) Op deze e-mail heeft [eiser] geantwoord bij e-mail van 22 april 2013, als volgt:

“Geachte [betrokkene 1],

Wat ik wil bespreken is of het mogelijk is om de lijfrente polissen (...) (mijn opgebouwde pensioen) over te nemen door de afkoopwaarde (na aftrek van belasting) over te maken naar de boedelrekening.

Het te betalen bedrag ben ik verschuldigd aan degene welke de afkoopwaarde betaald heeft. Wat ik wil voorkomen is dat een crediteur daarna weer beslag legt op deze lijfrente polissen (...).

De lijfrente polissen (...) staan op mijn naam en deze kunnen namelijk niet op een andere naam gezet worden om dit te voorkomen.



Het betreft de volgende lijfrente polissen (...), de geschatte bruto waarde per 5-2-2013 is:

Reaal lijfrente verzekering: [001] 74.500  
Delta Lloyd lijfrente verzekering [002] 36.500  
(...)

Op deze bruto waarde wordt bij afkoop 52% belasting en 20% revisierente ingehouden, zodat 'slecht' 28% netto uitkering resteert.

*Concrete vraag:*

Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrentepolissen (...) op een door u opgegeven rekening (...) en kunt u ervoor zorgdragen dat de crediteuren daar dan geen aanspraak meer op kunnen maken.

Hoor graag van u."

(viii) Op 23 april 2013 zond de curator aan [eiser] een e-mail, met als onderwerp "afkoop Delta Lloyd polis [002]", en met de volgende inhoud:

"Geachte heer [eiser],

(...) Ik ben voornemens het voorstel tot afkoop, na te vragen en te verkrijgen toestemming R.C., te accepteren tegen ontvangst van 48% over € 38.750,- = € 18.600,- (i.p.v. 28% zoals u voorstelde).

Wenst de derde voor dat bedrag de polis over te nemen?"

(ix) Eveneens op 23 april 2013 antwoordde [eiser] daarop met een e-mail met onder meer de volgende inhoud:

*"Concrete vraag (ook gesteld in mijn e-mail van 22 april):*

Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrente polissen (...) op een door u opgegeven rekening en kunt u er voor zorgdragen dat de crediteuren dan geen aanspraak meer kunnen maken op de waarde van deze lijfrentepolissen (Reaal lijfrente verzekering [001] & Delta Lloyd polis [002]) (...).

Mijn voorkeur gaat uit naar overname, zodat ik nog een pensioenvoorziening behoud."

(x) Op 2 mei 2013 heeft tussen de curator en [eiser] een bespreking plaatsgevonden waarbij ook de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis aan de orde zijn geweest. Bij brief van 6 mei 2013 schreef de curator daarover onder meer aan [eiser]:

"Deels heeft u gelden belegd in oudedagsvoorzieningen. Wij hebben het onder andere gehad over de eerder gewisselde e-mailcorrespondentie met betrekking tot afkoop van het bedrag bij Delta Lloyd ad € 38.750,00. (...)

U deelde mee dat ofwel uw echtgenote, danwel een broer de polis wilde overnemen.

Met betrekking tot uw vraag of de crediteuren, indien één van hen beiden tot aankoop van de polis overgaat, toch niet bij u kunnen 'aanklop-

pen', heb ik u verwezen naar de advocaat van uw echtgenote danwel de advocaat van uw broer. Ik doe daarover geen uitspraken. Afgesproken is in ieder geval dat u een overzicht maakt op basis van alle 'investerings' van bedragen bij verzekeringsmaatschappijen of financiële instellingen met betrekking tot uw oudedagsvoorziening, en of deze al dan niet afkoopbaar zijn, en zo ja, of uw echtgenote/broer tot overname ervan wenst over te gaan."

(xi) Bij brief van 7 mei 2013 heeft [eiser] aan de curator onder meer geantwoord:

"Geachte [betrokkene 1],  
Hierbij mijn opmerkingen/aanvullingen aangaande uw verslag van 6 mei 2013 van onze bespreking op donderdag 2 mei 2013 14.00 uur.  
(...)

*1 Overdracht levensverzekeringen.*

*Aangegeven is dat u als curator mee wil werken aan de overdracht van de bestaande levensverzekeringen. De poliswaarde na aftrek van de belasting zal worden overgemaakt.*

(...)

De volgende polissen komen voor overdracht in aanmerking: (zie tabel onderaan de pagina).

*Voorstel:*

Graag willen wij bovenstaande polissen overnemen tegen betaling van het berekende overname bedrag, nadat de begunstiging is gewijzigd (...).

Indien u akkoord gaat verneem ik graag van u op welke bankrekeningnummer de overname bedragen gestort dienen te worden en zal ik de verzekeraars verzoeken de genoemde wijzigingen door te voeren."

(xii) Bij brief van 22 mei 2013 heeft de curator aan de rechter-commissaris toestemming verzocht voor overdracht van de twee onder (ii) genoemde polissen aan de echtgenote van [eiser], [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]). De brief vermeldt onder meer:

"De echtgenote van [eiser], [betrokkene 2], heeft een bod gedaan om de (...) polissen over te nemen voor de bedragen die ik anders ook van de maatschappijen zou ontvangen, derhalve € 43.920,00 + € 18.600 (...).

[eiser] ziet zo een mogelijkheid om een stuk pensioen zeker te stellen.

Ik zie geen mogelijkheden om meer te ontvangen voor desbetreffende polissen.

Vandaar verzoek ik u om toestemming om tot verkoop en levering van de (...) voorgenoemde polissen (...) over te gaan aan [betrokkene 2]."

(xiii) De rechter-commissaris heeft toestemming verleend zoals door de curator verzocht. De

Soort	Maatschappij	polis nummer	waarde	belasting	overname bedrag
lijfrente	Reaal	[001]	€ 91.500	52%	€ 43.920
lijfrente	Delta Lloyd	[002]	€ 38.700	52%	€ 18.600
(...)					

curator heeft vervolgens bij e-mail van 28 mei 2013 aan [eiser] het volgende geschreven:

“Ik heb inmiddels de toestemming van de R.C. ontvangen.

Ik accepteer hierbij de bieding van uw echtgenote (...).

Vandaar dat Mr Arends in de cc staat.

Graag overleg ik met u(w echtgenote/Mr Arends) omtrent de verdere wijze van afwikkeling.

(...)”

(xiv) In een e-mail van 27 juni 2013 heeft mr. Arends onder meer het volgende aan de curator geschreven:

“Cliënte is bereid het door u genoemde bedrag te betalen, indien dan nu op de kortst mogelijke termijn kan worden geschakeld. (...)”

(xv) In een e-mail van 22 juli 2013 heeft [eiser] aan mr. Arends geschreven:

“Ondanks het feit dat het problemen geeft om het geld in de SEB-polis vrij te krijgen, heeft [betrokkene 2] toch besloten om het totale bedrag € 131.203, over te maken op jullie bankrekening. Wat er nu geregeld moet worden is dat [betrokkene 2] gemachtigd wordt om te tekenen voor mij als verzekeringnemer (...)”

(xvi) Op of omstreeks 1 augustus 2013 heeft [betrokkene 2] voor de Reaal-polis een bedrag van € 43.920 en voor de Delta Lloyd-polis een bedrag van € 18.600 overgemaakt op de boedelrekening.

(xvii) De curator heeft [betrokkene 2] bij machtigingen van 1 augustus 2013 ten aanzien van beide polissen gemachtigd om voor van [eiser] te tekenen. [betrokkene 2] heeft de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis vervolgens doen afkopen.

2.2 [eiser] vordert in dit geding, kort gezegd en voor zover in cassatie van belang, dat de curator wordt veroordeeld tot terugbetaling aan [eiser] van de waarde van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis, met verklaring voor recht dat de desbetreffende bedragen buiten de faillissementsboedel vallen. De rechtbank heeft de vordering ten aanzien van de Delta Lloyd-polis toegewezen en ten aanzien van de Reaal-polis afgewezen.

2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [eiser] alsnog geheel afgewezen. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

In art. 22a lid 1, aanhef en onder a respectievelijk onder b, Fw is bepaald dat buiten de boedel vallen het recht tot afkoop van een levensverzekering en het recht tot wijziging van de begunstiging, voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer daarvoor onredelijk wordt benadeeld. In art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw is bepaald dat voor overdracht van een levensverzekering de schriftelijke toestemming nodig is van de verzekeringnemer. Het recht tot overdracht is niet een recht dat als zodanig (onder voorwaarden) buiten de boedel valt. De wetgever maakt aldus een onderscheid tussen enerzijds de afkoop en wijziging van de begunstiging en anderzijds de overdracht van de verzekering. Daarbij is

een kenmerkend verschil tussen deze rechtsfiguren dat door afkoop en wijziging een aantasting van de pensioenvoorziening van de failliet ten gunste van de boedel plaatsvindt, terwijl bij een overdracht de pensioenvoorziening in stand blijft. De instandhouding van de pensioenvoorziening was blijkens de e-mailcorrespondentie in dit geval ook de reden voor [eiser] om de curator te verzoeken aan een overdracht mee te werken. Bij de toepassing van art. 22a lid 1, aanhef en onder a en b, Fw past de rechter grote terughoudendheid om de uitoefening van bepaalde rechten ten aanzien van een levensverzekering die niet onder de omschrijving van deze bepaling vallen, desondanks – en in afwijking van het beginsel dat de debiteur met zijn gehele vermogen in staat voor zijn schulden – buiten de faillissementsboedel te houden. Nu de wetgever zelf in art. 22a lid 1 Fw (het recht tot) overdracht van de levensverzekering niet heeft aangemerkt als een bevoegdheid die buiten de boedel valt, maar de uitoefening van die bevoegdheid in art. 22a lid 2 Fw slechts afhankelijk heeft gesteld van de toestemming van de failliet, terwijl een overdracht – anders dan een afkoop of wijziging van de begunstiging ten behoeve van de boedel – niet leidt tot een aantasting van de pensioenvoorziening, valt ook in het onderhavige geval het recht tot overdracht of het daarmee gelijk te stellen recht om een derde (de echtgenote) te machtigen om ten aanzien van de verzekering voor de verzekeringnemer te tekenen, niet buiten de boedel. [eiser] heeft aan deze overdracht zijn schriftelijke toestemming verleend, waarmee voldaan is aan de voorwaarde die in art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw wordt gesteld aan de uitoefening van de bevoegdheid tot overdracht door de curator. (rov. 9.7.3)

Ook de stelling dat de curator (in zijn hoedanigheid) onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij heeft nagelaten [eiser] erop te wijzen dat de beoogde afkoop een onverplichte inbreuk zou vormen op die oudedagsvoorziening, kan niet leiden tot toewijzing van de vorderingen van [eiser]. Bij de beoordeling van deze grondslag van de vordering zijn de navolgende feiten van belang. [eiser] was vanaf 1997 werkzaam als assurantieadviseur. Toen de curator hem berichtte dat hij voornemens was om over te gaan tot afkoop van de Delta Lloyd-polis, heeft [eiser] zelf aan de curator verzocht om mee te werken aan een overdracht van de Reaal-polis en de Delta Lloyd-polis om zodoende zijn oudedagsvoorziening veilig te stellen. [eiser] wist dus dat er een onderscheid was tussen een afkoop of wijziging van de begunstiging enerzijds en een overdracht anderzijds en dat deze verschillende rechtsfiguren tot een verschillend rechtsgevolg leiden. Daarbij gaf [eiser] aan de curator te kennen dat een overdracht van de polissen aan zijn echtgenote niet alleen van belang was om een uitwinning van de polissen tijdens het faillissement te voorkomen. Door een overdracht zou eveneens worden bewerkstelligd dat ook na de opheffing van het faillissement crediteuren zich niet op die polissen zouden kunnen verhalen, zodat zijn

pensioenvoorziening ook voor de toekomst zou worden veilig gesteld. [eiser] heeft in dit verband expliciet aan de curator kenbaar gemaakt dat van belang was dat zijn echtgenote na betaling van de overdrachtswaarde alle zeggenschap zou hebben over de overgenomen polissen. Voorts is van de zijde van de curator onbetwist gesteld dat hij [eiser] naar de advocaat van zijn echtgenote, mr. Arends, heeft verwezen. Mr. Arends behartigde in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser]. (rov. 9.8.1-9.8.3)

Art. 22a lid 1 Fw brengt mee dat een curator die van plan is om van de hem daarin toegekende bevoegdheden gebruik te maken, in beginsel verplicht is om zelfstandig te beoordelen of de failliet door de uitoefening van die bevoegdheden niet onredelijk wordt benadeeld. Mede gezien de hiervoor geschetste omstandigheden van het geval gaat in deze zaak die verplichting niet zover dat de curator zich, naar aanleiding van het verzoek van [eiser] om de polissen tegen vergoeding aan zijn echtgenote over te dragen, ervan had moeten vergewissen of [eiser] ermee bekend was dat (i) de bevoegdheid van de curator om de polissen tijdens het faillissement af te kopen of de begunstiging ervan te wijzigen beperkt was tot het geval dat [eiser] daardoor niet onredelijk benadeeld zou worden, en dat (ii) bij het uitblijven van een overdracht de polissen wellicht niet (volledig) zouden kunnen worden uitgewonnen door de curator. [eiser] was als assurantieadviseur deskundig op het terrein van levensverzekeringen en lijfrentes en kende het verschil tussen een overdracht enerzijds en afkoop dan wel wijziging van de begunstiging anderzijds. Het initiatief tot overdracht van de polissen ging van hem uit en had als doel om zijn pensioenvoorziening – ook voor de periode na de opheffing van het faillissement – veilig te stellen. Hij werd bijgestaan door mr. Arends, die ook optreedt als curator, en dus kennis heeft van het faillissementsrecht. Onder deze omstandigheden mocht de curator ervan uitgaan dat [eiser], voor zover hij er uit zichzelf al niet mee bekend was dat het recht van de curator tot afkoop of wijziging van de begunstiging van de polissen mogelijk beperkt was of het recht op afkoop of wijziging van de begunstiging mogelijk volledig buiten de boedel viel, hieromtrent op adequate wijze zou worden geïnformeerd door mr. Arends. Gelet op de uitlatingen van [eiser] en van mr. Arends mocht de curator er bovendien van uitgaan dat de echtgenote van [eiser] na de overdracht de pensioenvoorziening (ook) aan [eiser] ten goede zou laten komen.

De curator heeft dan ook niet onrechtmatig gehandeld jegens [eiser] door hem op dit punt niet uit eigen beweging nader te informeren. (rov. 9.8.4)

### 3 Beoordeling van het middel

3.1.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat onjuist of onvoldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof (in rov. 9.7.3) dat het recht tot overdracht van een levensverzekering niet een recht is dat buiten de faillissementsboedel valt. Het on-

derdeel betoogt dat het hof hiermee miskent dat ook een recht tot overdracht van een levensverzekering buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door overdracht onredelijk benadeeld wordt. Niet valt in te zien waarom art. 22a lid 1 Fw de schuldenaar, voor zover deze onredelijk wordt benadeeld, uitsluitend zou beschermen tegen het doen afkopen van een levensverzekering en niet ook tegen de overdracht ervan (tegen de afkoopwaarde), aldus het onderdeel.

3.1.2 Art. 22a lid 1 Fw bepaalt, voor zover hier van belang, dat buiten de boedel vallen het recht op het doen afkopen van een levensverzekering en het recht op het doen wijzigen van de begunstiging van een levensverzekering, voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door die afkoop of wijziging van begunstiging onredelijk wordt benadeeld. De curator is dus slechts bevoegd tot afkoop of wijziging van de begunstiging voor zover van een onredelijke benadeling geen sprake is. De strekking van deze bepaling is om een verzekeringnemer of andere begunstigde te beschermen tegen uitwinning in faillissement van een levensverzekering met een verzorgingskarakter waarvoor in andere regelingen geen of onvoldoende bescherming bestaat.<sup>1</sup> De maatstaf 'onredelijke benadeling' staat toe dat levensverzekeringen die niet of niet geheel nodig zijn ter verzorging van de oude dag of van nabestaanden, geheel of gedeeltelijk kunnen worden uitgewonnen.<sup>2</sup>

3.1.3 Art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw bepaalt dat de curator slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer overdracht is tot overdracht van de verzekering. Voor overdracht van een levensverzekering in faillissement geldt dus een ander wettelijk regime dan voor afkoop van de verzekering en wijziging van de begunstiging.

3.1.4 De in art. 22a lid 1 Fw opgenomen beperking van het recht van de curator om een levensverzekering te doen afkopen of de begunstiging ervan te doen wijzigen (zie hiervoor in 3.1.2) en de in art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw opgenomen beperking van het recht van de curator om een levensverzekering over te dragen (zie hiervoor in 3.1.3), vormen uitzonderingen op de hoofdregel dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden (art. 3:276 BW) en moeten daarom in beginsel strikt worden uitgelegd.<sup>3</sup> Beide bepalingen bieden de verzekeringnemer in geval van diens faillissement bescherming, zij het op verschillende wijze, tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter. Gelet op een en ander is er geen grond om op de bevoegdheid tot overdracht door de curator van een levensverzekering, naast de wettelijke beperking van toestemming van de verzekeringnemer, de niet in de wet opgenomen beperking aan te brengen dat de verzekeringnemer

1 *Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20, p. 5; *Kamerstukken I* 1997/98, 22969 en 23429, nr. 297, p. 1.

2 *Kamerstukken I* 1997/98, 22969 en 23429, nr. 297, p. 2.

3 Vgl. HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474 (NJ 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde; red.), rov. 3.3.1.

door die overdracht niet onredelijk benadeeld wordt. Het onderdeel faalt derhalve.

3.2.1 Onderdeel 2 is gericht tegen de verwerping door het hof van het betoef van [eiser] dat de curator onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door na te laten te onderzoeken of [eiser] ervan op de hoogte was dat de curator slechts tot afkoop van de levensverzekeringen kon overgaan voor zover [eiser] daardoor niet onredelijk zou worden benadeeld en dat de door [eiser] beoogde instandhouding van de levensverzekeringen dus ook zonder overdracht gewaarborgd zou kunnen worden, en door [eiser] daarover niet te informeren. Het onderdeel klaagt onder meer dat het oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting of onbegrijpelijk is voor zover het steunt op de omstandigheden

- dat [eiser] de overdracht van de polissen geïnitieerd heeft;
- dat instandhouding van de pensioenvoorziening voor [eiser] de reden was om de curator te verzoeken de levensverzekeringen over te dragen;
- dat mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [eiser] behartigde;
- dat [eiser] als doel had om zijn pensioenvoorziening ook voor de periode na de opheffing van het faillissement veilig te stellen.

3.2.2 Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat de curator bij de uitoefening van zijn wettelijke taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening heeft te houden, hetgeen in het bijzonder aan de orde kan zijn wanneer het gaat om de voorziening in de eerste levensbehoeften van een particuliere gefailleerde.<sup>4</sup> Onder omstandigheden kan van de curator worden verlangd dat hij, wanneer hij op de voet van art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw de toestemming van de schuldenaar verkrijgt om tot overdracht van een levensverzekering over te gaan (zie hiervoor in 3.1.3 en 3.1.4), zich ervan vergewist of de schuldenaar die toestemming onder een juiste voorstelling van zaken geeft en dat hij de schuldenaar op zijn rechten ten aanzien van die verzekering wijst.

3.2.3 Blijkens de stukken van het geding in feitelijke instanties heeft [eiser] aangevoerd dat zijn voorstel tot overdracht van de levensverzekeringen een reactie vormde op het door de curator aangekondigde voornemen om tot afkoop over te gaan, en dat zijn voorstel werd ingegeven door zijn wens de levensverzekeringen in stand te houden en aldus zijn pensioenvoorziening te behouden. De klacht dat het hof in het licht van die stelling zijn oordeel niet zonder nadere motivering kon doen steunen op de omstandigheid dat het initiatief tot overdracht van de polissen van [eiser] uitging, is gegrond. In die stelling ligt immers besloten dat de curator, nu [eiser] het voorstel tot overdracht deed in reactie op het aangekondigde voornemen van de curator tot afkoop, had moeten begrijpen dat [eiser] zich er mogelijk niet van bewust was dat ingevolge art. 22a

lid 1 Fw (zie hiervoor in 3.1.2) de door hem beoogde instandhouding van de levensverzekeringen ook zonder overdracht gewaarborgd zou kunnen worden, en dat de curator hem daarop had moeten wijzen.

3.2.4 Verder blijkt uit de stukken van het geding in feitelijke instanties dat [eiser] ter gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg heeft verklaard dat mr. Arends hem in deze kwestie niet heeft bijgestaan, dat mr. Arends slechts heeft gefungeerd als de ontvanger van het geld en niet inhoudelijk betrokken was bij de deal, en dat mr. Arends aan [eiser] ook niets in rekening heeft gebracht. Daarop heeft de curator blijkens het proces-verbaal van die comparitie opgemerkt dat hij niet wist of mr. Arends inhoudelijk betrokken was bij de kwestie van de afkoop. Tegen de achtergrond van die stellingen kon het hof niet slechts op grond van de e-mailwisseling tussen mr. Arends en de curator en tussen [eiser] en mr. Arends (zie hiervoor in 2.1 onder (xiv) respectievelijk onder (xv)) oordelen dat [eiser] werd bijgestaan door mr. Arends en dat mede om die reden de curator zijn informatieplicht niet heeft geschonden. De klacht is ook in zoverre gegrond.

3.2.5 Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof mede aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd dat [eiser] als doel had om zijn pensioenvoorziening ook voor de periode na de opheffing van het faillissement veilig te stellen, slaagt het eveneens. Het onderdeel wijst met juistheid erop dat art. 479p lid 1, eerste volzin, Rv de schuldenaar buiten faillissement dezelfde waarborg biedt tegen afkoop of wijziging van de begunstiging van een levensverzekering als art. 22a lid 1 Fw in faillissement (zie hiervoor in 3.1.2). Voor zover het oordeel van het hof dat de curator [eiser] niet erover behoefde te informeren dat afkoop van de levensverzekeringen slechts zou kunnen plaatsvinden voor zover hij daardoor niet onredelijk zou worden benadeeld, erop berust dat [eiser] veiligstelling van de levensverzekeringen beoogde ook voor de periode na de opheffing van het faillissement, geeft het derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is het onvoldoende gemotiveerd.

3.3 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 12 februari 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 516,19 aan verschotten en € 2.600 voor salaris vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de curator deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

<sup>4</sup> Vgl. HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169 (NJ 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner; red.).

## Noot

1. Art. 22a Fw wil voorkomen dat de gefailleerde en zijn naasten verstoken raken van een oudedagsvoorziening in de vorm van een levensverzekering. Dat gebeurt op een nogal ingewikkelde manier. De levensverzekering – of beter: de daaruit voortvloeiende vorderingen – vallen ‘gewoon’ in de boedel, maar art. 22a lid 1 Fw bepaalt dat het recht om de levensverzekering af te kopen of de begunstiging te wijzigen buiten de boedel valt, voor zover de verzekeringnemer of de begunstigde daardoor onredelijk zou worden benadeeld. De curator heeft voor de uitoefening van beide bevoegdheden toestemming van de rechter-commissaris nodig (art. 22a lid 2 Fw). Het recht de levensverzekering te beleten valt sowieso buiten de boedel.

Over het recht de levensverzekering over te dragen, bepaalt art. 22a lid 2 Fw, laatste volzin niet meer dan dat de curator ‘[s]lechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer [...] bevoegd [is] tot overdracht van de verzekering’.

Het is de overdracht die in dit arrest aan de orde is. De volgende casus lag voor.

2. De curator stelt de gefailleerde op de hoogte van zijn voornemen twee beleggingsverzekeringen af te kopen. De gefailleerde – een assurantieadviseur – vreest fiscaal ongunstige consequenties en vraagt naar de mogelijkheden de polissen in stand te laten. Er ontstaat een onderhandelings situatie die erin resulteert dat wordt afgesproken dat de polissen, die een waarde van circa € 130.000 hebben, worden overgedragen aan de echtgenote van de gefailleerde, voor een bedrag van in totaal € 62.520, de waarde minus de bij afkoop verschuldigde 52 procent belasting.

Als het allemaal is afgewikkeld – overigens niet in de vorm van een formele overdracht maar door een machtiging door de curator van de echtgenote om voor de gefailleerde verzekeringsnemer te tekenen – krijgt de gefailleerde bedenkingen. Hij vordert terugbetaling van de waarde van de polissen en stelt dat het recht van overdracht buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of verzekeringnemer onredelijk zou worden benadeeld. Voor dat standpunt bestond enig aanknopingspunt in Hof Amsterdam 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768, waar in een schuldsaneringszaak in die zin werd beslist op grond van de strekking van het met art. 22a Fw equivalente art. 295a Fw.

De Hoge Raad wil er niet aan. Hij stelt de hoofdregel van art. 3:276 BW voorop (r.o. 3.1.4): de schuldenaar staat met zijn gehele vermogen in voor zijn schulden. Art. 22a vormt daarop een uitzondering en moet daarom – in beginsel – restrictief worden uitgelegd. Het lijkt me niet het sterkste argument. Of een uitzondering restrictief moet worden uitgelegd, is afhankelijk van de uitzondering en de hoofdregel. Vgl. HR 6 juli 2018, NJ 2019/109, m.nt. F.M.J. Verstijlen, waarin het schepelingenvoorrecht – een uitzondering op de hoofdregel van de paritas creditorum – niet restrictief wordt toegepast, waar dat

voorrecht strekt tot bescherming van zeevarenden met een vordering uit zee-arbeidsovereenkomsten. Bij art. 22a Fw zijn soortgelijke belangen in het geding; dat deze uitzondering restrictief moet worden uitgelegd, springt niet meteen in het oog.

Het tweede argument is overtuigender. Op zijn Gronings: het staat er niet. Het criterium van de onredelijke benadeling staat in het eerste lid, waar het ziet op de afkoop en de wijziging van de begunstiging, niet in het tweede lid, over de overdracht. Dat tweede lid beschermt de gefailleerde op een andere manier; niet door de bevoegdheid tot overdracht ten dele buiten de boedel te laten, zoals in het eerste lid, maar door instemming van de gefailleerde voor te schrijven. Dat is een bewuste keuze van de wetgever, al wijdde hij er in de *NvW, Kamerstukken II 1994/95, 22969, 20, p. 7* niet meer dan drie zinnen aan. Hij dacht aan de mogelijkheid voor de begunstigde de verzekering in stand te houden. Dat zal alleen gebeuren als dat per saldo verkieslijker is voor de gefailleerde verzekeringnemer – in casu tevens begunstigde – want anders hoeft hij er slechts zijn toestemming aan te onthouden. De curator valt dan terug op afkoop of wijziging van de begunstiging, met de zojuist bedoelde bescherming.

3. Die vorm van bescherming vereist dan wel dat de gefailleerde zijn situatie en mogelijkheden doorziet. Hier lijkt het in casu aan te hebben geschort. Toen de curator de gefailleerde van zijn voornemen tot afkoop op de hoogte stelde, met de opmerking dat hij aannam dat de gefailleerde geen bezwaar had, was het antwoord: “Heb ik een keuze?” Het lijkt erop dat de gefailleerde probeerde zijn oudedagsvoorziening te redden, niet wetende dat die al tot ten minste een bepaald niveau door art. 22a lid 1 Fw werd gewaarborgd en na de afwikkeling van het faillissement door art. 479p Rv.

Onwetendheid van de schuldenaar maakt de bescherming van art. 22a lid 2 Fw ineffectief, met het effect dat ook de bescherming van het eerste lid wegvalt, nu die na overdracht niet meer aan de orde komt. Dat wil de Hoge Raad voorkomen. Daartoe moet de curator zich er volgens r.o. 3.2.2 van vergewissen dat de gefailleerde zijn toestemming onder een juiste voorstelling van zaken geeft en hem op diens rechten wijzen.

Het is een aspect van de taakopdracht aan de curator, dat niet heel vaak op de voorgrond treedt. Het beheer en de vereffening van de boedel is hem primair in het belang van de gezamenlijke schuldeisers opgedragen, maar hij moet daarnaast rekening houden met de belangen van de schuldenaar, met name als diens eerste levensbehoeften in het geding zijn. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1981, NJ 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*), waar leveranties van gas en water aan de orde waren.

In casu gaat het om een ‘vergewis- en attenderingsplicht’ met het oog op het pensioen van de gefailleerde. Ik denk niet dat deze verplichtingen ver gaan. De curator is niet de advocaat van de gefailleerde. Vergewissen en attenderen is iets anders dan

adviseren. Er lijkt mij dan ook niets mis mee dat de curator de gefailleerde voor diens vraag of de schuldeisers na overdracht bij de nieuwe polishouder zouden kunnen aankloppen, doorverwees naar de advocaat van de beoogde verkrijgers (r.o. 2.1 onder (x)). Gaat de schuldenaar zonder deskundig advies verder, ook al heeft de curator hem geattendeerd op diens rechten, dan mag de curator diens keuze respecteren en heeft de schuldenaar de curator niets te verwijten als die keuze verkeerd blijkt uit te pakken. De schuldenaar is in zijn keuze autonoom.

4. Het hof had de verwijten van de schuldenaar ter zake afgewezen op feitelijke gronden die onjuist en in het licht van het debat onbegrijpelijk waren. Zo ging het hof er ten onrechte van uit dat de gefailleerde het initiatief voor de afkoop nam en dat hij werd bijgestaan door een advocaat, terwijl was aangevoerd dat die advocaat de echtgenote bijstond. De eerste omstandigheid lijkt mij niet bepalend: ook als het initiatief van de gefailleerde uitgaat, zal de curator zich ervan moeten vergewissen dat de gefailleerde een juiste voorstelling van zaken heeft.

Het leidt tot cassatie van het arrest van het hof.

5. Dat art. 22a Fw niet aan de overdracht in de weg stond, staat met dit arrest vast. De gefailleerde heeft zijn toestemming op grond van het tweede lid gegeven en daarmee ook de bescherming van het eerste lid 'weggetekend'. Het verwijzingshof zal zich opnieuw moeten buigen over de vraag of de curator voldoende heeft gedaan om te voorkomen dat de gefailleerde dat onvoldoende geïnformeerd heeft gedaan.

F.M.J. Verstijlen

## NJ 2021/287

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 februari 2021, nr. 19/03030  
(Mrs. M.V. Polak, G. Sniijders, C.H. Sieburgh,  
H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide;  
A-G mr. M.H. Wissink)  
m.nt. N. van Tiggele-van der Velde\*

Art. 3:37 lid 3, art. 7:928, 7:929 lid 1, art. 7:933 lid 1,  
art. 7:983 lid 3 BW

RvdW 2021/186  
NJB 2021/502  
RAV 2021/34  
ECLI:NL:PHR:2020:882  
ECLI:NL:HR:2021:178

**Verzekeringsrecht. Kennisgevingsplicht verzekerder (art. 7:929 lid 1 BW) bij beroep op schending mededelingsplicht verzekeringnemer; strekking;**

### nadeelsvereiste?; vermissing of overlijden verzekeringnemer; volstaat kennisgeving aan begunstigde?; stelplicht en bewijslast.

Art. 7:929 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeraar die ontdekt dat niet is voldaan aan de in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht van de verzekeringnemer, de gevolgen daarvan slechts kan invoeren indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen (hierna ook: de kennisgevingsplicht). Deze kennisgeving dient schriftelijk te geschieden (art. 7:933 lid 1, eerste volzin, BW). Hieraan ligt ten grondslag dat de verzekeraar zijn wederpartij niet in onzekerheid mag laten over de vraag of hij zich een beroep op schending van de mededelingsplicht wil voorbehouden, en de zaak niet op haar beloop mag laten. Het kan voor de verzekeringnemer van belang zijn snel duidelijkheid te hebben over de vraag of de verzekeraar dekking weigert. Gelet op doel en strekking van art. 7:929 lid 1 BW kan de verzekeraar de kennisgeving slechts doen aan de verzekeringnemer zelf, dan wel diens rechtsopvolger(s). De verzekeraar kan zich daarbij houden aan het laatste hem bekende adres van de verzekeringnemer dan wel diens rechtsopvolger(s). Dit volgt uit art. 7:933 lid 1, tweede volzin BW, waar met 'woonplaats' adres wordt bedoeld. De desbetreffende schriftelijke verklaring van de verzekeraar heeft haar werking op het moment dat zij op dat adres is afgeleverd (art. 3:37 lid 3 BW), ook indien de verzekeringnemer niet van de inhoud van die verklaring kan kennisnemen, bijvoorbeeld als gevolg van afwezigheid of vermissing. In geval van overlijden van de verzekeringnemer die tevens verzekerde is onder een levensverzekering kan de verzekeraar niet volstaan met een kennisgeving aan de eerst begunstigde of een andere derde, maar zal de kennisgeving moeten worden verzonden aan de erfgenaam of erfgenamen van de verzekeringnemer als diens rechtsopvolger(s) onder algemene titel. De verzekeraar kan zich houden aan het laatste hem bekende adres van de verzekeringnemer, zolang hem niet een ander adres is medegedeeld waarop de erven kunnen worden aangeschreven. De verzekeraar kan onder omstandigheden daarnaast gehouden zijn bepaalde derden, onder wie een begunstigde die zijn aanwijzing heeft aanvaard, in kennis te stellen van het beroep op niet-nakoming van de mededelingsplicht (zie art. 7:983 lid 3 BW). Indien de verzekeraar niet tijdig heeft voldaan aan de kennisgevingsplicht, kan hij zich niet meer op zijn rechten ter zake van de niet-nakoming van de mededelingsplicht beroepen. Dit gevolg treedt in ongeacht of de verzekeringnemer daadwerkelijk nadeel ondervindt van het niet tijdig voldoen aan de kennisgevingsplicht. De stelplicht en de bewijslast ter zake van de vraag of de verzekeraar aan de kennisgevingsplicht heeft voldaan, rusten op de verzekeraar.

\* Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde is hoogleraar verzekeringsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en Radboud Universiteit Nijmegen.