

Insolventie en verzekering

M.B. de Boer & Y.L.L.A.M. Delfos-Roy*

1 Inleidende opmerkingen

1.1 Wat behandeld wordt

Ten tijde van de faillietverklaring zal de failliet veelal diverse verzekeringen hebben lopen. Denk bijvoorbeeld aan een inboedelverzekering, een (wettelijke) aansprakelijkheidsverzekering, een ziektekostenverzekering of een rechtsbijstandsverzekering. Het spreekt voor zich dat die verzekeringen die redelijkerwijs niet nodig zijn voor de failliet, zo spoedig mogelijk na het uitspreken van het faillissement door de curator worden opgezegd.¹ Dit strookt met het doel van het faillissement, te weten het genereren van een zo hoog mogelijke boedelopbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. In de Faillissementswet (Fw) is voor de curator geen algemene richtlijn opgenomen wanneer een door de schuldenaar gesloten verzekering wél en wanneer een dergelijke verzekering niet behoort te worden opgezegd. De door hem te maken afweging ligt besloten in zijn beheerstaak als faillissementscurator (art. 68 lid 1 Fw): naar de omstandigheden van het geval zal hij dienen te handelen, op basis van de redelijkheid.² Wanneer de failliet bijvoorbeeld in zijn auto blijft rijden in verband met het verwerven van inkomsten, zal door de curator de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering niet (kunnen) worden opgezegd; betreft het een zogenoemde WA-plus verzekering, dan zal de redelijkheid in het algemeen geen opzegging van het 'plus-gedeelte' ingeven. Gaat het om een allriskverzekering, dan zal de curator dienen af te wegen of de kosten daarvan, gezien ook de waarde van de auto, wel 'verantwoord' zijn. Deze weging dient ook te worden gemaakt ten aanzien van verzekeringen waarbij een rechtspersoon, die failliet, als verzekerde partij is. Te denken valt aan een bedrijfsschade-, transport-, krediet- of ongevallenverzekering.

* Universitaire docenten bij het departement Civiel Recht van de Universiteit Leiden.

- 1 Verplichte (volks)verzekeringen zoals bijvoorbeeld ingevolge de Zorgverzekeringswet of de AWBZ kunnen uiteraard niet worden opgezegd; dergelijke verzekeringen worden hierna dan ook buiten beschouwing gelaten.
- 2 De curator zal dienen te handelen zoals in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht; vgl. HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK (Maclou/Curatoren Van Schuppen); dit geldt ook voor de bewindvoerder in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling.

Slechts voor één type van verzekering kent de wet een bijzondere regeling. Het betreft de overeenkomst van levensverzekering, waarvoor in artikel 22a Fw – welk artikel ingevolge artikel 295 lid 5 tweede zin Fw van overeenkomstige toepassing is in de schuldsaneringsregeling – een gedetailleerde regeling is opgenomen betreffende het recht op het doen afkopen van een levensverzekering en het recht om de begunstiging te wijzigen. Onder bepaalde voorwaarden vallen deze rechten ingevolge artikel 22a lid 1 Fw buiten de boedel als bedoeld in artikel 20 Fw (de boedel omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft). Artikel 22a lid 2-5 Fw geeft een regeling voor zover deze rechten tot de boedel behoren: geregeld worden respectievelijk de toestemming van de rechter-commissaris tot afkoop en wijziging van de begunstiging en de overdracht van de verzekering (lid 2), de wijziging van de begunstiging en beëindiging van het faillissement (lid 3), het onherroepelijk worden van de begunstiging na de faillietverklaring (lid 4), en de bescherming van de verzekeraar die aan de begunstigde betaalde (lid 5).

De opzet van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 zullen eerst enkele algemene opmerkingen over de levensverzekering in samenhang met artikel 22a Fw worden gemaakt, waarna in paragraaf 3 de betekenis van een levensverzekering voor de faillissementsboedel c.q. de schuldsaneringsboedel zal worden behandeld. Bij deze bespreking zal ook in paragraaf 4 artikel 3.1.2 Voorontwerp Insolventiewet inzake boedel en levensverzekering worden betrokken.

Vervolgens zal de aandacht worden verlegd naar door de schuldenaar afgesloten schadeverzekeringen. In geval de schuldenaar aansprakelijk is voor schade en hij daarvoor een verzekering had lopen, is het immers de vraag wat de positie van de benadeelde is in het inmiddels uitgesproken faillissement of in de inmiddels uitgesproken toepassing van de schuldsaneringsregeling. In bepaalde gevallen kan de benadeelde zich direct wenden tot de verzekeraar, zoals geregeld is in artikel 7:954 BW en artikel 6 WAM (*action directe*). Is dit niet het geval, dan zal de benadeelde zijn vordering dienen aan te melden ter verificatie, met een beroep op zijn voorrecht (art. 3:287 BW). Uiteraard zal hierbij ook ter sprake komen wat het gevolg is van het feit dat bij een schadeverzekering de verzekerde failliet of saniet zelf de tot uitkering gerechtigde is, zoals dat bijvoorbeeld bij een ongevalverzekering het geval kan zijn. Dit zal aan de orde komen in paragraaf 5, waarin algemene opmerkingen over schadeverzekering en faillissement c.q. schuldsaneringsregeling zijn opgenomen. In paragraaf 6 zal vervolgens de omstandigheid dat de benadeelde schuldeiser in een faillissement of schuldsaneringsregeling is, worden uitgewerkt, alsmede de gevolgen van het feit dat de verzekerde failliet of saniet zelf de tot uitkering gerechtigde

is. In dit kader zal uiteraard ook het Voorontwerp Insolventiewet in paragraaf 7 ter sprake komen. De benadeelde schuldeiser zal, wanneer hij geen *action directe* heeft, in het algemeen niet veel van zijn schade terugzien; de schadeuitkering waarop de failliet of saniet aanspraak kan maken, zal zelfs geheel aan de boedel ten goede komen. Is dit wel gerechtvaardigd? Dient de positie van de benadeelde schuldeiser en de verzekerde failliet of saniet niet te worden verbeterd, en zo ja, op welke wijze? Tevens zal worden behandeld welke implicaties het heeft indien het gaat om door de curator of bewindvoerder gecontinueerde schadeverzekeringen. Tot slot volgen afsluitende opmerkingen in paragraaf 8.

1.2 Verzekeringsrecht nu

Met ingang van 1 januari 2006 is titel 17 Verzekering van Boek 7 BW in werking getreden.³ Daarin is ook een omschrijving van de verzekeringsovereenkomst en van de begrippen schade- en sommenverzekering opgenomen. Zo is in artikel 7:925 lid 1 BW een definitie van verzekering neergelegd:

‘Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.’

Schadeverzekering is volgens artikel 7:944 BW de verzekering die strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden, terwijl sommenverzekering in artikel 7:964 BW wordt omschreven als de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Als voorbeeld van een sommenverzekering kan de levensverzekering worden genoemd.⁴ De levensverzekering is uitgewerkt in artikel 7:975 e.v. BW. De schadeverzekering is uitgewerkt in artikel 7:944 e.v. BW. In deze bijdrage zal niet worden ingegaan op de in artikel 7:976 BW bedoelde verzekering die strekt tot voorziening in de kosten van lijkbezorging. De reden hiervoor is dat artikel 7:976 derde volzin BW bepaalt:

3 Wet van 22 december 2005 tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Stb. 2005, 700, inwerkingtreding op 1 januari 2006, Stb. 2005, 702.

4 Zie voorts *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 Verzekering*, door M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinke, Deventer 2007, p. 3 en p. 220. Dit werk wordt hierna aangehaald als *Parl. Gesch. Verzekering*.

‘De waarde van deze verzekeringen en de uit deze verzekeringen voortvloeiende rechten zijn niet vatbaar voor beslag en blijven buiten het faillissement van of de toepassing van de schuldsaneringsregeling op de verzekeringnemer en vereffening van zijn nalatenschap.’

Daarmee is de vóór het in werking treden van titel 17 Boek 7 BW voor de curator of bewindvoerder c.q. nabestaanden van de failliet of saniet bestaande onzekerheid hoe de kosten van lijkbezorging te regelen, op dit punt opgelost.⁵

2 Levensverzekering en (artikel 295 lid 5 jo.) artikel 22a Fw: algemeen

De levensverzekering is volgens artikel 7:975 BW de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering, met dien verstande dat een ongevallenverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd. De uitsluiting van de ongevallenverzekering berust, aldus de memorie van toelichting, ‘(...) op het feit dat ongevallenverzekering, ook voor zover zij tot een uitkering bij overlijden strekt, van geheel andere aard is dan de levensverzekering. Met name bevat zij geen spaarelement en is zij bedrijfstech-nisch veeleer schadeverzekering.’⁶

De wetgever kent aan de nemer van een levensverzekering een aantal rechten toe. Zo komt bijvoorbeeld aan de verzekeringnemer toe:

- Het recht de verzekering door de verzekeraar te doen afkopen. Dit recht houdt ingevolge artikel 7:978 lid 1 BW in dat de verzekeringnemer de verzekering, voor zover deze stellig voorziet in één of meer uitkeringen, geheel of gedeeltelijk door de verzekeraar kan doen afkopen. Uit artikel 7:986 BW vloeit voort dat artikel 7:978 lid 1 BW van regelend recht is.
- Het recht de verzekering te belenen. Dit recht houdt ingevolge artikel 7:979 BW in het recht de verzekering als bedoeld in artikel 7:978 lid 1 BW tot het bedrag van de afkoopwaarde bij de verzekeraar te belenen op bij deze gebruikelijke voorwaarden. Ook deze bepaling is van regelend recht, hetgeen blijkt uit artikel 7:986 BW.
- Het recht om zichzelf of, al dan niet naast zichzelf, één of meer derden als begunstigde aan te wijzen, aldus artikel 7:966 lid 1 BW. De begunstigde is, ingevolge artikel 7:965 BW, degene die tot het ontvangen van een uitkering is aangewezen. Voorts komt aan de verzekeringnemer het recht toe om bedoelde aanwijzing te herroepen of deze te wijzigen

5 Zie in dit verband voor wat betreft de schuldsaneringsregeling M.B. de Boer, Wat nu wanneer de saniet tijdens toepassing van de schuldsaneringsregeling overlijdt? (II), *Schuld-Sanering* 2004/5, p. 11.

6 Parl. Gesch. Verzekering, p. 263.

(zie art. 7:966 lid 1 BW). Is een derde als begunstigde aangewezen, dan kan deze aanwijzing op grond van artikel 7:968 BW echter niet meer worden herroepen indien die derde haar heeft aanvaard, het risico door het overlijden van de verzekerde reeds is geëindigd, een uitkering opeisbaar wordt of indien dit voortvloeit uit de overeenkomst. Ook vóór de inwerkingtreding van Boek 7 titel 17 BW gold dat de verzekeringnemer, in de hier genoemde gevallen, de begunstiging niet meer kon herroepen.⁷ Artikel 7:974 BW bepaalt onder andere dat artikel 7:966 lid 1 BW van dwingend recht is voor zover het de vormvoorschriften betreft.

Voorts heeft de verzekeringnemer onder de voorwaarden genoemd in artikel 7:980 BW het recht om de premiebetaling te staken, van welk recht ingevolge artikel 7:986 BW niet ten nadele van onder andere de verzekeringnemer kan worden afgeweken, wanneer deze een natuurlijk persoon is die de verzekering sluit, anders dan in verband met de uitoefening van een beroep of bedrijf.

De hier genoemde rechten worden in de literatuur beschikkingsrechten genoemd.⁸ In het nu volgende zal worden behandeld in hoeverre deze beschikkingsrechten vermogensrechten zijn die, wanneer het faillissement of de toepassing van de schuldsaneringsregeling is uitgesproken, in de boedel van de verzekeringnemer vallen.

Reeds in 1913, dus lang voor de inwerkingtreding van titel 17 Verzekering van Boek 7 BW, overwoog de Hoge Raad ten aanzien van het recht van verzekeringnemer om een begunstigde aan te wijzen en een eenmaal aangewezen begunstigde te vervangen door een ander, dat dit recht een vermogensrecht is dat tot het faillissement van verzekeringnemer behoort en dat:

‘het beheer daarover door de curators in het belang der schuldeisers moest worden gevoerd en in dier voege kon worden uitgeoefend, dat de curators in die hoedanigheid zich zelven als begunstigten aanwezen’.⁹

Het gevolg van deze uitspraak was, onder andere, dat de curator *onbeperkt* gebruik kon maken van het (beschikkings)recht van de verzekeringnemer om de begunstiging te wijzigen door zichzelf q.q., dat wil zeggen de boedel, als begunstigde aan te wijzen.¹⁰

7 P.L. Wery, *Hoofdzaken verzekeringsrecht* (Serie Hoofdzaken Handelsrecht (red. M.M. Mendel)), Deventer 2004, p. 114-115, en HR 5 december 1913, NJ 1914, p. 257, ten aanzien van de aanvaarding door de derde-begunstigde.

8 Wery-Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, p. 114-117.

9 HR 5 december 1913, NJ 1914, p. 257.

10 Parl. Gesch. Verzekering, p. 308; Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 7; conclusie A-G Langemeijer vóór HR 15 december 2006, NJ 2007, 6, onder 2.14.

Op 1 december 1998 is deze bevoegdheid van de curator door de inwerking-treding van artikel 21a Fw beperkt.¹¹ Op dezelfde datum is ook artikel 295a Fw in werking getreden, waarin eenzelfde regeling als die van artikel 21a Fw¹² is opgenomen voor de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling.¹³ Daarna, met de inwerkingtreding op 1 januari 2006 van de Wet tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, is artikel 21a Fw, met enige wijzigingen, vernummerd tot artikel 22a Fw en is tegelijkertijd artikel 295a Fw op dezelfde punten gewijzigd.¹⁴ Vervolgens is artikel 295a Fw met ingang van 1 januari 2008 verval-len; daarvoor in de plaats is artikel 295 lid 5 Fw aangevuld met de volzin dat artikel 22a Fw van overeenkomstige toepassing is.¹⁵ Artikel 22a lid 1 Fw bepaalt derhalve sedert 1 januari 2008 de grenzen waar-binnen de curator of bewindvoerder in plaats van de schuldenaar kan han-delen. Dit artikellid luidt als volgt:

‘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 onre-delijk benadeeld wordt;
- b. het recht om de begunstiging te wijzigen, tenzij de wijziging geschiedt ten behoeve van de boedel en de begunstigde of de ver-zekeringnemer daardoor niet onredelijk benadeeld wordt;
- c. het recht om de verzekering te belenen.’

Dit artikellid noch het daarmee parallel lopende artikellid uit het – inmid-dels vervallen – artikel 295a Fw geeft, aldus de Vierde Nota van wijzi-ging, aan de curator in faillissement respectievelijk de bewindvoerder in

11 Zie ook HR 15 december 2006, NJ 2007, 6, waarin is overwogen dat de nieuwe wettelijke regeling een breuk inhoudt met het tot 1 december 1998 geldende recht.

12 Met dien verstande dat in art. 21a Fw van curator, faillietverklaring en faillissement en in art. 295a Fw van bewindvoerder en (uitspraak tot) toepassing van de schuldsanerings-regeling gesproken wordt.

13 Stb. 1998, 622.

14 Stb. 2005, 700 en Stb. 2005, 702. De wijzigingen aan art. 22a en 295a Fw houden in dat in het eerste lid na levensverzekering de woorden ‘als omschreven in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993’ vervallen, dat in lid 3 het woord ‘aanwijzing’ door ‘wijziging’ wordt vervangen, en dat een lid 4 en lid 5 worden toegevoegd. Zie voor het overgangsrecht Stb. 2005, 701 (art. IX).

15 Stb. 2007, 192 (art. III) en Stb. 2007, 222. Uit de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 24) valt af te leiden dat mogelijk sprake is van een vergissing en dat het de bedoeling was in art. 295 lid 6 een verwijzing naar thans art. 22a Fw op te nemen (zie ook Reparatiewet III Justitie, Kamerstukken I 2007/08, 31 248, A, art. X). Voor de toepassing van art. 22a Fw op de schuldsaneringsregeling maakt dit uiteraard niets uit.

de schuldsaneringsregeling '(...) nieuwe of bijzondere bevoegdheden tot het verrichten van beschikkingshandelingen met betrekking tot levensverzekeringen'. Bedoelde artikelen hebben, aldus deze Nota van wijziging, uitsluitend de strekking om de uitoefening van bevoegdheden in '(...) die gevallen waarin op grond van de bestaande regelgeving het verrichten van beschikkingshandelingen wèl mogelijk zou zijn' te beperken. De regeling beoogt bescherming tegen uitwinning van 'levensverzekeringen met een verzorgingskarakter' te bieden '(...) waarvoor in andere regelingen geen of onvoldoende bescherming bestaat'.¹⁶ Bij de uitoefening van deze bevoegdheden blijft bovendien het uitgangspunt '(...) 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'.¹⁷

Onder verzekeringen met een verzorgingskarakter zijn niet alleen verzekeringen die recht geven op een lijfrente begrepen.¹⁸ Als voorbeeld van een verzekering die in beginsel ook bescherming verdient wordt gegeven '(...) een gemengde levensverzekering die tot uitkering komt bij het vooroverlijden van de verzekerde en waarbij de uitkering door de nabestaanden kan worden aangewend ter aflossing van één of meer geldleningen'.¹⁹

3 Betekenis van een levensverzekering voor de boedel

In het navolgende wordt besproken wat de beperkingen van de bevoegdheden van de curator ingevolge artikel 22a Fw inhouden. Dit geldt uiteraard ingevolge artikel 295 lid 5 jo. artikel 22a Fw ook voor de bewindvoerder in een schuldsaneringsregeling. Gezien de volgorde waarin de beschikkingsrechten in artikel 22a Fw aan de orde komen, zal onder 3.1 eerst het recht op het doen afkopen van een levensverzekering worden besproken; vervolgens zal onder 3.2 het recht om de begunstiging te wijzigen aan de orde komen. Voor wat betreft het recht de levensverzekering te belenen (art. 7:979 BW) kunnen wij kort zijn. Dit recht valt volgens artikel 22a lid 1 aanhef en sub c Fw buiten de boedel en de curator of bewindvoerder is dus tot belening niet bevoegd. Opgemerkt moet nog worden dat onder het begrip levensverzekering in artikel 22a Fw hetzelfde dient te worden verstaan als onder het begrip levensverzekering in Boek 7 titel 17 BW.²⁰

16 Tegen de beperking van de mogelijkheid van crediteurenverhaal die de onderhavige regeling meebrengt, worden door W.J.M. van Veen, *Levensverzekering, faillissement en beslag*, in: *Verzekering en faillissement* (Preadvies VvV 1996), Zwolle 1996, p. 97 e.v., bezwaren aangevoerd.

17 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 5.

18 Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 4.

19 Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 4.

20 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 62.

3.1 Het recht op het doen afkopen van een levensverzekering

3.1.1 *Wanneer afkoop mogelijk is*

Volgens artikel 7:978 lid 1 BW heeft de verzekeringnemer het recht de levensverzekering voor zover deze stellig voorziet in één of meer uitkeringen, geheel of gedeeltelijk door de verzekeraar te doen afkopen. Een verzekering voorziet stellig in één of meer uitkeringen indien zich stellig een verzekerd risico zal verwezenlijken.²¹

‘(...) Van zulke verzekeringen is sprake indien (de invloed van niet-betaling van premie daargelaten) van meet af aan vaststaat dat de verzekeraar te eniger tijd, vroeg of laat, verplicht zal zijn een of meer uitkeringen te doen.’²²

Als voorbeeld kunnen onder andere worden genoemd: de levenslange overlijdensverzekering en de gemengde verzekering bij welke laatste de verzekeraar zich verplicht ‘(...) de verzekerde som uit te keren op een tevoren bepaalde datum (de einddatum van de overeenkomst) of bij het eerder overlijden van de verzekerde’.²³

Zoals uit artikel 22a lid 1 aanhef en sub a Fw blijkt, valt het recht van de verzekeringnemer op het doen afkopen van een levensverzekering in de boedel voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door de afkoop niet onredelijk wordt benadeeld. In geval van faillissement kan dit in de boedel vallende recht slechts door de curator worden uitgeoefend met toestemming van de rechter-commissaris; in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling geldt hetzelfde voor de bewindvoerder. De rechter-commissaris toetst in hoeverre de begunstigde of de verzekeringnemer door de afkoop onredelijk zou worden benadeeld en zo nodig stelt hij vast tot welk bedrag de curator c.q. de bewindvoerder het desbetreffende recht mag uitoefenen.²⁴

Onredelijke benadeling zal, aldus de Vierde nota van wijziging, moeten worden aangenomen voor zover het de afkoop van een levensverzekering met verzorgingskarakter betreft; voor zover de levensverzekering een ver-

21 Parl. Gesch. Verzekering, p. 273.

22 Parl. Gesch. Verzekering, p. 271.

23 Parl. Gesch. Verzekering, p. 271. Asser-Clausing-Wansink, *Bijzondere overeenkomsten VI. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer 2007, nr. 459 (de gemengde verzekering komt tot uitkering ‘(...) hetzij bij het bereiken van een bepaalde leeftijd door de verzekerde hetzij bij zijn overlijden vóór dat tijdstip’, op een enkele uitzondering na leidt deze verzekering stellig tot een uitkering). Zie ook Asser-Clausing-Wansink VI. *De verzekeringsovereenkomst*, nr. 481.

24 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6; Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

zorgingskarakter heeft, staat het belang van de begunstigde voorop²⁵ en is uitwinning niet toegestaan.²⁶ Dit geldt ook wanneer de begunstigde slechts herroepelijk is aangewezen en de begunstigde nog slechts een kans en geen recht op uitkering heeft. Dit neemt, aldus de Nadere memorie van antwoord, immers niet weg dat begunstigde '(...) er wel voldoende – beschermenswaardig – belang bij kan hebben dat zijn vooruitzicht op uitkering niet wordt aangetast (vgl. art. 3:303 BW)'.²⁷ Of en in hoeverre de verzekering een verzorgingskarakter heeft, hangt onder meer af van het antwoord op de vraag of en in hoeverre de verzekering naast eventueel andere bestaande aanspraken een noodzakelijke oudedags- of nabestaandenvoorziening betreft.²⁸ Reeds uit de Nota van wijziging kan worden afgeleid dat ervan is afgezien '(...) om in een strakke norm aan te geven tot welk bedrag een levensverzekering niet mag worden afgekocht' omdat de behoefte aan een oudedags- of nabestaandenvoorziening, naast eventuele andere bestaande aanspraken, per individu kan verschillen en afhangt van tal van omstandigheden.²⁹

Zowel de Nota van wijziging als de Vierde nota van wijziging noemt – niet limitatief – als mogelijke andere bestaande aanspraken: de Algemene

25 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6.

26 Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 4.

27 Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

28 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6.

29 Kamerstukken II 1993/94, 22 969, nr. 7 (Nota van wijziging), p. 3-4. N. Frenk, Regels voor de uitwinning van levensverzekeringen in faillissement, TVI 1995, p. 107, stelt dat het criterium onredelijke benadeling een open norm is waardoor '(...) bij de vraag wat kan worden gezien als een niet overdreven voorziening voor de oudedag mede rekening (kan) worden gehouden met de levensstandaard van degene voor wie de voorziening is getroffen'. Van Veen, Levensverzekering, faillissement en beslag, in: Verzekering en faillissement (Pre-advies VvV 1996), p. 103 e.v., heeft bezwaar tegen de open norm onredelijke benadeling. In het Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, 1985-1986, 19 529, nrs. 1-2, (zie o.a. art. 7:17.3.21 lid 3) werd nog wel van een bedrag tot welk uitwinning niet mogelijk is uitgegaan. Zo werd uitwinning onder andere – kort gezegd – niet mogelijk geacht tot een jaarlijkse uitkering voor de begunstigde van '(...) tweemaal het ongehuwdenpensioen krachtens de Algemene Ouderdomswet'; zie Parl. Gesch. Verzekering, p. 315. In de Tweede nota van wijziging (Kamerstukken II 1993/94, 22 969, nr. 11, p. 1-2) is ervan uitgegaan dat uitwinning in beginsel niet mogelijk is voor zover met de levensverzekering wordt voorzien in een tekort dat bestaat '(...) voor zover de elders door de verzekeringnemer opgebouwde voorzieningen minder bedragen dan de voorzieningen die opgebouwd hadden moeten worden om een oudedagsvoorziening te treffen van 70 percent of een nabestaandenvoorziening ten behoeve van zijn echtgenoot van 50 percent van het gemiddelde persoonlijk inkomen over de laatste vier jaar voorafgaande aan de faillietverklaring' c.q. aan de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling. Deze norm is vervallen, zoals opgemerkt in de Vierde nota van wijziging (Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20, p. 6).

Ouderdomswet, de Algemene Weduwen- en Wezenwet, de al dan niet verplichte (bedrijfs- of beroeps)pensioenregelingen, lijfrenten en dergelijke.³⁰ Zie bij een toepassing van de schuldsaneringsregeling in dit verband ook Hof Amsterdam 17 maart 2006:³¹

‘Het hof is van oordeel dat appellant door een cessie van zijn rechten uit levensverzekering ten behoeve van zijn schuldeisers onredelijk – in de zin van art. 295a Fw – zou worden benadeeld. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat appellant en zijn partner naast de aanspraak uit de onderhavige verzekering – afgezien van een aanspraak ingevolge de AOW – geen andere noemenswaardige rechten uit een ouderdomsvoorziening hebben. De som van de AOW-uitkeringen en de uit de levensverzekering te verwachten lijfrentetermijnen ligt niet op een zodanig niveau dat het alsdan te genieten inkomen de naar de maatschappelijke opvattingen normale kosten van levensonderhoud van appellant en zijn partner te boven gaat. Genoegzaam staat dan ook vast dat de door appellant afgesloten verzekering een verzorgingskarakter draagt, hetgeen tot de conclusie moet leiden dat een cessie van de rechten van appellant uit de levensverzekering ten behoeve van zijn schuldeisers in de schuldsanering niet van hem gevegd kan en mag worden.’

Het criterium onredelijke benadeling dient, naar uit de parlementaire geschiedenis blijkt, niet te worden ingevuld door het argument dat de verzekerde som de afkoopwaarde aanmerkelijk kan overtreffen.³² Gesteld wordt: ‘(...) Onredelijk benadeeld is alleen de begunstigde wiens verzorgingsaanspraken uitgewonnen worden.’³³ Het kan dus zo zijn dat een verzekering niet, gedeeltelijk niet, of geheel uitwinbaar is.³⁴

In het geval van ‘(...) een oudedagsvoorziening is de begunstigde de gefailleerde of de debiteur in de schuldsaneringsregeling’, bij een nabestaandenvoorziening is de begunstigde een derde.³⁵

Zoals hiervoor al gezegd bestaat het recht op afkoop evenmin voor zover de verzekeringnemer door afkoop van de levensverzekering onredelijk zou

30 Kamerstukken II 1993/94, 22 969, nr. 7 (Nota van wijziging), p. 3-4; Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6. Voor de Algemene Weduwen- en Wezenwet is de Nabestaandenwet in de plaats gekomen.

31 LJN AX6768; Archiefnummer 2006-562 van de wsnp-jurisprudentiedatabank (www.wsnp.rvr.org).

32 Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 4.

33 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6.

34 Kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297 (Nadere memorie van antwoord), p. 2. In de zelfde zin Kamerstukken II 1994-1995, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6.

35 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6.

worden benadeeld. Van bedoelde onredelijke benadeling van verzekeringnemer kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de verzekeringnemer gezien zijn gezondheidstoestand geen nieuwe levensverzekering meer kan sluiten³⁶ of wanneer verhaal op andere vermogensbestanddelen waarvan de executie minder bezwaarlijk is voor de verzekeringnemer, mogelijk is.³⁷

De vraag of verzekeringnemer door afkoop onredelijk wordt benadeeld, staat – naar het lijkt – los van het antwoord op de vraag of sprake is van een levensverzekering die in een noodzakelijke oudedags- of nabestaandenvoorziening voorziet. Immers, wanneer van dit laatste sprake zou zijn, zou afkoop al niet mogelijk zijn vanwege onredelijke benadeling van de verzekeringnemer als begunstigde of van een derde-begunstigde.³⁸

In de literatuur vindt men nog meer voorbeelden van onredelijke benadeling van de verzekeringnemer, zoals het geval waarin afkoop voor verzekeringnemer ernstige fiscale consequenties heeft, of verzekeringnemer door afkoop geen gebruik meer kan maken van zijn recht om op grond van de polisvoorwaarden wegens arbeidsongeschiktheid geen premie meer te hoeven betalen.³⁹ Ook wordt de situatie genoemd waarin, gezien de slechte gezondheidstoestand van verzekerde, mag worden verwacht dat de uitkering door overlijden van de verzekerde spoedig opeisbaar zal worden.⁴⁰ Speelt in dit laatste geval wel het criterium dat afkoop onredelijk benadelend is wanneer de verzekerde som hoger is dan de afkoopwaarde? Nu uitkering zo reëel lijkt, is dit niet onverdedigbaar.

In de overeenkomst van verzekering kan het recht op het doen afkopen zijn beperkt of uitgesloten. Wanneer dit het geval is, kan deze uitsluiting of beperking, aldus artikel 7:986 lid 4 eerste zin BW, echter:

‘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 toepas-

36 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6; Kamerstukken II 1994/95, 23 429, nr. 8 (Tweede nota van wijziging), p. 5; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 581; W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer 2007, nr. 12.2.3.; Frenk, *Regels voor de uitwinning van levensverzekeringen in faillissement*, TvI 1995, p. 107.

37 Kamerstukken II 1994/95, 23 429, nr. 8 (Tweede nota van wijziging), p. 5; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 581.

38 Zie ook Frenk, *Regels voor de uitwinning van levensverzekeringen in faillissement*, TvI 1995, p. 107.

39 Frenk, *Regels voor de uitwinning van levensverzekeringen in faillissement*, TvI 1995, p. 107; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 581; Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, nr. 12.2.3.

40 Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 581; Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, nr. 12.2.3.

sing van de schuldsaneringsregeling, dan wel de vereffenaar van de nalatenschap van de verzekeringnemer’.

In lid 4 tweede zin wordt, voor het geval de uitsluiting of beperking van het recht op het doen afkopen een verzekering betreft die recht geeft op periodieke uitkeringen of verstrekkingen, op dit uitgangspunt een uitzondering gemaakt:

‘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’.

In dit geval betreft het, aldus de Nota van wijziging, veelal verzekeringen die een oudedags- of nabestaandenvoorziening vormen, ‘waarvan het karakter zo zeer lijkt op dat van pensioenen, dat net als bij pensioenaanspraken vervreemding, bezwaring en afkoop niet mogelijk dienen te zijn’.⁴¹

3.1.2 *Wat er nog meer bij afkoop komt kijken*

Daar de curator of bewindvoerder alleen beschikkingshandelingen kan verrichten voor zover de bevoegdheden van de verzekeringnemer reiken, dient nog het volgende te worden behandeld. Voor het uitvoeren van het recht op het doen afkopen van de levensverzekering heeft de verzekeringnemer conform artikel 7:972 BW schriftelijke toestemming van de derde-begunstigde nodig, wanneer de aanwijzing van deze begunstigde onherroepelijk is volgens artikel 7:968 BW. Het is interessant kort te bezien wat dit vereiste, naast de eisen die uit artikel 22a Fw voor afkoop voortvloeien, voor de curator of bewindvoerder betekent.

Artikel 7:968 BW ziet op de volgende situaties waarin de aanwijzing van een derde als begunstigde onherroepelijk is:

- a. De derde-begunstigde heeft de begunstiging aanvaard.

Wanneer deze aanvaarding vóór faillissement van verzekeringnemer of toepassing van de schuldsaneringsregeling op verzekeringnemer heeft plaatsgevonden, zal de curator of de bewindvoerder slechts met toestemming van de hier bedoelde begunstigde kunnen afkopen (art. 7:972 BW). Wanneer de begunstigde de begunstiging vóór de uitspraak tot faillietverklaring van verzekeringnemer of tot toepassing van de schuldsaneringsregeling op verzekeringnemer nog niet heeft aanvaard, dan zal aanvaarding, voor zover het recht om begunstiging te wijzigen in de boedel valt, zich slechts kunnen voordoen wanneer de curator of de

⁴¹ Parl. Gesch. Verzekering, p. 330.

bewindvoerder daarvoor toestemming als bedoeld in artikel 7:969 BW heeft gegeven. Ingevolge artikel 23 Fw c.q. artikel 296 lid 1 Fw verliest immers verzekeringnemer door de faillietverklaring c.q. de uitspraak tot toepassing op hem van de schuldsaneringsregeling van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen c.q. de bevoegdheid om over de tot de boedel behorende goederen te beschikken. De curator c.q. bewindvoerder is dan met het beheer en de vereffening van de boedel belast (art. 68 lid 1 c.q. art. 316 lid 1 sub b Fw).

b. Het risico is door het overlijden van de verzekerde geëindigd.

c. Een uitkering wordt opeisbaar.⁴²

Wanneer zich de situatie onder b of c voordoet, is – naar wij begrijpen – afkoop niet meer mogelijk. Het verzekerde risico heeft zich dan verwezenlijkt en het recht op het doen afkopen van de verzekeringnemer is daarmee tenietgegaan.⁴³ Wanneer de begunstiging na de uitspraak tot faillietverklaring of tot toepassing van de schuldsaneringsregeling op een van deze wijzen onherroepelijk wordt, dan geldt, ondanks dat artikel 22a lid 4 Fw bepaalt dat de onherroepelijkheid niet aan de boedel kan worden tegengeworpen, hetzelfde, aldus de Nota van wijziging.⁴⁴ Wel blijft – zoals hierna onder 3.2 blijkt – onder de voorwaarden gesteld in artikel 22a Fw het recht om begunstiging te wijzigen bestaan.⁴⁵

d. De onherroepelijkheid vloeit uit de overeenkomst voort.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat zich dit onder andere kan voordoen indien de begunstiging van de derde ingevolge de overeenkomst van verzekering onherroepelijk wordt met het overlijden van de verzekeringnemer, die niet de verzekerde is.⁴⁶ Wanneer de verzekeringnemer overlijdt na faillietverklaring c.q. de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling op hem, dan kan, aldus artikel 22a lid 4 Fw, de onherroepelijkheid niet aan de boedel worden tegengeworpen, behalve voor zover vaststaat dat de begunstiging niet zal worden gewijzigd. De curator c.q. bewindvoerder zal dus, alvorens tot het doen afkopen over te kunnen gaan, de begunstiging ten behoeve van de boedel moeten wijzigen. Toestemming van de derde-begunstigde heeft hij, wanneer hij tot wijziging van de begunstiging overgaat, niet nodig; de onherroe-

42 Het opeisbaar worden van een uitkering brengt niet mee dat de begunstiging ook onherroepelijk wordt ten aanzien van volgende uitkeringen in een reeks van uitkeringen; zie Parl. Gesch. Verzekering, p. 242.

43 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 59; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 512.

44 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 59-62.

45 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 59-62.

46 Parl. Gesch. Verzekering, p. 241 en p. 242-243; Asser-Clausing-Wansink VI. De Verzekeringsovereenkomst, nr. 513; Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering, nr. 5.5.

pelijkheid kan dan immers niet aan de boedel worden tegengeworpen. De mogelijkheid van de curator c.q. de bewindvoerder om begunstiging te wijzigen, wordt wel beperkt door artikel 22a Fw,⁴⁷ waarover hierna meer.

3.1.3 *Onredelijke benadeling nader bezien*

Eenzijds hebben crediteuren in een faillissement of een schuldsaneringsregeling belang bij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst. Anderzijds heeft de wetgever met artikel 22a Fw willen waarborgen dat bij een levensverzekering de verzorgingsaanspraken van de verzekeringnemer of begunstigde niet worden uitgewonnen: uitwinning van een levensverzekering met een verzorgingskarakter dient als onredelijke benadeling te worden aangemerkt.⁴⁸ Aangaande de verzorgingsaanspraken staat dus het belang van de verzekeringnemer of begunstigde voorop en moet het recht van de schuldeisers op tegeldemaking van het *gehele* vermogen van de schuldenaar wijken. Maar welke maatstaf dient te worden aangelegd bij invulling van het criterium 'onredelijke benadeling'?

Voor het antwoord op de vraag of een levensverzekering kan worden afgekocht in faillissement c.q. schuldsanering, kan door de curator c.q. de bewindvoerder dan wel de rechter-commissaris ons inziens aansluiting worden gezocht bij de beslagvrije voet zoals geregeld bij derdenbeslag in artikel 475d Rv: een 'bestaansminimum' dient de begunstigde te verblijven. Deze maatstaf wordt ook gehanteerd bij de vraag welk gedeelte van het inkomen en/of van periodieke uitkeringen buiten de boedel valt (zie art. 295 lid 2 Fw voor de schuldsaneringsregeling; in faillissement wordt voor de toepassing van art. 21 aanhef en sub 2 Fw door de rechter-commissaris in de regel eveneens aansluiting gezocht bij de beslagvrije voet⁴⁹). Voor een levensverzekering zou dit betekenen dat deze niet kan worden afgekocht tot een bedrag dat begunstigde nodig heeft om een maandelijkse bijdrage ter hoogte van de beslagvrije voet (aangevuld met het in art. 475d lid 5 Rv ter vermeerdering genoemde, zoals de daar bedoelde premie van een ziektekostenverzekering) x het aantal maanden per jaar x het gemiddelde aantal nog te verwachten levensjaren van de begunstigde⁵⁰ ter beschikking te hebben. Bij de berekening van het bedrag dat begunstigde nodig heeft om over de hier bedoelde maandelijkse bijdrage te beschikken wordt dan uiter-

47 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 59-62.

48 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6.

49 Polak-Wessels, *Insolventierecht II. Gevolgen van de faillietverklaring* (1), Deventer 2000, nr. 2129.

50 Gekozen is weliswaar voor de terminologie 'de begunstigde', maar dat wil niet zeggen dat de gezondheidstoestand van de begunstigde daarbij in aanmerking dient te worden genomen; berekend wordt dus naar objectieve criteria.

aard rekening gehouden met reeds elders bestaande aanspraken (bijvoorbeeld AOW). Eventueel zou het bedrag dat niet kan worden afgekocht nog verhoogd kunnen worden op de wijze als aangegeven in artikel 295 lid 3 Fw; voor faillissement volgt dit uit artikel 100 Fw.⁵¹ Het is vanzelfsprekend dat het recht op afkoop niet mag worden uitgeoefend voor zover de afkoop niet nodig is om de (geverifieerde) schuldeisers integraal te voldoen. Aangaande het specifieke vereiste dat de levensverzekering een verzorgingskarakter heeft, dient ook nog gewezen te worden op de uitspraak van Rechtbank Arnhem 6 december 2007,⁵² waarin wordt overwogen:

‘(...) mogen de verzekeringen worden afgekocht indien zij geen verzorgingskarakter hebben, dat wil zeggen niet bestemd zijn ter verzorging van de oude dag of nabestaanden. (...) In deze is van doorslaggevend belang met welk doel de verzekeringen destijds zijn aangegaan en doet in beginsel niet ter zake welke bestemming appellants nu aan de toekomstige uitkeringen wil geven, nu inmiddels, met uitzondering van het AOW-pensioen, andere oudedagsvoorzieningen al dan niet door eigen toedoen zijn vervallen of illusoir gebleken, hij in staat van faillissement is verklaard en zijn andere vermogensbestanddelen geheel of ten delen worden vereffend.’

Met deze overweging kan men instemmen met deze aantekening dat zich uitzonderingen kunnen voordoen, bijvoorbeeld indien de omstandigheden nopen tot de beslissing dat de begunstigde enig bedrag aan oudedags- c.q. nabestaandenvoorziening moet verkrijgen omdat hij verder geen voorzieningen heeft.

Zo worden – net zoals in het beslagrecht (art. 475d Rv) – de minimumbestaansmiddelen van de verzekeringnemer of begunstigde gewaarborgd. Toepassing op deze wijze van het criterium ‘onredelijke benadeling’ ver-

51 Dienaangaande wordt in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 41) opgemerkt: ‘(...) Bij de eventuele vaststelling van dat bedrag kan de rechter rekening houden met de financiële verplichtingen van de schuldenaar die niet ten laste van de boedel komen en die hij derhalve zelf moet voldoen. In ieder geval zullen daartoe behoren de normale kosten van levensonderhoud. Tevens kan met bijzondere uitgaven rekening worden gehouden zoals meer dan normale kosten die de schuldenaar moet maken om zijn inkomen te verwerven (bij voorbeeld hoge reiskosten).’ In de memorie van toelichting bij het sinds 1 januari 2008 van kracht zijnde lid 3 van art. 295 Fw (Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 23 e.v.) is opgemerkt: ‘(...) Doorgaans wordt in de praktijk reeds een hoger bedrag vastgesteld dan de in artikel 475d Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neergelegde 90% van de bijstandsnorm (op grond van de Recofa Aanbevelingen 95% en bij wijze van arbeidsstimulans ten gunste van de boedel 100% indien de schuldenaar inkomen uit arbeid heeft).’ Zie in dit verband tevens Kamerstukken II 2006/07, 29 942, nr. 33 (Brief van de minister van Justitie), p. 4.

52 LJN BC 11986; Rechtspraak Insolventierecht 2008, 30.

draagt zich dan ook met het uitgangspunt van de wetgever, waarvan de consequentie is dat het belang van de verzekeringnemer of begunstigde op dit punt is gesteld boven het belang van de schuldeisers bij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst.

3.1.4 *Hoe wordt beslist?*

Inzake de vraag op welke wijze de beslissing wordt genomen in hoeverre het recht op het doen afkopen van een levensverzekering in de boedel valt, zouden wij het volgende willen opmerken.

Uit artikel 22a Fw blijkt dat de curator of de bewindvoerder eerst zal nagaan of, en zo ja in hoeverre een levensverzekering voor afkoop in aanmerking komt. Vervolgens dient hij schriftelijk⁵³ toestemming aan de rechter-commissaris te vragen voor gehele of gedeeltelijke afkoop, terwijl deze laatste dan uiteindelijk beslist en daarbij zo nodig vaststelt tot welk bedrag deze rechten kunnen worden uitgeoefend. De beslissing van de rechter-commissaris in dezen – onafhankelijk of het gaat om toestemming tot afkoop tot een bepaald bedrag dan wel de vaststelling zo nodig tot welk bedrag dit recht kan worden uitgeoefend – dient te worden aangemerkt als een beschikking.⁵⁴ Tegen deze beschikking staat hoger beroep op de rechtbank open gedurende vijf dagen, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven (art. 67 lid 1 of art. 315 lid 1 Fw).⁵⁵ Het hoger beroep staat open voor de curator c.q. de bewindvoerder en voor degene tegen wie de beschikking is gevraagd en die zich bezwaard acht door de beschikking, in casu de begunstigde en de verzekeringnemer.

De rechter-commissaris is niet verplicht de begunstigde en de verzekeringnemer te horen alvorens hij zijn beschikking geeft.⁵⁶ Artikel 67 Fw bevat evenmin als artikel 315 Fw regels dienaangaande. Wél dient door de rechter-commissaris de betreffende beschikking onverwijld aan deze belanghebbenden en de curator c.q. de bewindvoerder ter kennis te worden gebracht met het oog op de beroepstermijn.⁵⁷ Belanghebbenden hebben dan gelegenheid om beroep bij de rechtbank in te stellen, zodat een procedure kan volgen die ook op het punt van hoor en wederhoor voldoet aan de eisen

53 Zie art. 14 Richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2005 en art. 21 Richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen 2007. Er staat weliswaar in art. 14 resp. art. 21 van deze Richtlijnen 'zo mogelijk schriftelijk', maar gegeven de constellatie – geen spoedeisende zaak; de curator of de bewindvoerder zal bescheiden dienen over te leggen – zal de toestemming als bedoeld in art. 22a Fw schriftelijk worden gevraagd.

54 Polak-Wessels, Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na de faillietverklaring, Deventer 2001, nr. 4025.

55 Polak-Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4066 en 4071.

56 Zie voor het door de rechter-commissaris in acht te nemen, (onder meer) in art. 6 EVRM verankerde vereiste van een openbare behandeling en een openbare uitspraak: Polak-Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4056.

57 Polak-Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4073, met jurisprudentieverwijzingen.

van artikel 6 EVRM.⁵⁸ Het gaat immers om beschikkingen van vermogensrechtelijke aard; en bij deze uitspraken worden burgerlijke rechten en verplichtingen vastgesteld als bedoeld in artikel 6 EVRM.

Bij het geven van een beschikking als bedoeld in artikel 22a lid 2 FW maakt de rechter-commissaris – net als bijvoorbeeld bij artikel 21 aanhef en sub 2 en artikel 100 Fw – gebruik van de ‘(...) bescheiden ruimte’ die hem is gegeven ‘(...) om bepaalde vermogensbestanddelen binnen de beschikkingsmacht van de gefailleerde te laten danwel daarin te brengen’.⁵⁹ De vaststelling of de levensverzekering geheel of tot een bepaald bedrag dient te worden afgekocht, is echter lastig. Hiervoor zal veelal speciale vakkenis zijn vereist. Voorlichting door een deskundige op dit terrein zal dan ook gewenst zijn. Door de rechter kan ingevolge artikel (314 lid 2 jo. art.) 66 Fw een deskundigenonderzoek worden bevolen. Naar mag worden aangenomen ligt in artikel (314 lid 2 jo. art.) 66 Fw besloten dat de artikelen 194-200 Rv op deze verzoekschriftprocedure van overeenkomstige toepassing zijn.⁶⁰ Naar wordt geleerd zijn de kosten van een dergelijk deskundigenbericht in geval van faillissement boedelschulden.⁶¹ Dergelijke boedelschulden kunnen uiteraard worden aangemerkt als bijzondere faillissementskosten. Voor de schuldsaneringsregeling is in artikel 320 lid 8 Fw bepaald dat het salaris van deskundigen ten laste van de Staat komt.

Hoewel de rechter-commissaris niet verplicht is om, alvorens zijn beslissing te geven, de verzekeringnemer en/of de begunstigde op te roepen om te worden gehoord in deze artikel 22a Fw-procedure, is het in het kader van procesefficiency wel zo goed om dat te doen. Wanneer de zaak voor de rechter-commissaris meteen goed en diepgaand wordt behandeld, met inachtneming van het recht van hoor en wederhoor, zal de neiging om in hoger beroep te gaan afnemen. Voordeel is ook dat alle gegevens van de verzekeringnemer en begunstigde meteen ter kennis van de rechter kunnen worden gebracht en niet pas in hoger beroep (volledig) bekend worden. Het hoger beroep bij de rechtbank mag niet enkel en alleen een verlengstuk van de procedure voor de rechter-commissaris zijn; functioneel dient het als een herkansing voor partijen, gepaard met controle op de rechter.⁶² Het belang bij dit soort procedures is groot wanneer het om aanzienlijke bedragen gaat,

58 Zie H.J. Sniijders – C.J.M. Klaassen – G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, vierde druk, Deventer 2007, nr. 32.

59 Aldus Polak-Wessels, *Insolventierecht IV*, nr. 4025.

60 Zie ook Polak-Wessels, *Insolventierecht IV*, nr. 4047-4048.

61 Zo Polak-Wessels, *Insolventierecht IV*, nr. 4049, met literatuurverwijzing; volgens B. Wessels is niet van overeenkomstige toepassing (art. 225 lid 3 = thans) art. 199 lid 3 Rv ‘(...) dat in het daar bedoelde geval de kosten ten laste van ‘s Rijks kas brengt’.

62 Zie ook W.D.H. Asser – H.A. Groen – J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag 2003, p. 194 e.v.

zoals in casu veelal het geval is. Dan is de bereidheid om door te procederen navenant, vooral indien het gevoel er is dat de zaak niet in volle omvang tot zijn recht is gekomen.

Uit de in artikel 22a lid 2 Fw gebezigde formulering blijkt dat de curator of de bewindvoerder voor het *uitoefenen* van het recht op het doen afkopen van een levensverzekering toestemming van de rechter-commissaris nodig heeft. Dit betekent dat de curator c.q. de bewindvoerder aansprakelijk is jegens de gefailleerde c.q. de saniet en de schuldeisers, indien hij zonder de vereiste machtiging optreedt, dat wil zeggen zonder toestemming de levensverzekering doet afkopen. Het komt ons voor dat in dit geval de curator c.q. de bewindvoerder op dezelfde voet aansprakelijk is jegens de derde-begunstigde als belanghebbende. Ongemachtigd optreden van de curator of de bewindvoerder heeft echter wat betreft (andere) derden geen invloed op de geldigheid van zijn handeling (art. 72 Fw c.q. art. 316 lid 2 jo. art. 72 Fw).⁶³ Uiteraard is de curator c.q. de bewindvoerder eveneens aansprakelijk jegens de schuldeisers indien hij nalaat toestemming te vragen om de levensverzekering af te kopen en verder ook geen actie onderneemt maar dit wel had moeten doen,⁶⁴ daargelaten de mogelijkheid die artikel 69 lid 1 Fw c.q. artikel 317 Fw biedt, om de curator c.q. de bewindvoerder daartoe te verplichten. De curator of de bewindvoerder kan zich niet tegen aansprakelijkheid indekken door de beslissing een levensverzekering niet te doen afkopen eerst te nemen na daarover overleg te hebben gepleegd met de rechter-commissaris.⁶⁵

3.2 Het recht om begunstiging te wijzigen

Zoals in het voorgaande al gezegd, was tot 1 december 1998 het uitgangspunt van de Hoge Raad⁶⁶ dat het recht van de verzekeringnemer om een begunstigde aan te wijzen en deze aanwijzing te wijzigen, als beschikkings- of vermogensrecht in het faillissement van verzekeringnemer valt en dat de curator in die hoedanigheid zichzelf onbepert als begunstigde kon aanwijzen. Op 15 december 2006⁶⁷ overweegt de Hoge Raad, kort gezegd, dat met de inwerkingtreding van artikel 21a Fw (thans art. 22a Fw) met ingang van 1 december 1998 met het uitgangspunt in voornoemd arrest uit 1913 in zoverre is gebroken '(...) dat het recht om de begunstiging te wijzigen buiten de boedel valt, tenzij de wijziging geschiedt ten behoeve van de boedel en de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor niet onredelijk benadeeld

63 Zie Polak-Wessels, *Insolventierecht IV*, nr. 4141 e.v.

64 Zie verder in dit verband Polak-Wessels, *Insolventierecht IV*, nr. 4243 e.v.

65 Vgl. E.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. KUB), Zwolle 1998, p. 368 e.v.

66 HR 5 december 1913, NJ 1914, p. 257.

67 HR 15 december 2006, NJ 2007, 6.

wordt'. In het geval de schuldsaneringsregeling wordt toegepast, geldt eenzelfde beperking. Artikel 295 lid 5 Fw verwijst immers naar artikel 22a Fw. Gezien de formulering van de wettekst in artikel 22a lid 1 aanhef en sub b Fw – *buiten de boedel valt het recht om de begunstiging te wijzigen* – lijkt het erop dat het recht van de verzekeringnemer om de begunstiging te wijzigen (een vermogensrecht) buiten de boedel valt. De curator of de bewindvoerder komt – gegeven de woorden in bedoeld artikellid *tenzij de wijziging geschiedt ten behoeve van de boedel* – dan slechts een wilsrecht toe dat uiteraard niet verder gaat dan de bevoegdheid van de verzekeringnemer, en waarbij als voorwaarde voor tegeldemaking geldt: *voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor niet onredelijk benadeeld wordt*. Het gaat dus om een wilsrecht dat in de boedel valt, maar waarvan de uitoefening door de curator of de bewindvoerder aan voorwaarden is verbonden.⁶⁸ In het nu volgende zal de betekenis van artikel 22a lid 1 aanhef en onder b Fw worden besproken.

3.2.1 *Wanneer is wijziging van begunstiging mogelijk*

Een curator of bewindvoerder kan verschillende redenen hebben om de begunstiging ten behoeve van de boedel te (willen) wijzigen. Zo kan de uitering uit verzekering een hogere waarde hebben dan de afkoopwaarde, of kan zich de situatie voordoen dat de verzekering niet afkoopbaar is,⁶⁹ omdat niet aan de eisen van artikel 7:978 lid 1 BW is voldaan.

De curator of bewindvoerder heeft de mogelijkheid om de begunstiging te wijzigen ingevolge artikel 22a lid 1 aanhef en onder b Fw, echter slechts voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door wijziging van de begunstiging niet onredelijk wordt benadeeld. Bovendien heeft de curator of bewindvoerder voor de wijziging van de begunstiging de toestemming van de rechter-commissaris nodig.

De rechter-commissaris dient te onderzoeken of sprake is van onredelijke benadeling. Daar met het wijzigen van de begunstiging de beperkingen die op grond van artikel 22a lid 1 aanhef en onder a Fw voor het recht op het doen afkopen gelden, niet mogen worden omzeild, geldt ook nu dat onderzocht zal moeten worden of sprake is van een levensverzekering met verzorgingskarakter. Voor zover dit het geval is, staat het belang van de begunstigde voorop en is wijziging van de begunstiging in zoverre niet mogelijk.⁷⁰ Het kan dus zo zijn dat een wijziging van de begunstiging niet, gedeeltelijk niet, of geheel mogelijk is. Zoals hiervoor al gezegd, hangt de conclusie of

68 Zie in dit verband ook Polak-Wessels, *Insolventierecht II* (1), nr. 2023. Zie ook inzake wilsrechten van de verzekeringnemer Parl. Gesch. Verzekering, p. 246; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 477-478.

69 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 7.

70 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 7.

de desbetreffende verzekering een verzorgingskarakter heeft onder meer af van het antwoord op de vraag of de verzekering naast eventueel reeds elders bestaande aanspraken een noodzakelijke oudedagsvoorziening voor de begunstigde verzekeringnemer of een noodzakelijke nabestaandenvoorziening voor de derdebegunstigde betreft.⁷¹

Wanneer verzekeringnemer slechts zichzelf als begunstigde heeft aangegeven, zal de uitkering uit de overeenkomst van levensverzekering, zonder dat de curator of bewindvoerder gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om de boedel als begunstigde aan te wijzigen, in de boedel vallen. De boedel omvat immers ingevolge artikel 20 Fw het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende faillissement verwerft, respectievelijk ingevolge artikel 295 lid 1 Fw de goederen van de schuldenaar ten tijde van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, alsmede de goederen die hij tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling verkrijgt. De gedachte is dat de verzekeringnemer de voor zichzelf bedongen uitkering, '(...) niet buiten zijn vermogen, krachtens een zelfstandig recht', verkrijgt.⁷²

Betreft de wijziging van de begunstiging een verzekering die niet afkoopbaar is – naar wij begrijpen – omdat niet aan de eisen van artikel 7:978 lid 1 BW is voldaan,⁷³ dan zal, aldus de Vierde nota van wijziging, met name dienen te worden getoetst

‘(...) of de verzekering beoogt het risico van vroeg overlijden te dekken en of met andere woorden de uitkering dient toe te komen aan degene tot wier verzorging de verzekering is gesloten. Denkbaar is dan ook hier dat een wijziging ten behoeve van de boedel slechts tot een bepaald bedrag is toegestaan.’⁷⁴

71 Zie Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 6-7. Als aangegeven in nt. 29 is er in de Tweede nota van wijziging (Kamerstukken II 1993/94, 22 969, nr. 11, p. 1-2) nog van uitgegaan dat uitwinning in beginsel niet mogelijk is voor zover met de levensverzekering werd voorzien in een tekort dat bestond '(...) voor zover de elders door de verzekeringnemer opgebouwde voorzieningen minder bedragen dan de voorzieningen die opgebouwd hadden moeten worden om een oudedagsvoorziening te treffen van 70 procent of een nabestaandenvoorziening ten behoeve van zijn echtgenoot van 50 procent van het gemiddelde persoonlijk inkomen over de laatste vier jaar voorafgaande aan de faillietverklaring' c.q. aan de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling.

72 Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, nr. 5.2. Zie ook Parl. Gesch. Verzekering, p. 223; zie voorts art. 7:967 lid 8 BW voor het geval er sprake is van een blanco-polis of geen aanwijzing van een derde als begunstigde gevolg heeft.

73 Beperking of uitsluiting van het recht, bedoeld in art. 7:978 lid 1 BW, kan immers op grond van art. 7:986 lid 4 BW in beginsel niet aan de curator of bewindvoerder worden tegen-
geworpen.

74 Kamerstukken II 1994/95, 22 969, nr. 20 (Vierde nota van wijziging), p. 7.

Ook ten aanzien van wijziging van de begunstigde geldt dat deze niet onredelijk benadelend mag zijn jegens verzekeringnemer. Van onredelijke benadeling zou sprake kunnen zijn in het geval dat verzekeringnemer gezien zijn gezondheidstoestand geen nieuwe verzekering zal kunnen sluiten.⁷⁵ Voorts wordt gesteld dat sprake zou kunnen zijn van onredelijke benadeling wanneer ook verhaal op andere vermogensbestanddelen genomen kan worden, welk verhaal voor verzekeringnemer minder bezwaarlijk is.⁷⁶

3.2.2 *Wat er nog meer bij wijziging van begunstiging komt kijken*

Daar de curator of bewindvoerder alleen beschikkingshandelingen kan verrichten voor zover de bevoegdheden van de verzekeringnemer reiken, dient ook ten aanzien van begunstigingswijziging het volgende te worden behandeld.

Voor het uitoefenen van het recht om de begunstiging te wijzigen heeft de verzekeringnemer conform artikel 7:972 BW schriftelijke toestemming van de derde-begunstigde nodig, wanneer de aanwijzing van deze begunstigde onherroepelijk is volgens artikel 7:968 BW. Ook nu is het interessant om kort te bezien wat dit vereiste voor de curator of bewindvoerder – naast dat aan de eisen, door artikel 22a Fw aan wijziging van begunstiging gesteld, moet zijn voldaan – betekent. Als gezegd ziet artikel 7:968 BW op de volgende situaties waarin de aanwijzing van een derde als begunstigde onherroepelijk is:

- a. De derde-begunstigde heeft de begunstiging aanvaard.
Indien de derde-begunstigde vóór de faillietverklaring (c.q. de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling) heeft aanvaard, kan de curator (c.q. de bewindvoerder) slechts met toestemming van de hier bedoelde begunstigde de begunstiging wijzigen. Wanneer de derde-begunstigde vóór de faillietverklaring (c.q. de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling) nog niet heeft aanvaard, kan ingevolge artikel 7:969 BW jo. artikel 23 en 68 lid 1 Fw (c.q. jo. art. 296 lid 1 en 316 lid 1 sub b Fw), gedurende het faillissement (c.q. de toepassing van de schuldsaneringsregeling), voor zover het recht om begunstiging te wijzigen in de boedel valt, niet zonder toestemming van de curator (c.q. de bewindvoerder) worden aanvaard.
- b. Het risico is door het overlijden van de verzekerde geëindigd.
- c. Een uitkering wordt opeisbaar.⁷⁷

75 Kamerstukken II 1994/95, 23 429, nr. 8 (Tweede nota van wijziging), p. 5; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 581.

76 Kamerstukken II 1994/95, 23 429, nr. 8 (Tweede nota van wijziging), p. 5; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 581.

77 Zie hiervoor, nt. 42.

Wanneer zich de onder b of c bedoelde situatie voordoet, kan de begunstiging, mits met toestemming van de begunstigde, worden gewijzigd.⁷⁸ Wordt de begunstiging echter onherroepelijk na de faillietverklaring of na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, dan heeft de curator of de bewindvoerder voor wijziging van begunstigde geen toestemming van de begunstigde nodig. Immers, ingevolge artikel 22a lid 4 Fw kan de hier bedoelde onherroepelijkheid niet aan de boedel worden tegengeworpen.⁷⁹

- d. De onherroepelijkheid vloeit uit de overeenkomst voort.

Deze situatie kan zich – om bij het voorbeeld gegeven bij 3.1.2 onder d te blijven – voordoen indien de begunstiging van de derde ingevolge de overeenkomst van verzekering onherroepelijk wordt met het overlijden van de verzekeringnemer. Overlijdt deze verzekeringnemer na faillissement c.q. na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling op hem, dan kan, aldus artikel 22a lid 4 Fw, de onherroepelijkheid in beginsel niet aan de boedel worden tegengeworpen. De curator of de bewindvoerder kan de begunstiging, uiteraard mits is voldaan aan de voorwaarden van artikel 22a Fw, zonder toestemming van de begunstigde wijzigen.

3.2.3 *Tot slot in het kader van wijziging van de begunstiging*

Het onder 3.1.3 opgemerkte ten aanzien van het criterium onredelijke benadeling bij het uitoefenen van het recht op het doen afkopen van een levensverzekering is mutatis mutandis van toepassing bij het uitoefenen door de curator of de bewindvoerder van het recht om de begunstiging te wijzigen. Voor wat betreft de procedureregels – ook bij wijziging van de begunstiging behoeft de curator of de bewindvoerder immers toestemming van de rechter-commissaris – kan verwezen worden naar het onder 3.1.4 opgemerkte.

4 **Artikel 22a Fw vergeleken met artikel 3.1.2 Voorontwerp Insolventiewet**

Op 1 november 2007 is een advies voor een Insolventiewet (Voorontwerp Insolventiewet met een Toelichting daarop) aan de minister van Justitie gepresenteerd door de voorzitter van de Commissie Insolventierecht.⁸⁰ Deze Commissie is ingesteld met ingang van 1 mei 2003 en kreeg als taak mee om te adviseren over een algehele herziening van de insolventie-

78 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 59-62.

79 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5 (Nota van wijziging), p. 59-62.

80 Het Voorontwerp Insolventiewet met de daarbij behorende toelichting is te vinden op <www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/index.aspx> en op <www.bobwessels.nl>, onder weblog, 2007-11-doc2.

wetgeving.⁸¹ Al vrij snel liet de Commissie weten van oordeel te zijn '(...) dat het de voorkeur zou verdienen om de schuldsaneringsregeling samen met het faillissement en de surseance van betaling te integreren tot één insolventieprocedure'.⁸² Dit uitgangspunt ligt dan ook aan de basis van het Voorontwerp Insolventiewet. De persoon aan wie de afwikkeling van de insolventie is toevertrouwd wordt aangeduid met de term bewindvoerder – zoals nu ook het geval is bij surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen; de benaming faillissementscurator wordt dus niet meer gebezigd. In het Voorontwerp Insolventiewet is (onder meer) de taakverdeling tussen de hoofdrolspelers – de bewindvoerder, de schuldeisers en de rechter-commissaris – aangepast.⁸³ In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet wordt dienaangaande voor zover het gaat om de rol van de rechter-commissaris onder meer opgemerkt:

'(...) Wanneer aan het toezicht op de bewindvoerder in belangrijke mate gestalte kan worden gegeven door de schuldeisers (en de schuldenaar zelf) voor zover het de behartiging van hun belangen betreft, behoeft van de rechter-commissaris niet langer te worden verwacht dat hij in gelijke mate als thans het geval is inhoudelijk toezicht op de bewindvoerder uitoefent.'⁸⁴

De rechter-commissaris functioneert meer op afstand van de bewindvoerder.⁸⁵ Welke gevolgen heeft dit voor het uitoefenen door de bewindvoerder van het recht om een levensverzekering te doen afkopen en het recht om de begunstiging te wijzigen?

In het Voorontwerp Insolventiewet is in artikel 3.1.2 een regeling inzake boedel en levensverzekering opgenomen, die grotendeels spooft met artikel 22a Fw. Lid 2 van artikel 3.1.2 Voorontwerp Insolventiewet wijkt echter af van lid 2 van artikel 22a Fw,⁸⁶ hetgeen samenhangt met de gewijzigde rol

81 Stcrt. 2003, 80, p. 8.

82 Aldus de voorzitter van de Commissie Insolventierecht, de Nijmeegse hoogleraar Kortmann, in zijn brief aan de minister van Justitie d.d. 2 februari 2004, betreffende een door de Commissie Schone Lei II (ingesteld door de Commissie Insolventierecht) uitgebracht advies. Het door de Commissie Schone Lei II gepresenteerde advies lag mede aan de basis van de Wet van 24 mei 2007 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsanering natuurlijke personen (28 258), die op 1 januari 2008 is ingevoerd (Stb. 2007, 192). Zie voor invoering van een geïntegreerde procedure Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 6 e.v.

83 Zie daaromtrent Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 8 e.v.

84 Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 10.

85 Aldus Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 53; zie ook p. 10 en p. 102.

86 Dit afgezien van het feit dat in plaats van faillietverklaring wordt gesproken van insolventverklaring, in plaats van faillissement van insolventie en in plaats van curator van bewindvoerder; daarnaast is uiteraard de verwijzing naar art. 69 Fw aangepast.

van de rechter-commissaris. In plaats van artikel 22a lid 2 eerste volzin Fw is in artikel 3.1.2 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet het navolgende bepaald:

‘Alvorens het recht op het doen afkopen of het recht om de begunstiging te wijzigen uit te oefenen, stelt de bewindvoerder de begunstigde en de verzekeringnemer in kennis van zijn voornemen en de wijze waarop de uitoefening zal plaatsvinden. Daarbij stelt de bewindvoerder de begunstigde en de verzekeringnemer een redelijke termijn waarbinnen daartegen met overeenkomstige toepassing van artikel 4.3.5 bij de rechter-commissaris bezwaar kan worden gemaakt. Zo nodig stelt de rechter-commissaris vast tot welk bedrag deze rechten mogen worden uitgeoefend.’

Het is dus de bewindvoerder die in eerste instantie bepaalt of het recht op het doen afkopen of het recht om de begunstiging te wijzigen wordt uitgeoefend, en zo ja op welke wijze. In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet is in verband met lid 2 van artikel 3.1.2 Voorontwerp Insolventiewet opgemerkt:

‘(...) Doordat aan de begunstigde en de verzekeringnemer steeds een redelijke termijn wordt gesteld om bezwaar te maken bij de rechter-commissaris, is het niet nodig dat deze ook zonder zodanig bezwaar een beslissing neemt over de vraag of afkoop of begunstigingswijziging niet onredelijk benadelend zijn. Gegeven het mogelijk grote belang van de levensverzekering voor de verzorging van de begunstigde, ligt het in de rede dat de door de bewindvoerder te stellen termijn voldoende ruim zal moeten zijn.’⁸⁷

In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet wordt een termijn genoemd van vier à zes weken, onder verwijzing naar artikel 479n Rv (waarin bij beslag ten laste van de verzekeringnemer op diens rechten uit een levensverzekering, termijnen zijn opgenomen voor het uitoefenen van de rechten door de executant).⁸⁸

De taak van de rechter-commissaris is dus beperkt tot het beslissen van geschillen die tussen de bewindvoerder enerzijds en de begunstigde en de verzekeringnemer anderzijds in het kader van artikel 3.1.2 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet mochten ontstaan.⁸⁹ Dan stelt de rechter-commissaris ook zo nodig vast tot welk bedrag deze rechten mogen worden uitgeoefend. In zoverre resteert hem nog een ‘(...) bescheiden ruimte om bepaalde

87 Aldus Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 55 e.v.

88 Zie Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 56.

89 Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 10.

vermogensbestanddelen binnen de beschikkingsmacht van de gefailleerde te laten danwel daarin te brengen'.⁹⁰ Die ruimte heeft de rechter-commissaris ook in artikel 3.1.1 lid 3 Voorontwerp Insolventiewet: de rechter-commissaris kan op verzoek van de schuldenaar, de bewindvoerder dan wel ambts-halve het bedrag dat ingevolge artikel 3.1.1 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet van wetswege buiten de boedel blijft (een bedrag gelijk aan de beslagvrije voet als bedoeld in art. 475d Rv) verhogen met een nominaal bedrag (vgl. art. 100 en art. 295 lid 3 Fw). Van de beschikking van de rechter-commissaris ex artikel 3.1.2 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet staat gedurende zeven dagen na de dag van de beschikking hoger beroep bij de rechtbank open (zie art. 4.3.6 Voorontwerp Insolventiewet).

In artikel 4.3.5 Voorontwerp Insolventiewet is het beroep op de rechter-commissaris tegen handelingen van de bewindvoerder geregeld. Volgens lid 2 van artikel 4.3.5 Voorontwerp Insolventiewet doet de rechter-commissaris na verhoor of behoorlijke oproeping van de verzoeker en de bewindvoerder met de meeste spoed uitspraak.⁹¹ Het bevelen van een deskundigenonderzoek is geregeld in artikel 4.3.3 Voorontwerp Insolventiewet, waarbij volgens lid 3 de kosten van het deskundigenonderzoek ten laste van de boedel komen en, voor zover zij niet uit de boedel kunnen worden voldaan, ten laste van de Staat.⁹²

Voor de invulling van het criterium 'geen onredelijke benadeling' van de begunstigde of de verzekeringnemer in artikel 3.1.2 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet verwijzen wij naar hetgeen dienaangaande hiervoor (onder 3.1.3) in het kader van artikel 22a Fw reeds is opgemerkt.⁹³ Dit is onverkort mogelijk, omdat het zogenoemde bestaansminimum – de beslagvrije voet als bedoeld in artikel 475d Rv, eventueel door de (rechter-)commissaris te verhogen met een nominaal bedrag – als neergelegd in artikel 3.1.1 lid 2 en 3 Voorontwerp Insolventiewet niet verschilt van wat thans geldt bij faillissement en schuldsanering.

90 Vgl. Polak-Wessels, *Insolventierecht* IV, nr. 4025.

91 Aangenomen wordt dat bij deze verzoekschriftprocedure de tweede volzin van art. 4.3.5 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet niet past (indien uitstel van de beslissing met het oog op de betrokken belangen onaanvaardbaar zou zijn, kan de rechter-commissaris afzien van het horen van de verzoeker en de bewindvoerder) en dat de procedure een volwaardige is in de zin van art. 6 EVRM. Zie ook de Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 104, waaruit blijkt dat het opnemen van de mogelijkheid voor de rechter-commissaris om met voorbijgaan aan het beginsel van hoor en wederhoor te beslissen, in zeer spoedeisende gevallen – quod non in casu – niet kan worden gemist.

92 In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 103, is in dit verband opgemerkt: '(...) Lid 5 is toegevoegd om een einde te maken aan de thans bestaande onduidelijkheid of deze kosten ten laste van de Staat kunnen worden gebracht. De gekozen regeling ligt in het verlengde van art. 320 lid 8 Fw.'

93 Art. 3.1.2 Voorontwerp Insolventiewet volgt immers art. 22a Fw, aldus Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 53.

5 Schadeverzekering en faillissement of schuldsanering: algemeen

5.1 Benadeelde is een derde

Indien een persoon aansprakelijk is voor schade – om het even of het gaat om een eigen gedraging of een kwalitatieve aansprakelijkheid⁹⁴ –, heeft de benadeelde een persoonlijke vordering op die persoon tot vergoeding van de geleden schade. Het kan zijn dat de aansprakelijke persoon een verzekering heeft afgesloten, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Het gaat hierbij om schadeverzekeringen, strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden (art. 7:944 BW). In dit geval vordert de benadeelde de geleden schade bij de aansprakelijke persoon, terwijl deze laatste zijn verzekeraar aanspreekt tot vergoeding van de geleden vermogensschade, voor zover door de verzekering gedekt.

Om te bevorderen dat de verzekeringspenningen zo veel mogelijk bij de benadeelde terecht komen, is in het perspectief van slachtofferbescherming in artikel 7:954 lid 1 BW de mogelijkheid van een zogenoemde *action directe* in het leven geroepen:⁹⁵ de benadeelde kan verlangen dat, indien de verzekeraar een uitkering verschuldigd is, het bedrag dat de verzekerde daarvan ter zake van de schade van de benadeelde door dood of letsel te vorderen heeft, aan hem wordt uitgekeerd. De *action directe* is dus alleen mogelijk bij dood en letselschade en uiteraard voor zover de aansprakelijke persoon daartegen was verzekerd. In dit geval kan de benadeelde weliswaar rechtstreekse betaling aan hem verlangen van de verzekeraar en kan de verzekeraar alleen nog bevrijdend betalen aan de benadeelde,⁹⁶ maar de verzekerde blijft schuldeiser van de verzekeraar, met alle gevolgen van dien.⁹⁷ Wel is het zo dat de verzekerde in dit geval niet bevoegd is om over zijn vordering op de verzekeraar ten nadele van de benadeelde te beschikken; ook is de vor-

94 Onderscheid kan worden gemaakt tussen kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen, zoals bijvoorbeeld kinderen of ondergeschikten (art. 6:169-172 BW), en kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken, zoals bijvoorbeeld voor dieren of gevaarlijke stoffen (art. 6:173-179 BW).

95 Parl. Gesch. Verzekering, p. 152.

96 Parl. Gesch. Verzekering, p. 156.

97 Dit betekent dat de verzekeraar zich ook tegenover de benadeelde kan '(...) beroepen op een uit de wet of polisvoorwaarden voortvloeiende nietigheid, verweer of verval (denk aan de mededelingsplicht, verrekening, opzet, schorsing of beëindiging dekking wegens niet betalen vervolgpriem, de meldings- en bereddingsplicht).' Aldus Parl. Gesch. Verzekering, p. 155, terwijl er daarnaast op wordt gewezen (p. 156) '(...) dat de verzekeraar een eventuele vordering op de verzekerde met de uitkering kan verrekenen.' Indien het tot een procedure komt, dient de verzekerde ingevolge art. 7:954 lid 6 BW in het geding geroepen te worden (zie ook Parl. Gesch. Verzekering, p. 161 e.v.). Zie in dit verband tevens Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 334 e.v.

dering voor anderen dan de benadeelde niet vatbaar voor beslag (art. 7:954 lid 4 BW).⁹⁸ Voorwaarde voor het kunnen instellen van de *action directe* is dat de verzekeringnemer of de verzekerde aan de verzekeraar op de voet van artikel 7:941 BW heeft gemeld dat het verzekerde risico zich heeft verwezenlijkt (art. 7:954 lid 1 BW). Zodoende wordt aan de verzekerde de mogelijkheid geboden om de benadeelde schadeloos te stellen buiten de verzekeraar om, bijvoorbeeld om no-claimkorting te kunnen behouden.⁹⁹ Uit artikel 7:963 lid 4 BW blijkt dat van artikel 7:954 BW niet kan worden afgeweken ten nadele van de benadeelde.

De regeling van de *action directe* is niet nieuw. In andere wettelijke regelingen was al een *action directe* toegekend aan de benadeelde met een verdergaande bescherming, te weten *een eigen recht* op schadevergoeding, waardoor er een aparte verbintenis tussen de verzekeraar en de benadeelde tot stand komt. Dit is gedaan in de WAM en de Flora- en faunawet, 'aansprakelijkheidsverzekeringen die door de wetgever vanuit het oogpunt van het daarbij gemoeide zwaarwegende belang van slachtofferbescherming verplicht zijn gesteld',¹⁰⁰ en ook in de Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen. De wetgever wilde met deze verplichting de daadwerkelijke schadeloosstelling van de benadeelde bereiken.¹⁰¹ In artikel 6 lid 1 WAM, artikel 55 lid 1 Flora- en faunawet en artikel 14 Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen is dit eigen recht van de benadeelde neergelegd. In het navolgende wordt deze *action directe* niet verder besproken vanwege het aan de benadeelde toegekende eigen recht op schadevergoeding.

De in artikel 7:954 BW bedoelde *action directe* houdt dus in dat benadeelde bij schade door dood of letsel een vordering tot betaling aan hem van hetgeen verzekerde van verzekeraar ter zake van schade van de benadeelde door dood of letsel te vorderen heeft, rechtstreeks bij de verzekeraar van verzekerde kan indienen. Benadeelde heeft deze mogelijkheid echter pas indien het voorval conform artikel 7:941 lid 1 BW aan de verzekeraar is gemeld door de verzekerde of verzekeringnemer (art. 7:954 lid 1 BW). Het komt ons voor dat faillietverklaring van de verzekerde c.q. het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op hem, in beginsel geen gevolgen

98 Zie ook Parl. Gesch. Verzekering, p. 161 e.v.; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 338 e.v.

99 Parl. Gesch. Verzekering, p. 158; zie ook Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 336.

100 Parl. Gesch. Verzekering, p. 155.

101 Parl. Gesch. Verzekering, p. 156, waar in dit kader wordt opgemerkt: '(...) Dit rechtvaardigt dat aan de benadeelde niet die verweren kunnen worden tegengeworpen die mogelijk aan de verzekerde kunnen worden tegengeworpen, omdat anders niet gegarandeerd is dat de benadeelde onder alle omstandigheden de schade waarvoor de verzekerde aansprakelijk is vergoed krijgt (zie artikel 11 lid 1 WAM en artikel 12b lid 3 Jachtwet).' Art. 12b Jachtwet is per 1 april 2002 vervallen; zie thans art. 55 lid 3 Flora- en faunawet.

heeft voor het uitoefenen van dit wilsrecht door verzekerde of verzekeringnemer; het valt met andere woorden buiten de boedel. Op het moment dat de benadeelde zijn vordering ter verificatie indient, verandert de situatie in die zin dat de boedel bij de afwikkeling van de schade betrokken raakt. Dit impliceert dat melding – wanneer dit nog niet door verzekerde of verzekeringnemer aan de verzekeraar is gedaan – dan (ook) door de curator of de bewindvoerder dient te kunnen worden gedaan. Ware dit niet het geval, dan zou de boedel worden benadeeld; de curator of de bewindvoerder heeft immers niet de mogelijkheid om de schade buiten de verzekeraar om af te handelen.¹⁰² Gezien het voorgaande is verdedigbaar te stellen dat de curator c.q. de bewindvoerder op grond van zijn algemene taak (art. 68 lid 1 respectievelijk art. 316 lid 1 aanhef en onder b Fw) een verplichting tot melding heeft. Indien nodig kan de benadeelde de rechter-commissaris verzoeken de curator c.q. de bewindvoerder op te dragen melding te doen (art. 69 lid 1 c.q. art. 317 lid 1 Fw).¹⁰³ De benadeelde is dan immers schuldeiser in het faillissement respectievelijk de schuldsaneringsregeling. Wat hier ook van zij, ons inziens vloeien het recht en de plicht van de curator als hiervoor bedoeld tot melden ook voort uit de in artikel 7:954 BW verwoorde bedoeling van de wetgever om de benadeelde zowel in als buiten faillissement van verzekerde te sparen voor het ‘(...) uitblijven van of een vertraging in de vergoeding van de geleden schade’.¹⁰⁴

Zo de wet de benadeelde niet de mogelijkheid van een *action directe* geeft, zal hij zijn vordering op de schuldenaar proberen te verhalen. Wanneer de schuldenaar intussen failliet is of op hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard, zal de benadeelde zijn vordering dienen aan te melden ter verificatie (art. 26 respectievelijk art. 299 lid 2 Fw). Indien de schuldenaar een schadeverzekering had afgesloten die dekking verleent tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt, valt de vordering op de verzekeraar

102 Parl. Gesch. Verzekering, p. 158, in geval van faillissement maar niet anders bij schuldsanering; zie ook Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 336.

Ons is niet duidelijk of de wetgever het wilsrecht tot melding van de verwezenlijking van het risico daarnaast ook nog voor de verzekerde wil laten bestaan. Wij zien niet in waarom dit niet zo zou zijn. Waar het om gaat is dat de curator het wilsrecht tot melding in ieder geval moet kunnen uitoefenen vanaf het moment van indiening van de vordering ter verificatie om benadeling van de boedel te voorkomen.

103 Vgl. ook Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 336.

104 Parl. Gesch. Verzekering, p. 154; zie voorts Y.L.L.A.M. Delfos-Roy – S.J.A. Mulder, Slachtoffer en aansprakelijkheidsverzekering van de dader, in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy – C. de Groot – P.A.C.E. van der Kooij – S.J.A. Mulder (red.), Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. M.M. Mendel, Leiden 2003, p. 23. J.B. Londonck Sluijk (De directe actie uit titel 7.17 in faillissementssituaties, A&V 2006 (6), p. 129 e.v.) miskent ons inziens deze bedoeling van de wetgever en daarmee het karakter van deze in art. 7:954 BW opgenomen *action directe*.

in de boedel.¹⁰⁵ De benadeelde zal in dat geval bij het indienen van zijn vordering een beroep dienen te doen op het voorrecht dat hem in artikel 3:287 lid 1 BW is toegekend:

‘De vordering tot vergoeding van schade is bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.’

Uit artikel 3:287 lid 2 BW blijkt dat dit voorrecht een hoge rang heeft: het gaat boven alle rechten van derden op de vordering tot vergoeding van schade, op één uitzondering na, te weten het ingevolge artikel 7:936 lid 2 BW aan de tussenpersoon toekomende recht op afdracht. Het voorrecht gaat dus boven een pandrecht dat op de vordering is gevestigd. Daarnaast behelst artikel 3:287 lid 2 BW een regel van verhaalsrecht: ‘(...) de benadeelde kan zich op de vordering verhalen ook al zou zij aan een derde zijn gecedeerd en derhalve niet meer toebehoren aan de aansprakelijke.’¹⁰⁶ Uitgangspunt van de wetgever bij artikel 3:287 BW is geweest het verhaal van de benadeelde te waarborgen indien de laedens is verzekerd tegen de gevolgen van een wettelijke aansprakelijkheid; een eigen recht dat in een regeling van verplichte verzekering passend is als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen achtte de wetgever te vergaand.¹⁰⁷ Vóór 1 januari 1992 – de datum van invoering van onder meer Boek 3 BW – bestond dit voorrecht niet. De benadeelde had bij insolventie van de schuldenaar slechts een concurrente vordering op de boedel.

Indien en voor zover de benadeelde een grotere schade heeft dan de verzekerde som, zal de benadeelde – om het even of het gaat om een uitkering naar aanleiding van een *action directe* of een bevoorrechte vordering die wordt ingediend ter verificatie – zijn restant-vordering als concurrent schuldeiser ter verificatie dienen aan te melden (art. 26 respectievelijk art. 299 lid 2 Fw). Gaat het om een bevoorrechte vordering, dan zal aangetoond moeten worden dat een deel van de vordering niet batig gerangschikt zal kunnen wor-

105 Zie voor faillissement: HR 10 mei 1985, NJ 1985, 794 m.nt. G (Valerio Beheer/Verhagen en Van der Laan) inzake een beroepsaansprakelijkheidsverzekering; HR 31 oktober 1989, NJB 1990, p. 120 inzake een uitkering krachtens schadeverzekering; Rb. Rotterdam 18 januari 1985 en 6 december 1985, NJ 1988, 14 m.nt. CJHB betreffende een WA-verzekering; zie verder ook Polak-Wessels II (1), nr. 2056. Men zij erop bedacht dat deze rechtspraak dateert uit de tijd van vóór de invoering van titel 17 (Verzekering) Boek 7 BW.

106 Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten 3. Goederenrecht III. Zekerheidsrechten, 13^e druk, Deventer 2003, nr. 394; zie ook Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 329.

107 Aldus *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, door C.J. van Zeven en J.W. du Pon, Deventer 1981, p. 877; zie ook Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten III. Zekerheidsrechten, nr. 393.

den op de opbrengst van de verbonden vordering (art. 132 Fw, dat ingevolge art. 328 lid 1 Fw van overeenkomstige toepassing is in de schuldsaneringsregeling). In geval van een *action directe* zal de benadeelde bij indiening ter verificatie van de restant-vordering moeten aantonen dat de schade groter is dan de verzekerde som (zie art. 110 lid 1 Fw, dat eveneens van overeenkomstige toepassing is in de schuldsanering ingevolge art. 328 lid 1 Fw).

Voor zover schade door toedoen van de failliet of saniet is ontstaan tijdens faillissement of de toepassing van de schuldsaneringsregeling, is het – vanwege de fixatie van de boedel – voor de benadeelde niet mogelijk zijn vordering aan te melden ter verificatie. Dit ondanks het feit dat de eventuele vordering op de verzekeraar in de boedel valt, omdat de door de failliet of saniet afgesloten verzekering (nog) dekking bood. Dit geldt uiteraard voor zover geen *action directe* openstaat. De aanwezigheid van een dergelijke schuldeiser zal wel aan de totstandkoming van een eventueel akkoord in faillissement of schuldsaneringsregeling in de weg staan. Deze schuldeiser zou immers, indien hij na beëindiging van het faillissement of de schuldsaneringsregeling verhaal zou zoeken voor zijn vordering, een betere uitgangspositie hebben dan de aan het akkoordspercentage gebonden (art. 157 en 340 lid 2 Fw) préfaillissementsschuldeisers. Daarmee zullen de préfaillissementsschuldeisers geen genoegen nemen, afgezien van het feit dat het dan ook de vraag is of de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. Dit laatste zou dan weer een grond zijn om de homologatie te weigeren (art. 153 lid 2 aanhef en sub 2 en art. 338 jo. art. 153 lid 2 aanhef en sub 2 Fw). Daarnaast wordt de situatie voor de saniet nu wel heel nijpend, omdat een dergelijke schuldeiser het faillissement van de saniet kan uitlokken op grond van artikel 312 Fw; dit laatste uiteraard tenzij de betrokkene een boedelvordering mocht hebben (zie daarvoor hierna, onder 5.3).

5.2 Verzekerde is benadeelde

Schadeverzekeringen die de aansprakelijkheid voor schade van de verzekerde dekken, kunnen worden aangemerkt als verzekeringen ten behoeve van een derde. Daarnaast zijn er schadeverzekeringen waarbij de verzekerde de tot uitkering gerechtigde is, zoals bijvoorbeeld een inboedelverzekering. Tot deze categorie behoort ook de ongevallenverzekering.¹⁰⁸ Indien het risico waartegen is verzekerd zich verwezenlijkt, behoort de vordering op de verzekeraar tot het vermogen van de verzekerde. Indien de verzekerde inmiddels failliet is verklaard of op hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is, valt deze vordering in de boedel en daarmee

108 Zie art. 7:975 BW, waarover hiervoor par. 2 en nt. 6.

tevens de penningen die vervolgens op basis van die vordering worden uitgekeerd (art. 20 respectievelijk art. 295 lid 1 Fw).

De regel dat een uitkering op grond van een ongevalverzekering zonder meer in de boedel valt, blijkt ook uit rechtspraak van de Hoge Raad inzake een schuldsaneringsregeling. Tijdens een schuldsaneringsregeling had de saniet – die betrokken was bij een verkeersongeval – een vaststellings-overeenkomst met de desbetreffende verzekeringsmaatschappij gesloten; de ontvangen letselschade-uitkering diende ter compensatie van materiële schade, immateriële schade en rente. Kennelijk was in casu een andere persoon dan de saniet aansprakelijk voor de ontstane schade, maar dat maakt ons inziens geen verschil voor het antwoord op de vraag of een uitkering inzake geleden materiële schade uit een door de schuldenaar afgesloten ongevalverzekering in de boedel valt. De Hoge Raad¹⁰⁹ overwoog in dit verband:

‘De onderhavige schade-uitkering strekt echter ook (...) tot vergoeding van materiële schade, waaronder begrepen niet gespecificeerde bedragen in verband met aantasting van arbeidsvermogen. (...)

Tot de in de wet geregelde uitzonderingen op de in art. 295 lid 1 Fw vervatte regel behoort niet een geldsom die ter vergoeding van letselschade is uitgekeerd, ook niet voor zover deze strekt ter vergoeding van toekomstige kosten en van toekomstige schade ten gevolge van gemis van arbeidscapaciteit.’

De benadering van de Hoge Raad van deze materie is zeer strikt, zoals ook blijkt uit de overweging inzake de vergoede immateriële schade:¹¹⁰

‘Gelet op de aard van de schuldsanering, die enerzijds erdoor wordt gekenmerkt dat de schuldenaar die zich gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling aan de hem opgelegde verplichtingen houdt, met een schone lei – dus schuldenvrij – verder kan gaan, maar anderzijds daardoor dat gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling van de schuldenaar een zo groot mogelijke bijdrage en inspanning moet worden geleverd om zoveel mogelijk activa in de boedel te brengen in het belang van schuldeisers, is er geen reden

109 HR 24 november 2006, NJ 2007, 239 m.nt. P. van Schilfgaarde.

110 Het recht op vergoeding van immateriële schade is ingevolge art. 6:106 lid 2 BW niet vatbaar voor overdracht en beslag; het is met andere woorden een hoogstpersoonlijk recht dat buiten de boedel valt; zie ook Polak-Wessels II (1), nr. 2055. In wetsvoorstel 28 781 wordt voorgesteld in art. 6:106 lid 2 BW op te nemen dat het recht op een vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, niet vatbaar is voor beslag. Dit impliceert dat deze vergoeding ook niet in de faillissementsboedel valt; zie Kamerstukken II, 2003/04, 28 781, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 17.

aan de zojuist bedoelde uitzonderingen [*sc. inzake de aanspraak op smartengeld en toekomstige wetgeving aangaande deze schade-uitkering; toevoeging auteurs*] een uitleg te geven die de bewoordingen daarvan te buiten gaan, of deze uitzondering analoog toe te passen.’

Dit geldt bij alle schadeverzekeringen die zijn afgesloten door de saniet en waarbij de saniet de tot uitkering gerechtigde is. Het maakt hierbij niet uit of de schade is ontstaan vóór het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling of daarna, mits de verzekering op dat moment (nog) dekking bood. Het recht op vergoeding van de schade valt in de boedel en daarmee ook de uitkering krachtens die verzekering. In geval van faillissement geldt dit eveneens.¹¹¹

5.3 Door de curator of de bewindvoerder gecontinueerde verzekeringen

Verzekeringen kunnen worden gecontinueerd wanneer dit in het belang van de boedel is. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat de curator het bedrijf van de gefailleerde voortzet (art. 98 en art. 173a Fw) of dat de saniet de uitoefening van zijn bedrijf voortzet (art. 311 lid 1 Fw). Het behoeft welhaast geen betoog dat onder deze omstandigheden de premiebetaling een boedelschuld vormt en dat de benadeelde – indien een *action directe* niet voor hem openstaat – voor wat betreft de uitbetaling van de schade min of meer zeker is: hij heeft immers een boedelvordering (zie ook art. 311 lid 3 Fw in geval van voortzetting van het bedrijf bij de schuldsaneringsregeling), met een voorrecht als bedoeld in artikel 3:287 lid 1 BW. Gaat het om dood- of letselschade waarbij een *action directe* openstaat (art. 7:954 BW), dan geldt ons inziens inzake de meldingsgerechtigdheid als bedoeld in artikel 7:941 BW het volgende. Vanaf het moment dat de boedel betrokken raakt bij de verzekering komt de curator of bewindvoerder deze bevoegdheid toe. Dit is feitelijk het moment waarop de curator of de bewindvoerder de beslissing neemt om de betreffende verzekering in het belang van de boedel te continueren.¹¹² Deze bevoegdheid wordt eerst effectief op het moment dat

111 Zie ook hiervoor, nt. 105. Voor wat betreft immateriële schade geldt dat de aanspraak hierop die is geconcretiseerd in een vordering in rechte of een overeenkomst, in het faillissement valt, aldus HR 22 november 2002, NJ 2003, 32 m.nt. PVS; JOR 2003, 27 m.nt. B. Wessels; het instellen van een vordering tot vergoeding van immateriële schade ‘(...) is een wilsrecht, waarvan de uitoefening alleen aan de gerechtigde toekomt, zodat de curator het op de voet van art. 25 Faillissementswet niet kan uitoefenen’, aldus Rb. Rotterdam 6 februari 2008, NJF 2008, 175; zie ook Polak-Wessels II (1), nr. 2055.

112 Omdat de verzekering in het belang van de boedel wordt voortgezet – anders dan in het sub 5.1 behandelde – lijkt het aannemelijk dat in dit geval aan de gefailleerde of saniet het wilsrecht tot melding komt te ontvallen.

de benadeelde zijn schadevordering bij de curator of de bewindvoerder indient. De curator of de bewindvoerder zal dan mogen afwegen wat voordeliger is voor de boedel: de schade uit de boedel betalen met behoud van de no-claimkorting of een *action directe* mogelijk maken door melding van het voorval aan de verzekeraar. Deze weging zal de curator of de bewindvoerder eveneens mogen maken, indien hij zelf in zijn hoedanigheid een verzekering ten behoeve van de boedel afsluit; in dit geval komt hem uit dien hoofde de bevoegdheid tot het al dan niet melden van het verwezenlijke risico toe.

Indien het voorval waartegen is verzekerd zich voordoet (bijvoorbeeld bij een ongevallenverzekering) en de tot uitkering gerechtigde de failliet of de saniet is (de failliet was bijvoorbeeld door de curator ingeschakeld bij de voortzetting van het bedrijf of de saniet had de uitoefening van het bedrijf voortgezet als bedoeld in art. 311 lid 1 Fw), dan staat de benadeelde met lege handen, nu de uit te keren penningen in de boedel vallen. Het beginsel dat de boedel het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring omvat, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw), respectievelijk de goederen van de schuldenaar ten tijde van de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling omvat, alsmede de goederen die hij tijdens de toepassing van die regeling verkrijgt (art. 295 lid 1 Fw) wordt dat door de Hoge Raad strak toegepast. Het met de toekenning van een *action directe* beoogde doel – de verzekeringspenningen dienen bij dood en letselschade zo veel als mogelijk is bij de benadeelde terecht te komen¹¹³ – moet kennelijk voor dit insolventierechtelijk beginsel wijken, nu de Faillissementswet hierop geen (expliciete) uitzonderingen bevat.

6 Schadeverzekering: positie van derde-benadeelde en positie van verzekerde failliet of saniet

Zoals wij in het voorgaande hebben gezien, vallen uitkeringen uit door de schuldenaar afgesloten schadeverzekeringen – de omstandigheid dat voor de benadeelde derde een *action directe* openstaat daargelaten – in de boedel, om het even ten behoeve van wie de verzekering gesloten is: ten behoeve van een derde of ten behoeve van de schuldenaar zelf. Thans is de vraag aan de orde wat de concrete gevolgen van het wettelijke systeem zijn voor de benadeelde. Is verbetering van zijn positie gerechtvaardigd, en zo ja, op welke wijze zou dit moeten worden ingekleed?

¹¹³ Zie Parl. Gesch. Verzekering, p. 152 e.v.

6.1 Positie van benadeelde derde in concreto

Bezien wij eerst de aansprakelijkheidsverzekering tegen zaakschade die is afgesloten door de schuldenaar ten behoeve van een derde. De benadeelde kan weliswaar bij het indienen van zijn vordering ter verificatie aanspraak maken op het in artikel 3:287 lid 1 BW bedoelde voorrecht, in de praktijk zal deze op het oog hoog bevoorrechte positie de benadeelde weinig voordeel brengen.

De positie van de benadeelde schuldeiser is in geval van faillissement van de verzekerde – vanwege het moeten meedelen in de algemene faillissementskosten (art. 182 lid 1 Fw), waaruit in het algemeen een aanzienlijke opslag voortvloeit – niet zo rooskleurig, terwijl in het geval van een negatieve boedel de benadeelde zelfs met lege handen blijft staan. Dit nog afgezien van het feit dat de benadeelde (veelal) lang op zijn geld zal moeten wachten. Vergeleken met wat tot 1 januari 1992 – het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 3:287 lid 1 BW – gold, is de positie van de benadeelde bij faillissement van zijn schuldenaar dus niet zo heel veel verbeterd.¹¹⁴

Zo mogelijk nog slechter is het gesteld met de positie van de benadeelde in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling op de verzekerde. Volgens artikel 349 lid 2 Fw wordt immers uitgedeeld naar evenredigheid van ieders vordering, met dien verstande dat, zolang de vorderingen waaraan voorrang is verbonden niet volledig zijn voldaan, daarop een twee keer zo groot percentage wordt betaald als op de concurrente vorderingen.¹¹⁵ Daarop worden dan ook nog eens de algemene schuldsaneringskosten omgeslagen op grond van artikel 349 lid 5 jo. artikel 182 Fw.

Daarnaast geldt dat de benadeelde in een benarde positie komt te verkeren bij geschil tussen de curator c.q. de bewindvoerder en de verzekeraar of het voorval wel (geheel) door de verzekering wordt gedekt en de gang naar de rechter gemaakt moet worden. In een dergelijk geval dient de curator c.q. de bewindvoerder niet alleen het procesrisico in te schatten, maar ook een kosten- en batenanalyse te maken: wegen de proceskosten, die voor rekening van de boedel komen, op tegen de hoogte van de bijdrage in de algemene faillissementskosten of schuldsaneringskosten die aldus kan worden ver-

114 Zie ook R.J. Verschoof, *Verzekering en faillissement*, TvI 1996, p. 88; Delfos-Roy – Mulder, *Slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzekering van de dader*, in: *Zekerheidshalve*, p. 17; Asser-Clausing-Wansing VI. *De verzekeringsovereenkomst*, nr. 330 (met verdere literatuur); zie ook Parl. Gesch. *Verzekering*, p. 153.

115 Deze 'bijzondere' rangregeling is in het leven geroepen, opdat '(...) met het doen van uitkeringen via een bepaalde verdeelsleutel (...) enigszins tegemoet (wordt) gekomen aan de schuldeisers van concurrente vorderingen', aldus Kamerstukken II, 1992/93, 22 969, nr. 3 (MvT), p. 20. R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen* (NIBE Bankjuridische Reeks 36), Amsterdam 1998, p. 74, verbaast zich erover dat '(...) tegen deze essentiële veranderingen in de gewone rangorderegels geen enkele oppositie (is) gevoerd'.

kregen? Wanneer dat niet het geval is, zal een beroep op de rechter-commissaris de curator c.q. de bewindvoerder te bevelen een procedure te beginnen tegen de desbetreffende verzekeraar (art. 69 lid 1 c.q. art. 317 lid 1 Fw) de benadeelde doorgaans ook niet baten.¹¹⁶

In de faillissementspraktijk wordt de benadeelde wel tegemoetgekomen door zijn vordering buiten de boedel om af te wikkelen.¹¹⁷ Men kan zich hierbij echter afvragen of dit wel geoorloofd is, in aanmerking genomen de aan de faillissementscurator toebedeelde taak.¹¹⁸ In de praktijk wordt ook wel de vordering op de verzekeraar door de curator gecedeerd aan de benadeelde tegen betaling van een bijdrage aan de boedel, waarbij het niet om een symbolische boedelbijdrage gaat.¹¹⁹ Volgens de Hoge Raad¹²⁰ past deze oplossing:

‘(...) bij de onder meer in art. 3:287 BW tot uitdrukking komende bescherming van de benadeelde in geval van faillissement van de verzekerde’.

Het systeem van de Faillissementswet staat aan deze oplossing niet in de weg.¹²¹

Is cessie tegen betaling van een boedelbijdrage ook een oplossing in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling? Gegeven de bijzondere rangregeling in artikel 349 lid 2 Fw, lijkt ons dit op problemen te stuiten. De benadeelde ontvangt immers bij aanmelding van zijn vordering ter verificatie niet – zoals in geval van faillissement – de uitgekeerde penningen na aftrek van de boedelomslag. De benadeelde deelt op dezelfde voet mee met de andere bevoorrechte schuldeisers, terwijl een twee keer zo groot per-

116 Hierop wordt gewezen door Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 331, onder verwijzing naar HR 9 juni 2000, NJ 2000, 577 m.nt. PvS; JOR 2000/158, m.nt. Verstijlen, voor het geval van faillissement maar evenzeer van toepassing op de schuldsaneringsregeling; zie ook Polak-Wessels II (1), nr. 2058; Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten III. Zekerheidsrechten, nr. 393.

117 Zie hierover, met uitgebreide jurisprudentie en verdere literatuurverwijzingen: K.W. Brevet en C.W.M. Lieverse, De positie van de benadeelde en de verzekeraar als de schadeveroorzaker failliet gaat, in: *Verzekering en faillissement* (Preadvies VvV 1996), Zwolle 1996, p. 13 e.v.; Verschoof, *Verzekering en faillissement*, TvI 1996, p. 88 e.v.; Polak-Wessels II (1), nr. 2056 e.v.; Delfos-Roy – Mulder, *Slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzekering van de dader*, in: *Zekerheidshalve*, p. 17 e.v.; Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 327.

118 Hierop wordt gewezen door S.C.J.J. Kortmann – J.J. van Hees – N.E.D. Faber, *Kroniek van het insolventierecht*, NJB 2007, p. 2244.

119 Zie HR 2 december 2005, NJ 2006, 152.

120 HR 20 januari 2006, RvdW 2006, 104. Zie voor de discussiepunten die deze oplossing oproept – naast HR 20 januari 2006, RvdW 2006, 104 – Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 352.

121 Aldus Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 322.

centage wordt ontvangen als op de concurrente vorderingen. Het in artikel 3:287 BW aan de benadeelde toegekende voorrecht op de vordering tegen de verzekeraar komt in het geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling dus niet meer in volle omvang tot uiting bij de uitdeling. Enkel de omstandigheid dat de benadeelde een bevoorrechte schuldeiser is telt nog; de hoge rang en de band voor wat betreft de uitkering met de waarde van de vordering op de verzekeraar, zijn verloren gegaan. Het komt ons voor dat de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling dan ook niet – zoals de faillissementscurator – de vordering kan cederen tegen een boedelbijdrage.

In 1992, bij de invoering van artikel 3:287 BW, was de tijd kennelijk nog niet rijp voor een *action directe*, behalve dan bij verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen als (bijvoorbeeld) die ingevolge de WAM (waar de *action directe* ook zaakschade omvat). In 2006, bij de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht, is hierin in zoverre verandering gekomen dat een *action directe* bij aansprakelijkheidsverzekeringen die dekking bieden tegen dood en letselschade, mogelijk is geworden op grond van artikel 7:954 BW. Leest men de parlementaire stukken, dan kan men zich afvragen of zo langzamerhand de tijd niet rijp is voor een *action directe* bij alle aansprakelijkheidsverzekeringen, verplicht of niet, zoals wel wordt voorgestaan.¹²² De in de parlementaire stukken gebruikte argumenten om een *action directe* in te voeren gelden immers onverkort voor aansprakelijkheidsverzekeringen tegen zaakschade: de schuldeisers behoeven niet

‘(...) te profiteren van het vaak toevallige feit dat de benadeelde schade is berokkend. Bovendien is er een onverbreekelijke band tussen de vordering van de benadeelde op de verzekerde en de vordering van deze laatste op zijn verzekeraar, en zou de verzekering niet aan zijn doel voldoen indien het anderen dan de benadeelde zijn die van de uitkering profiteren.’¹²³

Anders dan bij een nalatenschap het geval is die voor de gefailleerde of saniet openvalt, is er bij zaakschade ook een benadeelde, een benadeelde die (grotendeels zo niet geheel) met de schade in de vorm van een vermogensvermindering blijft zitten.

122 Zo Delfos-Roy – Mulder, Slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzekering van de dader, in: Zekerheidshalve, p. 25 e.v., met uitvoerige literatuurverwijzingen; in Asser-Van Mierlo-Mijnssen-Van Velten III. Zekerheidsrechten, nr. 393, wordt in samenhang met art. 3:287 BW in het algemeen de vraag opgeworpen of het ‘(...) niet juist was geweest de benadeelde een rechtstreekse actie te geven; zie in dit verband tevens Asser-Clausing-Wansink VI. De verzekeringsovereenkomst, nr. 333.

123 Aldus Parl. Gesch. Verzekering, p. 152 e.v.

Bij dood en letselschade deden de gevolgen van het toen geldende recht zich het meest dringend voelen. Zaakschade is buiten het bereik van de *action directe* gehouden, omdat aangenomen '(...) mag worden dat degenen die groot belang hechten aan het behoud van de waarde van een zaak, om die reden reeds hun zaak verzekerd hebben, waarmee genoemde problemen niet spelen'.¹²⁴

Daarmee wordt het probleem van verhaal doorgeschoven naar de verzekeraar van de benadeelde – indien en voor zover zelf ook verzekerd, maar waarvan men echter niet zonder meer uit mag gaan – terwijl aan de argumenten om een *action directe* in te voeren niets wordt afgedaan.

Waarom wordt in dit geval niet ook met de toekenning van een *action directe* gewaarborgd dat de verzekeringspenningen terecht komen bij de benadeelde? Het door de wet aan de benadeelde in artikel 3:287 BW toegekende voorrecht biedt weinig tot geen soelaas; het schiet immers in de praktijk het beoogde doel voorbij. Aan het door de wetgever bij artikel 3:287 lid 1 BW gehanteerde 'Leitmotiv' – te weten '(...) om de benadeelde ingeval van verzekering tegen de gevolgen van een wettelijke aansprakelijkheid diens verhaal op de verzekeringspenningen te waarborgen'¹²⁵ – wordt aldus afbreuk gedaan, zowel bij faillissement als bij toepassing van de schuldsaneringsregeling. Is dit resultaat wel door de wetgever gewenst? In geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling is het dan ook nog voor de benadeelde een bittere pil op dezelfde voet te moeten delen met andere, lager geplaatste preferente schuldeisers. Voordeel van het toekennen van een *action directe* bij alle schadeverzekeringen ten behoeve van een derde is dat de curator (c.q. de bewindvoerder) ook niet meer in een lastig parket kan worden gebracht, omdat deze laatste meewerkt aan een 'oplossing' voor de benadeelde.

Gaat het om zaakschade die is ontstaan na de datum van het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, dan zou de mogelijkheid van de *action directe* voor de benadeelde bovendien het hiervoor (sub 5.1) gesignaleerde gevaar van faillietverklaring ex artikel 312 Fw voor de saniet wegnemen. Daarnaast zal de mogelijkheid van een akkoord niet worden gehinderd door de aanwezigheid van een schuldeiser met een vordering die is ontstaan na de faillietverklaring of toepassing van de schuldsaneringsregeling.

124 Parl. Gesch. Verzekering, p. 154.

125 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 877.

6.2 Positie van benadeelde failliet of saniet in concreto

De positie van de failliet of saniet als begunstigde in geval van een uitkering op grond van een aansprakelijkheidsverzekering als bijvoorbeeld een door hemzelf afgesloten ongevallenzekeringsverzekering, is evenmin benijdenswaardig nu de schade-uitkering volledig in de boedel valt en derhalve aan de schuldeisers ten goede komt. Dit laatste ondanks dat dergelijke uitkeringen bedoeld zijn om te voorzien in vergoeding van letselschade, tot op dat moment geleden en nog te lijden door de benadeelde; het betreft dan bijvoorbeeld gemis van arbeidscapaciteit, geneeskundige hulp die buiten het basispakket valt, enzovoort.¹²⁶ Gaat het zoals bij een inboedelverzekering om zaakschade, dan is het vanzelfsprekend dat de uitkering in de boedel valt, daar de verzekerde zaken veelal ook boedelbestanddeel zouden zijn geweest (bijvoorbeeld een waardevolle kast of een kunstvoorwerp). Dit is echter anders waar het gaat om verzekerde zaken die buiten de boedel vallen. Denk hierbij voor het geval van faillissement aan de buiten het beslag vallende roerende zaken (art. 22 aanhef en sub 1° Fw jo. art. 447 Rv) en voor het geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling aan de inboedel voor zover niet bovenmatig als bedoeld in artikel 3:5 BW (art. 295 lid 4 aanhef en sub b Fw).

Zowel bij letselschade als bij zaakschade kan men zich afvragen of het wel terecht is dat de door de verzekeraar uit te keren penningen geheel in de boedel vallen; hierbij doet het er niet toe of het voorval gebeurde vóór of na het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Deze vraag kan trouwens in het algemeen worden gesteld, dus ook voor wat betreft schadeverzekeringen die door een derde-laedens zijn afgesloten met de failliet of saniet als benadeelde. Dit betreft dan naast de materiële schade ook de eventuele immateriële schade. Bezien wij eerst de materiële schade.

De Hoge Raad interpreteert – zoals wij zagen – bij een schuldsaneringsregeling artikel 295 lid 1 Fw zeer strikt: de boedel omvat de goederen van de schuldenaar ten tijde van het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling alsmede de goederen die de saniet tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling verkrijgt, ook al is de bron een (nog) lopende

126 L.A.C. de Vaan, (Om)wegen naar een duurzame schone lei voor letselschadeslachtoffers na de schuldsanering, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2008 (5), p. 95, vermeldt als toekomstige schadeposten in het geval van letselschade naast ziekenhuiskosten '(...) onder meer inkomensschade, kosten van onderhoud en vernieuwing van kunstmiddelen, bijzondere verpleging, vervoerskosten, kosten in verband met (extra) huishoudelijke hulp, bijzondere kosten in verband met verlies aan zelfwerkzaamheid in de vorm van extra hulp, kleding-aanpassingen, maar ook extra kosten van verzekering, omdat bijvoorbeeld in verband met een handicap of extra risico's vanwege het letsel een hogere premie betaald moet worden.'

verzekering.¹²⁷ Bij deze uitspraak van de Hoge Raad is door Lankhorst opgemerkt dat:

‘(...) een redelijker en subtieler regel zou kunnen zijn om het inkomensschadegedeelte (...) van de schadeuitkering te relateren aan het aantal te verwachten jaren van gederfde inkomsten (...), waar de uitkering (anders dan een erfenis bijvoorbeeld) tenslotte ook betrekking op had, en dan uitsluitend het gedeelte van het drietal schuldsaneringsjaren in de boedel te laten vallen, omdat uitsluitend dat deel aan de drie schuldsaneringsjaren toegerekend kan worden.’¹²⁸

Een andere benaderingswijze hanteert De Vaan,¹²⁹ die heeft nagegaan of een letselschadeslachtoffer de vrije keuze heeft om toekomstige schade periodiek, als ‘som ineens’ of niet te begroten. Het gaat hierbij noodzakelijkerwijze om toekomstige schade, nu niet valt te ontkomen aan de regel dat een vordering tot vergoeding van geleden schade in de schuldsaneringsboedel valt. Maar de inspanningsverplichting om zo veel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (art. 288 lid 1 aanhef en sub c Fw) houdt niet in of kan niet:

‘(...) inhouden dat de schuldenaar zich dient in te spannen om zijn toekomstige schadevergoeding te (doen) begroten en daardoor concreet te maken, zodat deze kan dienen als baten voor de boedel. Het idee dat de inspanningsverplichting ook zou inhouden dat een schuldenaar zijn toekomstige schadevergoeding ten behoeve van zijn schuldeisers concreet maakt, stuit op grote praktische en ethische bezwaren vanwege de aard van personenschade.’

Naar onze opvatting kan in dit verband voor wat betreft de materiële schade echter beter aansluiting gezocht worden bij de in artikel 22a Fw voor levensverzekeringen geformuleerde regel: de uitkering valt in de boedel voor zover de saniet niet onredelijk benadeeld wordt. De vaststelling van het vrij te laten bedrag dient voor zover nodig door de rechter-commissaris te worden vastgesteld, waarbij zowel het verlies van arbeidsvermogen als de extra kosten in aanmerking worden genomen. Daarbij kan uiteraard een deskundigenbericht door de rechter-commissaris worden bevolen, net als

127 HR 24 november 2006, NJ 2007, 239 m.nt. P. van Schilfgaarde; zie ook hiervoor, onder 5.2.

128 G.H. Lankhorst, Letselschadeuitkering valt in de schuldsaneringsboedel, Bb 2007/7, p. 26.

129 De Vaan, (Om)wegen naar een duurzame schone lei voor letselschadeslachtoffers na schuldsanering, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2008 (5), p. 100.

het geval is bij artikel 22a Fw.¹³⁰ Deze regel zou niet alleen bij de schuldsaneringsregeling maar ook bij faillissement toegepast kunnen worden.

Dit zou betekenen dat voor de failliet of de saniet een 'bestaansminimum' dient te resteren. Voor wat betreft het verlies aan arbeidscapaciteit kan op basis van artikel 475d Rv – de beslagvrije voet – worden begroot welk bedrag benodigd is om dit verlies op te vangen, waarbij uiteraard rekening wordt gehouden met eventueel elders reeds bestaande aanspraken (bijvoorbeeld toekomstige AOW). Daarnaast dient het bedrag te worden begroot dat nodig is om extra schadeposten te dekken.¹³¹ Voor zover de schade-uitkering hoger is dan het aldus begrote, valt deze in de boedel. Deze wijze van vaststellen van het criterium 'onredelijke benadeling' verschilt niet van de maatstaf die ons inziens bij artikel 22a Fw dient te worden gehanteerd om vast te stellen welk bedrag vanwege het verzorgingskarakter buiten de boedel valt.¹³² Met het bedrag dat vrijgelaten wordt kan desgewenst door de benadeelde vervolgens een verzekering worden afgesloten die voorziet in periodieke uitkeringen. Aldus kunnen de verzekeringspenningen bij letselschade daadwerkelijk worden gebruikt waarvoor zij bestemd zijn en dienen niet (geheel) als onverwachte meevaller voor de schuldeisers ten detrimente van de benadeelde.

De regel dat de schade-uitkering in de boedel valt voor zover de failliet of saniet daardoor niet onredelijk wordt benadeeld, zou bijvoorbeeld ook goede diensten kunnen bewijzen in het geval van een inboedelverzekering. Wanneer het voorval waarvoor de verzekering (nog) dekking biedt zich voordoet, wordt de failliet of saniet toch onredelijk benadeeld indien de hele uitkering in de boedel valt ondanks het feit dat zijn inboedel – voor zover die buiten het boedelbegrip van de Faillissementswet valt – ook door brand is verwoest. In dit geval lijkt het ons redelijk dat een deel van de verzekeringsuitkering – zo nodig door de rechter-commissaris te bepalen, eventueel na voorlichting met een deskundigenbericht door een schade-expert – aan de failliet of saniet ten goede komt, zodat deze in de gelegenheid wordt gesteld een bed en beddengoed enzovoort te kopen.

Kortom, het komt ons voor dat in alle gevallen van (materiële) schade-uitkering nagegaan wordt welk gedeelte daarvan in de boedel dient te vallen zonder de failliet of saniet onredelijk te benadelen, zodat hem een bestaansminimum blijft.

Waar het gaat om immateriële schade is de Hoge Raad even strikt als bij materiële schade, zowel in geval van de schuldsaneringsregeling als in geval van faillissement: de aanspraak op smartengeld die is geconcretiseerd

¹³⁰ Zie hiervoor, onder 3.1.4.

¹³¹ Zie de opsomming dienaangaande in nt. 126 hiervoor.

¹³² Zie hiervoor, onder 3.1.3.

in een vordering in rechte of een overeenkomst valt in de boedel.¹³³ Ook voor deze schade staat Lankhorst¹³⁴ bij de schuldsaneringsregeling voor om dat deel van de smartengelduitkering dat is gerelateerd aan drie jaren schuldsanering, in de boedel te laten vallen, en het restant van de uitkering buiten de boedel, een oplossing die alleen in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling enig soelaas biedt. A-G Verkade is van mening dat smartengeld buiten de boedel valt, waarbij hij als steunargument¹³⁵ een beroep doet op artikel 6:106 lid 2 van het wetsvoorstel inzake affectieschade.¹³⁶ Tijdens de parlementaire behandeling is dienaangaande gesteld dat:¹³⁷

‘(...) anders dan bij andere vorderingen tot schadevergoeding, immateriële schadevergoeding niet in de plaats treedt van een vermindering van een vermogen, en in die zin als verhaalsobject voor een derde een pure meevaller is. Deze gedachte spreekt aan, maar gaat ook op indien de thans voor beslag vereiste handelingen zijn verricht, zodat deze handelingen als omslagpunt minder gelukkig zijn. Daarover zij ook opgemerkt dat smartengeld een vergoeding is voor nadeel dat men doorgaans nog moet lijden. Door beslag te leggen komt de vergoeding niet aan de benadeelde ten goede, terwijl de schade in de toekomst nog gewoon geleden gaat worden c.q. de benadeelde het leed in de toekomst nog met zich zal dragen.’

Smartengeld is ons inziens zo specifiek, zo hoogstpersoonlijk qua aard dat – net als het recht op vergoeding van immateriële schade (zie art. 6:106 lid 2 BW) – ook de geconcretiseerde aanspraak hierop daarom buiten de boedel dient te vallen. In dit specifieke geval wordt aldus voorkomen dat de failliet of de saniet onredelijk benadeeld zou worden.

133 HR 22 november 2002, NJ 2003, 32 m.nt. PvS; JOR 2003, 27 m.nt. B. Wessels, voor immateriële schadevergoeding en faillissement; zie voor de schuldsaneringsregeling HR 24 november 2006, NJ 2007, 239 m.nt. P. van Schilfgaarde (zie ook hiervoor, onder 5.2).

134 Lankhorst, Letselschadeuitkering valt in de schuldsaneringsboedel, Bb 2007/7, p. 26.

135 Hoofddargument in zijn conclusie vóór HR 22 november 2002 (NJ 2003, 32 m.nt. PvS; JOR 2003, 27 m.nt. B. Wessels) was een beroep op art. 295 lid 4 aanhef en sub a Fw; dit komt ons gekunsteld voor.

136 Wetsvoorstel tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig blijvend letsel van naasten (28 781), dat in afwachting van de uitkomsten van een WODC-onderzoek inzake affectieschade voorlopig is aangehouden tijdens de behandeling in de Eerste Kamer. Tegen vernieuwing van art. 6:106 lid 2 (smartengeld) is inhoudelijk geen enkel bezwaar gemaakt door de Eerste Kamer.

137 Kamerstukken II 2003/04, 28 781, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 16.

6.3 Positie benadeelde in concreto bij door de curator of de bewindvoerder gecontinueerde verzekeringen

Ook in het geval dat verzekeringen door de curator of bewindvoerder worden voortgezet ten behoeve van de boedel met de failliet of saniet als begunstigde, leidt overeenkomstige toepassing van de in artikel 22a Fw neergelegde regel op de verzekeringsuitkering als hiervoor onder 6.2 uiteengezet, tot een rechtvaardiger resultaat.

7 Uitkeringen krachtens schadeverzekering in het Voorontwerp Insolventiewet

Het Voorontwerp Insolventiewet kent met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de boedel hetzelfde uitgangspunt als de huidige wet. In artikel 3.1.1 is de regel opgenomen dat de boedel alle tot het vermogen van de schuldenaar behorende goederen ten tijde van de insolventverklaring omvat, alsmede hetgeen hij gedurende de insolventie verkrijgt. Dit betekent dat – evenals nu het geval is – uitkeringen uit door de schuldenaar afgesloten schadeverzekeringen in de boedel vallen; daarbij doet het er niet toe of de verzekering gesloten is ten behoeve van een derde of ten behoeve van de schuldenaar. Ook vallen in de boedel vorderingen van de schuldenaar op derden ter zake van aansprakelijkheid.

Voor wat betreft de positie van de benadeelde derde in de voorgestelde regeling, valt op dat aansluiting is gezocht bij de schuldsaneringsregeling. De bijzondere rangregeling die is opgenomen in artikel 349 lid 2 Fw is overgenomen in artikel 6.3.2 lid 1:¹³⁸

‘De uitdeling geschiedt naar evenredigheid van ieders vordering, met dien verstande dat, zolang de vorderingen waaraan voorrang is verbonden, niet volledig zijn voldaan, daarop een twee keer zo groot percentage wordt betaald als op de concurrente vorderingen.’

De positie van de benadeelde zal in geval van zaakschade – zolang een *action directe* niet tot de mogelijkheid behoort, zoals ingevolge de WAM of bij dood en letselschade ingevolge artikel 7:954 BW – er dus niet beter op worden. Dit

¹³⁸ In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 140, is art. 6.3.2 lid 1 enkel toegelicht met de woorden ‘Lid 1 is ontleend aan art. 349 lid 2.’ Deze toch wel wezenlijke wijziging in de rangorderegels verdient naar onze mening wel enige nadere toelichting, temeer daar hierover ook geen discussie is gevoerd tijdens de parlementaire behandeling van de schuldsaneringsregeling; zie ook hiervoor, nt. 115. Anderzijds is de aansluiting bij art. 349 lid 2 Fw begrijpelijk, gezien de positie van de schuldeisers na beëindiging van de insolventie: de resterende vorderingen zijn niet langer afdwingbaar (zie art. 358 Fw en art. 6.4.1 e.v. Voorontwerp Insolventiewet).

is dus naar onze mening een aandachtspunt, vooral indien men de beweegredenen van de wetgever om destijds het voorrecht van artikel 3:287 lid 1 BW in te voeren in aanmerking neemt.¹³⁹ Dit uiteraard tenzij ook voor zaakschade een *action directe* wordt mogelijk gemaakt, hetgeen onze voorkeur heeft.

Gaat het om schade-uitkeringen die ten goede komen aan de failliet of saniet, dan verschilt het Voorontwerp Insolventiewet niet van wat op dit moment geldend recht is. Dergelijke uitkeringen vallen zonder meer in de insolvente boedel. Naar onze mening verdient het overweging aansluiting te zoeken bij het in artikel 3.1.2 inzake boedel en levensverzekering bepaalde, te weten dat dergelijke uitkeringen buiten de boedel vallen voor zover de insolvente persoon onredelijk wordt benadeeld.¹⁴⁰ Voor de invulling van het criterium 'onredelijke benadeling' in dit verband verwijzen wij naar hetgeen hiervoor onder 6.2 is opgemerkt. Mogelijk is een rol weggelegd voor de Insolventieraad om het in artikel 3.1.2 neergelegde criterium 'onredelijke benadeling' nader in te vullen, niet alleen voor levensverzekeringen maar ook voor aan de failliet of saniet toekomende schade-uitkeringen.¹⁴¹ In ieder geval lijkt dit ons een aandachtspunt.

Maar inzake aan de insolvente persoon toekomende immateriële schade dient ons inziens aansluiting te worden gezocht bij artikel 6:106 lid 2 van wetsvoorstel 28 781, zoals hiervoor ook onder 6.2 bepleit.

8 Afsluitende opmerkingen

Het systeem volgens welk bepaald wordt in hoeverre een levensverzekering in geval van faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling ten behoeve van de boedel kan worden afgekocht, dan wel de begunstiging ten behoeve van de boedel kan worden gewijzigd, lijkt een afgewogen geheel, dat recht doet aan de belangen van de failliet c.q. saniet. Dit geldt ook voor de in het Voorontwerp Insolventiewet opgenomen regeling dienaangaande.

Ten aanzien van schadeverzekeringen waarbij een derde benadeeld is, zijn – buiten hetgeen is bepaald in de WAM, de Flora- en faunawet en de Wet

¹³⁹ Zie hiervoor, onder 5.1 en nt. 107.

¹⁴⁰ Zie ook hiervoor, onder 4.

¹⁴¹ De Insolventieraad heeft tot taak zorg te dragen '(...) voor de vormgeving van kwaliteitseisen en kwaliteitsbewaking. De Insolventieraad zou ook met betrekking tot andere aspecten van de toepassing van de Insolventiewet een nuttige rol kunnen vervullen, hetzij in de vorm van (niet bindende) richtlijnen ten behoeve van de praktijk, hetzij in de vorm van een voordracht aan de minister van Justitie voor het uitvaardigen van nadere regels betreffende het verloop van de insolventieprocedure.' Zo Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 15; zie ook p. 27, waar is opgemerkt '(...) De Insolventieraad zou bovendien richtlijnen kunnen vaststellen over de toepassing van de Insolventiewet of voordrachten kunnen doen voor nadere door de minister van Justitie te stellen regels. Voorts kan hij de regering adviseren inzake belangrijke aangelegenheden op het terrein van de insolventiepraktijk.'

Aansprakelijkheid Kernongevallen – alleen in geval van schade door dood of letsel de belangen van de benadeelde gewaarborgd door een *action directe* (art. 7:954 BW). De positie van de schuldeiser bij zaakschade lijkt op papier sterk door artikel 3:287 BW. Feitelijk boet de waarde van dit voorrecht sterk in. Daarnaast blijft in de praktijk van de schuldsanering van dit voorrecht niet veel over door de bijzondere rangregeling die bij de schuldsaneringsregeling geldt (art. 349 lid 2 Fw). In het Voorontwerp Insolventiewet is deze bijzondere rangregeling zonder meer overgenomen. Wij zouden er voor willen pleiten om voor de benadeelde bij zaakschade – op dezelfde voet als bij dood en letselschade – eveneens een *action directe* in het leven te roepen.

Wanneer bij een schadeverzekering de failliet of saniet de tot uitkering gerechtigde is, vallen de verzekeringspenningen ter vergoeding van materiële schade in de boedel. In het Voorontwerp Insolventiewet is dit niet anders. Voor deze situatie zouden wij willen bepleiten aansluiting te zoeken bij artikel 22a lid 1 Fw c.q. artikel 3.1.2 Voorontwerp Insolventiewet: de verzekeringspenningen vallen slechts in de boedel voor zover de belangen van de failliet of saniet niet onredelijk worden benadeeld.

Indien het om immateriële schade gaat, bepleiten wij – anticiperend op het in wetsvoorstel 28 782 opgenomen artikel 6:106 lid 2 – dat voor deze schadevorm, gezien het zo bijzondere karakter hiervan, een uitzondering wordt gemaakt op het in artikel 20 c.q. artikel 295 lid 1 Fw opgenomen beginsel. Dit ziet uiteraard ook op artikel 3.1.1 Voorontwerp Insolventiewet.

Aldus zouden de te scherpe randen die aan de huidige wettelijke regeling en aan het Wetsvoorstel Insolventiewet kleven bij zaakschade die een derde lijdt en in de situatie dat de failliet of saniet de tot uitkering gerechtigde is, kunnen worden weggenomen.