

Genuanceerder dan de minister denkt

# Uitvoeren lijfrente- of pensioenclausule (altijd) nieuwe overeenkomst?



**Prof. mr. H.M. Kappelle**

*Herman Kappelle is directeur AEGON Advis, Adviesgroep juridische en fiscale zaken, bijzonder hoogleraar Fiscaal Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit blad.*

**Is er sprake van uitvoering van de bestaande verzekeringsovereenkomst, of wordt een nieuwe overeenkomst gesloten wanneer het beschikbaar komende lijfrente- of pensioenkapitaal op expiratedatum wordt omgezet naar een direct ingaande uitkering? Volgens DNB is er sprake van een nieuwe overeenkomst. Dit kan echter ook anders worden gezien.**

In *FD Selections* van 21 december 2009 stelde prof. dr. Gerry Dietvorst een reeds lang spelend probleem aan de orde waarmee pensioen- en lijfrenteverzekerders worden geconfronteerd als er sprake is van een in het buitenland woonachtige begunstigde voor een uitkering uit hoofde van een kapitaalverzekering met pensioen- of lijfrenteclausule. Het uitvoeren van de pensioen- of lijfrenteclausule door het kapitaal om te zetten in een periodieke pensioen- of lijfrenteutkering wordt door DNB beschouwd als het aangaan van een nieuwe overeenkomst. Het afsluiten van een pensioen- of lijfrenteovereenkomst met een in een andere EG-lidstaat woonachtige verzekeringnemer is alleen toegestaan als de desbetreffende verzekeraar aldaar is genotificeerd. Dat is echter lang niet altijd het geval. En dat komt, zoals ook door Dietvorst opgemerkt, niet zozeer door de administratieve procedure die gevolgd moet worden, maar door het toepasselijke recht.<sup>1</sup> Op grond van Europese richtlijnen is op een overeenkomst het recht van toepassing van de woonstaat van de verzekeringnemer. Aanbieders uit andere lidstaten worden niet graag geconfronteerd met vreemd recht en notificatie komt dan ook maar beperkt voor. Als verzekeraar willen opere-

ren in een andere EG-staat, wordt dat meestal gedaan vanuit een lokale vestiging. Naar aanleiding van het stukje van Dietvorst stelde het VVD Tweede Kamerlid Blok schriftelijke vragen aan de minister van Financiën. Deze vragen zijn op 11 februari beantwoord (zie bijlage bij dit artikel in apart kader) met een stelligheid die mijn wenkbrauwen deed fronsen. In dit artikel zal ik aangeven dat de zaak mijns inziens genuanceerder ligt en dat op basis van dezelfde wet- en regelgeving ook tot een andere conclusie gekomen kan worden. Het is kortom een zaak van politieke wil of dit voor de uitvoeringspraktijk zeer wezenlijke probleem kan worden opgelost.

## DE KAMERVragen

Blok stelde in het totaal zeven vragen. De eerste was het eenvoudigste te beantwoorden. Op de vraag of de minister had kennisgenomen van het bewuste artikel kon met een simpel ja worden gereageerd.

In antwoord op vraag 2 bevestigt de minister dat DNB het standpunt inneemt dat het uitvoeren van een lijfrenteclausule

het aangaan van een nieuwe overeenkomst inhoudt. DNB is van oordeel dat er sprake is van twee overeenkomsten: een overeenkomst van kapitaalverzekering met de voorwaarde van een lijfrenteclausule en een overeenkomst van lijfrenteverzekering op het moment van expiratie van de kapitaalverzekering. DNB baseert dit standpunt op artikel 6:227 van het BW, dat inhoudt dat verbintenissen die partijen op zich nemen voldoende bepaalbaar moeten zijn. Omdat in het algemeen geldt dat bij het aangaan van de kapitaalverzekering met lijfrenteclausule de voorwaarden van de toekomstige lijfrentetermijnen, zoals het in acht te nemen tariefsgrondslagen (rente en overlevingstafels), duur (tijdelijk of levenslang) en soort lijfrente (met of zonder nabestaandenlijfrente), nog niet vastliggen, is er volgens DNB sprake van een nieuwe overeenkomst indien op expiratedatum het kapitaal wordt omgezet in een direct ingaande lijfrente.

Blijkens het antwoord op vraag 3 is de minister het eens met dit standpunt van DNB. Hij baseert dit met name op het feit dat de verzekeraar bij het afsluiten van de kapitaalverzekering met lijfrenteclausule het te verzekeren kapitaal als verplichting in de boeken zal opnemen en bij de expiratie en omzetting naar een direct ingaande lijfrente de waarde van deze lijfrente als verplichting zal opnemen. Volgens hem wordt voldaan aan de eis van artikel 925 van Boek 7a BW dat er sprake is van een premie. Naar dit essentiële element om te kunnen spreken van een overeenkomst van levensverzekering was door Blok expliciet gevraagd. Het standpunt van de minister wordt echter niet nader onderbouwd. Ik kom hier verderop in mijn betoog op terug.

De minister geeft in antwoord op vraag 4 aan dat dit standpunt van DNB niet leidt tot voor de burgers ongewenste situaties. Het probleem zit volgens hem immers niet zozeer in de notificatie, maar in het toepasselijke recht. Dat is naar zijn oordeel de kern van het probleem en niet zozeer de vraag of het één of twee overeenkomsten betreft. Partijen kunnen zelf de ongewenste situatie vermijden door de overeenkomst zodanig aan te passen dat er sprake zou zijn geweest van één overeenkomst. Bovendien kan de desbetreffende begunstigde voor het lijfrentekapitaal een andere Nederlandse verzekeraar kiezen die wel heeft genotificeerd of een plaatselijk werkende verzekeraar die in Nederland een toegelaten aanbieder is.

Hij is, in antwoord op vraag 5, dan ook niet van zins om maatregelen te nemen om deze situaties te vermijden.

Als antwoord op vraag 6 gaat de minister in op de drie door Diervorst genoemde opties. Het ligt volgens hem niet voor de hand dat DNB een met het civiele recht contrair standpunt zal innemen. Wijziging van het standpunt van DNB is dus geen

optie. Ook een verklaring van de Europese Commissie biedt volgens de minister geen soelaas omdat de vraag of er sprake is van één of twee overeenkomsten een zaak is van intern recht en uiteindelijk aan de nationale rechter ter beoordeling. De optie waarin bij het afsluiten van de kapitaalverzekering al met de verzekeraar wordt afgesproken dat te zijner tijd de direct ingaande lijfrente bij deze verzekeraar zal worden bedongen, is volgens de minister wel mogelijk.

Ten slotte was in vraag 7 aan de orde of een vergelijkbaar probleem zich ook kan voordoen bij pensioenkapitalen die op pensioendatum moeten worden omgezet in een direct ingaand pensioen. Dit kan volgens de minister niet worden uitgesloten. Vast staat in elk geval dat de (gewezen) deelnemers bij dergelijke overeenkomsten een shoprecht hebben. Het is aan DNB en uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of er dan sprake is van één (bestaande) overeenkomst of meerdere overeenkomsten, aldus de staatssecretaris.

## COMMENTAAR

### Vraag 2 en 3

Het standpunt van DNB is blijkens de antwoorden van de minister met name gebaseerd op artikel 6:227 van het BW. Dit artikel luidt: 'De verbintenis die partijen op zich nemen, moeten bepaalbaar zijn.' Hiervan is naar het oordeel van DNB geen sprake, aangezien de voorwaarden van de overeenkomst nog niet allemaal vastliggen op het moment van sluiten van de eerste verzekeringsovereenkomst. Met name wordt gewezen op tariefsgrondslagen, duur en soort lijfrente. In de situatie waarin bij het afsluiten van de

kapitaalverzekering met lijfrenteclausule al met de desbetreffende verzekeraar wordt afgesproken dat de lijfrenteclausule uitgevoerd moet worden door op expiratedatum een direct ingaande lijfrente bij dezelfde verzekeraar te bedingen (optie drie van Diervorst), zou volgens de minister, gezien zijn antwoord op vraag 6, er wel sprake zijn van één overeenkomst. Maar ook in een dergelijk geval bestaat bij aanvang van de kapitaalverzekering nog in dezelfde mate onzekerheid over de te zijner tijd te hanteren tariefsgrondslagen, duur en soort van de lijfrente. De clause dat de lijfrente bedongen moet worden bij dezelfde verzekeraar maakt dat niet anders. Met andere woorden: als er in een dergelijke situatie sprake is van één overeenkomst, waarom is dat dan niet zo in de situatie waarin een expliciete clause op grond waarvan bij dezelfde verzekeraar de lijfrente moet worden bedongen, ontbreekt, maar waarin dit feitelijk wel wordt gedaan?

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of er inderdaad sprake is van een onvoldoende bepaalbare verbintenis. De verzekeraar



## Het standpunt van DNB leidt niet tot voor burgers ongewenste situaties

en de verzekeringnemer hebben bij het afsluiten van de verzekering reeds vastgelegd dat het lijfrentekapitaal slechts dient als rekengrootheid en alleen maar kan worden omgezet in een lijfrente. De hoogte van het lijfrentekapitaal dan wel de wijze waarop dit wordt vastgesteld en de ingangsdatum van deze lijfrente staan vanaf aanvang vast. Het tarief is op zich ook reeds bepaald, te weten de op basis van de op de expiratedatum geldende sterfzetfels en rekenrente geldende tarieven. Dat zijn objectieve en niet door partijen beïnvloedbare grootheden. Naar mijn mening is de wijze waarop de uit de lijfrenteclausule voortvloeiende verplichting moet worden uitgevoerd voldoende bepaalbaar bij het afsluiten van de kapitaalverzekering en is er uit dien hoofde al geen sprake van een nieuwe overeenkomst.

Daarbij komt dat er nog wel meer artikelen uit het BW van belang zijn in deze materie. Zo zegt artikel 6:248, lid 1 BW dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Naar mijn mening vloeit het omzetten van het lijfrentekapitaal in een direct ingaande lijfrente voort uit de aard van de (lijfrenteclausule op de) overeenkomst. In dat geval zou uit dien hoofde dus geen sprake zijn van het aangaan van een nieuwe overeenkomst. In elk geval is dit mijns inziens op zijn minst een verdedigbaar standpunt en zou DNB dus niet een bij voorbaat 'met het civiele recht contrair standpunt' innemen indien dit wordt gevolgd.

Notificatie is noodzakelijk indien er sprake is van het 'verrichten van diensten' (art. 2:117 Wft). Onder het verrichten van diensten door een levensverzekeraar wordt verstaan: *het sluiten van een levensverzekering vanuit een vestiging gelegen in een andere staat dan die waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft* (art. 1:1. Wft). Het begrip levensverzekering is gedefinieerd in artikel 7:975 BW als 'de in verband met leven of de dood gesloten *sommenverzekering* met dien verstande dat ongevallenverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd'. Een *sommenverzekering* is volgens artikel 7:964 BW 'de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed'. Het begrip verzekering is beschreven in art. 7:925 BW als 'een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren'.

Het betalen van een premie is met andere woorden een essentieel onderdeel om van een verzekering te kunnen spreken. En indien er geen sprake is van een verzekering kan er ook geen sprake zijn van het verrichten van diensten en (dus) van een verplichte notificatie. Premie is 'de in geld uitgedrukte prestatie door de verzekeringnemer te leveren uit hoofde van een verzekering, daaronder niet begrepen de *assurantiebelasting*' (art. 1:1. Wft). Bij een gerichte lijfrente, de vorm die de kapitaalverzekering met lijfrenteclausule heden ten dage heeft, dient het lijfrentekapitaal slechts als rekengrootheid om op de expiratedatum de hoogte van de alsdan uit te keren lijfrentetermijnen te bepalen.<sup>2</sup> Dit staat met zoveel woorden op de polis vermeld. Er is geen sprake van een aan de begunstigde uit te keren kapitaal dat vervolgens wordt gebruikt als (eenmalige) premie voor een direct ingaande lijfrente. Indien dat het geval zou zijn, kwalificeert de desbetreffende polis niet als een lijf-

rente in de zin van artikel 3:125 Wet IB 2001, zodat er geen premieaftrek mogelijk is. Gezien het feit dat voor de polissen waar we het hier over hebben doorgaans wel premieaftrek wordt verleend, staat het vast dat het lijfrentekapitaal alleen maar dient als rekengrootheid en er dus geen sprake is van een 'in geld uitgedrukte prestatie van de verzekeringnemer' in ruil waarvoor hij een direct ingaande lijfrente krijgt. Die in

geld uitgedrukte prestatie is geleverd bij het tot stand komen van de kapitaalverzekering met (gerichte) lijfrenteclausule. De verzekeringstechnische reserve of afkoopwaarde die gedurende de looptijd van de kapitaalverzekering wordt opgebouwd, kan niet ineens veranderen in een premie. De verzekeraar is eigenaar van deze reservewaarde als dekking voor de uit de verzekering voortvloeiende verplichtingen. De verzekeraar blijft eigenaar van deze reservewaarde, ook als de verplichting van een uitgestelde gerichte lijfrente overgaat in een direct ingaande lijfrente.

#### Vraag 4 en 5

Volgens de minister zit het probleem niet zozeer in de notificatie zelf, maar in het toepasselijke recht. Dat is op zich juist, maar de gevolgtrekking dat dat dus de kern van het probleem is en niet het antwoord op de vraag of het één of twee overeenkomsten betreft, deel ik niet. Als er sprake is van één overeenkomst en dus voor de bepaling van het toepasselijke recht slechts de woonplaats van de verzekering ten tijde van het afsluiten van de kapitaalverzekering met lijfrenteclausule van belang is, komen we aan de vraag of de verzekeraar genotificeerd moet zijn in het land waar de begunstigde ten tijde van het omzetten van het lijfrentekapitaal in een direct ingaande lijfrente, helemaal niet toe. Het is en blijft dan een onder Nederlands recht afgesloten overeenkomst. Dat is de kern van het probleem!

## Het betalen van een premie is essentieel om van een verzekering te kunnen spreken

**Vraag 7**

De minister sluit niet uit dat soortgelijke problemen zich ook bij kapitaalverzekeringen met pensioenclausule kunnen voordoen. Ik durf nog wel een stap verder te gaan en te stellen dat deze problemen zich zullen voordoen en wel in verhevigde mate. Op basis van artikel 18, lid 3 Invoerings- en aanpassingswet PW mogen alle C-polissen die bestonden bij de invoering van de Pensioenwet blijven doorlopen. Indien de verzekeringnemer is geëmigreerd op het moment dat de pensioendatum wordt bereikt en het kapitaal moet worden omgezet in een direct ingaand pensioen, spelen exact dezelfde problemen. En zoals gezegd in verhevigde mate. Want een clausule die erin voorziet dat het direct ingaande pensioen bedongen moet worden bij dezelfde verzekeraar is op grond van artikel 81, lid 5 PW nietig. En het aankopen van een direct ingaand pensioen bij een verzekeraar in het nieuwe woonland stuit op fiscale problemen, omdat dat op grond van het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 31 januari 2008<sup>1</sup> alleen mag worden overgedragen aan een buitenlandse verzekeraar als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdeel f Wet LB 1964 dan wel aan een andere buitenlandse verzekeraar, mits de betrokken belastingplichtige aannemelijk maakt dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft. Voor zover mij bekend is er nog slechts minder dan een handvol verzekeraars die heeft voldaan aan de voorwaarden van artikel 19a, eerste lid, onderdeel f Wet LB 1964 en als zodanig door de minister van Financiën is aangewezen als toegelaten verzekeraar. En het hebben van een substantiële dienstbetrekking zal bij de gemiddelde gepensioneerde ook niet het geval zijn.

Bij pensioen is er derhalve sprake van een *catch 22*; op basis van de opvatting van DNB mag de geëmigreerde pensioengerechtigde zijn pensioenkapitaal niet bij de niet genotificeerde Nederlandse verzekeraar omzetten in een direct ingaand pensioen. Als hij dan uit armoede maar kiest voor een lokale verzekeraar in zijn woonland, krijgt hij te maken met de fiscale sancties van artikel 19b Wet LB 1964 omdat er geen sprake meer is van een toegelaten verzekeraar. Ik snap dat totaal niet, laat staan dat ik het kan uitleggen aan de gemiddelde klant.

**DE NUANCE EN CONCLUSIE**

Zoals ik in mijn inleiding al aangaf, ligt de werkelijkheid genuanceerder dan uit de antwoorden van de minister op het eerste gezicht lijkt.

Uiteraard valt er voor het standpunt en de redenering van DNB wat te zeggen. Het is echter, zoals ik getracht heb aan te geven, niet de enige en absolute waarheid. Het is naar mijn mening zeker niet zo dat een ander standpunt per definitie in strijd zou zijn met het civiele recht.

Op grond van dezelfde wet- en regelgeving waarop DNB zijn standpunt baseert, kan tot de conclusie worden gekomen dat er geen sprake is van een nieuwe overeenkomst indien het lijfrente- of pensioenkapitaal op expiratedatum wordt omgezet naar een direct ingaande uitkering. Enerzijds omdat de overeenkomst al bij aanvang voldoende bepaalbaar is en slechts de hoogte van de uitkeringen onzeker is, terwijl alle overige elementen wel bepaalbaar zijn en de onzekerheid louter afhankelijk is van objectieve en niet door partijen beïnvloedbare factoren. Anderzijds omdat er geen sprake is van een daadwerkelijke, in geld uitgedrukte premiestroom van de begunstigde naar de verzekeraar, zodat er (dus) geen sprake is van een nieuwe overeenkomst.

Het is dus een vraagstuk van politieke wil in hoeverre DNB bereid is om van meerdere kanten naar dit vraagstuk te kijken en wellicht door een andere opstelling dit voor de uitvoeringspraktijk uitermate vervelende probleem uit de wereld te helpen, zonder dat in strijd wordt gekomen met Europese regelgeving. Zoals gezegd kan ik het inmiddels niet meer uitleggen aan klanten, die de indruk krijgen dat wij ze liever kwijt dan rijk zijn. En niets is minder waar.

Ik roep DNB en de politiek op deze politieke wil te tonen. Ik hoop met dit artikel te hebben aangetoond dat de juridische argumentatie daarvoor aanwezig is.

**Noten**

1. Zie ook mijn 'Invoering PW en standpunt DNB zorgen voor meer grensoverschrijdende dienstverlening', P&P 2007-7/8.
2. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de werking van een gerichte lijfrenteclausule mijn artikel 'Welke richting op met de gerichte lijfrente in de Brede herwaardering?', WFR 1991/5960.
3. CPP 2007/98M.