

MR. W.P.M. THIJSSSEN\*

# Pensioen en faillissement

In geval van faillissement van een onderneming is de pensioenregeling waarschijnlijk niet het eerste waar een werkgever aan zal denken. Toch is het van belang op de hoogte te zijn van de gevolgen van het faillissement voor de pensioenregeling. In dit artikel worden deze gevolgen besproken voor pensioenregelingen die op basis van vrijwilligheid zijn getroffen. In onderdeel 1 wordt ingegaan op de vraag of een werkgever zijn bijdragen aan een pensioenregeling eenzijdig kan stopzetten wanneer zijn onderneming in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. Vervolgens wordt in onderdeel 2 ingegaan op de positie van pensioenpremies in een faillissement en de verplichtingen van de Bedrijfsvereniging in deze. Dit artikel wordt in onderdeel 3 besloten met een praktische aanbeveling voor werkgevers hoe te handelen ten aanzien van de pensioenregeling in geval van faillissement.

\* Mr. W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering NV. Met dank aan Mr. A.R.I. Gündel, Hoofd afdeling Fiscale en Juridische Begeleiding van Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij NV voor zijn opmerkingen bij het concept van dit artikel.

## 1. Eenzijdig stopzetten van betaling van pensioenpremie.

Op grond van art. 2, lid 7 van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) kan een werkgever in de pensioenovereenkomst die hij met zijn werknemers sluit een bepaling opnemen die inhoudt dat hij eenzijdig kan besluiten zijn bijdrage in de kosten van de pensioenregeling te verminderen of te beëindigen in geval van een ingrijpende wijziging van omstandigheden. Een bepaling van die strekking wordt in de praktijk de financiële onmachtsclausule of de economische clausule genoemd. Art. 2, lid 7 PSW stelt als voorwaarde dat de werkgever de instantie waaraan hij de uitvoering van de pensioenregeling heeft toevertrouwd (meestal een pensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij) schriftelijk van het voorbehoud op de hoogte stelt. Hij kan slechts rechtsgeldig een beroep op het voorbehoud doen wanneer hij zijn pensioenuitvoerder en degenen die rechten aan de pensioenregeling kunnen ontleen daarvan schriftelijk vooraf op de hoogte stelt<sup>1</sup>.

In het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) is in art. 6:258 (6.5.3.11) een algemene regeling opgenomen betreffende de invloed van onvoorzene omstandigheden op de rechten die aan een overeenkomst kunnen worden ontleend<sup>2</sup>. Aangenomen moet worden dat de bijzondere regeling van art. 2, lid 7 PSW derogceert aan de algemene rege-

ling als opgenomen in het NBW<sup>3</sup>. Er wordt dan ook niet verder op ingegaan.

## 2. De positie van pensioenpremie in geval van betalingsmoeilijkheden en faillissement.

Om de positie van pensioenpremies in geval van betalingsmoeilijkheden en faillissement te kunnen verduidelijken, kunnen drie verschillende stadia worden onderscheiden. Het eerste stadium is de periode vanaf het ontstaan van betalingsmoeilijkheden tot aan de faillissementsdatum. Op dit stadium wordt in 2.1. ingegaan. In 2.2. wordt ingegaan op het tweede stadium: de periode gelegen tussen de faillissementsdatum en de ontslagdata van de werknemers. Het derde stadium wordt in 2.3. behandeld.<sup>4</sup> Dit stadium betreft het eventueel verschuldigde bedrag benodigd om tot affinanciering van de pensioenrechten van de ontslagen werknemers te komen.<sup>5</sup>

1. Voor een uitgebreide beschouwing over het financiële voorbehoud: E. Lujens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. 1989, p. 444-452.  
2. Vgl. W.P.M. Thijssen, *Ouderschapsverlof, in het bijzonder met betrekking tot de pensioenopbouw*, SR 1990, p. 49 en de daar aangehaalde literatuur.

3. Aldus Lujens, a.w., p. 447.  
4. Lujens, a.w., p. 420, maakt dit onderscheid niet.  
5. Zie art. 8 PSW en art. 9 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW.

Aangenomen wordt dat de werknemers door de curator in het kader van de afwikkeling van het faillissement ontslag aangezegd krijgen.

### 2.1. *Betalingsachterstand ontstaan voor faillissement.*

Een werkgever die wordt geconfronteerd met het feit dat hij niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen, zal de voor zijn werknemers verschuldigde pensioenpremie vaak niet kunnen voldoen.<sup>6</sup> Hij dient vervolgens te beslissen of hij al dan niet een beroep op de financiële onmachtsclausule zal doen. In het later uitgesproken faillissement hebben de werknemers een vordering ter grootte van de niet betaalde, verschuldigde pensioenpremie.<sup>7</sup> In het geval waarin de werkgever een rechtsgeldig beroep heeft gedaan op de financiële onmachtsclausule, is slechts de premie verschuldigd tot aan de datum waarop dit beroep is geëffectueerd.

Hierna wordt op de premievordering over de periode tot aan de faillissementsdatum nader ingegaan. Alvorens de positie van de premievordering in het faillissement te kunnen bespreken, dient ingegaan te worden op de verplichting van de Bedrijfsvereniging betaling van de pensioenpremie over te nemen.

#### 2.1.1. *Overnameverplichting van de Bedrijfsvereniging.*

In de art. 61-68 van de Werkloosheidswet (WW) is een regeling opgenomen voor het overnemen van de betaling van pensioenpremie door de Bedrijfsvereniging. De overnameverplichting is opgenomen in art. 64, onder c WW. De regeling houdt in dat in de situatie waarin:

- een werkgever in staat van faillissement verkeert;
- aan een werkgever surséance van betaling is verleend; of
- een werkgever anderszins in de blijvende toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen

de Bedrijfsvereniging 'bedragen, die de werkgever in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is' voor die werkgever aan deze derden voldoet. Onder deze aan derden verschuldigde bedragen dienen met name pensioenpremies te worden verstaan.<sup>8</sup> De Bedrijfsvereniging heeft in deze geen beleidsvrijheid, maar is verplicht betaling van de pensioenpremie over te nemen. Dit volgt uit de tekst van art. 61, lid 1 WW ('Een werknemer heeft recht op ...').<sup>9</sup>

Van belang is voorts de in art. 66, lid 1 WW opgenomen subrogatieregeling. De Bedrijfsvereniging treedt in alle rechten van de werknemer ter zake van de vorderingen die hij voor hem voldoet uit hoofde van de overnemingsregeling.<sup>10</sup>

De verplichting van de Bedrijfsvereniging betaling van de door de werkgever uit hoofde van de pensioenregeling verschuldigde bedragen over te nemen geldt voor een periode van ten hoogste een jaar direct voorafgaand aan het tijdstip waarop de termijn van opzegging eindigt. De termijn van opzegging wordt vastgesteld volgens het bepaalde in art. 40, lid 3 van de Faillissementswet (Fw).<sup>11</sup> Indien naar het oordeel van de Bedrijfsvereniging niet tijdig wordt opgezegd, kan de Bedrijfsvereniging op grond van art. 64, onder a WW het tijdstip van opzegging zelf vaststellen.<sup>12</sup>

#### 2.1.2. *Gevolgen van het beroep op de financiële onmachtsclausule.*

Een werkgever die in betalingsmoeilijkheden verkeert dient te beslissen of hij een beroep op de financiële onmachtsclausule zal doen, aangenomen dat in de pensioenovereenkomsten die hij met zijn werknemers sluit een dergelijke bepaling is opgenomen. Een werkgever die een rechtsgeldig beroep doet op de financiële onmachtsclausule is voor zijn werknemers geen pensioenpremie meer verschuldigd. Gevolg daarvan is dat aangenomen moet worden dat ook voor de Bedrijfsvereniging geen verplichting tot overneming van pensioenpremie bestaat.<sup>13</sup>

Een vraag die rijst is of een werkgever die op grond van de hier weergegeven redenering nalaat een beroep op de financiële onmachtsclausule in de voor zijn werknemers geldende pensioenregeling te doen, daarmee zijn overige crediteuren benadeelt. Een dergelijke benadeling wordt in de literatuur een paulianeuze handeling genoemd. Onder bepaalde voorwaarden kan de curator de nietigheid van een paulianeuze handeling inroepen.<sup>14</sup> Het bijzondere van de hier behandelde situatie is dat mogelijke benadeling van andere crediteuren dan de werknemers niet door een handelen van de werkgever, maar door diens nalaten wordt veroorzaakt. Polak stelt dat het nalaten van een handeling geen paulianeuze handeling kan zijn.<sup>15</sup> Er van uitgaande dat deze opvatting juist is, kan een werkgever door na te laten een beroep op de in de pensioenregeling opgenomen financiële onmachtsclausule te doen, voorkomen dat de overnameverplichting van de Bedrijfsvereniging wordt beperkt tot voldoening van tot aan de datum van het beroep verschuldigde pensioenpremie.

Men dient zich overigens wel te realiseren dat de overlevingskansen van de onderneming van de werkgever mogelijk worden verkleind indien een beroep op de financiële onmachtsclausule wordt nagelaten. Voorts is nog van belang dat in die situatie werknemers, voor zover het verschuldigde loon wordt uitbetaald, de inhouding van de overeengekomen werknemersbijdrage dienen te dulden.<sup>16</sup>

#### 2.1.3. *Positie van de pensioenpremie in faillissement.*

De werknemers kunnen bij de curator een vordering indienen ter grootte van de door de werkgever voor hen verschuldigde pensioenpremie, voor zover deze premie niet door de werkgever is voldaan. Indien de Bedrijfsvereniging de pensioenpremie voor de werknemers heeft voldaan, kan zij dit recht uitoefenen op grond van de in 2.1.1. genoemde subrogatie.

Alvorens de positie van pensioenpremie te kunnen behandelen, dient kort op de rangorderegeling te worden ingegaan. De rangorderegeling is de wettelijke regeling die aangeeft welke schulden met voorrang boven andere schulden moeten worden voldaan. Een schuldeiser die een vordering bij de curator ter verificatie indient, kan een voorrecht claimen. Indien het voorrecht wordt erkend, kan hij zijn vordering met voorrang verhalen op de beschikbare

6. Vgl. W.M. Levelt-Overmars, *Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging 1986*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, p. 154.

7. Na verloop van een bepaalde periode is de werkgever verplicht betalingsachterstanden te melden aan 'degenen wier pensioen of aanspraak op pensioen daardoor wordt getroffen', aldus art. 3a, lid 4 PSW. De regeling geldt overigens niet na faillissement, aldus P.M. Tuffer, *Pensioenen*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 113 ten aanzien van de tot 1 aug. 1987 geldende regeling.

8. Afhankelijk van de tussen werkgever en pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij gesloten pensioenverzekeringsovereenkomst kan de vordering worden verhoogd met aan de pensioenuitvoerder verschuldigde rente wegens te late betaling.

9. Aldus de *Memorie van Toelichting*, TK 1985-1986, 19 261, nr. 3, blz. 163.

10. Aldus L. Andringa, J. Bandringa en P. Vos, *De werkloosheidsuitkering na de stelselherziening*, Kluwer, Deventer, 1987, p. 171.

11. Aldus ook Levelt-Overmars, t.a.p., p. 152.

12. Art. 64, onder b WW.

13. Hierover Luyjens, a.w., p. 415-416. Over de problemen die zich met de vaststelling van de uitkeringsperiode voor 1987 voordeden: W.M. Levelt-Overmars, t.a.p., p. 149-150.

14. In deze is dan ook geen sprake van toepassing van art. 61, lid 1 WW.

15. Voor een korte uiteenzetting over paulianeuze handelen: A.M.J. van Buchem-Spavens, *Faillissement en surséance van betaling*, Studiepocket privaatrecht nr. 30, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, p. 55-65.

16. M. Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, H.D. Tjeenk Willink, Groningen, 1972, p. 151.

17. De werkgever zou kunnen overwegen met werknemers en de pensioenuitvoerder overeen te komen de premie, voor zover deze wordt betaald, in eerste instantie aan te wenden voor de dekking van overlijdens- en invaliditeitsrisico's. Een eventueel restant zou kunnen worden aangewend voor verdere opbouw van pensioenrechten.

middelen. De regeling inzake de verificatie is opgenomen in de Fw.<sup>17</sup> De voorrechten zijn op diverse plaatsen in onze wetgeving geregeld.

Met betrekking tot pensioenpremie dient onderscheid te worden gemaakt naar de wijze van uitvoering van de pensioenregeling, en wel als volgt:

- de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een pensioenfonds of door het sluiten door de werkgever van een pensioenverzekeringsovereenkomst bij een verzekeringsmaatschappij;
- de pensioenregeling wordt uitgevoerd doordat de werkgever de werknemer in staat stelt zelf een pensioenverzekeringsovereenkomst bij een verzekeringsmaatschappij te sluiten.<sup>18</sup>

In het eerstgenoemde geval geldt voor het werkgeversaandeel in de pensioenpremie naar wordt aangenomen geen voorrecht. Dit gedeelte in de pensioenpremie is dan ook slechts concurrent<sup>19</sup>. Het in art. 1195, onder 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) genoemde voorrecht is niet van toepassing omdat dit gedeelte van de premie niet aan de werknemer maar aan de pensioenuitvoerder verschuldigd is. Art. 3:288 (3.10.4.1.), onder e NBW kent een voorrecht toe op 'al hetgeen een arbeider over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft'. Uit het Voorlopig Verslag bij dit artikel zou kunnen worden afgeleid dat met de regeling wordt beoogd ook aan het werkgeversdeel in de pensioenpremie een voorrecht toe te kennen<sup>20</sup>. Voor een eventueel werknemersaandeel in de pensioenpremie geldt het voorrecht van art. 1195, onder 6 BW. Dit gedeelte van de pensioenpremie maakt immers onderdeel uit van het tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon<sup>21</sup>.

In het tweede geval is de totale pensioenpremie onderdeel van het met de werknemer overeengekomen loon. Zoals hiervoor bleek geldt in dat geval het voorrecht van art. 1195, onder 6 BW.

Hiervoor werd aangegeven welke de gevolgen zijn voor een vordering indien deze als bevoorrecht kan worden aangemerkt. Men dient zich echter te realiseren dat andere schuldeisers hogere prioriteit hebben, zodat in de praktijk vaak niet aan de bevoorrechte schulden als genoemd in art. 1195 BW kan worden voldaan.

## 2.2. Premie verschuldigd over de periode gelegen tussen de faillissementsdatum en het ontslag.

Alvorens de positie van de premie verschuldigd over de periode gelegen tussen de faillissementsdatum en het ontslag van een werknemer te kunnen behandelen, dient op het begrip boedelschuld te worden ingegaan. Het begrip boedelschuld komt op enkele plaatsen in de Fw. voor, maar wordt in die wet niet gedefinieerd<sup>22</sup>. Boedelschulden kunnen worden gekenmerkt als schulden die pas ontstaan door of na faillietverklaring<sup>23</sup>. Een boedelschuld geeft een onmiddellijke aanspraak op de boedel en dient door de curator onmiddellijk uit de boedel te worden voldaan<sup>24</sup>. Voor zover de middelen niet toereikend zijn worden de boedelschuldeisers in beginsel naar evenredigheid van de grootte van hun vordering voldaan. De wet drukt dit als volgt uit: aan de boedelschuldeisers wordt 'ponds ponds gelijke betaald'<sup>25</sup>.

Voor de positie van de pensioenpremie verschuldigd over de periode gelegen tussen de faillissementsdatum en het ontslag van een werknemer is art. 40, lid 4 Fw. van belang. Dit artikellid bepaalt dat 'van de dag der faillietverklaring af... het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld' zijn. Om de positie van de pensioenpremie over de periode die het in dit onderdeel betreft te behandelen wordt wederom het in 2.1.3. gemaakte onderscheid naar de wijze van uitvoering van de pensioenregeling gemaakt.

In het geval waarin de pensioenregeling door een pensioenfonds of door een door de werkgever gesloten pensioenverzekeringsovereenkomst wordt uitgevoerd, geldt het werkgeversaandeel in de pensioenpremie als een met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschuld<sup>26</sup>. Het werkgeversaandeel in de premie kan dan ook als boedelschuld bij de curator worden geclaimd. Een eventueel werknemersdeel maakt onderdeel uit van het met de werknemer overeengekomen loon. Omdat het loon op grond van art. 40, lid 4 Fw. als boedelschuld dient te worden aangemerkt, geldt hetzelfde voor het werknemersdeel in de pensioenpremie.

Indien een pensioenregeling wordt uitgevoerd doordat de werkgever de werknemer in staat stelt zelf een pensioenverzekeringsovereenkomst te sluiten, maakt de pensioenpremie onderdeel uit van het loon en geldt op grond van art. 40, lid 4 als boedelschuld.

## 2.3. Pensioenpremie verschuldigd ten gevolge van ontslag.

Sinds 1 augustus 1987 bestaat op grond van de PSW en de op die wet gebaseerde Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW de verplichting bij ontslag voor de in de pensioenovereenkomst overeengekomen pensioendatum een tijds-evenredig ouderdomspensioen toe te kennen. Een uitzondering geldt voor beschikbare premieregelingen<sup>27</sup>. Zonodig dient het per de ontslagdatum gefinancierde ouderdomspensioen tot het tijdsevenredige pensioen te worden afgefinancierd. Vaak wordt in pensioenovereenkomsten een bepaling opgenomen die inhoudt dat ook het toegezegde weduwen-, weduwnaars- of partnerpensioen tot het tijdsevenredige niveau moet worden afgefinancierd. Een en ander heeft tot gevolg dat door het ontslag een wettelijke en een contractuele affinancieringsverplichting kunnen ontstaan<sup>28</sup>. Deze verplichtingen worden in dit onderdeel behandeld.

### 2.3.1. De wettelijke affinancieringsverplichting

Alvorens het karakter van de wettelijke affinancieringsverplichting te kunnen aangeven dient nader op het begrip boedelschuld te worden ingegaan. Boedelschulden kunnen worden onderscheiden in boedelschulden die

- rechtstreeks worden ontleend aan een wettelijke bepaling; en
- ontstaan door toedoen van de curator<sup>29</sup>.

17. Namelijk in de art. 108-137 Fw. Over de rangorderegeling: Van Buchem-Spapens, a.w., p. 78-81.

18. Zie art. 2, lid 1 PSW jo. art. 2, lid 4, onder B en art. 2, lid 4, onder C PSW. In de laatstgenoemde artikelen zijn de zogenaamde B-polis (de werkgever sluit verzekeringen) en de C-polis (de werknemer treedt zelf als verzekeringnemer op) geregeld.

19. Aldus L. Mok en Ph.H.J.G. van Huizen, *Pensioenverzekering*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, p. 27 en Lutjens, a.w., p. 421.

20. PG boek 3 NBW, blz. 879. Lutjens, a.w., blz. 421 suggereert dat de betreffende passage op het bepaalde onder e van toepassing is. Uit de tekst op blz. 879 blijkt echter dat zulks niet zonder meer het geval hoeft te zijn.

21. Aldus ook Lutjens, a.w., blz. 421. Lutjens wijst er op dat in de situatie waarin de werkgever het werknemersaandeel in de pensioenpremie op het loon van de werknemer inhoudt, maar deze premie niet aan de pensioenuitvoerder afdraagt, de werknemer een vordering tot voldoening van de premie behoudt. Voor deze vordering geldt onder het BW geen voorrecht. Onder het NBW geldt het voorrecht van art. 3:288.

22. De bedoelde plaatsen zijn de art. 28, lid 3; 39 en 40 Fw, vgl. Van Buchem-Spapens, a.w., blz. 67.

23. Vgl. HR 28 november 1930, NJ 1931, 253 (Teixeira de Mattos) en Hof 's-Gravenhage 21 mei 1965, NJ 1966, 274.

24. Aldus Polak, a.w., blz. 334 en Van Buchem-Spapens, a.w., blz. 67.

25. Zie art. 1178 BW en Polak, a.w., blz. 340-345 waar de onderlinge verhouding tussen de diverse boedelschulden wordt behandeld.

26. MvA op art. 40, lid 4 (en art. 239, lid 3) Fw, TK 1967-1968, 09 010, nr. 5, blz. 3.

27. Aldus de art. 9, lid 7 en 21 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW voor resp. B- en C-polissen.

28. Met betrekking tot de gevolgen van ontslag voor de pensioendatum verwijs ik naar P.A. Nouwen, TPV 1987, p. 3-5; J.A. Benders, *Maatregelen tegen de pensioenbreuk*, SMA 1987, p. 50-58; E. Lutjens, *Wijziging Pensioen- en spaarfondsenwet, TVVS 1987*, p. 68-71; G.V. Smittenaar, *De pensioen- en spaarfondsenwet gewijzigd*, De Beursbengel 1987, p. 426-427 en 482-483 en Lutjens, a.w., p. 561-571.

29. Polak, a.w., p. 334.

Omdat de wettelijke affinancieringsverplichting niet kan ontstaan dan nadat een pensioenovereenkomst is gesloten<sup>30</sup>, kan deze verplichting niet als een boedelschuld die rechtstreeks aan een wettelijke bepaling wordt ontleend worden aangemerkt. Omdat het ontslag plaatsheeft op instigatie van de curator kan de affinancieringsverplichting echter wel worden gekenmerkt als boedelschuld ontstaan door toedoen van de curator. Er is immers sprake van 'een verbintenis uit de wet ontstaan ten gevolge van het toedoen van de curator'<sup>31</sup>.

Aanknopingspunten voor deze opvatting kunnen aan de jurisprudentie op art. 40 Fw. worden ontleend. Uit de jurisprudentie volgt dat andere wettelijke rechten die ontstaan ten gevolge van ontslag als boedelschuld zijn erkend. Zo kan — a contrario — uit een vonnis van de Rb. Amsterdam worden afgeleid dat de vordering tot schadeloosstelling als bedoeld in de art. 1639r jo. 1639o BW in verband met ontslag als boedelschuld zou dienen te worden aangemerkt wanneer het ontslag na het intreden van het faillissement plaatsheeft<sup>32</sup>. Duidelijker spreekt de Rechtbank Amsterdam zich uit in 1981. De Rb. stelt dat de wettelijke vergoeding voor niet genoten vakantiedagen als boedelschuld dient te worden aangemerkt, wanneer de curator een werknemer ontslaat in verband met het faillissement van de werkgever waarbij de werknemer in dienst is. Hetzelfde geldt volgens de Rb. voor het wettelijk recht op vakantie-toeslag<sup>33</sup>. Uit een ander vonnis, wederom gewezen door de Rb. Amsterdam, volgt dat de wettelijke vergoeding als bedoeld in art. 10, lid 2 Rijsoctrooiwet als boedelschuld zou kunnen worden aangemerkt, wanneer een octrooi verleend is op een moment gelegen voor de datum van het faillissement en het ontslag van de werknemer die recht heeft op de vergoeding plaatsheeft na faillissement<sup>34</sup>.

In de hiervoor genoemde uitspraken betreft het rechten die op grond van een wettelijke bepaling ontstaan ten gevolge van ontslag. Wanneer moet worden aangenomen dat deze rechten als boedelschuld moeten worden aangemerkt, valt niet in te zien waarom dat met de wettelijke affinancieringsverplichting niet het geval zou zijn.

### 2.3.2. De contractuele affinancieringsverplichting

Een eventuele contractuele affinancieringsverplichting voor weduwen-, weduwnaars- of partnerpensioen kan eveneens als boedelschuld worden aangemerkt.

In de gevallen waarin kan worden aangenomen dat de pensioenovereenkomst onderdeel uitmaakt van de tussen werkgever en werknemer gesloten arbeidsovereenkomst valt de contractuele affinancieringsverplichting onder het in art. 40, lid 4 Fw. gehanteerde begrip 'met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschuld'<sup>35</sup>. De verplichting is aldus een boedelschuld die rechtstreeks op een wettelijke bepaling berust.

In geval moet worden aangenomen dat de pensioenovereenkomst geen onderdeel van de tussen werkgever en werknemer gesloten arbeidsovereenkomst uitmaakt, kan worden aangenomen dat de contractuele affinancieringsverplichting een boedelschuld ontstaan door toedoen van de curator is. Hij is immers degene die de werknemers het ontslag heeft aangezegd.

### 3. Slot

In dit artikel is ingegaan op de gevolgen van betalingsmoeilijkheden en faillissement voor een op basis van vrijwilligheid tot stand gekomen pensioenregeling. Daarbij bleek dat in bepaalde gevallen de pensioenpremie als bevoorrechte vordering bij de curator in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend. In andere gevallen kan de pensioenpremie zelfs als boedelschuld worden geclaimd. Ook rust op de Bedrijfsvereniging de verplichting betaling van pensioenpremie gedurende een bepaalde periode over te nemen. Van een werknemer kan in de meeste gevallen niet worden verwacht dat hij van dit alles op de hoogte is. Een goede werkgever zou in geval van faillissement van zijn onderneming de werknemers die bij hem in dienst zijn op de in dit artikel behandelde mogelijkheden moeten wijzen<sup>36</sup>.

30. Vgl. art. 2, lid 1 PSW.

31. Aldus letterlijk Polak, a.w., p. 335.

32. Rb. Amsterdam 8 sept. 1941, NJ 1942, 119. De bedoelde wettelijke regeling opgenomen in de art 1639r jo. 1639o betreft de door de werkgever verschuldigde schadeloosstelling in geval van ontslag op staande voet.

33. Zie Rb. Amsterdam 24 juni 1981, NJ 1984, 83.

34. Rb. Amsterdam 12 mei 1982, NJ 1984, 264.

35. De gevallen waarin de pensioenovereenkomst onderdeel uitmaakt van een arbeidsovereenkomst worden behandeld door E. Lutjens en B. Wessels, NJB 1987, p. 137-138.

36. Vgl. art. 1638z BW.