

Overdracht van lijfrenteverzekeringen aan een derde door curator in het faillissement van de verzekeringnemer.

Hof 's-Hertogenbosch 12-02-2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:498, m.nt. prof. dr. W.M.A. Kalkman en mw. mr. E.A.L. van Emden

Instantie

Hof 's-Hertogenbosch

Datum

12 februari 2019

Magistraten

Mrs. S.M.A.M. Venhuizen, O.G.H. Milar, P.P.M. Rousseau

Zaaknummer

200.205.160_01

Noot

prof. dr. W.M.A. Kalkman en mw. mr. E.A.L. van Emden

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS46571:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Inkomen uit werk en woning (box 1) - niet-winst

Fiscaal bestuursrecht / Informatieverplichting

Insolventierecht / Faillissement

Goederenrecht / Verkrijging en verlies

Pensioenen / Pensioensystematiek

Pensioenen / Beleggen

Erfrecht / Bijzondere onderwerpen

Financiële planning / Estate planning

Brondocumenten

ECLI:NL:GHSHE:2019:498, Uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, 12â€²02â€²2019

ECLI:NL:GHSHE:2017:2181, Uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, 16â€²05â€²2017

ECLI:NL:GHSHE:2017:1337, Uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, 28â€²03â€²2017

Wetingang

Art. 21, 22a Fw

Essentie

Overdracht van lijfrenteverzekeringen aan een derde door curator in het faillissement van de verzekeringnemer.

Samenvatting

Levenslooptekening blijft niet buiten het faillissement ex art. 21 aanhef en onder 7 Fw. Deze valt ook niet onder de werkingssfeer van art. 22a Fw.

Lijfrenteverzekeringen. Art. 22a Fw. Overdracht van de rechten uit de lijfrenteverzekeringen valt niet buiten de boedel.

Gezien de door verzekeringnemer/gefaillieerde verleende toestemming, was de curator bevoegd tot overdracht van de polissen aan de echtgenote van verzekeringnemer. Het feit dat de curator ten behoeve van de boedel een vergoeding aan de echtgenote heeft gevraagd voor de medewerking, leidt niet tot het oordeel dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld. De curator heeft onder de omstandigheden van dit geval ook niet onrechtmatig gehandeld door gefaillieerde niet uit eigen beweging nader te informeren.

Partij(en)

Mr. Raymond Arnoldus, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van geïntimeerde, kantoorhoudende te [kantoorplaats], appellant in principaal hoger beroep, geïntimeerde in incidenteel hoger beroep, hierna: de curator, advocaat: mr. R. Arnoldus te Veghel,
tegen
[geïntimeerde], wonende te [woonplaats], geïntimeerde in principaal hoger beroep, appellant in incidenteel hoger beroep, hierna: [geïntimeerde], advocaat: mr. G. te Biesebeek te Helmond.

Uitspraak

8. Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 16 mei 2017 waarbij de incidentele vordering van de curator ex artikel 235 Rv is afgewezen en hij is veroordeeld in de kosten van het incident;
- de memorie van antwoord in incidenteel appel;
- het pleidooi van 17 september 2018, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald.

9. De verdere beoordeling

In principaal en incidenteel hoger beroep

9.1.

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

- a. [geïntimeerde] is vanaf omstreeks 1997 actief geweest als zelfstandig ondernemend assurantieadviseur. Zijn onderneming is failliet gegaan. Bij vonnis van 5 februari 2013 is [geïntimeerde] ook privé in staat van faillissement verklaard.
- b. Tot curator in het faillissement van [geïntimeerde] werd benoemd mr. W.L.H. Janssens. Mr. Janssens is op 14 november 2014 overleden. Opvolgend curator van [geïntimeerde] is mr. R. Arnoldus. Met “de curator” zal hierna ook mr. W.L.H. Janssens worden bedoeld.
- c. Ten tijde van het uitspreken van zijn faillissement was [geïntimeerde] verzekeringnemer, verzekerde en begunstigde van drie sommenverzekeringen bij respectievelijk:
 - Reaal met polisnummer [de Reaal-polis] (hierna: “de Reaal-polis”),
 - Delta Lloyd met polisnummer [de Delta Lloyd-polis] (hierna: “de Delta Lloyd-polis”) en
 - SEB met polisnummer [de SEB-polis] (hierna: “de SEB-polis”).

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

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

“Geachte heer [geïntimeerde], Ik tref 2 beleggingsverzekeringen aan, beide bij Delta Lloyd:

- [de Delta Lloyd-polis];
- [beleggingsverzekering Delta Lloyd].

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

Klopt het dat de tweede polis is verpand aan SNS?

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

- e. Eveneens op 3 april 2013 heeft [geïntimeerde] daarop geantwoord, door de e-mail van de curator terug te sturen en daarin met groene letters zijn reactie te typen. Direct na de zin: “*Ik wil tot afkoop van de eerste polis overgaan. Ik neem aan dat u geen bezwaar daartegen heeft?*” is door [geïntimeerde] geantwoord (cva, prod. 4): “Heb ik een keuze? Bij afkoop van [de Delta Lloyd-polis] zal de waarde tegen 52% belast worden en daarnaast extra belast met revisie rente (20% over de ingelegde premies), omdat hij niet gebruikt wordt voor het doel waarvoor hij is aangegaan (lijfrente uitkering). De waarde wordt dus vrijwel geheel wegbelast. Zijn er mogelijkheden om de polis in stand te houden? Bovenstaande geldt ook voor de lijfrente verzekering bij Reaal

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

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

“Mbt afkoop/overname polissen

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

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

“Geachte heer [geïntimeerde],

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

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

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

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

Concrete vraag:

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

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

“Geachte heer [geïntimeerde],

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

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

“Geachte heer W. Janssens, (...)

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

Gaat u akkoord als een derde 28% van de bruto waarde overmaakt van de lijfrente polissen/levenslooptrekening op een door u opgegeven rekening en kunt u er voor zorgdragen dat de crediteuren dan geen aanspraak meer kunnen maken op de waarde van deze lijfrentepolissen (Reaal lijfrente verzekering [de Reaal-polis] & Delta Lloyd polis [de Delta Lloyd-polis]) en levenslooptrekening [E-levenslooptrekening Delta Lloyd]. Mijn voorkeur gaat uit naar overname, zodat ik nog een pensioenvoorziening behoud.”

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

“5.

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

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

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

daarover geen uitspraken.

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

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

"Geachte heer W.L.H. Janssens,

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

1. Overdracht levensverzekeringen.

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

(...)

De volgende polissen komen voor overdracht in aanmerking:

Soort Maatschappij polis nummer waarde belasting overname bedrag

=====
lijfrente Reaal [de Reaal-polis] € 91.500 52% € 43.920

lijfrente Delta Lloyd [de Delta Lloyd-polis] € 38.700 52% € 18.600

kapitaal verz. SEB (Ierland) [de SEB-polis] € 68.683 0% € 68.683
=====

Voorstel:

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

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

De andere polissen zijn verpand aan de SNS hypotheek (Delta Lloyd kapitaalverzekeringen [beleggingsverzekering Delta Lloyd] en [kapitaalverzekering Delta Lloyd]) of zijn niet over te dragen. Ook Delta Lloyd levensloop rekening [E-levenslooplekening Delta Lloyd] is niet over te dragen.

(...)

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

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

"Geachte heer [geïntimeerde],

Ik wil het voorstel om de 3 bedoelde polissen over te laten nemen (voor € 131.203,-) ter goedkeuring voorleggen aan de R.C. Wie is degene die overneemt: uw echtgenote, of uw broer? Kunt u hem/haar het voorstel — in het kort — laten doen, opdat ik het in kopie kan doorzenden aan de R.C.?"

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

"Geachte heer W. Janssens, Mijn vrouw (mevrouw [echtgenote van geïntimeerde]) is voornemens om onderstaande polissen overnemen tegen betaling van € 131.203 (waarde per 7-5-2013).

Soort maatschappij polis nummer waarde belasting overname bedrag

=====
lijfrente Reaal [de Reaal-polis] € 91.500 52% € 43.920

lijfrente Delta Lloyd [de Delta Lloyd-polis] € 38.700 52% € 18.600

kapitaal verz. SEB (Ierland) [de SEB-polis] € 68.683 0% € 68.683
=====

Bijgaand een getekend schrijven van haar. Bij vragen sta ik u graag te woord."

o. Bij brief van 22 mei 2013 heeft de curator aan de rechter-commissaris toestemming verzocht voor overdracht van de drie polissen aan de echtgenote van [geïntimeerde], mevrouw [echtgenote van geïntimeerde] (hierna ook te noemen: [echtgenote van geïntimeerde]), tegen betaling van een bedrag van € 131.203,00 (cva, prod. 1). De brief vermeldt onder meer:

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

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

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

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

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

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

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

Vandaar dat Mr Arends in de cc staat.

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

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

“Geachte heer W. Janssens,

Fijn dat er meegewerkt wordt aan de overdracht van deze polissen. [roepnaam echtgenote] zal het benodigde geld gaan vrijmaken. Ik verwacht dat dit ongeveer een maand duurt. Zodra het geld beschikbaar is zal ik met u en de heer B. Arends in overleg treden om dit verder formeel af te handelen. Van belang is dat na betaling van de overdrachtswaarde [roepnaam echtgenote] alle zeggenschap krijgt/heeft over de overgenomen polissen. Dit wordt bewerkstelligd als zij door u gemachtigd wordt om in mijn plaats als verzekeringnemer op te treden voor de oud regime lijfrente polissen (Reaal & Delta Lloyd). Helaas kan de verzekeringnemer niet gewijzigd worden, vandaar mijn voorstel om [roepnaam echtgenote] door u te machtigen om in mijn plaats te kunnen handelen. Bij de overname van de kapitaalverzekering van SEB speelt dit probleem niet en is overdracht gemakkelijker te regelen. Zoals aangegeven zal contact met u worden opgenomen, nadat [roepnaam echtgenote] beschikt over het geld om het overname bedrag te kunnen betalen.”

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

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

Met vriendelijke groet,

[advocaten] Advocaten

[roepnaam] G. Arends

advocaat

curator”

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

“Hoi [roepnaam],

Ondanks het feit dat het problemen geeft om het geld in de SEB-polis vrij te krijgen, heeft [roepnaam echtgenote] toch besloten om het totale bedrag € 131.203, over te maken op jullie bankrekening.

Wat er nu geregeld moet worden is dat [roepnaam echtgenote] gemachtigd wordt om te tekenen voor mij als verzekeringnemer (...)”

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

Of kan [roepnaam echtgenote] de afgesproken € 1.000 reeds overmaken op jullie rekening?”

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

- u.** Op of omstreeks 1 augustus 2013 is door [echtgenote van geïntimeerde] een bedrag van € 131.203,00 gestort op de boedelrekening van mr. Janssens q.q. Daarmee is voor de Reaal-polis een bedrag van € 43.920,00 betaald en voor de Delta Lloyd polis een bedrag van € 18.600,00. Voor beide polissen gezamenlijk is dus een bedrag betaald van € 62.520,--.

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

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

“Geachte heer W. Janssens,

Hierbij een formulier om mijn levensloprekening [E-levensloprekening Delta Lloyd] bij Delta Lloyd te beëindigen, zoals

afgelopen vrijdag afgesproken. Bij vragen sta ik u graag te woord.”

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

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

9.2.1.

In eerste aanleg heeft [geïntimeerde] gevorderd om de curator te veroordelen, samengevat:

- de waarde van de Reaal polis en van de Delta Lloyd polis aan [geïntimeerde] te restitueren door storting van het bedrag van € 130.200,00 op een banklijfrenterekening op naam van [geïntimeerde];
- de Levenslooptrekening zodanig te herstellen dat de effecten waarin het saldo van de rekening vóór de afkoop door de curator was belegd in dezelfde hoeveelheden worden ingekocht met bijboeking van:
- een bedrag van € 47,62 (saldo van creditrente en bewaarloon);
- een bedrag ter hoogte van de sedert 2 februari 2015 uitgekeerde dividenden en renten over die producten als deze niet waren verkocht;
- met verklaring voor recht dat voormelde bedragen buiten de faillissementsboedel vallen en met veroordeling van de curator in de kosten van de procedure.

9.2.2.

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

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

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

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

9.2.3.

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

9.3.

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

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

wordt beperkt tot de Reaal-polis. Het recht tot overdracht van de Delta Lloyd-polis viel volgens de rechtbank om die reden buiten de boedel. De schade die [geïntimeerde] door de overdracht van de Delta Lloyd-polis heeft geleden, is door de rechtbank begroot op € 38.700,00, waarbij de rechtbank heeft geoordeeld dat dit bedrag als zodanig buiten de faillissementsboedel valt.

9.4.1.

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

9.4.2.

[geïntimeerde] heeft in incidenteel appel vijf grieven aangevoerd (genummerd A tot en met E) en hij heeft tevens zijn eis vermeerderd. [geïntimeerde] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis ten aanzien van de rechtsoverwegingen 4.2.3, 4.2.4, 4.3.10, 4.3.11, 4.4.4 en 4.5.1 en om de vorderingen zoals opgenomen in het petitum van de inleidende dagvaarding alsnog toe te wijzen, alsmede om de curator te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 53.651,05 wegens het gederfde rendement (berekend tot 10 april 2017) over de overgedragen c.q. afgekochte polissen althans tot betaling van de wettelijke rente over € 245.200,00 vanaf 1 augustus 2013 (althans 28 februari 2015) tot aan de dag der voldoening, met veroordeling van de curator in de kosten van het hoger beroep.

9.5.1.

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

9.5.2.

In artikel 21 aanhef en onder 7 Fw is bepaald dat buiten het faillissement blijft een aanspraak op het tegoed van een lijfrenterekening of op de waarde van een lijfrentebeleggingsrecht als bedoeld in artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB) voor zover de ter zake ingelegde bedragen voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbare inkomen uit werk en woning. In artikel 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB is (samengevat en voor zover hier van belang) bepaald dat onder een lijfrente wordt verstaan een aanspraak die *niet* kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven dan wel formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen. Blijkens de toelichting op de grieven komt [geïntimeerde] niet op tegen het oordeel van de rechtbank (rov. 4.2.3.) dat uit de voorwaarden van de Levenslooptrekening blijkt dat over het saldo daarvan reeds kon worden beschikt voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en reeds voor het eventuele eerdere overlijden van zijn partner of van hemzelf. Integendeel, in de toelichting op grief A in incidenteel appel (randnummer 155 van de memorie van [geïntimeerde]) stelt [geïntimeerde] zelf dat de polisvoorwaarden de mogelijkheid geven dat hij op een ander moment (dan de pensioengerechtigde leeftijd) over het saldo van de Levenslooptrekening kon beschikken. Dat brengt mee dat de Levenslooptrekening niet voldoet aan één van de voorwaarden van artikel 1.7 eerste lid, onderdeel b, van de Wet IB, te weten dat de aanspraak niet afkoopbaar is. De Levenslooptrekening is dus geen lijfrente in de zin van deze bepaling. Reeds daarom is dit vermogensbestanddeel niet op grond van artikel 21 onder aanhef en onder 7 Fw buiten het faillissement gebleven.

9.5.3.

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

(HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003, 32). De door [geïntimeerde] gestelde omstandigheden zijn onvoldoende om de Levenslooptekening in afwijking van de tekst van de wet buiten het faillissement te houden.

9.5.4.

Blijkens de toelichting op de grieven A en B bestrijdt [geïntimeerde] niet het oordeel van de rechtbank (in rov. 4.2.3) dat de Levenslooptekening niet binnen de werking van artikel 22a Fw valt, omdat het geen verzekeringsovereenkomst betreft. Overigens zijn door [geïntimeerde] ook geen feiten gesteld waaruit volgt dat de Levenslooptekening moet worden aangemerkt als een overeenkomst van levensverzekering. Het hof gaat dan ook uit van de juistheid van het oordeel van de rechtbank dat de Levenslooptekening niet onder de werkingssfeer van artikel 22a Fw valt.

9.5.5.

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

9.6.

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

9.7.1.

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

9.7.2.

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

9.7.3.

In artikel 22a lid 1 onder a respectievelijk onder b Fw is bepaald dat buiten de boedel vallen het *recht tot afkoop* van een levensverzekering respectievelijk het *recht tot wijziging* van de begunstiging (voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor onredelijk wordt benadeeld). In artikel 22a lid 2 Fw is bepaald dat voor een *overdracht* van een levensverzekering de schriftelijke toestemming nodig is van de verzekeringnemer; slechts dan is de curator bevoegd tot overdracht. Het recht tot overdracht is niet een recht dat als zodanig (onder voorwaarden) buiten de boedel valt. De wetgever maakt aldus een onderscheid tussen enerzijds de afkoop en wijziging van de begunstiging en anderzijds de overdracht van de verzekering. Daarbij is een kenmerkend verschil tussen deze rechtsfiguren dat door afkoop en wijziging een aantasting van de pensioenvoorziening van de failliet ten gunste van de boedel plaatsvindt, terwijl bij een overdracht de pensioenvoorziening in stand blijft. De instandhouding van de pensioenvoorziening was blijkens de e-mailcorrespondentie in dit geval ook de reden voor [geïntimeerde] om de curator te verzoeken aan een overdracht mee te werken. Zoals hiervoor ten aanzien van de toepassing van artikel 21 aanhef en onder 7 Fw is overwogen, geldt ook bij de toepassing van artikel 22a lid 1 onder a en onder b Fw dat de rechter grote terughoudendheid past om de uitoefening van bepaalde rechten ten aanzien van een levensverzekering die niet onder de omschrijving van deze bepaling vallen,

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

9.7.4.

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

9.7.5.

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

9.8.1.

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

9.8.2.

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

9.8.3.

Bij de beoordeling van deze grondslag van de vordering zijn de navolgende feiten van belang. [geïntimeerde] was vanaf 1997 werkzaam als assurantieadviseur. Toen de curator hem op 3 april 2013 berichtte dat hij voornemens was om over te gaan tot afkoop van de Delta Lloyd-polis, heeft [geïntimeerde] zelf aan de curator verzocht om mee te werken aan een overdracht van onder meer de Reaal-polis, de Delta Lloyd-polis en de Levenslooptekening om zodoende zijn oudedagsvoorziening veilig te stellen. [geïntimeerde] wist dus dat er een onderscheid was tussen een afkoop of wijziging van de begunstiging enerzijds en die van een overdracht anderzijds en dat deze verschillende rechtsfiguren tot een verschillend rechtsgevolg leiden. Daarbij gaf [geïntimeerde] aan de curator te kennen dat een overdracht van de polissen aan zijn echtgenote niet alleen van belang was om een uitwinning van de polissen tijdens het faillissement te voorkomen. Door een overdracht zou eveneens worden bewerkstelligd dat ook na de opheffing van het faillissement crediteuren zich niet op die polissen zouden kunnen verhalen, zodat zijn pensioenvoorziening ook voor de toekomst zou worden veilig gesteld. [geïntimeerde] heeft in dit verband expliciet aan de curator kenbaar gemaakt dat van belang was dat zijn echtgenote na betaling van de overdrachtswaarde alle zeggenschap zou hebben over de overgenomen polissen. Voorts is van de zijde van de curator onbetwist gesteld dat hij [geïntimeerde] naar de advocaat van zijn echtgenote heeft verwezen. Blijkens de e-mailwisseling tussen deze advocaat, mr. Arends, en de curator (zie nummer 9.1. onder (t)) behartigde mr. Arends in zijn contacten met de curator mede de belangen van [geïntimeerde]. Uit de hiervoor onder nummer 9.1 onder (s) geciteerde e-mail volgt dat [geïntimeerde] in verband met de overdracht van de polissen rechtstreeks contact onderhield met mr. Arends. Mr. Arends treedt blijkens de ondertekening van zijn e-mails ook op als curator.

9.8.4.

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

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

9.8.5.

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

9.9.1.

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

9.9.2.

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

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

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

9.9.3.

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

9.10.

De conclusie is dat het hof het beroepen vonnis van de rechtbank van 21 september 2016 zal vernietigen en dat het de vorderingen van [geïntimeerde] alsnog volledig zal afwijzen. [geïntimeerde] zal worden veroordeeld om al hetgeen de curator uit hoofde van het beroepen vonnis aan [geïntimeerde] heeft voldaan, aan de curator terug te betalen. [geïntimeerde] heeft niet betwist dat de curator uit hoofde van dit vonnis op 12 december 2016 een bedrag van € 39.149,15 aan [geïntimeerde] heeft betaald, zodat [geïntimeerde] tot terugbetaling van dat bedrag aan de curator zal worden veroordeeld, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag der betaling, zijnde 12 december 2016, tot aan de dag van terugbetaling. Voor toewijzing van de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW bestaat geen grond. [geïntimeerde] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in die van het principaal en incidenteel hoger beroep. Hieruit volgt dat grief E in incidenteel appel faalt.

10. De uitspraak

Het hof:

Op het principaal en incidenteel hoger beroep

vernietigt het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 21 september 2016 (C/01/293897 / HA ZA 15-370); wijst de vorderingen van [geïntimeerde] af; veroordeelt [geïntimeerde] om aan de curator terug te betalen het bedrag van € 39.149,15, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag der betaling van dit bedrag door de curator aan [geïntimeerde], zijnde 12 december 2016, tot aan de dag van terugbetaling; veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep, die aan de zijde van de curator tot op heden voor de eerste aanleg worden begroot op € 285,- aan griffierecht en op € 2.842,00 salaris advocaat, en voor het principaal hoger beroep op € 79,81 aan dagvaardingskosten, op € 718,00 aan griffierecht en op € 9.483,00 aan salaris advocaat en voor het incidenteel appel op € 1.580,50 aan salaris advocaat; verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Auteur: prof. dr. W.M.A. Kalkman en mw. mr. E.A.L. van Emden

1.

Aanleiding voor dit arrest is de overdracht door een faillissementscurator van de rechten uit twee lijfrenteverzekeringen aan de echtgenote van de failliet. Het hof oordeelde dat de curator tot deze overdracht bevoegd was en dat hij hiermee niet onrechtmatig handelde jegens de failliet. Het arrest roept een aantal vragen op over het levensverzekeringsrecht en het insolventierecht.

2.

De relevante feiten laten zich als volgt samenvatten. Eiser is assurantietussenpersoon van beroep. In 2013 wordt hij persoonlijk failliet verklaard. Op dat moment heeft eiser twee lijfrenteverzekeringen lopen (bij Delta Lloyd en bij Reaal). De curator oppert om deze verzekeringen af te kopen. Eiser heeft bezwaar tegen afkoop, omdat zulks vanwege de hoge belastingheffing amper iets zou opleveren. Eiser stelt dan zelf als alternatief voor dat de rechten uit deze lijfrenteverzekeringen worden overgedragen aan zijn echtgenote, die daarvoor een vergoeding aan de faillissementsboedel zal betalen. De curator stemt, met toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement, in met deze overdracht. Bij het maken en effectueren van deze afspraken is een advocaat betrokken die optreedt voor zowel eiser als zijn echtgenote. Pas nadat deze afspraken zijn uitgevoerd, komt eiser er naar eigen zeggen achter dat de lijfrenteverzekeringen niet in de faillissementsboedel zouden vallen (rechtsdwaling). Eiser vordert dat de waarde van deze verzekeringen aan hem wordt vergoed. Hij stelt daartoe dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door (a) in strijd met art. 22a Fw inbreuk te maken op zijn oudedagsvoorziening en (b) hem niet te informeren dat de beoogde overdracht een onverplichte inbreuk op zijn oudedagsvoorziening vormt. Subsidiar beroept eiser zich op ongerechtvaardigde verrijking. Volledigheidshalve: er is tussen partijen ook nog gedebatteerd over een levenslooptekening, maar op dit aspect gaan wij hier verder niet in.

3.

De rechtbank heeft de vordering van eiser gedeeltelijk toegewezen, namelijk waar het de bij Delta Lloyd gesloten lijfrenteverzekering betreft (Rb. Oost-Brabant 21 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5154; JOR 2017/176 m.nt. J.B.A. Jansen). Beide partijen stellen hoger beroep in. Het hof wijst de vorderingen van eiser alsnog geheel af. Daartoe wordt

overwogen dat het recht om de onderhavige verzekeringen over te dragen op grond van art. 22a lid 2 Fw in de faillissementsboedel viel. De curator was daarmee volgens het hof bevoegd tot overdracht en heeft aldus met die overdracht niet onrechtmatig gehandeld (aldus r.o. 9.7). De curator heeft volgens het hof ook geen informatieplicht jegens eiser geschonden, gezien het feit dat eiser zelf assurantietussenpersoon was en hij voortzette door een, in het insolventierecht bekwaame, advocaat werd bijgestaan (r.o. 9.8). Het beroep op ongerechtvaardigde verrijking strandt nu tegenover de betaling door de echtgenote van eiser de overdracht stond, zodat de faillissementsboedel per saldo niet is verrijkt. Voorts is eiser volgens het hof ook niet verarmd, aangezien niet hij (maar zijn echtgenote) de betaling aan de boedel deed. Daarnaast is gezien de tussen partijen gemaakte afspraak niet voldaan aan de eis van ongerechtvaardigheid (r.o. 9.9).

4.

Het relevante juridische kader volgt uit zowel het verzekeringsrecht (titel 7.17 BW) als de Faillissementswet (Fw). Art. 7:978 BW kent de verzekeringnemer het recht toe om een levensverzekering, die stellig voorziet in een of meer uitkeringen, af te kopen. Partijen kunnen dat recht contractueel beperken of uitsluiten, bijvoorbeeld via een afkoopverbod in de polisvoorwaarden. Art. 7:986 lid 4 BW bepaalt dat de beperking of uitsluiting van het afkooprecht in beginsel niet kan worden tegengeworpen aan — onder meer — de faillissementscurator. Dit kan echter anders zijn als het gaat om een fiscaal gefaciliteerde (gerichte) lijfrenteverzekering (bijvoorbeeld zoals bedoeld in art. 1.7 IB). Op die uitzondering wordt hierna in randnummer 5 ingegaan. Art. 22a Fw geeft de curator het recht tot afkoop van levensverzekeringen (art. 22a lid 1 sub a Fw) alsmede het recht op wijziging van de begunstiging ten gunste van de boedel (art. 22a lid 1 sub b Fw), voor zover de verzekeringnemer of begunstigde hierdoor niet onredelijk wordt benadeeld. Is er wel sprake van onredelijke benadeling, dan vallen deze rechten buiten de boedel. Of sprake is van onredelijke benadeling, wordt in de eerste plaats getoetst door de rechter-commissaris die voorafgaande toestemming voor deze rechtshandeling moet geven (art. 22a lid 2 Fw). Van de beschikking van de rechter-commissaris kan gedurende vijf dagen hoger beroep worden ingesteld bij de rechtbank, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven (art. 67 lid 1 Fw).

5.

Opvallend is dat art. 7:986 BW door rechtbank noch door hof in de beoordeling is betrokken. Het gaat hier immers om lijfrenteverzekeringen, met — naar wij aannemen — een contractueel afkoopverbod. Dat hierover geen discussie is gevoerd, bevreemdt ons omdat, voordat overdracht van de rechten kan plaatsvinden, eerst vastgesteld moet worden of die rechten wel in de boedel vallen. Daarvoor is art. 7:986 lid 4 BW van belang. Ten tijde van het gewraakte handelen bestond in de rechtspraak onduidelijkheid over de vraag of afkoop van een (gerichte) lijfrenteverzekering die een afkoopverbod bevatte, mogelijk was. Art. 7:986 lid 4 BW bepaalt namelijk dat de regel dat een afkoopverbod niet aan de curator kan worden tegengeworpen *“toepassing mist 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.”* Destijds bestond onduidelijkheid over de reikwijdte van deze bepaling. In Hof Arnhem 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0621, PJ 2013/72, JOR 2013/82 m.nt. A.J. Verdaas werd geoordeeld dat afkoop van een fiscaal gefaciliteerde (gerichte) lijfrentepolis niet mogelijk is. In Rb Den Bosch 1 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ0566, PJ 2013/109 werd afkoop wel mogelijk geacht. In HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2564 (PJ 2017/179, NJ 2018/42 m.nt. M. Heemskerk, JOR 2018/26 m.nt. J.F.H.M. Bartels; zie ook W.M.A. Kalkman, Schuldeisers en levensverzekering, *Verzekerings-Archief* 2018/2) is de knoop doorgehakt. De Hoge Raad oordeelde dat een contractueel afkoopverbod aan de curator kan worden tegengeworpen indien het gaat om een oudedagsvoorziening *“die voldoet aan de maatstaven voor fiscale facilitering die in de fiscale regelgeving zijn vastgelegd.”* De vraag wie de premie voor de levensverzekering betaalt, en of die premie daadwerkelijk voor IB-heffing in aanmerking komt, is daarbij niet doorslaggevend. Sindsdien geldt dus dat een curator niet kan overgaan tot uitwinning van een levensverzekering die (1) voldoet aan de fiscale regels voor de opbouw van een oudedags- en/of nabestaandenvoorzieningen, (2) ten aanzien waarvan in de fiscale regelgeving een afkoopverbod is voorgeschreven en (3) met het oog op het voldoen aan die fiscale regelgeving een contractueel afkoopverbod in de polis(voorwaarden) is opgenomen. De curator kan ingevolge dit arrest dus niet over een lijfrenteverzekering beschikken die voldoet aan de hiervoor geformuleerde voorwaarden.

6.

Het is aannemelijk dat ten aanzien van de onderhavige lijfrenteverzekeringen destijds een vanuit de fiscale wetgeving voorgeschreven afkoopverbod gold. Het ligt dus voor de hand dat in de onderhavige polis(voorwaarden) ook een daarop geënt afkoopverbod was opgenomen. Dat afkoopverbod geldt dan, indachtig het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad, ook ten opzichte van de curator. Waar uit dit arrest volgt dat de curator niet over deze lijfrenteverzekeringen kon beschikken door middel van afkoop, lijkt ook de hier door de curator uitgevoerde overdracht van de rechten (waaronder het recht op afkoop) uit de verzekeringen, ter voorkoming van afkoop en ter waarborging van de handhaving van de pensioenvoorziening, buiten de boedel te vallen. In dat licht lijkt het oordeel van het hof dat de curator wel tot deze

overdracht bevoegd was, niet correct.

7.

De curator is in hoedanigheid (q.q.) in de procedure betrokken. Daarmee is het aangesproken vermogen de faillissementsboedel. De vordering werd ondertussen ingesteld door de failliet. Dat roept de vragen op (1) wie er bevoegd is om over deze vordering te beschikken en (2) wie er ter zake van de vordering procesbevoegd is. Om met die eerste vraag te beginnen: op grond van de hoofdregel uit art. 20 Fw valt het gehele huidige en toekomstige vermogen van de failliet in de faillissementsboedel. In art. 21 Fw zijn vervolgens enige uitzonderingen opgesomd. Een schadevergoedingsvordering wordt daarbij echter niet genoemd. Een vordering tot vergoeding van door de failliet geleden schade valt in de boedel, zie reeds Rb Den Haag 31 mei 1905, *W* 8264. Dat wijst er op dat ook de hier ingestelde vordering — die wel beschouwd strekt tot schadevergoeding (al dan niet in natura) — in de faillissementsboedel valt. Op grond van art. 23 jo 68 Fw berust het beheer en de beschikking over in de boedel vallende goederen exclusief bij de curator. Dat impliceert dat degene die tot nakoming van de schadevergoedingsvordering gehouden is, in beginsel slechts bevrijdend aan de boedel kan betalen. Hier is de boedel echter eveneens het aangesproken vermogen (de gedaagde partij). Daarmee rijst de vraag van procesbevoegdheid. Het logische gevolg van de beschikkingsbepalingen uit art. 20 jo 23 jo 68 Fw is dat de curator eveneens de bevoegdheid heeft om te procederen over een in de boedel vallende vordering. Dat volgt ook uit art. 25 Fw. Deze procesbevoegdheid lijkt echter niet exclusief. Uit art. 25 lid 2 Fw volgt namelijk dat de failliet zelf ook over vorderingen uit de boedel kan procederen, zij het buiten bezwaar van de boedel. Het is echter de vraag of deze procesbevoegdheid ook bestaat indien een schadevergoedingsvordering wordt ingesteld die, in geval van toewijzing, zou nopen tot betaling aan de boedel. Eerder werd geoordeeld dat in zo'n geval niet-ontvankelijkverklaring moet volgen (zie Rb Rotterdam 6 februari 2008, *NJF* 2008/175, Rb Limburg 31 juli 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5021 en Wessels Insolventierecht II, *Gevolgen van faillietverklaring (ii)*, nr. 2365). Daarbij komt nog, dat de vordering in dit geval was gericht tegen de boedel. Het lijkt niet aanstonds mogelijk om een vordering in te stellen die strekt tot betaling van de boedel als de vordering zelf in de boedel valt. Er is dan immers sprake van een vordering van de boedel op de boedel. Het verbaast dat dit element in het arrest niet aan de orde komt. Mogelijk is het hof van oordeel geweest dat de door eiser ingestelde vordering in dit geval buiten het faillissement valt, waardoor eiser wel zelf procesbevoegd zou zijn. Op zich is een failliet inderdaad bevoegd om zelfstandig te procederen over goederen die buiten het faillissement vallen (vgl. Rb Amsterdam 28 juni 1901, *W* 7674). Wellicht heeft het hof gemeend dat het hier gaat om een vordering tot schadevergoeding in verband met een (volgens de failliet) buiten het faillissement vallende goed, zodat dan, via een soort substitutiegedachte, ook de corresponderende schadevergoedingsvordering te beschouwen valt als een buiten de boedel vallend goed. Een schadevergoedingsvordering valt echter naar zijn aard juist niet buiten het faillissement, ook niet als deze vordering eerst na faillissementsdatum is ontstaan. Daarnaast had het hof in deze zaak geoordeeld dat de overgedragen rechten uit levensverzekering juist wel in het faillissement vielen. Kortom, op dit punt was een nadere motivering op haar plaats geweest.

8.

Opmerkelijk is voorts, dat de rechtbank de vordering van eiser op de boedel partieel heeft toegewezen zonder dat kenbare aandacht is besteed aan de status van die vordering. Een tegen een curator q.q. toegewezen (schadevergoedings)vordering levert een boedelschuld op. Voor de voldoening van boedelschulden geldt ingevolge HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde een rangordestelsel; aan betaling van een concurrente boedelschuld kan op grond van dit arrest pas worden toegekomen indien alle meer preferente boedelschulden geheel zijn voldaan. De Hoge Raad heeft slechts voor één type van boedelschuld een uitzondering op deze regel gemaakt, namelijk voor de boedelschuld die het gevolg is van een ná faillissement aan de boedel gedane onverschuldigde betaling die het gevolg is van een onmiskenbare vergissing (HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437 m.nt. P. van Schilfgaarde). In dat specifieke geval moet de curator het onverschuldigd betaalde bedrag onverwijld terugbetalen, met voorbijgaan aan alle andere (boedel)aanspraken. Die uitzondering wordt echter restrictief uitgelegd (zie HR 7 juni 2000, *NJ* 2002/608 m.nt. J.B.M. Vranken en HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/419 m.nt. P. van Schilfgaarde) en is hier duidelijk niet aan de orde. Er is immers geen sprake van een onverschuldigde betaling — er ligt een afspraak aan de betaling ten grondslag — terwijl de betaling daarnaast niet berust op een onmiskenbare vergissing. De Hoge Raad heeft eerder bepaald dat de onverwijld terugbetalingsuitzondering juist niet geldt voor boedelschulden die het gevolg zijn van een onrechtmatige daad die is gepleegd door de curator q.q. (HR 5 februari 2016, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen). Kortom, zo men al aanneemt dat de faillissementsboedel hier schadeplichtig is, dan is nog niet gegeven dat de boedel de schadevergoeding ook onverwijld moest voldoen. Meer preferente boedelschulden, waaronder de vordering tot betaling van het curatorensalaris, gaan in beginsel voor (zie bijvoorbeeld ook HR 31 oktober 2014, *NJ* 2014/484). Om die reden wordt een schadevergoedingsvordering tegen de boedel vaak niet (onverkort) uitvoerbaar bij voorraad verklaard (zie bijvoorbeeld Rb Haarlem 1 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ6794). Overigens is de vraag van executeerbaarheid van het vonnis wel aan de orde gesteld in een incident in het hoger beroep, maar lijkt de hiervoor genoemde argumentatie daarin niet gebezigd te zijn (zie 's-Hertogenbosch 28 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1337 en 's-Hertogenbosch 16 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2181).

9.

Het hiervoor geschetste rangordesysteem heeft tot gevolg dat een tegen de curator q.q. toegewezen schadevergoedingsvordering vaak niet (geheel) voldaan kan worden. Dat risico is extra groot als er een (kostbare) procedure over de vordering gevoerd moet worden; de procedurekosten worden immers met voorrang uit de boedel voldaan. Juist daarom kiest degene die een schadevergoedingsvordering op de curator pretendeert er vaak voor om naast de faillissementsboedel (de curator q.q.) ook de curator persoonlijk (de curator pro se) aan te spreken. Hiervoor geldt een eigen toetsingskader; voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geldt de drempel van persoonlijke verwijtbaarheid (zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn en HR 11 december 2011, *NJ* 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen). Aan die eis wordt hier ogenschijnlijk niet voldaan. In de eerste plaats is de curator die thans procespartij is, niet de curator die het gewraakte handelen heeft verricht. Daarnaast is hier waarschijnlijk waar het de handelende, voormalig, curator betreft niet aan het vereiste van persoonlijke verwijtbaarheid voldaan. Deze curator lijkt immers — gelijk eiser zelf — gedwaald te hebben in het objectieve recht, namelijk de destijds nog niet definitief beantwoorde rechtsvraag of het recht om deze lijfrenteverzekeringen af te kopen in de faillissementsboedel valt. Er lijkt dan sprake te zijn geweest van verschoonbare rechtsdwaling en in dat geval ontbreekt persoonlijke verwijtbaarheid (zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, 1998, p. 223 e.v.). Een verdere indicatie dat persoonlijke verwijtbaarheid hier zou ontbreken, is dat de rechter-commissaris toestemming heeft gegeven voor de transactie. Weliswaar behelst die machtiging geen vrijwaring voor aansprakelijkheid, maar de gegeven toestemming is wel een indicatie dat het handelen voldoende zorgvuldig was. Ook de rechter-commissaris ging er kennelijk, gelijk de betrokken verzekeraars, destijds vanuit dat de overdracht mogelijk was.

10.

In deze zaak ging het niet om persoonlijke aansprakelijkheid, maar om de vraag of de curator in hoedanigheid onrechtmatig had gehandeld. Voor deze q.q. aansprakelijkheid geldt de “reguliere” norm uit art. 6:162 BW (aldus HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 m.nt. W.M. Kleijn). De vraag of de curator q.q. inbreuk op een recht heeft gemaakt, valt inderdaad samen met de vraag of de rechten uit de lijfrenteverzekeringen al dan niet in de boedel vielen. Waren de rechten uit de lijfrenteverzekeringen niet afkoopbaar en vielen daardoor buiten de boedel, dan heeft de curator onbevoegdlijk over die verzekeringen beschikt, wat een rechtsinbreuk zal behelzen. Men komt dan wel beschouwd niet meer toe aan de vraag of de curator te dezer zake ook onzorgvuldig heeft gehandeld. Overigens zal voor die onzorgvuldigheidsvraag van betekenis kunnen zijn dat de curator de eiser mogelijk zelf op het verkeerde been heeft gezet door zelf over afkoop te beginnen. Interessanter is de vraag of de curator in dit geval een informatieplicht jegens de failliet had. Het hof oordeelde van niet, op de feitelijke grond dat de eiser zelf assurantietussenpersoon van beroep was en hij daarnaast de bijstand van een advocaat ontving. Daarmee lijkt het hof te oordelen dat er geen uit het ongeschreven recht voortvloeiende zorgplicht op een curator rust om degene die zelf bij uitstek deskundig geacht moet worden, voor te lichten. Mogelijk heeft het hof hier mede het oog gehad op art. 6:163 BW (relativiteit): een informatieplicht is er verdedigbaar niet om een bij uitstek deskundig geachte persoon voor te lichten. Ongeacht de motivering die het hof voor ogen had, kunnen wij het oordeel dat de curator geen informatieplicht jegens eiser had, onderschrijven. Daarvoor is ook van belang dat het de primaire taak van de curator is om het belang van de gemeenschappelijke schuldeisers te behartigen. Dit betekent niet dat de curator helemaal geen zorgplicht jegens de failliet kan hebben, maar kadert deze zorgplicht wel in (zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, 1998, p.140 e.v.).

11.

Opvallend is voorts dat het hof de deskundigheid van de door eiser en/of door zijn echtgenote ingeschakelde advocaat aan eiser toerekent (zie r.o. 9.8.4). De rechtspraak en literatuur over de toerekening van dergelijke externe kennis is tamelijk beperkt. Wel wordt vrij algemeen aangenomen dat in (pre)contractuele verhoudingen de vraag of toerekening van kennis van een adviseur aan zijn cliënt mogelijk is, in de sleutel van de gerechtvaardigde verwachtingen staat. De vraag is of een partij (hier de curator) er gerechtvaardigd van uit mocht gaan dat zijn wederpartij door diens eigen adviseur adequaat werd voorgelicht. Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241 m.nt. G. Scholten, HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/638, HR 27 januari 1989, *NJ* 1989/816 m.nt. M.M. Mendel, HR 28 april 1989, *NJ* 1990/583, m.nt. M.M. Mendel, HR 10 december 1993, *NJ* 1994/686 m.nt. M.M. Mendel, HR 21 maart 1997, *NJ* 1997/639 m.nt. M.M. Mendel en J.J. Valk, ‘Toerekening van externe kennis: twee gezichtspunten’, *WPNR* 2012/6949. In dit geval heeft het hof mogelijk geoordeeld dat er feitelijk een driepartijenafpraak is gemaakt tussen curator, eiser en diens echtgenote, respectievelijk dat de rechtsverhouding tussen de curator en eiser zo dicht op de contractuele verhouding tussen curator en diens echtgenote stond, dat de maatstaf voor toerekening van kennis in contractuele verhouding (overeenkomstige) toepassing vond. Voor de goede orde, in de setting van een zuivere onrechtmatige daad, waarin tussen de betrokken partijen geen (pre)contractuele verhouding bestaat, is juist meer terughoudendheid geboden voor de toerekening van kennis, aldus HR 11 november 2005, *NJ* 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken. Ook op het punt van de toerekening van de kennis van de advocaat aan eiser, had het hof zijn oordeel dus uitvoeriger kunnen toelichten.

