

Kan van de curator worden verlangd dat hij, wanneer hij toestemming verkrijgt tot overdracht van een levensverzekering, nagaat of de schuldenaar die toestemming onder een juiste voorstelling van zaken geeft?

Bb 2021/73

1. Inleiding

Een faillissement is – over het algemeen – voor veel betrokkenen en zeker voor de gefailleerde zelf een noviteit. Een curator verliest nog wel eens uit het oog dat hij een kennisvoorsprong ten opzichte van de gefailleerde heeft. In hoeverre moet een curator onderzoeken of de gefailleerde een juiste voorstelling van zaken heeft en wanneer moet hij gefailleerde (extra) inlichten? Die onderzoeks- en informatieplicht gaat ver, zo oordeelde de Hoge Raad recent in zijn arrest van 8 januari 2021 (ECLI:NL:HR:2021:36²), dat ging over het te gelde maken van een levensverzekering door een curator. Tegelijkertijd hakte de Hoge Raad een knoop door over het verschil tussen afkoop en overdracht in faillissement van een levensverzekering door een curator.

Ik zal beide rechtsvragen en het antwoord van de Hoge Raad daarop hieronder bespreken, nadat ik eerst kort de casus en het juridisch kader heb geschetst.

2. Casus en juridisch kader

Het betrof hier het faillissement van een zelfstandig assurantieadviseur (een eenmanszaak). In dit faillissement trof de curator een levensverzekering, waarvan de gefailleerde de begunstigde was, in zijn boedel aan. Hoofddregel is dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden en dat schuldeisers zich op alle goederen van de schuldenaar kunnen verhalen tenzij de wet of overeenkomst anders bepaalt (art. 3:276 BW). In de Faillissementswet is dat verwoord door het beginsel dat het faillissement om die reden ook het gehele vermogen van de gefailleerde omvat (art. 20 Fw).

Ongetwijfeld met die hoofddregel in zijn achterhoofd meldde de curator zich vervolgens bij de gefailleerde met de mededeling dat hij de levensverzekering wilde afkopen (“*ik wil tot afkoop van de [...] polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?*”). Gefailleerde antwoordde veelzeggend met een schijnbaar retorische vraag: “*Heb ik een keuze?*”.

Blijkbaar was gefailleerde in de veronderstelling dat de curator de levensverzekering zonder meer te gelde kon maken in het faillissement, hetgeen hij wilde voorkomen.

De levensverzekering diende namelijk als oudedagsvoorziening. Om die reden stelde gefailleerde voor om de levensverzekering over te dragen aan zijn echtgenote tegen betaling van een vergoeding aan de curator, hetgeen geschiedde. Gefailleerde dwaalde. Op de hierboven aangehaalde hoofdregel van art. 20 Fw worden namelijk in art. 21-22a Fw enkele uitzonderingen geformuleerd. Voor levensverzekeringen bepaalt art. 22a lid 1 Fw dat het recht tot afkoop en het recht tot wijzigen van de begunstiging niet in de boedel valt als dit onredelijk benadelend wordt geacht. Afkoop en wijziging is onredelijk benadelend als de levensverzekering een verzorgingskarakter heeft, bijvoorbeeld omdat de verzekering ziet op de oude dag van de gefailleerde of is afgesloten ten behoeve van nabestaanden. Om diezelfde reden kan buiten faillissement in een dergelijk geval ook geen beslag op de levensverzekering worden gelegd (art. 474bb lid 4 Rv). De (eerste) toets of de afkoop of wijziging onredelijk benadelend is, wordt verricht door de rechter-commissaris, zonder wiens toestemming de curator niet kan overgaan tot het uitoefenen van die rechten (art. 22a lid 2 Fw). Tegen de beslissing van de rechter-commissaris om de curator toestemming te verlenen om de verzekeringen af te kopen of om de begunstiging te wijzigen, staat hoger beroep open bij de rechtbank (art. 67 Fw).

Naast de afkoop en wijziging kan de verzekering door de curator ook worden overgedragen. Daarvoor is op grond van de tweede volzin van art. 22a lid 2 Fw de schriftelijke toestemming van de verzekeringsnemer nodig.

3. Onredelijke benadelingsmaatstaf ook bij overdracht?

Het verschil tussen enerzijds afkoop en wijziging en anderzijds overdracht is onduidelijk geformuleerd in art. 22a Fw. Dat komt doordat de derde optie (overdracht) niet als zelfstandige bepaling is geformuleerd, maar direct als slotzin volgt op de wijze van toetsing van de onredelijke benadelingsmaatstaf voor afkoop en wijziging in lid 2 van art. 22a Fw. De vraag die voorlag, was dan ook of die maatstaf voor afkoop en wijziging ook geldt voor de overdracht van een levensverzekering.

Die vraag was gerechtvaardigd, want er lagen op het moment van cassatie twee tegenstrijdige arresten van gerechtshoven. Het Hof Amsterdam (17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768) had eerder geoordeeld dat die maatstaf inderdaad ook voor overdracht geldt, dus dat een verzekering alleen kan worden overgedragen als dit niet onredelijk benadelend is, terwijl het Hof 's-Hertogenbosch,

¹ Mr. E.S. Ebels is advocaat bij UdinkSchepel advocaten.

² Passages uit deze bijdrage zijn door de auteur eerder gebruikt in zijn annotatie van het arrest in *JIN* 2021/25. Het arrest is verder geannoteerd door J.F.H.M. Bartels in *JOR* 2021/76.

in de procedure die tot dit arrest leidde (12 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:498), juist oordeelde dat die maatstaf niet van toepassing is bij overdracht.

De Hoge Raad komt tot het oordeel dat voor de overdracht van een verzekering een ander wettelijk regime geldt dan voor de afkoop en de wijziging van de begunstiging en dat voor overdracht van een levensverzekering door de curator geen onredelijke benadelingsmaatstaf geldt.

Het is niet duidelijk waarom de wetgever heeft gekozen voor twee wettelijke regimes.³ De A-G gaf in zijn conclusie nog een voorzet aan de Hoge Raad om voor afkoop, wijziging en overdracht hetzelfde criterium te hanteren,⁴ maar de Hoge Raad wil daar niet aan. Onder verwijzing naar zijn arrest van 22 november 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AE8474) wijst de Hoge Raad erop dat afkoop, wijziging en overdracht uitzonderingen op de hoofdregel van art. 3:276 BW en art. 20 Fw zijn en daarom in beginsel strikt worden uitgelegd.

Conclusie is dat de curator een levensverzekering alleen mag afkopen of wijzigen als die levensverzekering geen verzorgingskarakter heeft. Overdracht van een levensverzekering kan daarentegen alleen met schriftelijke toestemming van de gefailleerde, ongeacht het karakter van de levensverzekering. Dat betekent dat gefailleerde de mogelijkheid voor overdracht zelf in de hand heeft, terwijl bij afkoop of wijziging de rechter-commissaris het uiteindelijke oordeel velt.

4. Informatieplicht

In de casus die voorlag had de gefailleerde weliswaar zijn schriftelijke toestemming verleend voor overdracht van de polis aan zijn echtgenote, maar hij had dit gedaan in de veronderstelling dat dit de enige manier was om de verzekering (zijn oudedagsvoorziening) in stand te houden. Dat was niet zonder meer het geval. Als de rechter-commissaris immers het standpunt van gefailleerde omtrent het karakter van de levensverzekering had gevolgd en zijn toestemming voor afkoop had onthouden, dan had de curator die levensverzekering niet kunnen afkopen. Dan was het recht tot afkoop niet in de boedel gevallen en was een overdracht tegen betaling aan de curator niet nodig geweest om de verzekering buiten de boedel te houden.

De vraag was dus of de curator onrechtmatig had gehandeld jegens de gefailleerde door hem niet te wijzen op de verschillende mogelijkheden van het te gelde maken van de levensverzekering in faillissement en de verschillende criteria daarvoor.

Dat de curator bij de uitoefening van zijn taak niet alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient, maar ook rekening moet te houden met de belangen van de gefailleerde, heeft de Hoge Raad al beslist in het arrest Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. (Hoge Raad 20 maart 1981, NJ 1981/640).

Het Hof had in deze zaak geoordeeld dat gegeven de omstandigheden van het geval de curator niet onrechtmatig

had gehandeld. Het Hof achtte onder meer van belang dat de gefailleerde de overdracht zelf had geïnitieerd, dat gefailleerde werkzaam was (geweest) als zelfstandig assurantiëadviseur (en dus het verschil tussen overdracht en afkoop kende), dat gefailleerde ter zake juridisch was bijgestaan en dat overdracht was ingegeven vanuit de wens van gefailleerde om de polis ook na het opheffen van het faillissement uit het zicht van verhaalzoekende schuldeisers te houden.

De Hoge Raad oordeelt anders. Hij stelt dat, zelfs als de curator de schriftelijke toestemming van de gefailleerde heeft voor de overdracht van een levensverzekering, het onder omstandigheden van de curator kan worden verlangd dat hij zich ervan vergewist of gefailleerde deze toestemming onder de juiste voorstelling van zaken heeft gegeven. De curator had in dit geval moeten begrijpen dat gefailleerde zich mogelijk niet bewust was dat zonder schriftelijke toestemming de instandhouding van zijn oudedagsvoorziening mogelijk via een andere route, zonder overdracht, kon worden gewaarborgd. De curator had gefailleerde daarop moeten wijzen, aldus de Hoge Raad.

In dit geval had het behoud van de polis bereikt kunnen worden via de route van onredelijke benadeling of door het onthouden van toestemming voor overdracht. De toets van de onredelijke benadeling geldt ook buiten (en dus na het beëindigen van het) faillissement. Op grond van art. 479p lid 1, eerste volzin, Rv is het niet mogelijk voor verhaalzoekende schuldeisers om beslag op een levensverzekering te leggen als dat onredelijk bezwarend is. De maatstaf van de onredelijke benadeling blijft dus bestaan nadat het faillissement is opgeheven. Overdracht van de polis was in dit geval dus niet noodzakelijk om het beoogde doel te bewerkstellen.

Wat mij betreft valt er veel te zeggen voor dit oordeel van de Hoge Raad. Gefailleerde was weliswaar kundig voor wat betreft verzekeringen en behoort het verschil tussen afkoop en overdracht te kennen, dat geldt alleen niet voor de juridische (on)mogelijkheid om een levensverzekering in een – voor hem – atypisch geval als faillissement uit te winnen. Hij werd geconfronteerd met een curator die hem deed vermoeden dat hij geen andere keuze had, terwijl die wel degelijk bestond. Daarover had de curator hem moeten inlichten.

5. Conclusie

Curatoren doen er goed aan om in dit soort gevallen te verifiëren en vast te leggen dat de gefailleerde op de hoogte is van zijn wettelijke rechten en plichten en de juridische en feitelijke consequenties van hun beslissingen. Dat past wat mij betreft ook bij de rol van de curator als verkeersagent. De curator wordt door de rechtbank aangesteld om ervoor te zorgen dat alle belanghebbenden bij een faillissement krijgen waar zij krachtens de wet recht op hebben. In die rol past het niet om kennisachterstand bij de gefailleerde te gebruiken (misbruiken) om een voordeel voor de boedel te bewerkstelligen.

Als de curator in dit geval van mening was dat de waarde van de levensverzekering tóch in de boedel had moeten

³ J.F.H.M. Bartels, Levensverzekering in faillissement; een onderzoek naar het wettelijk kader voor het uitwinnen van levensverzekeringen door de curator of de bewindvoerder, *TvI* 2017/17.

⁴ ECLI:NL:PHR:2020:712, r.o. 3.4.

vloeien, dan had hij de rechter-commissaris ervan moeten overtuigen dat van een verzorgingskarakter geen sprake was. In dat geval had hij tot afkoop over kunnen gaan.

Uiteraard doen adviseurs van gefailleerde natuurlijke personen, waaronder MKB-ondernemers met een eenmanszaak, er goed aan om na te gaan of een curator bovengenoemde verplichtingen ook metterdaad nakomt of is nagekomen.

6. Insolad Praktijkregels

Tot slot nog kort iets over de Insolad Praktijkregels. De Hoge Raad lijkt namelijk met zijn oordeel aan te sluiten bij die regels. Daarin staat dat de curator als onafhankelijke, objectieve en vakbekwame deskundige de gerechtvaardigde belangen waarborgt van alle bij het faillissement betrokken partijen en dat hij een transparante afwikkeling van het faillissement beoogt ((toelichting op) artikel 1.1 en artikel 8.1).

De A-G wijst erop dat de Praktijkregels weliswaar geen dwingend karakter hebben, maar wel verwoorden wat in Insolad-kringen als *best practice* wordt beschouwd. Ook de Hoge Raad oordeelde recentelijk nog dat aan deze Praktijkregels wel degelijk betekenis toekomt bij de beoordeling van de positie en de taken van een curator (ECLI:NL:HR:2019:1492).