

BOEKBESPREKING

W.E.M. LECLERCQ, *Levensverzekering in het (nieuwe) vermogensrecht*, Civil- en fiscaalrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de zogenoemde leer van het oorspronkelijke en de leer van het afgeleide recht van de begunstigde bij overeenkomsten van levensverzekering, *dissertatie, Koninklijke Vermande B.V, Lelystad, 1991, 224 blz, f 47,25.*

1. Op vrijdag 11 januari 1991 promoveerde W.E.M. Leclercq aan de Katholieke Universiteit Brabant op een proefschrift waarin in niet mis te verstane bewoordingen stelling genomen wordt in een al meer dan 100 jaar oude controverse binnen de rechtswetenschap. Het betreft een controverse over de rechtspositie van de derde-begunstigde uit hoofde van levensverzekering. Aanhangers van de leer van het *afgeleide recht* menen dat de derde-begunstigde de uitkering uit hoofde van een levensverzekering verkrijgt uit het vermogen of de nalatenschap van de verzekeringnemer. Aanhangers van de leer van het *oorspronkelijk recht* menen dat de derde-begunstigde het recht op uitkering uit hoofde van een levensverzekering rechtstreeks aan de verzekeraar ontleent: de uitkering passeert het vermogen of de nalatenschap van de verzekeringnemer niet. Hierna wordt op het proefschrift van Leclercq ingegaan. Een bespreking van een proefschrift over een dermate ingewikkeld en theoretisch onderwerp maakt het noodzakelijk een eigen visie op de problematiek te ontwikkelen. In deze boekbespreking tracht ik de kern van de problematiek uiteen te zetten. Ik bespreek het proefschrift van Leclercq aan de hand van die beschouwingen.

Leclercq toont zich een uitgesproken aanhanger van de leer van het afgeleide recht (blz. 204). De leer van het afgeleide recht heeft in zijn visie "feitelijk en juridisch de beste papieren" (blz. 5). Toch heeft deze leer de in het kader van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) voorgestelde regeling voor de levensverzekering niet gehaald. Zowel het voorontwerp van Dorhout Mees uit 1955 (niet officieel gepubliceerd), het niet-officiële regeringsontwerp uit 1972, dat nimmer aan de Tweede Kamer is gezonden, als het regeringsontwerp van 1986 voor Titel 7.17 (verzekering) van het NBW (TK 19 529) gaan in beginsel uit van de leer van het oorspronkelijk recht van de derde-begunstigde uit hoofde van een levensverzekering (MvT blz. 36). De visie van onder andere Leclercq druist dan ook in tegen de ontwikkeling die zich in het kader van het ontworpen levensverzekeringsrecht aftekent. In verband met de feitelijke wending die de rechtsontwikkeling neemt merkt hij op dat de leer van het afgeleide recht "tot op de dag van vandaag het pleit niet" heeft "kunnen winnen" (blz. 5).

2. De controverse afgeleid recht-oorspronkelijk recht wordt wel geïdentificeerd met de controverse tussen de aantastbaarheidsleer en de onaantastbaarheidsleer. De aantastbaarheidsleer houdt, toegespitst op derde-begunstiging, in dat de rechten die de derde-begunstigde aan een levensverzekering ontleent op enigerlei wijze vatbaar zijn voor uitwinning. De onaantastbaarheidsleer volgend kan van uitwinning geen sprake zijn. Leclercq haalt Westbrook aan waar het er om gaat aan te tonen dat identificatie van de controverses niet terecht is (blz. 62, vgl. W. Westbrook, *Problemen van Levensverzekering*, preadvies 1960, blz. 40-42, anders bijvoorbeeld: D.C.M. Stigter en A.G. Ploeg, *Levensverzekering*, zevende druk, W.E.J. Tjeenk Willink, 1962, blz. 124). Vanuit praktisch oogpunt wordt volstreekte onaantastbaarheid van de rechten van de derde-begunstigde uit hoofde van een levensverzekering op de meest eenvoudige wijze gerealiseerd door de leer van het oorspronkelijk recht als uitgangspunt van een wettelijke regeling te nemen. Volstreekte aantastbaarheid laat zich optimaal regelen op basis van de leer van het afgeleide recht (Westbrook 1960, blz. 40). Deze praktische constatering impliceert echter niet dat één van beide lereren vanuit rechtssystematisch oogpunt de voorkeur zou verdienen. Ik ga er in deze boekbespreking steeds van uit dat de *derde* begunstigde een ander is dan de crediteur, erfgenaam, legitimaris, legataris, deelgenoot of (ex-)echtgenoot waarvan ik de rechtspositie be-

handel. Voorts hanteer ik als uitgangspunt dat de verzekeringnemer tevens de verzekerde is.

Volstreekte onaantastbaarheid van de rechten van de derde-begunstigde leidt tot een zwakke rechtspositie van crediteuren, erfgenamen, legitimarissen, legatarissen, deelgenoten en de (ex-) echtgenoot van de verzekeringnemer. Wanneer van volstreekte onaantastbaarheid sprake zou zijn, zouden zij zich op geen enkele wijze kunnen verhalen op een opeisbaar geworden uitkering of een aan een derde-begunstigde uitgekeerde verzekerde som. Volstreekte aantastbaarheid van het recht op uitkering van de verzekerde som van de derde-begunstigde maakt diens begunstiging daarentegen tot een farce. De algehele hercodificatie van het burgerlijk recht biedt de wetgever een kans om op basis van een evenwichtige afweging van de belangen van enerzijds de derde-begunstigde uit hoofde van een levensverzekering en anderzijds de belangen van de crediteuren, erfgenamen, legitimarissen, legatarissen, deelgenoten en de (ex-)echtgenoot van de verzekeringnemer te komen. Of een zo eenvoudig mogelijke regeling voor de levensverzekering zou moeten worden gebaseerd op de leer van het afgeleide of de leer van het oorspronkelijk recht hangt af van het antwoord van de politiek op de vraag of en in hoeverre van aantastbaarheid van het recht van de derde-begunstigde sprake moet zijn (vgl. blz. 166). De rode draad door het proefschrift van Leclercq is dat op basis van de door het departement van Justitie voorgestelde rechtspolitieke keuzen met betrekking tot de mate van aantastbaarheid van het recht van de derde-begunstigde het ontwerp vanuit praktisch oogpunt beter op de leer van het afgeleide recht dan op de leer van het oorspronkelijk recht had kunnen worden gestoeld (blz. 204). Deze rechtseconomische conclusie beantwoordt echter niet de vraag welke van de twee leerstukken vanuit rechtstheoretisch oogpunt het best in het systeem van het vermogensrecht past. Men dient hierbij te bedenken dat het departement wat die rechtspolitieke keuzen betreft het moest doen met het door de Tweede Kamer gegeven antwoord op vraagpunt 34 (vgl. blz. 119-120).

3. Alvorens nader op het proefschrift van Leclercq in te gaan, behandel ik de regeling voor de positie van de derde-begunstigde uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging zoals die in het officiële regeringsontwerp is neergelegd. Deze regeling is te vinden in de artt. 7.17.3.23, 23a en 23b. Onderscheid moet worden gemaakt tussen uitwinning van de tot uitkering gekomen verzekerde som uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging en uitwinning van de lopende verzekering.

Uitwinning van de uitkering zal in de eerste plaats slechts mogelijk zijn wanneer sprake is van een levensverzekering met derde-begunstiging die met zekerheid tot een uitkering leidt. Bovendien is uitwinning slechts mogelijk in het kader van faillissement van de verzekeringnemer of in het kader van de vereffening van diens nalatenschap. Uitwinning van een levensverzekering met derde-begunstiging is óók voor verzekeringen die niet stellig tot uitkering leiden mogelijk wanneer de begunstiging van de derde als gift moet worden aangemerkt. Deze hoofdlijnen van de uitwinningregeling voor de uitkering uit hoofde van levensverzekeringen met derde-begunstigde zijn te vinden in art. 7.17.3.23, leden 1 en 4 en art. 7.3.12c NBW.

Een lopende levensverzekering met derde-begunstiging die stellig tot een uitkering leidt zal kunnen worden uitgewonnen door derdenbeslag onder de verzekeraar en in het kader van faillissement van de verzekeringnemer, tenzij de derde-begunstiging voor de aanvraag van het beslag of het faillissement onherroepelijk is geworden. De mogelijkheid van uitwinning is beperkt voor verzekeringen die tot een lijfrente moeten leiden. Uitwinning van een lopende verzekering heeft plaats door fictieve belening van de polis bij de verzekeraar. Deze constructie is gekozen om de verzekering ten behoeve van de verzekeringnemer in stand te houden (MvT, blz. 53). Aan de gekozen constructie ligt stilzwijgend de gedachte ten grondslag dat de verzekeringnemer die ten aanzien van zijn crediteur(en) tekortkomt wél de voor de verzekering verschuldigde premie zal kunnen voldoen, een veronderstelling die naar ik meen irreëel is. Deze hoofdlijnen voor uitwinning van de lopende levensverzekering met derde-begunstiging zijn te vinden in de leden 1, 3 en 4 van art. 7.17.3.21.

De verschillen tussen de regeling voor uitwinning van een levensverzekering waarvoor de verzekeringnemer zelf begunstigde is of waarvoor een begunstiging ontbreekt enerzijds en de levensverzekering met derde-begunstiging anderzijds worden in de Memorie van Toelichting

verklaard: "...het in een verzekering gestoken vermogen dat de verzekeringnemer zelf op enig tijdstip te gelde kan maken, (behoort, toevoeging WT) in beginsel tezelfdertijd vatbaar....te zijn voor uitwinning ten gunste van diens schuldeisers" (MvT blz. 53).

4. In de opzet van het ontwerp zijn voor de mate van aantastbaarheid van een levensverzekering vier factoren van cruciaal belang.

De *eerste* is het al dan niet met zekerheid tot uitkering komen van de verzekering (art. 7.17.3.13, lid 1). Van aantastbaarheid van een uitkering uit hoofde van een levensverzekering kan slechts sprake zijn wanneer die verzekering met zekerheid tot een uitkering leidt (art. 7.17.3.13, lid 1 jo. 23, lid 1). Een uitzondering op deze regel doet zich voor wanneer de begunstiging als gift zal moeten worden aangemerkt, art. 7.3.12c NBW. Achtergrond van de regeling die inhoudt dat slechts verzekeringen die met zekerheid tot een uitkering leiden kunnen worden uitgewonnen is de omstandigheid dat dergelijke verzekeringen in alle gevallen afkoopwaarde hebben. Een levensverzekering met afkoopwaarde zou aantastbaar moeten zijn omdat de afkoopwaarde is opgebouwd uit premies die zijn onttrokken aan het vermogen van de verzekeringnemer. Aan het ontwerp ligt de gedachte ten grondslag dat degene die een verzekering sluit die met zekerheid tot een uitkering leidt, een spaarmotief heeft. Welke ook de werkelijke achtergrond is van het sluiten van de verzekering, aantastbaarheid van de levensverzekering is gerechtvaardigd omdat vermogensvorming bij de verzekeraar plaatsheeft ten laste van het vermogen van de verzekeringnemer. Levensverzekeringen met derde-begunstiging die met zekerheid tot een uitkering leiden zijn aantastbaar voor zover ze tot uitkering zijn gekomen. De uitkering wordt in het faillissement van de verzekeringnemer betrokken indien de verzekering tot uitkering komt op of na de datum waarop de verzekeringnemer is gefailleerd (art. 7.17.3.23a, lid 1). De uitkering wordt in de vereffening van de nalatenschap van de verzekeringnemer betrokken wanneer de verzekering tijdens de vereffening van de nalatenschap of ten gevolge van het overlijden van de verzekeringnemer tot uitkering komt (art. 7.17.3.23b, lid 1). De uitkering wordt in het faillissement betrokken tot een bedrag ter grootte van de afkoopwaarde op de dag voorafgaande aan de dag waarop de uitkering vervalt (art. 7.17.3.23, lid 2). Lopende levensverzekeringen met derde-begunstiging kunnen eveneens worden uitgewonnen tot een bedrag ter grootte van de afkoopwaarde, art. 7.17.3.21, lid 2.

De *tweede* is het al dan niet onherroepelijk zijn van de begunstiging. De begunstiging uit hoofde van sommenverzekering wordt onder het voorgestelde recht – voor zover hier van belang – onherroepelijk door aanvaarding door de derde-begunstigde van de begunstiging. Aanvaarding van herroepelijke begunstiging zal plaats dienen te hebben jegens de verzekeraar, door middel van een tot hem gerichte, schriftelijke verklaring. Slechts wanneer de begunstiging door de verzekeringnemer onherroepelijk is gemaakt, hoeft aanvaarding niet schriftelijk plaats te hebben (art. 7.17.3.6a, lid 1; vgl. art. 6:219, lid 1 BW). Voor rechtsgeldige aanvaarding gedurende de looptijd van een verzekering zal de toestemming van de verzekeringnemer een constitutief vereiste zijn (art. 7.17.3.5, lid 1, onder a jo. art. 7.17.3.6a, lid 1). Deze regeling wijkt af van de in het algemene vermogensrecht opgenomen regeling voor aanvaarding van een derdenbeding opgenomen in art. 6:253, lid 3 BW. Daarnaast zal de derde-begunstiging uit hoofde van een overlijdensverzekering onherroepelijk worden door het overlijden van de verzekeringnemer (art. 7.17.3.5, lid 1, onder b). De aantastbaarheid van de uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging die stellig tot een uitkering leidt is in beginsel beperkt tot verzekeringen met herroepelijke derde-begunstiging. Is de derde-begunstiging onherroepelijk vóórdat de verzekeringnemer faillieert, dan is de derde-begunstiging onaantastbaar. De uitkering wordt niet in het faillissement betrokken (art. 7.17.3.23a, lid 2). De uitkering wordt eveneens niet bij een vereffening betrokken wanneer de derde-begunstiging vóór het overlijden van de verzekeringnemer onherroepelijk was (art. 7.17.3.23b, lid 3). Ook hier geldt een uitzondering wanneer de begunstiging als gift moet worden gekwalificeerd, art. 7.3.12c NBW.

De *derde* is het al dan niet in de vorm van een lijfrente tot uitkering komen van de verzekering (art. 7.17.3.21, lid 3). Indien een levensverzekering in de vorm van een lijfrente tot uitkering komt, is de aantastbaarheid van de uitkering beperkt. De uitkering kan niet worden uitgewonnen

voor zover die uitkering op grond van de bepalingen in de desbetreffende verzekeringsovereenkomst moet worden aangewend voor het verzekeren van een uitkering ter grootte van het tweevoud van het jaarlijkse AOW-pensioen voor een persoon van 65 jaar of ouder. De belangen van de crediteuren en erfgenamen van de verzekeringnemer moeten wijken voor de belangen van de begunstigde voor zover de overlijdensverzekering er toe strekt de derde een bepaald minimuminkomen te verstrekken. Een levensverzekering die in de vorm van een lijfrente tot uitkering komt is in de visie van de ontwerpers van het NBW niet met een spaarmotief, maar met een verzorgingsmotief gesloten. Het verzorgingsaspect rechtvaardigt een verdergaande bescherming van de derde-begunstigde dan het spaarmotief (MvT blz. 53, blz. 54 geheel onder en blz. 57).

De vierde faktor die van belang is in verband met de aantastbaarheid van een levensverzekering is het voorgestelde schenkingsrecht. Op grond van het schenkingsrecht zal de aanwijzing van een begunstigde als gift worden aangemerkt, tenzij de begunstiging plaatsheeft uit hoofde van een op de verzekeringnemer rustende verbintenisrechtelijke verplichting die niet uit een schenkingsovereenkomst voortvloeit. Het aanwijzen van een begunstigde uit hoofde van een verbintenisrechtelijke verplichting doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een levensverzekering wordt gesloten om een hypothecaire lening te kunnen aflossen. In die situatie heeft aanwijzing van de hypotheeknemer als begunstigde plaats uit hoofde van een verbintenis die voortvloeit uit de overeenkomst van geldlening. Wanneer de begunstiging plaatsheeft uit hoofde van een verbintenis die voortvloeit uit een schenkingsovereenkomst wordt de begunstiging -uiteeraard- wèl als een gift aangemerkt (art. 7.3.12c, over het verschil tussen de in dat artikel gehanteerde begrippen "schenking" en "gift" W.J.M. van Veen, *De Levensverzekering*, diss. 1992, blz. 82-86). Wanneer de begunstiging als gift moet worden aangemerkt, zal onder de voorgestelde regeling in ruime mate verhaal op de uitkering uit hoofde van de levensverzekering mogelijk zijn. Op een uitkering die ten gevolge van het overlijden van de verzekeringnemer aan diens erfgenamen als zodanig verschuldigd wordt, zal onbeperkt verhaal mogelijk zijn (art. 7.3.12c, lid 2). In andere gevallen zal inkorting en vermindering kunnen plaatshebben tot beperkte bedragen. Indien de uitkering uit hoofde van een levensverzekering opeisbaar wordt ten gevolge van het overlijden van de verzekeringnemer en deze uitkering als gift dient te gelden, wordt de uitkering voor de toepassing van de regeling voor inkorting en vermindering aangemerkt als legaat (art. 7.3.12c, lid 6).

5. Indien uitwinning van de uitkering uit hoofde van een overlijdensverzekering met derde-begunstiging kan plaatshebben, is niet de gehele uitkering vatbaar voor uitwinning. Uitwinning is mogelijk tot een bedrag ter grootte van de afkoopwaarde van de verzekering op de dag voorafgaande aan de dag waarop de verzekering tot uitkering is gekomen. Op deze regel zullen twee uitzonderingen gelden. De eerste uitzondering is de regeling voor levensverzekeringen die tot een lijfrente moeten leiden. Dergelijke verzekeringen zullen kunnen worden uitgewonnen voor zover de uitkering het bedrag overtreft dat nodig is om een lijfrente aan te kopen ter grootte van het tweevoud van de AOW-uitkering voor personen van 65 jaar of ouder (art. 7.17.3.23, lid 3). De tweede uitzondering zal gelden wanneer de begunstiging als gift moet worden aangemerkt. In dat geval is uitwinning mogelijk tot een bedrag ter grootte van de premievrije waarde op de dag voorafgaande aan de dag waarop de verzekering tot uitkering komt. Wanneer de verzekering geen premievrije waarde heeft, of de premievrije waarde lager is dan de som van de premies die gedurende de laatste vijf jaren door de verzekeringnemer zijn betaald, is uitwinning mogelijk tot een bedrag gelijk aan de hiervoor bedoelde som (art. 7.3.12c).

6. Startpunt bij het beantwoorden van de vraag of een wettelijke regeling voor de levensverzekering op de leer van het oorspronkelijke of op de leer van het afgeleide recht zou moeten worden gestoeld, kunnen de rechtspolitieke keuzen zijn die door de wetgever zijn gemaakt ten aanzien van de mate van aantastbaarheid van de lopende levensverzekering met derde-begunstiging en de uitkering uit hoofde van zo'n verzekering. In dat geval wordt een louter praktische benadering gekozen. Ook zou een onderzoek op basis van welk van de twee leerstukken een regeling kan worden ontworpen die goed in het systeem van het vermogensrecht past het start-

punt kunnen zijn voor het beantwoorden van de gestelde vraag. In dat geval zou een meer rechtstheoretische benadering worden gevolgd. Men kan slechts gemotiveerd vóór- of tegenstander van één van de leerstukken zijn uitgaande van de keuze die men maakt. Van Veen merkt ter zake de in het ontwerp gemaakte keuze op dat: "het oordeel over wat maatschappelijk gezien de meest wenselijke oplossing is, een belangrijke plaats (is, toevoeging WT) gaan innemen" (Van Veen 1992, blz. 25). In zijn proefschrift concludeert Leclercq dat, uitgaande van de rechtspolitieke keuzen die zijn gemaakt waar het de mate van aantastbaarheid van de lopende levensverzekering met derde-begunstiging en de uitkering uit een dergelijke verzekering betreft, op basis van de leer van het afgeleide recht zowel vanuit rechtseconomisch als rechtstheoretisch oogpunt een eenvoudiger wettelijke regeling had kunnen worden ontworpen.

Wie stelt dat vanuit de verzekeringspraktijk en de verzekeringswetenschap de leer van het oorspronkelijk recht bevochten is, heeft het bij het rechte eind (vgl. blz. 60). Leclercq stelt: "de wet verlaat zich....geheel en al op de verzekeringspraktijk" en het NBW loopt "ostentatief aan de leiband van de verzekeringspraktijk" (blz. 24). Hierbij teken ik aan dat de geciteerde passages het ontbreken van een wettelijke regeling voor de afkoopwaarde en de premievrije waarde van een levensverzekering betreffen. Leclercq stelt niet dat de voorgestelde wettelijke regeling voor de levensverzekering *in zijn geheel* door de verzekeringspraktijk is gedictieerd. Overigens pretendeert het verzekeringsbedrijf niet het vanuit rechtssystematisch of rechtstheoretisch oogpunt beste leerstuk aan te hangen (anders: W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering en notariaat*, preadvies 1992, blz. 15). Het verzekeringsbedrijf tracht een in de praktijk zo eenvoudig mogelijk uitvoerbare regeling te bewerkstelligen. Voorts streeft het verzekeringsbedrijf een regeling na die de levensverzekering tegen al te ver gaande uitwinning beschermt. Een en ander in het belang van de consument en de bedrijfstak. De door het verzekeringsbedrijf gewenste regeling kan vanuit praktisch oogpunt optimaal op basis van het leerstuk van het oorspronkelijk recht worden gebaseerd. Zou blijken dat de door de verzekeringsbedrijfstak gewenste regeling vanuit rechtssystematisch oogpunt op het leerstuk van het afgeleide recht zou moeten worden gebaseerd, dan zouden er voor de bedrijfstak, dunkt mij, geen bezwaren tegen bestaan om de regeling voor het levensverzekeringsrecht op het leerstuk van het afgeleid recht te enten. Ik kan niet aan de indruk ontsnappen dat de in de MvT gemaakte keuze voor het leerstuk van het oorspronkelijk recht is gebaseerd op een gebrek aan visie op het wezen van de begunstiging. Een fundamentele analyse ontbreekt in de toelichting. De ontwerper lijkt Langemeijer te hebben gevolgd, die in zijn conclusie voor HR 27 maart 1953, NJ 1953, 575 (Bakker/Duytshoff) opmerkt dat kritiek op het leerstuk van het oorspronkelijk recht "zowel uit theoretisch als uit praktisch oogpunt op sommige punten sterk staat", maar desondanks geen rechtsbreuk bepleit (NJ 1953, blz. 957, r.k.).

Wanneer de ontwerpers van het NBW zouden menen dat in de verzekeringspraktijk ontwikkelde rechtsfiguren tot wet zouden moeten worden verheven, is daar naar mijn mening niets op tegen. Uiteindelijk is het woord immers aan de wetgever. Het tot wet verheffen van in de rechtspraktijk tot bloei gekomen regelingen is niet ongebruikelijk. Ik noem een voorbeeld uit het pensioenrecht. De in de praktijk veronderstelde afkoopbaarheid van verzekeringsovereenkomsten als bedoeld in art. 2, lid 4, onder C van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) is na de tegengestelde beslissing van de HR in zijn arrest van 28 juni 1985, NJ 1986, 37 wettelijk vastgelegd in art. 26 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (Beschikking van 16 juli 1987, Stcrt. 1987, 143, gerectificeerd in Stcrt. 1987, 190).

7. De levensverzekering met derde-begunstiging stelt de rechtswetenschap voor twee belangrijke vragen, waarop in de doctrine nog steeds geen eensluidend antwoord is gegeven. Hierna doe ik een poging de problematiek rondom de levensverzekering met derde-begunstiging in een notedop weer te geven.

De *eerste* vraag is of uit het systeem van het recht, met name het vermogensrecht, volgt dat derde-begunstiging een vermogensovergang van de verzekeringnemer op de derde impliceert. Aanhangers van de leer van het afgeleide recht stellen dat een vermogensovergang plaatsheeft. Daarbij rijst als vervolgvraag wanneer die vermogensovergang plaatsheeft: zodra herroepelijk een derde-begunstigde is aangewezen, zodra een derde onherroepelijk als begunstigde is aange-

wezen of zodra de begunstiging door de derde wordt aanvaard. Aanhangers van de leer van het oorspronkelijk recht menen dat nimmer een vermogensovergang plaatsheeft. De derde-begunstigde ontleent de rechten die uit de begunstiging voortvloeien rechtstreeks aan de verzekeraar. De vervolgvraag is dan wanneer een recht voor de derde-begunstigde ontstaat: nadat hij herroepelijk of onherroepelijk als begunstigde is aangewezen, of nadat de begunstiging onherroepelijk is geworden door het overlijden van de verzekerde of doordat hij de begunstiging aanvaardt.

De tweede vraag is wat het rechtskarakter van derde-begunstiging is. Uit de doctrine blijkt dat derde-begunstiging meestal als derdenbeding wordt beschouwd (blz. 153, in een voetnoot wordt aangegeven welke schrijvers een andere mening zijn toegedaan). Men zou kunnen pogen de als eerste opgeworpen vraag te beantwoorden aan de hand van dit leerstuk. Daartoe moet worden onderzocht of de derde een oorspronkelijk recht aan de promissor ontleent, of dat een vermogensovergang van de stipulator op de derde plaatsheeft. Dit onderzoek zou op het faillissementsrecht kunnen worden gebaseerd. Daartoe dient te worden nagegaan of de curator in het faillissement van de stipulator de door de promissor te verrichten prestatie bij de promissor kan invorderen, of, indien de promissor jegens de derde heeft gepresteerd, of de curator de prestatie bij de derde kan invorderen. Het onderzoek zou ook op het beslag- en executierecht kunnen worden gebaseerd. Kan beslag worden gelegd op een goed dat door de promissor aan de derde moet worden geleverd of kan, nadat de promissor aan de derde heeft geleverd, beslag op het goed bij de derde worden gelegd? Voor zover ik kan nagaan zijn deze vragen nimmer in de vermogensrechtelijke literatuur opgeworpen om na te gaan of het leerstuk van het derdenbeding op de leer van het afgeleide of het oorspronkelijke recht is gebaseerd.

Gesteld dat zou moeten worden geconcludeerd dat in het leerstuk van het derdenbeding het vorderingsrecht van de derde jegens de promissor ontstaat door een vermogensovergang van de stipulator op de derde. In dat geval zou moeten worden nagegaan welke titel aan de vermogensverschuiving ten grondslag ligt. Daartoe zou moeten worden nagegaan of de veronderstelde vermogensverschuiving uit hoofde van een derdenbeding een uit het vermogensrecht bekende vorm van overgang van een vorderingsrecht is. Gedacht kan worden aan bekrachtiging na onbevoegde vertegenwoordiging (art. 3:69 BW), cessie (art. 3:94 BW), subrogatie (art. 6:150v. BW), contractsovername (art. 6:159 BW) als wettelijk geregelde mogelijkheden van overgang van een vorderingsrecht, en aan crediteursvervanging als buitenwettelijke vorm van overgang van een vorderingsrecht.

Leclercq heeft onderzocht welke de invloed van het leerstuk van het derdenbeding (blz. 80v.), van de verzekeringstechniek (blz. 101v.) en van het verzorgingsaspect (blz. 117v.) is geweest op het in het kader van de totstandkoming van het NBW ontworpen levensverzekeringsrecht. Hij concludeert dat de argumenten die aan ieder van die facetten van de levensverzekering worden ontleend voor het leerstuk van het oorspronkelijk recht niet consistent zijn toegepast in de ontworpen regeling. Een theoretisch fundament voor het door hem zo geapprecieerde leerstuk van het afgeleide recht geeft hij echter niet.

8. In het kader van deze boekbespreking ga ik in 9 na of het leerstuk van het derdenbeding in het algemene vermogensrecht (artt. 6:253v. BW) dwingt de leer van het afgeleide recht of de leer van het oorspronkelijk recht voor de levensverzekering te aanvaarden. Vervolgens ga ik in 10 na of in het leerstuk van het derdenbeding het vorderingsrecht van de derde op de promissor door de curator in het faillissement van de stipulator kan worden betrokken en of op dit vorderingsrecht door crediteuren van de stipulator beslag kan worden gelegd, hetzij bij de stipulator, hetzij bij de promissor of de derde. Dit om na te gaan of in het faillissementsrecht en het beslagrecht ten aanzien van de positie van de derde in het leerstuk van het derdenbeding de leer van het afgeleide of van het oorspronkelijk recht wordt gevolgd. De leer van het afgeleide recht toegepast op het leerstuk van het derdenbeding veronderstelt een vermogensovergang van de stipulator op de derde. De derde heeft het vorderingsrecht op de promissor uit het vermogen van de stipulator verkregen. Voor de levensverzekering houdt de leer van het afgeleide recht in dat de derde-begunstigde het vorderingsrecht op uitkering jegens de verzekeraar verkrijgt uit het vermogen van de verzekeringnemer. In 11 behandel ik de diverse constructies die aan een vermogensovergang

van de verzekeringnemer als stipulator op de begunstigde als derde ten grondslag zouden kunnen liggen, er van uit gaande dat de leer van het afgeleide recht zou dienen te worden aanvaard. Voorts analyseer ik in 12 bij wijze van voorbeeld één van de bekende arresten van de HR op het gebied van de levensverzekering waaruit in de doctrine wel wordt afgeleid dat de HR het leerstuk van het oorspronkelijk recht volgt in zijn rechtspraak. Ik stel mij daarbij ten doel om een kader te schetsen voor de discussie over de vraag hoe de leer van het afgeleide recht in het algemene vermogensrecht zou kunnen worden ingepast. Onderdeel 11 is daarbij de kern van deze boekbespreking: in dat onderdeel behandel ik een aantal vermogensrechtelijke rechtsfiguren waarop inpassing van de leer van het afgeleide recht in het algemene vermogensrecht zou kunnen worden gebaseerd.

9. Over de wijze waarop het vorderingsrecht van de derde jegens de promissor in het leerstuk van het derdenbeding ontstaat zijn diverse theorieën ontwikkeld. Leclercq behandelt deze theorieën met als doel na te gaan of de derde een oorspronkelijk of een afgeleid recht aan de promissor ontleent.

De leer van de *rechtbevestigende verklaring* of het *direct ingaande recht van de derde* houdt in dat het recht van derde jegens de promissor ontstaat zodra de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor tot stand komt (blz. 81). Leclercq stelt op blz. 83 dat deze leer van het oorspronkelijk recht voor het leerstuk van het derdenbeding door de HR is verworpen in zijn arrest van 13 februari 1924, NJ 1924, blz. 711 en verwijst in nt. 220 naar de MvA bij art. 6:253 BW waar wordt opgemerkt dat het arrest van 1924 onder de nieuwe regeling van het derdenbeding rechtskracht behoudt (Parl.Ges. Boek 6, blz. 958). Zo het leerstuk van het derdenbeding al op de leer van het oorspronkelijk recht van de derde zou zijn gestoeld, ontstaat het vorderingsrecht van de derde op de promissor in ieder geval niet reeds door het tot stand komen van de overeenkomst tussen stipulator en promissor.

De leer van het *aanbod aan de derde door de belover* houdt in dat het recht van de derde ontstaat doordat de derde het tot hem gerichte aanbod van de promissor aanvaardt. De promissor doet zijn aanbod aan de derde na zich daartoe onherroepelijk jegens de stipulator te hebben verplicht. Het vorderingsrecht van de derde passeert het vermogen van de stipulator in deze constructie niet (blz. 84). Dat lijkt mij voor de hand liggend, omdat in de hier geschetste constructie het vorderingsrecht van de derde op de promissor berust op een tussen hen tot stand gekomen overeenkomst (vgl. blz. 85). Leclercq haalt een aantal schrijvers aan die de aanbodtheorie verwerpen. Ik merk op dat de aanbodtheorie het leerstuk van het derdenbeding overbodig maakt. In de aanbodtheorie berust het vorderingsrecht van de derde op twee successievelijk gesloten overeenkomsten. De eerste, gesloten tussen stipulator en promissor, houdt in dat de promissor zich jegens de stipulator verplicht om een aanbod (tot het aangaan van een overeenkomst) tot de derde te zullen richten. De tweede, gesloten tussen de promissor en de derde, komt tot stand doordat de promissor, ter uitvoering van de met de stipulator gesloten overeenkomst, het aanbod tot de derde richt en de derde dit aanbod aanvaardt. De essentie van het leerstuk van het derdenbeding is, dunkt mij, dat uit een tussen de stipulator en de promissor gesloten overeenkomst op enigerlei wijze voor de derde een recht ontstaat (in die zin reeds F.A.R.A. van Ittersum, *Het Verzekerings-Archief* 1903, blz. 385; vgl. Van Veen 1992, blz. 64). Leclercq lijkt deze opvatting te delen. Hij stelt: "de grondslag van de positie van de derde-begunstigde moet niet in de eerste plaats gezocht worden in de rechtsbetrekking tussen de belover en de derde, maar in de relatie bedinger-belover" (blz. 86).

De leer van de (*voorlopig onbevoegde*) *vertegenwoordiging*, door Schoordijk uitgewerkt in zijn dissertatie "Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard" uit 1958, houdt in dat de stipulator geacht wordt als voorlopig onbevoegde vertegenwoordiger van de derde te hebben opgetreden. Het algemene leerstuk van de vertegenwoordiging brengt mee dat wanneer het aanvaarden door de derde van het derdenbeding wordt gezien als bekrachtiging van de onbevoegd door de stipulator "namens" de derde verrichte rechtshandeling, het voor de derde van de promissor bedongen recht vanaf het moment waarop de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor werd gesloten, wordt geacht tot het vermogen van de derde te hebben behoord.

Voor de levensverzekering met derde-begunstiging stelt Schoordijk dat hij niet de leer van het afgeleide recht aanhangt, maar dat "de verzekeringnemer en andere belanghebbenden uiteindelijk recht op de verzekerde som hebben" (Schoordijk 1958, blz. 136). In een niet door Leclercq aangehaalde passage stelt Schoordijk naar mijn mening nogal cryptisch dat het "niet waar" is "dat...de verzekeringnemer nooit een recht op de verzekerde som heeft gehad". Schoordijk stelt dan ook dat het beschikken over het recht op de verzekerde som door de verzekeringnemer door een derde als begunstigde voor de verzekerde som aan te wijzen een paulianeuze rechtshandeling kan zijn (Schoordijk 1958, blz. 138-139). Hieruit leid ik af dat Schoordijk meent dat het recht op de verzekerde som van het vermogen van de verzekeringnemer overgaat naar het vermogen van de derde-begunstigde, indien de derde niet al bij het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst als begunstigde is aangewezen. Schoordijk maakt echter niet duidelijk waarom in deze situatie wèl, maar in de situatie waarin van de aanvang af een derde als begunstigde voor de uitkering uit hoofde van een levensverzekering is aangewezen niet sprake is van een vermogensovergang van de verzekeringnemer op de derde. Leclercq wijst dan ook op het gekunstelde van de gedachtengang van Schoordijk (blz. 89). De keuze van Schoordijk voor het leerstuk van het oorspronkelijk recht is niet consistent te funderen op zijn theoretische onderbouwing van het leerstuk van het derdenbeding (blz. 89-91).

De leer van het *aanbod van de bedinger aan de derde* houdt in dat de stipulator een door hem van de promissor bedongen recht aan de derde aanbiedt. Het vorderingsrecht van de derde ontstaat doordat de derde het aanbod van de stipulator aanvaardt. Toegesplitst op de levensverzekering brengt deze theorie mee dat de verzekeringnemer het recht op uitkering van de verzekeraar bedingt. Dit recht wordt aangeboden aan de derde. Voor de derde ontstaat recht op uitkering van de verzekerde som jegens de verzekeraar door het aanvaarden van het aanbod van de verzekeringnemer. Leclercq duidt deze leer aan met de term "twee-overeenkomsten theorie" (blz. 93; vgl. Van Ittersum 1903, blz. 385). In deze theorie is het recht van de derde zonder meer afkomstig uit het vermogen van de verzekeringnemer.

Uit het voorafgaande blijkt dat de leer van het afgeleide recht (de derde verkrijgt het vorderingsrecht jegens de promissor uit het vermogen van de stipulator) in overeenstemming te brengen is met elk van de behandelde theorieën over de grondslag van het derdenbeding. De leer van het oorspronkelijk recht staat het dichtst bij de leer van de rechtbevestigende verklaring. Deze leer is echter door de HR verworpen. De leer van het aanbod aan de derde door de belover maakt een apart leerstuk voor het derdenbeding overbodig. De leer van de voorlopig onbevoegde vertegenwoordiging en de leer van het aanbod van de bedinger aan de derde sluiten aan bij het leerstuk van het afgeleide recht.

Leclercq constateert dat aan de huidige regeling voor het derdenbeding in het BW geen dogmatische benadering van het derdenbeding ten grondslag ligt (blz. 96). Mij dunkt dat de leer van de rechtbevestigende verklaring (die het meest in overeenstemming is met de leer van het oorspronkelijk recht) in ieder geval is verworpen. Het vorderingsrecht van de derde ontstaat namelijk niet op het moment waarbij de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor, waarvan het beding ten behoeve van de derde onderdeel uitmaakt, tot stand komt. Het vorderingsrecht van de derde ontstaat doordat de derde het derdenbeding aanvaardt (art. 6:253, lid 1 BW, vgl. Parl. Ges. Boek 6, blz. 957). Ook de leer van het aanbod aan de derde door de belover en de leer van het aanbod van de bedinger aan de derde zijn niet aan de regeling in het BW ten grondslag gelegd. In de MvA op art. 6:253, lid 1 BW wordt namelijk opgemerkt dat aanvaarding van een derdenbeding kan plaatshebben zonder dat een aanbod (door wie ook maar!) tot de derde is gericht (Parl. Ges. Boek 6, blz. 957). Ook de leer van de (voorlopig onbevoegde) vertegenwoordiging is in de MvA verworpen (Parl. Ges. Boek 6, blz. 958). Naar mijn mening blijkt het ontbreken van een dogmatische benadering van het leerstuk van het derdenbeding ook uit art. 6:253, lid 3 BW: aanvaarding kan zowel jegens de stipulator als de promissor plaatshebben. De rechtszekerheid gebod overigens op dit punt voor de levensverzekering met derde-begunstiging een ondubbelzinnige regeling te treffen. Aanvaarding van derde-begunstiging zal plaatshebben door schriftelijke mededeling aan de verzekeraar met toestemming van de verzekeringnemer. De toestemming van de verzekeringnemer is niet nodig, indien de derde-begunstiging door de verzekeringnemer onherroepelijk is gemaakt (art. 7:17.3 6a, lid 1 NBW).

Ik concludeer dat de door Leclercq behandelde theorieën over het derdenbeding en de regeling voor het derdenbeding in het huidige BW geen duidelijkheid geven over de dogmatische grondslag van het vorderingsrecht van de derde. Uit de doctrine, noch uit de wetsgeschiedenis blijkt of het recht van de derde uit het vermogen van de stipulator, of rechtstreeks uit het vermogen van de promissor afkomstig is. Consequentie van de in de doctrine verdedigde theorieën is, zo stelde ik hiervoor, dat de leer van het afgeleide recht met die theorieën in overeenstemming te brengen is, terwijl de leer van het oorspronkelijk recht wringt (vgl. voor de theorie van de (voorlopig onbevoegde) vertegenwoordiging Leclercq op blz. 89).

10. Uit het voorgaande volgt dat de doctrine met betrekking tot het leerstuk van het derdenbeding niet veel meer dan een indicatie geeft ten aanzien van de dogmatische grondslag van dat leerstuk. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de huidige wettelijke regeling voor het derdenbeding, in de woorden van Leclercq, dogmatisch neutraal is opgezet (blz. 96). In dit onderdeel ga ik na of andere rechtsgebieden nadere duidelijkheid geven over de kwestie die hier aan de orde is. Ik denk daarbij aan het faillissementsrecht en het beslagrecht.

Indien de curator in het faillissement van de stipulator het ten behoeve van de derde van de promissor bedongen recht zou kunnen uitoefenen ten behoeve van de crediteuren van de stipulator of de prestatie bij de derde zou kunnen opvorderen nadat de promissor jegens de derde heeft gepresteerd, zou moeten worden aangenomen dat het leerstuk van het derdenbeding op de leer van het afgeleide recht is gebaseerd. Hetzelfde zou gelden wanneer crediteuren van de stipulator bij de promissor of, nadat de promissor jegens de derde heeft gepresteerd, bij de derde derdenbeslag zouden kunnen leggen. In de door mij geraadpleegde handboeken (Molengraaff's Leidraad uit 1955, het handboek van M. Polak uit 1972) worden deze casusposities niet behandeld. Hartkamp stelt dat het aan het vermogensrecht ten grondslag liggende beginsel van de contractsvrijheid meebrengt dat de stipulator en de promissor vrij zijn om te bepalen in hoeverre het ten behoeve van de derde bedongen recht door crediteuren van de stipulator kan worden aangetast (Asser-Hartkamp II, 1989, blz. 390). De visie van Hartkamp spoort mijns inziens met het feit dat de regeling van het derdenbeding in het BW niet op een dogmatische grondslag is gebaseerd (Parl. Ges. Boek 6, blz. 955 en 956-959). Het faillissementsrecht beperkt de vrijheid van partijen om te bepalen dat het ten behoeve van de derde bedongen recht niet bij een eventueel faillissement van de stipulator wordt betrokken. Een bepaling met die strekking zou in het zicht van het faillissement van de stipulator een paulianeuze rechtshandeling zijn wanneer de stipulator, de promissor en de derde van de crediteursbenadeling op de hoogte zijn, art. 42 Fw. Het aangaan van een overeenkomst die een derdenbeding bevat zou overigens slechts dan een paulianeuze rechtshandeling kunnen zijn wanneer de overeenkomst met de promissor onder voor de stipulator bezwarende titel zou worden aangegaan. Slechts dan is immers sprake van benadeling van crediteuren van de stipulator.

Op basis van de door mij geraadpleegde literatuur concludeer ik dat het faillissementsrecht en het beslagrecht geen antwoord geven op de vraag of het leerstuk van het derdenbeding op de leer van het afgeleide of op de leer van het oorspronkelijke recht is gebaseerd. De wetshistorie maakt eveneens niet duidelijk of het leerstuk van het derdenbeding op het leerstuk van het afgeleide of het leerstuk van het oorspronkelijk recht is gebaseerd. Een dogmatische grondslag voor de regeling van het derdenbeding ontbreekt immers. Gevolg is dat stipulator en promissor in principe zelf kunnen bepalen of het ten behoeve van de derde bedongen recht vatbaar is voor derdenbeslag onder de promissor of de derde, of door de curator in het faillissement van de stipulator kan worden aangetast.

11. Er van uitgaande dat het vorderingsrecht van de derde op de promissor aan het vermogen van de stipulator wordt ontleend, heeft in het leerstuk van het derdenbeding een vermogensovergang plaats van de stipulator op de derde. Wordt voorts aangenomen dat de derde-begunstiging uit levensverzekering een bijzondere vorm van een derdenbeding is, dan zou derde-begunstiging er toe leiden dat het aan de verzekeringnemer toekomende recht op uitkering overgaat op de derde-begunstigde. In dit onderdeel ga ik na of de in de leer van het afgeleide recht veronderstelde

vermogensovergang een uit het vermogensrecht bekende vorm van overgang van een vorderingsrecht is. Indien geen sprake blijkt te zijn van een uit het vermogensrecht bekende vorm van overgang van een vorderingsrecht, moet worden aangenomen dat de leer van het afgeleide recht een buitenwettelijke vermogensovergang van de stipulator (verzekeringnemer) op de derde(-begunstigde) veronderstelt. De in de leer van het afgeleide recht veronderstelde vermogensovergang zou onder andere buitenwettelijk zijn wanneer wordt verondersteld dat het recht op uitkering uit een levensverzekering ontstaat ten gevolge van het overlijden van de verzekeringnemer en op dat moment op de derde-begunstigde overgaat. Aan de vormvoorschriften voor een vermogensovergang bij overlijden is, uitgaande van de veronderstellingen waarop de leer van het afgeleide recht is gebaseerd, niet voldaan. Leclercq meent dat daar niet zwaar aan wordt getild, óók niet door de ontwerpers van het NBW. Leclercq beroept zich ter ondersteuning van dit standpunt op het voorgestelde art. 7.3.12c NBW (blz. 165-166). Hij doelt blijkbaar op de in art. 7.3.12c NBW opgenomen regeling die inhoudt dat een uitkering uit hoofde van een levensverzekering die in verband met het overlijden van de verzekerde verschuldigd wordt en die als gift moet worden aangemerkt, bij wege van fictie als legaat wordt beschouwd (art. 7.3.12c, lid 6). Aan de vormvoorschriften voor een legaat (art. 4.4.2.1 jo. 4.3.5.2 NBW) is echter niet voldaan.

Hiervoor onder 7 heb ik de leerstukken van de *vertegenwoordiging*, *cessie*, *subrogatie*, *contractsovername* en *crediteursvervangings* aangeduid als rechtsfiguren die mogelijksterwijs aan de in de leer van het afgeleide recht veronderstelde vermogensovergang ten grondslag liggen. In dit onderdeel ga ik op deze leerstukken in.

In 9 is al gebleken dat het leerstuk van de *vertegenwoordiging* geen deugdelijke vermogensrechtelijke basis is voor het construeren van het ontstaan van het vorderingsrecht van de derde jegens de promissor in het kader van het leerstuk van het derdenbeding. Ik ga er daarom verder niet op in.

De overgang van het vorderingsrecht jegens de promissor van het vermogen van de stipulator naar dat van de derde zou als een *cessie* kunnen worden beschouwd. Cessie van een vorderingsrecht kent een obligatoire en een goederenrechtelijke fase. Bij de obligatoire fase zijn uitsluitend de vervreemder (de crediteur) en de verkrijger betrokken. Tussen vervreemder en verkrijger komt cessie tot stand door het sluiten van een overeenkomst die er toe strekt de overgang van het vorderingsrecht van de vervreemder op de verkrijger te bewerkstelligen. Deze overeenkomst verplicht de vervreemder jegens de verkrijger tot levering van het vorderingsrecht. Zolang de levering niet heeft plaatsgehad, kan de debiteur bevrijdend betalen aan de vervreemder. In de goederenrechtelijke fase, de fase van de levering van het vorderingsrecht, wordt de debiteur bij de cessie betrokken. Levering van het vorderingsrecht heeft plaats door de beoogde overgang van het vorderingsrecht kenbaar te maken aan de debiteur. Voor de levering geldt een vormvereiste: de beoogde overgang van het vorderingsrecht dient in een akte te worden vastgelegd die door de vervreemder wordt getekend. De levering van het vorderingsrecht komt tot stand doordat de vervreemder de akte betekent aan de debiteur. Na de betekening kan de debiteur uitsluitend jegens de verkrijger van het vorderingsrecht bevrijdend presteren (art. 3:94, lid 1 BW).

In het kader van het leerstuk van het derdenbeding (de levensverzekering met derde-begunstiging) betekent een en ander dat de overgang van het vorderingsrecht op de promissor (verzekeraar) op de derde (derde-begunstigde) tot stand komt op basis van een overeenkomst tussen de stipulator (verzekeringnemer) en de derde (derde-begunstigde), gevolgd door levering van het vorderingsrecht. Die levering komt tot stand doordat de beoogde overgang (de derde-begunstiging) in een door de stipulator (verzekeringnemer) getekende akte wordt vastgelegd, die wordt betekend aan de promissor (verzekeraar). Betekening van de akte aan de promissor (verzekeraar) heeft tot gevolg dat de promissor (verzekeraar) niet meer bevrijdend aan de stipulator (verzekeringnemer) kan betalen. Het op de hoogte stellen van de debiteur (promissor, verzekeraar) door het betekenen van de cessie-akte is constitutief voor de overgang die met de overeenkomst van cessie wordt beoogd.

Toegepast op het leerstuk van het derdenbeding en de levensverzekering met derde-begunstiging wringt de constructie waarbij de overgang van het vorderingsrecht op de promissor (verzekeraar) van het vermogen van de stipulator (verzekeringnemer) op het vermogen van de

derde (derde-begunstigde) als cessie wordt geconstrueerd op één essentieel punt. Dat punt is het feit dat in het kader van het derdenbeding het vorderingsrecht van de derde jegens de promissor kan ontstaan door aanvaarding van het ten behoeve van de derde bedongen recht door de derde jegens de *promissor* (art. 6:253, lid 3 BW). Ten gevolge van het feit dat de aanvaarding van een derdenbeding door de derde jegens de promissor kan plaatshebben, kan tussen de promissor en de derde een vorderingsrecht ontstaan terwijl een rechtsverhouding tussen de stipulator en de derde ontbreekt. Deze situatie doet zich voor wanneer de overeenkomst die het derdenbeding bevat tussen de stipulator en de promissor tot stand komt en de derde het derdenbeding jegens de promissor aanvaardt, bijvoorbeeld nadat de promissor de derde van het ten behoeve van hem gemaakte beding op de hoogte heeft gesteld. In dat geval gaat, de leer van het afgeleide recht volgend, het recht op de van de promissor bedongen prestatie over van de stipulator op de derde terwijl een overeenkomst tussen de stipulator en de derde ontbreekt (anders Leclercq die in alle gevallen een rechtsverhouding tussen stipulator en derde *veronderstelt*, Verslag van de Wetenschappelijke Vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap 1992, Vermande, Lelystad, 1993, (Verslag KNB 1992), blz. 20). Uiteraard kan wel sprake zijn van een overeenkomst tussen de stipulator en de derde. Zo zou alvorens de stipulator de overeenkomst die het derdenbeding bevat met de promissor sluit tussen de derde en de stipulator een overeenkomst kunnen zijn gesloten op grond waarvan de stipulator zich verplicht de overeenkomst met de promissor aan te gaan.

In het verzekeringsrecht geldt dat aanvaarding van de derde-begunstiging jegens de verzekeraar (de promissor) moet plaatshebben, zij het dat de schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer (de stipulator) nodig is indien de verzekeringnemer de derde niet onherroepelijk als begunstigde voor de uitkering uit hoofde van de verzekering heeft aangewezen. Slechts wanneer sprake is van door de verzekeringnemer onherroepelijk gemaakte derde-begunstiging zou, de leer van het afgeleide recht volgend, de overgang van het recht op uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging van het vermogen van de verzekeringnemer naar het vermogen van de derde-begunstigde als een cessie kunnen worden geconstrueerd. Slechts in die situatie kan aanvaarding van de begunstiging door de derde uitsluitend tot de verzekeraar worden gericht, omdat tussen de verzekeringnemer en de derde-begunstigde op de aanvaarding gerichte wilsovereenstemming bestaat. De aanvaarding kan worden beschouwd als het op de hoogte stellen van de debiteur (de verzekeraar) van de overgang van het vorderingsrecht (het recht op de uitkering). Wat het voor cessie geldende vormvereiste betreft merkt Van Veen op dat polisvoorwaarden veelal bepalen dat de aanwijzing van de begunstigde middels een schriftelijke mededeling jegens de verzekeraar dient te geschieden. Deze regel is in het ontwerp NBW gecodificeerd (art. 7.17.3.4, lid 1). Hij merkt op dat in die situatie aan de eis van betekening aan de debiteur (de verzekeraar) van de overdracht van het recht op uitkering in de praktijk is voldaan. Ik teken hierbij aan dat in de situatie waarin de verzekeringnemer de derde niet onherroepelijk als begunstigde heeft aangewezen, eerst dan sprake is van een rechtens volwaardige cessie indien aanvaarding van de begunstiging door de derde-begunstigde jegens de verzekeringnemer heeft plaatsgehad alvorens de verzekeraar van de derde-begunstiging op de hoogte wordt gebracht. Slechts dan berust de derde-begunstiging immer op een overeenkomst tussen de verzekeringnemer en de derde-begunstigde (vgl. Van Veen, A.W., blz. 71-72, met name nt. 66). Derde-begunstiging zou naar mijn mening, de leer van het afgeleide recht volgend, wanneer sprake is van herroepelijke derde-begunstiging als een rechtens volwaardige cessie kunnen worden aangemerkt indien het recht op uitkering uit hoofde van de levensverzekering aan een derde-begunstigde zou toekomen nadat de aanwijzing van de derde-begunstigde schriftelijk heeft plaatsgehad en de derde diens begunstiging schriftelijk jegens de *verzekeringnemer* heeft aanvaard, en de verzekeraar vervolgens van de derde-begunstiging in kennis zou worden gesteld. Deze constructie zou echter geen recht doen aan de maatschappelijke functie van de levensverzekering met derde-begunstiging.

Ik concludeer dat, de leer van het afgeleide recht volgend, de overgang van het recht op uitkering van de verzekeringnemer op de derde-begunstigde als een cessie kan worden geconstrueerd, wanneer de derde door de verzekeringnemer onherroepelijk als begunstigde is aangewezen. In de situatie waarin van herroepelijke derde-begunstiging sprake is, stuit de cessie-

constructie op het bezwaar dat de overgang van het recht op uitkering niet in alle gevallen wordt voorafgegaan door een overeenkomst tussen de verzekeringnemer en de derde-begunstigde.

Een andere rechtsfiguur waarop in de leer van het afgeleide recht de overgang van het recht op uitkering van het vermogen van de verzekeringnemer naar het vermogen van de derde-begunstigde zou kunnen zijn gebaseerd is de *subrogatie*. In dit verband is het bepaald in art. 6:150, onder d van belang. Subrogatie kan krachtens overeenkomst tussen een debiteur en een derde plaatshebben. In dat geval komt de subrogatie rechtsgeldig tot stand indien de crediteur op het tijdstip waarop de (nieuwe) debiteur de prestatie verricht van de subrogatie op de hoogte was of op de hoogte was gesteld. Voor de levensverzekering met derde-begunstiging kan de overgang van het recht op uitkering uit hoofde van de verzekering van het vermogen van de verzekeringnemer naar het vermogen van de derde-begunstigde niet als subrogatie worden geconstrueerd. De in het leerstuk van het afgeleide recht veronderstelde overgang van het recht op uitkering van het vermogen van de verzekeringnemer naar dat van de derde-begunstigde heeft immers tot gevolg dat de derde-begunstigde in plaats van de verzekeringnemer als *crediteur* uit hoofde van de levensverzekering gaat optreden ten aanzien van de verplichting tot uitkeren van de verzekeraar. De verzekeraar is en blijft debiteur zodat van subrogatie geen sprake is.

Een andere constructie voor de in de leer van het afgeleide recht veronderstelde vermogensverschuiving zou *contractsoverneming* kunnen zijn. Uitgaande van die veronderstelling zou de contractuele positie van de verzekeringnemer jegens de verzekeraar overgaan op de derde-begunstigde. Essentieel voor contractsoverneming is echter dat alle rechten en verplichtingen van de partij die zijn contractuele positie uit hoofde van de overeenkomst overdraagt, overgaan op de derde (art. 6:159, lid 2 BW). De in de leer van het afgeleide recht veronderstelde vermogensovergang betreft slechts het recht op uitkering dat uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeit. Ten aanzien van de overige rechten en verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst blijft de verzekeringnemer contractspartij van de verzekeraar. De verplichting tot premiebetaling blijft rusten op de verzekeringnemer. De essentialia van een overeenkomst van levensverzekering zijn de verplichting tot uitkeren van de verzekeraar en de verplichting tot premiebetaling van de verzekeringnemer. Derde-begunstiging heeft in de leer van het afgeleide recht slechts tot gevolg dat het recht op uitkering overgaat van het vermogen van de verzekeringnemer naar dat van de derde-begunstigde. Omdat de verplichting tot premiebetaling op de verzekeringnemer blijft rusten, kan derde-begunstiging naar mijn mening geen contractsoverneming in zich bergen.

De in de leer van het afgeleide recht veronderstelde overgang van het recht op uitkering uit het vermogen van de verzekeringnemer naar dat van de derde-begunstigde kan, zo blijkt, niet als een *wettelijke* vermogensovergang worden geconstrueerd. Het vermogensrecht kent echter ten aanzien van de overgang van vorderingsrechten géén gesloten systeem (art. 3:83, lid 1 BW). Voor de overdracht van een vorderingsrecht is levering krachtens geldige titel vereist. De levering moet worden verricht door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 BW). De in de leer van het afgeleide recht veronderstelde overgang van het recht op uitkering uit het vermogen van de verzekeringnemer naar dat van de derde-begunstigde zou als *crediteursvervanging* kunnen worden beschouwd. Crediteursvervanging zou in het kader van levensverzekering moeten inhouden dat het recht op uitkering van de verzekeringnemer overgaat op de derde-begunstigde. De "nemo-plus" regel (M. Kaser en F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht* (1971), blz. 117-118) brengt mee dat de uitoefening van de rechten uit de polis door de derde-begunstigde aan dezelfde beperkingen en voorwaarden is gebonden als de uitoefening van dit recht door de verzekeringnemer (vgl. art. 3:84, lid 4 BW). Er zouden geen vormvereisten moeten gelden. Tegen een dergelijke vorm van overgang pleit dat de overgang van het recht op uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging een buitenbeentje in het vermogensrecht zou zijn. Immers, aan de overgang van vorderingsrechten pleegt het vermogensrecht vormvereisten te stellen.

Uit het voorgaande volgt dat niet duidelijk is hoe, de leer van het afgeleide recht volgend, de overgang van het recht op uitkering uit levensverzekering met derde-begunstiging in het vermogensrecht zou moeten worden ingepast. De figuur van de cessie en de figuur van de crediteursvervanging zijn rechtsfiguren die tot op zekere hoogte kunnen fungeren als grondslag voor de overgang van het ten behoeve van een derde bedongen recht (recht op uitkering) in het leerstuk

van het derdenbeding (de overeenkomst van levensverzekering met derde-begunstiging). Het is aan de voorstanders van de leer van het afgeleide recht om in de doctrine tot een zo goed mogelijk sluitende constructie te komen.

12. Leclercq stelt dat de rechtspraak zich op het standpunt stelt dat het recht op de uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging een oorspronkelijk recht van de derde jegens de verzekeraar is. De HR zou sinds 1888 uitgaan van de leer van het oorspronkelijk recht (blz. 165, vgl. Kalkman 1992, blz. 14). In nt. 17 van zijn al genoemde preadvies haalt Kalkman ter ondersteuning van zijn stelling dat aan de rechtspraak sinds 1888 de leer van het oorspronkelijk recht ten grondslag ligt een aantal arresten aan waarin dit het geval zou zijn (vgl. de toelichting van Kalkman op zijn preadvies, Verslag KNB 1992, blz. 2, met name nt. 2). In het kader van een boekbespreking kan deze jurisprudentie niet uitputtend worden behandeld. Ik wil daarom één van de ook door Leclercq en Kalkman aangehaalde arresten van de HR analyseren, om na te gaan of dit arrest inderdaad dwingt tot de opvatting dat de HR het leerstuk van het oorspronkelijk recht aan zijn rechtspraak ten grondslag heeft gelegd. Dit arrest is het arrest HR 27 maart 1953, NJ 1953, 575 (Bakker/ Duytshoff) met nt. Houwing.

De casus was de volgende. Duytshoff had op 1 juni 1946 een levensverzekering bij verzekeringsmaatschappij "De Olveh" gesloten. Bakker verstrekte aan Duytshoff kredieten. Uit hoofde van deze leningen had Bakker een vordering op Duytshoff. Om aan Bakker zekerheid te verschaffen dat zijn vordering zou worden voldaan, wees Duytshoff Bakker als begunstigde aan voor de uitkering uit hoofde van de door hem bij De Olveh gesloten levensverzekering. De rechten uit de verzekering werden aan Bakker overgedragen. De aanwijzing van Bakker als begunstigde en de overdracht van de rechten uit de verzekering werden geregeld bij akte van 3 juli 1947. In september 1948 stuurde Bakker de polis aan De Olveh om op de polis een aantekening te laten plaatsen over de termijnen van premiebetaling. De Olveh zond de polis per abuis terug aan Duytshoff. De verzekerde som werd opeisbaar door het overlijden van Duytshoff op 28 oktober 1948. De akte waarin Bakker als begunstigde werd aangewezen en de rechten uit de verzekering aan Bakker werden overgedragen, werd op 11 november 1948 aan De Olveh bekend. De Olveh keerde de verzekerde som op 15 december 1948 uit aan Segboer, de weduwe van Duytshoff nadat zij De Olveh vóór 11 november 1948 in het bezit had gesteld van de polis en de verzekerde som had opgeëist. Bakker eiste de verzekerde som op bij De Olveh en eiste van de weduwe en de gezamenlijke erfgenamen van Duytshoff betaling door De Olveh van de verzekerde som aan hem te gedogen.

De HR overwoog dat:

"de intrekking van een begunstiging eerst van kracht wordt, wanneer zij ter kennis van den verzekeraar is gebracht en dit laatste te dezen in ieder geval te laat is geschied, immers....eerst nadat de weduwe, na het overlijden van haar man, de begunstiging had aanvaard"

en voorts dat:

"nu te dezen....een geldige herroeping van de aanwijzing van de weduwe als begunstigde niet heeft plaats gehad, Duytshoff of zijn rechtsopvolgers nimmer een recht op....uitkering hebben gehad en derhalve zodanig recht ook niet op Bakker kan zijn overgegaan".

Deze overweging van de HR heeft, de leer van het oorspronkelijk recht volgend, een vreemde en naar ik aanneem niet bedoelde consequentie.

Het recht op uitkering voor de derde-begunstigde ontstaat, aldus de HR in de als eerste geciteerde overweging, op het moment waarop de begunstiging onherroepelijk wordt. Door het overlijden van Duytshoff was de begunstiging van Segboer onherroepelijk geworden. Aanvaarding van de begunstiging na het overlijden van de verzekerde houdt in dat de verzekerde som door de begunstigde wordt opgeëist. Vóór het overlijden van Duytshoff was de begunstiging van

Segboer een herroepelijke. Zolang de begunstiging herroepelijk is, komt het recht op uitkering in de leer van het afgeleide recht toe aan de verzekeringnemer. De overgang van het recht op uitkering van het vermogen van de verzekeringnemer naar het vermogen van de derde-begunstigde heeft, deze leer volgend, plaats op het moment waarop de begunstiging onherroepelijk wordt, hetzij door het aanvaarden van de begunstiging, hetzij – zoals in casu het geval was – door het overlijden van de verzekeringnemer. De als tweede geciteerde overweging van de HR in het Bakker/Duytshoff-arrest houdt in dat noch Duytshoff (voor diens overlijden) noch zijn rechtsopvolgers recht op uitkering hebben gehad omdat bij het sluiten van de levensverzekering een derde-begunstigde was aangewezen en deze begunstiging niet herroepen was. Uit deze overweging van de HR zou kunnen worden afgeleid dat de aanvaarding terugwerkende kracht heeft. Wanneer er van uit gegaan wordt dat een herroepelijke begunstiging die onherroepelijk wordt, geacht wordt vanaf de aanvang van de overeenkomst van levensverzekering onherroepelijk te zijn geweest, past de uitspraak van de HR naar ik meen wel degelijk in het leerstuk van het afgeleide recht. Het recht op uitkering dat aanvankelijk aan de verzekeringnemer toekwam zou door het onherroepelijk worden van de begunstiging met terugwerkende kracht tot het moment waarop de verzekeringsovereenkomst tussen de verzekeringnemer (Duytshoff) en de verzekeraar (De Olveh) tot stand kwam, op de derde-begunstigde (Segboer) zijn overgaan. De lezer zou kunnen tegenwerpen dat deze constructie gekunsteld is. Terugwerkende kracht is in het recht immers eerder uitzondering dan regel, en is in het kader van de hercodificatie van ons burgerlijk recht zoveel mogelijk geweerd (zie bijvoorbeeld art. 6:269 BW). Deze tegenwerping doet echter naar mijn mening niet af aan het feit dat de leer van het afgeleide recht in overeenstemming te brengen is met de als tweede geciteerde overweging van de HR uit het Bakker/Duytshoff-arrest.

De leer van het oorspronkelijk recht volgend zou de uitkering gedurende de periode tussen het aanwijzen van de derde-begunstigde en het onherroepelijk worden van de derde-begunstiging aan niemand hebben toebehoord. Het recht op uitkering wordt immers, die leer volgend, niet aan het vermogen van de verzekeringnemer ontleend, maar ontstaat eerst door het onherroepelijk worden van de begunstiging. Deze lijn doortrekkend zou de uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging die niet wordt aanvaard aan niemand toebehoren, en derhalve aan de verzekeraar vervallen. Een objectief onmogelijke prestatie hoeft immer op grond van het algemene vermogensrecht niet te worden verricht (Asser-Hartkamp I (1988), blz. 33). Uit het voorafgaande volgt dat in de leer van het oorspronkelijk recht het recht op uitkering gedurende de periode tussen het aanwijzen door de verzekeringnemer van de derde-begunstigde en het onherroepelijk worden van de derde-begunstiging door de derde aan niemand toekomt. De uitkering zou dan ook aan de verzekeraar vervallen wanneer zij gedurende deze periode opeisbaar zou worden. Mij dunkt dat dit niet de bedoeling van de verzekeringnemer kan zijn bij het sluiten van een levensverzekering. In polissen van levensverzekering pleegt dan ook te worden bepaald dat de uitkering in de hier geschetste situatie aan de verzekeringnemer of diens rechtsopvolgers toekomt. Deze verzekeringspraktijk is blijkbaar gebaseerd op de leer van het oorspronkelijk recht. De bepaling zou overbodig zijn indien de leer van het afgeleide recht zou worden gevolgd. Een en ander noopt tot het maken van een keuze. Indien wordt gekozen voor de leer van het afgeleide recht kan de situatie dat het recht op uitkering aan niemand toekomt zich niet voordoen. Om de leer van het afgeleide recht in overeenstemming te brengen met de als tweede geciteerde overweging van de HR in het Bakker/Duytshoff-arrest is echter een constructie nodig die niet goed past in het systeem van het vermogensrecht omdat terugwerkende kracht daarin juist is geweerd. De leer van het oorspronkelijk recht leidt echter tot consequenties die niet goed verenigbaar zijn met de strekking van een verzekeringsovereenkomst en de maatschappelijke functie van de levensverzekering.

Voorts wijs ik nog op een saillant détail. A contrario redenerend zou uit de als tweede aangehaalde overweging van de HR kunnen worden afgeleid dat indien een begunstiging wél geldig wordt herroepen, het recht op uitkering van rechtswege aan de verzekeringnemer gaat toebehooren. Aldus redenerend zou het arrest Bakker/Duytshoff met de leer van het afgeleide recht in overeenstemming te brengen zijn voor zover het de situatie betreft waarin een herroepelijke begunstiging rechtsgeldig wordt herroepen.

De AG Langemeijer stelt in zijn conclusie voor het Bakker/Duytshoff arrest dat de literatuur sterk verdeeld is ten aanzien van de vraag of aan het huidige levensverzekeringsrecht de leer van het afgeleide of de leer van het oorspronkelijk recht ten grondslag ligt. Hij gaat er van uit dat de rechtspraak de leer van het oorspronkelijk recht volgt. Langemeijer stelt vervolgens dat de (destijds) bestaande rechtspraak niet zou moeten wijken voor een verdeelde doctrine. Langemeijer volgt, zo blijkt uit zijn conclusie, niet klakkeloos de leer van het oorspronkelijk recht, maar kiest ook niet voor de leer van het afgeleide recht. Het lijkt alsof Langemeijer de leer van het afgeleide recht tot de zijne heeft gemaakt maar niet op een ommezwaai heeft aangestuurd omdat de gevolgen daarvan niet waren te overzien.

Houwing gaat in zijn annotatie van de uitspraak van de HR in op de consequenties van het volgen van het leerstuk van het oorspronkelijk recht. Aan een principiële beschouwing over de controversen over de leer van het afgeleide en de leer van het oorspronkelijk recht komt Houwing echter niet toe.

Leclercq stelt in zijn analyse van HR 10 maart 1922, NJ 1922, blz. 439 dat de opvatting van de HR in dat arrest over de positie van legitimarissen niet valt te rijmen met de leer van het oorspronkelijke recht. Uit het arrest van 1922 kan worden afgeleid dat voor de vaststelling van de legitieme porties het recht op uitkering ontleend aan een levensverzekering met derdenbegunstiging tot de nalatenschap van de overleden verzekeringnemer moet worden gerekend. Leclercq wijst er op dat deze uitspraak niet valt te rijmen met de opvatting dat ten aanzien van crediteuren van de overleden verzekeringnemer verhaal op een uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derdenbegunstiging niet mogelijk is, een opvatting die logischerwijze voortvloeit uit de leer van het oorspronkelijke recht (vgl. Verslag KNB 1992, blz. 3). Leclercq verwijst in een noot naar het arrest Bakker/Duytshoff als voorbeeld van een arrest waarin de HR zich de leer van het oorspronkelijke recht eigen gemaakt zou hebben (blz. 45-46, zie nt. 86). De verwijzing naar het arrest Bakker/Duytshoff is naar mijn mening opmerkelijk. Ik heb immers hiervoor getracht aan te tonen dat het Bakker/Duytshoff-arrest niet dwingt om de leer van het oorspronkelijke recht te aanvaarden. De verwijzing door Leclercq naar het Bakker/Duytshoff-arrest als voorbeeld van een arrest waarin de HR de leer van het oorspronkelijke recht zou hebben gevolgd is des te opmerkelijker daar Leclercq zich nu juist een uitgesproken voorstander van de leer van het afgeleide recht toont!

13. In een kort intermezzo "zelf sparen of sparen via levensverzekering" geeft Leclercq een voorbeeld waaruit zou blijken dat banksparen een beter rendement geeft dan sparen door middel van een levensverzekering (blz. 17-19). Een levensverzekering kan echter niet zonder meer met een spaarrekening worden vergeleken. Belangrijke factoren die rendementsvergelijking bemoeilijken zijn de kostenopslag, de winstdeling en de garantie.

In de premie voor een levensverzekering is een kostenopslag begrepen. Niet de totale premie, maar de premie verminderd met een kostenopslag wordt door de verzekeraar belegd. Een bank voldoet zijn kosten door het rentepercentage op een zodanig niveau te stellen dat de kosten die de bank moet maken om de spaarrekening te kunnen administreren worden voldaan. Omdat de kostenopslag in het algemeen niet afhangt van het verzekerde bedrag, neemt het drukkende effect op het rendement over het spaardeel in een levensverzekering af naarmate het verzekerde bedrag groter is. In zijn voorbeeld gaat Leclercq bezien vanuit de verzekeringspraktijk van een extreem laag verzekerd bedrag uit. Een levensverzekering kent in het algemeen winstdeling. Naast het vaste rendement van 4% wordt het verzekerde bedrag verhoogd met een statutaire winstdeling, wanneer de verzekering bij het individuele levensverzekeringbedrijf is gesloten. Verzekeringen gesloten bij het collectieve levensverzekeringbedrijf kennen in het algemeen winstdeling die gekoppeld is aan het rendement op staatsleningen of aan het reëel gemaakte rendement. Een essentieel verschil tussen banksparen en sparen via levensverzekering is voorts dat banken in het algemeen geen rentepercentage garanderen, althans niet voor langere perioden. Het vaste rendement van 4% dat bij levensverzekering over spaarpremie wordt toegekend, is gegarandeerd over de gehele duur van de levensverzekering. Levensverzekeringen met een duur van 20-30 jaar zijn gebruikelijk in combinatie met het verstrekken van hypotheekleningen. Pensioenverzekeringen hebben in het algemeen een duur van 40 jaar, de arbeidszame periode van een mens.

In zijn intermezzo vergelijkt Leclercq dan ook ongelijke grootheden. De vergelijking boet hierdoor sterk aan waarde in.

14. De controverse tussen de aanhangers van de leer van het afgeleide recht en de leer van het oorspronkelijke recht met betrekking tot de herkomst van het recht op uitkering voor de derde-begunstigde uit hoofde van een overeenkomst van levensverzekering heeft tot het proefschrift van Leclercq geleid. Leclercq toont zich een voorstander van de leer van het afgeleide recht. Hij heeft aangetoond dat uit de in het ontwerp-NBW voorgestelde regeling voor de levensverzekering minder gecompliceerd zou kunnen zijn indien deze regeling op de leer van het afgeleide recht zou worden gebaseerd.

In deze boekbespreking heb ik getracht de plaats van de discussie in het Nederlandse recht te schetsen. Tevens heb ik getracht aan te tonen dat de leer van het afgeleide recht beter past in het systeem van ons vermogensrecht dan de leer van het oorspronkelijke recht, ondanks het feit dat de in de leer van het afgeleide recht veronderstelde overgang van het recht op uitkering ontleend aan een levensverzekering met derde-begunstiging thans niet in alle gevallen als een wettelijke vorm van vermogensovergang kan worden geconstrueerd. Daar is in mijn visie echter niets op tegen, zolang de aan de vermogensovergang ten grondslag liggende rechtsverhouding niet nietig is wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40, lid 1 BW). Met mijn beschouwing over de inpassing van de leer van het afgeleide recht in het algemene vermogensrecht beoog ik enigszins tegemoet te komen aan de kritiek van Clausing op het proefschrift van Leclercq. Clausing betreurt het in zijn bespreking van Leclercq's proefschrift dat Leclercq niet heeft onderzocht of de leer van afgeleide recht "inderdaad zo goed in ons algemene vermogensrecht past als hij ons als min of meer vanzelfsprekend voorhoudt". (P. Clausing, boekbespreking in RMT 1992, blz. 115). Uit HR 27 maart 1953, NJ 1953, 575 (Bakker/Duytshoff) leiden vele auteurs, waaronder Leclercq (blz. 46 nt. 86), af dat de HR zich de leer van het oorspronkelijke recht eigen zou hebben gemaakt. Ik heb getracht aan te tonen dat het Bakker/Duytshoff-arrest niet tot deze opvatting dwingt.

Tegen de achtergrond van deze plaatsbepaling geeft het proefschrift van Leclercq zeer gedetailleerd weer welke argumenten in de loop van ruim 100 jaar zijn gebruikt om de leer van het oorspronkelijke recht en de leer van het afgeleide recht te staven. Leclercq heeft aangetoond dat de vóór de leer van het oorspronkelijke recht gehanteerde argumenten niet altijd consequent zijn gevolgd door de voorstanders van deze leer. De verdienste van het proefschrift van Leclercq na ruim 100 jaar discussie is dat de gehanteerde argumenten met grote precisie chronologisch zijn beschreven en op onderlinge consistentie zijn getoetst. De discussie is daarmee echter geenszins beslecht. Na het verschijnen van het proefschrift van Leclercq heeft Kalkman zich in zijn preadvies met onder andere een beroep op het Bakker/Duytshoff-arrest voorstander van de leer van het oorspronkelijke recht getoond. Van Veen concludeert in zijn proefschrift na een grondige analyse van de problematiek dat slechts de leer van het afgeleide recht inpasbaar is in het algemene vermogensrecht.

Zoals ik onder 6 stelde is het laatste woord aan de wetgever. Het ontwerp-NBW is, ondanks het feit dat vrij vergaande aantastbaarheid van het recht op uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging wordt uitgegaan, gestoeld op de leer van het oorspronkelijke recht (MvT, blz. 36). Een gevolg van deze keuze is onder andere dat het noodzakelijk bleek om expliciet te bepalen aan wie het recht op uitkering uit een blanco polis toekomt. Art. 7:17.3.4a, lid 7 bepaalt dat de uitkering uit hoofde van een levensverzekering waarvoor geen derde als begunstigde is aangewezen of waarvoor een begunstigde ontbreekt, aan de verzekeringnemer of zijn nalatenschap toekomt. Leclercq heeft aangetoond dat gezien de gemaakte rechtspolitieke keuzen, met name ten aanzien van de mate van aantastbaarheid van het recht op uitkering uit hoofde van een levensverzekering met derde-begunstiging, de regeling vanuit rechtseconomisch oogpunt beter op leer van het afgeleide recht had kunnen worden gebaseerd.