

De gevolgen van faillissement voor backservicepremie

Mr W.P.M. Thijssen¹

In geval van faillissement van een onderneming kan de curator overgaan tot het ontslag van de werknemers die in de onderneming werkzaam zijn. Het ontslag heeft gevolgen voor eventuele pensioenaanspraken die aan de werknemers zijn verleend². In dit artikel wordt ingegaan op de positie van pensioenpremie die ná faillissement verschuldigd wordt en betrekking heeft op pensioenaanspraken over dienstjaren die bij een werkgever zijn doorgebracht vóór de toekenning van de aanspraak. Dergelijke pensioenpremie wordt backservicepremie genoemd. Dit in tegenstelling tot premie verschuldigd voor de financiering van pensioenaanspraken over nog niet verstreken dienstjaren, die met de term coming service premie wordt aangeduid. Het gaat in dit artikel om aanspraken die worden ontleend aan een pensioenregeling die in het kader van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen werkgever(s) en werknemer(s) is overeengekomen. Pensioenregelingen die op grond van een wettelijke verplichting tot stand gekomen zijn, worden buiten beschouwing gelaten³.

1. De positie van pensioenpremie in faillissement

De positie van pensioenpremie in faillissement is in de literatuur op meerdere plaatsen behandeld⁴. In dit artikel kan dan ook met een korte beschrijving worden volstaan. Onderscheid kan worden gemaakt tussen pensioenpremie verschuldigd:

- over de periode tot aan de datum waartegen het faillissement wordt uitgesproken;
- gedurende de periode gelegen tussen de faillissementsdatum en de datum waarop een werknemer door de curator wordt ontslagen; en
- ten gevolge van het ontslag, de zogenaamde affinancieringspremie.

Ten aanzien van pensioenpremie verschuldigd over de periode tot de faillissementsdatum gold, voor zover de pensioenpremie onderdeel uitmaakte van het met de werkgever overeengekomen loon, het voorrecht van art. 1195, 6° van het oude Burgerlijk Wetboek (OBW)⁵. Pensioenpremie is in zijn geheel onderdeel van het tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon indien een pensioentoezegging wordt uitgevoerd door het sluiten van een verzekeringsovereenkomst als bedoeld in art. 2, lid 1 jo. 2, lid 4, onder C van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), waarbij de werknemer zelf als verzekeringnemer optreedt (de zogenaamde C-polis). Pensioenpremie is in de situatie waarin een pensioenregeling wordt uitgevoerd door het sluiten van een verzekeringsovereenkomst als bedoeld in art. 2, lid 1 jo. 2, lid 4, onder B van de PSW, waarbij de werkgever als verzekeringnemer optreedt (de zogenaamde B-polis), of door een pensioenfonds⁶ onderdeel van het loon voor zover de werk-

nemer een werknemersbijdrage verschuldigd is⁷. Voor door een werknemer zelf betaalde pensioenpremie, derhalve ook voor een werknemersbijdrage, gold eveneens het voorrecht van art. 1195, 6° van het OBW. Voor zover pensioenpremie door de werkgever aan een verzekeringsmaatschappij of een pensioenfonds verschuldigd was, was deze premie onder het oude recht slechts concurrent. Onder het huidige Burgerlijk Wetboek (BW) komt aan het werkgeversaandeel in de pensioenpremie wellicht het voorrecht van art. 3:288, onder e BW toe⁸. Deze regels gelden zowel voor pensioenpremie verschuldigd voor de financiering van pensioenaanspraken die betrekking hebben op toekomstige dienstjaren, als voor backservicepremie.

Ten aanzien van premie verschuldigd over de periode gelegen na het faillissement kan onderscheid worden gemaakt tussen coming service premie en backservicepremie. Coming service premie kan als boedelschuld worden aangemerkt⁹. Backservicepremie verschuldigd over de periode gelegen tussen de faillissementsdatum en de ontslagdatum en de periode gelegen na de ontslagdatum geeft aanleiding tot bijzondere problemen. Het bijzondere is dat backservice aanspraken kunnen worden gefinancierd door betaling van een bedrag ineens, of door het verrichten van gespreide betalingen tot aan de pensioendatum. Iets soortgelijks geldt voor een bijzondere vorm van backservice premie: de premie die verschuldigd kan zijn na ontslag. Daarom staat backservicepremie in dit artikel centraal¹⁰.

2. De positie van backservicepremie vervallen vóór ontslag in faillissement

Zoals in de inleiding op dit artikel werd gesteld, worden onder backservice pensioenaanspraken verstaan die worden ontleend aan dienstjaren die op het moment waarop de aanspraak wordt verleend reeds zijn verstreken¹¹. Er kunnen twee vormen van backservice-aanspraken worden onderscheiden:

- pensioenaanspraken verleend over dienstjaren gedurende welke tussen werkgever en werknemer nog geen pensioenovereenkomst tot stand gekomen is, de zogenaamde oneigenlijke backservice;
- pensioenaanspraken verleend over verstreken dienstjaren gedurende welke de pensioenovereenkomst bestond, de zogenaamde eigenlijke backservice¹².

In de praktijk komen twee verschillende wijzen van financiering van backservice-aanspraken voor, namelijk:

1. Mr W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering N.V. Met dank aan mr M.B.M. Willigers, werkzaam bij AEGON Levensverzekering N.V., voor het lezen van een eerder concept voor dit artikel.

- onmiddellijke affinanciering in het jaar waarin de aanspraken worden verleend; en
- geleidelijke financiering gedurende de periode gelegen tussen het moment waarop de backservice-aanspraken worden verleend en de voor de desbetreffende werknemer geldende pensioendatum¹³.

De methode van geleidelijke financiering van backservice-aanspraken wordt aangeduid met de term inhaalfinanciering¹⁴.

In dit onderdeel wordt nagegaan welke de positie van backservicepremie in faillissement is. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin een werkgever zich jegens zijn werknemers tot affinanciering van backservice heeft verplicht, en de situatie waarin backservice-aanspraken door middel van inhaalpremie worden gefinancierd.

2.1. Affinanciering van backservice

Indien een werkgever zich heeft verplicht backservice-aanspraken af te financieren in het jaar waarin deze aanspraken worden verleend, wordt het voor de backservice verschuldigde bedrag opeisbaar in het jaar waarin de aanspraak door de werkgever wordt verleend. In dit geval geldt voor de positie van de backservicepremie die opeisbaar wordt vóór de faillissementsdatum dat aan het werkgeversaandeel eventueel het voorrecht van art. 3:288 BW toekomt. Zo niet, dan is het werkgeversaandeel slechts concurrent. Op dit punt heeft de invoering van het nieuwe BW wellicht een wijziging tot gevolg gehad. Voor het werknemersaandeel in vóór faillissement opeisbaar geworden backservicepremie geldt het voorrecht voor loonschulden¹⁵. Na het faillissement kan slechts backservicepremie verschuldigd worden uit hoofde van backservice-aanspraken die zijn verleend vóór de faillissementsdatum. Zo kunnen werkgever en werknemer vóór de datum waarop de werkgever faillieert een salariswijziging zijn overeengekomen die tot gevolg heeft dat backservice-aanspraken ontstaan ná de faillissementsdatum. Een dergelijke salariswijziging kan - bijvoorbeeld - ook voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst die tot stand komt binnen de bedrijfstak waartoe de onderneming van de werkgever hoort. De vraag of dergelijke salariswijzigingen paulianus zijn laat ik hier onbeantwoord, omdat deze vraag evenzeer voor de coming service van belang is¹⁶. Het lijkt voor de hand te liggen dat de mate waarin de werkgever invloed heeft kunnen uitoefenen op de salariswijziging van evident belang is¹⁷.

In het kader van dit artikel is het van belang na te gaan welke positie de verplichting van een werkgever een backservicekoopsom te betalen inneemt, indien deze verplichting eerst na het faillissement opeisbaar wordt. Op grond van art. 6:40 BW wordt deze verbintenis opeisbaar per de faillissementsdatum. Rest de vraag hoe waardering van de betalingsverplichting dient plaats te hebben. Deze vraag kan worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in art. 131, lid 2 van de Faillissementswet (Fw). In art. 131, lid 2 Fw is bepaald dat:

- verbintenissen die binnen één jaar na de faillissementsdatum opeisbaar worden, worden geacht opeisbaar te zijn, op de datum waarop het faillissement wordt uitgesproken; en dat
- verbintenissen die na verloop van een jaar of langer na de faillissementsdatum opeisbaar worden, geacht wor-

den juist één jaar na de faillissementsdatum opeisbaar te zijn.

Aan de hand van de in art. 131, lid 2 Fw gegeven waarderingsregel kan worden bepaald voor welk bedrag de verplichting tot betaling van een backservicekoopsom over te gaan in faillissement in aanmerking kan worden genomen. Vervalt de verplichting tot betaling van een backservicekoopsom binnen één jaar na de faillissementsdatum, dan kan de vordering voor het nominaal verschuldigde bedrag worden geclaimd. In het geval waarin de vordering tot betaling van een backservicekoopsom pas een jaar of langer na de faillissementsdatum vervalt, dient de vordering in aanmerking te worden genomen voor de waarde per de datum precies één jaar na de faillissementsdatum. Dit betekent dat de backservicekoopsom contant gemaakt dient te worden naar laatstgenoemde datum.

In art. 131, lid 3 Fw is bepaald dat bij de berekening van de waarde van een vordering uitsluitend wordt "gelet op het tijdstip en de wijze van aflossing, het kansgenot, waar dit bestaat, en, indien de vordering rentedragend is, op den bedongen rentevoet". Deze bepaling brengt naar mijn mening mee dat bij het content maken van de verplichting tot betaling van de backservice-koopsom dient te worden uitgegaan van de grondslagen waarop de backservice-koopsom is berekend¹⁸.

2.2 Inhaalfinanciering van backservice

Indien voor de financiering van backservice-aanspraken inhaalfinanciering is overeengekomen, is de verbintenis die de werkgever verplicht tot betaling van de inhaalpremie een vordering die recht geeft op periodieke uitkeringen als bedoeld in art. 131 Fw Op grond van art. 6:40 van het BW wordt deze verbintenis, voor zover nog niet voldaan, opeisbaar op de faillissementsdatum. De constante waarde van de door de werkgever te betalen inhaalpremies kan op grond van art. 131, lid 1 Fw bij de curator worden geclaimd. Wat een eventueel voorrecht betreft, gelden de regels voor vervallen pensioenpremies over de periode gelegen vóór het faillissement¹⁹.

In 2.1 bleek dat het mogelijk is dat backservicerechten ontstaan ná de datum van het faillissement, bijvoorbeeld omdat een wijziging van het pensioengevend inkomen vóór de faillissementsdatum is overeengekomen. In die situatie is de inhaalpremie voor de eerste maal verschuldigd vanaf een datum gelegen na de faillissementsdatum. Voor dergelijke situaties voorziet art. 131, lid 2 van de Fw in een regeling. De in dat lid opgenomen regeling houdt de fictie in dat in het geval waarin de (eerste) inhaalpremie binnen één jaar na de faillissementsdatum verschuldigd wordt, de verbintenis die tot betaling van inhaalpremie verplicht op de faillissementsdatum vervalt. De verbintenis die tot betaling van inhaalpremie verplicht is een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling. Vervalt deze verbintenis binnen één jaar na de faillissementsdatum, dan dient deze verbintenis op grond van art. 131, lid 1 Fw contant te worden gemaakt per de faillissementsdatum. In de situatie waarin de (eerste) inhaalpremie een jaar of langer na de faillissementsdatum vervalt, wordt de verbintenis die tot betaling van de inhaalpremie verplicht geacht precies één jaar na de faillissementsdatum te vervallen. De inhaalpremie dient alsdan contant te worden gemaakt per de datum gelegen één jaar na de faillissementsdatum²⁰.

3. Affinanciering van pensioenaanspraken in geval van ontslag voor de pensioendatum

De zogenaamde interimmaatregel pensioenbreuk van 1987²¹, die heeft geleid tot de ingrijpende wijziging van de PSW per 1 augustus van dat jaar²², heeft tot gevolg dat in geval van ontslag van een werknemer vóór de overeengekomen pensioendatum de werkgever verplicht is de aanspraken op ouderdomspensioenen van die werknemer zo nodig ten minste tot het tijdsevenredige niveau af te financieren²³. Deze wettelijke regeling heeft tot gevolg dat de aanspraak op ouderdomspensioenen onafhankelijk is van het voor de financiering van de pensioenregeling overeengekomen systeem²⁴.

In de PSW en de Regelen verzekeringsovereenkomst PSW (de Regelen) is een definitie opgenomen van het begrip tijdsevenredige pensioen. Het tijdsevenredige pensioen is gedefinieerd als het:

- bij ongewijzigde voortzetting van het deelnemerschap aan de pensioenregeling tot aan de pensioendatum te bereiken pensioen;
- verminderd met
- het pensioen dat de ontslagen werknemer zou kunnen opbouwen door op de ontslagdatum in dienst te treden en het deelnemerschap tot aan de pensioendatum voort te zetten²⁵.

De berekening van het tijdsevenredige recht is een momentopname: uitgangspunt zijn de op de ontslagdatum geldende pensioenregeling en de op die datum geldende persoonsgebonden factoren, zoals salaris, deeltijdpercentage en dergelijke²⁶. Financiering van het ouderdomspensioen tot het tijdsevenredige pensioen kan, indien het premievrije ouderdomspensioen op de ontslagdatum minder bedraagt dan het tijdsevenredige ouderdomspensioen, plaatshebben door maandelijks een evenredig deel van het verschil tussen het tijdsevenredige en het premievrije ouderdomspensioen bij te verzekeren²⁷. Deze wijze van (uitgestelde) financiering wordt in de praktijk bijfinanciering genoemd²⁸. Bijfinanciering volgens het wettelijke systeem houdt in dat de werkgever jegens de ontslagen werknemer verplicht is maandelijks een evenredig deel van het verschil tussen het tijdsevenredige en het premievrije ouderdomspensioen in te kopen. Het staat werknemer en werkgever vrij overeen te komen dat affinanciering sneller zal plaatshebben, bijvoorbeeld door in plaats van maandelijks jaarlijks een evenredig deel (of meer) van het hiervoor bedoelde verschil bij te verzekeren. Ook is het mogelijk ouderdomspensioen per de ontslagdatum door betaling van een bedrag ineens af te financieren.

Bij de behandeling in de Tweedekamer van de interimmaatregel pensioenbreuk is erop gewezen dat in geval van faillissement van de onderneming die tot affinanciering verplicht is, wanneer bij ontslag door betaling van een bedrag ineens wordt afgefinancierd, vóór het faillissement ontslagen werknemers in beginsel een betere positie innemen dan werknemers die op de datum van het faillissement nog in dienst zijn. Die laatste groep moet immers afwachten of hun vordering tot affinanciering zal worden voldaan²⁹.

Ten aanzien van weduwen- en weduwnaarspensioenen bepalen de PSW en de Regelen dat bij ontslag van een werknemer vóór de voor hem geldende pensioendatum een "naar redelijkheid" vast te stellen aanspraak dient te

worden toegekend³⁰. Over de interpretatie van dit wettelijke voorschrift bestaat geen duidelijkheid. De Memorie van Toelichting stelt dat het beginsel van de tijdsevenredigheid niet zonder meer kan worden toegepast op weduwen- of weduwnaarspensioenen. Weduwen- en weduwnaarspensioenen zouden in te veel varianten voorkomen³¹. Benders is van mening dat de wetgever geen kleur heeft willen bekennen door geen duidelijkheid te scheppen ten aanzien van de vraag wat in de gewijzigde PSW onder een "redelijk" weduwen- of weduwnaarspensioen moet worden verstaan. Hij is van mening dat ook het weduwen- of weduwnaarspensioen op basis van tijdsevenredigheid zou kunnen worden toegekend³². Lutjens laat zich aanvankelijk niet uit over het probleem dat hier aan de orde is³³. In zijn proefschrift stelt Lutjens echter dat toekenning van een redelijke aanspraak op weduwen- en weduwnaarspensioenen inhoudt dat de verhouding van ouderdomspensioenen en weduwen- of weduwnaarspensioenen zoals die in de betreffende pensioenregeling is vastgelegd, zou moeten worden gehandhaafd³⁴. Smittenaar maakt voorzichtig de keuze voor vaststelling van weduwen- en weduwnaarspensioenen op basis van het tijdsevenredige principe: "naar redelijkheid zou nu ook tijdsevenredig kunnen betekenen"³⁵. Mol lijkt vaststelling van weduwen- en weduwnaarspensioenen op basis van het tijdsevenredige principe te verwerpen. Deze auteur geeft echter geen concreet alternatief³⁶. Naar mijn mening is vaststelling van het weduwen- of weduwnaarspensioen volgens het tijdsevenredige principe in geval van ontslag voor de overeengekomen pensioendatum in elk geval "redelijk", nu de wetgever dwingend heeft voorgeschreven dat ouderdomspensioen bij tussentijds ontslag volgens dit principe moet worden vastgesteld. Andere wijzen van vaststelling van weduwen- of weduwnaarspensioenen in geval van tussentijds ontslag hoeven echter niet zonder meer onredelijk te zijn. In veel gevallen wordt van het "premielvrije" weduwen- of weduwnaarspensioen uitgegaan. Het premievrije pensioen is het op de ontslagdatum op basis van de alsdan betaalde bedragen gevormde pensioen. De hoogte van de ontslagaanpakken hangt af van de wijze waarop de uitvoerder van de desbetreffende pensioenregeling de premievrije aanspraken vaststelt. Tulfer stelt dat de situatie zich zou kunnen voordoen dat de financiële dekking van een pensioenregeling niet in overeenstemming is met het voorgeschreven kapitaaldekkingssysteem³⁷.

4. De positie van backservicepremie in faillissement vervallen na ontslag

De interimmaatregel pensioenbreuk die hiervoor onder 3 werd behandeld, houdt de wettelijke verplichting in een aanspraak op ouderdomspensioenen tot het tijdsevenredige niveau af te financieren. De voor de affinanciering verschuldigde premie dient als backservicepremie te worden beschouwd. In dit onderdeel wordt de positie van deze vorm van backservicepremie behandeld. Ook de affinancieringspremie voor weduwen- of weduwnaarspensioenen die een werkgever verschuldigd kan zijn, wordt behandeld. Bij de behandeling zal blijken of uit hoofde van een wettelijke verplichting verschuldigde backservicepremie in faillissement een andere positie inneemt dan contractueel verschuldigde backservicepremie.

4.1. De positie van affinancieringspremie in faillissement

In de literatuur is het standpunt ingenomen dat affinancieringspremie verschuldigd ten gevolge van ontslag ná faillissement als boedelschuld dient te worden aangemerkt. Als aanknopingspunt voor deze stelling kan art. 40 Fw worden gehanteerd. In dit onderdeel wordt ingegaan op jurisprudentie die het ingenomen standpunt steunt³⁸.

Het eerste aanknopingspunt is de wettelijke regeling met betrekking tot de schadeloosstelling bij ontslag op staande voet³⁹. De verbintenis die een werkgever tot betaling van zo'n schadeloosstelling verplicht dient als boedelschuld te worden gekwalificeerd. Deze stelling kan met behulp van een a contrario redenering worden verdedigd op basis van het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 8 september 1941, NJ 1942, 119. In casu was sprake van een onrechtmatig ontslag dat plaatshad vóór het faillissement⁴⁰. De rechtbank overwoog:

"dat derhalve moet worden onderzocht, of zulke vorderingen, indien gefundeerd, behooren tot de boedelschulden;

O. dat het hier c.q. betreft vorderingen, ontstaan en opeischbaar geworden vóór de uitspraak van het faillissement, waaromtrent de wet ook niet uitdrukkelijk bepaalt, dat zij boedelschuld zijn, zoodat er naar Ons oordeel geen grond bestaat die vorderingen – zoo zij al bestaan – aan te merken als boedelschuld"⁴¹.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de wettelijke schadeloosstelling wél als boedelschuld kan worden aangemerkt, indien een ontslag dat tot schadeplichtigheid leidt ná faillissement wordt gegeven. Een vordering ontstaan vóór faillissement kan in de opvatting van de rechtbank slechts als boedelschuld worden aangemerkt, indien zulks uitdrukkelijk uit een wettelijke bepaling zou blijken. Ook Polak gaat uit van de opvatting dat de wettelijke schadeloosstelling van art. 1639o en 1639r BW boedelschuld is. Deze auteur haalt om dit standpunt te onderbouwen twee oude rechtbankuitspraken aan⁴². Ook Dorhout Mees merkt de wettelijke schadevergoedingsplicht als boedelschuld aan⁴³.

Een tweede aanknopingspunt is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 24 juni 1981, NJ 1984, 83 inzake het wettelijk recht op vakantietoelage en de wettelijke vergoeding voor niet opgenomen vakantiedagen in geval van ontslag na faillissement. Wat de vergoeding voor niet opgenomen vakantiedagen betreft werd door de curator gesteld dat deze vergoeding niet als "loon" kan worden aangemerkt. De rechtbank

"deelt dit standpunt van de curator niet. Het verschaffen van vakantiedagen is immers een tegenprestatie van de werkgever tegenover de geleverde arbeidsprestatie van de werknemer. Wanneer deze tegenprestatie door de beëindiging van het dienstverband niet meer door de werkgever geleverd kan worden, lost deze zich op in een geldelijke vergoeding, die het karakter van loonbetaling heeft"⁴⁴.

Uit de aangehaalde overweging van de rechtbank kan worden afgeleid dat de wettelijke verplichting niet opgenomen vakantiedagen te vergoeden onderdeel van de loonvordering uitmaakt en derhalve als boedelschuld moet worden aangemerkt. De vakantietoelage is, aldus de rechtbank, slechts boedelschuld voor zover ontleend aan

de periode tussen de datum van faillissement en het ontslag⁴⁵.

Een derde aanknopingspunt is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 12 mei 1982, NJ 1984, 264 inzake de te betalen vergoeding aan de werknemer die een uitvinding heeft gedaan waarvoor aan zijn werkgever een octrooi is verleend. De Rechtbank besliste dat de wettelijke vergoeding waarop de werknemer krachtens de Rijks-octrooiwet recht had niet als boedelschuld kon worden aangemerkt omdat het doen van uitvindingen niet tot de voor de werknemer gebruikelijke werkzaamheden behoorde⁴⁶. De vergoeding zou derhalve wél als boedelschuld kunnen worden aangemerkt, indien het doen van uitvindingen onderdeel uitmaakt van de aan de werknemer opgedragen arbeid⁴⁷.

De wetsgeschiedenis van art. 40 Fw duidt er op dat het begrip "met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden" in de wet is ingevoerd om een verruiming tot stand te brengen⁴⁸. Er is geen aanleiding een beperking aan te brengen in die zin dat contractueel na het faillissement verschuldigd geworden pensioenpremie wél, maar op grond van een wettelijke bepaling na het faillissement verschuldigd geworden pensioenpremie niet als boedelschuld zou moeten worden aangemerkt.

Vermelding verdient nog het arrest van de HR van 12 januari 1990, NJ 1990, 662 inzake Van der Kooi/De Kort en Grosheide q.q. Het arrest is gewezen in het kader van de afwikkeling van het faillissement van Papierfabrieken Van Gelder & Zonen N.V. De HR stelt dat de regeling van art. 40 Fw berust op een afweging van de belangen van de werknemers en de crediteuren die bij het faillissement betrokken zijn⁴⁹. Deze belangenafweging brengt mee dat uit een overeenkomst

"die de *strekking* (curs. WT) heeft om, ook terzake van na de faillietverklaring door de curator gegeven ontslagen, aan de werknemers een vergoeding voor door hen als gevolg van het ontslag, en derhalve na de faillietverklaring, geleden nadeel toe te kennen"

geen boedelschuld kan ontstaan⁵⁰. Uit dit arrest volgt naar mijn mening in het algemeen niet dat pensioenpremie verschuldigd uit hoofde van een pensioenovereenkomst geen boedelschuld zou kunnen zijn. Een pensioenovereenkomst wordt immers in het algemeen niet aangegaan met het oogmerk mogelijke nadelen ten gevolge van mogelijk ontslag te compenseren. Voor de wettelijk verschuldigde affinancieringspremie is het arrest overigens zonder meer niet van belang. Die premie is immers niet uit hoofde van een overeenkomst, maar op grond van de wet verschuldigd.

4.2. De positie van bijfinancieringspremie in faillissement

In onderdeel 2 bleek dat backservicepremie kan worden voldaan door betaling van een koopsom of door middel van inhaalfinanciering. Zoals bij de behandeling van de interimmaatregel pensioenbreuk in onderdeel 3 bleek, geldt voor ná ontslag te betalen pensioenpremie een soortgelijke regeling. In dit onderdeel komt de positie in faillissement van de op grond van de wetwijziging in 1987 en de op grond van de pensioenovereenkomst te betalen bijfinancieringspremie aan de orde.

4.2.1. De regeling van art. 6:40 (6.1.6.10) van het Burgerlijk Wetboek en art. 131 van de Faillissementswet

In 4.1. is getracht aan te tonen dat affinancieringspremie moet worden beschouwd als boedelschuld. Bij de uitwerking van de opvatting dat affinancieringspremie boedelschuld is, is er min of meer stilzwijgend van uitgegaan dat de werkgever zich jegens zijn werknemers in de pensioenovereenkomst had verplicht tot affinanciering door middel van betaling van een bedrag ineens per de ontslagdatum. In onderdeel 3 bleek dat deze "snellere" wijze van affinanciering dan affinanciering volgens de wettelijke minimumregeling is toegestaan⁵¹.

In dit onderdeel wordt ingegaan op de positie van bijfinancieringspremie in faillissement. Uitgangspunt daarbij is dat werkgever en werknemer bijfinanciering volgens het wettelijke minimumsysteem zijn overeengekomen⁵². Met andere woorden: welke waarde dient in een faillissementssituatie aan de bijfinancieringsverplichting te worden toegekend⁵³? Voor de beantwoording van deze vraag is het noodzakelijk de wettelijke bijfinancieringsverplichting nader te kwalificeren. De verbintenis die een werkgever tot bijfinanciering verplicht is, in civielrechtelijke terminologie, een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling. De opeisbaarheid van de verbintenis die tot bijfinanciering verplicht is opgeschort, steeds tot een maand is verstreken, wanneer weer een gedeelte van de bijfinancieringspremie opeisbaar wordt⁵⁴.

Met betrekking tot een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling zijn de art. 6:39 en 6:40 van het BW van belang. Deze artikelen luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

Art. 6:39, lid 1. Is . . . een tijd voor de nakoming bepaald, dan wordt vermoed dat dit slechts belet dat eerdere nakoming wordt gevorderd.

lid 2. Betaling voor de vervaldag geldt niet als onverschuldigd.

Art. 6:40. De schuldenaar kan de tijdsbepaling niet meer inroepen:

a. wanneer hij in staat van faillissement is verklaard . . .⁵⁵

In pensioenverhoudingen brengt het bepaalde in art. 6:39 BW mee dat ervan dient te worden uitgegaan dat de opschortende tijdsbepaling die is verbonden aan de bijfinancieringsverplichting uitsluitend het belang van de werkgever dient. Een werknemer is immers gebaat bij eerdere affinanciering juist in verband met het risico dat de werkgever failliet⁵⁶. Nakoming van de bijfinancieringsverplichting vóór het verstrijken van de in art. 8, lid 4 van de PSW dan wel art. 9, lid 4 van de Regelen genoemde termijn kan niet worden geweigerd, tenzij wordt aangetoond dat de ontslagen werknemer het recht heeft nakoming vóór het verstrijken van de wettelijke termijn te weigeren⁵⁷. In het geval waarin geen recht bestaat nakoming voor het verstrijken van de termijn te weigeren, kan "te vroeg" betaalde premie niet als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.

Voor het onderwerp van dit artikel is het bepaalde in art. 6:40, onder a van het BW van belang. De in dat artikel opgenomen regeling houdt in dat een niet-opeisbare verbintenis op de datum waarop het faillissement van een schuldenaar wordt uitgesproken, opeisbaar wordt⁵⁸.

Art. 131 Fw geeft een nadere uitwerking van het bepaalde in art. 6:40 BW. Wat de verhouding tussen de twee ge-

noemde artikelen betreft: art. 6:40 BW bepaalt dat de verbintenis die tot bijfinanciering verplicht ten gevolge van het faillissement opeisbaar wordt. Art. 131 Fw regelt de *waardering* van de bijfinancieringsverplichting in faillissement⁵⁹. Aan de hand van het bepaalde in art. 131 Fw moet worden nagegaan hoe groot het aan bijfinancieringspremie te vorderen bedrag in een bepaald geval is.

Van Buchem-Spapens maakt onderscheid tussen vier soorten vorderingen waarvoor art. 131 Fw een regeling voor de waardering geeft⁶⁰. Deze vorderingen zijn:

- vorderingen waarvan het tijdstip van opeisbaarheid onzeker is;
- vorderingen die recht geven op een periodieke uitkering;
- vorderingen die binnen één jaar na de dag waarop het faillissement is aangevangen opeisbaar worden; en
- vorderingen die meer dan één jaar na de dag van aanvang van het faillissement vervallen.

De verbintenis die tot bijfinanciering volgens het minimumsysteem van art. 8 PSW of art. 9 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW verplicht, geeft gedurende de periode gelegen tussen de ontslagdatum van een werknemer en de voor die werknemer geldende pensioendatum maandelijks recht op inkoop van een evenredig gedeelte van het verschil tussen het per de ontslagdatum berekende tijdsevenredige pensioen, en het per die datum premievrij verzekerde pensioen⁶¹. Voor de toepassing van art. 131 Fw is het van belang te bepalen of de bijfinancieringsverplichting dient te worden gekwalificeerd als een verbintenis die (tijdelijk) recht geeft op een periodieke uitkering, of dat deze verbintenis gedeeltelijk kan worden beschouwd als een verbintenis die binnen één jaar na de faillissementsdatum opeisbaar wordt. In het eerste geval is namelijk het bepaalde in art. 131, lid 1 van de Fw van toepassing, in het tweede geval is art. 131, lid 2 de toepasselijke regel.

Als voorbeeld van vorderingen die recht geven op een periodieke uitkering noemt Polak de gevestigde of altijddurende rente, de lijfrente en in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen⁶². Als voorbeeld van verbintenissen die binnen één jaar na de faillissementsdatum of op een later gelegen tijdstip kunnen vervallen noemt deze auteur "wissels en orderbriefjes, ten laste van den gefailleerde loopende, geldleningen op korten termijn, vorderingen op jaarrekening te betalen"⁶³.

4.2.2. Toepassing van de Faillissementswet op bijfinancieringspremie

Mede gezien de in de literatuur genoemde voorbeelden dient de bijfinancieringsverplichting te worden gekwalificeerd als een verbintenis die recht geeft op een periodieke uitkering, namelijk betaling van de bijfinancieringspremie. Een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling is immers een verbintenis die ten volle bestaat, maar waaraan slechts de opeisbaarheid ontbreekt⁶⁴. Waardering van de bijfinancieringsverplichting heeft in deze visie plaats volgens het bepaalde in art. 131, lid 1 jo. lid 3 Fw. De waarde wordt vastgesteld door de verplichting de periodieke betalingen te verrichten contant te maken naar de dag van de faillietverklaring. De contante waarde wordt berekend met inachtneming van een redelijke rentevoet⁶⁵. Voor pensioenregelingen die bij een pensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij zijn verzekerd, kan

de bijfinancieringsverplichting contant worden gemaakt door het pensioenfonds of de verzekeringsmaatschappij het bedrag te doen berekenen dat nodig is om het tijds-evenredige pensioen te kunnen verzekeren. Het pensioenfonds of de verzekeringsmaatschappij zal bij de berekening uit moeten gaan van de grondslagen die in de met de gefailleerde gesloten pensioenverzekeringsovereenkomst zijn opgenomen⁶⁶.

5. Een novum: het arrest van de Hoge Raad inzake De Ranitz en De Leeuw q.q./Ontvanger der Directe Belastingen

Door de Hoge Raad is in 1990 een arrest gewezen waarin voor het concrete geval werd beslist of een bepaalde schuld die ná faillissement is ontstaan als boedelschuld dient te worden aangemerkt⁶⁷. Van meer belang voor het onderwerp van dit artikel is dat de HR in het bedoelde arrest de vraag heeft beantwoord of tussen boedelschulden onderling de wettelijke rangorderegeling geldt⁶⁸. In de literatuur werd wel aangenomen dat de wettelijke rangorderegeling van art. 1185 van het OBW óók op boedelschulden onderling van toepassing was⁶⁹. De vraagstelling heeft door invoering van het nieuwe BW geen principiële wijziging ondergaan. Ook de Rechtbank Rotterdam heeft in een vonnis uit 1985 in de hiervoor bedoelde zin beslist⁷⁰. Zekerheid ten aanzien van het antwoord op deze vraag bestond echter niet⁷¹.

5.1. De casus

De HR wees het arrest De Ranitz en De Leeuw q.q./Ontvanger in het kader van de afwikkeling van het faillissement van Ladder- en Trappenfabriek Centrum Beheer B.V. Deze Ladder- en Trappenfabriek had voor de aanschaf van bepaalde activa die tot haar boedel behoorden een investeringsbijdrage genoten⁷². Nadat het faillissement was uitgesproken, werden onder andere deze boedelbestanddelen door de curatoren aan derden verkocht⁷³. Deze verkoop was aanleiding voor de ontvanger der Directe Belastingen een aanslag vennootschapsbelasting op te leggen gericht op terugbetaling van de in het verleden verleende investeringsbijdragen⁷⁴. In cassatie werden aan de HR de volgende vragen voorgelegd.

1. Dient de wettelijke verplichting die inhoudt dat de investeringsbijdragen moeten worden terugbetaald als boedelschuld te worden aangemerkt?
 2. Geldt voor boedelschulden de wettelijke rangorderegeling van art. 1178 van het OBW?
 3. Moeten de algemene faillissementskosten bij voorrang boven alle andere boedelschulden worden voldaan⁷⁵?
- De procedure was opgezet als een proefproces⁷⁶.

5.2. De uitspraak van de Hoge Raad

De hiervoor gestelde vragen werden door de HR duidelijk beantwoord zodat de door de rechtspraak verlangde duidelijkheid is ontstaan.

Op de eerste vraag antwoordde de HR dat de wettelijke verplichting de hiervoor bedoelde investeringsbijdrage, waarop recht bestond vóór de faillissementsdatum, terug te betalen na vervreemding van de goederen waarvoor de bijdrage was toegekend als boedelschuld dient te worden aangemerkt⁷⁷. De vraag rijst of geheel in het algemeen kan worden gesteld dat in het geval waarin ná het fail-

lissement van de krediteur uit hoofde van een verbintenis die reeds vóór het faillissement bestond een wettelijke verplichting ontstaat ten gevolge van een door de curator(en) verrichte rechtshandeling, die verplichting als boedelschuld moet worden aangemerkt. Het antwoord op deze vraag is echter in het kader van dit artikel niet van belang. De verbintenis die een werkgever tot betaling van pensioenpremie verplicht in geval van een op vrijwillige basis tot stand gekomen pensioenregeling berust immers op een overeenkomst⁷⁸. De vraag zou wél van belang kunnen zijn in het kader van een wettelijke beroepspensioenregeling⁷⁹ of de pensioenregeling van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds⁸⁰. De verbintenis die een werkgever tot betaling van affinancieringspremie verplicht ontstaat pas ná het faillissement wanneer het de curator is die tot ontslag overgaat. De beslissing van de HR geeft dan ook geen duidelijkheid voor de positie van affinancieringspremie in faillissement.

De tweede vraag die door de HR is beantwoord is de vraag of boedelschulden "ponds ponds gelijke"⁸¹ moeten worden voldaan, of dat de wettelijke rangorderegeling ook op boedelschulden van toepassing is⁸². De HR gaf een onduidelijk antwoord. De wettelijke rangorderegeling, als onder andere opgenomen in art. 1178 van het OBW is ook op boedelschulden van toepassing⁸³. De HR overwoog: "Zo het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen" moeten "die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld. . . worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang"⁸⁴. De uitspraak van de HR heeft naar moet worden aangenomen haar belang onder het nieuwe recht volledig behouden. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat het nieuwe recht op het punt dat hier aan de orde is niet afwijkt van het oude recht⁸⁵. Ten aanzien van de derde vraag, de vraag naar de positie van de algemene faillissementskosten⁸⁶, stelde de HR: de rangorderegeling "is niet alleen van belang voor de voorrechten van de ontvanger en de bedrijfsvereniging, doch bepaalt ook de rang die toekomt aan hetgeen in geval van faillissement kan gelden als kosten van uitwinning en boedelredding, bedoeld in art. 1195 onder 1° BW, dan wel - in het tot een gelijk resultaat leidend stelsel van titel 10 van Boek 3 nieuw BW - als kosten van executie en vereffening die zijn gemaakt, en vooraf uit de opbrengst moeten worden voldaan, teneinde de "netto-opbrengst" te verkrijgen, die onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers moet worden verdeeld. Onder die kosten vallen in elk geval het salaris en de verschotten van curatoren, zoals ook strookt met het bepaalde in art. 250 Fw"⁸⁷.

5.3. Gevolgen van het arrest van de Hoge Raad voor de positie van pensioenpremie in faillissement

In de voorafgaande onderdelen van dit artikel bleek welke vormen van pensioenpremie als boedelschuld kunnen worden aangemerkt. Pensioenpremie vervallen na faillissement geldt als boedelschuld. Voorts geldt pensioenpremie verschuldigd ten gevolge van ontslag als boedelschuld, indien het ontslag door de curator is aangezegd⁸⁸. Ervan uitgaande dat deze pensioenpremie als boedelschuld moet worden aangemerkt, is het van belang na te gaan welke de gevolgen van het hiervoor bedoelde arrest van de HR zijn. In het kader van de afwikkeling van een

faillissement moet worden nagegaan of aan pensioenpremie, die als boedelschuld kan worden aangemerkt, een voorrecht toekomt, en zo ja, welke positie de pensioenpremie inneemt. Het antwoord op deze vragen is af te leiden uit hetgeen in onderdeel 1 bleek ten aanzien van de premie verschuldigd over de periode gelegen tussen het moment waarop betalingsachterstand optreedt en het faillissement⁸⁹.

Nu ervan moet worden uitgegaan dat boedelschulden niet "ponds ponds gelijke" maar met inachtneming van de wettelijke rangorderegeling moeten worden voldaan, is het belang van de constatering dat de premie verschuldigd tussen de faillissementsdatum en de ontslagdatum en de premie verschuldigd vanaf de ontslagdatum boedelschuld is, in de meeste gevallen afgenomen. Vaak zijn de voor de voldoening van de schulden beschikbare middelen ontoereikend in verband met de hoog preferente boedelschulden jegens de fiscus en de bedrijfsvereniging⁹⁰. Men dient hierbij echter te bedenken dat de boedelvordering van de bedrijfsvereniging ontstaan door toepassing van de subrogatieregeling van art. 66 lid 1 Werkloosheidswet (WW)⁹¹ niet hoog preferent is, maar dezelfde preferentie heeft als de door mij als boedelschuld aangemerkte pensioenpremies. In het faillissement van de Ladder- en Trappenfabriek, dat tot het hier behandelde arrest heeft geleid, was de vordering van de bedrijfsvereniging groter dan de voor voldoening van de schulden beschikbare middelen⁹². Zowel de schulden jegens de bedrijfsvereniging als de schulden jegens de ontslagen werknemers konden dan ook niet volledig worden voldaan.

6. Samenvatting

In dit artikel over de positie van backservicepremie in faillissement is in de onderdelen 1 en 3 op pensioenpremie in het algemeen ingegaan. In het eerste onderdeel is daarbij kort aangegeven welke de positie van andere dan backservicepremie in faillissement is.

De onderdelen 2 en 3 bevatten een beschouwing over de positie van backservicepremie. In beide onderdelen wordt onderscheid gemaakt tussen backservicepremie die door betaling van een koopsom en backservicepremie die door uitgestelde financiering tot aan de voor de betrokkene geldende pensioendatum werd voldaan. Daarbij is voor de ten gevolge van ontslag verschuldigde backservicepremie een beperking aangebracht tot het wettelijk minimumsysteem van bijfinanciering. De belangrijkste conclusie was dat ten gevolge van faillissement de bijfinancieringspremie op de faillissementsdatum in zijn geheel opeisbaar wordt. De regeling in de Faillissementswet voor het waarden van verbintenissen die recht geven op periodieke betalingen brengt mee dat de contante waarde van de te betalen bijfinancieringspremie als boedelschuld kan worden geclaimd. Het onderscheid bleek van belang te zijn in verband met de waardering van de vordering in faillissement. Inhaalpremie die vóór faillissement opeisbaar wordt, neemt dezelfde positie in als coming service premie die vereist vóór faillissement. Inhaalpremie die ná faillissement opeisbaar wordt, wordt ten gevolge van het faillissement opeisbaar per faillissementsdatum.

De in de Faillissementswet opgenomen waarderingsregeling brengt mee dat in het geval waarin de verbintenis die verplicht tot periodieke betaling van inhaalpremie binnen

één jaar na het faillissement vervalt, deze verbintenis contant gemaakt wordt naar de faillissementsdatum. Indien de hiervoor bedoelde verbintenis pas één jaar of langer na de faillissementsdatum opeisbaar wordt, wordt de verbintenis contant gemaakt naar de waarde op de datum gelegen één jaar na de datum waarop de werkgever is gefailleerd. De conclusie kan dan ook worden getrokken dat de rechtspositie van een (ontslagen) werknemer die recht heeft op onmiddellijke affinanciering van backservice-aanspraken in beginsel een betere is.

Om het praktische belang van de beschouwingen te bepalen is ingegaan op het arrest van de HR van 28 september 1990, NJ 1991, 305 met noot Van Schilfgaarde inzake De Ranitz en De Leeuw q.q./Ontvanger behandeld. In dit arrest besliste de HR dat de wettelijke rangorderegeling voor schulden in faillissement óók geldt voor boedelschulden. Het gevolg van deze uitspraak is dat het belang van de constatering dat pensioenpremie vervallen na de faillissementsdatum als boedelschuld dient te worden aangemerkt, is afgenomen. De boedelschulden die door de fiscus en de bedrijfsvereniging worden geclaimd zijn in de praktijk verreweg het grootst. Omdat sommige van deze boedelschulden een zeer hoge preferentie hebben, kunnen de overige boedelschulden in veel gevallen niet meer worden voldaan. Ervan uitgaande dat deze hoog preferente schulden jegens fiscus en bedrijfsvereniging groter zijn dan de als boedelschuld te claimen pensioenpremie, kan worden gesteld dat toepassing van de wettelijke rangorderegeling tot gevolg heeft dat bij een tekort het gedeelte van de pensioenpremie dat kan worden voldaan is afgenomen. Men dient echter te bedenken dat de boedelvordering van de bedrijfsvereniging uit hoofde van de subrogatieregeling van de WW dezelfde positie inneemt als de door mij als boedelschuld gekwalificeerde pensioenpremies.

2. Hierover W.P.M. Thijssen, Pensioen en faillissement, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken (TPV) 1990, p. 80-83.

3. Zie W.P.M. Thijssen, TPV 1990, p. 80-83.

4. Zie onder andere het preadvies van W.M. Levelt-Overmars in de Handelingen 1986 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 1, p. 152-155; P.M. Tulfers, Pensioenen, Kluwer, Deventer, 1986, p. 111-113; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, diss. 1989, p. 413-424 en W.P.M. Thijssen, TPV 1990, p. 80-83.

5. Dit voorrecht is onder het huidige recht blijven bestaan, zie art. 3:288 (3.10.4.1.), onder e van het BW.

6. In verband met pensioenverhoudingen: E. Lutjens en B. Wessels, Algemene voorwaarden, arbeidsovereenkomst en pensioenverhoudingen, Nederlands Juristenblad (NJB) 1987, p. 137 en W.P.M. Thijssen, Ouderschapsverlof, in het bijzonder met betrekking tot de pensioenopbouw, Sociaal Recht 1990, p. 47-49.

7. M. Polak, Faillissement en surséance van betaling, H.D. Tjeenk Willink, Groningen, 1972, p. 144 onderscheid niet naar de wijzen waarop een pensioenregeling kan worden uitgevoerd. Voor een uitgebreide behandeling van het onderscheid: W.P.M. Thijssen, SR 1990, p. 47-49.

8. Aldus zou kunnen worden afgeleid uit het Voorlopig Verslag bij art. 3:288 (3.10.4.1.), onder e, zie Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 879 en Parl. Gesch. Boek 3 NBW (Inv. 3,5 en 6), p. 1390.

9. W.P.M. Thijssen, TPV 1990, p. 82.

10. In die zin W.P.M. Thijssen, TPV 1990, p. 82-83, onderdelen 2.2 en 2.3.

11. Zie onder andere Tulfers, a.w., p. 54; L.G.M. Stevens en P. van Yperen, Kernpunten van pensioen, Kluwer, Deventer, 1987, p. 63; W.J.J. van Buul, Waardering van pensioenen, Gouda Quint B.V., Arnhem, 1988, p. 19-24 en N. Mol, Pensioenen, Deel 1, uitgave in de reeks De Bedrijfsadviseur, Kluwer/VNO 1990, p. 125.

12. Zie onder andere W. Rodenhuis, VUT-regelingen in de winstfeer, Maandblad Belasting Beschouwingen 1985, p. 65.

13. Aldus Van Buul, a.w., p. 19.

14. Vgl. Tulfers, a.w., p. 54.

15. Zie G.G.M. Bak en R.P.W. Frima, Pensioenaanspraken, preferenties en backservice, TVVS (Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen)

1980, 43 en mijn bijdrage in TPV 1990, p. 81-82, onderdeel 2.1.3.

16. Over de actio Pauliana: A.M.J. van Buchem-Spapens, Faillissement en surséance van betaling. Studiepockets privaatrecht nr. 30, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, p. 55-65.

17. Vgl. art. 1377, lid 1 OBW en art. 3:45 (3.2.11), lid 1 BW.

18. Deze grondslagen zijn af te leiden uit de met de verzekeraar gesloten verzekeringsovereenkomst of de met het pensioenfonds gesloten financieringsovereenkomst.

19. Zie wederom mijn bijdrage in TPV 1990, p. 81-82, onderdeel 2.1.3.

20. Vgl. Bak en Frima, t.a.p. p. 44 en de door deze auteurs genoemde uitspraak van de Rb. Maastricht van 15 juni 1978, NJ 1979, 47.

21. Met betrekking tot de wijziging in 1987: SER-advies 1985/22 (Advies interimmaatregel pensioenbreuk); P.A. Nouwen, Pensioenverlies door pensioenbreuk, 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 Mol, a.w. p. 110-115.

22. Kamerstukken 19 638.

23. Art. 8, lid 4 PSW voor pensioenaanspraken ontleend aan een pensioenfonds en de art. 9, lid 4 en 21 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW voor B- respectievelijk C-polissen.

24. Vgl. Mol, a.w. p. 114 en Pensioenen, deel 2 in zelfde reeks (1991), p. 28.

25. Zie art. 8, lid 2 PSW en art. 9, lid 2 van de Regelen.

26. Vgl. de MvT op de PSW-1987, TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 15-16.

27. Aldus art. 8, lid 4 PSW en art. 9, lid 4 van de Regelen.

28. Zie bijvoorbeeld Smittenaar, t.a.p. p. 427.

29. TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 4.

30. Zie art. 8, lid 5 PSW en art. 9, lid 5 van de Regelen.

31. Aldus de MvT op de PSW-1987, TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 16.

32. Aldus Benders, t.a.p. p. 53.

33. Lutjens, t.a.p. p. 69.

34. Lutjens, a.w. p. 568.

35. Smittenaar, t.a.p. p. 427, linker kolom.

36. Mol, a.w., deel 1, p. 114.

37. Deze situatie kan zich voordoen wanneer een pensioenfonds als uitvoerder van de regeling optreedt, zie art. 13 PSW en Tulfer, a.w. p. 172.

38. Zie Thijssen, TPV 1990, p. 82-83.

39. Zie de art. 1639o jo. 1639r BW en H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, Kluwer, Deventer, 1990, p. 110-113.

40. NJ 1942, p. 152.

41. Aldus letterlijk de Rechtbank in de aangehaalde uitspraak, NJ 1942, p. 151-152.

42. Zie Polak, a.w. p. 144. De bedoelde uitspraken zijn Rechtbank 's-Gravenhage 3 februari 1913, NJ 1913, p. 237 en Rechtbank Rotterdam 29 juni 1934, NJ 1935, p. 980. In de laatstgenoemde uitspraak beslist de rechtbank volgens de toelichting bij art. 40 Fw in de editie Schuurman & Jordens expliciet dat de wettelijke schadeloosstelling als boedelschuld dient te worden aangemerkt. De tekst van de uitspraak heb ik echter niet kunnen achterhalen.

43. T.J. Dorhout Mees, Nederlands handels- en faillissementsrecht deel V (Recht van reclame; faillissement; surséance en akkoord), Gouda Quint B.V., Arnhem, 1979, p. 49.

44. Aldus letterlijk de Rechtbank in het genoemde vonnis, NJ 1984, p. 334.

45. Zie NJ 1984, p. 334.

46. Vgl. ook de uitspraak van de kantonrechter in casu, Kantonrechter Amsterdam 25 augustus 1980, De Praktijkgids 1982, p. 24-27.

47. Vgl. art. 1639 BW.

48. Aldus R.P.W. Frima, Ontslag van werknemers bij faillissement, NJB 1974, p. 621.

49. NJ 1990, p. 2667, l.k.

50. R.o. onder 3.4, NJ 1990, p. 2667, r.k.

51. Vgl. de MvT op de PSW-1987, TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 4 en Lutjens, a.w. p. 564-566.

52. Voor een korte beschrijving: Mol, a.w. deel 1, p. 110-115.

53. De MvT gaat op de verschillende behandeling van een verplichting tot directe affinanciering en bijfinanciering in faillissement niet in. Zie TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 4.

54. Zie Asser-Hartkamp I (1989), p. 193-203.

55. Art. 6:40 (6.1.6.10) BW vervangt art. 1307 OVW, aldus de PG Boek 6 NBW, p. 173.

56. Vgl. de eerder aangehaalde passage uit de MvT op de PSW-1987, TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 4.

57. In die zin Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 172-173; vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1223-1224.

58. Vgl. art. 1307 OBW; W.L.A.P. Molengraaf, Leidraad Nederlands Handelsrecht, De Erven F. Bohn N.V., Haarlem, 1955, p. 798.

59. Minder stellig: Polak, a.w. p. 270; Dorhout Mees, a.w. p. 77 en Van Buchem-Spapens, a.w. p. 108.

60. Van Buchem-Spapens, a.w. p. 108-110.

61. Men spreekt wel van de "groei naar evenredigheid", aldus TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, p. 15. Vgl. Lutjens, a.w. p. 562-563.

62. Polak, a.w. p. 270.

63. Aldus letterlijk Polak, a.w. p. 272. Polak citeert op zijn beurt de Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling, Volledige verzameling van geregeeringsonwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz., bewerkt door G.W. Baron van der Feltz, eerste deel (1896) en tweede deel (1897).

64. Aldus duidelijk Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), p. 1223.

65. Zie Polak, a.w. p. 273 en Van Buchem-Spapens, a.w. p. 110.

66. Vgl. J.R. Dierx en M.M.H. Kraamwinkel, Pensioenverrekening en pensioenverevening na echtscheiding, Nederlands Juristenblad 1991, p. 252-253 met betrekking tot de grondslagen die aan de berekening van de contante waarde van pensioenrechten in het kader van boedelscheiding ten grondslag moet worden gelegd.

67. HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 met nt. Van Schilgaarde, besproken in Advocatenblad 1990, p. 590-591. Over boedelschulden in het algemeen de volgende werken, waarvan sommige al eerder werden aangehaald: W.L.P.A. Molengraaf, Leidraad Nederlands Handelsrecht, De Erven F. Bohn N.V., Haarlem, 1955, p. 769-770; N.J. Polak, Faillissement en surséance van betaling, H.D. Tjeenk Willink, Groningen, 1972, p. 333-345; T.J. Dorhout Mees, Nederlands handels- en faillissementsrecht deel V (Recht van reclame; faillissement; surséance en akkoord), Gouda Quint B.V., Arnhem, 1979, p. 45-47 en A.M.J. van Buchem-Spapens, Faillissement en surséance van betaling, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, p. 67-70. Vgl. de A-G Mok bij het arrest, NJ 1991, p. 1281, l.k.

68. Vgl. de art. 1178 en 1182 OBW. Uitgebreid: A-G Mok bij het hier besproken arrest in de NJ 1991, p. 1282-1283.

69. Molengraaf, a.w. p. 769 en Dorhout Mees, a.w. p. 46 nemen uitdrukkelijk het standpunt in dat de voldoening van boedelschulden dient te geschieden met inachtneming van de rangorderegeling. Polak, a.w. p. 343 neemt naar mijn mening in deze kwestie geen duidelijk standpunt in. Vgl. Advocatenblad 1990, p. 590 waarin eveneens wordt gesteld dat in de literatuur van het standpunt wordt uitgegaan dat boedelschulden met inachtneming van de wettelijke rangorderegeling moeten worden voldaan. Oudere literatuur wordt aangehaald door de A-G Mok in zijn conclusie bij het hier behandelde arrest in de NJ 1991, p. 1282-1283.

70. Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987, 186.

71. In dezelfde zin Van Schilgaarde in zijn annotatie, zie de NJ 1991, p. 1285.

72. Zie de inmiddels vervallen hoofdstukken VA van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (Wet IB) en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) jo de art. 5-16b van de Wet investeringsrekening.

73. Voor een korte beschrijving van de casus: NJ 1991, p. 1278.

74. De bevoegdheid tot het opleggen van deze aanslag werd ontleend aan de inmiddels vervallen art. 23b, lid 1 Wet Vpb jo 61b Wet IB. Hierover de A-G in zijn conclusie bij het arrest, NJ 1991, p. 1280.

75. Over de algemene faillissementskosten: Polak, a.w. p. 340 e.v. en Van Buchem-Spapens, p. 68-69.

76. Aldus Advocatenblad 1990, p. 590.

77. De HR volgde het Hof en de conclusie van de A-G terzake, opgenomen in de NJ 1991, p. 1280-1282.

78. Namelijk in de meeste gevallen de arbeidsovereenkomst, zie E. Lutjens en B. Wessels, NJB 1987, p. 137-138.

79. Zie C.J. Bijl, Vrij beroep en verplichte pensioenregeling, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 53.

80. Zie Lutjens, a.w. p. 223.

81. Zie de art. 1178 en 1182 OBW, over de betekenis van het in die artikelen bepaalde: Polak, a.w. p. 343. Vgl. tevens art. 3:277 (3.10.1.2), lid 1 van het BW, dat, aldus de Parl. Gesch. Boek 3, p. 856, zakelijk met de art. 1178 en 1182 OBW overeenkomt.

82. De A-G is met het Hof van mening dat zulks inderdaad het geval is, aldus de conclusie van de A-G in de NJ 1991, p. 1282-1283.

83. Art. 1182 OBW is i.c. niet van toepassing, omdat boedelschuldeisers niet als bevoorrechte schuldeisers moeten worden beschouwd, vgl. Molengraaf, a.w. p. 769 en Van Buchem-Spapens, a.w. p. 78v.

84. NJ 1991, p. 1285, l.k. Vgl. Advocatenblad 1990, p. 590.

85. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 856.

86. Het verschil tussen algemene en bijzondere faillissementskosten wordt behandeld door Polak, a.w. p. 340-343 en Van Buchem-Spapens, a.w. p. 68.

87. Aldus letterlijk de HR, RvdW 1990, p. 829.

88. Zie Thijssen, TPV 1990, p. 82-83.

89. Zie Thijssen in TPV 1990, p. 81-82 (onderdeel 2.1.3.).

90. Aldus bijvoorbeeld Van Buchem-Spapens, a.w. p. 91. Het belang van de kwestie leek overigens te zijn afgenomen door de daling van het aantal faillissementen vanaf 1980, zie Stcrt. 1991, nr. 4, maar is weer toegenomen door de sterke stijging vanaf 1991, zie Stcrt. 1992, nr. 9.

91. Zie Thijssen, TPV 1990, p. 81 (onderdeel 2.1.1.).

92. Zie de NJ 1991, p. 1277.