

# De levensverzekering in faillissement

MR. D.M.I. DE WAELE EN MR. B.J. ENGBERTS

Curatoren in faillissementen van natuurlijke personen treffen daarin regelmatig een levensverzekeringsspolis aan. Art. 22a Fw geeft hun onder omstandigheden de mogelijkheid zo'n polis ten gunste van de boedel af te kopen of de begunstiging te wijzigen. In deze bijdrage<sup>1</sup> nemen we deze bepaling onder de loep. De opzet is als volgt. Allereerst wordt ingegaan op de kenmerken van een levensverzekering en de rechten van de verzekeringnemer zoals geregeld in titel 7:17 van het BW. Vervolgens wordt de totstandkoming van art. 22a Fw zelf beschreven en de procedure leidende tot afkoop van de levensverzekering dan wel wijziging van de begunstiging. Hierbij zal ook aandacht worden geschonken aan de jurisprudentie. Ten slotte worden de fiscale consequenties van afkoop van een levensverzekering in kaart gebracht. We sluiten af met een korte conclusie.

## Titel 7:17 BW

### Levensverzekering

Een levensverzekering is de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering met dien verstande dat een ongevallenzekeringsverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd.<sup>2</sup> De persoon op wiens leven de verzekering betrekking heeft is de verzekerde. Deze persoon kan dezelfde zijn als de verzekeringnemer, maar noodzakelijk is dat niet. Er is sprake van een of meer begunstigen. De begunstigde is degene die in de verzekeringsovereenkomst is aangewezen als gerechtigde tot de uitkering(en) op grond van de verzekeringsovereenkomst.<sup>3</sup> De levensverzekering komt in heel veel verschillende vormen voor. De verzekering kan het risico van overlijden van de verzekerde dekken, maar ook het lang-leven 'risico', of een combinatie daarvan. De levensverzekering wordt vaak afgesloten als 'appeltje voor de dorst', namelijk voor het geval in de toekomst sprake mocht zijn van verlies van inkomsten.

### Lijfrenteverzekering en koopsompolis

De lijfrente is het, van het in leven zijn van één of meer personen afhankelijke, recht op een periodieke uitkering in geld.<sup>4</sup> Een lijfrenteverzekering is een levensverzekering

waarvoor eenmalig of periodiek premie wordt betaald aan de verzekeringsmaatschappij.<sup>5</sup> Op een levensverzekering waarbij lijfrente wordt bedongen zijn de bepalingen van boek 7 titel 17 BW, aangevuld met die van titel 18 (lijfrente) van toepassing.<sup>6</sup> Bij een eenmalige premiebetaling wordt gesproken van een koopsompolis.

### Herroeping en wijziging van de begunstigde

De verzekeringnemer heeft in beginsel het recht één of meer personen als begunstigde aan te wijzen en deze aanwijzing weer te herroepen of te wijzigen.<sup>7</sup> De aanwijzing van een derde als begunstigde kan niet worden herroepen indien de derde deze heeft aanvaard.<sup>8</sup> Het risico is geëindigd door het overlijden van de verzekerde, indien de uitkering opeisbaar wordt of indien dit uit de overeenkomst voortvloeit. In deze gevallen is sprake van een onherroepelijk begunstigde. Is de aanwijzing onherroepelijk geworden dan kan deze slechts worden gewijzigd met medewerking van de begunstigde.<sup>9</sup> Zolang de begunstiging herroepelijk is, geldt dat de derde-begunstigde slechts een kans heeft op de uitkering uit de levensverzekering.<sup>10</sup> Wordt tijdens de looptijd van de verzekering de begunstiging aanvaard – waardoor deze onherroepelijk wordt – dan krijgt de begunstigde een

1 Wij hebben ons gebaseerd op een dit jaar te verschijnen hoofdstuk over dit onderwerp van de hand van mr. De Waele in de serie Praktijkboek Insolventierecht van Kluwer.

2 Art. 7:975 BW.

3 Art. 7:965 BW.

4 Art. 7:990 BW.

5 Lijfrente kan ook ontstaan door schenking of op grond van een testamentaire beschikking. *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 63-64.

6 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 63-64.

7 Art. 7:966 lid 1 BW.

8 Art. 7:968 BW.

9 Art. 7:969 BW.

10 Asser/Clausing 5-VI (2007), nr. 395; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 36.

voorwaardelijk recht op de uitkering.<sup>11</sup>

### Belening en afkoop

Verder heeft de verzekeringnemer het recht de verzekering te belenen tot het recht van de afkoopwaarde of door de verzekeraar te doen afkopen.<sup>12</sup> Omdat *belening* door de curator niet is toegestaan gaan we daar niet op in. Bij *afkoop* van een levensverzekering koopt de verzekeraar zijn uitkeringsverplichting af door een bepaald bedrag, de zogenoemde afkoopwaarde, uit te keren aan de verzekeringnemer, waarna de verzekering vervalt. Bij een gedeeltelijke afkoop vervalt de verzekering voor dat deel. De afkoopwaarde wordt opgebouwd uit de betaalde premies en de daarover gerealiseerde rente of winstdeling, onder aftrek van de kosten van het risico dat is gedragen, de kosten die gemoeid waren met het afsluiten van de verzekering en de doorlopende kosten tot het moment van afkoop.<sup>13</sup> Het recht op afkoop komt de verzekeringnemer in beginsel toe indien de verzekering *stellig* voorziet in een of meer uitkeringen.<sup>14</sup> Van een stellige uitkering is sprake indien de verzekeraar, bij onafgebroken premiebetaling, op enig moment gehouden is tot één of meer uitkeringen. Dit zal zich voordoen bij de levenslange verzekering bij overlijden,<sup>15</sup> de gemengde verzekering en de verzekering op vaste termijn.<sup>16</sup> Het recht op afkoop heeft geen betrekking op het gedeelte van de verzekering waarvan niet zeker is dat zich een verzekerd risico zal verwezenlijken. In dat geval is immers niet zeker dat (dat deel van) de verzekering ooit tot een uitkering komt. Voorbeelden van verzekeringen die niet stellig tot één of meer uitkeringen leiden, zijn de tijdelijke kapitaalverzekering bij overlijden<sup>17</sup> en de kapitaalverzekering bij leven.<sup>18</sup> Desondanks kan de laatste op grond van de polisvoorwaarden soms wel worden afgekocht, bijvoorbeeld na overlegging van een verklaring van goede gezondheid. Het gevolg van het (gedeeltelijk) afkopen van de verzekering is dat de verzekering (gedeeltelijk) eindigt, waarna de afkoopwaarde aan de *verzekeringnemer* wordt betaald. Het recht op afkoop bestaat *totdat* de verzekering tot uitkering komt en daarmee het verzekerde risico eindigt, hetzij door het overlijden van de verzekerde voor de einddatum, hetzij omdat de verzekering de einddatum bereikt.<sup>19</sup> Indien

de verzekering tot uitkering komt, eindigen de rechten van de verzekeringnemer en ontstaat de verplichting van de verzekeraar tot uitkering aan de *begunstigde*. Afkoop is dan niet meer aan de orde.

### Totstandkomingsgeschiedenis art. 22a Fw

Vóór de inwerkingtreding van art. 21a Fw (oud, thans art. 22a Fw) op 1 december 1998 bestonden er voor de curator weinig belemmeringen om tot uitwinning van een levensverzekering in faillissement over te gaan. Uitgangspunt was dat de levensverzekering kon worden uitgewonnen ten behoeve van de schuldeisers, zo lang de schuldenaar vóór het faillissement zelf ook die bevoegdheid had. Met de invoering van art. 21a (oud) Fw heeft de wetgever deze bevoegdheid beperkt en gewicht toegekend aan het verzorgingskarakter van de levensverzekering. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat aanvankelijk het recht van de curator op afkoop dan wel wijziging van de begunstiging van een levensverzekering werd *beperkt* voor zover daarmee werd voorzien in een tekort aan opgebouwde oudedags- of nabestaandenvoorziening. Tijdens de parlementaire behandeling werden bezwaren geuit over de open norm van een 'tekort'. Het zou voor een rechter-commissaris zonder nadere norm moeilijk zijn om te bepalen of er al dan niet sprake was van een tekort. Om aan dit bezwaar tegemoet

### Een levensverzekering is de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering.

te komen werd dit tekort nader omschreven.<sup>20</sup> Dit tekort werd aanwezig geacht indien de elders door de verzekeringnemer opgebouwde voorzieningen minder bedragen dan de voorzieningen die opgebouwd hadden moeten worden om een oudedagsvoorziening te treffen van 70% of een nabestaandenvoorziening ten behoeve van zijn echtgenoot van 50% van het gemiddelde persoonlijk inkomen over de laatste vier jaar voorafgaand aan de faillietverklaring. Bij de invulling van het begrip tekort werd zodoende aansluiting gezocht bij de in de belastingwetgeving met betrekking tot lijfrentes geldende uitgangspunten.<sup>21</sup> Deze norm van een 'tekort' stuitte op weerstand bij het Verbond van Verzekeraars omdat het vaststellen van zo'n tekort fiscale, actuariële en pensioentechnische kennis vereist.<sup>22</sup> Daarop is de tekst wederom aangepast, waarbij het criterium van onredelijke benadeling<sup>23</sup> zijn intrede heeft gedaan. Na wetswijzigingen is aldus sinds 1 januari 2008 art. 22a Fw ten aanzien van levensverzekeringen van toepassing. Deze bepaling komt overeen met art. 21a (oud) Fw en luidt als volgt:

Kluwer 2007, p. 127.

11 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 36.

12 Resp. art. 7:978 lid 1 BW en 7:979 BW.

13 W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 126.

14 Art. 7:978 lid 1 BW; het betreft regeland recht.

15 Er vindt een uitkering van kapitaal plaats na het overlijden van de verzekerde: W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 13.

16 T&C BW, toelichting art. 7:978 lid 1 BW, p. 3737.

17 Dit is een verzekering waarbij een uitkering plaatsvindt indien de verzekerde vóór de einddatum van de verzekering komt te overlijden: W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 13.

18 Dit is een verzekering waarbij een uitkering zal plaatsvinden indien de verzekerde op de einddatum nog in leven is. Is de verzekerde vóór de einddatum overleden dan vervalt de verzekering: W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 13.

19 W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer:

20 *Kamerstukken II* 1993-1994, 22 696, nr. 11, p. 2.

21 *Kamerstukken II* 1993-1994, 22 969, nr. 11, p. 1-3.

22 *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 4.

23 Dit criterium is ontleend aan art. 474bb lid 4 Rv (*Kamerstukken II* 1994-1995, 22 696, nr. 20, p. 6).

“Ten aanzien van de overeenkomst van levensverzekering vallen voorts buiten de boedel:

- a. het recht op het doen afkopen van een levensverzekering voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop *onredelijk benadeeld* wordt;
- b. het recht om de begunstiging te wijzigen, tenzij de wijziging geschiedt ten behoeve van de boedel en de begunstigde of de verzekeringnemer daardoor niet *onredelijk benadeeld* wordt;
- c. het recht om de verzekering te belenen.”

Bij de vraag of sprake is van *onredelijke benadeling* staat primair het belang van de begunstigde voorop. Bij een oudedagsvoorziening is dat de gefailleerde zelf en bij de nabestaandenvoorziening een derde. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het feit dat deze derde nog slechts een *kans* op een uitkering heeft, er niet aan af doet dat ook deze nabestaandenvoorziening bescherming behoeft, omdat de verzekeringnemer behoudens bijzondere omstandigheden doorgaans zal uitgaan van continuatie van de verzekering ten behoeve van de derde.

## De afkoop van de levensverzekering heeft grote fiscale gevolgen. Het is belangrijk dat de curator weet hoe hij deze zo veel mogelijk kan beperken.

In de literatuur is met name door Van Veen stevige kritiek geuit op de gedachte van de wetgever dat aan een voorziening met een verzorgingskarakter bescherming tegen verhaal door crediteuren toekomt.<sup>24</sup> In de Nadere Memorie van Antwoord is de minister ingegaan op deze kritiek en heeft daarbij vastgehouden aan het ingenomen uitgangspunt.<sup>25</sup> Dit berust op de idee dat verhaal op verzekeringsvormen waaraan een verzorgingselement ten grondslag ligt uit sociale *overwegingen* dient te worden beperkt. Daaraan is toegevoegd dat deze bescherming vooral van belang is voor diegenen die – zoals bijvoorbeeld zelfstandigen – niet door middel van een pensioenverzekering een oudedags- of nabestaandenvoorziening opbouwen, en daarvoor derhalve zijn aangewezen op het sluiten van een levensverzekering. Ten aanzien van het criterium “onredelijke benadeling” is door de wetgever uitdrukkelijk aangegeven dat een verzoek tot afkoop *niet* moet worden afgewezen op grond van het criterium dat het verschil tussen de afkoopwaarde en het bedrag van de verzekerde som significant is.<sup>26</sup>

## Afkoop door de curator

De curator moet eerst onderzoeken of het recht op afkoop contractueel is beperkt of uitgesloten. Zo'n contractuele beperking of uitsluiting van het recht op afkoop ten aanzien van verzekeringen met een stellige uitkering, kan in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet aan de curator worden tegengeworpen. Op grond van art. 7:986 lid 4 BW kan een contractuele beperking in beginsel niet jegens de curator worden ingeroepen, tenzij het gaat om een verzekering die recht geeft op periodieke uitkeringen of verstrekkingen, voor zover de verzekeringspremies voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning. Hierna zal er van worden uitgegaan dat afkoop wel mogelijk is.

### Verzorgingskarakter

In dat geval zal de curator moeten bezien of de levensverzekering een verzorgingskarakter heeft. Daartoe zal hij moeten nagaan met welk doel de levensverzekering destijds is aangegaan. De polis biedt daarvoor het belangrijkste aanknopingspunt. Hierbij zij aangetekend dat tot in de jaren negentig van de vorige eeuw lijfrentepolissen werden afgesloten waarbij het ruim voor het 65e levensjaar van de verzekerde tot uitkering kwam. Ook dan kan sprake zijn van een levensverzekering met een verzorgingskarakter omdat destijds op die leeftijd met (pre)pensioen werd gegaan. Daarbij moet worden bedacht dat het uitstellen van de lijfrente wel, maar naar voren halen in tijd ervan niet mogelijk is. Het belang van het vaststellen van het verzorgingskarakter blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 6 december 2007.<sup>27</sup> In die zaak stelde de rechtbank vast dat de levensverzekeringen destijds waren aangegaan ter aflossing van hypothecaire leningen die door de gefailleerde waren afgesloten om zijn woning te kopen. De omstandigheid dat de gefailleerde er op speculeerde dat hij bij het opeisbaar worden van de leningen deze op andere wijze zou kunnen aflossen, maakte de primair door de bank bedongen en door gefailleerde aanvaarde doelstelling van de verzekering niet anders. Dit betekende dat afkoop mogelijk was. Aan een levensverzekering die is afgesloten ten behoeve van de aflossing van de hypotheek op een datum die gelijk is aan of in de buurt ligt van de destijds voorziene pensioendatum zou wellicht wel een verzorgingskarakter toegekend kunnen worden, in die zin dat de met die aflossing gepaard gaande daling van de woonlasten verband houdt met de destijds verwachte en nog steeds waarschijnlijke inkomensdaling bij pensionering. Daarmee is in feite gekozen voor het te zijner tijd verminderen van de woonlasten in plaats van het met behulp van een pensioenverzekering handhaven van een hoger inkomensniveau.

24 W.J.M. van Veen, 'Nieuwe regels inzake de uitwinning van levensverzekeringen: de systematiek van het verhaalsrecht op de helling', *Tvl* 1996/6, p. 154-161.

25 Kamerstukken I 1997-1998, 22 969 en 23 429, nr. 297, p. 1-4.

26 HR 3 oktober 1952, *NJ* 1953, 577 en *Kamerstukken I* 1997-1998, 22 969, nr. 297, p. 4.

27 Rb. Arnhem 6 december 2007, LJN BC1186. Hoger beroep van een art. 69 Fw-beschikking van de rechter-commissaris te Arnhem, die in beginsel wel van het verzorgingskarakter van deze verzekering was uitgegaan, maar op andere gronden tot toestemming voor afkoop was gekomen.

### Onredelijk bezwarend

Indien het verzorgingskarakter is komen vast te staan, moet worden beoordeeld of deze als voorziening nog noodzakelijk is naast eventueel elders reeds bestaande aanspraken, zoals die ingevolge de Algemene Ouderdomswet (AOW), de Algemene Weduwen- en Wezenwet, al dan niet verplichte (bedrijfs- of beroeps)pensioenregelingen, lijfrenten en dergelijke. Is met andere woorden de verzekering niet de enige oudedags- of nabestaandenvoorziening, dan zal de afkoop doorgaans eerder kunnen worden toegestaan. Indien een gedeeltelijke aanvulling op de bestaande aanspraken voldoende financiële armsglag voor de toekomst biedt, kan dat ook betekenen dat gedeeltelijke uitwinning van de levensverzekering op zijn plaats is. Daarnaast is het mogelijk dat een levensverzekering slechts gedeeltelijk een verzorgingskarakter heeft, zodat slechts dat gedeelte (eventueel) bescherming verdient tegen uitwinning.<sup>28</sup> Voorts zal kunnen meewegen of de verzekeringnemer gezien zijn leeftijd en gezondheidstoestand nog (gemakkelijk) een nieuwe verzekering kan sluiten. Afkoop zou onredelijk benadelend kunnen zijn indien de verzekeringnemer op grond van de polisvoorwaarden wegens zijn arbeidsongeschiktheid geen premie meer hoeft te betalen.<sup>29</sup>

Hoe een en ander in een individueel geval uitpakt is – mede bij gebrek aan jurisprudentie – lastig te voorspellen. In de zaak die leidde tot Hoge Raad 5 september 2008<sup>30</sup> werd een daling van het inkomen bij de pensioengerechtigde leeftijd van ongeveer € 3.000 (bruto) naar € 1.980 (bruto) door de rechtbank niet onredelijk bezwarend geacht maar Hof Amsterdam oordeelde in een andere zaak<sup>31</sup> dat een maandinkomen van in totaal € 3.074,30 bruto – waaronder een uitkering uit lijfrente van € 1.510 bruto per maand – een naar maatschappelijke opvatting normaal inkomen was zodat afkoop van een levensverzekering onredelijk bezwarend werd geacht.

Hierna zal worden uitgelegd dat de fiscale druk bij afkoop aanzienlijk kan zijn. Noch uit de wetsgeschiedenis noch uit de jurisprudentie is duidelijk geworden dat dit aspect een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of afkoop onredelijk bezwarend is.

De vraag of afkoop van een levensverzekering of wijziging van de begunstiging mogelijk is, is niet gemakkelijk te beantwoorden. De wetgever heeft vanaf 1998 bewust gebroken met de voorheen geldende praktijk dat een curator namens de boedel en dus namens de gezamenlijke schuldeisers een levensverzekering mocht uitwinnen, zo lang dat vermogensbestanddeel ook voor de gefailleerde zelf uitwinbaar was. Op basis van sociale overwegingen werd een breuk met de geldende praktijk gerechtvaardigd geacht. Daarbij is op grond van de parlementaire geschiedenis niet

duidelijk aan te wijzen waartoe die beschermingsgedachte zou moeten leiden. Want wanneer is afkoop of wijziging van de begunstiging onredelijk bezwarend? Maakt het dan bijvoorbeeld uit of en in hoeverre het faillissement verwijtbaar is, hoeveel schulden er zijn ontstaan en wat de levensstandaard was voor het faillissement? De nu geldende open norm garandeert in onze optiek geen rechtsgelijkheid en de vraag is of er sprake is van evenzoveel natte vingers als er rechters-commissarissen zijn. Een rondvraag bij Recofa sluit aan bij onze ervaring met de praktijk dat het laatste waarschijnlijk de realiteit het beste weergeeft.

### Wijzigen begunstiging door de curator

Wijziging van de begunstiging door de curator komt in de praktijk weinig voor, zodat we daar slechts kort op in zullen gaan. Vooropgesteld zij dat als de aanwijzing van de begunstigde onherroepelijk is geworden, de verzekeringnemer voor het uitoefenen van het recht de begunstiging te wijzigen op grond van art. 7:972 BW de schriftelijke toestemming van deze onherroepelijk derde-begunstigde nodig heeft. Ten aanzien van het wijzigen van de begunstiging geldt dat dezelfde toets moet worden aangelegd als bij afkoop van de verzekering. Mag de verzekering worden afgekocht, dan zal een wijziging van begunstiging ook niet op bezwaren stuiten. In geval van een derde-begunstigde kan het voordelig zijn om te besluiten de begunstiging te wijzigen in plaats van af te kopen, bijvoorbeeld als de verzekering spoedig tot uitkering zal komen, omdat dan de volledige uitkering in de boedel zal vallen en niet slechts de afkoopwaarde. Het wijzigen van de begunstiging kan ook de enige manier zijn om te trachten dit vermogensbestanddeel in de boedel te krijgen, namelijk als de verzekering niet afkoopbaar is.

Bij een begunstiging die herroepelijk is, geldt dat slechts sprake is van een *kans* op een uitkering omdat het verwezenlijken van die kans voor een groot deel afhankelijk is van de wil van de verzekeringnemer. Met dat ongewisse aspect zou bij de afweging tussen het belang van de begunstigde en het crediteurenbelang volgens ons rekening moeten

### De vraag of afkoop van een levensverzekering of wijziging van de begunstiging mogelijk is, is niet gemakkelijk te beantwoorden.

worden gehouden. In onze optiek zouden alleen bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat de herroepelijk aangewezen begunstigde de uitwinning van de levensverzekering kan voorkomen. Dat zou het geval kunnen zijn indien de verzekering waarschijnlijk spoedig tot uitkering zal komen, bijvoorbeeld omdat duidelijk is dat de verzekeringnemer niet meer lang te leven heeft. Bovendien is dit voorstelbaar indien de begunstigde zelf niet (gemakkelijk) zal kunnen voorzien in eigen (toekomstig) onderhoud, bijvoorbeeld indien de begunstigde een ernstig gehandicapt familielid

28 *Kamerstukken II* 1994-1995, 22 969, nr. 20, p. 6.

29 N. Frenk, 'Regels voor uitwinning van levensverzekeringen in faillissement', *TvI* 1995/5, p. 107. Diezelfde arbeidsongeschiktheid zou vervolgens het sluiten van een nieuwe verzekering praktisch gezien onmogelijk kunnen maken.

30 HR 5 september 2008, LJN BD3423, *NJ* 2008, 478.

31 Hof Amsterdam 17 maart 2006, LJN AX6768.

is.<sup>32</sup> Voorts zal het voorkomen dat de expiratiedatum van de levensverzekering in de faillissementsperiode valt. Het is goed voorstelbaar dat de afwikkeling van het faillissement, binnen redelijke grenzen waarbij te denken valt aan een termijn van maximaal 1 à 2 jaar (afhankelijk van de omstandigheden), wordt uitgesteld opdat de uitkering van de

## De nu geldende open norm garandeert in onze optiek geen rechtsgelijkheid en de vraag is of er sprake is van even zoveel natte vingers als er rechters-commissarissen zijn.

levensverzekering nog in de boedel valt. Bij de beoordeling van het al dan niet langer aanhouden kan mede rekening worden gehouden met een verzorgingskarakter, zodat sprake is van enige reflexwerking van art. 22a Fw.

### Fiscale aspecten bij afkoop van de levensverzekering

De afkoop van de levensverzekering heeft fiscale gevolgen. Het is belangrijk dat de curator deze kent en weet hoe hij deze zo veel mogelijk kan beperken. Daarom zal de fiscale regelgeving rond deze afkoop hierna kort worden geschetst.

#### Hoofdtregels

Bij de afkoop van een lijfrenteverzekering waarvan de premies bij heffing van inkomstenbelasting konden worden 'afgetrokken'<sup>33</sup> wordt de afkoopwaarde bij het belastbaar inkomen van de verzekeringnemer (hierna ook: de gefailleerde) geteld onder de noemer negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen.<sup>34</sup> Wanneer het bedrag aan afgetrokken premies hoger is dan de huidige afkoopwaarde, wordt dit hogere bedrag als inkomen aangemerkt. Dit noemt men de minimumwaarderingregel: de belastbare waarde draagt ten minste de in aftrek gebrachte premies.<sup>35</sup>

Over de belastbare waarde is revisierente van in beginsel 20% verschuldigd.<sup>36</sup> Revisierente is een vergoeding die de belastingplichtige (hierna ook: de gefailleerde) moet betalen voor onterecht genoten belastingvoordeel voor (lijfrentepremie)aftek in het verleden. De revisierente is gelijk aan 20% van de waarde van de aanspraak op de periodieke uitkeringen in het economisch verkeer. Bij de lijfrenteverzekering is dat gelijk aan de afkoopsom. Indien de verzekering minder dan tien jaar loopt kan het voorkomen dat niet de volledige 20% aan revisierente hoeft te worden betaald. Bij de revisierente is dan de zogeheten tegenbewijsregeling van

toepassing. De revisierente kan dan onder voorwaarden op grond van art. 30i AWR worden gematigd tot het bedrag van de fictief verschuldigde heffingsrente. Dit kan met het rekenprogramma revisierente van de belastingdienst ([www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl)) worden uitgerekend.

Wanneer de belastingplichtige verzaakt de fiscale claim van inkomstenbelasting en revisierente te voldoen, kan de verzekeraar voor de betaling aansprakelijk worden gesteld (art. 44a IW 1990). Dit brengt met zich dat de verzekeraar bij een verzoek tot afkoop van een lijfrente slechts zal overgaan tot uitkering van een bedrag van 28% van de totale afkoopwaarde. Voor haar fiscale aansprakelijkheid zal de verzekeraar immers een bedrag inhouden van 52% van de afkoopwaarde (op basis van het hoogste belastingtarief) vermeerderd met een revisierente van 20%. De meeste verzekeringsmaatschappijen of banken keren het ingehouden geld pas uit als de belastingdienst heeft verklaard dat de gefailleerde heeft voldaan aan alle fiscale verplichtingen. Dat wil dan zeggen: de afkoopsom is in de belastingaangifte opgenomen, op grond daarvan is de definitieve aanslag opgelegd en de gefailleerde heeft de belasting en revisierente volledig betaald. Het is belangrijk dat de gefailleerde belastingaangifte doet omdat niet zelden het werkelijke tarief lager zal zijn dan het maximale tarief van 52% dat is ingehouden, zodat de aangifte kan leiden tot een teruggave. Als de gefailleerde sterk wisselende inkomsten heeft gehad kan de belastingdruk nog worden verlaagd door een zogeheten middelingsverzoek te doen. Bij middeling worden de inkomens uit werk en woning van drie aaneengesloten jaren opgeteld. De uitkomst wordt daarna door drie gedeeld. Over de uitkomst wordt per jaar opnieuw de belasting uitgerekend. Als deze belastingbedragen lager zijn dan de oude kan de gefailleerde een belastingteruggaaf krijgen. Voor de nadere voorwaarden wordt verwezen naar [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl).

De uit de afkoop voortvloeiende belastingschuld moet worden aangemerkt als een *boedelschuld* die binnen de normale betalingstermijnen voldaan zal moeten worden.<sup>37</sup>

#### Geen revisierente verschuldigd

Er hoeft geen revisierente te worden betaald:

- bij afkoop van lijfrenteverzekeringen die zijn afgesloten vóór 16 oktober 1990 en waarvoor na 2000 geen premies meer zijn afgetrokken.
- bij afkoop van lijfrenteverzekeringen die vóór 1992 zijn afgesloten tegen een eenmalige premie (koopsom).
- indien is voldaan aan de volgende twee voorwaarden:
  - (1) De waarde van een lijfrente wordt in één keer uitbetaald en de waarde in het economische verkeer hiervan is € 4.146 of minder (dit bedrag geldt voor 2010). Hierbij tellen alle lijfrenteproducten bij dezelfde instelling mee.
  - (2) Er zijn eerder geen termijnen van deze lijfrente uitgekeerd. Het is mogelijk om een lijfrentepolis af te kopen, in stukken te knippen en te verdelen over

32 Beide voorbeelden zijn situaties waarbij je op grond van sociale overwegingen zou kunnen verdedigen dat een uitkering aan een begunstigde wenselijk is. Uit het perspectief van het systeem van de Faillissementswet blijft deze keuze van de wetgever een vreemde eend in de bijt.

33 P.A.J. Verdijk, 'Belastingplan 2009', *Pensioenmagazine* 2009/1.

34 Art. 3.133 lid 2, sub d Wet IB 2001.

35 Art. 3.137 lid 1, tweede volzin Wet IB 2001.

36 Art. 30i lid 1, sub b AWR.

37 M.C.J. Kop, 'Afskoop van een lijfrentepolis; een optie?', *SchuldSanering* 2006/5.

verschillende verzekeraars. Dan kan meermalen gebruik worden gemaakt van de afkoopregeling voor kleine polissen omdat de waarde van polissen bij verschillende verzekeraars niet hoeft te worden opgeteld. Als de afkoopsom bijvoorbeeld in drie keer € 4.000 wordt geknipt wordt € 2.400 revisierente 'bespaard'. In hoeverre verzekeringsmaatschappijen kosten in rekening brengen is ons niet bekend.

### Geen aansprakelijkheid verzekeraar

De levensverzekeraar is bij afkoop van de hiervoor onder (b) en (c) genoemde verzekeringen *niet* aansprakelijk voor de fiscale naheffingen als gevolg van de afkoop. De gefailleerde is uiteraard verplicht om deze uitkering op te nemen in de jaarlijkse belastingaangifte.

### Alternatieven voor afkoop en wijziging van de begunstiging

Gelet op de hiervoor beschreven fiscale consequenties van afkoop wordt in de praktijk ook wel met de gefailleerde besproken of het mogelijk is dat een derde de (netto) afkoopsom aan de boedel betaalt en zo de afkoop voorkomt.

Een andere mogelijkheid is om de levensverzekering over te dragen aan een derde. Art. 22a Fw laat die mogelijkheid onverlet. De curator heeft - gelet op lid 2 van deze bepaling - wel de schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer nodig.<sup>38</sup> Voor contractoverneming<sup>39</sup> is (ook) de medewerking van de verzekeraar vereist. Indien de verzekeringsvoorwaarden bepalen dat overdracht mogelijk is, volstaat een schriftelijke kennisgeving aan de verzekeraar van de contractoverneming tussen de oude en de nieuwe verzekeringnemer.<sup>40</sup>

Als het gaat om wijziging van de begunstiging is denkbaar dat deze begunstigde bereid is om de verzekering tegen de (netto) afkoopwaarde over te nemen.

### De procedure

Indien de curator een levensverzekering wil (en kan) afkopen dan wel de begunstiging wil wijzigen, dient hij toestemming te vragen aan de rechter-commissaris. De beslissing van de rechter-commissaris om al dan niet toestemming te verlenen, wordt aangemerkt als een beschikking.<sup>41</sup> Tegen deze beschikking staat op grond van art. 67 Fw gedurende vijf dagen hoger beroep open bij de rechtbank aan - in dit geval - de curator en de verzekeringnemer of begunstigde. Het is dus niet zo dat een willekeurige schuldeiser in het faillissement hoger beroep kan instellen tegen deze beschikking. Wel kan een schuldeiser, als een curator (vooralsnog) niet overgaat tot uitwinning van een levensverzekering in een faillissement, op de voet van art. 69 Fw de rechter-

commissaris verzoeken om de curator te bevelen de uitwinning ter hand te nemen. Tegen een afwijzende beschikking op dat verzoek staat voor de schuldeiser als verzoekende partij wel hoger beroep open, zodat hij op uitwinning van de levensverzekering wel enige invloed kan trachten uit te oefenen.<sup>42</sup> Aan de begunstigde komt op grond van art. 22a lid 4 Fw jo. 69 Fw het recht toe de rechter-commissaris te verzoeken de curator op te dragen zich uit te spreken over verdere uitwinning door middel van wijziging van de begunstiging.<sup>43</sup> Als de rechtbank de beschikking van de rechter-commissaris vernietigt, kan zij aan die vernietiging een zodanige andere beschikking toevoegen als zij geraden acht.<sup>44</sup> Zo kan zij een toestemming tot volledige afkoop vernietigen en omzetten in een toestemming tot gedeeltelijke afkoop. Tegen de beschikking van de rechtbank is gedurende tien dagen cassatie mogelijk.<sup>45</sup>

De rechter-commissaris is op grond van de tekst van art. 69 lid 2 Fw niet verplicht de partijen te horen alvorens zijn beschikking af te geven. Het is in onze optiek in beginsel wel raadzaam indien de curator zijn voornemen tot uitwinning van de levensverzekering aan de belanghebbende(n) bekend maakt en daarbij aangeeft dat hij daarvoor de toestemming van de rechter-commissaris zal verzoeken. Daarbij is het wenselijk aan te geven dat de belanghebbende(n) schriftelijk op dat voornemen kan/kunnen reageren binnen een bepaalde termijn, zodat het standpunt van de wederpartij(en) voor de rechter-commissaris inzichtelijk wordt. In bijzondere gevallen zal de rechter-commissaris de betrokkene(n) kunnen horen alvorens zijn beschikking af te geven, bijvoorbeeld indien de door hem/hen ingediende stukken daartoe aanleiding geven. In hoger beroep beslist de rechtbank eerst na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden, zo schrijft art. 67 lid 1 Fw dwingend voor.

### Slotbeschouwing

De vraag of afkoop van een levensverzekering of wijziging van de begunstiging mogelijk is, is niet gemakkelijk te beantwoorden en de nu geldende open norm werkt rechtsongelijkheid in de hand. Uit het feit dat er weinig jurisprudentie voorhanden is, zou men kunnen concluderen dat het gehanteerde systeem weinig weerstand oproept bij de betrokkenen. Toch achten wij het niet wenselijk dat er een criterium geldt waarbij geen aanknopingspunten zijn ge-

38 Art. 22a lid 2 Fw.

39 Zie art. 6:159 BW.

40 Zie art. 6:156 lid 1 BW.

41 Polak-Wessels, Insolventierecht IV, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2001, nr. 4025.

42 Daarbij gaan we ervan uit dat de beslissing met betrekking tot de uitwinning van een levensverzekering in het algemeen een boedelbelang betreft en niet een individueel, aan de schuldeiser persoonlijk toekomend belang, waarvoor de rechtsgang van art. 69 Fw niet openstaat.

43 Zou art. 69 Fw niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard voor de begunstigde, dan stond deze weg voor hem niet open nu het belang van het verzoek van de begunstigde bij uitstek een individueel belang is, namelijk een hem persoonlijk toekomend recht, dat doorgaans lijnrecht tegenover het belang van de boedel zal staan. Voor het veilig stellen van dit soort individuele persoonlijke belangen is de rechtsgang van art. 69 Fw zoals bekend niet bedoeld.

44 HR 27 augustus 1943, NJ 1943/680.

45 Art. 426 lid 2 Rv: de dubbele termijn van het hoger beroep, hier 2 keer 5 dagen.

ven voor de mate van verzorging waar een gefailleerde of begunstigde aanspraak op kan maken.

In het kader van de wenselijkheid om bij een verzoek tot afkoop/wijziging van begunstiging van een levensverzekering zoveel mogelijk informatie ter beschikking te stellen aan de rechter-commissaris, zou een vaste vragenlijst in den lande kunnen worden gebruikt. Bij de Rechtbank Arnhem wordt al zo'n lijst gebruikt.<sup>46</sup> Deze bevat een groot aantal vragen waarvan een deel niet bij elk afkoopverzoek noodzakelijk zal zijn. Afhankelijk van de waarde van de af te kopen verzekering zal waarschijnlijk meer informatie gewenst en op zijn plaats zijn. Juist omdat de norm van onredelijke bena-

deling breekt met het beginsel van algemeen verhaalsrecht (art. 3:276 BW) moet volgens ons niet te snel worden aangenomen dat sprake is van onredelijke benadeling. Voorts moet niet alleen worden gekeken naar de mogelijkheden van gehele afkoop maar ook naar de mogelijkheden van *gedeeltelijke* afkoop, voor het geval gehele afkoop tot onredelijke benadeling zou leiden.

Ten slotte geldt dat de curator goed moet nagaan hoe hij de fiscale consequenties van verkoop zoveel mogelijk beperkt. Hiervoor hebben we laten zien dat daarvoor diverse mogelijkheden bestaan.

**Over de auteurs**

Mr. D.M.I. de Waele en mr. B.J. Engberts zijn beiden senior rechter bij de Rechtbank Arnhem.

---

<sup>46</sup> Sinds 2004 in gebruik bij de Rechtbank Arnhem, desgewenst op te vragen.