

proces-verbaal van de verificatievergadering opgetekende erkenning van een vordering in het faillissement kracht van gewijsde zaak heeft en de curator alleen op grond van bedrog vernietiging daarvan kan vorderen.<sup>8</sup> <sup>9</sup> Gelet op dit rechtsgevolg moet het overbrengen van een vordering naar de lijst van erkende vorderingen als een beschikking van de rechter-commissaris in de zin van art. 67 Fw worden beschouwd, waartegen (gedurende 5 dagen) hoger beroep op de rechtbank open staat.<sup>10</sup> Langs deze weg kan worden opgekomen tegen de weigering of het verzuim van de rechter-commissaris om te verwijzen naar de renvooiprocedure,<sup>11</sup> naar ik meen niet alleen op de grond dat een als betwist aangemerkte vordering ten onrechte niet naar de renvooiprocedure is verwezen, maar ook op de grond dat een door een crediteur betwiste vordering ten onrechte niet als zodanig is aangemerkt. Wordt van dit rechtsmiddel geen gebruik gemaakt, dan kan volgens vaste rechtspraak, gegeven de kracht van gewijsde zaak, niet alsnog langs de weg van verzet tegen de uitdelingslijst tegen de erkende vordering worden opgekomen.<sup>12</sup> Gelet op deze rechtspraak en de daarin genoemde ratio meen ik dat de beslissing van Uw Raad van 14 mei 1928, NJ 1928, p. 1680, m.nt. E.M.M., waarop het middel zich beroept,

als achterhaald moet worden beschouwd.<sup>13</sup> Verzoeksters, die geen hoger beroep tegen de verificatiebeslissing hebben ingesteld, kunnen derhalve niet via de onderhavige verzetprocedure alsnog de geverifieerde vordering van [B] betwisten. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat voor betwisting van de vordering in deze procedure geen ruimte bestaat.

2.6 De curator heeft onder verwijzing naar HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8972, NJ 1985/887 m.nt. W.C.L. van der Grinten en HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1537, NJ 1995/115 verzocht de zaak terug te verwijzen naar de rechtbank Rotterdam, opdat de uitdelingslijst opnieuw kan worden vastgesteld met inachtneming van de toegenomen algemene faillissementskosten. Gelet op de aangehaalde uitspraken concludeer ik tot verwerping van het cassatieberoep met terugwijzing van het geding naar de rechtbank Rotterdam.

2.7 Hoewel art. 186 lid 3 Fw lijkt te indiceren dat voor een kostenveroordeling in een verzetprocedure, anders dan in het in dat artikelid genoemde geval, geen plaats is,<sup>14</sup> heeft Uw Raad in voornoemde beschikkingen daartoe wel ruimte gezien voor wat betreft de cassatieprocedure.

### 3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep met verwijzing van het geding ter verdere behandeling en beslissing naar de rechtbank Rotterdam zoals door de curator verzocht.

8 Vgl. Wessels, Insolventierecht V 2014/5164 e.v. Vgl. over de in het proces-verbaal van verificatievergadering vastgelegde erkenning HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:759, NJ 2016/278, JOR 2016/177 m.nt. J.J. van Hees.

9 Daarnaast bestaat onder omstandigheden de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken het proces-verbaal te verbeteren (art. 137 lid 2 Fw). Vgl. Wessels, Insolventierecht V 2014/5102 en 5169. Volgens HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8529, NJ 2011/403 m.nt. FMJV ziet de procedure van art. 137 lid 2 Fw op het herstel van kennelijke fouten in het proces-verbaal van de verificatievergadering die zich voor eenvoudig herstel lenen, en kan zij niet ertoe dienen om alsnog vorderingen te verifiëren die op de verificatievergadering niet zijn geverifieerd.

10 HR 27 augustus 1943, NJ 1943/680; HR 20 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6561, NJ 1980/156. Zie ook Verstijlen, T&C Insolventierecht 2016, art. 67 Fw, aant. 2; Wessels, Insolventierecht V 2014/5110, en GS Faillissementswet (Heemrood-van Dijk), art. 121 Fw, aant. 5.5, 7.1 en 10.

11 Verstijlen, T&C Insolventierecht 2016, art. 122 Fw, aant. 1.

12 HR 25 januari 1935, NJ 1935, p. 1633; HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2728, NJ 1999/467 m.nt. PvS. Zie ook Wessels, Insolventierecht V 2014/5110; Polak/Pannevis, Insolventierecht 2014, par. 9.3.1; GS Faillissementswet (Heemrood-van Dijk), art. 121 Fw, aant. 10 en (Van Galen), art. 184, aant. 4; SDU Commentaar Faillissementswet (Van Gangelen, Gispén, Warren), art. 184, aant. C.1, en F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1404, NJ 2014/416, sub 4 en 7.

## RI 2018/3

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

6 oktober 2017, nr. 16/05173

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze; A-G mr. L. Timmerman)

Art. 7:986 BW; art. 22a Fw

RvdW 2017/1059

NJB 2017/1992

PJ 2017/179

ECLI:NL:PHR:2017:523

ECLI:NL:HR:2017:2564

13 Het geval in HR 14 mei 1928, NJ 1928, p. 1680 e.v., m.nt. E.M.M. is voorts niet vergelijkbaar nu in dat geval vaststond dat op de verificatievergadering de preferentie van de vordering werd betwist en de rechter-commissaris vervolgens ten onrechte niet naar de renvooiprocedure had verwezen. Annotator Meijers werpt de vraag op of de opposant niet de weg van art. 67 Fw had moeten bewandelen.

14 Wessels Insolventierecht VII 2013/7206-7208 en 7222. Zie echter nr. 7225 slot, waar hij opmerkt dat de Hoge Raad bij de beschikking zodanige uitspraak omtrent de kosten geeft als hij vermeent te behoren, art. 429 lid 3 Rv.

**Afkoop(verbod) levensverzekering.**

**Is een levensverzekering een hoogstpersoonlijk recht? Kan een afkoopverbod aan de curator worden tegengeworpen?**

Verweerder heeft in 1978 met Aegon een levensverzekering gesloten. Het betreft een pensioenregeling als bedoeld in de Wet op de Loonbelasting. Verweerder is in 2012 failliet verklaard. De curator heeft van de rechter-commissaris toestemming verkregen tot het (doen) afkopen van de levensverzekering. Verweerder (en zijn vrouw als belanghebbende bij een nabestaandenpensioen) hebben hoger beroep tegen de beschikking ingesteld. De rechtbank heeft de beschikking vernietigd en de curator toestemming verleend tot afkoop met dien verstande dat van de pensioenaanspraak vanaf de voor verweerder geldende AOW-leeftijd een maandelijkse uitkering van € 800 voor verweerder overblijft. Zij overweegt dat de aanspraken op een pensioenvoorziening geen hoogstpersoonlijke rechten zijn die buiten de boedel vallen, tenzij sprake is van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging door een werkgever en/of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling. Daarvan is geen sprake. Het afkoopverbod in de pensioenregeling kan in beginsel niet aan de curator worden tegengeworpen. Reden daarvoor is dat de voor de levensverzekering voldane premies door een derde zijn betaald en dus niet door verweerder zelf als aftrekpost voor de inkomstenbelasting zijn opgevoerd.

De curator heeft principaal cassatieberoep ingesteld tegen de beperking van de afkoopmogelijkheid. Verweerders hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld ertoe strekkend dat geen afkoop mogelijk is.

**HR:** De Hoge Raad doet het principale cassatieberoep af met toepassing van art. 81 lid 1 RO.

In het incidentele cassatieberoep oordeelt hij dat naar Nederlands faillissementsrecht aanspraken op een pensioenvoorziening niet steeds buiten het tot het faillissement behorende vermogen vallen (arrest van 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3423). Mede in het licht van art. 22a lid 1 aanhef en onder a Fw dat het mogelijk maakt de afkoop door de curator van een levensverzekering geheel of gedeeltelijk te verhinderen, is er geen aanleiding aan een verzekering als de onderhavige een hoogstpersoonlijk karakter toe te kennen.

Art. 7:986 lid 4 BW bepaalt dat in bepaalde gevallen de contractuele beperking van het afkooprecht ook aan de schuldeisers en de curator kan worden tegengeworpen. Het stelsel van fiscale regels is erop gericht dat binnen bepaalde grenzen en onder bepaalde voorwaarden een adequate oudedagsvoorziening kan worden opgebouwd. Het antwoord op de vraag of het afkoopverbod aan de curator kan worden

teggeworpen, is derhalve niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of de premies bij de gefailleerde zelf daadwerkelijk voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking zijn genomen. Het gaat erom dat een oudedagsvoorziening wordt opgebouwd die voldoet aan de maatstaven voor fiscale facilitering die in de fiscale regelgeving zijn vastgelegd. Die vraag dient door het Hof Arnhem-Leeuwarden beslist te worden.

**Zie ook:**

- HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3423, RI 2008/78 (X/De Jong q.q.);
- Rb. Arnhem, 6 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC1186, RI 2008/30;
- J.F.M.H. Bartels, 'Levensverzekering in faillissement', Tvl 2017/17;
- J.E.P.A. van Hooff, 'Enige procedurele opmerkingen over de afkoop van levensverzekeringen door de curator', Tvl 2011/26;
- B. Wessels, *Insolventierecht II*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, 2153 e.v.

**Wenk:**

In deze zaak gaat het over de mogelijkheid van afkoop van een levensverzekering die het karakter heeft van een oudedags- of nabestaandenvoorziening (een zogenaamde gerichte lijfrente). De vraag is of en, zo ja, hoe de curator rechten daaruit ten behoeve van de schuldeisers te gelde kan maken.

**Hoogstpersoonlijk?** De eerste vraag in dit verband is of aanspraken op een pensioenvoorziening hoogstpersoonlijke rechten zijn die buiten de boedel vallen (art. 20 Fw). Wanneer rechten buiten de boedel vallen, betreft het een inbreuk op het beginsel dat de schuldenaar tegenover iedere schuldeiser met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden (art. 3:276 BW). Het aannemen van hoogstpersoonlijke rechten noopt tot terughoudendheid (voorbeelden in Wessels, *Insolventierecht II*, 2016, par. 2160 e.v.). Pensioenrechten vormen alleen een hoogstpersoonlijk recht, wanneer sprake is van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging van een werkgever of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling (HR 5 september 2008, RI 2008/78). Van een dergelijke pensioenregeling is in dit geval geen sprake. Het betreft een fiscaal gefaciliteerde pensioenregeling (gerichte lijfrente met een verzorgingsgedachte) die vooral door ondernemers/dga's wordt gebruikt.

**Recht op afkoop in de boedel?** Als een levensverzekering niet buiten het faillissement valt als hoogstpersoonlijk recht, is de vraag of een recht of afkoop bestaat. Zo ja,

valt het recht op afkoop in de boedel? (vgl. Bartels en Van Hooff, zie ook).

*Recht op afkoop door curator?* Een fiscaal gefaciliteerde, gerichte lijfrente vereist een contractueel afkoopverbod. Een faillissement wijzigt in beginsel niets aan bestaande overeenkomsten. Voor de levensverzekering bepaalt art. 7:986 lid 4 eerste volzin BW echter dat een contractuele uitsluiting in beginsel niet aan het recht tot afkoop voor de curator van de verzekeringnemer in de weg staat. Die uitzondering in de eerste volzin mist vervolgens toepassing, als de verzekering recht geeft op periodieke uitkering, voor zover de premies in box 1 voor de inkomstenbelasting konden worden afgetrokken van het belastbaar inkomen. De vraag die zich vervolgens voordoet – en in dit arrest wordt beantwoord – is of de premies *bij de gefailleerde zelf* daadwerkelijk voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking zijn genomen. De Hoge Raad oordeelt dat dat niet is vereist. Het gaat er – meer in het algemeen – om dat een oudedagsvoorziening wordt opgebouwd die voldoet aan de maatstaven voor fiscale facilitering die in fiscale regelgeving zijn vastgelegd. Dat staat los van de vraag, wie de premies voldoet en of zij daadwerkelijk voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking worden genomen. Als het verwijzingshof zal oordelen dat de bewuste levensverzekering gericht is op de opbouw van een oudedagsvoorziening die voldoet aan de maatstaven voor fiscale facilitering als volgt uit de fiscale regelgeving, geldt het afkoopverbod ook voor de curator.

*Recht van afkoop in de boedel?* Als het afkoopverbod niet aan de curator kan worden tegengeworpen, is daarmee nog niet gegeven dat de curator daadwerkelijk tot afkoop mag overgaan. De curator heeft voor afkoop de toestemming van de rechter-commissaris nodig. De R-C zal moeten beoordelen of afkoop voor de begunstigde of de verzekeringnemer onredelijk benadelend is (zie daarover Wessels, *Insolventierecht II*, par. 2159). Zo ja, dan valt het recht alsnog buiten de boedel (art. 22a Fw).

(J. Stal)

Mr. E.R. Looyen Q.Q., te Arnhem, verzoeker tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. P.S. Kamminga,

tegen

1. V.,

2. V.2, beiden te G.,

verweerders in cassatie, verzoekers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. M. Littooi.

## Hoge Raad:

### 1 *Het geding in feitelijke instantie*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking van de rechter-commissaris in de zaak C 06/12/555 F van 9 juli 2015 en de beschikkingen in de zaak C/05/286883/HA RK 15/109 van de rechtbank Gelderland van 18 december 2015 en 14 oktober 2016.

(...)

### 2 *Het geding in cassatie*

Tegen de beschikking van de rechtbank van 14 oktober 2016 heeft de curator beroep in cassatie ingesteld. V. c.s. hebben (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen die beschikking en tegen de beschikking van 18 december 2015.

(...)

V. c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping in het principale beroep, de curator heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring, dan wel tot verwerping in het (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoep. Voorts hebben V. c.s. nog geconcludeerd tot verwerping van de gestelde niet-ontvankelijkheid in het (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoep.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping.

De advocaat van V. c.s. heeft bij brief van 23 juni 2017 op die conclusie gereageerd.

### 3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 De onderhavige zaak betreft de volgende kwestie. V. is bij vonnis van de rechtbank van 27 november 2012 failliet verklaard. De rechter-commissaris heeft de curator toestemming verleend voor het (doen) afkopen van een in 1978 door V. met Aegon overeengekomen levensverzekering. Deze verzekering is een pensioenregeling als bedoeld in art. 11 lid 1, aanhef en onder c, in verbinding met art. 18 e.v. Wet op de loonbelasting 1964.

3.2 V. c.s. hebben op de voet van art. 67 Fw hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechter-commissaris. Voor zover in cassatie van belang, heeft de rechtbank die beschikking vernietigd en de curator toestemming verleend tot afkoop van de verzekering met dien verstande dat van de pensioenaanspraak vanaf de voor V. geldende AOW-leeftijd een maandelijks uitkering van € 800 voor V. overblijft. De overwegingen waarop dit oordeel is gegrond zullen voor zover nodig hierna worden weergegeven.

### 4 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

4.1 De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art.

81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.2 Met betrekking tot onderdeel V wordt ten overvloede overwogen dat het dictum van de eindbeschikking van de rechtbank klaarblijkelijk aldus moet worden verstaan dat na afkoop een recht op uitkering zal resteren ter hoogte van € 800 bruto per maand, te rekenen vanaf het moment waarop V. de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

#### 5 *Beoordeling van het middel in het (deels voorwaardelijke) incidentele beroep*

5.1 De curator stelt dat V. c.s. in hun cassatieberoep niet-ontvankelijk zijn omdat het door hen aangevoerde middel niet aanvangt met de vermelding overeenkomstig art. 79 RO dat de cassatiegronden zijn: verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt dan wel schending van het recht. Dit verweer wordt verworpen. Uit het “verweerschrift, tevens houdende (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep” blijkt duidelijk wat de cassatieklachten van V. c.s. inhouden en tegen welke overwegingen of beslissingen van de rechtbank die klachten zijn gericht.

5.2.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen rov. 4.3 van de tussenbeschikking, waarin de rechtbank het volgende heeft overwogen:

“Voorts geldt dat aanspraken op een pensioenvoorziening geen hoogstpersoonlijke rechten zijn die buiten de boedel vallen, tenzij sprake is van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging door een werkgever en/of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling (zie HR 5 september 2008, *LJN* BD3423). Gesteld noch gebleken is dat daarvan sprake is.”

5.2.2 Samengevat stelt het onderdeel dat het oordeel van de rechtbank onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd is. Volgens het onderdeel verwijst de rechtbank ten onrechte naar het arrest van de Hoge Raad van 5 september 2008, omdat uit dit arrest niet blijkt dat alleen sprake kan zijn van een ‘hoogstpersoonlijk recht’ als sprake is van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging door een werkgever en/of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling. Het onderdeel voert aan dat de pensioenaanspraak van V. (alsmede de (voorwaardelijke) aanspraak van zijn echtgenote op nabestaandenpensioen) als een hoogstpersoonlijk recht moet worden aangemerkt.

5.2.3 Met de term ‘hoogstpersoonlijk recht’ doelen de rechtbank en het onderdeel kennelijk op een aanspraak die zozeer met de persoon van de rechthebbende is verknocht dat niet kan worden aanvaard dat anderen die aanspraak

uitoefenen of daarvan profijt trekken (vgl. HR 22 november 2002, *ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ* 2003/32). Een zodanige aanspraak valt buiten de faillissementsboedel.

5.2.4 Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat een faillissement het gehele vermogen van de gefailleerde omvat (art. 20 Fw; vgl. art. 3:276 BW). Op dit beginsel bestaan wettelijke uitzonderingen, onder meer in art. 22a lid 1, aanhef en onder a, Fw, dat bepaalt dat het recht op het doen afkopen van een levensverzekering buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling (geciteerd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.19) volgt dat zij mede ziet op oudedags- en nabestaandenvoorzieningen. Indien de levensverzekering voor de gefailleerde een pensioenvoorziening vormt, kan dit voorschrijf geheel of gedeeltelijk aan afkoop in de weg staan. De bepaling maakt het mogelijk om rekening te houden met zowel de belangen van de schuldeisers als de belangen van degene ten behoeve van wiens verzorging de verzekering is gesloten.

Uit het door de rechtbank aangehaalde arrest HR 5 september 2008, *ECLI:NL:HR:2008:BD3423, NJ* 2008/478, volgt reeds dat het geen beginsel van Nederlands faillissementsrecht is dat aanspraken op een pensioenvoorziening steeds buiten het tot het faillissement behorende vermogen vallen. Mede in het licht van art. 22a lid 1, aanhef en onder a, Fw, dat het mogelijk maakt de afkoop door de curator van een levensverzekering geheel of gedeeltelijk te verhinderen, is er geen aanleiding om aan een verzekering als de onderhavige een ‘hoogstpersoonlijk’ karakter toe te kennen. Het onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.

5.3.1 De onderdelen 2 en 3 betreffen onder meer de volgende kwestie. Uit art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW volgt dat het door de rechtbank in rov. 4.10 van de tussenbeschikking aangenomen contractuele afkoopverbod in de onderhavige pensioenpolis kan worden tegenovergeworpen aan de curator “voor zover de ter zake voldane premies, mede op de grond dat de verzekering bepaalt dat zij niet kan worden afgekocht, voor de heffing van inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning”. Voor zover in cassatie van belang, heeft de rechtbank in de rov. 4.15–4.16 van haar tussenbeschikking geoordeeld dat het afkoopverbod in beginsel niet aan de curator kan worden tegengeworpen. Daarvoor is volgens de rechtbank redengevend dat de voor de levensverzekering voldane premies door een derde zijn betaald en dus niet door V. zelf als aftrekpost voor de inkomstenbelasting zijn opgevoerd.

5.3.2 De onderdelen klagen onder meer dat het oordeel van de rechtbank blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Deze klacht houdt in dat het afkoopverbod reeds aan de curator kan worden tegengeworpen als de premies voor de heffing van inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen. Het gaat volgens de klacht om het karakter van de verzekering, waarbij art. 7:986 lid 4 BW aansluit bij de toets die de belastingwetgeving hanteert voor het antwoord op de vraag of sprake is van een oudedags- of nabestaandenvoorziening.

5.3.3 Art. 7:986 lid 4 BW is voor zover van belang als volgt toegelicht:

“In bepaalde gevallen kan contractuele beperking van het afkooprecht ook worden tegengeworpen aan de schuldeisers, de curator en de bewindvoerder. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de zogenaamde «gerichte lijfrenten» (...). Dergelijke verzekeringen vormen veelal oudedags- of nabestaandenvoorzieningen waarvan het karakter zozeer lijkt op dat van pensioenen, dat net als bij pensioenaanspraken vervreemding, bezwaring en afkoop niet mogelijk dienen te zijn. Ten aanzien van gerichte lijfrenten is door de wetgever in de wet vastgelegd dat deze niet afkoopbaar dienen te zijn, waarbij mede beoogd werd dat zij buiten het bereik van schuldeisers zouden worden gebracht. Deze voorzieningen dienen niet in gevaar te worden gebracht door het onderhavige wetsvoorstel. De formulering «bij het bepalen van het belastbaar inkomen in aanmerking nemen» omvat (...) de uitgave voor inkomensvoorzieningen uit (...) de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

Door de eis dat het in aanmerking kunnen nemen van de ter zake voldane premies mede het gevolg is van de uitsluiting van de mogelijkheid van afkoop, vallen slechts die verzekeringen onder de uitzondering waarvan de fiscale wetgever heeft gemeend dat deze niet afkoopbaar dienen zijn.” (Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 56)

5.3.4 Uit deze toelichting volgt dat is beoogd een koppeling te leggen met fiscaal gefaciliteerde pensioenvoorzieningen. Het gaat dan om gevallen waarin de wetgever mede heeft beoogd dat de aanspraak buiten het bereik van schuldeisers zou vallen. Voor die fiscale facilitering is vereist dat de desbetreffende levensverzekering niet afkoopbaar is. In het onderhavige geval volgt dit uit art. 18 lid 1, aanhef en onder b, Wet op de loonbelasting 1964. Uit art. 7:986 lid 4 BW volgt voorts dat het afkoopverbod slechts tot op zekere hoogte aan de curator kan worden tegengeworpen. Daartoe wordt verwezen naar de mate waarin de ter zake voldane premies in aanmerking konden worden

genomen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning. Voor de omvang van een oudedagsvoorziening als de onderhavige gelden eveneens wettelijke grenzen (art. 18a e.v. Wet op de loonbelasting 1964).

Het stelsel van fiscale regels is erop gericht dat binnen bepaalde grenzen en onder bepaalde voorwaarden een adequate oudedagsvoorziening kan worden opgebouwd. Daarom behoort het voor de bescherming die de tweede volzin van art. 7:986 lid 4 BW aan de verzekeringnemer biedt, geen verschil te maken of de premies betaald zijn door de verzekeringnemer zelf of door een derde. Het antwoord op de vraag of het afkoopverbod aan de curator kan worden tegengeworpen, is derhalve niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of de premies bij de gefailleerde zelf daadwerkelijk voor de heffing van inkomstenbelasting in aanmerking zijn genomen. Het gaat erom dat een oudedagsvoorziening wordt opgebouwd die voldoet aan de maatstaven voor fiscale facilitering die in de fiscale regelgeving zijn vastgelegd.

5.3.5 De hiervoor in 5.3.2 vermelde klacht slaagt derhalve.

5.4 Het incidentele beroep bevat nog een voorwaardelijke klacht voor het geval dat de Hoge Raad ambtshalve de ontvankelijkheid van V. c.s. bij de rechtbank zou onderzoeken. De Hoge Raad verricht een zodanig onderzoek echter slechts indien in cassatie over het ontvankelijkheidsoordeel wordt geklaagd. De voorwaarde waaronder de klacht is opgeworpen is dus niet vervuld.

5.5 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechts-eenheid of de rechtsontwikkeling.

5.6 Inzake onderdeel 4.4, dat klaagt over onduidelijkheid van de beslissing in rov. 5.15 en het dictum, wordt – voor zover bij dat onderdeel nog belang bestaat gelet op het slagen van de hiervoor in 5.3.2 vermelde klacht – ten overvloede verwezen naar hetgeen hiervoor in 4.2 is overwogen.

## 6 Beslissing

De Hoge Raad:

*in het principale beroep:*

verwerpt het beroep;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van V. c.s. begroot op € 393,07 aan verschotten en € 1.800 voor salaris;

*in het incidentele beroep:*

vernietigt de beschikkingen van de rechtbank Gelderland van 18 december 2015 en 14 oktober 2016;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van V. c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

### Conclusie A-G mr. L. Timmerman:

Deze zaak gaat over de vraag of de curator met toepassing van art. 22a Fw een pensioenverzekering kan afkopen die in 1978 door de inmiddels failliete V. is afgesloten. Een bijzondere omstandigheid is dat de premies voor de verzekering niet door V. zelf zijn betaald, maar door Eurocommerce. Van deze vennootschap was V. bestuurder en grootaandeelhouder. De verzekering is in 2015 afgelopen, maar er hebben nog geen maandelijkse uitkeringen plaatsgevonden.

#### 1 Feiten en procesverloop

1.1 De Rechtbank Gelderland (hierna: de rechtbank) heeft bij vonnis van 27 november 2012 het faillissement uitgesproken van V. Bij beschikking van 9 juli 2015 heeft de curator in faillissement van V., mr. Looyen, van de rechter-commissaris toestemming gekregen voor het (doen) afkopen van een in 1978 met Aegon afgesloten levensverzekering.

1.2 V. en zijn echtgenote V.2 hebben bij beroepschrift van 14 juli 2015 beroep ex art. 67 Fw aangetekend tegen de beschikking van de rechter-commissaris. De rechtbank heeft in haar tussenbeschikking van 18 december 2015 overwogen dat V.2 niet-ontvankelijk is in haar beroep, omdat de beschikking van de rechter-commissaris niet tot haar gericht was. De rechtbank heeft V.2 wel aangemerkt als *belanghebbende* in de zin van art. 67 lid 1, laatste zin, Fw, zodat zij terecht is opgeroepen te verschijnen ter zitting van 27 augustus 2015.

1.3 De rechtbank heeft in haar tussenbeschikking het standpunt van V. dat uit het persoonsgebonden karakter van de onderhavige pensioenverzekering zou volgen dat de curator niet bevoegd is om deze af te kopen, verworpen (rov. 4.3).

1.4 Vervolgens richt de rechtbank zich op de vraag of er een afkoopverbod van toepassing is op de pensioenverzekering. De rechtbank komt tot de conclusie dat het *contractuele* afkoopverbod op grond van art. 7:986 lid 4 BW de curator niet kan worden tegengeworpen (rov. 4.16). Er is sprake van een levensverzekering die in het faillissementsvermogen valt als bedoeld in art. 20 Fw (rov. 4.18)

1.5 In rov. 4.19 t/m 4.28 van haar tussenbeschikking bespreekt de rechtbank de vraag of uitwinning van de levensverzekering door de curator *onredelijk benadelend* is, zoals bedoeld

in art. 22a lid 1, sub a, Fw. In dit kader acht de rechtbank in de eerste plaats van belang in hoeverre de verzekering een verzorgingskarakter heeft (rov. 4.19).

1.6 Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van een verzorgingskarakter nu het een overeenkomst betreft die is aangegaan om te voorzien in pensioen bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd, terwijl dat, op het moment van sluiten van de overeenkomst (1 juli 1981) de leeftijd was waarop men (veelal) verwachtte met pensioen te gaan (rov. 4.20).

1.7 Ter beantwoording van de vraag of uitwinning van de levensverzekering door de curator *onredelijk benadelend* is, acht de rechtbank van belang of V., naast de levensverzekering, aanspraak kan maken op de pensioenvoorzieningen in de Stichting Syanora. De rechtbank overweegt dat zij de vraag of V. onredelijk benadeeld wordt door afkoop van de levensverzekering, nog niet kan beantwoorden omdat er nog een procedure loopt tussen de curator in het faillissement van V. en de Stichting Syanora. Daarom houdt de rechtbank iedere verdere beslissing aan (rov. 4.29).

1.8 In het kader van de vraag of sprake is van benadeling in de zin van art. 22a Fw overweegt de rechtbank het volgende. V. is geboren op 17 mei 1953. Hij wenst de uitkeringen uit de levensverzekering te gebruiken ter overbrugging tot de AOW gerechtigde leeftijd (2019). De rechtbank overweegt dat vaststaat dat V. thans in zijn levensonderhoud kan voorzien. Hij blijft kosteloos in de echtelijke woning en hij kan zich op kosten van derden per auto verplaatsen (rov. 4.28).

1.9 Op 21 juni 2016 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden arrest gewezen in het geschil tussen de curator en de Stichting Syanora. In rov. 1.5 van haar eindbeschikking van 14 oktober 2016 overweegt de rechtbank dat gebleken is dat V. geen aanspraak kan maken op de door hem in de Stichting opgebouwde pensioenvoorzieningen. De rechtbank gaat er vervolgens van uit dat V. niet over een aanvullend pensioen beschikt.

1.10 De rechtbank overweegt in rov. 1.12 dat de levensverzekering voor 'de periode van overbrugging' van 1 juni 2015 (de einddatum van de levensverzekering) tot 17 september 2019 (de datum waarop V. zijn 'AOW leeftijd' bereikt) de 'pensioenuitkering' geen verzorgingskarakter heeft. Afkoop van de pensioenverzekering, voor zover de uitkeringen zien op die periode van overbrugging, is niet onredelijk benadelend. De verzekering kan naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval gedeeltelijk worden afgekocht.

1.11 In rov. 1.13 overweegt de rechtbank dat V. vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd aanspraak heeft op een AOW-uitkering, waarmee hij in staat moet worden geacht niet onder een

maatschappelijk aanvaardbaar niveau in zijn oude dag te kunnen voorzien. Zijn echtgenote V.2 heeft, naar de curator onbetwist heeft gesteld, voldoende eigen vermogen en daarom gaat de rechtbank bij de vraag tot welk bedrag afkoop mogelijk is alleen uit van pensioen ten gunste van V. zelf. V. zelf is uitgegaan van een AOW-uitkering ter hoogte van € 788,81 per maand. Op grond van het aanvraagformulier 'Aegon Direct Ingaand Pensioen', gedateerd 4 mei 2015 (offertedatum) heeft V. op grond van voorstel 2 een ouderdomspensioen ter hoogte van bruto € 19.284,70 per jaar, derhalve € 1.607,04 bruto per maand.

1.12 In rov. 1.14 overweegt de rechtbank dat de levensverzekering gedeeltelijk kan worden afgekocht. De rechtbank herhaalt dat de levensverzekering slechts gedeeltelijk het karakter van een oudedags- of nabestaandenvoorziening heeft en dat slechts dat gedeelte bescherming verdient tegen uitwinning. Schattenderwijs bepaalt de rechtbank het pensioen dat V. dient toe te komen, opdat hij een redelijk verzorgingsniveau heeft, op € 1.500 bruto per maand.

1.13 De rechtbank vernietigt de beschikking van de rechter-commissaris van 9 juli 2015. De rechtbank geeft de curator toestemming de verzekering af te kopen, met dien verstande dat van de pensioenaanspraak bij Aegon vanaf de voor hem geldende AOW leeftijd voor V. een maandelijks uitkering van ongeveer € 800 overblijft, zodat V., de AOW uitkering (die fluctueert tussen de € 788 en € 800) meegerekend, een pensioen heeft van ongeveer € 1.500 per maand.

1.14 De curator heeft een verzoekschrift tot cassatie ingediend bij de Hoge Raad, gedateerd op 24 oktober 2016 en dezelfde dag ter griffie ontvangen. V. en V.2 hebben daarop een verzoekschrift, tevens houdende (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingediend, gedateerd op 17 november 2016 en dezelfde dag ter griffie ontvangen. De curator heeft vervolgens een verzoekschrift in (deels voorwaardelijk) incidenteel beroep ingediend, gedateerd op 9 december 2016. V. en V.2 hebben ten slotte een 'verzoekschrift ten aanzien van de gestelde niet-ontvankelijkheid in het (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep' ingediend, gedateerd 22 december 2016.

## 2 *De bespreking van het cassatiemiddel/ de cassatiemiddelen*

### Algemene beschouwing

2.1 Alvorens de cassatiemiddelen te bespreken, bespreek ik het rechtskader waarbinnen dit geschil zich afspeelt. Ik zal daarom drie onderwerpen bespreken: 1) de betekenis van art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW, 2) de vraag of het recht op afkoop van een levensverzeke-

ring als een hoogst persoonlijk recht is aan te merken en 3) de vraag aan de hand van welke criteria moet worden getoetst of sprake is van onredelijke benadeling in de zin van art. 22a lid 1, onder a en b, Fw.

De betekenis van art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW

2.2 Art. 7:978 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeringnemer het recht heeft de levensverzekering, voor zover deze stellig voorziet in een of meer uitkeringen, geheel of gedeeltelijk door de verzekeraar te doen afkopen. Deze bepaling is van regeland recht, aangezien zij niet genoemd wordt in art. 7:986 BW. Dit betekent dat het recht op afkoop in de verzekeringsvoorwaarden kan worden beperkt of uitgesloten (zie ook art. 7:986 lid 4 BW).

2.3 Art. 7:986 lid 4 BW bepaalt het volgende:

"Beperking of uitsluiting van het recht, bedoeld in artikel 978 lid 1, kan niet worden tegengeworpen aan schuldeisers van de verzekeringnemer, de curator in het faillissement van de verzekeringnemer, diens bewindvoerder in geval van surséance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling, dan wel de vereffenaar van de nalatenschap van de verzekeringnemer. Bij een verzekering die recht geeft op periodieke uitkeringen of verstrekkingen, mist de eerste zin toepassing voor zover de ter zake voldane premies, mede op de grond dat de verzekering bepaalt dat zij niet kan worden afgekocht, voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning."

2.4 Uit de eerste zin van lid 4 volgt dat een beperking of uitsluiting van het recht de levensverzekering af te doen kopen, niet kan worden tegengeworpen aan de curator in het faillissement van de verzekeringnemer. Aldus worden de belangen van de schuldeisers van de verzekeringnemer beschermd.

2.5 De tweede zin van lid 4 is gericht op het belang van de verzekeringnemer. Uit de tweede zin van lid 4 volgt namelijk dat bij een verzekering die recht geeft op periodieke uitkeringen of verstrekkingen, een beperking of uitsluiting van het recht de levensverzekering af te doen kopen, wél kan worden tegengeworpen aan de curator, voor zover de ter zake voldane premies, mede op de grond dat de verzekering bepaalt dat zij niet kan worden afgekocht, voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning.

2.6 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever het volgende voor ogen stond met

invoering van de tweede zin art. 7:986 lid 4 BW:

"4. In bepaalde gevallen kan contractuele beperking van het afkooprecht ook worden tegengeworpen aan de schuldeisers, de curator en de bewindvoerder. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de zogenaamde «gerichte lijfrenten» (artikel 45, zesde lid, Wet op de Inkomstenbelasting). Dergelijke verzekeringen vormen veelal oudedags- of nabestaandenvoorzieningen waarvan het karakter zozeer gelijk op dat van pensioenen, dat net als bij pensioenaanspraken vervreemding, bezwaring en afkoop niet mogelijk dienen te zijn. Ten aanzien van gerichte lijfrenten is door de wetgever in de wet vastgelegd dat deze niet afkoopbaar dienen te zijn, waarbij mede beoogd werd dat zij buiten het bereik van schuldeisers zouden worden gebracht. Deze voorzieningen dienen niet in gevaar te worden gebracht door het onderhavige wetsvoorstel. De formulering «bij het bepalen van het belastbaar inkomen in aanmerking nemen» omvat zowel de aftrek als persoonlijke verplichting ingevolge de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 als de uitgave voor inkomensvoorzieningen uit het wetsvoorstel voor de Wet op de Inkomstenbelasting 2001."<sup>1</sup>

2.7 Hieruit is af te leiden dat de wetgever met de invoering van art. 7:986 lid 4 BW voor ogen stond dat bij bepaalde verzekeringen, die veelal oudedags- of nabestaandenvoorzieningen vormen en waarvan het karakter zozeer gelijk op dat van pensioenen, net als bij pensioenaanspraken vervreemding, bezwaring en afkoop door een curator niet mogelijk dienen te zijn. Bij zulke verzekeringen kan daarom het afkoopverbod wél worden tegengeworpen aan de curator. De wetgever heeft vervolgens een min of meer fiscaal criterium bedacht: slechts die verzekeringen vallen onder 'de uitzondering' (op de regel dat een afkoopverbod niet aan de curator kan worden tegengeworpen), waarvan de fiscale wetgever heeft gemeend dat deze niet afkoopbaar dienen te zijn.

Is het recht op afkoop van een levensverzekering aan te merken als een hoogst persoonlijk recht?

2.8 Art. 3:276 BW bepaalt het volgende:

"Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen."

Art. 20 Fw bepaalt in overeenstemming hiermee het volgende:

"Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de

faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft."

Hiermee staat voorop dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden."<sup>2</sup>

2.9 Er bestaan uitzonderingen op vernoemd uitgangspunt. Die uitzonderingen zijn grotendeels opgenomen in art. 21 en 22a Fw (voorheen art. 21a Fw),<sup>3</sup> Art. 21 aanhef en onder 1 Fw bepaalt dat buiten het faillissement blijft hetgeen de gefailleerde door persoonlijke werkzaamheid, of als bezoldiging wegens een ambt of bediening, of als soldij, gagement, pensioen of onderstand, gedurende het faillissement verkrijgt, indien en voorzover de rechter-commissaris zulks bepaalt. Hieruit volgt dat indien de gefailleerde gedurende het faillissement recht verkrijgt op pensioenuitkeringen, dit recht (of deze rechten) buiten het faillissement blijft (blijven), doch slechts indien en voorzover de rechter-commissaris zulks bepaalt.

2.10 Art. 22a lid 1 onder a Fw bepaalt het volgende:

"Ten aanzien van een overeenkomst van levensverzekering vallen voorts buiten de boedel:

a. het recht op het doen afkopen van een levensverzekering voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt;"<sup>4</sup>

Deze bepaling heeft betrekking op het in het faillissement vallende *recht op afkoop* van een levensverzekering. Het recht op afkoop van een levensverzekering is wettelijk geregeld in art. 7:978 lid 1 BW en art. 7:986 lid 4 BW. Uit art. 22a lid 1 sub a Fw zou kunnen worden afgeleid dat de curator in het faillissement van een verzekeringnemer 'eenvoudigweg' de wettelijke bevoegdheid heeft om een levensverzekering gedeeltelijk of geheel te doen afkopen, voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor niet onredelijk benadeeld wordt.

2.11 Echter, een levensverzekering kan voor de gefailleerde verzekeringnemer geheel of gedeeltelijk een pensioenvoorziening vormen en er valt wat voor te zeggen om hem daarom verdergaande bescherming te bieden tegen uitoefening van het afkooprecht door de curator. Ik merk op dat uit hierna te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat 'hoogst

<sup>2</sup> HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, *NJ* 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.1.

<sup>3</sup> HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, *NJ* 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.1.

<sup>4</sup> Vgl. art. 479p lid 1, eerste zin, 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.'

<sup>1</sup> *Kamerstukken II* 1999/00, 19529, 5, p. 56.



persoonlijke rechten' buiten het faillissement vallen.

2.12 In het Teeltvergunning-arrest van 27 februari 1942 overwoog de Hoge Raad dat een recht een hoogst persoonlijk karakter heeft, "indien het zoo nauw de persoon van den gerechtigde raakt, dat uitsluitend aan hem het oordeel behoort te verblijven, of en in hoeverre hij daarvan gebruik zal maken of daarover zal beschikken".<sup>5</sup> In de juridische literatuur wordt in dit verband ook wel van 'verknochtheid' gesproken.<sup>6</sup>

2.13 In een arrest van 30 mei 1997 overwoog de Hoge Raad dat het pensioenrecht van een deelnemer in een beroepspensioenregeling in de zin van de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (WVDBPR) als een 'hoogst persoonlijk recht' van de gefailleerde geen deel uitmaakt van het tot het faillissement behorend vermogen. Het feit dat de WVDBPR *geen afkoopverbod* bevatte, deed hieraan niet af. De curator in het faillissement van de deelnemer kon dus niet beschikken over het pensioenrecht van de deelnemer.<sup>7</sup> Dit pensioenrecht kon niet door de curator worden afgekocht.

2.14 In een arrest van 22 november 2002 verwees de Hoge Raad naar het arrest van 30 mei 1997. De Hoge Raad overwoog het volgende:

"Voorts is het volgende van belang. Een schuldeiser kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt (art. 3:276 BW); uitgangspunt is derhalve dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. In overeenstemming met dit uitgangspunt bepaalt art. 20 Fw. dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring omvat, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. De uitzonderingen op deze regel, die grotendeels in de art. 21 en 21a Fw. zijn neergelegd, dienen voor een belangrijk deel ertoe te waarborgen dat de gefailleerde over *het hoogstnoodzakelijke voor zijn levensonderhoud* (cursivering, A-G) kan beschikken. Daarnaast bestaan ook uitzonderingen op voormelde regel die (mede) berusten op de gedachte dat bepaalde vermogensbestanddelen met het oog op de bestemming daarvan aan verhaal moeten worden onttrokken of dat bepaalde aanspraken zo zeer met de persoon van de rechthebbende zijn

verknocht dat niet valt te billijken dat anderen die aanspraak uitoefenen en/of daarvan profijt trekken. Tot deze laatste categorie behoort bijvoorbeeld het pensioenrecht (zie HR 30 mei 1997, nr. 16318, NJ 1997, 573, waarin is beslist dat de curator in het zich daar voordoende geval van een verplichte beroepspensioenregeling niet het recht had dat pensioen af te kopen), de regeling van art. 21a Fw., en het auteursrecht voor zover het niet vatbaar is voor beslag."<sup>8</sup>

2.15 In een arrest van 5 september 2008 overwoog de Hoge Raad het volgende:

"In het oordeel van de rechtbank dat afkoop van de aanspraken uit de IRA's van verzoeker c.s. voor hen niet onredelijk benadelend is, ligt besloten dat die aanspraken niet zijn aan te merken als hoogstpersoonlijke en derhalve geen deel van het tot het faillissement behorend vermogen uitmakende rechten. Tegen laatstvermeld oordeel richten zich de onderdelen 1 en 2.

Anders dan in onderdeel 2, en in wezen ook in onderdeel 1, wordt betoogd, is geen beginsel van Nederlands faillissementsrecht dat, ook al is geen sprake van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging door de werkgever en/of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling, aanspraken op een pensioenvoorziening buiten het tot het faillissement behorend vermogen vallen. Bij dat uitgangspunt geeft het bestreden oordeel van de rechtbank niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel kan voor het overige als van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid worden onderzocht en behoefde gelet op het debat in feitelijke aanleg geen nadere motivering dan door de rechtbank is gegeven. Het voorgaande leidt tot verwerping van beide onderdelen."<sup>9</sup>

2.16 Uit het voorgaande volgt dat niet elke aanspraak op een 'pensioenvoorziening' is aan te merken als een *hoogst persoonlijk recht* dat buiten de boedel valt. Hiermee is nog niet de vraag beantwoord wanneer een recht op een pensioenvoorziening wél moet worden aangemerkt als een 'hoogst persoonlijk recht' dat buiten de boedel valt. Mijns inziens kan hiervan slechts in uitzonderingsgevallen sprake zijn. Immers, voorop staat, zoals hiervoor is aangegeven, dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. Bovendien heeft de wetgever met de invoering van art. 22a lid 1 en onder a Fw een specifieke regeling getroffen voor de situatie

5 HR 27 februari 1942, NJ 1942/350.

6 Zie B. Breederveld, 'De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding' (dissertatie Amsterdam VU), Boom 2008, p. 117-163.

7 HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2384, NJ 1997/573 (*Menschaert/Pensioenfondsen*), r.o. 3.3.

8 HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.1.

9 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3423, NJ 2008/478, r.o. 3.3.

waarin een curator een levensverzekering wenst te doen afkopen. Binnen deze wettelijke regeling wordt rekening gehouden met zowel het belang van de gefailleerde verzekeringnemer als met het belang van diens schuldeisers. Er bestaat dus, ook naar de opvatting van de wetgever, geen reden om een levensverzekering geheel buiten het faillissement te houden met een beroep op het (vermeende) hoogst persoonlijke karakter ervan.

Onredelijke benadeling in de zin van art. 22a lid 1, onder a, Fw

2.17 Art. 22a lid 1 is, als art. 21a Fw, ingevoerd met de Wet van 25 juni 1998 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen (*Stb.* 1998, 445). Deze wet is op 1 december 1998 in werking getreden (*Stb.* 1998, 662). Nadien is het wetsartikel vernummerd tot het huidige art. 22a Fw.<sup>10</sup> De vernumming is in werking getreden met de invoering van titel 7.17 BW ('Verzekering') per 1 januari 2006.<sup>11</sup>

2.18 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever het hiernavolgende heeft beoogd met de invoering van art. 22a Fw (voorheen art. 21a Fw). Het voorgestelde art. 21a aanhef en onder a Faillissementswet luidde als volgt:

"Ten aanzien van een overeenkomst van levensverzekering als omschreven in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, vallen voorts buiten de boedel:

a. het recht op het doen afkopen van een levensverzekering voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt;"<sup>12</sup>

2.19 De destijds voor wijziging van de Faillissementswet verantwoordelijke minister van Justitie merkte het volgende op met betrekking tot de betekenis van dit artikel:

"De artikelen 21a en 295a hebben evenwel het oog op die gevallen waarin op grond van de bestaande regelgeving het verrichten van beschikkingshandelingen wél mogelijk zou zijn. Dit veronderstelt derhalve het bestaan van bepaalde bevoegdheden tot het verrichten van dergelijke rechtshandelingen. Daarbij blijft overigens het uitgangspunt onverlet dat een curator of bewindvoerder alleen beschikkingshandelingen kan verrichten indien de verzekeringnemer die bevoegdheid heeft, en dan nog alleen onder dezelfde voorwaarden zoals die voor de verzekeringnemer gelden. Met inachtneming van dat uitgangspunt, is de strekking

van de artikelen 21a en 295a uitsluitend de mogelijkheid om bestaande bevoegdheden uit te oefenen, te beperken. Met de regeling wordt een bescherming tegen uitwinning geboden voor levensverzekeringen met een verzorgingskarakter waarvoor in andere regelingen geen of onvoldoende bescherming bestaat.

[...]

De curator of de bewindvoerder heeft voor de uitoefening van het recht op het doen afkopen de toestemming van de rechter-commissaris nodig. De rechter-commissaris toetst aan het criterium of de begunstigde of de verzekeringnemer door de uitwinning onredelijk benadeeld wordt. Aan dit criterium is in de rechtspraak ten aanzien van de uitwinning van levensverzekeringen bij derdenbeslag reeds invulling gegeven. Het criterium is tevens ontleend aan artikel 474bb, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Onredelijke benadeling bij de uitwinning zal moeten worden aangenomen indien het een levensverzekering met verzorgingskarakter betreft. Hierbij staat primair het belang van de begunstigde voorop. *Daarbij is onder meer van belang of een dergelijke voorziening nog noodzakelijk is naast eventueel reeds elders bestaande aanspraken, zoals die ingevolge de Algemene Ouderdomswet, de Algemene Weduwen- en Wezenwet, al dan niet verplichte (bedrijfs- of beroeps)pensioenregelingen, lijfrenten en dergelijke. Is met andere woorden de verzekering niet de enige oudedags- of nabestaandenvoorziening, dan zal afkoop doorgaans eerder kunnen worden toegestaan (cursivering A-G).* Ook is mogelijk dat een levensverzekering slechts gedeeltelijk het karakter van een oudedags- of nabestaandenvoorziening heeft. In dat geval stelt de rechter-commissaris vast tot welk bedrag de bevoegdheid tot uitwinning strekt."<sup>13</sup>

Uit een nadien uitgebrachte Nadere memorie van antwoord blijkt voorts het hiernavolgende:

"In het verlengde daarvan ligt het ook voor de hand om levensverzekeringen met eenzelfde verzorgingsdoelstelling eveneens te beschermen, ten einde ook diegenen die geen pensioenrechten opbouwen de mogelijkheid te bieden een voorziening te treffen voor de oudedag en/of voor nabestaanden. *Met het criterium «onredelijke benadeling» kan daarbij naar mijn mening op evenwichtige wijze rekening worden gehouden met enerzijds de belangen van de schuldeisers, en anderzijds de belangen van degene ten behoeve van wier verzorging de verzekering is gesloten. Het criterium staat immers toe dat*

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 15, 49 en 62.

<sup>11</sup> Zie over de geschiedenis van art. 22a Fw: J.F.M.H. Bartels, *Levensverzekering in faillissement*, *TvI* 2017, 17.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 1994/95, 22969, 20, p. 1.

<sup>13</sup> Kamerstukken II 1994/95, 22969, 20, p. 5-7.

*levensverzekeringen die niet of niet geheel nodig zijn ter verzorging van de oude dag of nabestaanden (geheel of gedeeltelijk) uitwinbaar zijn [cursivering A-G].<sup>14</sup>*

Hieruit leid ik af dat de wetgever met het criterium “onredelijke benadeling” heeft beoogd op evenwichtige wijze rekening te houden met enerzijds de belangen van de schuldeisers, en anderzijds de belangen van degene in behoefte van wier verzorging de verzekering is afgesloten. Het criterium staat toe dat levensverzekeringen die niet of niet geheel nodig ter verzorging van de oude dag of nabestaanden (geheel of gedeeltelijk) uitwinbaar zijn.

De ontvankelijkheid van V. en V.2 in cassatie

2.20 Ik behandel eerst de ontvankelijkheid in cassatie van V. en V.2, aangezien de ontvankelijkheid door de curator ter discussie wordt gesteld in diens verweerschrift, alsmede in de voorwaardelijke klacht in cassatie die namens V. en V.2 is ingediend. De voorwaardelijke klacht heeft betrekking op de ontvankelijkheid van V. en V.2 in het hoger beroep bij de rechtbank.

2.21 *Het ontbreken van de standaardoverweging*

In zijn verweerschrift heeft de curator erop gewezen dat een cassatiemiddel ontbreekt in het incidenteel cassatieberoep dat namens V. en V.2 is ingediend (zie onderaan p. 6 van het verweerschrift). De curator doelt hiermee op de standaardoverweging waarmee cassatiedagvaardingen doorgaans aanvangen: ‘Schending van het recht en/of verzuim van vormen’, enzovoorts. De curator stelt dat V. daarom niet-ontvankelijk is in zijn (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep.

2.22 Het ‘gebrek’ waarop de curator gewezen heeft, leidt naar mijn mening niet tot niet-ontvankelijkheid van V. (en V.2) in cassatie. Zoals de curator aangeeft, maken de namens V. – de curator beperkt zich tot V. en noemt V.2 niet – aangevoerde klachten duidelijk tegen welke overwegingen of beslissingen van de rechtbank zij bezwaar hebben en welke bezwaren dat zijn. Bovendien wordt in de verschillende klachten meermaals gerefereerd aan ‘een onjuiste rechtsopvatting’ of aan ‘onvoldoende begrijpelijke motivering’, zodat telkens duidelijk is wat de aard van de klacht is.

2.23 *De klacht in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep*

De klacht in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep – onderdeel 7 van het cassatiemiddel – is gericht tegen rov. 1.3 en 3.3 van de tussenbeschikking, waarin de rechtbank overweegt dat het beroepschrift van V. en V.2 op 15 juli 2015 is ontvangen. De rechtbank heeft

overwogen dat het beroep tijdig is ingesteld. Het onderdeel voert aan dat de beslissing van de rechtbank onbegrijpelijk is, omdat het beroepschrift op 14 juli 2015 per fax door de griffie van de rechtbank is ontvangen. De klachten in onderdeel 7 zijn voorwaardelijk ingesteld, namelijk indien en voor zover de Hoge Raad ambtshalve de ontvankelijkheid van V. en V.2 in het hoger beroep bij de rechtbank zou onderzoeken.

2.24 De klacht treft geen doel. De rechtbank heeft V. ontvankelijk verklaard (zie rov. 3.3 van de tussenbeschikking). Het verzoekschrift tot cassatie bevat geen klacht gericht tegen deze beslissing van de rechtbank. Voor ambtshalve toetsing door de Hoge Raad van de ontvankelijkheid in hoger beroep zie ik geen grond.

In het principaal beroep

2.25 De curator is tegen de tussenbeschikking en de eindbeschikking van de rechtbank in cassatie gekomen met een cassatiemiddel dat bestaat uit vijf onderdelen. Klacht I bestaat uit drie subonderdelen (a, b en c). Klacht II bestaat uit twee subonderdelen (a en b). Klacht III, IV en V kennen geen subonderdelen.

*Onderdeel I*

2.26 Onderdeel 1 bevat de volgende klacht. De rechtbank heeft miskend dat, in het kader van de vraag of afkoop van de levensverzekering onredelijk benadelend is voor V. in de zin van art. 22a Fw, de stelplicht én de bewijslast ter zake op de gefailleerde ( V. ) rusten. Deze verdeling van de stelplicht/bewijslast vloeit voort uit art. 22a Fw. Het onderdeel voert aan dat de curator hierop expliciet een beroep heeft gedaan in zijn verweerschrift, onder nr. 84 en 95 (*waarschijnlijk werd bedoeld nr. 85*). De rechtbank heeft niet laten blijken dat zij ‘deze essentiële stellingname’ in haar beoordeling heeft betrokken.

De rechtbank heeft daarom ook niet, zo volgt het onderdeel, mogen uitgaan van de stelling dat V. geen andere aanspraak kan doen gelden op enige andere pensioenvoorziening dan die bij Aegon. De rechtbank heeft een onjuiste betekenis gehecht aan de omstandigheid dat V. geen overzicht uit zijn account bij [www.mijnpensioenoverzicht.nl](http://www.mijnpensioenoverzicht.nl) heeft overgelegd. De rechtbank heeft geconstateerd dat de curator hiervan geen punt heeft gemaakt, maar de rechtbank had dat niet mogen constateren, gelet op de voornoemde verdeling van de bewijslast en het feit dat de curator ‘expliciet’ een beroep heeft gedaan op de verdeling van de bewijslast “in het verweerschrift onder nr. 84 en 85”.

Het onderdeel voert voorts aan dat de rechtbank het beginsel van hoor en wederhoor niet in acht heeft genomen. V. werd door de rechtbank opgedragen een overzicht uit [<sup>14</sup> Kamerstukken I 1997/98, 22969 en 23429, 297, p. 2.](http://www.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

mijnpensioenoverzicht.nl te verstrekken (proces-verbaal 27 augustus 2015). V. heeft zich niet gehouden aan deze instructie. De rechtbank nam vervolgens een tussenbeschikking op 18 december 2015. In het onderdeel wordt erover geklaagd dat de curator van de rechtbank niet de gelegenheid heeft gekregen te reageren op het feit dat V. géén pensioenoverzicht had verstrekt.

2.27 De klacht treft geen doel. In het onderdeel wordt erover geklaagd dat de curator van de rechtbank niet de gelegenheid heeft gekregen te reageren op het feit dat V. géén pensioenoverzicht had verstrekt. De curator heeft wel de gelegenheid gehad om op dit punt te reageren. Immers, V. werd door de rechtbank opgedragen een overzicht uit [www.mijnpensioenoverzicht.nl](http://www.mijnpensioenoverzicht.nl) te verstrekken (zie het proces-verbaal van 27 augustus 2015). De rechtbank gaf hierbij aan dat V. spoed diende te betrachten: "V. dient dit dan spoedig te doen, zodat de curator hierop nog kan reageren in zijn akte." De curator nam vervolgens als eerste een akte tegen rolzittingsdatum 1 oktober 2015, waarin hij er niet op wijst of melding van maakt dat V. zich niet (met spoed) heeft gehouden aan de aan hem gegeven instructie een overzicht uit [www.mijnpensioenoverzicht.nl](http://www.mijnpensioenoverzicht.nl) te verstrekken. Vervolgens nam V. een akte tegen rolzittingsdatum 30 oktober 2015, waarin inhoudelijk wordt gereageerd op de akte van de curator, maar waarbij geen overzicht uit [www.mijnpensioenoverzicht.nl](http://www.mijnpensioenoverzicht.nl) wordt overgelegd. Hierop volgde de tussenbeschikking van de rechtbank van 18 december 2015, waarin de rechtbank erop wijst dat V., hoewel hij daartoe in de gelegenheid is gesteld, geen overzicht uit [www.mijnpensioenoverzicht.nl](http://www.mijnpensioenoverzicht.nl) heeft verstrekt. De curator heeft vervolgens op 20 juli 2016 een akte genomen, waarin hij (wederom) niet is ingegaan op het feit dat V. geen overzicht heeft verstrekt. Hierna nam V. een ongedateerde akte, waarin wordt aangevoerd dat de enige pensioenuitkering waar V. recht op heeft de pensioenuitkering uit hoofde van de pensioenverzekering bij Aegon betreft.

Gelet op het voorgaande, heeft de rechtbank in haar beschikking van 14 oktober 2016 mogen overwegen dat de curator geen punt heeft gemaakt van het feit dat V. geen overzicht heeft verstrekt. Op grond van art. 21 Rv heeft de rechtbank vervolgens uit het feit dat V. zich niet had gehouden aan de hem opgelegde instructie de gevolgtrekking mogen maken die de rechtbank geraden achtte. Voor het overige meen ik dat bij de toepassing van art. 22a Fw de rechtbank niet de regels omtrent stelplicht en bewijslast heeft geschonden. De rechtbank

mag in insolventiezaken beslissen op basis van hetgeen zij aannemelijk acht.<sup>15</sup>

### Onderdeel II

2.28 De in onderdeel II opgenomen klacht is gericht tegen rov. 1.13 tot en met 1.15 van de eindbeschikking van 14 oktober 2016 van de rechtbank. De curator verwijst per abuis naar rov. 1.13 tot en met 1.5. Het onderdeel gaat ervan uit dat de rechtbank niet heeft geoordeeld en beslist 'aan de hand van onredelijke benadeling' in de zin van art. 22a lid 1 aanhef en onder a Fw. Het onderdeel voert aan dat de rechtbank in haar oordeel met betrekking tot de vraag naar onredelijke benadeling, had moeten laten meewegen of het ontvangen van een (gedeeltelijke) uitkering voor V. noodzakelijk zou zijn "naast een eventueel reeds elders bestaande aanspraak op inkomen of vermogen".

Het onderdeel richt zich voorts tegen de eerste twee zinnen van rov. 1.13 van de eindbeschikking van 14 oktober 2016. In deze rechts-overweging duidt de rechtbank aan dat V. vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd aanspraak heeft op een AOW-uitkering, "waarmee hij in staat geacht moet worden niet onder een maatschappelijk aanvaardbaar niveau in zijn oude dag te kunnen voorzien". De rechtbank merkt daarbij op dat V.2 genoeg eigen vermogen heeft (zodat haar belang niet wordt betrokken bij het oordeel over onredelijke benadeling van V. door afkoop). Het onderdeel voert aan dat deze feiten (de AOW-uitkering en V.2 heeft 'genoeg eigen vermogen') ertoe leiden dat "zonder nadere redengeving" niet kan worden aangenomen dat sprake is van onredelijke benadeling na afkoop van de levensverzekering voor wat betreft de periode na het bereiken van de AOW-leeftijd.

2.29 De klacht treft geen doel. In rov. 4.20 van de tussenbeschikking heeft de rechtbank aangenomen dat de pensioenverzekering een verzorgingskarakter heeft nu het een overeenkomst betreft die is aangegaan om te voorzien in pensioen bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd, terwijl dat, op het moment van sluiten van de overeenkomst, de leeftijd was waarop men (veelal) verwachtte met pensioen te gaan. Vervolgens heeft de rechtbank haar beslissing aangehouden, totdat duidelijk zou zijn of V. nog over andere pensioenvoorzieningen beschikte of niet. In de eindbeschikking heeft de rechtbank vastgesteld dat V. geen aanspraak kan maken op door hem in de Stichting Syanora opgebouwde pensioenvoorzieningen (rov. 1.5). Hierna heeft de rechtbank schatten-derwijs bepaald dat er sprake is van een redelijk verzorgingsniveau als V. een maandelijks

<sup>15</sup> Zie hierover B.J. Engberts, Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers, *TWJ* 2016, 10, onderdeel 3.

pensioen heeft van € 1.500 per maand (rov. 1.14). Hieruit kan worden afgeleid dat, anders dan het onderdeel aanvoert, de rechtbank heeft geoordeeld en beslist 'aan de hand van onredelijke benadeling' in de zin van art. 22a lid 1 aanhef en onder a Fw. De rechtbank heeft immers expliciet meegewogen in haar oordeel: het doel van de pensioenverzekering, het verzorgingskarakter en de vraag of V. over nog andere pensioenvoorzieningen beschikte of niet.

Uit het door de rechtbank aangenomen feit dat V.2 voldoende eigen vermogen heeft, heeft de rechtbank de gevolgtrekking gemaakt dat in het kader van de vraag in hoeverre afkoop mogelijk is, geen rekening hoeft te worden gehouden met het belang van V.2 hierbij. De overweging dat V. met een AOW-uitkering moet worden geacht in staat te zijn niet onder een maatschappelijk aanvaardbaar niveau in zijn oude dag te kunnen voorzien is niet strijdig met de vaststelling dat er sprake is van een redelijk verzorgingsniveau als V. een maandelijks pensioen heeft van € 1.500 per maand. Geen van beide vaststellingen maakt de aangevallen beslissing van de rechtbank onbegrijpelijk. Al met al ben ik van oordeel dat de rechtbank op inzichtelijke wijze zowel met de belangen van schuldeisers van V. en de belangen van V. zelf heeft rekening gehouden. De rechtbank heeft hiermee in overeenstemming met de wetsgeschiedenis gehandeld (zie hierboven onder 2.19).

### Onderdeel III

2.30 De rechtbank heeft het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van V. als grens gesteld. Over de periode vóór dat moment, mag de levensverzekering volledig worden afgekocht. Over de periode na dat moment, mag slechts gedeeltelijk afkoop plaatsvinden. Het onderdeel voert aan dat de motivering hiervoor niet deugt, omdat de rechtbank heeft overwogen dat V. in 'de periode vóór' goed in zijn levensonderhoud kan voorzien. Het onderdeel stelt dat niet valt in te zien dat dit zal wijzigen zodra de V. de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. In 'de periode na' zal V. AOW-uitkeringen ontvangen. Hij kan dan, zo vervolgt het onderdeel, nog beter in zijn levensonderhoud voorzien dan thans en dus zou volledige afkoop mogelijk moeten zijn. Het onderdeel stelt dat de rechtbank op dit punt buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden.

2.31 De derde klacht treft geen doel. De rechtbank heeft in rov. 4.8 van de tusschenbeschikking het volgende overwogen:

"Vaststaat evenwel dat V. thans in zijn levensonderhoud kan voorzien, hij verblijft kosteloos in de echtelijke woning en kan zich eveneens op kosten van (niet bij naam genoemde) derden per auto verplaatsen. Nu

de AOW leeftijd aan verandering onderhevig is en deze naar huidige regelgeving later ligt dan de indertijd door V. voorziene einddatum, acht de rechtbank het voor de beoordeling van het verzorgingskarakter en de vraag of afkoop onredelijk bezwarend is ook van belang te weten tot welke uitkering de Aegon pensioenverzekering leidt op het moment V. de AOW gerechtigde leeftijd bereikt. De verzekering heeft immers het karakter van een pensioenverzekering en het criterium onredelijk benadelend staat toe dat levensverzekeringen die niet of niet geheel nodig zijn ter verzorging van de oude dag of nabestaanden geheel of gedeeltelijk uitwinbaar zijn. Er is geen redelijke grond op basis waarvan het verzorgingskarakter van de onderhavige verzekering voor V., bij wijze van prepensioen, verder zou moeten strekken dan deze maatstaf."

De rechtbank heeft, zo volgt uit deze rechts-overweging, aangenomen dat V. thans goed in zijn levensonderhoud kan voorzien, omdat hij kosteloos in de echtelijke woning kan verblijven en zich eveneens op kosten van derden per auto kan verplaatsen.

De rechtbank heeft in rov. 1.12 van de eindbeschikking overwogen dat V. de onderhavige pensioenverzekering heeft afgesloten opdat deze bij het bereiken van de leeftijd 62, een destijds gebruikelijke pensioenleeftijd, tot uitkering zou komen. Op 1 juni 2015 is de einddatum bereikt. V. zal de thans geldende AOW leeftijd bereiken op 17 september 2019. Voor de periode van overbrugging vanaf 1 juni 2015 tot het moment waarop V. de thans geldende AOW heeft bereikt, heeft de onderhavige 'pensioenuitkering', zo overweegt de rechtbank, in zoverre geen verzorgingskarakter en is afkoop van de pensioenverzekering, voor zover de uitkeringen zien op die periode, niet onredelijk benadelend.

Centraal in de overwegingen van de rechtbank staat het verzorgingskarakter van de pensioenverzekering. De rechtbank heeft dit verzorgingskarakter aangenomen voor de periode na 17 september 2019. In de 'periode van overbrugging' heeft de pensioenverzekering naar het oordeel van de rechtbank geen verzorgingskarakter. De rechtbank is hierbij uitgegaan van 'huidige maatstaven', volgens welke men niet op 62-jarige leeftijd met pensioen pleegt te gaan. De rechtbank heeft dus voorop gesteld dat de pensioenverzekering in de periode van overbrugging géén verzorgingskarakter heeft. Vervolgens heeft de rechtbank overwogen dat, nu vast staat dat V. thans goed in zijn levensonderhoud kan voorzien, volledige afkoop over de periode van overbrugging niet onredelijk benadelend is. Met 'goed in zijn levensonderhoud kan voorzien' heeft de rechtbank, gelet op de vaststelling in rov. 4.8 van de

tussenbeschikking, bedoeld dat V. kosteloos in de echtelijke woning kan verblijven en zich eveneens op kosten van derden per auto kan verplaatsen.

Gelet op de overweging van de rechtbank dat de pensioenverzekering een verzorgingskarakter heeft in de periode na 17 september 2019 en gelet op wat de rechtbank heeft verstaan onder 'goed dat zijn levensonderhoud kan voorzien', is het impliciete oordeel van de rechtbank dat volledige afkoop in de periode na 17 september 2019 onredelijk benadelend zou zijn, begrijpelijk en voldoende gemotiveerd.

De rechtbank is hiermee niet buiten de rechtsstrijd van partijen getreden. Partijen hebben immers gestreden over de invulling van het criterium dat art. 22a Fw stelt. Beide partijen hebben in dit verband verschillende feiten aangedragen. De rechtbank heeft die feiten gewogen en is vervolgens tot een oordeel gekomen.

#### Onderdeel IV

2.32 De rechtbank heeft in haar eindbeschikking ten onrechte rekening gehouden met het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 juni 2016 (productie 5 in het cassatie-dossier). Dit arrest is gewezen tussen de curator en de Stichting Syanora. Het onderdeel voert aan dat de rechtbank heeft miskend dat rekening was te houden met de mogelijkheid dat V. in cassatie zou gaan. V. is ook daadwerkelijk in cassatie gegaan. De zaak is bij de Hoge Raad in behandeling onder nummer C16/04869.

2.33 De klacht faalt. Ten eerste bestaat er geen algemene regel van Nederlands procesrecht die meebrengt dat een rechtbank of een hof moet wachten met het doen van een einduitspraak tot de definitieve uitkomst in cassatie van een parallel lopende procedure. Ten tweede heeft de curator tijdens de beroepsprocedure niet aangevoerd waarom het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden op onjuiste gronden berust. Evenmin heeft de curator aangevoerd waarom de kans aanwezig is dat het arrest vernietigd zal worden door de Hoge Raad. Ten derde geldt dat de curator de rechtbank ook niet heeft verzocht haar eindbeschikking aan te houden totdat duidelijk zou zijn of V. in cassatie zou gaan of niet. In zijn akte van 20 juli 2016 heeft de curator slechts gewezen op de mogelijkheid dat V. in cassatie zou gaan, zonder hieraan enig rechtsgevolg te verbinden. Gelet hierop, is de beslissing van de rechtbank om uit te gaan van de rechtskracht van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden niet in strijd met het recht en ook niet onvoldoende gemotiveerd.

#### Onderdeel V

2.34 Onderdeel V bevat een klacht die is gericht tegen het dictum van de eindbeschik-

king van de rechtbank. Het onderdeel voert aan dat het dictum onduidelijk en onwerkbaar is. Voor de curator en voor Aegon zou het lastig zijn te bepalen welk deel van de afkoopsom aan de boedel moet worden uitgekeerd. In dit verband is van belang, zo stelt het middel, hoe oud V. naar verwachting zal worden, hetgeen niet precies te voorspellen is. Evenmin zou duidelijk zijn of de rechtbank € 800 netto of bruto heeft bedoeld.

2.35 Uit de beschikking blijkt mijns inziens voldoende duidelijk dat de rechtbank is uitgegaan van bruto bedragen. De rechtbank heeft immers schattenderwijs bepaald dat het pensioen dat V. dient toe te komen, € 1.500 bruto per maand dient te bedragen (rov. 1.14 van het eindvonnis). Het ligt niet voor de hand dat de rechtbank vervolgens netto bedragen heeft gehanteerd om duidelijk te maken hoe tot een bruto bedrag van € 1.500 per maand moet worden gekomen.

2.36 Uit het dictum van de beschikking blijkt voldoende duidelijk dat er na afkoop een recht op uitkering van (ongeveer) € 800 bruto per maand moet overblijven, waarop V. pas recht krijgt vanaf het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Ik ga ervan uit dat de curator en de betrokken verzekeraar, mede gelet op hun expertise, in staat zijn om uitvoering te geven aan het dictum.

In het incidenteel cassatieberoep

2.37 V. en V.2 zijn in cassatie gekomen met een incidenteel cassatiemiddel dat uit zes onderdelen bestaat. Onderdeel 1 en onderdeel 2 en kennen elk twee subonderdelen. Onderdeel 3 en onderdeel 4 kennen elk vier subonderdelen. Onderdeel 5 en onderdeel 6 kennen elk twee subonderdelen. Het incidentele cassatieberoep richt zich zowel tegen de tussenbeschikking als tegen de eindbeschikking van de rechtbank.

#### Onderdeel 1

2.38 Onderdeel 1 bevat samengevat de volgende klacht. De klacht is gericht tegen rov. 4.3 van de tussenbeschikking. Het onderdeel stelt dat de rechtbank ten onrechte verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 5 september 2008, omdat uit dit arrest niet zou blijken dat alleen sprake kan zijn van een 'hoogstpersoonlijk recht' als sprake is van een pensioen ter uitvoering van een pensioentoezegging door een werkgever en/of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een pensioenregeling.

Het onderdeel voert in dit verband aan dat V. in hoger beroep uitvoerig en onder verwijzing naar rechtspraak en literatuur heeft betoogd dat in het onderhavige geval zijn pensioenaanspraak (alsmede de (voorwaardelijke) aanspraak van zijn echtgenote op nabestaan-

denpensioen) als een hoogstpersoonlijk recht moet worden gekwalificeerd.

Als de rechtbank wel het juiste toetsingskader heeft aangelegd, zo vervolgt het onderdeel, dan geldt dat zij haar beslissing dat in het onderhavige geval geen sprake is van 'hoogstpersoonlijke rechten' onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

2.39 De klacht is ongegrond. De rechtbank gebruikt twee afzonderlijke argumenten ter onderbouwing van de stelling dat de pensioenverzekering geen hoogstpersoonlijk recht is. Het eerste argument is te vinden in rov. 4.2. en het tweede in rov. 4.3. Het cassatiemiddel valt alleen het tweede argument aan. Daarmee blijft het eerste argument overeind staan.

#### Onderdeel 2

2.40 Onderdeel 2 bevat een klacht die is gericht op rov. 4.4 van de tussenbeschikking. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat van een wettelijk afkoopverbod geen sprake is. Het onderdeel voert aan dat art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW een 'wettelijk' afkoopverbod bevat. In nauw verband hiermee klaagt het onderdeel dat de rechtbank een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de tekst van de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (*Kamerstukken I 2006-2007, 30 413 en 30 655, E*). In deze brief zou de betreffende minister hebben opgemerkt dat DGA's bescherming kunnen ontlenen aan art. 7:986 lid 4 BW.

2.41 De klacht treft geen doel, omdat de klacht uitgaat van het uitgangspunt dat art. 7:986 lid 4 BW een wettelijk afkoopverbod bevat. Art. 7:986 lid 4 BW bevat, anders dan art. 65 van de Pensioenwet, geen wettelijk afkoopverbod. Het artikellid duidt aan wanneer een contractuele beperking van het in art. 7:978 lid 1 BW opgenomen afkooprecht *niet* kan worden tegengeworpen aan (onder meer) de curator in het faillissement van de verzekeringnemer en wanneer dat *wel* kan. Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 7:986 lid 4 BW betrekking heeft op contractuele afkoopverboden.<sup>16</sup>

2.42 In het tweede subonderdeel van het onderdeel wordt erover geklaagd dat de rechtbank een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (*Kamerstukken 130413 en 30655, E*).<sup>17</sup> Ook deze klacht treft geen doel. De rechtbank heeft in rov. 4.15 van de tussenbeschikking overwogen dat zij geen grond ziet om vanwege de uitspraken van de Minister van Sociale Zaken, die zijn gedaan ter gelegenheid

van de behandeling van de Pensioenwet in de Eerste Kamer en na de totstandkoming van art. 7:986 lid 4 BW, dit artikellid uit te leggen in de door V. bepleite zin. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende gemotiveerd. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat premies die door een derde zijn betaald niet voor de heffing van Inkomstenbelasting in aanmerking genomen kunnen worden. Het gevolg daarvan is dat de eerste zin van art. 7: 986 lid 4 BW in het onderhavige geval van toepassing is.

#### Onderdeel 3

2.43 Het derde onderdeel, dat uit vier subonderdelen bestaat, houdt het hiernavolgende in.

##### 2.44 Subonderdeel 3.1

Het subonderdeel is gericht op het woord 'konden' in de tweede zin van art. 7:986 lid 4 BW. Het subonderdeel klaagt dat de rechtbank ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat voor de toepassing van de tweede zin van lid 4 vereist is dat de premies voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking *zijn* genomen. De wet stelt immers slechts als voorwaarde dat de premies voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking *konden worden genomen*.

Het subonderdeel voert verder aan dat uit de tweede zin van lid 4 volgt dat de curator niet bevoegd is om een zogenoemde 'fiscaal gefaciliteerde verzekering' af te kopen. De achtergrond van deze beperking op de bevoegdheden van de curator zou zijn gelegen in het feit dat dergelijke, fiscaal gefaciliteerde verzekeringen oudedags- of nabestaandenvoorzieningen plegen te zijn en dat dergelijke voorzieningen buiten het bereik van schuldeisers dienen te blijven.

Van doorslaggevend belang is, zo vervolgt het subonderdeel, of de betreffende levensverzekering *in fiscale zin* gekwalificeerd kan worden als een oudedags- of nabestaandenvoorziening. Volgens het subonderdeel is dat het geval. Het hof had dit moet onderzoeken.

Het subonderdeel voert aan dat de wetgever met betrekking tot de premies en de heffing van inkomstenbelasting een fictie heeft gecreëerd. Relevant is slechts het  *karakter* van de betreffende verzekering.

Het subonderdeel verwijst in dit verband naar rov. 3.3 van een beschikking van het Hof Arnhem van 16 oktober 2012, gepubliceerd in *JOR* 2013/82. Het Hof Arnhem zou de tweede zin van lid 4 wel juist heb toegepast.

2.45 De klacht in het subonderdeel treft geen doel. De rechtbank heeft overwogen dat V. geen beroep toekomt op art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW, omdat *i*) gesteld noch gebleken is dat V. de betreffende pensioenpremie als aftrekpost voor de inkomstenbelasting

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 1999/2000, 19529, 5, p. 56: "In bepaalde gevallen kan contractuele beperking van het afkooprecht ook worden tegengeworpen aan de schuldeisers, de curator en de bewindvoerder."

<sup>17</sup> Zie rov. 4.4 en 4.15 van de tussenbeschikking.

heeft opgevoerd (zie rov. 4.12 van de tussenbeschikking), *ii*) premies die door een derde zijn betaald, vanzelfsprekend niet voor de heffing van de inkomstenbelasting door V. als belastingplichtige in aanmerking konden worden genomen (zie rov. 4.15 van de tussenbeschikking) en *iii*) gesteld noch gebleken is dat V. zelf premies heeft betaald (rov. 4.15, laatste zin, van de tussenbeschikking). Gelet op deze vaststellingen, heeft de rechtbank mogen overwegen dat V. geen beroep toekomt op art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW. Dit artikelid stelt immers als vereiste dat de betrokken verzekeringnemer de voldane premies voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking heeft genomen en/of heeft kunnen nemen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning. Dat kan de verzekeringnemer niet, indien een derde de premies betaalt of heeft betaald. Hiermee faalt het subonderdeel in zijn geheel.

#### 2.46 Subonderdeel 3.2

Subonderdeel 3.2 voert aan dat indien de rechtbank daarentegen van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan met betrekking tot de betekenis van de tweede zin van lid 4, haar beslissing dat de uitzondering van de tweede zin in het onderhavige geval niet opgaat, onbegrijpelijk is, gelet op een drietal feitelijke vaststellingen: *i*) de tekst van de fiscale pensioenclausule, *ii*) het standpunt van verzekeraar Aegon ter zake en *iii*) het bericht van dhr. E.J. Karsten RA, klantcoördinator bij de Belastingdienst. Gezien deze feitelijke vaststellingen door de rechtbank is haar beslissing, dat de uitzondering van art. 7:986 lid 4 BW niet opgaat, onbegrijpelijk. Uit de in de polis van toepassing verklaarde clausule blijkt immers dat de polis fiscaal is gefaciliteerd, wat bovendien wordt bevestigd door de stellingen van Aegon als betrokken verzekeraar en door Karsten namens de Belastingdienst. De rechtbank heeft niet inzichtelijk gemaakt om welke redenen ondanks deze drie vastgestelde feiten bij deze levensverzekering geen sprake zou zijn van een situatie waarop de tweede volzin van art. 7:986 lid 4 BW van toepassing is. De beslissing van de rechtbank is eens te meer onvoldoende gemotiveerd, gezien het uitvoerige beroep dat V. heeft gedaan op (analoge toepassing van) de uitspraak van het Hof Arnhem van 16 oktober 2012.

2.47 De klacht in het subonderdeel treft geen doel, omdat de rechtbank in r.o. 4.11 t/m r.o. 4.16 van de tussenbeschikking van 18 december 2015 voldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom volgens haar geen sprake is van een situatie waarop de tweede volzin van art. 7:986 lid 4 BW van toepassing is. In r.o. 4.8 t/m 4.10 van de tussenbeschikking van 18 december 2015 heeft de rechtbank de tekst van de fiscale pensioenclausule en het standpunt

van Aegon ter zake besproken. Hieruit volgt dat de rechtbank deze twee feitelijke vaststellingen in haar afweging heeft betrokken. Ook het bericht van de Belastingdienst heeft de rechtbank in haar afweging betrokken, gelet op de overweging in r.o. 4.12 van de tussenbeschikking. Het beroep van V. op analoge toepassing van het arrest van het Hof Arnhem van 16 oktober 2012 heeft de rechtbank terzijde geschoven, nu is gesteld noch gebleken dat V. zelf premies heeft betaald (zie r.o. 4.15, laatste zin, van de tussenbeschikking). Deze overweging is aldus te verstaan dat van een analoge toepassing van het arrest geen sprake kan zijn, omdat het in dat arrest ging om een verzekeringnemer die de premies wel bij zijn aangifte inkomstenbelasting in aftrek had kunnen brengen op zijn inkomen.

#### 2.48 Subonderdelen 3.3 en 3.4

Subonderdelen 3.3 en 3.4 zijn gericht tegen de overweging van de rechtbank in r.o. 4.10 van de tussenbeschikking. De rechtbank heeft art. 2 sub b van de fiscale pensioenclausule als een *contractueel* afkoopverbod gekwalificeerd. Volgens subonderdeel 3 is dat niet juist, omdat uit de fiscale pensioenclausule blijkt dat afkoop niet leidt tot sancties in de contractuele verhouding met Aegon. Afkoop zou slechts fiscale gevolgen hebben. Subonderdeel 4 klaagt dat de rechtbank haar beslissing dat de fiscale pensioenclausule als contractueel afkoopverbod moet worden beschouwd, onvoldoende heeft gemotiveerd.

2.49 De klachten in subonderdelen 3.3 en 3.4 treffen geen doel, omdat V. zelf het standpunt heeft ingenomen dat art. 2 sub b van de fiscale pensioenclausule een contractueel afkoopverbod stelt en dat dit verbod door de curator in de weg staat (zie rov. 4.6 van de tussenbeschikking). De rechtbank heeft V. hierin gevolgd (zie rov. 4.10 van de tussenbeschikking). De klachten treffen ook los daarvan geen doel. De rechtbank stond blijkens rov. 4.9 van de tussenbeschikking voor de vraag of de fiscale pensioenclausule een *wettelijk* of een *contractueel* afkoopverbod inhield, zulks naar aanleiding van het door V. naar voren gebrachte standpunt van (een medewerker van) Aegon. Gelet op de te maken keuze, heeft de rechtbank uit de tekst van art. 2 sub b van de fiscale pensioenclausule mogen opmaken dat sprake is van een contractueel afkoopverbod.

#### Onderdeel 4

2.50 De vierde klacht, die uit vier onderdelen bestaat, houdt het hiernavolgende in.

#### 2.51 Subonderdeel 4.1 en 4.2

De klacht in subonderdeel 4.1 is gericht tegen rov. 1.12 van de eindbeschikking. De rechtbank overweegt hierin dat de levensverzekering in de periode voordat V. de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, géén verzor-



gingskarakter heeft. Het subonderdeel klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat zij eerder heeft vastgesteld dat V. geen enkele andere aanspraak heeft en dus geheel zonder inkomen is. Al zijn vermogen valt in het faillissement. De rechtbank heeft miskend dat de vraag of de levensverzekering een verzorgingskarakter heeft niet kan worden beantwoord door de verzorgingsbehoefte non-existent te achten. De rechtbank heeft miskend dat het verzorgingskarakter dient te worden bepaald op basis van het type verzekering, het oogmerk waarmee deze destijds is aangegaan en of de omvang van de uitkering passend is bij dat oogmerk en karakter. Ten slotte heeft de rechtbank miskend dat de welwillendheid van familie en vrienden niet rechtens afdwingbaar is en bij de beoordeling van de (on)redelijkheid van de benadeling door de afkoop geen rol kan spelen.

2.52 De motiveringsklacht in subonderdeel 4.2 houdt het volgende in. V. heeft gemotiveerd gesteld dat hij geen inkomen heeft en voor zijn levensonderhoud volledig afhankelijk is van de welwillendheid van familie en vrienden, woont in de echtelijke woning en rijdt in de auto van zijn echtgenote, terwijl de rechtbank als uitgangspunt heeft genomen dat de woning in de faillissementsboedel valt, en de rechtbank in het algemeen aanneemt dat er geen aanvullend pensioen is, omdat alle aandelen e.d. van de vennootschappen waaruit pensioen zou kunnen worden ontvangen in de faillissementsboedel vallen. Gezien de stellingen van V., die gestaafd worden met de vaststellingen en conclusies van de rechtbank, is niet begrijpelijk om welke redenen de rechtbank tot de conclusie is gekomen dat V. (zelfstandig) in zijn levensonderhoud kan voorzien.

2.53 In rov. 4.28 (in cassatie niet bestreden) van de tussenbeschikking heeft de rechtbank het volgende overwogen. Vaststaat dat V. thans in zijn levensonderhoud kan voorzien, omdat hij kosteloos in de echtelijke woning verblijft en hij zich eveneens op kosten van (niet bij naam genoemde) derden per auto kan verplaatsen. De verzekering heeft het karakter van een pensioenverzekering en het criterium onredelijk benadelend staat toe dat levensverzekeringen die niet of niet geheel nodig zijn ter verzorging van de oude dag of nabestaanden geheel of gedeeltelijk uitwinbaar zijn. Er is geen redelijke grond op basis waarvan het verzorgingskarakter van de verzekering voor V., bij wijze van prepensioen, verder zou moeten strekken dan deze maatstaf.

2.54 De rechtbank heeft vervolgens iedere beslissing aangehouden in afwachting van overlegging door V. van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Hierna overlegde V. bij (ongedateerde) akte het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 juni 2016, waarop de curator een akte indiende op 20 juli 2016.

2.55 In r.o. 4.12 van de eindbeschikking overweegt de rechtbank onder meer dat vaststaat dat V. "thans, ook zonder deze uitkering, goed in zijn levensonderhoud kan voorzien." Mede gelet hierop kan de verzekering naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval gedeeltelijk worden afgekocht.

2.56 De klacht in subonderdeel 4.2 slaagt niet. De stelling dat V. thans goed in zijn levensonderhoud kan voorzien is dragend voor het oordeel van de rechtbank dat afkoop in de overbruggingsperiode tot de pensioengerechtigde leeftijd niet onredelijk benadelend is in de zin van art. 22a Fw. Het criterium 'onredelijk benadelend' laat mijns inziens toe dat de rechtbank met alle omstandigheden van het geval rekening houdt. Daarom is het niet onjuist dat de rechtbank in aanmerking heeft genomen dat voor V. bepaalde bijzondere omstandigheden gelden die maken dat hij in zijn levensonderhoud kan voorzien. Ik vind het daarbij niet onbegrijpelijk dat de rechtbank daarbij geen doorslaggevend gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat hier geen juridisch afdwingbare verplichtingen aan de orde zijn.

2.57 De klacht in subonderdeel 4.1 treft geen doel. In rov. 4.20 van de tussenbeschikking heeft de rechtbank overwogen dat de pensioenverzekering een verzorgingskarakter heeft. De rechtbank heeft nadrukkelijk het oogmerk waarmee de pensioenverzekering in 1981 is afgesloten, in haar oordeel betrokken. Vervolgens heeft de rechtbank overweging gewijd aan de vraag in hoeverre afkoop (niet) onredelijk benadelend is voor V., in welk verband de rechtbank heeft betrokken dat het criterium onredelijk benadelend toestaat dat levensverzekeringen die of niet geheel nodig zijn ter verzorging van de oude dag of nabestaanden geheel of gedeeltelijk uitwinbaar zijn. Aldus heeft de rechtbank gehandeld in overeenstemming met het bepaalde in art. 22a lid 1, onder a, Fw ('voorzover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt').

#### 2.58 Subonderdeel 4.3

Subonderdeel 4.3 klaagt dat de rechtbank in haar eindbeschikking op geen enkele wijze inzicht heeft gegeven in haar gedachtegang die heeft geleid tot de schatting van € 1.500 als 'redelijk verzorgingsniveau' of in de berekening en aannames die ten grondslag liggen aan de stelling dat dit voor € 800 via de levensverzekering dient te worden verwezenlijkt, omdat de rest via de verwachte AOW-uitkering zou worden zeker gesteld. In dit verband wijst het subonderdeel erop dat V. een beroep heeft gedaan op een arrest van het Hof Amsterdam van 17 maart 2006 (ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768). Het Hof Amsterdam zou in dit arrest het bedrag van

€ 3.074,30 als een normaal inkomen hebben gekwalificeerd.

2.59 In het arrest waarnaar het subonderdeel verwijst, lees ik niet dat het Hof Amsterdam het bedrag van € 3.074,30 als een normaal maandinkomen kwalificeert. Het bedrag wordt in het arrest niet genoemd. Evenmin spreekt het hof van een 'normaal maandinkomen'. Ik ga daarom voorbij aan deze verwijzing.

2.60 De klacht treft voor het overige geen doel. De rechtbank heeft in rov. 1.15 van de eindbeschikking schattenderwijs bepaald dat V. een brutobedrag van € 1.500 per maand dient toe te komen, opdat hij een redelijk verzorgingsniveau heeft. Deze beslissing berust op een schatting die, gelet op de hoogte van het bedrag, geen nadere motivering behoeft. Het bedrag is hoger dan de maandelijkse AOW-uitkering waarop V. recht zal hebben en wijkt niet veel af van het wettelijk (bruto) minimumloon per maand voor personen van 23 jaar en ouder. V. mag worden geacht hiermee in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien.

#### 2.61 *Subonderdeel 4.4*

Dit subonderdeel klaagt over de onduidelijkheid van de beslissing in rechtsoverweging 1.15 en het dictum van de eindbeschikking van de rechtbank. Het is niet duidelijk of de rechtbank een bruto of netto bedrag bedoeld heeft. Voorts komt in het dictum en de beslissing onvoldoende tot uitdrukking dat het moet gaan om een levenslange uitkering, zodat ook daarover discussie kan worden gevoerd. De klacht treft geen doel. Ik verwijs naar mijn bespreking van onderdeel V van het cassatiemiddel van de curator.

### Onderdeel 5

#### 2.62 *Subonderdeel 5.1*

De klacht in subonderdeel 5.1 is gericht tegen rov. 3.1 van de tussenbeschikking. De rechtbank heeft hierin overwogen dat V.2 niet-ontvankelijk is in haar beroep, omdat de beschikking van 9 juli 2015 van de rechter-commissaris niet tot haar gericht was. V. betoogt dat de rechtbank ten onrechte en/of op onbegrijpelijke wijze de kring van partijen die beroep kunnen instellen te eng heeft getrokken. Hij wijst er in dit verband op dat V.2 onder 21 van het beroepschrift een zelfstandig belang bij het beroep heeft gesteld en toegelicht. De rechtbank heeft dit zelfstandig belang van V.2 ook onderkend, blijktens haar beslissing dat V.2 (mogelijk) rechten kan doen gelden op een nabestaandenpensioen. De beschikking van de rechter-commissaris was dan ook tevens gericht aan V.2. De rechter-commissaris was van het belang van V.2 op de hoogte.

2.63 De klacht treft geen doel. In het Nguyen/Berntsen-arrest van 22 april 2005 heeft de Hoge Raad overwogen dat alleen

degene die 'partij' was bij de beschikking van de rechter-commissaris het recht van hoger beroep heeft.<sup>18</sup> Het enkele schuldeiserschap brengt geen bevoegdheid mee om het in art. 67 lid 1 Fw bedoelde hoger beroep in te stellen.<sup>19</sup> In een arrest van 6 oktober 2006 heeft de Hoge Raad herhaald dat uitgangspunt is dat alleen degene die 'partij' was bij de beschikking van de rechter-commissaris het recht heeft van hoger beroep.<sup>20</sup> Uit rov. 3.1 van de tussenbeschikking blijkt dat de rechtbank het voorgaande niet heeft miskend. De rechtbank heeft daarbij aangenomen dat de beschikking van de rechter-commissaris niet tot V.2 was gericht. Het enkele feit dat V.2, zoals het onderdeel stelt, "een zelfstandig belang bij het beroep heeft gesteld en toegelicht", maakt haar nog geen partij bij de beschikking van de rechter-commissaris.

#### 2.64 *Subonderdeel 5.2*

De klacht in subonderdeel 5.2 is gericht tegen rov. 1.14, 1.15 en 2.2 van de eindbeschikking. De rechtbank zou ten onrechte het belang van V.2 niet hebben meegewogen in haar afweging in hoeverre afkoop van de levensverzekering (niet) onredelijk benadelend zou zijn.

2.65 De klacht treft geen doel. In rov. 1.13 van de eindbeschikking heeft de rechtbank overwogen dat V.2 voldoende eigen vermogen heeft en dat daarom, bij de vraag tot welk bedrag afkoop mogelijk is, wordt uitgegaan uit van pensioen ten gunste van V. zelf. De rechtbank heeft het belang van V.2 dus wel kenbaar in haar afweging betrokken.

### Onderdeel 6

#### 2.66 *Subonderdeel 6.1*

De klacht in subonderdeel 6.1 is gericht tegen rov. 4.30 van de tussenbeschikking. Het subonderdeel stelt dat de rechtbank is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Daargelaten of V. inderdaad gehouden is om de curator en de rechter-commissaris informatie te verschaffen, geldt immers rechtens als uitgangspunt dat als gevolg van de devolutive werking de zaak in beroep integraal wordt overgedragen aan c.q. afgewenteld op de rechtbank, zodat de rechtbank het gehele geschil dient te beoordelen en tevens gehouden is bewijs te waarderen en bewijslevering toe te laten. In de procedure in beroep kan immers bewijs van een of meerdere feiten van belang worden of blijken, welk feit of welke feiten eerder door de rechter-commissaris niet zijn vastgesteld. De rechtbank dient de zaak inte-

<sup>18</sup> Zie HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4191, NJ 2005/405, m.nt. P. van Schilfhaarde (Nguyen/Berntsen), r.o. 3.2.4.

<sup>19</sup> Idem, r.o. 3.2.4.

<sup>20</sup> HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8295, NJ 2010/184 (ABN Amro/Arts), r.o. 3.2.4.

graal te beoordelen en bewijslevering toe te staan indien het bewijsaanbod ter zake dienend is en het aangeboden bewijs voor de te nemen beslissing relevant is.

2.67 De klacht treft geen doel. De devolutive werking van het beroep brengt immers niet mee dat de rechtbank gehouden is elk willekeurig aanbod om onder de ede te worden gehoord, te honoreren.

2.68 Subonderdeel 6.2 klaagt dat indien de rechtbank heeft willen uitdrukken dat het bewijsaanbod van V. onvoldoende ter zake dienend is, zij deze beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. De rechtbank heeft immers, zo vervolgt het onderdeel, in rov. 1.12 van de eindbeschikking beslissende betekenis toegekend aan haar vaststelling dat V. thans “goed in zijn levensonderhoud kan voorzien”. In dit verband is niet begrijpelijk waarom V. niet tot (nader) bewijs wordt toegelaten. V. heeft immers gemotiveerd gesteld dat hij geen inkomsten heeft en voor zijn dagelijks levensonderhoud afhankelijk is van (eindige) gunsten van familie en vrienden, die niet verplicht zijn hem te ondersteunen, welke gunsten niet als inkomsten worden gekwalificeerd, althans niet bij de vraag of afkoop onredelijk benadelend is mogen worden betrokken. Gezien deze gemotiveerde stellingen en het bewijsaanbod van V. om de rechtbank inzage te bieden in zijn huishoudboekje, is niet begrijpelijk waarom de rechtbank dit bewijsaanbod onvoldoende ter zake dienend heeft geacht. Ter onderbouwing van het een en ander verwijst het subonderdeel naar stellingen die in het beroepschrift en de pleitaantekeningen namens V. zijn ingenomen.

2.69 De klacht treft geen doel. V. heeft aangeboden om onder ede te worden gehoord over zijn vermogenspositie. Voor zover dit aanbod geldt als een bewijsaanbod, acht ik het aanbod weinig concreet, omdat het bewijsaanbod niet inzichtelijk maakt wat V. (onder ede) zou kunnen verklaren in aanvulling op de reeds door hem ingenomen stellingen met betrekking tot zijn vermogenspositie. De rechtbank is van hetzelfde uitgangspunt uitgegaan, blijkens haar beslissing om het in het kader van de beoordeling van het hoger beroep te doen met de ‘thans’ voorliggende gegevens. Hierbij heeft de rechtbank betrokken dat V. ingevolge de Faillissementswet verplicht is om mee te werken aan een goed verloop van het faillissement en eventueel relevante informatie zelf dient te verstrekken aan rechter-commissaris en curator. De motivering van de rechtbank acht ik voldoende begrijpelijk.

## RI 2018/4

### HOF ARNHEM-LEEWARDEN

7 november 2017, nr. 200.199.423

(Mrs. C.G. ter Veer, I. Brand, M.G. van 't Westeinde)

Art. 3:13, 3:231, 3:268 BW; art. 430 Rv

ECLI:NL:GHARL:2017:9669

#### Executie. Zorgplicht

**Mag een bank-hypothekhouder de verbonden onderpanden executeren? Schendt zij door executie haar zorgplicht of maakt zij misbruik van haar bevoegdheid?**

*M en V zijn in huwelijk en als notarissen jaren aan elkaar verknocht. Zij kopen successievelijk een villa (gezamenlijk), een kantoorpand (op naam van de vrouw) en een appartement (gezamenlijk), zetten een vennootschapsstructuur op en gaan leningen bij Rabobank aan. Voor deze leningen verklaren zij zich beiden hoofdelijk aansprakelijk, stellen zij zich over en weer borg en verlenen zij hypotheekrechten op de drie onroerende zaken.*

*Dan gaat het mis met het huwelijk en stopt de vrouw met haar werk als notaris. Zij blijft wel bestuurder en, formeel, als kandidaat-notaris, in dienst van de praktijkvennootschap van de man, maar begint met een mediationpraktijk en snijdt na een paar jaar haar banden met de notarispraktijk helemaal door. Financieel blijft zij echter onveranderd verbonden. Vervolgens gaat de praktijkvennootschap van de man failliet. De bank kan zich voor een deel van haar vorderingen op de alleen door de man gebruikte villa verhalen, maar blijft met een restvordering zitten en klopt bij de vrouw aan. Zij weigert te betalen. De bank zegt alle financieringsovereenkomsten op en kondigt de parate executie van het kantoorpand en het appartement aan. De vrouw vraagt in kort geding een verbod, zowel omdat de bank niet tot executie bevoegd zou zijn, als omdat zij onder meer misbruik van haar bevoegdheid zou maken.*

*Hof: De hypotheeken voor kantoorpand en appartement strekken tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen Rabobank uit welken hoofde dan ook te vorderen heeft of mocht hebben, van zowel M en V samen als van ieder van hen afzonderlijk. Een dergelijke omschrijving voldoet aan het bepaalbaarheidsvereiste. V schiet al geruime tijd toerekenbaar tekort in de nakoming van haar verplichtingen en verkeert in verzuim. Rabobank heeft ook de aan de hypotheekakten ten grondslag liggende financieringen opgezegd, waardoor de openstaande leningen onmiddellijk opeisbaar zijn geworden. Rabobank kan als hypothekhouder het recht van parate executie*