

Levensverzekering in faillissement

Een onderzoek naar het wettelijk kader voor het uitwinnen van levensverzekeringen door de curator of de bewindvoerder.

Tvl 2017/17

Wanneer mag een curator een door de gefailleerde gesloten levensverzekering uitwinnen? Hoe zit dat met een pensioen of een lijfrente? En hoe werkt dat bij toepassing van de wettelijke schuldsanering? Deze bijdrage poogt een antwoord te geven op deze en andere vragen die kunnen rijzen als de schuldenaar een oudedags- of nabestaandenvoorziening heeft getroffen. Aandacht wordt besteed aan de toestandkoming en achtergrond van de huidige regeling en de toepassing van die regeling in de praktijk, alsmede aan enkele tekortkomingen. Ook de regeling omtrent bancaire lijfrenteproducten komt aan de orde.

1. Inleiding

1.1 Uitkeringen vs. rechten

Op grond van art. 20 Fw vallen *uitkeringen* onder een levensverzekering in het faillissement.² Daarover gaat deze bijdrage niet. Deze bijdrage behandelt slechts het uitoefenen van *rechten* die leiden tot uitwinning van de levensverzekering. Over dergelijke rechten bepaalt art. 22a Fw als volgt:

1. Ten aanzien van een overeenkomst van levensverzekering vallen voorts buiten de boedel:
 - a. het recht op het doen afkopen van een levensverzekering voor zover de begunstigde of de verzekeringnemer door afkoop onredelijk benadeeld wordt;
 - 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.
2. Voor de uitoefening van het recht op het doen afkopen en het recht om de begunstiging te wijzigen, behoeft de curator de toestemming van de rechter-commissaris, die

daarbij zonedig vaststelt tot welk bedrag deze rechten mogen worden uitgeoefend. Slechts met schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer is de curator bevoegd tot overdracht van de verzekering.

3. Indien de curator de begunstiging heeft gewijzigd, vervalt deze wijziging met de beëindiging van het faillissement.

4. Indien de begunstiging na de faillietverklaring onherroepelijk wordt, kan deze onherroepelijkheid niet aan de boedel worden tegengeworpen. De verzekeraar is verplicht een uitkering, waarop de begunstiging betrekking heeft, onder zich te houden. Voor zover vaststaat dat de begunstiging niet zal worden gewijzigd, blijven de eerste en de tweede volzin buiten toepassing. Ten aanzien van de begunstigde is art. 69 Fw van overeenkomstige toepassing.

5. In afwijking van het vierde lid, tweede zin, kan de verzekeraar een betaling aan de begunstigde tegenwerpen aan de boedel, voor zover de curator niet bewijst dat de verzekeraar op het tijdstip van betaling op de hoogte was van het faillissement of van een daaraan voorafgegaan beslag ten laste van de verzekeringnemer. In dat geval heeft de curator verhaal op de begunstigde.

1.2 Plan van behandeling

Het wettelijke kader dat betrekking heeft op het uitwinnen van een levensverzekering in het faillissement of bij toepassing van de schuldsaneringsregeling bestaat – naast art. 22a Fw – uit art. 21 onder 7°, art. 295 lid 4 sub c en 6 Fw, art. 7:986 lid 4 BW en art. 3.7, 3.124 en 3.125 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: “Wet IB 2001”). Na een korte introductie van de relevante verzekeringsrechtelijke terminologie, schets ik de (wets)historische ontwikkelingen op het gebied van levensverzekering en crediteursverhaal die hebben geleid tot de huidige regeling. Vervolgens behandel ik die regeling aan de hand van drie kernvragen, waarbij ik tevens aandacht besteed aan de zogenoemde *bancaire* lijfrente, die relatief nieuw is. Ik sluit af met een samenvatting en enkele kanttekeningen.

2. Levensverzekering – begripsbepaling

In dit onderdeel behandel ik de verschillende vormen van levensverzekering en hun kenmerken, waarna ik vervolgens wat uitgebreider stilsta bij de gerichte lijfrente, die voor de insolventiepraktijk van belang is. Ten slotte ga ik kort in op pensioenen.

2.1 Levensverzekering

Een levensverzekering is de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering met dien verstande dat een ongevalverzekering niet als levensverzekering wordt

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: J.F.H.M. Bartels, ‘Levensverzekering in faillissement. Een onderzoek naar het wettelijk kader voor het uitwinnen van levensverzekeringen door de curator of de bewindvoerder’, *Tvl* 2017/17. Mr. J.F.H.M. Bartels is advocaat bij Labré advocaten te Amsterdam. De auteur dankt mr. O.B.J. Poorthuis van Van Iersel Luchtman Advocaten en mr. R. Moulen Janssen van JPR Advocaten voor hun nuttige input.

² HR 22 november 2002, *JOR* 2003/27, m.nt. Wessels, *NJ* 2003/32, m.nt. Van Schilfgaarde (*Oberdorff/Linssen q.q.*). De Hoge Raad legt de uitzondering van art. 21 onder 2 Fw strikt uit, zodat uitkeringen op grond van een levensverzekering er niet onder vallen en overweegt met zoveel woorden dat op grond van levensverzekering uitgekeerde bedragen in het faillissement vallen. Over de vraag of voor dergelijke uitkeringen bij faillissement wel een beslagvrije voet geldt (die niet in het faillissement valt), laat hij zich – in tegenstelling tot de A-G – niet expliciet uit. Rb. Assen oordeelt in haar vonnis van 21 augustus 2001, *JOR* 2001/243 dat dat niet het geval is. Anders: *Wessels Insolventierecht II* 2016/2151 en A.J. Verdaas in: *GS Faillissementswet*, art. 21, aant. 8.

beschouwd (art. 7:975 BW). Degene wiens leven of dood het betreft, wordt de verzekerde genoemd. Degene aan wie de uitkering plaatsvindt, is de begunstigde. De verzekeringnemer is degene die de verzekering afsloot en de premie betaalt. De levensverzekering laat zich naar de invulling van de verschillende aspecten ervan onderscheiden. Doorgaans wordt hierbij een driedeling gehanteerd naar het moment waarop uitkering plaatsvindt:

- (i) Bij overlijden, zoals een nabestaandenpensioen.
- (ii) Bij leven, zoals een lijfrenteverzekering.
- (iii) Bij leven of overlijden, zoals de zogenoemde gemengde levensverzekering.

Vindt de uitkering in één keer plaats, dan spreekt men van kapitaalverzekering; bij periodieke uitkering is sprake van renteverzekering. Is de periodieke uitkering afhankelijk van het in leven zijn van de verzekerde, dan heet de verzekering lijfrente (art. 7:990 BW). Op een dergelijke levensverzekering zijn mede de bepalingen van titel 7.18 BW van toepassing.

Een ander onderscheid, dat ook de wet maakt, is dat tussen levensverzekeringen waarvan vaststaat dat zij tot uitkering gaan komen,³ zoals een (levenslange) overlijdensverzekering, en levensverzekeringen waarbij dit niet vaststaat. Voor het eerste type bepaalt art. 7:978 BW dat de verzekeringnemer het recht heeft deze af te kopen,⁴ waarna de afkoopwaarde aan hem toekomt.⁵ Dit recht van afkoop kan contractueel worden beperkt of uitgesloten. De verzekeringnemer heeft tevens het recht een dergelijke verzekering tot de afkoopwaarde te belenen, aldus art. 7:979 BW. De afkoopwaarde vormt derhalve een toekomstig⁶ vermogensbestanddeel van de verzekeringnemer dat hij door uitoefening van zijn wilsrecht om kan zetten in een vordering op de verzekeraar tot uitkering van de afkoopwaarde.⁷

De verzekeringsnemer komt ten slotte het recht toe een begunstigde aan te wijzen of een bestaande begunstiging te herroepen (art. 7:966 BW e.v.). Uiteraard kan hij ook zichzelf als begunstigde aanwijzen. Is een derde als begunstigde aangewezen, dan kan de verzekeringnemer deze te allen tijde herroepen, tenzij die derde de begunstiging heeft aanvaard, na overlijden van de verzekerde of in een van de andere gevallen genoemd in art. 7:968 BW.

2.2 Gerichte lijfrente

Een begrip dat veel voorkomt in de verzekeringsrechtelijke literatuur en jurisprudentie is de gerichte lijfrente, ook wel aangeduid als uitgestelde lijfrente. Aan een gerichte lijfrente ligt meestal een levensverzekering ten grondslag. Bij de gerichte lijfrente vindt de periodieke uitkering in de toekomst plaats bij het in leven zijn van de verzekerde persoon. De

hoogte van de uit te keren termijnen staat niet vast, omdat deze afhankelijk is van het nog op te bouwen kapitaal.

De gerichte lijfrente is bij uitstek een fiscaal georiënteerd product; de te betalen premies zijn onder bepaalde voorwaarden aftrekbaar van het belastbaar inkomen.⁸ Art. 1.7 lid 1 onder a Wet IB 2001 omschrijft de gerichte lijfrente als volgt:

“een aanspraak volgens een overeenkomst van levensverzekering op vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen die eindigen uiterlijk bij overlijden, welke aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven, of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen [...]”⁹

Hieruit volgt dat één van de voorwaarden die wordt gesteld aan een gerichte lijfrente waarvan de premies ten laste van het belastbaar inkomen worden gebracht, is dat de aanspraak¹⁰ niet kan worden afgekocht. Anders geformuleerd; slechts indien in de lijfrentepolis is bepaald dat deze niet kan worden afgekocht, komen de ter zake betaalde premies in aanmerking voor aftrek van het belastbaar inkomen.¹¹

In de praktijk is het soms lastig te beoordelen of een lijfrente kan worden beschouwd als een gerichte lijfrente, mede als gevolg van de verschillende fiscale regimes waaronder een lijfrente kan zijn gesloten. Er worden drie regimes onderscheiden:

1. Pre-Brede Herwaarderung: van toepassing op lijfrentes die zijn gesloten vóór 1 januari 1992.
2. Brede Herwaarderung: van toepassing op lijfrentes gesloten na 1 januari 1992.
3. Wet IB: van toepassing op lijfrentes gesloten op of na 1 januari 2001 en op lijfrentes uit het eerste regime (pre-Brede Herwaarderung) die zijn omgezet naar het nieuwe regime.

Voor lijfrentes waarop het tweede of derde regime van toepassing is, geldt dat de premies fiscaal aftrekbaar zijn, mits in de lijfrentepolis een afkoopverbod is opgenomen.¹²

8 Namelijk op basis van art. 3.1 sub (i) Wet IB 2001 jo. art. 3.124, eerste lid, Wet IB 2001.

9 Ook de voorloper van dit artikel, art. 45, zesde lid, Wet op de Inkomstenbelasting 1964, stelde reeds de voorwaarde dat de lijfrente niet kon worden afgekocht.

10 Civielrechtelijk beschouwd gaat het niet zozeer om de afkoop van de aanspraak, maar om de afkoop van de verzekeringsovereenkomst zelf, als gevolg waarvan de aanspraak op uitbetaling van de afkoopwaarde ontstaat, vgl. art. 7:978 lid 1 BW.

11 Zie ook het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën inz. Inkomstenbelasting, lijfrenten en rechten op periodieke uitkeringen) van 13 juni 2012, nr. BLKB2012/283M, *Stcrt.* 2012, 12493, p. 4.

12 Bij het wetsvoorstel Brede Herwaarderung I (*Kamerstukken II* 1989/90, 21198, 7, p. 27-28) wordt over de ratio van het afkoopverbod in lijfrente-overeenkomsten opgemerkt: “De ratio van het verlenen van de aftrek als persoonlijke verplichtingen van premies betaald voor lijfrenten is gelegen in het feit dat de belastingplichtige daarmee een gegarandeerde onderhoudsvoorziening opbouwt voor een periode waarin er behoefte bestaat aan extra inkomen. Deze ratio strookt met de achtergronden van de fiscale begeleiding van de opbouw van pensioenen in de sfeer van de loonbelasting. [...] In het wetsvoorstel is deze lijn vanuit de pensioensfeer doorgetrokken naar de sfeer van de lijfrenten. Vandaar dat in het voorgestelde artikel 45, vierde lid van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 uitdrukkelijk is bepaald dat er eerst dan sprake is van een lijfrente indien het betreft een aanspraak op periodieke uitkeringen die niet kan worden afgekocht, vervreemd of tot voorwerp van zekerheid kan dienen. Deze elementen dienen uitdrukkelijk in de lijfrente-overeenkomst te zijn opgenomen”. Verwezen zij voorts naar HR 23 maart 2012, *NTRF* 2012, *BNB* 2012/150 en met name naar de uiteenzetting van P-G Van Ballegooijen over de ontwikkeling en achtergrond van het afkoopverbod in diverse wetgeving.

3 In de terminologie van de wet: die “stellig” voorzien in uitkering (vgl. art. 7:978 lid 1 BW).

4 De wet hanteert het begrip “doen afkopen”. Zoals de meeste auteurs zal ik kortweg over “afkopen” spreken.

5 Voor de wijze van vaststelling van de afkoopwaarde wordt verwezen naar *Asser/Wansink 7-IX* 2010/663 en verdere literatuurverwijzingen aldaar.

6 Een vordering die afhankelijk is van wilsverklaringen van de debiteur ontstaat eerst door aflegging van deze wilsverklaringen. Van een voorwaardelijke vordering is in dat geval geen sprake, aldus HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200, m.nt. W.M. Kleijn, *AA* 1989, 156, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Staal Bankiers/Ambags* q.q.).

7 *Asser/Wansink 7-IX* 2010/659-660.

Voor de insolventiepraktijk is deze fiscale achtergrond relevant, nu art. 7:986 lid 4 BW bepaalt dat een contractueel afkoopverbod slechts aan de curator kan worden tegengeworpen, indien de betaalde premies van het belastbaar inkomen konden worden afgetrokken *doordat* in de relevante lijfrentepolis was bepaald dat deze niet kon worden afgekocht. Een nadere analyse van deze problematiek volgt hierna.

2.3 Pensioen

Ook een pensioenverzekering is een levensverzekering¹³ die in beginsel binnen het toepassingsbereik van titel 7.17 BW valt. Om die reden stelt art. 5 Pensioenwet¹⁴ een groot aantal bepalingen uit die titel buiten werking voor wat betreft pensioengerelateerde verzekeringsovereenkomsten. Art. 65 Pensioenwet bepaalt voorts dat afkoop slechts mogelijk is bij of krachtens art. 66-69 Pensioenwet.

Erg snel zal een curator echter niet met de afkoopbeperkingen uit de Pensioenwet worden geconfronteerd. De Hoge Raad heeft inmiddels in diverse arresten¹⁵ duidelijk gemaakt dat in geval van pensioenopbouw ter uitvoering van een – collectieve – pensioentoezegging door de werkgever of een wettelijk verplicht gestelde deelname aan een (beroeps)pensioenregeling, de aanspraken op de betreffende pensioenvoorziening tot de categorie van de “hoogstpersoonlijke rechten” van de gefailleerde behoren. Om die reden vallen zij buiten het tot het faillissement behorend vermogen. Aan de afkoop van dergelijke – collectieve – pensioenvoorzieningen komt de curator dus niet toe, omdat hem daartoe de bevoegdheid ontbreekt.

Op individuele basis of in eigen beheer opgebouwd pensioen, wat met name bij bestuurder-grotaandeelhouders veelvuldig voorkomt, valt niet binnen het bereik van de Pensioenwet.¹⁶ Dit soort pensioenregelingen zal de curator in voorkomende gevallen wel kunnen afkopen, omdat geenszins bij voorbaat vaststaat dat de aanspraken op dergelijke regelingen kwalificeren als “hoogstpersoonlijke rechten”. Of zij dat zijn, zal door de gefailleerde in kwestie moeten worden aangetoond.¹⁷ Lukt dat niet, dan resteert enkel de bescherming van art. 22a Fw. Ook in dit geval spelen de afkoopbeperkingen in de Pensioenwet derhalve geen rol.

3. Schets van de (wets)ontwikkelingen omtrent verhaal op levensverzekering

3.1 Verhaal op levensverzekering

Van oudsher heeft de vraag in hoeverre crediteuren verhaal op een levensverzekering kunnen nemen de nodige belang-

stelling gehad.¹⁸ Het thema raakt dan ook niet alleen aan vermogens- en insolventierechtelijke, maar ook aan een sociaaleconomische en fiscale thema's. Dient de wetgever bescherming te verlenen aan privaatrechtelijke instrumenten die een bepaald bestaansminimum beogen te garanderen? Welk belang weegt zwaarder: dat van crediteuren dat hun vordering wordt voldaan en hun recht zich op het gehele vermogen van de schuldenaar te mogen verhalen (art. 3:276 BW)? Of het belang van hen die ten behoeve van henzelf en hun nabestaanden verzorgingsvoorzieningen hebben getroffen voor het geval het inkomen uit arbeid wegvalt? Is het maatschappelijk verantwoord verhaal op levensverzekeringen toe te staan, dan wel te beperken?

3.2 Beslag

In 1952 heeft de Hoge Raad zich over deze thematiek gebogen. Het betrof een zaak waarin beslag was gelegd op de rechten uit een levensverzekering. Het Hof had geoordeeld dat de beslaglegger niet bevoegd was het recht op afkoop uit de oefenen. De Hoge Raad sanctioneert dit oordeel, maar overweegt:

“dat echter, nu de waarde van het recht om ten vervalddage de verzekerde som te ontvangen de afkoopwaarde aanmerkelijk kan overtreffen, er geen waarborg is, dat de verzekeringsnemer en zijn andere schuldeisers door den afkoop niet onredelijk benadeeld zouden worden, en dat daarom, bij het ontbreken van een wettelijke voorziening, niet aangenomen kan worden, dat een wilsverklaring van den beslaglegger voor die van den verzekeringsnemer in de plaats kon treden.”¹⁹

Geholpen door de creatieve interpretatie van het arrest door annotator Houwing – die, a contrario redenerend, meende dat in gevallen waarin onredelijke benadeling niet valt te duchten, afkoop wél is toegestaan – is het arrest gaan gelden als richtsnoer voor het toestaan van afkoop van levensverzekeringen door beslagleggers. Indien géén onredelijke benadeling van de verzekeringsnemer en andere crediteuren te vrezen is, staat

13 Zie onder meer: *Asser/Wansink 7-IX 2010/10*.

14 *Stb.* 2006, 705.

15 HR 30 mei 1997, *NJ 1997/573* en *JOR 1997/119*, m.nt. Loesberg; HR 22 november 2002, *JOR 2003/27*, m.nt. Wessels en HR 5 september 2008, *JOR 2008/290*.

16 Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever er welbewust voor heeft gekozen om de zogenoemde éénmansfondsen uit de Pensioenwet te weren (*Kamerstukken II 2005/06*, 30413, 3 (MvT), p. 24-25).

17 Vgl. Timmerman in zijn conclusie bij HR 16 oktober 2008, *JOR 2008/290*, die opmerkt: “Wil men m.i. naar huidig recht bereiken dat het recht tot het afkopen van in het bijzonder individueel opgebouwde pensioenrechten buiten de boedel valt, dan is het daarvoor noodzakelijk dat in rechte wordt aangevoerd en aannemelijk gemaakt dat de IRA-aanspraken [het verzekeringsproduct in kwestie, JFHMB] hoogstpersoonlijke rechten zijn”.

18 Zie onder meer: A.W. Wichers en P.J.A. Adriani, *Preadviezen over levensverzekering in verband met het Notariaat en Fiscaalrecht voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, Den Haag 1929; P. Clausing, ‘De bescherming van levensverzekering, lijfrente en pensioen tegen verhaal zoekende crediteuren in boek 7 Ontwerp Nieuw B.W.’, *WPNR* 1974, nr. 5265; dezelfde, *Levensverzekering, pensioen en crediteuren in Boek 7 ontwerp Nieuw BW* (diss. UvA Amsterdam), 1976; H.G.M. Derksen, *De levensverzekering als gezins- en oudendagsverzorging in het bijzonder in verband met faillissement van de verzekeringsnemer* (diss. Leiden), 1952; E.L.A. van Emden en F.R. Salomons, ‘Verzekeringsspolis niet veilig voor curator’, *Bank- en Effectenbedrijf*, september '93, p. 24 e.v.; J. Gevers, ‘Faillissement van de verzekeringsnemer en diens lopende overeenkomsten van levensverzekering’, *VA* 1965, p. 124 e.v.; D.C.L. Mol, ‘Het nieuwe burgerlijk wetboek. Schuldeisers en de levensverzekering van hun debiteur’, *NJB* 1953, p. 361 e.v.; J.C. van Oven, ‘Levensverzekering en faillissement’, *WPNR* 1930, nr. 3151-3153; C.M. van de Velde, ‘Het nieuwe B.W. Levensverzekering en schuldeisers’, *WPNR* 1953, nr. 4302; W.M.A. Kalkman en J.K. Moltmaker, *Levensverzekering en notariaat, preadvies uitgebracht voor de Koninklijke Notariële Broederschap*, Lelystad 1992; W.J.M. van Veen, ‘Levensverzekering, faillissement, en beslag’ in: *Verzekering en faillissement, preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap*, Zwolle 1996, p. 49-114; dezelfde, *De Levensverzekering* (diss. VU), serie Verzekeringsrecht, Zwolle 1992.

19 HR 3 oktober 1952, *NJ 1953/577*, m.nt. PhANH (*Ontvanger/Noord-Brabant*).

het ontbreken van een wettelijke voorziening er dus niet aan in de weg dat een beslaglegger het afkooprecht met betrekking tot de door hem beslagen levensverzekering uitoefent.²⁰ Sinds 1992 werd art. 477 lid 4 Rv algemeen beschouwd als de wettelijke basis voor afkoop door de beslaglegger. De inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen²¹ op 1 december 1998 (hierna: "WSNP") bracht hierin verandering. Die wet leidde onder andere tot de invoering van een Tweede Afdeling C in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering getiteld: "Van executoriaal beslag onder derden betreffende de rechten uit een overeenkomst van levensverzekering".²² Art. 479I-479Q Rv biedt sindsdien een specifieke regeling voor de afkoop en wijziging van begunstiging van levensverzekeringen bij beslag. Een bespreking van deze regeling valt buiten het bestek van deze bijdrage.

3.3 Faillissement

Voor wat betreft de situatie in faillissement werd sinds arrest van de Hoge Raad inzake Weduwe Fortmann²³ aangenomen dat de rechten van de verzekeringnemer die voortvloeien uit een levensverzekeringpolis als vermogensrechten tot het door art. 20 Fw gedefinieerde vermogen behoren. Over deze rechten verloor de verzekeringnemer na faillissement de beschikking ten faveure van de curator, die bevoegd en gehouden was deze rechten aan te wenden ten behoeve van de crediteuren. Dit betekent dat de curator in het faillissement van de verzekeringnemer de polis kon afkopen of een nog niet onherroepelijke aanwijzing van de begunstigde kon wijzigen, zodanig dat een uitkering onder de polis ten goede kwam aan de schuldeisers.²⁴ Dit stelsel hield tevens in dat de curator bij de uitoefening van deze rechten geen rekening behoefde te houden met le-

vensverzekeringen die waren aangegaan bij wijze van voorziening voor de oude dag of ten behoeve van het voorzien in het levensonderhoud van nabestaanden na een eventueel overlijden van de verzekeringnemer. Ook over dergelijke levensverzekeringen kon de curator beschikken, zelfs als dit betekende dat de betrokkenen hun oudedagsvoorziening of nabestaandenvoorziening verloren. Het benadelingscriterium uit het arrest uit 1952 gold slechts voor beslagleggers, niet in faillissement. Toestemming van de rechter-commissaris was niet vereist.²⁵ Wel werd aangenomen dat de curator slechts die bevoegdheden kon uitoefenen die onder de toepasselijke polisvoorwaarden ook aan de gefailleerde zelf waren toegekend.²⁶ Van een "doorbreking" van een contractuele uitsluiting van het recht van afkoop door de curator, zoals dat is geïntroduceerd door art. 7:986 lid 4 BW (waarover hierna meer), was onder het oude recht dus geen sprake.

In de loop van de vorige eeuw vatte langzamerhand de gedachte post dat dit stelsel van crediteursverhaal op in een verzekering opgebouwd vermogen aan herziening toe was. In zijn niet van humor gespeende bijdragen in WPNR in de jaren '30 en '50 sprak Van Oven zelfs van een "moeras" waaruit ook de wetgever niet eenvoudig zou kunnen geraken, nu die wetgever "geenszins over groter deskundigheid beschikt dan wij zelf".²⁷

Bij de herziening van het verzekeringsrecht in het kader van het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft wetgever een nieuw stelsel willen ontwerpen. Aan de voorgestelde regels lag ten grondslag de gedachte dat het in een verzekering gestoken vermogen dat de verzekeringnemer op enig moment te gelde kan maken, in beginsel vatbaar behoort te zijn voor uitwinning ten gunste van diens schuldeisers. Volgens de memorie van toelichting ging het oude recht niet consequent van dit beginsel uit:

"Schuldeisers zelf kunnen niet onder de verzekeraar beslag leggen om de geldwaarde van een afkoopbare verzekering uit te winnen. Daarentegen kan, wanneer de verzekeringnemer in staat van faillissement verkeert, de curator de lopende verzekering onbeperkt doen afkopen, de aanwijzing van de begunstigde wijzigen en andere beschikkingshandelingen verrichten. Gaat dus de huidige regeling buiten faillissement niet ver genoeg, die voor de faillissementssituatie gaat verder dan nodig is, ten nadele van de verzekeringnemer en derden."²⁸

Het is opmerkelijk dat de visie van de wetgever op het dan geldende recht kennelijk afweek van die in de rechtspraak²⁹

20 Van Veen, a.w., p. 78, merkt hierover op dat een verzoek tot het verlenen van toestemming tot afkoop van een levensverzekering door de lagere rechtspraak "steevast" wordt getoetst aan het verschil tussen de afkoopwaarde en de hoogte van de verzekerde som, zoals de Hoge Raad dit ook doet in het voormelde arrest. Van Veen verwijst hierbij naar Rb. Zutphen 20 april 1998, NJ 1991/520, waarin de beslaglegger het recht om een levensverzekering af te kopen werd ontzegd omdat de rechtbank het verschil tussen de afkoopwaarde en de verzekerde waarde op de einddatum te groot achtte. Kalkman noemt een tweede voorbeeld van een (ongepubliceerde) uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 16 november 1988 waarin het verschil tussen de afkoopwaarde en de uitkering een rol speelde bij het beantwoorden van de vraag of de verzekerde onredelijk werd benadeeld. Zie hiervoor: W.M.A. Kalkman, 'Derdenbeslag en afkoop van levensverzekering', *Vrb.* 26 oktober 1991, afl. 10, p. 73-75.

21 *Stb.* 1998, 445.

22 *Stb.* 1998, 446.

23 HR 5 december 1913, NJ 1914/257, W. 9610, m.nt. EMM (*Weduwe Fortmann*), waarin onder meer werd overwogen: "dat Fortmann ten tijde van zijne faillietverklaring het vrije beschikkingsrecht over de verzekeringsom nog in zijn vermogen had; dat volgens art. 20 F.W. het faillissement omvat het gehele vermogen van den schuldenaar, behoudens de in de wet genoemde uitzonderingen, welke in deze niet van toepassing zijn, en volgens art. 23 dier wet de schuldenaar ten gevolge der faillietverklaring beschikking en beheer over dit vermogen verliest, terwijl volgens art. 68 dier wet de curators met het beheer over dit vermogen zijn belast; dat derhalve dit recht van Fortmann, als zijnde een vermogensrecht, tot zijn faillissement behoorde, het beheer daarover door de curators in het belang der schuldeisers moest worden gevoerd en in dier voege kon worden uitgeoefend".

24 Het vóór 1 december 1998 geldende stelsel werd door de Hoge Raad recentelijk nog bevestigd in zijn arrest van 15 december 2006, NJ 2007/6 in een geval waarin anticipatie op het nieuwe recht werd afgewezen, juist vanwege de beperking van de bevoegdheden van de curator die het nieuwe recht meebracht.

25 Anders: Kalkman, a.w. (1992), p. 77.

26 O.m. Van Veen, a.w. (1996), p. 74 en D.M.I. de Waele en B.J. Engberts, 'De levensverzekering in faillissement', *FIP* 2011, nr. 3, p. 76-82.

27 Van Oven, a.w. (1930), p. 305.

28 Wetsvoorstel tot vaststelling van titels 7.17 (verzekering) en 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3 (MvT), p. 53

29 Naast de in noot 20 vermelde lagere rechtspraak wordt in dit verband ook gewezen op HR 23 juni 1961, NJ 1962/262, m.nt. LEHR, waarin werd overwogen dat de beslaglegger de aan de debiteur toekomende contractuele bevoegdheid tot opzegging van een aan een derde verstrekte geldlening mag uitoefenen. Dit arrest wordt vrij algemeen beschouwd als een bevestiging van de met HR 3 oktober 1952, NJ 1953/577 (*Ontvanger/Noord-Brabant*) ingezette lijn om onder omstandigheden afkoop van levensverzekering door de beslaglegger toe te laten.

en van de – enige jaren later – door onder meer Van Veen en Kalkman uitgedragen visie. In die laatste visie bood het arrest uit 1952 (HR 3 oktober 1952, *NJ* 1953/577 (*Ontvanger/Noord-Brabant*)) immers onder omstandigheden wel degelijk een basis voor beslag op een levensverzekering, al was de mogelijkheid hiertoe als gevolg van het gehanteerde “na-deels criterium” zeer beperkt.³⁰

3.4 Verder verloop van het wetgevingsproces uitmondend in de huidige regeling

De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor titels 7.17 (verzekering) en 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is vervolgens geruime tijd blijven rusten. In de tussentijd is het onderwerp meegenomen in de WSNP. Bij de Tweede nota van wijziging werd daartoe een tekst in het wetsontwerp ingevoegd die – na enige wijzigingen³¹ – op 1 december 1998 leidde tot invoering van art. 21a en 295a Fw.³² De inwerkingtreding van het nieuwe verzekeringsrecht (titels 7.17 en 7.18 BW) op 1 januari 2006³³ leidde tot een vernummering van art. 21a Fw (oud) naar het huidige art. 22a Fw. Daarnaast werden aan zowel art. 22a als art. 295a Fw lid 4 en 5 toegevoegd (hierop zal ik hierna ingaan). Bovendien introduceerde het wetsvoorstel een nieuw art. 7:786 BW, waarvan met name het vierde lid voor de faillissementspraktijk van belang is.

Nieuwe aanpassingen vonden plaats in verband met de inwerkingtreding van de wet tot herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op 1 januari 2008.³⁴ Als gevolg van deze herziening kwam art. 295a Fw te vervallen en werd het vervangen door opname van een schakelbepaling naar art. 22a Fw in het zesde lid van art. 295 Fw. De laatste wijziging, ten slotte, houdt verband met de zogenoemde “Initiatiefwet Banksparen”³⁵. Met de inwerkingtreding van deze wet op 1 januari 2008 is het fiscale regime voor (gerichte) lijfrenteverzekeringen óók van toepassing op faciliteiten waarbij via een geblokkeerde spaarrekening bij een bank of een beleggingsrecht bij een beleggingsinstelling op individuele basis een pensioen kan worden opgebouwd. Dit zijn de zogenoemde bancaire lijfrentes.

Om aan bancaire oudedagsvoorzieningen dezelfde bescherming tegen crediteursverhaal te bieden als aan verzekerde lijfrente, is – onder meer – aan art. 21 Fw een nieuw onderdeel 7 toegevoegd.

Het onderdeel is in art. 295 lid 4 sub c Fw van toepassing verklaard op de schuldsaneringsregeling.³⁶ Hoewel dit wetgeving betreft die strikt genomen niet van toepassing is op levensverzekering, is de materie hieraan dermate nauw verwant, dat ik daaraan eveneens aandacht zal besteden.

4. Het wettelijke kader

Het wettelijk kader voor uitwinning van levensverzekeringen door de curator wordt thans gevormd door art. 21 en 22a Fw, art. 7:986 lid 4 BW en art. 1.7 en 3.124 e.v. Wet IB 2001. Deze artikelen zijn alle eveneens van toepassing op de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, hetzij rechtstreeks (art. 7:986 lid 4 BW), hetzij ingevolge de schakelbepalingen in lid 4 en 6 van art. 295 Fw. De positie van de bewindvoerder in geval van toepassing van de wettelijke schuldsanering is derhalve gelijk aan die van de curator in faillissement. Een afzonderlijke bespreking van die positie laat ik dan ook achterwege. Aan de hand van dit wettelijk kader dienen de volgende vragen te worden beantwoord:

1. Kan de levensverzekering worden uitgewonnen en zo ja, hoe?
2. Kan het afkoopverbod aan de curator worden tegengeworpen?
3. Mag de curator het recht van afkoop uitoefenen?

4.1 Vraag 1: Kan de levensverzekering worden uitgewonnen?

Indien een curator een levensverzekering in het faillissement van de verzekeringnemer³⁷ aantreft, zal hij in de eerste plaats dienen te onderzoeken of en op welke wijze deze kan worden uitgewonnen. Art. 22a Fw is hierbij niet het startpunt, maar het eindpunt. Ook voor levensverzekeringen is het leidende beginsel immers dat het faillissement geen gevolgen heeft voor bestaande overeenkomsten en dat de rechten en plichten van partijen door de faillietverklaring niet worden gewijzigd.³⁸ Art. 22a Fw kijkt hier niet van af. Sterker nog, in de wetsgeschiedenis is met zoveel woorden opgemerkt dat een curator of bewindvoerder alleen die beschikkingshandelingen kan verrichten waartoe ook de verzekeringnemer bevoegd was en onder dezelfde voorwaarden zoals die voor de verzekeringnemer gelden. De strekking van art. 22a Fw is uitsluitend de mogelijkheid om bestaande bevoegdheden uit te oefenen, te beperken.³⁹

30 Vgl. Van Veen, a.w. (1996), pp. 79-80, die hierover kritisch is, en Kalkman, a.w. (1991), p. 75, die dit “terecht” vindt.

31 Waarover: De Waele en Engberts, a.w., p. 77.

32 Volgens die Tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II* 1993/94, 22696, 11) zou het hierbij overigens gaan om een voorlopige regeling totdat het onderwerp integraal zou worden geregeld in het kader van het wetsvoorstel tot invoering van titels 7.17 en 7.18 BW (19529). Bij de parlementaire behandeling van dat laatste wetsvoorstel is hierop niet meer teruggekomen en heeft de wetgever de aanvankelijk voorgestelde (maar ingewikkelde en daarom hevig bekritiseerde) regeling geschrapt met de droge constatering dat de materie reeds in de Faillissementswet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld was.

33 *Stb.* 2005, 700.

34 *Stb.* 2007, 192.

35 Wet van 20 december 2007, houdende wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en van enige andere wetten inzake fiscale facilitering banksparen ten behoeve van pensioenopbouw of aflossing eigenwoningsschuld (*Stb.* 2007, 577).

36 *Kamerstukken II* 2009/10, 32426, 3 (MVT), p. 27 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32426, 23 (Tweede NvW). De wetswijziging is op 1 oktober 2012 in werking getreden (*Stb.* 212, 300).

37 Op het faillissement van een derde-begunstigde (ingeval de begunstigde een ander is dan de verzekeringnemer, zoals bij een nabestaandenpensioen) is het hier te beschrijven wettelijk kader niet van toepassing. Het enige recht dat aan de derde-begunstigde toekomt, is het recht op uitkering uit de levensverzekering. Die uitkering valt bij faillissement van de derde-begunstigde uiteraard in de boedel (op grond van de sinds het begin van de vorige eeuw gehanteerde leer van het zelfstandig recht). Op het tijdstip van uitkering alsmede op overige verzekeringsvoorwaarden valt door de curator van een gefailleerde derde-begunstigde geen enkele invloed uit te oefenen. Voor die situatie is art. 22a Fw derhalve niet geschreven.

38 G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896), heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, serie Onderneming en Recht 2-1, Zwolle 1994, p. 409.

39 *Kamerstukken II* 1994/95, 22969, 20 (Vierde NvW), p. 5.

4.1.1 Vier mogelijkheden van uitwinning

De curator zal dus aan de hand van de verzekeringsvoorwaarden en de wet moeten vaststellen of aan de gefailleerde rechten zijn toegekend die door hem kunnen worden uitgeoefend teneinde de in de verzekering besloten waarde ten bate van de boedel te gelde te maken. Hiervoor komen vier rechten in aanmerking: het recht van belening, het recht van wijziging van de begunstiging, het recht de verzekering over te dragen en het recht van afkoop. Het recht van belening, voor zover het aan de verzekeringnemer was toegekend, valt buiten de boedel (art. 22a lid 1 sub c Fw) en behoeft hier dus geen verdere bespreking.

4.1.2 Wijziging van begunstiging

Het recht tot het wijzigen van de begunstiging bestaat zolang deze nog niet onherroepelijk is (art. 6:986 BW). Het uitoefenen van dit recht is voor een curator vanzelfsprekend alleen interessant wanneer de verzekering binnen afzienbare tijd tot uitkering zal komen. Ingevolge het derde lid van art. 22a Fw vervalt een door de curator geïnstigeerde wijziging na beëindiging van het faillissement. Van een nagekomen bate zal derhalve geen sprake kunnen zijn. Art. 22a lid 4 Fw bepaalt dat een begunstiging die ná faillissement onherroepelijk wordt, niet aan de boedel kan worden tegengeworpen. Art. 22a lid 5 Fw strekt tot bescherming van de verzekeraar die, onwetend van het faillissement, in strijd met het vierde lid aan de begunstigde uitkeert. Wijziging van de begunstiging door de curator komt – wellicht om bovengenoemde beperkingen – in de praktijk nauwelijks voor en zal in deze bijdrage verder buiten beschouwing blijven.

4.1.3 Overdracht

Indien de verzekering overdraagbaar is of met medewerking van de verzekeraar kan worden overgedragen, is denkbaar dat de curator de waarde ervan te gelde maakt door overdracht aan een derde. De wetgeschiedenis vermeldt het geval waarin de derde-begunstigde ter voorkoming van afkoop de verzekering van de curator overneemt tegen betaling van de afkoopwaarde.⁴⁰ Dat klinkt prachtig, maar waarom ervoor gekozen is de overdracht afhankelijk te maken van schriftelijke toestemming van de verzekeringnemer/ gefailleerde (art. 22a lid 2 Fw, tweede volzin), vermeldt de wetgeschiedenis echter niet. In feite valt het recht de verzekering over te dragen hiermee 'buiten de boedel', nu de curator hierover niet buiten de gefailleerde om kan beschikken. In de lagere rechtspraak wordt – in navolging van het Gerechtshof Amsterdam⁴¹ – het benadelingscriterium uit

het eerste lid van art. 22a Fw inmiddels ook op overdracht van de levensverzekering toegepast.⁴²

4.1.4 Afkoop

De vierde mogelijkheid tot uitwinning van een levensverzekering ligt besloten in het recht van afkoop. Zoals hiervóór beschreven, gaat art. 7:978 BW ervan uit dat de verzekeringnemer dit recht heeft als het gaat om levensverzekeringen die zeker (stellig) zullen uitkeren. Als dit het geval is en de verzekeringsovereenkomst hieromtrent verder niets bepaalt, dan bestaat het recht van afkoop en dient de curator aan de hand van art. 22a Fw te onderzoeken of het recht in de boedel valt en dus door hem kan worden uitgeoefend. Aan de volgende kernvraag (zie paragraaf 4.2) komt de curator in dat geval niet toe.

Het afkooprecht kan echter contractueel worden beperkt of uitgesloten. Dit gebeurt in de praktijk veelvuldig, aangezien, zoals hiervóór reeds aan de orde kwam, uitsluiting van het recht van afkoop een voorwaarde is voor de fiscale aftrekbaarheid van de verzekeringspremies, zoals in het geval van de reeds beschreven gerichte lijfrente. Als het recht van verkoop is uitgesloten, dient de curator te onderzoeken of het afkoopverbod aan hem kan worden tegengeworpen. Daarover gaat de volgende kernvraag.

4.2 Vraag 2: Kan het afkoopverbod aan de curator worden tegengeworpen?

Art. 7:986 lid 4, eerste volzin BW bepaalt dat een contractuele uitsluiting of beperking van het recht van afkoop *niet* aan (onder meer) de curator in het faillissement van de verzekeringnemer kan worden tegengeworpen. Uit de tweede volzin vloeit echter voort dat een contractueel afkoopverbod *wel* aan de curator kan worden tegengeworpen (i) bij een verzekering die recht geeft op periodieke uitkeringen of verstrekkingen; (ii) voor zover de ter zake voldane premies voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning; mede (iii) doordat de verzekering bepaalt dat zij niet kan worden afgekocht. Blijkens de nota van wijziging waarmee het artikel in het wetsontwerp voor de nieuwe titel 7.14 (verzekeringsrecht) is ingevoerd, was het belangrijkste doel van deze beperking om de fiscaal gefaciliteerde gerichte lijfrente, waarvan sinds de Brede Herwaardering in 1992 de betaalde premies fiscaal aftrekbaar zijn, buiten bereik van schuldeisers te houden.⁴³

40 *Kamerstukken II* 1994/95, 22969, 20 (Vierde NvW), p. 7.

41 Hof Amsterdam 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768, *PJ* 2007/52, m.nt. Kalkman: "Daarbij dient eerst onderzocht te worden of de bescherming die dit artikel de verzekeringnemer biedt, ook ziet op het onderhavige geval, te weten het overdragen van de rechten uit de door appellant afgesloten levensverzekering met lijfrenteclausule. Die vraag dient naar het oordeel van het hof – gelet op de strekking van art. 295a Fw – bevestigend te worden beantwoord. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat ten aanzien van de rechten van de schuldenaar voortvloeiende uit een overeenkomst van levensverzekering geen handelingen ten behoeve van de boedel mogen worden verricht waardoor appellant onredelijk zou worden benadeeld".

42 Door bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 21 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5154.

43 *Kamerstukken II* 1999/00, 19529, 5 (NvW): "Dergelijke voorzieningen vormen veelal ouderdags- of nabestaandenvoorzieningen waarvan het karakter zozeer gelijk op dat van pensioen, dat net als bij pensioenaanspraken vervreemding, bezwaring, beslag en afkoop niet mogelijk dienen te zijn. Ten aanzien van gerichte lijfrenten is door de wetgever in de wet vastgelegd dat deze niet afkoopbaar dienen te zijn, waarmee mede werd beoogd dat zij buiten het bereik van schuldeisers zouden worden gebracht. Deze voorzieningen dienen niet in gevaar te worden gebracht door het huidige wetsvoorstel. [...] Door de eis dat het in aanmerking kunnen nemen van de ter zake voldane premies mede het gevolg is van de uitsluiting van de mogelijkheid van afkoop, vallen slechts die verzekeringen onder de uitzondering waarvan de fiscale wetgever heeft gemeend dat deze niet afkoopbaar dienen te zijn".

4.2.1 Tegenwerpelijheid afkoopverbod is geen 22a Fw-kwestie

Indien het recht van afkoop in de overeenkomst van levensverzekering is uitgesloten, dient derhalve aan de hand van art. 7:986 lid 4 BW te worden beoordeeld of deze uitsluiting of beperking aan de curator kan worden tegengeworpen. Art. 22a Fw speelt bij deze beoordeling geen enkele rol, net zo min als het oordeel van de rechter-commissaris over onredelijke benadeling in de zin van het eerste lid van art. 22a Fw. Dit oordeel komt pas aan de orde wanneer een verzekering in beginsel door de curator kan worden afgekocht, hetzij omdat er geen sprake is van een wettelijk, noch contractueel afkoopverbod, hetzij omdat dat het contractuele verbod op grond van art. 7:986 lid 4 BW niet aan de curator kan worden tegengeworpen. Indien dit oordeel negatief uitvalt, bestaat er immers *überhaupt* geen recht van afkoop dat door de curator zou kunnen worden uitgeoefend.⁴⁴

Toch komt het voor dat de beantwoording van de vraag of een recht van afkoop bestaat en de vraag of de curator dat recht mag uitoefenen, door elkaar loopt.⁴⁵ Dit wordt wellicht veroorzaakt doordat rechter-commissarissen bij het verlenen van toestemming voor de afkoop ex art. 22a lid 2 Fw, tevens een oordeel geven over de toepassing van art. 7:986 lid 4 BW. Een op basis van art. 67 Fw tegen een dergelijke beschikking ingesteld beroep leidt dan vanzelfsprekend mede tot een toetsing van dat oordeel. Dit is niet wenselijk, aangezien art. 7:986 lid 4 BW de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de boedel betreft. Deze rechtsverhouding zou niet in een procedure tussen de curator en de gefailleerde/begunstigde aan de orde moeten komen, maar in een procedure waarbij (tevens) de verzekeraar partij is.⁴⁶

Mijns inziens zouden rechters-commissarissen het bestaan van een door de curator uit te oefenen recht op afkoop, mits adequaat beredeneerd en – zo nodig – gedocumenteerd, moeten veronderstellen. In het geval de gefailleerde/begunstigde meent dat dit recht op afkoop niet bestaat, dient hij, voor zover de verzekeraar bereid zou zijn om de afkoopwaarde aan de curator uit te keren, de verzekeraar te verbieden aan de curator uit te keren. Vervolgens is het aan de curator om de verzekeraar te laten veroordelen tot medewerking aan afkoop en uitkering van de afkoopwaarde aan de boedel.

4.2.2 Fiscaal afkoopverbod?

In recente jurisprudentie wordt wel aangenomen dat het bestaan van een fiscaal afkoopverbod uit verbintenisrechtelijk oogpunt niet betekent dat de curator niet tot afkoop kan over-

gaan.⁴⁷ Niet geheel duidelijk is of met “fiscaal afkoopverbod” in deze gevallen bedoeld wordt op een contractueel verbod dat is opgenomen vanwege in de fiscale wetgeving gestelde voorwaarden of een rechtstreeks uit de fiscale wetgeving voortvloeiend verbod, voor zover een dergelijk verbod bestaat. Hoe dat ook zij, voor de toepassing van art. 7:986 lid 4 BW is slechts relevant of (i) het een verzekering betreft die recht geeft op periodieke uitkeringen of verstrekkingen; (ii) de ter zake voldane premies konden worden afgetrokken van het belastbaar inkomen; en (iii) de verzekering bepaalt dat zij niet kan worden afgekocht. Als aan deze drie elementen is voldaan, kan de contractuele beperking of uitsluiting van het recht van afkoop ook aan de curator worden tegengeworpen. De curator kan de verzekering dan niet afkopen, omdat een dergelijk recht niet bestaat. Eventuele fiscale consequenties van afkoop zijn niet relevant, omdat de verzekering niet mag worden afgekocht.

Zijn niet alle elementen vervuld, dan hoeft de curator het afkoopverbod niet tegen zich te laten gelden en kan hij de verzekering in beginsel afkopen. Indien een verzekering ingevolge een *wettelijk* – fiscaal of pensioenrechtelijk – verbod niet mag worden afgekocht, dan geldt een dergelijk verbod uiteraard ook voor de curator. Art. 7:986 lid 4 BW ziet slechts op doorbreking van *contractuele* afkoopverboden. Dat er fiscale consequenties aan de afkoop verbonden kunnen zijn, doet aan het voorgaande niet af.⁴⁸ Dergelijke consequenties kunnen wel worden meegewogen bij de beoordeling van de derde kernvraag (zie paragraaf 4.3).

4.2.3 Aftrek premies?

Ten slotte een enkele opmerking over de vraag of de gefailleerde de door hem betaalde premies daadwerkelijk van zijn belastbaar inkomen moet hebben afgetrokken wil van tegenwerping van het afkoopverbod aan de curator sprake kunnen zijn. Kalkman, aan wiens ideeën de huidige regeling omtrent verhaal op levensverzekeringen is ontsproten, heeft zulks in het verleden gesuggereerd,⁴⁹ maar lijkt, wellicht naar aanleiding van het arrest van het Hof Arnhem van 16 oktober 2012 (*JOR* 2013/82)⁵⁰, zijn standpunt te hebben herzien.

44 Hierover: J.E.P.A. van Hooff, ‘Enige procedurele opmerkingen over de afkoop van levensverzekeringen door de curator’, *Tvl* 2011/26 naar aanleiding van Rb. Almelo (vzr.) 5 juli 2010, *PJ* 2011/13.

45 Naast de in de vorige noot vermelde uitspraak: Rb. Almelo 25 januari 2012, *JOR* 2012/368.

46 Zo ook: Van Hooff, a.w., p. 5.

47 Rb. Oost-Brabant 1 februari 2013, *PJ* 2013/109, Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, *NJF* 2013/203. Zij is klaarblijkelijk geïnspireerd door een passage uit de parlementaire geschiedenis behorend bij het Belastingplan 2009 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31704, 8 (NnV), p. 58, waarin door de leden van de SP het volgende is opgemerkt: “Hoewel aan een lijfrente voor fiscale doeleinden de eis wordt gesteld dat het contract, kort gezegd, een afkoopverbod moet bevatten (artikel 1.7 Wet IB 2001), wil dat niet zeggen dat er ook civielrechtelijk een afkoopverbod bestaat. De voorwaarden om tot een rechtsgeldige afkoop te komen, is een zaak van het verbintenisrecht en niet van de fiscaliteit.” Uit de interne richtlijnen voor afkoop van pensioenen en aanverwante voorzieningen van de Rechtbank Arnhem (versie 04-06-15) blijkt dat ook zij onderscheid maakt tussen fiscale en contractuele afkoopverboden.

48 Zie ook de in noot 12 vermelde passage uit de parlementaire geschiedenis van het Wetsvoorstel Brede Herwaardering.

49 In zijn annotatie onder Rb. Arnhem 6 december 2007, *PJ* 2011/11 en zijn commentaar op het artikel in oudere drukken van *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Boeken 6, 7 en 8. Vanaf de 10^e druk (2013) is de formulering herzien, zie thans p. 5048.

50 Het Hof overweegt: “Dat X de ter zake betaalde premies niet daadwerkelijk bij zijn aangifte inkomstenbelasting in aftrek heeft gebracht op zijn inkomen, doet aan de aard van de verzekering en de toepasselijkheid van artikel 7:986 lid 4, laatste volzin, BW niet af.” (r.o. 3.3.).

De wettekst (“voor zover premies voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen”) is ambigu en de parlementaire geschiedenis zwijgt op dit punt. Navraag leert dat rechters-commissarissen in diverse arrondissementen bij een verzoek om toestemming voor afkoop veelal kopieën van aangiften inkomstenbelasting verlangen waaruit volgt dat de premies voor de af te kopen lijfrente niet van het inkomen in aftrek zijn gebracht. Een dergelijke toets ligt voor de hand. In beginsel mag ervan worden uitgegaan dat wanneer de premies niet in aftrek zijn genomen, een eventueel afkoopverbod valt onder de eerste volzin van art. 7:986 lid 4 BW en derhalve niet aan de curator/bewindvoerder kan worden tegengeworpen. Het aantonen van het tegendeel berust bij de gefailleerde. In het omgekeerde geval (de curator wenst een verzekering af te kopen waarvan de gefailleerde de premies in mindering heeft gebracht op het belastbaar inkomen), geldt het tegenovergestelde; de curator zal moeten beargumenteren waarom hem desondanks een recht van afkoop toekomt.

4.3 Vraag 3: Mag de curator het recht van afkoop uitoefenen?

Indien vaststaat dat er geen afkoopverbod geldt, of indien het afkoopverbod niet aan de curator kan worden tegengeworpen, dient aan de hand van art. 22a lid 1 Fw te worden bepaald of dit recht “in de boedel valt”. Anders gezegd: mag het recht van afkoop door de curator worden uitgeoefend?

4.3.1 Onredelijke benadeling

Art. 22a Fw vormt een uitzondering op het in art. 20 Fw neergelegde beginsel dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar omvat. Uit het eerste lid volgt dat het recht op het (doen) afkopen van een levensverzekering buiten de boedel valt voor zover de verzekeringnemer of begunstigde door afkoop onredelijk wordt benadeeld. Het tweede lid bepaalt dat de curator voor de uitoefening van het recht van afkoop toestemming van de rechter-commissaris nodig heeft. De rechter-commissaris toetst of de verzekeringnemer of – indien een ander – de begunstigde door de afkoop onredelijk wordt benadeeld. Hierbij staat primair het belang van de begunstigde voorop. Een en ander geldt ook voor uitoefening van het recht de begunstiging te wijzigen.

Van onredelijke benadeling is blijkens de parlementaire geschiedenis sprake, indien de afkoop een levensverzekering betreft die een verzorgingskarakter heeft.⁵¹ Of een levensverzekering een verzorgingskarakter heeft, kan afhankelijk zijn van allerlei omstandigheden, zoals: is de verzekering de enige oudedags- of nabestaandenvoorziening of zijn er daarnaast nog aanspraken ingevolge de Pensioenwet, de AOW, (al dan niet verplichte) bedrijfs- of beroepspensioenregelingen, lijfrenten etc.;

- heeft de verzekering geheel of slechts gedeeltelijk het karakter van een oudedags- of nabestaandenvoorziening;

- kan de verzekeringnemer gezien zijn gezondheidstoestand of leeftijd nog een nieuwe verzekering sluiten;
- keert de verzekering een bedrag ineens uit (kapitaalverzekering) of in termijnen (lijfrente);
- wat was het oorspronkelijk doel van de verzekering;
- wanneer komt de verzekering tot uitkering en ligt die datum in de buurt van de pensioengerechtigde leeftijd;
- de naar de maatschappelijke opvattingen normale kosten van levensonderhoud voor de begunstigde(n);
- de huidige en verwachte vermogenspositie van de begunstigde(n);
- de fiscale gevolgen van afkoop van de verzekering.⁵²

4.3.2 Kritiek

Uiteindelijk komt het erop aan vast te stellen of de verzekering, rekening houdend met deze en andere mogelijk relevante omstandigheden, noodzakelijk is voor de (financiële) verzorging van de oude dag van de gefailleerde of van diens nabestaanden.⁵³ De vraag is waarom de wetgever dit niet wat duidelijker in de tekst van de wet tot uitdrukking heeft gebracht, bijvoorbeeld door te bepalen dat buiten de boedel valt: “het recht op het doen afkopen van een levensverzekering die noodzakelijk is voor de financiële verzorging van de oude dag van de gefailleerde of van diens nabestaanden”. Dit klemt temeer, nu het gehanteerde benadelingscriterium – naast het feit dat het een onnodige gelaagdheid meebrengt doordat het zelfstandige betekenis mist – verwarring oproept. Zoals hiervóór is opgemerkt is het begrip “onredelijke benadeling” gestoeld op het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 1952, *NJ* 1953/577 (m.nt. PhANH) (*Ontvanger/Noord-Brabant*). Het is vervolgens in art. 474bb, 47 lid 4 en 479p Rv terechtgekomen.

In de parlementaire geschiedenis werd over het benadelingscriterium aanvankelijk opgemerkt dat daaraan: “in de rechtspraak ten aanzien van de uitwinning van levensverzekeringen bij derdenbeslag reeds invulling is gegeven. Het criterium is tevens ontleend aan art. 474bb, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Onredelijke benadeling bij de uitwinning zal moeten worden aangenomen, indien het een levensverzekering met een verzorgingskarakter betreft”.⁵⁴

Nadat Van Veen⁵⁵ op de in de rechtspraak gangbare uitleg van onredelijke benadeling had gewezen – die werd immers aanwezig geacht indien het verschil tussen de afkoopwaarde en het bedrag van de verzekerde som significant was – was de wetgever genoodzaakt met zoveel woorden afstand te nemen van die betekenis:

“[...] dat in de praktijk op grond van dit criterium uitwinning wordt afgewezen indien het verschil tussen de af-

51 *Kamerstukken II* 1994/95, 22969, 20 (Vierde NvW), p. 6.

52 De hier opgesomde omstandigheden zijn gedeeltelijk ontleend aan de in de voorgaande en volgende noot vermelde parlementaire stukken en gedeeltelijk aan jurisprudentie, zoals Rb. Arnhem 6 december 2007, *PJ* 2011/11, m.nt. Kalkman, Rb. Haarlem 29 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4139, Hof Amsterdam 17 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6768, *PJ* 2007/52, m.nt. Kalkman, Rb. Gelderland 18 december 2015, *JOR* 2016/79, m.nt. Verdaas.

53 *Kamerstukken I* 1997/98, 22969 en 23429, 297, p. 2.

54 *Kamerstukken II* 1994/95, 22969, 20 (Vierde NvW), p. 5-6.

55 Van Veen, a.w. (1996), p. 102-105.

koopwaarde en het bedrag van de verzekerde som significant is. [...] Deze invulling van dit criterium – die berust op een uitspraak van de Hoge Raad uit 1952 (HR 3 oktober 1952, NJ 195/577) is evenwel niet de invulling zoals die in beide nota's van wijziging wordt voorgestaan. Nadrukkelijk wordt erop gewezen dat met dit criterium primair getoetst dient te worden of en in hoeverre het een levensverzekering met verzorgingskarakter betreft, in welk geval uitwinning (gedeeltelijk) niet toegestaan is.”⁵⁶

4.3.3 Conclusie

Waarom de wetgever ondanks bovengenoemde bezwaren heeft vastgehouden aan het benadelingscriterium, is niet duidelijk. Duidelijk is wel dat de het criterium een grote beslissingsruimte laat voor, en daarmee veel verantwoordelijkheid legt bij, rechters-commissarissen. Dat komt de rechtszekerheid naar alle waarschijnlijkheid niet ten goede.⁵⁷

5. Bancaire lijfrente

In dit onderdeel ga ik in op de regeling omtrent de lijfrentespaarrekening en de lijfrentebeleggingsrekening, die is vervat in onderdeel 7 van art. 21 Fw. Tevens kijk ik naar de toepassing van deze regeling in de praktijk.

5.1 Regeling bancaire lijfrente

Art. 21 onder 7^o Fw luidt als volgt:

“Een aanspraak op het tegoed van een lijfrentespaarrekening of op de waarde van een lijfrentebeleggingsrekening als bedoeld in art. 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor zover de ter zake ingelegde bedragen voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen voor de bepaling van het belastbaar inkomen uit werk en woning.”

Met de invoering ervan is beoogd fiscaal gefaciliteerde lijfrentespaarrekeningen en lijfrentebeleggingsrekeningen (de zogenoemde “bancaire lijfrenten”) in faillissement eenzelfde bescherming te bieden als fiscaal gefaciliteerde levensverzekeringen (de “verzekerde lijfrenten”), zoals de gerichte lijfrente. Daartoe diende te worden bepaald dat aanspraken op het tegoed of de waarde van dergelijke rekeningen buiten faillissement blijven. De achterliggende ratio voor die bescherming is dat sinds de inwerkingtreding van de Initiatiefwet Banksparen dergelijke tegoeden en waarden oudedags- of nabestaandenvoorzieningen plegen te zijn en dat dergelijke voorzieningen om die reden buiten het bereik van schuldeisers dienen te blijven.⁵⁸

Of het tegoed of de waarde van een lijfrenterekening onder de werking van art. 21 onder 7^o valt, is afhankelijk van een dubbele, fiscale toets: (i) voldoet de lijfrenterekening aan de vereisten van art. 1.7, eerste lid, onderdeel b Wet IB 2001; en (ii) waren de ingelegde bedragen aftrekbaar van het belastbaar inkomen.

Art. 1.7, eerste lid, onderdeel b Wet IB 2001 luidt als volgt:

“een aanspraak op het tegoed van een lijfrentespaarrekening of op de waarde van een lijfrentebeleggingsrecht (artikel 3.126a), welke aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven, of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen, anders dan op grond van artikel 3.126a, tweede lid, onderdeel c, onder 2, of ten behoeve van uitstel van betaling op grond van artikel 25, vijfde lid, Invorderingswet 1990, alsmede de met een zodanige aanspraak verband houdende aanspraak op winstuitkeringen.”

5.2 Ondanks de verschillen met de verzekerde lijfrente...

De vraag rijst of met deze regeling de beoogde gelijkschakeling van bancaire en verzekerde lijfrente in faillissement is bereikt. Op het eerste gezicht lijkt dit niet het geval. Art. 21 Fw bepaalt voor de daarin opgesomde goederen immers dat deze “buiten het faillissement” blijven. Als gevolg daarvan maken zij geen deel uit van het tot het faillissement behorend vermogen, ten aanzien waarvan de schuldenaar van rechtswege zijn beschikkingsbevoegdheid verliest (art. 23 Fw).

Dit gaat verder dan art. 22a Fw, dat het recht van afkoop en begunstiging van een verzekerde lijfrente slechts “buiten de boedel”⁵⁹ laat vallen voor zover door gebruik van die rechten sprake zou zijn van onredelijke benadeling. De curator dient aan te tonen dat hiervan geen sprake is en dient daarvan bovendien de rechter-commissaris te overtuigen.

5.2.1 ... die echter verklaarbaar zijn...

Dit ogenschijnlijk onterechte onderscheid is echter verklaarbaar. Het zijn immers verschillende typen vermogensrechten die de wetgever al dan niet buiten de boedel c.q. het faillissement wil houden. In geval van een lijfrente uit hoofde van een levensverzekering gaat het om de (wils)rechten strekkende tot afkoop, wijziging van begunstiging en belemmering. Uitoefening van deze rechten leidt tot een vordering op de verzekeraar. Als die rechten niet worden uitgeoefend, is van een vordering (nog) geen sprake.

Bij een bancaire lijfrente bestaat het vermogensrecht uit de aanspraak van de rekeninghouder op de bank of de beleg-

56 Kamerstukken I 1997/98, 22969 en Kamerstukken I 1997/98, 23429, 297, p. 4.

57 Aldus De Waele en Engberts, a.w., p. 79, die in dit verband opmerken “dat de vraag is of er sprake is van evenzoveel natte vingers als er rechters-commissarissen zijn”.

58 Kamerstukken II 2011/12, 32426, 23 (Tweede NvW), p. 4.

59 De begrippen “buiten de boedel” en “buiten het faillissement” moeten worden beschouwd als synoniemen, aldus Wessels in zijn noot onder HR 22 november 2002, JOR 2003/27. Ik ben dat met hem eens, maar op andere gronden. De aanhef van art. 22a Fw (“vallen voorts buiten de boedel”) moet niet worden gelezen – zoals Wessels meent – in aansluiting op de aanhef van art. 21 Fw (“Niettemin blijven buiten het faillissement”), maar komt simpelweg voort uit het overzetten van de oorspronkelijk voor art. 295 Fw ontworpen tekst naar het nieuwe art. 22a Fw (Kamerstukken II 1992/93, 22969, 1-2), wat een nogal anachronistisch resultaat oplevert. De tekst sluit wel aan op art. 295 Fw.

gingsinstelling waar de lijfrentespaarrekening respectievelijk de lijfrentebeleggingsrekening wordt aangehouden. Deze rekening is weliswaar geblokkeerd⁶⁰, maar dat neemt niet weg dat die aanspraak (of: vordering) op de betreffende bank of beleggingsinstelling in beginsel reeds tot het vermogen van de rekeninghouder behoort. Zonder onderdeel 7 van art. 21 Fw zou deze vordering direct in het faillissement vallen, zonder dat daarvoor enige rechtshandeling nodig is. Dat daarbij niet wordt toegekomen aan een benadelingsstoets zoals in art. 22a Fw is niet verwonderlijk. Die toets ontbreekt immers eveneens bij de gerichte lijfrente met een afkoopverbod als bedoeld in art. 7:986 lid 4 BW, die om die reden niet door de curator kan worden afgekocht. Ook die lijfrente valt buiten het faillissement zonder dat een benadelingstoets plaatsvindt, simpelweg doordat voor de curator geen recht op afkoop bestaat. De benadelingstoets is ook niet nodig, nu geleund wordt op de systematiek van de Wet IB 2001, die gedetailleerde normen hanteert voor de aftrekbaarheid van premies voor lijfrente.⁶¹ Voldoet een verzekerde lijfrente aan de in de Wet IB 2001 gestelde voorwaarden, dan heeft de fiscale wetgever klaarblijkelijk geoordeeld dat sprake is van een lijfrente die voorziet in een te beschermen behoefte. Het gaat dan niet aan dat de rechter dat oordeel nog eens over doet.

5.2.2 ...is bij niet-ervulling van de fiscale voorwaarden...

Voldoet de verzekerde lijfrente niet aan de fiscale voorwaarden, dan zijn de ter zake betaalde premies niet aftrekbaar en kwalificeert de lijfrente niet als een verzekering als bedoeld in art. 7:986 lid 4, tweede zin, BW. Het afkoopverbod kan in die situatie niet aan de curator worden tegengeworpen, als gevolg waarvan deze het zal willen uitoefenen. En hier komt vervolgens de benadelingstoets aan de orde, aangezien de curator langs de weg van art. 22a Fw de rechter-commissaris om toestemming voor afkoop zal moeten verzoeken.

5.2.3 ... van gelijke faillissementsbescherming géén sprake.

De voorwaarden voor aftrekbaarheid van premies voor verzekerde lijfrenten in de Wet IB 2001 zijn van overeenkomstige toepassing op bancaire lijfrenten.⁶² Niettemin geldt dat indien een bancaire lijfrente niet aan deze voorwaarden voldoet, het tegoed op de lijfrentespaarrekening of de lijfrentebeleggingsrekening *direct* in de boedel valt, zónder dat de curator enige rechtshandeling hoeft te verrichten en zónder enige rechterlijke toetsing. Het betreft immers eenvoudigweg een vordering op de bank c.q. beleggingsinstelling. Een dergelijke vordering valt in het faillissement. Het is de vraag of dit gewenst is. Duidelijk is evenwel dat de beoogde gelijkenschakeling van bancaire en verzekerde lijfrente

in faillissement, ook op het tweede gezicht, niet volledig is bereikt.

5.3 Toepassing in de praktijk

Uit rechtspraak blijkt dat de insolventiepraktijk met de materie worstelt. In een uitspraak van 16 juni 2015 overweegt de Rb. Noord-Nederland met betrekking tot twee spaarrekeningen die waren gekoppeld aan een bancaire lijfrente “dat in art. 21 Fw niet de eis van “onredelijke benadeling” wordt gesteld die in art. 22a lid 1 onderdeel a en b wel wordt gesteld bij de vraag of het recht op het doen afkopen van een levensverzekering buiten de boedel valt”.⁶³

Deze overweging is ontegenzeggelijk juist. De aanleiding voor de procedure was echter een beschikking van de rechter-commissaris tot het verlenen van toestemming voor afkoop van de tegoeden op de betreffende lijfrentespaarrekeningen. Hiertegen komt de gefailleerde – terecht – in beroep. Van afkoop van een lijfrentespaarrekening of -beleggingsrekening in de zin van art. 21 onder 7 Fw kan nimmer sprake zijn. De enige relevante vragen die de curator zich dient te stellen zijn: (i) gaat het om een rekening in de zin van art. 21 onder 7 Fw; en zo ja (ii) was de inleg fiscaal aftrekbaar? Indien beide vragen bevestigend worden beantwoord, dan valt het tegoed buiten het faillissement. Als dat niet het geval is, valt het tegoed van rechtswege in het faillissement. Toestemming van de rechter-commissaris is niet vereist. De curator kan het tegoed simpelweg bij de bank opeisen.

Ook de Rechtbank Den Haag zwalkt:

“Appellant heeft met de Rabobank de overeenkomst inzake Rabo ToekomstSparen 2007 afgesloten. Uit de overgelegde Algemene Voorwaarden (prod. 14) blijkt dat sprake is van een lijfrentespaarrekening als bedoeld in art. 1.7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001. Hierdoor valt de aanspraak op de spaarrekening in beginsel buiten de boedel. [...] Daarentegen is de faciliteit Rabo ToekomstSparen wel aan te merken als een lijfrente in de zin van Titel 18 van Boek 7 BW. Weliswaar vloeit uit de in rechtsoverweging 4.3.2 geciteerde parlementaire geschiedenis voort dat de wetgever het verschil tussen pensioensparen en pensioenverzekering heeft willen opheffen, echter daarbij is art. 22a Fw ongewijzigd gebleven. Daarmee zijn lijfrentes [bedoeld zal zijn: bancaire lijfrentes, JFHMB] buiten de werking van dit art. gebleven en komt de rechtbank niet toe aan een toetsing van de beslissing van de rechter-commissaris of appellant door de afkoop van de faciliteit onredelijk benadeeld wordt.”⁶⁴

Wederom geldt: indien sprake is van een bancaire lijfrente in de zin van art. 1.7 Wet IB 2001 én de ingelegde bedragen fiscaal aftrekbaar waren, valt de aanspraak op het spaar- of beleggingstegoed categorisch buiten het faillissement. De rechtbank vergeet hier het tweede criterium. Bovendien zou – in tegenstelling tot hetgeen de rechtbank suggereert –

60 Vgl. art. 3.126a lid 1 Wet IB 2001.

61 Zo zijn alleen premies aftrekbaar voor lijfrenten (i) die dienen ter compensatie van een pensioentekort; of (ii) waarvan de termijnen toekomen aan een meerderjarig invalide kind of kleinkind, vgl. art. 3.124 lid 1 Wet IB 2001.

62 Art. 3.124 lid 2 Wet IB 2001.

63 Rb. Noord-Nederland 16 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3950, RF2015/92.

64 Rb. Den Haag 18 november 2015, PJ 2016/75, r.o. 4.3.3. en 4.3.5.

zij in geval van een fiscaal gefaciliteerde verzekerde lijfrente evenmin zijn toegekomen aan een toetsing aan het benadelingscriterium van art. 22a Fw, omdat in dat geval geen recht van afkoop bestaat. Het afkoopverbod kan in dat geval immers ook aan de curator worden tegengeworpen. Met het feit dat art. 22a Fw ongewijzigd is gebleven heeft dat niets van doen.

5.4 Conclusie

Ik concludeer dat de regeling voor bancaire lijfrente niet goed wordt begrepen. Daarnaast is van de beoogde gelijkstelling geen sprake ingeval niet is voldaan aan de fiscale voorwaarden voor aftrekbaarheid; bij een verzekerde lijfrente volgt in dat geval een rechterlijke toetsing in het kader van art. 22a Fw, terwijl die toetsing bij een bancaire lijfrente ontbreekt. Voor dit verschil bestaat in mijn ogen geen rechtvaardiging.

6. Samenvatting en kanttekeningen

De wettelijke regeling voor uitwinning van levensverzekeringen wordt gevormd door art. 22a en 295 lid 6 Fw, 7:986 lid 4 BW, art. 1.7 Wet IB 2001 jo. art. 3.124 en 3.125 Wet IB 2001. Uitwinning van een bancaire lijfrente wordt beheerst door art. 21 onder 7° en art. 295 lid 4 sub c Fw en art. 1.7 Wet IB 2001 jo. art. 3.124 Wet IB 2001. Beide regelingen zijn gelijkkluidend voor faillissement en de schuldsaneringsregeling. Hetgeen hieronder wordt opgemerkt voor de curator, geldt mutatis mutandis ook voor de bewindvoerder.

Een levensverzekering kan in faillissement worden uitgewonnen door uitoefening van het recht van afkoop, het recht van wijziging van begunstiging en het recht van overdracht, mits deze rechten onder de desbetreffende verzekeringsovereenkomst ook aan de gefailleerde zelf toekwamen. Een uitzondering hierop vormt het recht van afkoop, dat de curator zelfs in weerwil van een contractueel afkoopverbod kan uitoefenen. Deze uitzondering geldt niet voor de gerichte lijfrente in de zin van art. 7:986 lid 4 tweede volzin BW, mits (i) de betreffende lijfrenteovereenkomst bepaalt dat de lijfrente niet kan worden afgekocht; en (ii) de premies van het belastbaar inkomen konden worden afgetrokken.

Of een afkoopverbod aan de curator kan worden tegengeworpen, dient de curator zelf te beoordelen. Hierover strekt de toetsing door de rechter-commissaris in het kader van art. 22a lid 2 Fw zich niet uit. Die toetsing heeft slechts betrekking op de vraag of en in hoeverre de verzekeringnemer of begunstigde door afkoop onredelijk wordt benadeeld. Hetzelfde geldt voor de toetsing door de rechtbank in een eventueel hoger beroep ex 67 Fw. Een geschil tussen de curator en de verzekeraar over uitkering van de afkoopsom aan de boedel dient in een reguliere procedure te worden beslist.

Het criterium van "onredelijke benadeling" in het eerste lid van art. 22a Fw is ongelukkig gekozen, omdat het vanwege de oorsprong ervan verwarring oproept en het – mede daardoor – zelfstandige betekenis mist. Het eigenlijke criterium is of de levensverzekering noodzakelijk is voor de (financiële) verzorging van de oude dag van de gefailleerde of van

diens nabestaanden. In dat geval mag de verzekering niet door de curator worden afgekocht (dan wel de begunstiging daarvan door hem gewijzigd).

De regeling voor bancaire lijfrente zoals opgenomen in art. 21 onder 7° Fw wordt niet altijd juist toegepast. De aanspraak op het tegoed op een lijfrenterekoning die voldoet aan de in het onderdeel gestelde (fiscale) vereisten, valt buiten het faillissement. Voldoet de rekening niet aan die vereisten, dan valt die aanspraak van rechtswege in het faillissement. Toestemming van de rechter-commissaris is daarvoor niet vereist, noch toetsing aan het benadelingscriterium uit art. 22a lid 1 Fw. Daarmee ontbeert de bancaire lijfrente de bescherming tegen uitwinning in faillissement die wel toekomt aan verzekerde lijfrente. Van de beoogde gelijkenschakeling van beide soorten oudedags- en nabestaandenvoorzieningen is geen sprake.