

9. Ten derde komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de rechter die constateert dat in de vorige instantie verzuimd is om de schorsing vast te stellen, dit alsnog in elke stand van het geding ambtshalve dient te doen en de bestreden uitspraak op die grond dient te vernietigen. Na die vernietiging dient de rechter die de zaak afhandelt, alsnog toepassing te geven aan de schorsingsregeling van art. 29 Fw.

10. De door de Hoge Raad gecreëerde helderheid is welkom. Een element waar het arrest nog lastig toe te passen kan zijn, betreft de zogenoemde "niet-verifieerbare vorderingen zonder zelfstandige betekenis" (HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/152, m.nt. Bakker (*SRC Cultuurvakanties*)). In dit arrest werd, kort samengevat, een verklaring voor recht gevorderd dat een arbeidsovereenkomst onverminderd voortduurde. Daarnaast werd betaling van loon gevorderd (een verifieerbare vordering). De Hoge Raad oordeelde dat eiser bij de verklaring voor recht geen ander belang had dan dat zijn verifieerbare vordering zou worden toegewezen. Om die reden had de gevorderde verklaring voor recht geen zelfstandige betekenis met als gevolg dat de Hoge Raad de hele procedure op grond van art. 29 Fw als geschorst aanmerkte.

11. Het is niet altijd goed vast te stellen wanneer sprake is van een niet-verifieerbare vordering zonder zelfstandige betekenis. Dat dit relevant is, blijkt uit een recent arrest van Hof Den Bosch (10 november 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3468). In dit arrest werd een aanhangige procedure waarin een verklaring voor recht werd gevorderd, voortgezet, terwijl de in diezelfde procedure aanhangige geldvordering werd geschorst en pas na opheffing van het faillissement werd voortgezet. Dit leidde tot een zeer onoverzichtelijke procesgang die voorkomen had kunnen worden indien de rechter de gehele procedure als geschorst zou hebben beschouwd. Ik meen dat een algehele schorsing in dit soort gevallen is gerechtvaardigd op grond van de eisen van een behoorlijke procesorde (zie ook Van Genugten in zijn noot bij HR 13 maart 2020, «JOR» 2020/161 (*X/BING*)).

mr. A.C.A.D. Bakker  
advocaat bij Dentons

## 76

### Onredelijke benadeling verzekeringnemer beperkt niet bevoegdheid tot overdracht van levensverzekering door curator

Hoge Raad

8 januari 2021, nr. 19/02377,

ECLI:NL:HR:2021:36

(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Wattendorff, mr. Lock, mr. Ter Heide)

(Concl. A-G Van Peurseem)

Noot mr. J.F.H.M. Bartels

**Overdracht levensverzekeringen aan echtgenote van failliet door curator. De bevoegdheid tot overdracht door de curator van een levensverzekering wordt niet beperkt door de voorwaarde dat de verzekeringnemer door die overdracht niet onredelijk benadeeld mag worden. Informatie- en vergewisplicht curator jegens failliet. Verwijzing naar onder meer HR 22 november 2002, «JOR» 2003/27, m.nt. Wessels (Oberdorf/Linssen q.q.). Samenhang met Vzng. Rb. Oost-Brabant 23 december 2016, «JOR» 2017/177, m.nt. Jansen. Vervolg op Rb. Oost-Brabant 21 september 2016, «JOR» 2017/176, m.nt. Jansen en Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2019, «JOR» 2019/140, m.nt. Kalff.**

[Fw art. 22a; BW art. 3:276, 6:162; Rv art. 479p lid 1]

*Art. 22a lid 1 Fw bepaalt 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 regelin-*

gen 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. Art. 22a lid 2, tweede volzin, Fw bepaalt dat de curator slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer bevoegd 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. 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 (HR 22 november 2002, «JOR» 2003/27, m.nt. Wessels). 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 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 (HR 20 maart 1981, ECLI:NL:1981:AG4169). 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, 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 heeft aangevoerd dat zijn voorstel tot overdracht van de levensverzekering

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 curator had, nu eiser het voorstel tot overdracht deed in reactie op het aangekondigde voornemen van de curator tot afkoop, moeten begrijpen dat eiser zich er mogelijk niet van bewust was dat ingevolge art. 22a lid 1 Fw de door hem beoogde instandhouding van de levensverzekeringen ook zonder overdracht gewaarborgd zou kunnen worden, en de curator had hem daarop moeten wijzen. Verder blijkt dat niet geoordeeld kon worden dat eiser werd bijgestaan door een advocaat en dat mede om die reden de curator zijn informatieplicht niet heeft geschonden. Art. 479p lid 1, eerste volzin, Rv biedt de schuldenaar buiten faillissement dezelfde waarborg tegen afkoop of wijziging van de begunstiging van een levensverzekering als art. 22a lid 1 Fw in faillissement. 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.

X,

eiser tot cassatie,  
advocaat: mr. J.H.M. van Swaij,  
tegen

mr. R. Arnoldus te Veghel, in zijn hoedanigheid  
van curator in het faillissement van X,  
verweerder in cassatie,  
advocaat: mr. M.A.J.G. Janssen.

### Conclusie Advocaat-Generaal (mr. 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 overna-

me 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 bestreden 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 repercurssies 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 verze-

keringnemer 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 hiertegen 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 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. Kalf, rov. 9.7.2.

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

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.

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.”

1.6. Op 19 april 2013 zond [eiser] een e-mail aan de curator met informatie en vragen, onderver-

deeld 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 “Afkoop/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/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 [004] 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 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 echtge-

note/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 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.?”

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 € 131.203,00 (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 rechtercommissaris 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. (...)”

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 verzekeringsnemer 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 verzekeringsnemer (...)

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 € 131.203,00 ge-

stort 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 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 [betrokkene 1],

Hierbij een formulier om mijn levenslooptrekening [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 Levenslooptrekening 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 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).

1.25. 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.

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 € 130.200,00 op een banklijfrenterekoning 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.”

1.27. In eerste aanleg heeft de rechtbank overwogen<sup>3</sup> dat de Levenslooptrekening niet te gelden heeft als een lijfrentespaar rekening of lijfrentebestemmingsrecht 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 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, 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 levensverzekeringopolissen (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 levensverzekeringopolissen 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.

3 Rb. Oost-Brabant 21 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5154, JOR 2017/176 m.nt. Janzen.

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 levensonderhoud. 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:

“9.7.1. 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 € 62.520,00 (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).

9.7.2. 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 ver-

mogenswaarde. 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 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 af-

koop 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 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.<sup>7</sup>

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 schade-

vergoedingsvordering 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 tégen de boedel (de curator is immers in zijn hoedanigheid aangesproken) en omdat [eiser] niet procesbevoegd zou zijn voor zover een schadevergoedingsvordering 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

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

5 Vp. vt.1.

6 PJ 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.E.H.M. Bartels, Levensverzekering in faillissement; een onderzoek naar het

gesloten sommenverzekering is met dien verstande dat een ongevalverzekering 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, vgl. 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 beschermen<sup>9</sup>. Daaromtrent is in de faillissements-

wet 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 verworft. 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

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.

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.

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:

a. het recht op het doen afkopen van een levensverzekering voorzover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt;

b. 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;

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 oude-dags- 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)pensioenregelingen, lijfrenten e.d.<sup>18</sup>. De wettelijke waarborg is hier dat de rech-

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 (nadere 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 Bock 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, PJ 2011/11, m.nt. W.M.A. Kalkman en verder Hof Amsterdam 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:BM2847, PJ 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

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

ter-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 gefacili-

teerde lijfrenteverzekering<sup>21</sup>, waarbij premies voor periodieke uitkeringen mede op de 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 wèl 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>:

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 (PJ 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
- 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

“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. Volgens 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 bescher-

ming 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 schuldeisers in de schuldsanering niet van hem gevergd 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

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.

28 Vp. vt. 11.

29 Bij repliek (p. 2) betoogt [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 toepas-

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.”

sing 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>.

31 Wessels Insolventierecht IV 2020/4217-4218 onder verwijzing naar Verstijlen, 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:AG4169, NJ 1981/640 (*Veluwe Nutsbedrijven/Blokland*); Wessels Insolventierecht IV 2020/4218-4220; R. Mulder, “It takes two to tango”: Informatieverschaffing 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.

2.16. De Faillissementswet kent geen specifieke regeling over eventuele informatieplichten van de 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 (cursivering A-G):

“De curator waarborgt de gerechtvaardigde belangen van alle bij de insolventieprocedure be-

trokken 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 rechtens 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.*

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/SiteCollectionDocuments/Rr\\_model\\_verzoek\\_verkoop.pdf](https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/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).

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 beoogt 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 beoogde 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, voorvoorraatste 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 blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of de door dit subonderdeel bestreden oordelen niet naar behoren gemotiveerd.

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.

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

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 er mischien 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 constituendum*; 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 klachtlijn 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 voorneemen 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 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, voorvoorlaatste volzin, dat overdracht anders dan afkoop of begunstigingswijziging 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 in beginsel 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.

44 P. 1 onderaan.

45 ECLI:NL:PHR:2019:811.

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 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.

3.13. De klacht lijkt mij grotendeels<sup>49</sup> doel te treffen. Het initiatief tot afkoop van één van de le-

46 In korte recapitulatie: [eiser] was vanaf 1997 werkzaam als assurantieadviseur, hij heeft op het voorneemen 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/begunstigingswijziging 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.

47 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.

48 Verwezen wordt naar Kamerstukken I 1997-1998, 22969 en 23429, nr. 297, blz. 1.

49 Niet v.z.v. bij wege van herhaling van zetten wordt geklaagd dat bij overdracht ook het vereiste van onrede-

vensverzekeringen ging uit van de curator (vgl. hiervoor 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 levensverzekeringen behoorden tot zijn oudedagsvoorziening (vgl. hiervoor in 1.8). Vervolgens zijn partijen gaan onderhandelen over overdracht van de levensverzekeringen<sup>50</sup>. Gegeven de ratio van art. 22a Fw had dat reden moeten zijn voor de curator om te onderzoeken hoe [eiser] oudedagsvoorziening eruit zag (vgl. in gelijke zin rov. 4.3.9 van het rechtbankvonnis) en met hem onder ogen te zien dat de mogelijkheid 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 omstandigheden in mijn ogen onvoldoende aan afdoen. [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 afkoopwastie een keus had. Als de levensverzekeringen een verzorgingskarakter hadden (het hof heeft dit verder niet vastgesteld<sup>51</sup>, de rechtbank wel in rov. 4.3.6-4.3.8, hiervoor weergegeven in 1.27), genoot [eiser] immers bijzondere bescherming. 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 curator behelst om zelfstandig te beoordelen of de

failliet door de uitoefening van de bevoegdheden tot afkoop en begunstigingswijziging onredelijk wordt benadeeld, maar dat dat niet betekent dat de curator 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 levensverzekeringen 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 curator 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 oudedagsvoorziening, niet wetende dat hij bijzondere bescherming genoot als de levensverzekeringen een verzorgingskarakter hadden<sup>52</sup>. Daar wordt terecht over geklaagd 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 deskundig moge zijn geweest op het terrein van levensverzekeringen en lijfrentes, maar dat dat nog niet hoeft te betekenen dat [eiser] zich bewust was van de bescherming die hij mogelijk genoot op basis van art. 22a Fw, waar het hier om gaat. [eiser] heeft die wetenschap betwist<sup>53</sup>. Hij heeft de curator op diens initiële afkoopvoorstel ook gevraagd of hij een alternatief 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 inhoudelijk betrokken was bij de deal en dat mr.

lijke benadeling moet worden getoetst. Dat zagen we bij de bespreking van onderdeel 1 al sneuvelen.

50 Uitsluitend het voorstel tot overdracht van de levensverzekeringen 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 aangeboden, vgl. de MvA onder 146.

52 Vgl. hierover ook hierna subonderdeel 2.3.1.

53 Vgl. de comparitieaantekeningen van [eiser] van 22 december 2015, onder 2.

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

Arends dan ook niets bij [eiser] in rekening heeft gebracht. Daarop 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 [eiser] 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 overdracht 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 afwijking van afkoop zodat zijn pensioenvoorziening in stand zou blijven. Toen later over overdracht gesproken werd, zei [eiser] dat hij (ook) wilde voorkomen dat een crediteur zich in de toekomst op de levensverzekeringen zou verhalen (vgl. hiervoor in 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 hofoordeel 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.

<sup>55</sup> Vgl. hierover ook hierna subonderdeel 2.3.3.

<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*.

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* beklagt 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 hiervoor al is besproken in 3.15: voor zover het aangevallen oordeel is gebaseerd op de over-

weging 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

(...; *red.*)

#### 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 'aankloppen', heb ik u verwezen naar de advocaat van uw echtgenote danwel de advocaat van uw broer. Ik doe daarover geen uitspraken. Afsproken 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."

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

"Geachte [betrokkene 1],

Hierbij mijn opmerkingen/aanvullingen aan gaande 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:

Soort	Maatschappij	polisnummer	waarde	belasting	overnamebedrag
lijfrente	Reaal	[001]	€ 91.500	52%	€ 43.920
lijfrente	Delta Lloyd	[002]	€ 38.700	52%	€ 18.600

(...)

*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], [betrokke-

ne 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 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 verzekeringsnemer (...)"

(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 daardoor 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 uitspraken 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 onderdeel 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 bevoegd 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

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.

bepanking 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 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 betoog 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] daarvoor 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

3 Vgl. HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474 («JOR» 2003/27, m.nt. Wessels (Oberdorf/Linssen q.q.); *red.*), rov. 3.3.1.

4 Vgl. HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169.

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 (...; *red.*).

#### NOOT

1. Heeft de gefailleerde een levensverzekering afgesloten, dan zal de curator moeten onderzoeken of de daarin besloten waarde ten behoeve van de schuldeisers kan worden uitgewonnen. Uitwinning dient te geschieden conform de regels van art. 22a Fw. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat uitwinning van een levensverzekering door middel van afkoop of wijziging van

de begunstiging slechts is toegestaan, voor zover de begunstigde of verzekeringsnemer daardoor niet onredelijk wordt benadeeld. Van onredelijke benadeling is sprake indien de verzekering een verzorgingskarakter heeft in die zin dat de toekomstige uitkeringen onder de verzekering noodzakelijk zijn ter verzorging van de oude dag van de verzekerde, begunstigde of voor nabestaanden.

2. Wenst de curator de levensverzekering niet door middel van afkoop of wijziging van begunstiging, maar door middel van overdracht van (de rechten verbonden aan) die verzekering te gelde te maken, dan geldt op basis van het tweede lid van art. 22a Fw dat hij daarvoor schriftelijke toestemming van de verzekeringsnemer nodig heeft. De voorwaarde dat geen sprake mag zijn van onredelijke benadeling, wordt bij overdracht van de verzekering niet gesteld.

3. Desalniettemin oordeelde het Hof Amsterdam op 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768 dat de onredelijkebenadelingsmaatstaf óók moet worden toegepast ingeval de curator een levensverzekering door middel van overdracht uitwint.

4. Ook in de onderhavige zaak, waarin de curator toestemming voor de overdracht van de levensverzekering van de gefailleerde (tevens verzekeringsnemer) had verzocht én verkregen, werd in eerste aanleg geoordeeld dat de curator had moeten toetsen "of er nog voldoende oudedagsvoorziening voor de gefailleerde overblijft", aldus de Rechtbank Oost-Brabant in haar vonnis van 21 september 2016, «JOR» 2017/176, m.nt.

J.B.A. Jansen. Nu de curator dat niet had getoetst, heeft hij onzorgvuldig en onrechtmatig jegens gefailleerde gehandeld, zo oordeelde de rechtbank

5. Dit oordeel werd in hoger beroep vernietigd. In zijn vonnis van 12 februari 2019, «JOR» 2019/140, m.nt. Kalff oordeelde het Hof Den Bosch dat de wetgever bovengenoemd onderscheid tussen afkoop en wijzigen van begunstiging enerzijds en overdracht anderzijds niet voor niets heeft gemaakt. Het hof meende voorts dat de rechter grote terughoudendheid past om de uitoefening van bepaalde rechten buiten de boedel te houden, zulks mede gelet op het arrest Oberdorf/Linssen q.q. (HR 22 november 2002, «JOR» 2003/27, m.nt. Wessels), waaruit een strikte toepassing van uitzonderingen op de hoofdregel van art. 20 Fw vloeit. Het hof oordeelde dan ook dat de curator voor bevoegdelijke overdracht

van de levensverzekering louter afhankelijk was van de toestemming van de verzekeringsnemer (alias gefailleerde), die was gegeven.

6. Met twee tegenstrijdige hofuitspraken lag casusatie voor de hand. De Hoge Raad kiest voor de lijn van het Hof Den Bosch. Hij stelt vast dat de eerste twee leden van art. 22a Fw op verschillende wijze bescherming bieden tegen uitwinning van levensverzekeringen met een verzorgingskarakter en ziet geen grond om bij uitwinning door middel van overdracht de niet in de wet opgenomen benadelingstoets aan te brengen. Met andere woorden: toestemming van de verzekeringsnemer is voldoende voor de curator om tot overdracht van de verzekering over te mogen gaan. Of de overdracht leidt tot onredelijke benadeling, is in dit verband irrelevant.

7. Daarmee leek de zaak voor de gefailleerde beslecht. Die had immers schriftelijke toestemming (per e-mail) voor overdracht gegeven, waarmee voor het Hof Den Bosch de kous min of meer af was.

8. Zo niet voor de Hoge Raad. Die komt, na een uitgebreide exegese van het e-mail- en briefverkeer (in het arrest worden maar liefst tien e-mails en brieven, veelal volledig, geciteerd), tot de conclusie dat het oordeel van het hof dat de curator *niet* onrechtmatig jegens de gefailleerde heeft gehandeld, ondeugdelijk is gemotiveerd. Dat oordeel stelde in belangrijke mate op de vaststelling dat de overdracht van de levensverzekering op initiatief van de gefailleerde geschiedde. Gefailleerde had namelijk aan de curator voorgesteld de polis over te dragen, teneinde de daarin opgebouwde waarde zoveel mogelijk in stand te houden als pensioenvoorziening.

9. Het voorstel van gefailleerde om de polis over te dragen, zo stelt de Hoge Raad echter vast, was een *reactie* op de door de curator aangekondigde afkoop van de polis. Blijkens de daaropvolgende correspondentie verkeerde de gefailleerde steeds in de veronderstelling dat de polis hoe dan ook zou worden uitgewonnen, hetzij door middel van afkoop, hetzij door overdracht. Gefailleerde koos om die reden voor de voor hem minst nadelige optie, te weten overdracht.

10. De vraag die dus voorlag, was of de curator gefailleerde had moeten inlichten over diens rechtspositie met betrekking tot de uitwinning van de polis. De Hoge Raad beantwoordt die vraag volmondig bevestigend. In een generieke overweging (r.o. 3.2.2) stelt hij vast dat het uit-

gangspunt is dat de curator bij de uitoefening van zijn taak óók met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening moet houden, in het bijzonder wanneer het gaat om de voorziening in de eerste levensbehoeften van een particuliere gefailleerde. Hij voegt daaraan toe dat onder omstandigheden van de curator kan worden verlangd dat hij, wanneer hij op de voet van art. 22a lid 2 Fw toestemming verkrijgt om een levensverzekering over te dragen, zich ervan vergewist dat de gefailleerde die toestemming onder een juiste voorstelling van zaken geeft, en dat hij de gefailleerde op zijn rechten ten aanzien van die verzekering wijst.

11. Deze norm lijkt sterk geïnspireerd op de – door de A-G in zijn conclusie geciteerde – *praktijkregels van Insolad*. Daarin is onder meer vastgelegd dat een curator ook ten opzichte van de gefailleerde zo transparant mogelijk dient te zijn, hij/zij zich aan de in die regels geformuleerde “grondbeginselen” dient te houden en hij/zij betrokken partijen, inclusief de schuldenaar, zo nodig op hun rechten dient te wijzen (toelichting bij art. 1.1 van de praktijkregels (<https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/>)). Hoewel de Insolad-praktijkregels geen dwingend karakter hebben, kent de Hoge Raad aan deze regels wel degelijk betekenis toe, zoals al was gebleken uit HR 4 oktober 2019, «JOR» 2019/269, m.nt. Mulder (*Ruwaard van Putten*). Met het onderhavige arrest maakt de Hoge Raad opnieuw duidelijk dat deze regels niet vrijblijvend zijn en aan kracht winnen als het gaat om particuliere gefailleerden. In dat geval komt een verzwaarde “zorgplicht” op de curator ten opzichte van de gefailleerde te rusten.

12. In het onderhavige geval was gefailleerde duidelijk op het verkeerde been gezet – om niet te zeggen misleid – door de met nogal wat aplomb aangekondigde afkoop van de levensverzekering. Dat de curator daar uiteindelijk geen garen bij spint, bevredigt het rechtsgevoel. De generieke (gedrags)regel die de Hoge Raad formuleert, heeft evenwel een breder bereik dan enkel het voorkomen van dwaling en misleiding bij uitwinning van levensverzekeringen; de regel noopt curatoren tot het zorgvuldig documenteren van de uitwinning van een levensverzekering door middel van overdracht, zodat indien nodig, kan worden aangetoond dat gefailleerde weet dat hij (i) tot het geven van toestemming tot overdracht van een levensverzekering niet ver-

plicht is en (ii) beschermd wordt tegen uitwinning van de levensverzekering door middel van afkoop of wijziging van begunstiging, doordat zulks niet mogelijk is (a) bij levensverzekeringen met een verzorgingskarakter en (b) zonder toestemming van de rechter-commissaris.

mr. J.F.H.M. Bartels  
advocaat bij Labré Advocaten te Amsterdam

## 77

### Afkoelingsperiode en opheffing beslag in eerste WHOA-zaak

Rechtbank Den Haag  
15 januari 2021, rekestnr. C/09/605372/FT RK 21/9 HO, ECLI:NL:RBDHA:2021:198  
(mr. Cats, mr. Damsteegt-Molier, mr. Bosch)  
Noot mr. dr. O. Salah

**Toewijzing verzoek tot de afkondiging van een afkoelingsperiode en het opheffen van beslagen in het kader van de voorbereiding van de homologatie van een onderhands akkoord. Ontvankelijkheid. Summierlijk gebleken van noodzakelijkheid afkoelingsperiode. Belangen beslagleggers niet geschaad bij opheffing van de beslagen.**

[Fw art. 370, 376]

Verzoeker heeft op 5 januari 2021 een verklaring als bedoeld in art. 370 lid 3 Fw gedeponeerd ter griffie van de rechtbank. Hij heeft toegezegd dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw zal aanbieden. Verzoeker heeft voldoende deugdelijk en concreet onderbouwd met welke middelen hij binnen deze termijn een akkoord kan aanbieden aan zijn schuldeisers. Verzoeker kan dan ook worden ontvangen in zijn verzoek om een afkoelingsperiode.

Summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door verzoeker gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Dit geldt ook in de huidige situatie, waarin verzoeker bij de winkelverkoop beperkingen van de coronamaatregelen ondervindt.

*Het bij elkaar houden en kunnen voortzetten van de onderneming is een belangrijk onderdeel van het beoogde akkoord. Uit de stellingen van verzoeker volgt dat indien de onderneming kan worden gecontinueerd, een derde bereid is om een bedrag van € 50.000 ten behoeve van een akkoord ter beschikking te stellen. Ook volgt daaruit dat met een akkoord een hogere uitkering aan de schuldeisers zal kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement; een faillissement dat zonder totstandkoming van een akkoord waarschijnlijk onafwendbaar zal zijn. Niet onaannemelijk is dat de opbrengst van de verkoop van de activa in een faillissementssituatie geheel of grotendeels zal opgaan aan faillissementskosten en het salaris van de curator. Dit alles maakt dat thans summierlijk is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het gelasten van een afkoelingsperiode; een afkoelingsperiode waarvan eveneens summierlijk is gebleken dat die noodzakelijk zal zijn ter voorbereiding van een akkoord dat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode zal dan ook worden toegewezen.*

*Summierlijk is gebleken dat de beslagleggers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad door opheffing van de beslagen. De inventaris zal de komende periode slechts beperkt worden gebruikt en zal daardoor niet wezenlijk in waarde dalen. Verzoeker is voor zijn omzet met name afhankelijk van winkelverkoop. Bovendien is voldoende aannemelijk geworden dat het niet vrijelijk kunnen beschikken over inventaris en voorraad en (de aankondiging van) een executoriale verkoop daarvan de kans op het realiseren van externe financiering doet dalen en zal kunnen leiden tot een spoedig faillissement, waarin (ook) de beslagleggers niets zullen ontvangen. Het verzoek tot opheffing van de beslagen zal eveneens worden toegewezen.*

X,  
verzoeker,  
advocaat: mr. drs. M. Vriezekolk.

(...; red.)

### 2. De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten: