

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***De rechtspositie van een DGA
bij beslag en faillissement on-
der de nieuwe Pensioenwet***

*Mr. R. Westrik**

*Published in
WPNR, 2007*

* UHD privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam, Senior Legal Counsel te Eindhoven/Amsterdam

1. Inleiding

Er bestaat onduidelijkheid over de gevolgen van een faillissement van een directeur-groootaandeelhouder (hierna te noemen: DGA) onder de sinds 1 januari 2007 geldende Pensioenwet¹. Zowel in het parlement² als in de literatuur³ is twijfel gerezen over de vraag of de nieuwe Pensioenwet nadeliger zal uitwerken voor een DGA dan de voordien geldende Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). De regering antwoordde weliswaar dat de Pensioenwet geen wijziging zou brengen in de rechtspositie van de DGA bij faillissement⁴, maar uit de opmerkingen die hierover worden gemaakt in de parlementaire stukken en vooral in de desbetreffende recentere literatuur, rijst bepaald geen eenduidig beeld op. Om deze reden zal in het onderstaande de vraag naar de rechtspositie van een DGA in een faillissementsituatie (en bij beslag) centraal staan. De opzet is daarbij als volgt. Begonnen wordt met een overzicht van opvattingen omtrent de rechtspositie van de DGA in faillissement (paragraaf 2). Dan volgt een korte beschrijving van in dit verband relevante begrippen in de nieuwe Pensioenwet (paragraaf 3). De heersende leer inzake het persoonsgebonden karakter van een pensioenaanspraak wordt besproken in paragraaf 4. In paragraaf 5 wordt uiteengezet dat, om uitspraken over de gevolgen van beslag of faillissement te kunnen doen, eerst moet worden vastgesteld op welk vermogen het beslag of het faillissement zich richten: dat van de DGA in privé of van de (zijn) BV? In paragraaf 6 zullen kort de reguliere vermogensrechtelijke verschijningsvormen van pensioenopbouw van een DGA worden geschetst. Daarbij zal worden aangegeven waar (in welk vermogen) zich de pensioenaanspraak van de DGA bevindt. Paragraaf 7 zal zijn gewijd aan de situatie van faillissement van de DGA of van diens BV. Hier zal de visie van de wetgever van de Pensioenwet op faillissementssituaties worden weergegeven (7a) en vervolgens aan een analyse worden onderworpen (7b). Tot slot wordt in paragraaf 8 de vraag of een DGA door de nieuwe Pensioenwet een mindere rechtspositie heeft verkregen in situaties van beslag en faillissement, op basis van het in de eerdere paragrafen behandelde van een - vermogensrechtelijk – antwoord voorzien.

2. Opvattingen omtrent de rechtspositie van een DGA in faillissement

In recente literatuur over de nieuwe Pensioenwet lopen de conclusies over de gevolgen van een faillissement van een DGA nogal uiteen. Een kleine bloemlezing:

- (i) Een DGA heeft uit hoofde van de Pensioenwet geen bescherming 'meer'⁵, noch bij pensioenopbouw in eigen beheer, noch bij een verzekerd pensioen, maar de pensioengerechtigde kan zich wel beroepen op het verzekeringsrecht van Boek 7 BW en, in faillissement, op de bepalingen in de Faillissementswet⁶;

¹ Stbl. 2006, 705.

² Zie bijv. TK 2005-2006, 30 413, nr. 15, p. 19; TK 2005-2006, 30 413, nr. 22, p. 6; EK 4 december 2006 (EK 11), p. 11-472.

³ Zie hieronder, par. 2.

⁴ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 19; TK 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 10-11; TK 2006-2007, 30 655, nr. 7, p. 14. De vraag of het recht op een opgebouwd pensioen beslagen kan worden wordt niet gesteld, maar speelt in deze uiteraard ook.

⁵ 'Meer' verwijst dan, zo moet worden aangenomen, naar de bescherming die onder de PSW wel bestaan zou hebben op grond van art. 32 lid 4 PSW (het afkoopverbod). Zie over die vermeende bescherming echter nader hieronder.

⁶ Chris Spekrijse, Gevolgen invoering Pensioenwet voor het DGA-pensioen, Accountant Adviseur maart 2006, p. 26-27.

- (ii) Het pensioen van de DGA bij faillissement wordt niet beschermd door de Pensioenwet, maar die bescherming kan elders in de wet nog gevonden worden:
 - a) omdat volgens de Faillissementswet de curator gerechtigd is om polissen af te kopen, tenzij dit onredelijk zou zijn voor de begunstigde op grond van art. 22a F;
 - b) omdat art. 7:986 BW mogelijk bescherming aan de DGA biedt, door inroeping van een contractuele afkoopbepaling jegens schuldeisers in beginsel niet toe te staan;
 - c) door 7:986 BW aan te passen (en een polis van een afkoopverbod te voorzien teneinde een beroep op art. 7:986 BW te kunnen doen);
 - d) door aan te knopen bij de afkoopverboden in de artikelen 19b Wet LB 1964 en 1.7 Wet IB 2001;
 - e) door art. 7:986 BW analoog toe te passen, zodat de polis niet afkoopbaar is bij faillissement of beslag, waarbij het niet uitmaakt of de verzekeringnemer de rechtspersoon is of de DGA persoonlijk⁷;
- (iii) De pensioenrechten zijn voor uitwinning vatbaar, indien de DGA in privé failliet wordt verklaard⁸;
- (iv) De vraag rijst of de schuldeisers van een in persoon faillerende DGA die zijn pensioen heeft ondergebracht bij een verzekeraar, hem kunnen dwingen de pensioenverzekering af te kopen; de 'spelregels' hieromtrent zijn vastgelegd in de Faillissementswet⁹;
- (v) Er is geen civiele wetgeving meer, door de niet toepasselijkheid op de DGA van de Pensioenwet, die bijvoorbeeld afkoop van het Pensioen van de DGA verbiedt. Dit afkoopverbod is weliswaar in de Wet LB 1964 opgenomen, maar of het als nationale regeling in internationale verhoudingen te handhaven zal zijn, is onzeker¹⁰. Wordt in de overgangperiode (het jaar 2007, zie nader hieronder, RW) geopteerd door de DGA voor toepasselijkheid van de Pensioenwet, dan is bij faillissement van de werkgever de Faillissementswet van toepassing¹¹;
- (vi) Het (verzekerde) pensioen was onder de PSW niet afkoopbaar, dus ook niet door de curator. Onder de Pensioenwet bestaat het civielrechtelijke afkoopverbod niet langer, maar zal een curator in faillissement op grond van art. 7:986 BW een periodieke uitkering die bedoeld is als oudedagsvoorziening niet kunnen afkopen voor zover de premies aftrekbaar waren voor de inkomstenbelasting. Daarnaast zal een DGA, door zijn begunstiging uitdrukkelijk te aanvaarden, kunnen bewerkstelligen dat de pensioenverzekering niet zonder zijn instemming kan worden afgekocht door de faillissementscurator. Door deze mogelijkheden die art. 7:986 BW en aanvaarding van de begunstiging bieden, is de positie van een DGA bij

⁷ A.F.S.J. van der Heijden, De directeur-groootaandeelhouder en de Pensioenwet, *Belasting brief* november 2006, p. 15-17.

⁸ M.M. Zweers, *De Pensioenwet, bekeken vanuit de praktijk*, Kluwer 2006, p. 177.

⁹ P.J. Kwekel, Dga-pensioen 2007 en de Pensioenwet: een overzicht, *VP Bulletin* januari/februari 2007, nummer 1/2, p. 20. Deze formulering is ook die, welke de wetgever bezigt, zie hieronder, par. 7a, sub 1.

¹⁰ C.A.H. Luijken, *De Pensioenwet en de gevolgen daarvan voor pensioen in eigen beheer*, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, december 2006, p. 7-8. Zie over de Pensioenwet in verband met internationale verhoudingen uitgebreider H.M. Kapelle, *De positie van de directeur-groootaandeelhouder en de Pensioenwet*, *WPNR* 2007/6704, p. 261-262.

¹¹ Luijken, a.w., p. 9.

- een faillissement van zijn BV veiliggesteld voor wat betreft zijn bij een verzekeraar ondergebracht pensioen¹²;
- (vii) De DGA kan zijn pensioen veilig stellen

‘(..) voor de situatie dat de werkgever-BV failliet gaat. Dit kan door een pensioenpolis te sluiten met de DGA als verzekeringnemer of een polis met de werkgever als verzekeringnemer waarbij de DGA de begunstiging onherroepelijk aanvaardt. Daarnaast geven de artikelen 22a FW en 7:986, lid 4, BW wellicht extra bescherming. Ook de diverse vormen van extern eigen beheer bieden een vergelijkbare mate van bescherming, waarbij de pensioenstichting het meest veilig is.

Het ontbreken van een wettelijk afkoopverbod brengt met name een wijziging ten opzichte van de oude PSW-situatie met zich mee in geval van privé-faillissement van de DGA. In die situatie kan de curator een pensioenpolis uitwinnen of de pensioengelden uit een pensioen-BV halen. Dit geldt echter voor pensioenpolissen niet indien sprake is van een onredelijke benadeling in de zin van art. 22a FW of indien blijkt dat de uitzondering op het verbod op contractuele afkoopbeperkingen van art. 7:986, lid 4, BW van toepassing is. Conclusie is dat de DGA ook zonder PW zijn pensioen voldoende veilig kan stellen.’¹³

Wat opvalt in deze verschillende conclusies ten aanzien van de gevolgen van een faillissement voor een DGA, is dat de civielrechtelijke status van een recht op opgebouwd pensioen in wezen niet aan bod komt.¹⁴ Dat is merkwaardig om drie redenen. In de eerste plaats, omdat zonder vaststelling van die civielrechtelijke status een uitspraak over de rechtspositie van een DGA in faillissement eigenlijk niet goed mogelijk is. In de tweede plaats, omdat wel gesteld kan worden dat krachtens vaste opvatting een recht op een nog niet ingegaan pensioen in beginsel een persoonsgebonden recht is, dat wil zeggen, een recht dat zozeer met de persoon van de rechtshabende is verknocht dat het onvervreemdbaar is, niet in de faillissementsboedel valt en niet vatbaar is voor afstand, afkoop, beslag of uitwinning.¹⁵ In de derde plaats is die laatste opvatting al enige decennia aanwijsbaar aanwezig in jurisprudentie en literatuur. Met de regering kan dan inderdaad¹⁶ worden gesteld dat de rechtspositie van de DGA bij beslag of faillissement vermogensrechtelijk niet is veranderd door de invoering van de Pensioenwet.

Het persoonsgebonden karakter van het recht op opgebouwd pensioen stelt het betoogde in de hierboven weergegeven opvattingen in een ander daglicht. Een curator is, wanneer het recht op opgebouwd pensioen aldus moet worden opgevat, namelijk *niet* gerechtigd om polissen af te kopen, terwijl afzonderlijke afkoopverboden *niet* nodig zijn. Ook behoeft *geen* aansluiting te worden gezocht bij bestaande

¹² H.M. Kapelle, WPNR 2007/6704, a.w., p. 263.

¹³ D.W. Bakker, Kan een DGA zijn pensioen nog veiligstellen?, Vakblad Financiële Planning, juni 2007 nummer 6, p. 22 en *dezelfde*, in gelijke zin, De DGA-pensioenpocket, Deventer 2007, p. 71.

¹⁴ Bakker besteedt in zijn in de vorige voetnoot genoemde artikel weliswaar kort aandacht aan HR 30 mei 1997, NJ 1997, 573, JOR 1997 m.n. Loesberg, waarin de Hoge Raad oordeelt dat het recht op een opgebouwd pensioen hoogstpersoonlijk van aard is, maar vervolgens betoogt deze auteur dat dit oordeel alleen voor het in dat arrest spelende geval zou gelden (het bijzondere, verplicht gestelde karakter van de aan de orde zijnde beroepspensioenregeling zou tot dit oordeel hebben geleid). Dat zulks uitdrukkelijk niet het geval is en dat er sprake is van een bestendige lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad (het recht op een opgebouwd pensioen is persoonsgebonden), mag hieronder blijken in par. 4 (zie voetnoot 30).

¹⁵ Zie uitgebreid hieronder, par. 4. Aldaar zal de term ‘persoonsgebonden’ nader uiteengezet worden.

¹⁶ Zie hierboven, bij voetnoot 4.

afkoopverboden (art. 7:986 BW, art. 19 Wet LB 1964, art. 1.7 Wet IB 2001), zijn rechten op opgebouwd pensioen *niet* voor uitwinning vatbaar, ook niet in faillissement van de DGA in privé en het wegvallen van het afkoopverbod van art. 32 lid 4 PSW brengt *geen* verandering in de bescherming van een DGA.

Voordat nader op een en ander wordt ingegaan, volgen eerst enkele opmerkingen omtrent de in de nieuwe Pensioenwet gebruikte terminologie, omdat deze van belang is voor het antwoord op de vraag naar de rechtspositie van een DGA bij faillissement.

3. Begrippen in de nieuwe Pensioenwet

De huidige Pensioenwet kent vier begrippen die voor de onderhavige materie moeten worden verduidelijkt. Het zijn 'pensioenaanspraak' versus 'pensioenrecht', en 'pensioen' versus 'levensverzekering'.

Pensioenaanspraak versus pensioenrecht.

In de Pensioenwet wordt een *pensioenaanspraak* onderscheiden van een *pensioenrecht*. Een pensioenaanspraak wordt in art. 1 Pensioenwet gedefinieerd als het recht op een nog niet ingegaan pensioen; een pensioenrecht als het recht op een ingegaan pensioen.¹⁷ Een *pensioenrecht* ontstaat zodra het opgebouwde pensioen of de levensverzekering tot (periodieke) uitkering komt. Het verschil tussen de beide begrippen komt fiscaal tot uiting in – kort aangeduid – het feit dat het pensioenrecht als inkomen wordt gezien (een recht op periodieke uitkeringen), de pensioenaanspraak niet. Vermogensrechtelijk is het verschil dat een pensioenrecht wél vatbaar is voor (derden)beslag c.q. wél in een faillissementsboedel valt¹⁸, maar een pensioenaanspraak niet, zoals hieronder in paragraaf 4 nader zal worden aangegeven.

Voor het civiele (vermogens)recht is de aanduiding *pensioenaanspraak* overigens minder gelukkig, ten eerste omdat de term 'aanspraak' daarin niet een vastomlijnde betekenis heeft en ten tweede omdat het hier óók gaat om een *recht*¹⁹, en wel een recht op een opgebouwd pensioen. In de hieronder in paragraaf 4 te bespreken jurisprudentie wordt dan ook veelal gesproken van een *pensioenrecht*, waar in de nieuwe Pensioenwet *pensioenaanspraak* gebruikt zou worden. In beide gevallen echter gaat het om een vermogensrecht, zowel wanneer dit betreft het opgebouwde pensioen als wanneer het pensioen tot uitkering is gekomen; dan is sprake van een recht op de (periodieke) uitkering(en). Het eerstgenoemde pensioenrecht heeft een persoonsgebonden karakter, het laatstgenoemde niet. Aan te bevelen zou zijn om te spreken van enerzijds een recht op opgebouwd pensioen en anderzijds van een recht op uitkering. Dan is duidelijk dat in beide gevallen sprake is van een vermogensrecht. In het navolgende zullen deze aanduidingen ook gebruikt worden.

Pensioen versus levensverzekering.

Vooral in de literatuur worden de begrippen pensioen en levensverzekering niet als duidelijk van elkaar te onderscheiden begrippen gepresenteerd of gedefinieerd. Zij lijken zonder veel verdere toelichting en als vanzelfsprekende verschijningen te be-

¹⁷ In het artikel wordt ten aanzien van beide begrippen uitgezonderd 'overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening'.

¹⁸ Tenzij de rechter-commissaris anders bepaalt, vgl. art. 21, aanhef en sub 2 F.

¹⁹ Het betreft hier een vermogensrecht in subjectieve zin: een recht dat aan een bepaald persoon toekomt en dat deel uitmaakt van zijn vermogen (art. 3:1 en 3:6 BW), met dien verstande dat het – in afwijking van de in art. 3:6 BW genoemde overdraagbaarheid – vanwege de verknochtheid met de persoon van de rechthebbende als onder meer als niet vatbaar voor overdracht of verhaal wordt aangemerkt. Zie nader hieronder, par. 4.

staan. Wellicht is dit ook onontkoombaar, al was het maar omdat een pensioenvoorziening niet zelden zal bestaan in de vorm van een (levens)verzekering²⁰ of omdat al niet duidelijk is wat nu eigenlijk onder 'pensioen' moet worden verstaan.²¹ Voor het civiele recht wordt de overlap tussen de beide rechtsfiguren intussen wel duidelijker indien wordt beseft dat zowel pensioenen als levensverzekeringen die als voorziening voor 'de oude dag' bedoeld zijn, een verzorgingskarakter hebben. De overlap wordt zichtbaar in het feit dat voor zowel een recht op opgebouwd pensioen als een nog niet tot uitkering gekomen levensverzekering met verzorgingskarakter geldt dat zij niet in een faillissementsboedel van de aanspraakgerechtigde vallen. Voor het recht op opgebouwd pensioen geldt dit in ieder geval op grond van vaste jurisprudentie, waarover meer hieronder, in paragraaf 4, voor de verzekering met verzorgingskarakter is het vastgelegd in art. 22a F²². In art. 5 van de Pensioenwet is voorts een regeling opgenomen voor de relatie tussen pensioen- en verzekeringsovereenkomsten. Deze regeling houdt in, dat wanneer een verzekering de strekking heeft van een pensioenovereenkomst, de regels van de Pensioenwet voorgaan boven die van Boek 7 titel 17 BW ('Verzekering').

4. Het persoonsgebonden karakter van het recht op opgebouwd pensioen ('pensioenaanspraak')

In de jurisprudentie van de Hoge Raad, alsook door veel schrijvers wordt het recht op een opgebouwd pensioen (pensioenaanspraak in de zin van de Pensioenwet) geacht een vermogensbestanddeel te zijn dat zozeer met de persoon van de rechthebbende is verknocht, dat het als onvervreemdbaar en niet vatbaar voor afstand, afkoop, beslag of uitwinning moet worden aangemerkt, terwijl het ook niet in de faillissementsboedel kan vallen.²³ Hiermee lijkt voor het pensioen de vraag te zijn beantwoord of een pensioen vanwege het verzorgingskarakter 'privaatrechtelijk een bijzondere behandeling moet genieten.' De formulering is van Clausing²⁴, die deze vraag stelde

²⁰ Zie over dit gegeven bijv. reeds M.C.J. Witteman, Wettelijke schuldsanering : geen gevolgen voor de pensioenregeling?, *Pensioen Magazine* juli/augustus 1998, nummer 7/8, p. 27-30 en, meer expliciet, P.M.C. de Lange, De relatie tussen pensioen- en verzekeringsrecht in de Pensioenwet, *Pensioen Magazine* juni/juli 2006, nummer 6/7, p. 6-10. Vgl. voorts Asser-Clausing-Wansink, nr. 334.

²¹ Zie hierover bijv. E. Lutjens, De toekomst van het pensioenbegrip, in: *Fiscaal Pensioenrecht in beweging*, Arnhem 1994, p. 11-32; *dezelfde*, in: *Vakmanschap is meesterschap* (Smittenaar-bundel, Deventer 2002, p. 17-36.

²² Zie over de wetsgeschiedenis en achtergrond van dit artikel bijvoorbeeld de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 15 december 2006, NJ 2007, 6, JOL 2006, 804, en voorts W.M.A. Kalkman, Het nieuwe levensverzekeringsrecht, WPNR 2006/6658, p. 210-216.

²³ De Hoge Raad spreekt in zijn arrest van 30 mei 1997, NJ 1997, 573 van een 'hoogst persoonlijk recht'. In zijn annotatie onder dit arrest in JOR 1997, 119 betitelt Loesberg deze aanduiding als een cirkelredenering: omdat verhaal op dit recht niet wenselijk wordt geacht, wordt het als hoogst persoonlijk gekwalificeerd; vervolgens wordt geconcludeerd dat verhaal op dit recht niet mogelijk is omdat het hoogstpersoonlijk is, aldus Loesberg. Mijns inziens is van een cirkelredenering geen sprake. De Hoge Raad brengt – lineair - tot uitdrukking dat de bestemming van een recht op opgebouwd pensioen – verzorging van 'de oude dag' - meebrengt dat een curator niet over dit recht mag beschikken door het af te kopen. Deze redenering is telkens de achtergrond van de 'hoogstpersoonlijkheid' van dit recht, zo blijkt uit de in deze paragraaf te bespreken literatuur en jurisprudentie. In dit opstel wordt de term 'persoonsgebonden' gebruikt; deze geeft het bijzondere karakter van het recht op opgebouwd pensioen aan, zulks met het oog op de redenering van de Hoge Raad in zijn arrest van 22 november 2002, JOR 2003, 27, r.o. 3.3.1, luidende: '(..) dat bepaalde aanspraken zo zeer met de persoon van de rechthebbende zijn verknocht (..)' (zie nader hieronder, alwaar deze passage geheel is weergegeven). Overigens zij opgemerkt dat zowel door de Hoge Raad in het genoemde arrest van 1997 als door verschillende auteurs de term 'hoogstpersoonlijk' wordt gebruikt. Aanduidingen als een 'hoogstpersoonlijk karakter', bestemmingsgebonden, aan de persoon verknocht, of bijvoorbeeld 'verhaalsonttrokken' zijn voor een karakterisering van het recht op opgebouwd pensioen ook denkbaar. In de pensioen- en verzekeringsrechtelijke literatuur wordt ook veelal de term 'bestemmingsgebonden' gebruikt; zie bijv. de in voetnoot 36 genoemde geschriften.

²⁴ P. Clausing, *Levensverzekering, pensioen en crediteuren in Boek 7 Ontwerp BW*, diss. 1976, p. 1.

voor de overeenkomst van levensverzekering, maar het – bevestigende - antwoord ook voor pensioen gaf²⁵:

‘Of een pensioenvoorziening nu via een pensioenfonds of via een levensverzekerings-maatschappij wordt verwezenlijkt, mag wat de bescherming betreft die zij ge-niet geen verschil maken. (...) Wat ik met mijn nadere voorstellen beoog is gelijke be-handeling van in wezen gelijke gevallen.’

Clousing stelde voorts in zijn dissertatie voor²⁶

‘(..) om de vrijwillig gesloten levensverzekering, die zich als typische oudedags- en overlijdensvoorziening laat herkennen, onder bepaalde voorwaarden vermogens-rechtelijk zoveel mogelijk dezelfde beveiliging te verschaffen als die welke de mees-te pensioenvoorzieningen bezitten.’

Indien deze bijzondere status nu - met de Hoge Raad en veel schrijvers²⁷ - tot uitgangspunt wordt genomen, laat de vermogensrechtelijke rechtspositie van een recht op opgebouwde oudedags- of overlijdensvoorziening zich als volgt schetsen. De rechthebbende kan in beginsel²⁸ niet over dit recht beschikken (onvervreemdbaarheid) en het valt niet in zijn faillissementsboedel. Het behoort dan ook niet tot de activa die krachtens art. 20 F onder het faillissementsbeslag vallen. Aan de vraag die in recente literatuur zoals boven²⁹ weergegeven wordt gesteld, of een curator in het faillissement van een pensioengerechtigde over de aanspraak van de failliet op opgebouwd pensioen (pensioenaanspraak) kan beschikken, bijvoorbeeld door dit af te kopen, kan dan ook niet worden toegekomen (want dit recht bevindt zich niet in de faillissementsboedel). Het recht op opgebouwd pensioen is voorts niet vatbaar voor afstand, afkoop, beslag of uitwinning. Anderen, bijvoorbeeld de schuldeisers van de gerechtigde tot het opgebouwde pensioen, kunnen het recht niet uitoefenen en/of daarvan profijt trekken. Een afkoopverbod (zoals was opgenomen in art. 32 lid 4 van de vervallen PSW) is strikt genomen niet nodig³⁰; een recht op opgebouwd pensioen is immers vanwege zijn bestemming al persoonsgebonden van aard, en die aard wordt niet eerst gecreëerd wanneer er een verbod van afkoop in enige regeling of

²⁵ A.w., p. 8. Zie verder p. 33-45 en p. 84 v..

²⁶ A.w., p. 8.

²⁷ Zie nader hieronder, voetnoot 36.

²⁸ In de huidige Pensioenwet zijn enkele uitzonderingen opgenomen waarin onder strikte voorwaarden is toegestaan: vervreemding/verpanding (art. 64) en afkoop (art. 65 t/m 69). In zekere zin is wellicht ook waardeoverdracht (art. 70 t/m 92) onder de uitzonderingen te begrijpen. Zie voor oudere voorbeelden T.L.J. Bod, Het Pensioenbe-grip, Zwolle 1994, p. 43-44.

²⁹ Zie paragraaf 2.

³⁰ Zie in deze zin bijvoorbeeld A-G Leijten, conclusie voor HR 28 juni 1985, NJ 1986, 37, punt XII, sprekende van de ‘grondgedachte’ van art. 32 lid 4 PSW; voorts HR 30 mei 1997, NJ 1997, 573, JOR 1997, 119 m.n. Loesberg, r.o. 3.3, oordelende dat het feit dat een pensioenaanspraak niet in het faillissement van de aanspraakgerechtigde valt - vanwege het hoogstpersoonlijke karakter - niet wordt doorkruist doordat in een concrete wet (de Wet betref-fende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (WVDBPR)) niet een verbod van afkoop voorkomt; M.W.J.M. Schijlen, De directeur-groootaandeelhouder, in: Pensioenwet, Analyse en commentaar, Deventer 2007, p. 141-142. Op deze grondgedachte doelt waarschijnlijk ook E. Lutjens, De PSW Wetshistorisch overzicht en com-mentaar, Pensioen Monografieën, Deventer 1998, p. 238: ‘Art. 32, tweede lid, verbiedt het toekennen van rechten op het pensioen of de pensioenaanspraak aan een ander, behalve tot het voor beslag vatbare gedeelte. Het hoogst-persoonlijke karakter van pensioen blijkt hieruit.’ In de overige literatuur is dit punt veelal niet duidelijk; enerzijds wordt gesproken van principiële niet-afkoopbaarheid van pensioenen, anderzijds wordt bestemmingsgebondenheid eerst aangenomen indien er een verbod van afkoop in enige regeling is opgenomen; vgl. bijv. – willekeurig geko-zen - Bod, a.w., p. 25, die beide stellingnames poneert (onderdeel 5.7, tweede resp. derde alinea).

contract is opgenomen. Aan redeneringen zoals hierboven in paragraaf 2 weergegeven om het recht op een opgebouwde oudedags- of overlijdensvoorziening te beveiligen, of te trachten te beveiligen via toepassing – al dan niet analoog – van sommige wetsartikelen (art. 7:986 BW, art. 19 Wet LB 1964, art. 1.7 Wet IB 2001), is evenmin behoefte/wordt evenmin toegekomen.

De ratio van de persoonsgebondenheid is gelegen in de bestemming van het opgebouwde pensioen, te weten, verzorging van de ‘oude dag’. Een en ander is wederom treffend verwoord door Clausning, waar hij zich afvraagt of het wel juist is dat voor pensioenen gevormd vermogen aan het verhaal door schuldeisers wordt onttrokken³¹:

‘Er valt over te twisten of pensioen al dan niet als uitgesteld of besteed loon is aan te merken. Het vervangt in ieder geval na de pensionering of het overlijden van de arbeidende mens het loon of inkomen dat hij vóórdien uit arbeid genoot. Evenmin nu als schuldeisers van de arbeidende mens verhaal op zijn arbeidskracht kunnen zoeken, behoren zij dat mijns inziens te kunnen doen op de inkomstenbron, die duidelijk bestemd is om bij zijn pensionering of overlijden de plaats van die arbeidskracht in te nemen. Die inkomstenbron verdient beveiliging. Alleen hetgeen zij te zijner tijd oplevert, mag evenals dat met arbeidsloon het geval is, gedeeltelijk als verhaalsobject dienen.’

In de jurisprudentie van de Hoge Raad klinkt deze opvatting onomwonden en constant door: het recht op opgebouwd pensioen blijft buiten de faillissementsboedel. Zo bijvoorbeeld in 1985³² en in 1997³³, in 2002 (verwijzing door de Hoge Raad naar de verknochtheid van een pensioenrecht met de persoon van de rechthebbende)³⁴ en ook in december 2006 wordt door A-G Langemeijer nog weer naar deze lijn van jurisprudentie verwezen.³⁵

Ook in de literatuur³⁶ en bij de wetgever is de opvatting gangbaar. Laatstgenoemde spreekt bij de totstandkoming van de artikelen 22a en 295a F (betreffende de rechten uit een overeenkomst tot levensverzekering) uit:

³¹ P. Clausning, diss. 1976, a.w., p. 8-9, ook aangehaald door A-G Leijten, t.a.p. (zie de vorige voetnoot). Clausning verwijst ook naar zijn preadvies voor de BCN uit 1973, p. 14 e.v..

³² HR 28 juni 1985, NJ 1986, 37 m.n. G.

³³ HR 30 mei 1997, NJ 1997, 573, JOR 1997, 119, m.n. E. Loesberg.

³⁴ HR 22 november 2002, NJ 2003, 32 m.n. PvS, JOL 2002, 625, JOR 2003, 27, m.n. B. Wessels.

³⁵ A-G Langemeijer, conclusie voor HR 15 december 2006, NJ 2007, 6, JOL 2006, 804.

³⁶ Zie, in meer of minder expliciete zin: E. Lutjens, De toekomst van het pensioenbegrip, a.w., p. 26-27; W.J.M. van Veen, Levensverzekering, faillissement en beslag, in: Verzekering en faillissement, Preadvies 1996, Zwolle 1996, p. 56 v., 74 v., 95-102; P. Clausning, diss., a.w., p. 1-9, 84 v.; T.L.J. Bod, Pensioen en privaatrecht, diss. Nijmegen 1979, Alphen a/d Rijn 1979, p. 62-80 en Hoofdstuk III. In de werken van Clausning en Bod treft men veel verwijzingen naar oudere literatuur ter zake. Zie voorts T.L.J. Bod, Het Pensioenbegrip, Zwolle 1994, hfst. 3-5 en 7. Bod geeft in hoofdstuk 4 van dit werk aan, dat pensioen al bij het ontstaan ervan als ‘objectief bestemmingsgericht’ moet worden beschouwd (objectief omdat, kort gezegd, individuele pensioenvoorzieningen onvoldoende van de grond kwamen en sterkere partijen, zoals werkgever, overheid, vak- en beroepsorganisaties zich de pensioenvoorziening gingen aantrekken). Voorts A-G Leijten, conclusie voor HR 28 juni 1985, NJ 1986, 37, punt XII; A-G Franken, conclusie voor HR 30 mei 1997, NJ 1997, 573, JOR 1997, 119 m.n. Loesberg, punt 17 (met verdere literatuur); J.Th.L. Brouwer, in: Fiscaal pensioenrecht in beweging, Arnhem 1994, p. 48; W.J.M. van Veen, Preadvies 1996, a.w., p. 56 v., 74 v., 99-100; Niels Frenk, Het nieuwe verzekeringsrecht: invloed op en afstemming met het pensioenrecht, TPV oktober 2006, p. 127 r.k.; M.W.J.M. Schijlen, De directeur-groootaandeelhouder, in: Pensioenwet, Analyse en commentaar, Deventer 2007, p. 141-142. Meer impliciet komt de al dan niet hoogstpersoonlijkheid aan de orde bij bijv. W.J.M. van Veen, De Levensverzekering, diss. Amsterdam 1992, Serie Verzekeringsrecht, Zwolle 1992, p. 163-166; W.M.A. Kalkman, De sommenverzekering naar komend recht, in: Verzekering naar komend recht, Preadvies 1995, p. 179-189 (bespreking regeling uitwinning van levensverzekeringen in het

*'Allereerst wordt duidelijker aangegeven dat alle verzekeringen met een verzorgingskarakter tot een bepaald niveau buiten de boedel blijven. Hierbij maakt het niet uit of het gaat om levensverzekeringen die moeten leiden tot een lijfrente, dan wel om andere verzekeringen, zoals de gemengde verzekering, die berusten op de verzorgingsgedachte. Voorts is het hierbij niet van belang of het gaat om verzekeringen ter verzorging van de eigen oude dag, dan wel ter verzorging van nabestaanden.'*³⁷

Ook bij een recht op smartengeld, dat, mits nog niet tot uitkering gekomen, geldt als hoogstpersoonlijk,³⁸ is de gedachte van 'beveiliging van een bron van inkomen'³⁹ als waarborg voor latere verzorging onmiskenbaar aanwezig.

Ter illustratie van het vorenstaande kan gelden de volgende overweging van de Hoge Raad uit 2002⁴⁰:

'(..) Een schuldeiser kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt (art. 3:276 BW); uitgangspunt is derhalve dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. In overeenstemming met dit uitgangspunt bepaalt art. 20 Fw. dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring omvat, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. De uitzonderingen op deze regel, die grotendeels in de art. 21 en 21a Fw. (art. 21a is thans art. 22a F, RW) zijn neergelegd, dienen voor een belangrijk deel ertoe te waarborgen dat de gefailleerde over het hoogstnoodzakelijke voor zijn levensonderhoud kan beschikken. Daarnaast bestaan ook uitzonderingen op voormelde regel die (mede) berusten op de gedachte dat bepaalde vermogensbestanddelen met het oog op de bestemming daarvan aan verhaal moeten worden onttrokken of dat bepaalde aanspraken zo zeer met de persoon van de rechthebbende zijn verknocht dat niet valt te billijken dat anderen die aanspraak uitoefenen en/of daarvan profijt trekken. Tot deze laatste categorie behoort bijvoorbeeld het pensioenrecht (zie HR 30 mei 1997, nr. 16318, NJ 1997, 573, waarin is beslist dat de curator in het zich daar voordoende geval van een verplichte beroepspensioenregeling niet het recht had dat pensioen af te kopen), de regeling van art. 21a Fw., en het auteursrecht voorzover het niet vatbaar is voor beslag. Met betrekking tot de door het recht erkende uitzonderingen op voormelde hoofdregel geldt dat zij strikt zijn beperkt tot het onder de uitzondering vallende vermogensbestanddeel. Zo vallen de in art. 21 onder 2 Fw. genoemde inkomsten (bijv. salaris of pensioen) in het faillissement, tenzij de rechter-commissaris anders bepaalt, en vallen

wetsvoorstel Sanering van schulden van natuurlijke personen, TK 1992-1993, 22 969); *dezelfde*, De overeenkomst van levensverzekering, Deventer 2004, p. 368-369.

³⁷ TK 1993-1994, 22 969, nr. 7, p. 2 v.. Zie over deze wetgevingsgeschiedenis uitgebreid Kalkman, preadvies 1995, a.w., p. 180 v., 184 v.; A-G Langemeijer, conclusie voor HR 15 december 2006, NJ 2007, 6, JOL 2006, 804.

³⁸ HR 22 november 2002, NJ 2003, 32 m.n. PvS, JOL 2002, 625, JOR 2003, 27, m.n. B. Wessels, r.o. 3.3.2: *'(..) De wetgever heeft de aanspraak op smartengeld als hoogstpersoonlijk aangemerkt en deze aanspraak aan beslag en executie, en dus ook aan het faillissement, onttrokken. Deze uitzonderingspositie heeft de wetgever niet langer gerechtvaardigd geacht, indien de rechthebbende zijn aanspraak heeft geconcretiseerd in een vordering of overeenkomst. Dat de aanspraak op smartengeld zodanig met de persoon van de rechthebbende verknocht is dat smartengelduitkeringen niet in het faillissement zouden vallen - zoals de onderdelen 1-3 voorstaan -, is door de wetgever dan ook kennelijk niet aanvaard.'* (curs. RW).

³⁹ Zie hierboven, citaat van Clausing.

⁴⁰ HR 22 november 2002, NJ 2003, 32 m.n. PvS, JOL 2002, 625, JOR 2003, 27, m.n. B. Wessels, r.o. 3.3.1.

de in art. 21a Fw. genoemde rechten binnen de daar aangegeven grenzen niet, maar op grond van een levensverzekering uitgekeerde bedragen wél in het faillissement.'

Gezien deze door de Hoge Raad uitgesproken gedachte van bescherming van de aanspraak op bepaalde vermogensbestanddelen met het oog op de bestemming daarvan, is het niet te gewaagd om te stellen dat wanneer de strekking van voorzieningen is verzorging van de oude dag of van nabestaanden, of verzorging bij invaliditeit (na een ongeval), of voorzien, in enigerlei andere zin, in de hoogstnoodzakelijke behoeften van levensonderhoud⁴¹, persoonsgebondenheid van het recht op de voorziening moet worden aangenomen, *ongeacht* de vraag of de betreffende voorziening op grond van de wet wordt getroffen, zoals bij pensioen veelal het geval is, of dat zij een contractuele basis heeft (bijvoorbeeld een lijfrenteverzekeringsovereenkomst). Een andere conclusie voor andere verschijningsvormen dan pensioen laat zich overigens ook moeilijk denken, gezien de redenering van de Hoge Raad en de wetgever zoals hierboven weergegeven. Het zou innerlijk tegenstrijdige jurisprudentie opleveren, waarin gelijke gevallen ongelijk behandeld zouden worden.⁴² Immers, indien op contractuele basis een voorziening getroffen wordt, met als strekking bijvoorbeeld verzorging van 'de oude dag', dient de rechthebbende evenzeer tegen zichzelf en tegen zijn schuldeisers (al dan niet in faillissement) beschermd te worden als wanneer het om een op basis van de wet getroffen pensioenvoorziening gaat. Het beginsel van contractsvrijheid kan deze bescherming niet doorkruisen.⁴³

5. In welk vermogen bevindt zich een pensioenaanspraak of pensioenrecht?

Een eerste voorwaarde om de rechtspositie van een DGA in het geval van beslag of faillissement te kunnen beoordelen, is vast te stellen op welk vermogen het beslag of het faillissement zich richt. Vermogensrechtelijk gaat het bij beslag en faillissement immers om verhaalsuitoefening door een of meer schuldeisers van de DGA of van diens BV⁴⁴. Een schuldeiser kan, zo bepaalt art. 3:276 BW, zijn vordering in beginsel op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen. De woorden 'van zijn schuldenaar' zijn hier van belang. Het vermogen van de DGA in privé en van zijn BV dienen vermogensrechtelijk immers juridisch als geheel gescheiden te worden beschouwd.

In dit licht kan de vraag, indien algemeen gesteld, 'of het pensioen van een DGA getroffen wordt door beslag of faillissement', dan ook niet beantwoord worden *zónder* dat eerst is vastgesteld *op welk vermogen* het beslag of het faillissement is gericht. Immers, indien de BV failliet wordt verklaard, valt het BV-vermogen onder het

⁴¹ Zie in deze zin bijvoorbeeld ook de bepalingen betreffende beslag op loon of uitkeringen, zie bijv. de art. 475b-475f, 479b en 479p Rv.

⁴² Vgl. Clausing, diss., a.w., p. 8, 84.

⁴³ Dit geluid – beroep op de contractsvrijheid – treft men weinig aan, maar wel bijv. bij W.C.L. van der Grinten in zijn annotatie onder HR 28 juni 1985, NJ 1986, 37, waar hij schrijft: 'Vrijwillig aangegane lijfrente-verzekeringen zijn wel bestemmingsgericht, maar niet bestemmingsgebonden. In de literatuur is wel bepleit, dat ook zulke "pensioenverzekeringen" bestemmingsgebonden zouden moeten zijn. (...) Het m.i. belangrijke bezwaar tegen een wettelijke voorziening in deze trant is, dat zij inbreuk maakt op de contractsvrijheid. Ook art. 32 lid 4 PSW houdt een beperking in van de contractsvrijheid, doch dan gaat het over verzekeringsovereenkomsten in het kader van toezegging omtrent pensioen door de werkgever.' Zie voorts A-G Vranken, conclusie voor HR 30 mei 1997, NJ 1997, 573, JOR 1997, 119 m.n. Loesberg, punt 17, die een dergelijk primaat van contractsvrijheid afwijst, omdat dat ertoe zou leiden dat de ene soort rechten op opgebouwd pensioen (pensioenen op individuele basis gesloten) wél in een faillissement van de rechthebbende zouden vallen en door de curator zouden kunnen worden afgekocht, en de andere soort niet (collectief gesloten voorzieningen).

⁴⁴ In het navolgende zal steeds worden gesproken van een BV. Hiervoor kan ook 'NV' gelezen worden.

faillissementsbeslag (art. 20 F) en staat het vermogen van de DGA in privé daarbuiten. Eerst daarna komt aan de orde de vraag of zich in het failliete vermogen een recht op enig tot uitkering gekomen voorziening bevindt (een recht op een nog niet tot uitkering gekomen voorziening, zoals pensioen, blijft hoe dan ook buiten een eventueel faillissement van de gerechtigde tot de opgebouwde voorziening).

In de pensioenproblematiek die hier besproken wordt, zijn in feite telkens drie, hoogstens vier vermogens betrokken: het privé-vermogen van de DGA, het vermogen van zijn BV of dat van een daarmee gelieerde – doch juridisch geheel afgescheiden - ‘pensioen-BV’, of het vermogen van de verzekeraar waar een pensioen kan zijn ondergebracht. In het navolgende zal hierop nader worden ingegaan.

6. Pensioenopbouw bij een DGA onder de huidige Pensioenwet⁴⁵

Onder de nieuwe Pensioenwet wordt een DGA – zijnde een houder van aandelen die tenminste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen⁴⁶ – niet langer aangemerkt als werknemer van zijn vennootschap. Maatschappelijk moet hij volgens de wetgever namelijk meer als (mede-) eigenaar van die vennootschap worden gezien dan als werknemer. Aldus is voor een DGA de mogelijkheid komen te vervallen om ‘mee te lopen’ in de pensioenregeling die de vennootschap had ondergebracht bij een pensioeninstelling ten behoeve van de werknemers in het bedrijf. Slechts de mogelijkheid om als DGA onder een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds te vallen, is op grond van art. 3 Pensioenwet blijven bestaan.

Tot 1 januari 2008 is overigens sprake van een overgangsregeling. In het kort⁴⁷ luidt deze als volgt. Op het deel van het pensioen dat de DGA per 1 januari 2007 als pensioen in de zin van de PSW heeft ondergebracht, is vanaf 1 januari 2008 de Pensioenwet van toepassing. Is in 2007 de Pensioenwet niet van toepassing – bijvoorbeeld omdat het pensioen in eigen beheer en niet extern is geregeld of is ondergebracht bij een verzekeraar als een buiten de PSW en Pensioenwet vallend product -, dan is per 1 januari 2008 ook de Pensioenwet niet van toepassing. Tot 1 januari 2008 heeft de DGA voorts de keuze of hij een bij een verzekeraar ondergebracht pensioen dat per 2007 niet onder de PSW valt, als PSW-pensioen wil aanmerken. Alsdan zal de Pensioenwet per 1 januari 2008 automatisch op dit pensioen van toepassing zijn.

Ten aanzien van de pensioenvoorziening die vanaf 1 januari 2008 niet onder de Pensioenwet valt, schetst de wetgever voor een DGA de volgende mogelijkheden⁴⁸:

1. Hij kan een pensioenvoorziening treffen bij een verzekeraar;
2. Hij kan zijn pensioen in eigen beheer houden. Dit wil zeggen dat er ten behoeve van zijn pensioen op de balans van zijn vennootschap een reservering wordt gemaakt.

Tussen de beide mogelijkheden kan de DGA ‘switchen’, aldus de wetgever. Vermogensrechtelijk bevindt zich het recht van de DGA op het opgebouwde pensioen – de pensioenaanspraak - in de beide hierboven genoemde situaties in het privé-

⁴⁵ Zie TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 17-20.

⁴⁶ Zie uitgebreid de definitie in art. 1 Pw.

⁴⁷ Zie uitgebreid TK 2006-2007, 30 655, nr. 7, p. 12-13 en TK 2006-2007, 30 655, nr. 8, p. 15. Voorts bijv. Luijken, a.w., p. 8-9; het WPNR-Themanummer ‘Nieuwe Pensioenwetgeving’, WPNR 6704 (2007); Zweers, a.w., hfst. 30-32.

⁴⁸ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 19. Zie ook TK 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 10-11 en de in de vorige voetnoot genoemde kamerstukken.

vermogen van de DGA. Het belang van deze vaststelling blijkt hieronder, wanneer de situatie van faillissement wordt gezien.

7. Faillissement van de DGA of diens BV

a. Visie van de wetgever van de Pensioenwet op een faillissementssituatie

De wetgever schetst de rechtspositie van een DGA bij faillissement onder de Pensioenwet in de twee in de vorige paragraaf al kort gegeven situaties als volgt:

1. De DGA heeft zijn pensioen bij een verzekeraar ondergebracht. De wetgever stelt dat wanneer de DGA nu in persoon failliet gaat, het de vraag is of zijn schuldeisers hem kunnen dwingen de verzekering af te kopen. De wetgever verwijst hier naar de Faillissementswet.

2. De DGA heeft zijn pensioenvoorziening in 'eigen beheer'. In deze situatie moet voorts worden onderscheiden, aldus de wetgever, tussen faillissement van de DGA zelf enerzijds en faillissement van zijn vennootschap waar zijn pensioen op de balans staat, anderzijds.

Overigens, zo stelt de wetgever, brengt de Pensioenwet ten opzichte van de Pensioen- en Spaarfondsenwet geen veranderingen voor de gevolgen van een faillissement.⁴⁹ Aan de situatie van beslag wijdt de wetgever geen woorden.

b. Analyse en commentaar

Een analyse van de opmerkingen van de wetgever over deze faillissementssituaties leidt tot de volgende opmerkingen.

Situatie 1. De DGA heeft zijn pensioen bij een verzekeraar ondergebracht.

De wetgever stelt dat het bij faillissement in persoon van de DGA de vraag is of zijn schuldeisers hem kunnen dwingen de verzekering af te kopen. Deze vraagstelling is niet geheel zuiver, en zou moeten luiden: Kunnen de schuldeisers de curator in het faillissement dwingen de verzekering af te kopen? Aan de vraagstelling dient voorts de vraag te worden toegevoegd, of de curator wel over het pensioenrecht kan beschikken door dit af te kopen.

Wanneer met 'pensioenrecht' wordt bedoeld het recht op het opgebouwde pensioen (de pensioenaanspraak in de zin van de Pensioenwet), moet het antwoord op beide vragen eenduidig ontkennend luiden. Immers, het recht van de DGA op opgebouwd pensioen is persoonsgebonden en valt niet in diens faillissement. Van beschikken over dit recht kan dan geen sprake zijn. Voorafgaand aan het faillissement is dit pensioenrecht ook niet vatbaar voor beslag, om dezelfde reden. Verwezen mag worden naar paragraaf 4.

Situatie 2. De DGA heeft zijn pensioenvoorziening in 'eigen beheer'.

In deze situatie moet worden onderscheiden tussen:

a. Faillissement van de DGA zelf. De wetgever stelt dat in dit geval de pensioenaanspraak van de DGA op de vennootschap niet bij het faillissement wordt betrokken,

*(..) immers de vennootschap is een andere rechtspersoon (afgescheiden vermogen) dan de directeur-groootaandeelhouder in persoon.*⁵⁰

⁴⁹ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 19; TK 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 10-11; TK 2006-2007, 30 655, nr. 7, p. 14.

⁵⁰ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 19.

b. Faillissement van de vennootschap waar zijn pensioen op de balans staat. In dit geval is het pensioen volgens de wetgever in gevaar, omdat 'het nog maar de vraag is of de vordering van de DGA op de vennootschap terzake van pensioen bij een faillissement van de vennootschap gehonoreerd kan worden.'⁵¹ In de regel zal het hier gaan om een faillissement van de vennootschap die aan de DGA een pensioentoezegging heeft gedaan (hierna: de Pensioen-BV). Bij een Pensioen-BV is tussen de DGA en zijn Pensioen-BV een pensioenovereenkomst gesloten die inhoudt dat, kort gezegd, ieder jaar een percentage van het door de DGA genoten loon ten gunste van de DGA als pensioenaanspraak wordt gereserveerd. Op de passiefzijde van de balans van de Pensioen-BV staat dan een schuld aan de DGA. Op de actiefzijde van de balans staan tegenover dat passief activa.

Sub a. Faillissement van de DGA zelf

De conclusie van de wetgever dat in het geval van faillissement van de DGA in privé diens recht op het opgebouwde pensioen – de 'pensioenaanspraak' jegens de Pensioen-BV - niet bij het faillissement wordt betrokken is op zich juist. De motivering die de wetgever hiervoor aanvoert - de Pensioen-BV is een andere rechtspersoon (afgescheiden vermogen) dan de DGA in persoon – is echter niet goed te begrijpen⁵². Vermogensrechtelijk immers gaat het om de vraag welke rechten van de DGA in diens faillissement vallen; het bestaan van andere vermogens is hierbij niet relevant, vgl. art. 20 F. Vervolgens is het de vraag of de curator de in het faillissement vallende rechten kan uitoefenen c.q. over die rechten kan beschikken. Hier gaat het om een recht van de DGA uit hoofde van een door de Pensioen-BV aan de DGA gedane pensioentoezegging. Het feit dat de activa ter dekking van de schuld van de Pensioen-BV aan de DGA tot het vermogen van die BV behoren staat los van de vraag of het recht op opgebouwd pensioen zich wel of niet in het onder het faillissement vallende vermogen van de DGA bevindt.

De rechtspositie van de DGA in een (eigen) faillissementssituatie is die, zoals al beschreven in situatie 1. Het recht op opgebouwd pensioen - een vermogensrecht, zie art. 3:6 BW – jegens zijn Pensioen-BV bevindt zich in zijn vermogen, maar maakt als persoonsgebonden recht van de gefailleerde DGA géén deel uit van het deel van dat vermogen dat onder het faillissement valt. Een curator in het faillissement van de DGA kan dan ook niet beschikken over dit recht door dit af te kopen. Buiten een faillissementssituatie kan het niet worden beslagen door een schuldeiser van de DGA. Zie hierboven, paragraaf 4.

Sub b. Faillissement van de Pensioen-BV

In het geval van een faillissement van de Pensioen-BV is het pensioen van de DGA in gevaar, zo constateert de wetgever. Gedoeld wordt hier op het bedrijfseconomische feit dat – enigszins vereenvoudigd uitgedrukt - de schulden van de vennootschap groter kunnen zijn dan de bezittingen en dat de vordering van de DGA op de

⁵¹ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 19.

⁵² Zij komt neer op de volgende redenering: A, die een opeisbare vordering op B heeft en failliet gaat, kan zijn vordering op B niet innen omdat het geld dat B aan A zou moeten betalen, zich in B's vermogen bevindt. Op zich is juist dat het geld zich niet in het vermogen van A bevindt en daarmee ook niet in A's faillissement kan vallen. Maar het gaat hier niet om het geld waarop A recht heeft (bij pensioen: de waarde van het opgebouwde pensioen), het gaat om het vorderingsrecht in het vermogen van A (de DGA), welk vorderingsrecht tot inhoud heeft de uitbetaling van het opgebouwde pensioen. Dit vorderingsrecht is persoonsgebonden en valt om die reden niet in de faillissementsboedel.

Pensioen-BV dan niet of slechts gedeeltelijk uit de bezittingen van de Pensioen-BV zou kunnen worden voldaan.

In de Parlementaire geschiedenis⁵³ wordt over deze situatie opgemerkt, dat op grond van (lagere) regelgeving onder de – inmiddels vervallen – PSW de vennootschap (de Pensioen-BV) verplicht was om in geval van eigen beheer een bedrag op de balans te reserveren dat voldoende moest zijn om de pensioenverplichtingen te kunnen nakomen (en een evenredige aanspraak mee te geven bij ontslag). De regering achtte het niet bezwaarlijk dat deze beschermende regelgeving kwam te vervallen, omdat de DGA geacht moet worden zelf in de positie te zijn om goede afspraken met zijn medeaandeelhouders te maken over de pensioenreserveringen op de balans, en omdat de lagere regelgeving op zich niet in zekerstelling van het pensioen kon voorzien. Een reservering zoals door de wetgever bedoeld voorkwam – en voorkomt – echter niet, dat het vermogen van de Pensioen-BV, inclusief de reservering, onverkort bloot stond – en staat – aan verhaal door schuldeisers bij faillissement van de vennootschap. Dit risico van verhaal op de activa van de vennootschap kan wellicht op drie wijzen worden beperkt:

1. Door het pensioen op te bouwen in een Pensioen-BV die geen schulden aan derden kan (mag) hebben⁵⁴;
2. Door de Pensioen-BV niet als rechtspersoon-bestuurder van een andere rechtspersoon (bijvoorbeeld een werkmaatschappij) te laten optreden. Daarmee wordt verhaal op het actief van de Pensioen-BV uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid voorkomen; ook op deze wijze kan de BV geen crediteuren creëren.⁵⁵ De DGA als natuurlijk persoon zou wél als bestuurder van de werkmaatschappij kunnen optreden, of hij zou een andere rechtspersoon dan de Pensioen-BV als zodanig kunnen laten fungeren. Het aan de DGA toekomende recht op het opgebouwde pensioen zal immers, in het geval hij als bestuurder wordt aangesproken, als persoonsgebonden recht buiten zijn voor verhaal vatbare vermogen blijven. Aldus worden zowel de actieve zijde van de verbintenis – het recht op het opgebouwde pensioen – als de passieve zijde daarvan – de schuld van de Pensioen-BV aan de DGA – zo goed mogelijk beschermd;
3. Door het bedingen van zekerheden, door de DGA en ten behoeve van zichzelf, op de activa van de Pensioen-BV. Het doel van de zekerheden, die bijvoorbeeld al in de pensioenovereenkomst met de Pensioen-BV bedongen kunnen worden, is beveiliging van het voor pensioen opgebouwde c.q. gereserveerde kapitaal. De DGA wordt aldus in staat gesteld om zo nodig tot het bedrag van dit kapitaal en bij voorrang boven andere crediteuren (hoewel die er idealiter niet zijn, zie punt 1) verhaal te kunnen nemen op de activa van de Pensioen-BV. Aan een dergelijke zekerheidsstelling kleven echter de volgende onzekerheden:

⁵³ TK 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 18.

⁵⁴ Chris Spekrijse, a.w., Account Adviseur maart 2006, p. 26-27. In het voorbeeld dat hij echter vervolgens geeft, lijken echter het opgebouwde pensioen enerzijds en de pensioenaanspraak (het *recht* op dat opgebouwde pensioen) anderzijds niet goed uit elkaar gehouden te zijn. De auteur spreekt zowel van een opgebouwd pensioen in een holding, als van een pensioenaanspraak in diezelfde holding. De passieve zijde van het vorderingsrecht, zijnde de waarde van het opgebouwde pensioen, en de actieve zijde, zijnde het persoonsgebonden recht op pensioen, zijn daardoor in het voorbeeld niet goed te traceren.

⁵⁵ Spekrijse, t.a.p., betoogt op dit punt het volgende: De pensioenaanspraken zijn opgebouwd in een holding; de holding bestuurt als rechtspersoon – bestuurder tevens de werkmaatschappij; de werkmaatschappij gaat failliet en de schuldeisers kunnen bestuurdersaansprakelijkheid aantonen. Spekrijse concludeert nu, dat de pensioenaanspraken in zo'n geval in de holding niet veilig zijn, maar dat dit kan worden voorkomen door deze onder te brengen in een apart directiepensioenlichaam. Wat hij bedoelt met een apart directiepensioenlichaam is niet duidelijk.

- a. Eerst bij het opeisbaar worden van de vordering op de Pensioen-BV zal de DGA, wanneer de Pensioen-BV de verplichting tot uitkering van het pensioenkapitaal niet nakomt, het gevestigde zekerheidsrecht kunnen uitoefenen. Immers, de vordering op de Pensioen-BV tot uitbetaling van het opgebouwde pensioenkapitaal is naar haar aard niet-opeisbaar. Opeisbaarheid ontstaat wanneer het pensioen tot uitkering komt. Wellicht kan in de pensioenovereenkomst het faillissement van de Pensioen-BV worden gekwalificeerd als een 'event of default' waardoor de vordering reeds eerder opeisbaar wordt en de zekerheden kunnen worden uitgeoefend. Dit punt brengt echter de volgende onzekerheden in beeld:
- b. De reikwijdte van de Actio Pauliana. Betaling aan de DGA als zekerheidsgerechtigde in een faillissementsituatie is wellicht aantastbaar op grond van (i) art. 47 F (overleg in de zin van art. 47 F tussen de DGA als schuldeiser en de Pensioen-BV als schuldenaar, zulks ten tijde van het aangaan van de pensioenovereenkomst en met het doel door de voorgenomen mogelijke uitoefening van zekerheden c.q. betaling de DGA te begunstigen boven andere schuldeisers)⁵⁶ of (ii) art. 42 jo. art. 43, lid 1, aanhef en onder 2, 3, 4 en 5 F (onverplicht aangegane verplichting tot zekerheidsstelling, omkering bewijslast ex art. 43 F). Een clause in deze zin – opeisbaarheid bij, maar ook met het oog op faillissement - is wellicht ook als zodanig aantastbaar met de Actio Pauliana⁵⁷;
- c. Een mogelijk tegenstrijdig belang tussen zijn positie als pensioengerechtigde crediteur aan de ene kant en bestuurder/aandeelhouder van de Pensioen-BV aan de andere kant, zulks in het licht van het bepaalde in art. 2:256 BW De Hoge Raad heeft hierover strenge regels uitgevaardigd die ook gelden voor eenpersoonsvennootschappen⁵⁸.

8. Slot: een DGA heeft door de nieuwe Pensioenwet *niet* een mindere rechtspositie verkregen in situaties van beslag en faillissement

Het antwoord op de vraag of een DGA door de nieuwe Pensioenwet een mindere rechtspositie heeft verkregen in situaties van beslag en faillissement dan hij onder de vervallen PSW had, luidt ontkennend. De reden is, dat de vermogensrechtelijke sta-

⁵⁶ Zie voor een dergelijke toepassing van art. 47 F op een betaling door een faillierende vennootschap aan een vennootschap-bestuurder HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (Cikam/Siemon q.q.), waarover G. van Dijck, Worstelen met de Pauliana, WPNR 2003/6536, p. 431-432.

⁵⁷ Vgl. F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement, Preadvisie Vereniging voor Burgerlijk Recht 2006, Deventer 2006, p. 141, die voor een boetebeding – dat in strekking van de hier besproken clause niet behoeft te verschillen - schrijft: 'Een boetebeding gekoppeld aan het faillissement is geen normale transactie met een reële economische betekenis, maar dient er slechts toe de positie van de wederpartij in een faillissement te verbeteren.' Die 'wederpartij' zou hier zijn de DGA. In gelijke zin als Verstijlen, R.J. de Weijers, Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana, WPNR 2007/6726, p. 856.

⁵⁸ Zie HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568 (Mediasafe I); HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 (Mediasafe II); HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (Brandao/Joral); HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (Duplicado); HR 14 juli 2006, JOR 2006/179 (ABN-AMRO/Dijkema q.q.); HR 8 december 2006, JOR 2007/37 (Breda Industries/Interpolis); HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 (Bruil-Kombex/Bruil-Arnhem) m.n. J.M.M. Maeijer, JOR 2007, 169 m.n. A.F.J.A. Leijten. Voor recente lagere rechtspraak zie Rb Arnhem 11 april 2007, JOR 2007, 168 m.n. A.F.J.A. Leijten (onder JOR 2007, 169) en Rb Utrecht 16 mei 2007, JOR 2007, 170 m.n. A.F.J.A. Leijten..Zie ook o.a. S Bartman, Onderzoeksplicht bij tegenstrijdig belang: Biedt de Hoge Raad de praktijk toch een sprankje hoop in ABN Amro–mr. Dijkema q.q., WPNR 2007/6694, p. 51-54, en W. Jaarigsmas, Tegenstrijdig belang, een overzicht, O&F nr. 74, 2007, p. 42-49..

tus van een recht op opgebouwd pensioen met de komst van de Pensioenwet niet is veranderd ten opzichte van de periode onder de PSW. Een recht op opgebouwd pensioen werd en wordt vanwege de strekking ervan gezien als persoonsgebonden en is uit dien hoofde niet vatbaar voor verhaal door derden. In bredere zin kan zelfs, op grond van jurisprudentie en literatuur, gesteld worden dat wanneer de strekking van voorzieningen is verzorging (van de oude dag, van nabestaanden, bij invaliditeit) of op andere wijze de hoogstnoodzakelijke behoeften van levensonderhoud te lenigen, persoonsgebondenheid en verknochtheid van het recht op de voorziening moeten worden aangenomen, *ongeacht* de vraag of de betreffende voorziening op grond van de wet wordt getroffen, zoals bij pensioen veelal het geval is, of een contractuele basis heeft, zoals bij een lijfrenteverzekering.

Krachtens dit gegeven van persoonsgebondenheid is de vermogensrechtelijke status van een recht op een opgebouwde oudedagsvoorziening of een daarmee gelijk te stellen regeling, als volgt. De rechthebbende kan in beginsel niet over dit recht beschikken (onvervreemdbaarheid) en het valt niet in zijn faillissementsboedel. Het behoort niet tot de activa die krachtens art. 20 F onder het faillissementsbeslag vallen. En waar niet is – het recht valt niet in de boedel – kan de curator in een faillissement niet beschikken, bijvoorbeeld door het recht af te kopen. Het recht op opgebouwd pensioen is ook niet vatbaar voor afstand, afkoop, beslag of uitwinning. De schuldeisers van de gerechtigde tot het opgebouwde pensioen kunnen het recht niet uitoefenen en/of daarvan profijt trekken. Afkoopverboden, zoals opgenomen in art. 32 lid 4 van de vervallen PSW of in andere wetten, zijn niet nodig. Het persoonsgebonden karakter van een recht op opgebouwd pensioen ontstaat immers niet eerst wanneer er een verbod van afkoop in enige regeling of contract is opgenomen. Redeneringen, in recente literatuur voorkomende, om het recht op een opgebouwde oudedags- of overlijdensvoorziening te beveiligen, of te trachten te beveiligen via toepassing – al dan niet analoog – van sommige wetsartikelen, zijn evenmin nodig.

Met het recht op opgebouwd pensioen correspondeert echter (als het goed is) een bepaalde waarde. Deze waarde bevindt zich als het opgebouwde pensioen zelf in het vermogen van een verzekeraar of in het vermogen van een (Pensioen-) BV van de DGA. Als onderdeel van dat vermogen staan die waarden in beginsel uiteraard wél bloot aan verhaal door schuldeisers van de verzekeraar, of door schuldeisers van de (Pensioen-) BV van de DGA. Ook bestaat het risico dat de activa, bestemd voor de dekking van het recht op opgebouwd pensioen, de Pensioen-BV of verzekeraar met enig ander doel en voortijdig (vóór het opvallen van het pensioen) verlaten. In dergelijke gevallen is de DGA – behoudens eventuele beschermingsregelingen op nationaal niveau voor gerechtigden met betrekking tot opgebouwde pensioenen⁵⁹ – in beginsel concurrent schuldeiser van de verzekeraar of van zijn vennootschap voor zijn vorderingsrecht op het opgebouwde pensioen. Hij is onder de nieuwe Pensioenwet geen werknemer van zijn vennootschap; het voorrecht van art. 3:288, aanhef en sub d BW zal hem daarom niet ten deel vallen.

Verhaal door schuldeisers van de Pensioen-BV op de activa van die BV kan mogelijk worden voorkomen, (i) door te bewerkstelligen dat de Pensioen-BV geen andere schuldeisers mag (kan) hebben, (ii) door niet de Pensioen-BV, maar óf de DGA als natuurlijk persoon, óf een andere vennootschap van de DGA bestuurder van zijn werkmaatschappij te laten zijn, of (iii) doordat de DGA zekerheidsrechten bedingt en verkrijgt van de Pensioen-BV (of mogelijk zelfs van de verzekeraar) voor de nakoming van de (toekomstige) pensioenbetalingsverplichtingen die ontstaan

⁵⁹ Vgl. de artikelen 171 t/m 173 Pensioenwet, handelende over o.m. benoeming van een curator of een bewindvoerder over een Pensioenfonds.

wanneer het pensioen tot uitkering is gekomen. In dit laatste geval zal echter moeten worden overeengekomen tussen de DGA en de Pensioen-BV dat de opeisbaarheid van de pensioenverbintenis ook reeds intreedt bij een faillissement van de Pensioen-BV. Of echter een dergelijke afspraak de toets van de Actio Pauliana of van het tegenstrijdig belang (art. 2:256 BW) kan doorstaan, is onzeker.

Mr. R. Westrik