

Mr. P.R.W. Schaink

# **Arbeidsovereenkomst en insolventierecht**

*Derde druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2024

## VOORWOORD

Een faillissement of een surseance van betaling van de werkgever heeft ingrijpende gevolgen voor de bij die werkgever in dienst zijnde werknemers. Deze fraaie studie van mr. P.R.W. Schaink, getiteld *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, behandelt alle facetten van de positie van de werknemer bij insolventie van de werkgever, in het bijzonder de beëindiging van een dienstbetrekking. Uiteraard wordt uitgebreid ingegaan op de centrale artikelen 40 en 239 Fw. In dat verband worden de tijdens faillissement en surseance van betaling geldende opzegvereisten, opzegverboden en opzegtermijnen besproken en wordt aandacht besteed aan de status van (eventuele) vorderingen die werknemers jegens hun insolvente werkgever geldend kunnen maken. Welke vorderingen hebben de status van boedelvordering, welke vorderingen zijn concurrent dan wel preferent en welke vorderingen komen in het geheel niet voor voldoening uit de boedel in aanmerking? Schaink bespreekt ook de voor de praktijk belangrijke Loongarantiereregeling. Voorts wordt ingegaan op de complicaties rond de doorwerking van concurrentiebedingen die in de beëindigde arbeidsovereenkomsten zijn opgenomen. Welke werking komt dergelijke bedingen toe bij voortzetting van een deel van de onderneming door de curator in het faillissement van de werkgever respectievelijk na een doorstart? Ruime aandacht wordt ook besteed aan de uitleg en toepassing van de wettelijke regeling inzake overgang van de onderneming (de artikelen 7:662-666 BW). Zeer actueel zijn de paragrafen over de pre-pack en de rechtspraak inzake Estro en Heiploeg. Voorts komen aan bod: de mogelijkheid van misbruik van faillissementsrecht en omzeiling van de ontslagbescherming en kwesties van medezeggenschap inclusief de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake DA Retailgroep B.V. cs. Schaink sluit af met een behandeling van enkele internationale en grensoverschrijdende aspecten van de door hem besproken onderwerpen en enkele beschouwingen over de positie van werknemers in de WHOA.

In deze derde, herziene en uitgebreide druk van het boek *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht* bouwt Schaink voort op het stevige fundament dat al was gelegd met de eerste twee drukken, waarbij de ontwikkelingen op het gebied van wetgeving en jurisprudentie van de afgelopen zes jaar wederom helder en toegankelijk worden beschreven en toegelicht. Ook voor deze nieuwe druk geldt dat deze voor curatoren, bewindvoerders, arbeidsrechtadvocaten en anderen die zich begeven op het grensvlak van het arbeidsrecht en het insolventierecht, een onmisbaar naslagwerk zal zijn. De – vernieuwde – redactie van de serie *Recht en Praktijk – Insolventierecht*, is dan ook verheugd deze derde druk in de serie op te nemen.

Mr. drs. J.M.G.J. Boon/Leiden

Prof. mr. drs. C.M. Harmsen/Amsterdam

Mr. K.A. Messelink/Amsterdam

Prof. mr. R.J. de Weijs/Amsterdam

Mr. J.H.M. van de Wiel/Den Haag

Februari 2024

# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord / V**

**Ten geleide / VII**

**Lijst van afkortingen / XVII**

**Verkort aangehaalde literatuur / XIX**

## HOOFDSTUK 1

### **De arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst in het faillissementsrecht / 1**

- 1.1 Art. 40 en 239 Fw, korte wetsgeschiedenis / 1
- 1.2 Art. 37 versus art. 40 Fw: lex generalis versus lex specialis / 3
- 1.2.1 Combinatie van art. 37 en 40 Fw; de gemengde overeenkomst / 4
- 1.3 Arbeidsovereenkomst gaat in haar geheel 'over op de curator' / 6
- 1.4 Collectieve arbeidsovereenkomst (cao) / 7
- 1.5 De agentuurovereenkomst / 8
- 1.5.1 De handelsagent, provisie en klantenvergoeding / 8
- 1.5.2 Niet van toepassing op de gevolmachtigd agent ex art. 2:92 Wft / 9
- 1.6 De arbeidsovereenkomst van de statutair directeur; positie van de commissaris / 10
- 1.6.1 Inleiding, de '15 april-arresten', en uitzonderingen daarop / 10
- 1.6.2 Ontslagverlening en ontslagneming tijdens faillissement / 11
- 1.6.3 De situatie in surseance / 13
- 1.6.4 De positie van commissarissen / 14
- 1.7 Werkgeverschap in geval van vennootschap onder firma (vof) / 15

## HOOFDSTUK 2

### **Flexibilisering arbeidsovereenkomstenrecht in titel 10 Boek 7 BW, gevolgen bij faillissement en surseance / 17**

- 2.1 Inleiding: Flexwet, Wwz en WAB / 17
- 2.2 Overzicht van wijzigingen / 18

## HOOFDSTUK 3

### **Opzegging van de arbeidsovereenkomst in faillissement en surseance / 25**

- 3.1 Inleidende opmerkingen, wijzen van beëindiging / 25
- 3.2 Opzegvereisten in faillissement: machtiging rechter-commissaris / 27
  - 3.2.1 Art. 68 lid 2 Fw versus UWV-route, wijze van opzegging, afvloeiingsvolgorde / 27
  - 3.2.2 Uitbreiding rechtsbescherming in 2002 / 28
  - 3.2.3 Toetsingsmaatstaf / 29
  - 3.2.4 Procedurele perikelen / 31
- 3.3 Opzegvereisten in faillissement: de Wet melding collectief ontslag / 32
  - 3.3.1 Algemeen / 32
  - 3.3.2 Gedeeltelijke werking tijdens faillissement / 33
  - 3.3.3 Sanctiemechanisme vanaf 2012, aangepast met komst Wwz / 34
- 3.4 Opzegverboden in faillissement / 35
  - 3.4.1 Rechtsontwikkeling, uiteenlopende opvattingen / 35
  - 3.4.2 Luttmmer-Kat en het onderscheid tussen 'tijdens'- en 'wegens'-verboden / 36
  - 3.4.3 Nadere beschouwingen, impact Wwz / 37
  - 3.4.4 Eigen standpunt: geen ontslagverboden / 39
- 3.5 Opzegtermijnen in faillissement / 41
  - 3.5.1 Algemeen / 41
- 3.6 Opzegging in surseance / 42
  - 3.6.1 Overeenkomsten en afwijkingen ten opzichte van faillissement / 42
  - 3.6.2 Opzegtermijn voor de werknemer: kennelijke wetsfout / 44
- 3.7 Opzegging, praktijkcasus / 45

## HOOFDSTUK 4

### **Status van werknemersclaims in faillissement, algemeen deel / 47**

- 4.1 Boedelschulden/vorderingen / 47
  - 4.1.1 Algemeen / 47
  - 4.1.2 Ontstaanscriteria, boedelschulden krachtens de wet / 48
  - 4.1.3 Arrest Koot/Tideman, van 'toedoen' naar redelijke toerekening aan de curator / 49
- 4.2 Faillissementsschulden/vorderingen / 51
  - 4.2.1 Algemeen, opeisbaarheid, verificatie, verjaring, informatieplicht / 51
    - 4.2.1.1 Arrest Credit Suisse/Jongepier q.q., inperking op begrip 'faillissementsvordering' in Koot/Tideman / 52
  - 4.2.2 Preferente, concurrente en achtergestelde vorderingen / 53
- 4.3 De niet-verifieerbare vordering, het arrest Van Gelder Papier / 54
  - 4.3.1 De situatie in 1990 / 54
  - 4.3.2 De situatie na Koot/Tideman: niet gewijzigd vanwege redenen in het huurrecht / 56
  - 4.3.3 Een andere niet-verifieerbare, 'toekomstige' vordering, X versus curator RIAGG / 59

## HOOFDSTUK 5

### **Status van werknemersclaims in faillissement: bijzonder deel / 61**

- 5.1 Loon- en nevenvorderingen, preferentie en duur daarvan / 61
- 5.2 Vorderingen met betrekking tot pensioenpremies en pensioen / 63
  - 5.2.1 Inleidende opmerkingen / 63

- 5.2.2 Pensioenpremies in art. 40 lid 2 Fw en in jurisprudentie / 64
- 5.2.3 Affinanciering van backservice en vergelijkbare verplichtingen / 65
- 5.2.4 Terugvordering afgedragen pensioenpremies / 68
- 5.2.5 Vordering tot uitkering van pensioen / 68
- 5.3 Vorderingen wegens vergoedingen bij einde dienstverband / 69
- 5.3.1 Inleiding en afbakening / 69
- 5.3.2 De status van de transitievergoeding in faillissement: non-existent / 70
- 5.3.2.1 Art. 7:673 BW: aanspraak op de transitievergoeding, buiten insolventie / 70
- 5.3.2.2 Art. 7:673c: het 'niet langer verschuldigd' zijn bij insolventie van de werkgever / 71
- 5.3.2.3 Afwijking van art. 7:673 bij cao; doorwerking in faillissement / 72
- 5.3.2.4 Insolventie en 'golden parachute clause', versus transitievergoeding / 73
- 5.3.2.5 Commentaar op het 'niet langer verschuldigd' zijn van transitievergoeding / 74
- 5.3.3 Status van de 'billijke vergoeding' onder de Wwz / 74
- 5.4 '403-vorderingen' / 77
- 5.4.1 Inleiding / 77
- 5.4.2 Temporele reikwijdte van de 403-verklaring / 78
- 5.4.3 Materiële reikwijdte van arbeidsrechtelijke 403-vorderingen / 79
- 5.4.4 'Overblijvende' aansprakelijkheid na intrekking van 403-verklaring / 80
- 5.4.5 Arbeidsrechtelijke 403-vorderingen: preferent of concurrent, dan wel: boedel-schuld of niet-verifieerbaar? De Econcern-arresten / 81
- 5.5 Verrekening van werknemersclaims / 82

## HOOFDSTUK 6

### **Vergoeding bij ontslag of ontbinding tijdens faillissement? / 85**

- 6.1 Een 'billijke vergoeding' onder de Wwz / 85
- 6.1.1 Pre-Wwz-rechtspraak / 86
- 6.2 Nogmaals: de Van Gelder Papier-problematiek / 89
- 6.2.1 Een variant ter omzeiling / 89
- 6.2.2 De echte oplossing: terugkomen door de HR op Van Gelder Papier / 90

## HOOFDSTUK 7

### **Faillissementsprocesrecht inzake realisering van werknemersclaims / 93**

- 7.1 Schorsing procedure en aanmelding ter verificatie, of voortprocederen / 93
- 7.2 Reconventie / 97
- 7.3 Nadere procesrechtelijke opmerkingen over de ontbindingsprocedure, drie scenario's, proceskosten / 97

## HOOFDSTUK 8

### **De loongarantieregeling: art. 61-68 WW / 101**

- 8.1 Inleiding, toepassingsbereik / 101
- 8.1.1 Bijzonderheden bij surseance van betaling / 102
- 8.1.2 Toepassing bij betalingsonmacht buiten formele insolventie / 103
- 8.2 Sanctie op 'benadelingshandeling'. Van 'laatste redmiddel' naar misbruiktoets / 104
- 8.3 Voorschot / 105
- 8.4 Toepassing bij overgang van onderneming / 106

- 8.5 Werknemerschap, terugvorderen premies bij ontbreken daarvan / 107
- 8.5.1 De illegale werknemer / 109
- 8.5.2 De directeur-grotaandeelhouder in historisch perspectief / 111
- 8.5.3 De Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016 / 113
- 8.6 Art. 61 WW: inleidende bepaling / 115
- 8.7 Art. 61a WW: overlijdensuitkering / 115
- 8.8 Art. 62 WW: diverse onderwerpen / 116
- 8.8.1 De dienstbetrekking is bij faillietverklaring al geëindigd / 116
- 8.8.2 Vervaltermijn aanvraag, grensoverschrijdend faillissement / 118
- 8.8.3 Doorwerken voor curator, c.q. ziekte tijdens faillissement / 118
- 8.9 Art. 63 WW: verplichtingen, sanctie, antimisbruikclausule / 119
- 8.10 Art. 64 WW: kern van de loongarantieregeling / 120
- 8.10.1 Loon, vakantierechten en pensioenpremies, maximering / 120
- 8.10.2 Toerekening aan 'referteperioden': toepassing van civielrechtelijke regels / 122
- 8.10.3 Fictieve datum van opzegging: voorkoming van oneigenlijk gebruik / 123
- 8.10.4 Lacunebepaling, relevantie bij surseance / 125
- 8.10.5 Diverse elementen onder de werking van de loongarantie, begrenzing / 125
- 8.10.6 Niet-uniforme behandeling van vrije dagen / 127
- 8.10.7 Pensioenpremies en andere aan derden verschuldigde bedragen / 127
- 8.10.8 Billijke vergoedingen uit hoofde van de Wwz, beëindigingsvergoedingen daterend van vóór de Wwz / 129
- 8.10.9 Werkgever is 'eigen risico drager', overgang risico bij doorstart / 131
- 8.11 Art. 65 WW: korting op de uitkering wegens inkomsten / 132
- 8.12 Art. 66 WW: subrogatievordering UWV op de boedel / 132
- 8.13 Art. 67 WW: uitbreiding loonbegrip, en werknemersbegrip tot 65+ / 135
- 8.14 Art. 68 WW: analoge toepassing 'gewone' WW / 135
- 8.15 Praktijkgevallen / 136

## HOOFDSTUK 9

### **Rechten en verplichtingen uit de aflopende relatie tussen curator en werknemer / 139**

- 9.1 De curator als werkgever tijdens faillissement / 139
- 9.2 Doorwerken voor de curator na afloop van de opzegtermijn / 140
- 9.2.1 Inschakeling van een uitzendbureau / 142
- 9.2.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de curator / 143
- 9.2.3 Verlenging van de opzegtermijn / 144
- 9.2.4 Uitgestelde einddatum middels wijzigings- c.q. beëindigingsovereenkomst / 144
- 9.3 Surseance: samenspel werkgever en bewindvoerder / 146
- 9.3.1 Loondoorbetalingsverplichting van de sursiet / 146
- 9.4 Inzage in personeelsdossier / 147
- 9.5 Retentierecht / 148

## HOOFDSTUK 10

### **Concurrentiebeding en onrechtmatige concurrentie / 149**

- 10.1 Inleiding, horizonverkenning buiten faillissement / 149
- 10.1.1 Overgang van onderneming, tijdens en na afloop van het dienstverband / 150

- 10.1.2 Het concurrentiebeding in faillissement, pleidooien voor afschaffing / 151
- 10.2 (Vermeende) aanspraken van de doorstarter uit een concurrentiebeding / 152
- 10.3 De curator als handhaver van het concurrentiebeding / 154
- 10.3.1 Uitgangspunt: concurrentiebeding blijft van kracht / 154
- 10.3.2 De curator heeft de onderneming verkocht: richtingenstrijd / 155
- 10.3.3 Belangenafweging in de lagere jurisprudentie, casuïstiek / 155
- 10.3.4 Slotbeschouwing over het concurrentiebeding in faillissement / 161
- 10.4 Onrechtmatige concurrentie, jurisprudentie / 162

## HOOFDSTUK 11

### **Overgang van onderneming in faillissement / 165**

- 11.1 Art. 7:662-7:666 BW, Richtlijn 2001/23/EG, inleiding / 165
- 11.2 De zaak Abels, begin van het spoor naar Smallsteps en Heiploeg. / 167
- 11.2.1 Invulling van de keuze in Abels, door de Hoge Raad / 168
- 11.3 Voortgang rechtspraak HvJ EU na Abels, vóór Smallsteps / 168
- 11.4 De pre-packprocedure en het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) / 171
- 11.5 Het arrest HvJ EU inzake Smallsteps / 175
- 11.5.1 De casus en de prejudiciële vragen / 175
- 11.5.2 Conclusie Advocaat-Generaal en oordeel HvJ EU / 175
- 11.5.3 Commentaar op en naar aanleiding van Smallsteps / 177
- 11.5.3.1 Algemeen, vrees voor olievlekwerking, verder plan van bespreking / 177
- 11.5.3.2 Vervolg-jurisprudentie in het licht van de Smallsteps-toets / 179
- 11.5.3.3 Richtlijnconforme uitleg contra legem? / 184
- 11.5.3.4 Beknelde werknemersrechten / 185
- 11.5.3.5 Het Voorontwerp van Wet inzake Overgang van Onderneming in Faillissement (WOVof) / 186
- 11.6 Het arrest HvJ EU inzake Heiploeg / 190
- 11.6.1 Casus, oordeel rechtbank en gerechtshof / 190
- 11.6.2 Conclusie advocaat-generaal, prejudiciële vragen van de Hoge Raad / 192
- 11.6.3 Standpunt A-G bij het Hof van Justitie EU, arrest van het Hof / 193
- 11.6.4 Heiploeg terug naar de Hoge Raad, huidige stand van zaken, commentaar / 196
- 11.6.5 Voorbereiding van een doorstart buiten pre-packverband, surseance / 198
- 11.7 Overgang van onderneming: behoud van identiteit, problematiek van de 'twee fasen' / 199
- 11.8 'Contractuele' overgang van onderneming volgens cao en faillissement / 201
- 11.9 Het tijdstip van de overgang en de 'zwaartepunt'-maatstaf / 202
- 11.9.1 Het arrest Happé/Scheepstra en de uitspraken inzake Alphacare / 202
- 11.9.2 'Technische' faillissementen, de zaken Adept en Jan de Roos / 204
- 11.10 Overgang van onderneming door splitsing, tijdens faillissement / 205
- 11.11 Overgang van onderneming en ingeleend personeel / 205
- 11.11.1 Inleiding: verschil tussen begrip 'werkgever' in BW en Richtlijnen EG / 205
- 11.11.2 Het Albron-arrest van het Hof van Justitie EU en het vervolg / 207
- 11.11.3 Mogelijke faillissementsrechtelijke implicaties van Albron / 208
- 11.11.4 Slotopmerkingen inzake Albron: exit 'Heidemij-constructie' / 209



## HOOFDSTUK 12

### **Misbruik van faillissementsrecht/omzeiling ontslagbescherming / 211**

- 12.1 Inleiding / 211
- 12.2 Vernietiging van faillietverklaring: verzetprocedure ex art. 10 Fw / 212
- 12.3 Art. 13a Fw: antimisbruikbepaling, herkomst en strekking / 214
- 12.3.1 Kanttekeningen bij de bruikbaarheid van art. 13a Fw / 215
- 12.4 Rechtspraak inzake antimisbruikmiddel (1): verzetprocedures en/of actie uit onrechtmatige daad / 216
  - 12.4.1 Uitspraken met commentaar 1996 tot 2012 / 216
  - 12.4.2 Signalering uitspraken vanaf 2013 / 238
- 12.5 Rechtspraak antimisbruikmiddel (2): vordering in faillissement / 242
- 12.6 Slotbeschouwingen inzake misbruik van faillissementsrecht / 246

## HOOFDSTUK 13

### **Aspecten van 'doorstart' / 249**

- 13.1 Reorganisatie in surseance of doorstart in faillissement? Wezenlijke verschillen / 249
- 13.2 Verkoop boedel en behoud van werkgelegenheid, vrijheid tot personeelskeuze van de doorstarter, proeftijd, zieke werknemers / 251
- 13.3 Problematiek van doorstart en 'redelijkerwijs opvolgend' werkgeverschap / 253
  - 13.3.1 De ketenregeling van art. 7:668a BW, algemeen / 253
  - 13.3.2 Retrospectief: verscherping ketenregeling in 2015, enige versoepeling in 2020 / 253
  - 13.3.3 Ketenregeling en faillissement: het arrest Isik/Boekenvoordeel / 254
  - 13.3.4 Het arrest European Sport Services: ketenregeling en lengte van de opzegtermijn / 255
  - 13.3.5 Ketenregeling: hoogte transitievergoeding / 256
  - 13.3.6 Ketenregeling: anciënniteitsvaststelling bij reorganisatie van de doorstarter / 257
  - 13.3.7 Ketenregeling: samenloop met de 'Ragetlieregel' / 258
  - 13.3.8 Ketenregeling en overgangsrecht / 260
- 13.4 Bepanking doorstarter door derdenbeding in overnameovereenkomst / 260

## HOOFDSTUK 14

### **Medezeggenschapsaspecten / 263**

- 14.1 Inleiding, Wet op de ondernemingsraden en SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 / 263
- 14.2 Surseanceverzoek en eigen aangifte faillissement: adviesplichtig? / 265
- 14.3 Uitoefening medezeggenschapsrechten tijdens surseance en faillissement / 266
  - 14.3.1 De zaak DA Retailgroep B.V. c.s. en de beslissing van de OK / 268
  - 14.3.2 Het oordeel van de Hoge Raad; commentaar / 269
  - 14.3.3 Uitoefening medezeggenschap in de praktijk, in faillissement / 270
- 14.4 Communautaire informatie- en raadplegingsverplichtingen / 271

## HOOFDSTUK 15

### **Internationale aspecten / 273**

- 15.1 Inleiding, afbakening van de te bespreken onderwerpen / 273
- 15.2 Basisregels: universele versus territoriale werking van faillissementen / 274
- 15.3 Basisregels van toepasselijk recht: lex concursus en lex causae, 'Rome I' / 275
- 15.3.1 Vereiste toestemming van het UWV: van kleur verschoten / 277
- 15.4 Opzegging door de curator en andere arbeidsrechtelijke perikelen: Insolventieverordening is niet van toepassing / 278
  - 15.4.1 Opzegbevoegdheid van de curator / 278
  - 15.4.2 Opzegging door de werkgever in surseance / 279
  - 15.4.3 Lengte van de door de curator in acht te nemen opzegtermijn / 279
  - 15.4.4 De rangorde van loonvorderingen / 281
  - 15.4.5 Overige rechten en verplichtingen uit lopende arbeidsovereenkomsten / 282
- 15.5 Opzegging door de curator en andere arbeidsrechtelijke perikelen onder de Europese Insolventieverordening / 282
  - 15.5.1 Inleiding, Verordening 1346/2000/EG, Verordening (EU) 2015/848 / 282
  - 15.5.2 De verwijzingsregel van art. 13(10) Insolventieverordening / 284
    - 15.5.2.1 Ontslagverlening onder art. 13(10) InsVo: een denkbeeldige 'Duitse casus' / 285
    - 15.5.2.2 Een 'Spaanse ontslagcasus', in drie instanties / 288
    - 15.5.2.3 Loonvorderingen onder art. 13(10) InsVo, overige verplichtingen / 291
  - 15.5.3 Mogelijk misbruik van secundaire procedure, reparatie van hiaten / 293
  - 15.5.4 Overgang van onderneming in internationale setting / 295

## HOOFDSTUK 16

### **WHOA / 297**

- 16.1 WHOA en werknemers / 297
  - 16.1.1 Werknemersrechten nader bezien, pensioenpremies bedrijfstakpensioenfondsen / 299

### **Artikelenregister / 303**

### **Jurisprudentieregister / 313**

### **Trefwoordenregister / 327**

## HOOFDSTUK 1

# De arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst in het faillissementsrecht

### 1.1 Art. 40 en 239 Fw, korte wetsgeschiedenis

Art. 40 Fw heeft betrekking op de gevolgen van het faillissement van de werkgever voor de arbeidsovereenkomst met diens werknemers. Zowel werknemers in dienst van de gefailleerde werkgever als diens curator kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen, met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke opzegtermijn, met dien verstande dat de arbeidsovereenkomst in ieder geval kan worden opgezegd met een termijn van zes weken (art. 40 lid 1 Fw). Vanaf de dag van de faillietverklaring zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld (art. 40 lid 2 Fw). Het wetsartikel is van overeenkomstige toepassing op agentuurovereenkomsten (art. 40 lid 3 Fw). Art. 239 Fw heeft betrekking op de arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en de werkgever aan wie (voorlopig) surseance van betaling is verleend. De structuur is in beginsel dezelfde als die van art. 40 Fw, zij het dat in surseance van betaling het de werkgever zelf is die ontslag verleent, mits met medewerking of machtiging van de bewindvoerder, krachtens art. 228 Fw. Verder is de regeling van de opzegtermijnen iets anders dan die van art. 40 Fw.

Het begrip ‘arbeidsovereenkomst’, neergelegd in art. 7:610 BW, staat los van het insolventierecht. Het is niettemin van belang hier te melden – met name in het kader van beoordeling van de rechtspositie van ‘ZZP’ers – dat de Hoge Raad in 2020 heeft beslist dat voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst niet langer van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst wettelijk als arbeidsovereenkomst te laten gelden. Als de inhoud van de overeenkomst voldoet aan de omschrijving van art. 7:610 BW (veelal toegespitst op de vraag naar werkgeversgezag) moet zij als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt.<sup>1</sup> De Hoge Raad heeft daarmee uitdrukkelijk afstand genomen van zijn opvatting in 1997.<sup>2</sup> Zie inzake de loongarantieregeling ook par. 8.5. Voorts: Van der Pijl constateert terecht<sup>3</sup> dat het ervoor

1 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, o.m. RSV 2020-233, m.nt. A.H. Lamers (*X/Gemeente Amsterdam*).

2 HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

3 Van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie* (MSR nr. 75) 2019, 3.3.2.

gehouden moet worden dat het werknemersbegrip in de Faillissementswet niet verschilt van dat in het BW. Hetzelfde was door de Hoge Raad in 1999 al vastgesteld ten aanzien van het begrip 'loon', zie par. 5.1.

Art. 40 Fw is in zijn opzet, als hiervoor genoemd, zo oud als de Faillissementswet zelf (wet van 30 september 1893, *Stb.* 1893, 140, inwerkingtreding 1 september 1896). Daarover in het volgende onderdeel nog iets méér. Het artikel heeft een aantal malen wijziging ondergaan, soms slechts van redactionele aard.<sup>4</sup> In 1907 betrof het aanpassingen aan de – nieuw – tot stand gekomen Wet op de arbeidsovereenkomst (*Stb.* 1907, 193).<sup>5</sup> Wetswijzigingen in 1954 (*Stb.* 1953, 619) en 1968 (*Stb.* 1968, 270) hingen samen met de in het BW destijds doorgevoerde verlengingen van de opzegtermijnen ten aanzien van werknemers met langdurige dienstverbanden, respectievelijk werknemers ouder dan 45 jaar. Verder werden, naast het loon vanaf faillissementsdatum, ook de pensioenpremies verschuldigd vanaf die datum tot boedelschuld verklaard. Van 1977 (*Stb.* 1977, 153) stamt de toevoeging dat de regeling van art. 40 Fw van overeenkomstige toepassing is op agentuurovereenkomsten.<sup>6</sup> De wetswijziging van 1992 (*Stb.* 1991, 199) vloeide voort uit de invoering van het vernieuwde BW, en de toevoeging van 'Boek 7A', waarin de arbeidsovereenkomst werd opgenomen. De wijziging in 1997 (*Stb.* 1996, 406, invoeringswet *Stb.* 1996, 562) hield verband met de overplaatsing van de regeling van de arbeidsovereenkomst van Boek 7A naar Boek 7 titel 10 BW, waarbij wetteksten in redactionele zin modernisering ondergingen. In 1998 werd in verband met de Wet flexibiliteit en zekerheid (Flexwet) (*Stb.* 1998, 300) art. 40 Fw in zijn huidige vorm vastgesteld, met inwerkingtreding vanaf 1 januari 1999. De Wet werk en zekerheid (Wwz) (*Stb.* 2014, 216), inwerkingtreding 1 juli 2015 met enkele uitzonderingen,<sup>7</sup> bracht een nieuw vierde lid aan in art. 40 Fw, dat evenwel in de Verzamelwet SZW 2015 (*Stb.* 2014, 504) ten onrechte weer werd geschrapt, zie par. 3.2.1. De Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) (*Stb.* 2019, 219) bracht voor art. 40 Fw geen wijziging.

Art. 239 Fw in zijn eerste vorm is in werking getreden in 1935 (*Stb.* 1935, 41). Art. 40 Fw werd 'overgenomen' voor de situatie van surseance van betaling, behoudens dat, aldus de memorie van toelichting,<sup>8</sup> 'het recht om de huurovereenkomst en de arbeidsovereenkomst op korten termijn te doen eindigen niet is toegekend aan den verhuurder en den arbeider. De toekenning van dat recht zou den boedel in ernstige mate kunnen benadeelen. Voor de belangen van verhuurder en arbeider is gewaakt door de bepaling, dat huurprijs en loon van af de surséance boedelschuld zijn'. Deze regeling, die gegolden heeft tot 1954, als gevolg waarvan in surseance van de werkgever de werknemer vastzat aan bijvoorbeeld een net aangevangen, niet tussentijds opzegbaar jaarcontract, zou heden ten dage niet goed denkbaar zijn. Wel werd in het Voorlopig Verslag, naar aanleiding van Kamervragen,

4 Zie voor een gecompriëerd overzicht: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels *Insolventierecht nr. II*) 2019, par. 2529 en 2530; voor een uitgebreid overzicht, tot 1995, Kortmann/Faber, *Wetswijzigingen* (1995), p. 103-123.

5 In de MvT op het oorspronkelijke art. 40 Fw werd nog gesproken over 'huur van diensten'.

6 In verband met de totstandkoming van de Benelux-Overeenkomst betreffende de Agentuurovereenkomst, *Trb.* 1974, 4.

7 KB 10 juli 2014, *Stb.* 2014, 274; sommige onderdelen traden in werking per 1 januari 2015, andere per 1 januari 2016.

8 Kortmann/Faber, *Wetswijzigingen* (1995), p. 488.

opgemerkt dat voor 'onbillijkheden jegens den arbeider' niet behoefde te worden gevreesd 'daar deze zich ingevolge art. 1639w BW [oud] tot den kantonrechter zal kunnen wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst ontbonden te verklaren. De verlening van surséance aan den werkgever zal immers wel steeds wanneer de belangen van den arbeider dat vorderen worden beschouwd als gewichtige reden om de overeenkomst te doen eindigen'. Het verdere patroon van wijzigingen van art. 239 Fw loopt parallel met dat van art. 40 Fw. Voor wat betreft het hanteren van de juiste opzegtermijnen zullen de wetswijzigingen nog aan de orde komen in par. 3.5 en 3.6.

## 1.2 Art. 37 versus art. 40 Fw: *lex generalis versus lex specialis*

Art. 40 Fw (hetzelfde geldt voor art. 239 Fw) is te zien als een *lex specialis* ten opzichte van de hoofdregel als neergelegd in art. 37 Fw (respectievelijk art. 236 Fw), ten aanzien van de wederkerige overeenkomst in het algemeen (voor zover die overeenkomst over en weer nog niet volledig is uitgevoerd).<sup>9</sup> Uitgangspunt bij de hoofdregel is dat, aldus de memorie van toelichting op art. 37,<sup>10</sup> de faillietverklaring uit haar aard op bestaande wederkerige overeenkomsten 'niet den minsten invloed' uitoefent. De uitwerking van deze hoofdregel is als volgt. De wederpartij van de failliet kan de curator verzoeken binnen een door de verzoeker schriftelijk gestelde, redelijke, termijn zich bereid te verklaren de overeenkomst gestand te doen. Als de curator aan dat verzoek geen gevolg geeft, verliest hij zijnerzijds het recht nakoming van de overeenkomst te vorderen. Verklaart de curator zich wel tot nakoming bereid, dan is hij verplicht daarvoor zekerheid te stellen. Aldus samengevat de eerste twee leden van art. 37 Fw. Een door de curator op zich genomen nakomingsverplichting is als boedelschuld (zie par. 4.1) aan te merken. In de praktijk zal de curator veelal niet nakomen en hij is daartoe ook niet verplicht. "De curator mag wanpresteren", zo wordt kort maar krachtig in BW-oud-taal gesteld.<sup>11</sup> De wederpartij zal in het algemeen aldus schade lijden, en voor een vordering ter zake kan zij als concurrente schuldeiser in het faillissement opkomen door aanmelding van haar vordering ter verificatie, al dan niet in combinatie met ontbinding, wegens niet-nakoming, van de overeenkomst; zie art. 37a Fw.

Art. 40 Fw werkt anders, en derogert aan art. 37 Fw, omdat de wetgever een andere belangenafweging heeft gemaakt, waarbij het doel is geweest te komen tot een praktisch hanteerbare en billijke oplossing: enerzijds mag, ongeacht de inhoud van het arbeidscontract, wederzijds direct tot beëindiging door opzegging worden overgegaan, en wel met inachtneming van een, voor de curator, relatief korte opzegtermijn; anderzijds is de positie van de werknemer versterkt doordat diens salaris vanaf faillissementsdatum boedelschuld is. Met betrekking tot de vraag of de curator ten aanzien van de arbeidsovereenkomst mag wanpresteren, zie par. 1.3. In de totstandkomingsgeschiedenis van de Faillissementswet is de regeling van art. 40 Fw qua methodiek in het voetspoor getreden van die van art. 39 Fw, dat handelt over de gevolgen van huurovereenkomsten in geval van faillissement van

9 Voor de vraag of het karakter van *lex specialis* voor alle onderdelen van de arbeidsovereenkomst geldt: zie par. 1.3.

10 Kortmann/Faber, *Geschiedenis I* (1994), p. 409.

11 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3)* 2012, par. 5.1, hfdst. 5.1, met verwijzing naar Verstijnen.

de huurder. In dit kader sprak de regering in de memorie van toelichting van grote, vrijwel onoplosbare moeilijkheden in de praktijk, waarvan iedere curator weet te spreken, en van de noodzaak te komen tot een eenvoudige regeling, rekening houdend met alle betrokken belangen.<sup>12</sup> Het parlementaire debat voltrok zich in hoofdzaak rond de huurovereenkomst (van 'een huis of een hoeve met land'), in het verlengde waarvan de arbeidsovereenkomst werd gezien als 'huur van diensten'.<sup>13</sup> Ook ten aanzien van deze huur van diensten was de regering, in haar debat met de Tweede Kamer, helder ten aanzien van haar doelstelling. Illustratief is haar antwoord op de vraag of art. 40 niet 'zeer hard' was, bijvoorbeeld ten aanzien van 'aan een industriële onderneming verbonden ambtenaren, contractueel voor verscheidene jaren aangesteld'. Het regeringsantwoord luidde: "Voor de schuldeischers is het altijd 'zeer hard', als de schuldenaar failliet gaat en zij dientengevolge het hun rechtmatig toekomende niet ontvangen. Die hardheid brengt echter de wet niet te weeg en kan zij evenmin wegnemen. De onvermijdelijke omstandigheden leggen echter den wetgever den plicht op, aangelegenheden, als waarover art. 40 handelt, op een billijke en praktische wijze te regelen. In geen geval zal de hardheid, gelegen in de omstandigheid, dat een werkgever failliet gaat, worden weggenomen door de zaak ongeregeld te laten. Integendeel: de regeling tracht juist de nadelige gevolgen van het faillissement binnen zekere door de billijkheid aangewezen grenzen te beperken."

Aldus ziet men enerzijds een regime, dat van art. 37 Fw, dat beheerst wordt door het dogma van de door faillissement niet beïnvloede overeenkomst, die zich, bij niet-nakoming, op de klassieke wijze vertaalt in (ontbinding en) (al dan niet vervangende) schadevergoeding. Die schadevergoedingsplicht van de gefailleerde kan aanzienlijk zijn, maar zij vormt 'slechts' een concurrente schuld. Anderzijds ziet men het regime van art. 39 en 40 Fw, waarin het genoemde, klassieke dogma in belangrijke mate het veld heeft moeten ruimen voor een praktische en billijke oplossing. Daarin mag, als het om een arbeidsovereenkomst gaat, een ontslag op korte termijn plaatsvinden, ook al zou dat buiten faillissement onregelmatig en schadeplichtig zijn geweest (zie art. 7:677 lid 4 BW). De loonvordering van de werknemer, te rekenen vanaf de faillissementsdatum, levert een boedelschuld voor de gefailleerde (lees: de curator) op, maar die zal in omvang beperkt blijven, als gevolg van de relatief korte opzegtermijn. Het ontslag heeft een regulier karakter en resulteert als zodanig niet in een verplichting tot (verdere) schadevergoeding. Zie voor de problematiek rond dit laatste: par. 4.3.2.

### 1.2.1 Combinatie van art. 37 en 40 Fw; de gemengde overeenkomst

In de literatuur is de vraag gerezen of het karakter van *lex specialis*, verbonden aan art. 40 Fw, op de arbeidsovereenkomst in haar geheel ziet of slechts op het ontslagrechtelijke aspect (omdat art. 40 Fw alleen daarover gaat). Voorstanders van een beperkte opvatting,

---

12 Men bedenke dat er tot 1896 geen algemene faillissementswetgeving bestond. Het in 1838 ingevoerde Wetboek van Koophandel bevatte in het derde boek daarvan slechts 'voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden', en was reeds een halve eeuw ongewijzigd.

13 Kortmann/Faber, *Geschiedenis I* (1994), p. 418-430.

zoals onder meer Grapperhaus,<sup>14</sup> Wessels,<sup>15</sup> Loesberg<sup>16</sup> en Verburg,<sup>17</sup> bepleiten dat art. 37 Fw van toepassing is op die elementen van de arbeidsovereenkomst die niet de beëindiging ervan betreffen. Loesberg formuleert het aldus dat voor zover het gaat om de continuïteit van de arbeidsovereenkomst, art. 37 van toepassing is. Zo zal in deze visie de verplichting tot naleving van een geheimhoudingsbeding of een concurrentiebeding vervallen indien de curator een verzoek van de werknemer tot gestanddoening van de arbeidsovereenkomst niet honoreert, een en ander conform art. 37 Fw. Van Zanten<sup>18</sup> daarentegen acht aannemelijk dat het de bedoeling van de wetgever van 1893 is geweest om de positie van de werknemer exclusief laten beheersen door de regeling van art. 40 Fw. Deze opvatting houdt in dat de arbeidsovereenkomst ten laste van de boedel doorloopt, ook zonder dat de curator een verklaring tot gestanddoening uitbrengt. Die opvatting is ook de mijne.

Denkbaar is dat sprake is van een overeenkomst die meervoudig kan worden gekwalificeerd: niet slechts als arbeidsovereenkomst, maar ook bijvoorbeeld als opleidingsovereenkomst en/of als overeenkomst van geldlening. Er is dan sprake van een gemengde overeenkomst. Hoe moet de afwikkeling hiervan plaatsvinden wanneer deze noodzakelijk wordt als gevolg van faillissement van de werkgever? Hier ligt het méér in de rede uit te gaan van toepasselijkheid zowel van art. 40 als van art. 37 Fw, dit laatste op niet-typisch arbeidsrechtelijke aspecten. Aldus was ook de insteek van een kort geding, aangespannen door een aantal luchtvaartpiloten, geconfronteerd met een voorlopige surseance van hun werkgever (Air Holland). Er was sprake van opleidingsovereenkomsten gevolgd door arbeidsovereenkomsten. De aanzienlijke opleidingskosten waren aan de vliegers voorgeschoten; zij dienden deze (deels) terug te betalen in geval van uitdiensttreding binnen vijf jaar, tenzij de werkgever hen een dringende reden zou geven voor verbreking van de arbeidsovereenkomst. Door de piloten waren in dit verband bankgaranties gesteld. Door onzekerheden rond de surseance zaten de vliegers langere tijd werkloos aan de grond en hadden geen duidelijk perspectief. Op zeker moment hebben zij op grond van art. 236 lid 1 Fw (de pendant van art. 37 Fw) Air Holland c.q. de bewindvoerders verzocht te verklaren de arbeidsovereenkomsten gestand te doen, bij gebreke waarvan zij zich niet langer gebonden achtten aan enige terugbetalingsverplichting. Aan dit verzoek werd niet tijdig gevolg gegeven. Vervolgens nam een deel van de vliegers ontslag op staande voet, anderen dienden bij de kantonrechter een ontbindingsverzoek ex art. 7:685 BW [oud] in. De curatoren van de inmiddels failliet verklaarde werkgever dreigden over te gaan tot uitwinning van de gestelde bankgaranties. Hiertegen kwamen de piloten in kort geding op.<sup>19</sup> De rechtbankpresident honoreerde hun stellingname betreffende art. 236 Fw niet. Naar zijn oordeel stond de terugbetalingsverplichting in uitsluitend en direct verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft art. 239 Fw een bijzondere regeling, als gevolg waarvan art. 236 Fw toepassing mist, aldus de voorzieningenrechter. Het door de vliegers gevraagde uitwinningsverbod werd overigens toegewezen omdat aannemelijk werd geacht hetzij

14 Grapperhaus, *diss.* (1995), p. 234.

15 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels *Insolventierecht nr. II*) 2019, nr. 2533.

16 Loesberg, *FIP* (2014), p. 51.

17 Verburg (2012), p. 166.

18 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3)* 2012, p. 119 e.v.

19 Rb. Haarlem (pres.) 25 februari 2000, *JOR* 2000/65, m.nt. E. Loesberg.

dat zij dringende redenen hadden om een eind te maken aan hun dienstverband, hetzij dat art. 6:248 BW aan uitwinning van de bankgaranties in de weg stond. Annotator Loesberg was het met de uitkomst eens, maar niet met de motivering. Schrijver dezes stond destijds de vliegers bij, en heeft aldus de gecombineerde werking van art. 37 en 40 Fw bij gemengde overeenkomsten verdedigd. Ook Van Zanten 'kan zich voorstellen' dat art. 37 Fw een rol kan spelen bij een gemengde overeenkomst.<sup>20</sup>

Voor de goede orde merk ik nog op dat er schrijvers zijn, zoals Van Zanten en Lintel,<sup>21</sup> die van oordeel zijn dat, kort gezegd, de redengeving van de wetgever in 1896 om voor arbeidsovereenkomsten een van art. 37 Fw afwijkende regeling te geven, reeds niet heel overtuigend is, en dat voorts de ontwikkelingen in het commune arbeidsrecht – van een summier regeling in de liberale gedachte van een vrijemarkteconomie naar een uitgebreide, op bescherming van de werknemer geënte regeling in titel 10 Boek 7 BW – de met art. 40 Fw beoogde bescherming van de werknemer in een ander daglicht plaatsen. Schrijvers zijn per saldo van oordeel dat voor art. 40 Fw geen plaats meer is en dat het beter is tot uitgangspunt te nemen dat de arbeidsovereenkomst, in geval van faillissement, onderworpen is aan dezelfde regels als gelden voor willekeurig welke andere wederkerige overeenkomst. Wat mij betreft is dit standpunt, praktisch gezien, onuitvoerbaar. Denk alleen al aan de reguliere opzegtermijnen binnen het arbeidsrecht, maximaal 4 maanden, dit mede in relatie tot de loongarantieregeling, die niet meer dan zes weken opzegtermijn dekt.

### 1.3 Arbeidsovereenkomst gaat in haar geheel 'over op de curator'

Wat houdt het in de praktijk in als men zegt (mét Van Zanten) dat de arbeidsovereenkomst na faillietverklaring van de werkgever ten laste van de boedel doorloopt (uiteraard: zo lang deze niet rechtsgeldig is beëindigd)? Ik zie dat voor de curator niet slechts als een financiële aangelegenheid. De arbeidsovereenkomst is een contract van een bijzondere, persoonlijke aard. In het faillissement van de werkgever komt de werknemer, die zijn dagelijks werk onder gezag en toezicht van de werkgever uitoefent, opeens tegenover een curator te staan die hij, niet ten onrechte want hij heeft geen keus, ervaart als zijn nieuwe 'baas'. Niet goed denkbaar is dat de curator gedurende de – al is het maar tijdelijke – voortzetting van de arbeidsovereenkomst na faillissement de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet in zijn kwaliteit tegen zich hoeft te laten gelden. Dit geldt temeer nu het enkele bestaan van de arbeidsovereenkomst een reeks dwingendrechtelijke verplichtingen met zich meebrengt, soms zelfs van publiekrechtelijke aard. Wie zou de stelling willen verdedigen dat de curator, zolang de arbeidsovereenkomst duurt, zich niet jegens de werknemer conform art. 7:611 BW als 'goed werkgever' behoeft te gedragen? Dat hij bijvoorbeeld de veiligheid van de werkplek mag verwaarlozen, of de privacy van de werknemer mag schenden?<sup>22</sup>

---

20 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (R&P nr. InsR3)* 2012, p. 121, noot 233.

21 T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, 'Over bezoldigde peronen, in dienst van den gefailleerde', in: Verwey, Broeders & Schreurs, *De Curator en het Personeel* 2018, p. 257-280.

22 Zie ook P.R.W. Schaink, 'De curator als werkgever,' in: Verwey, Broeders & Schreurs, *De Curator en het Personeel* 2018, p. 209-224.



Aldus bezien houdt voortzetting van de arbeidsovereenkomst ten laste van de boedel de facto in dat de arbeidsovereenkomst vanaf de datum van faillissement in haar geheel 'op de curator overgaat' (voor een juist begrip: ik doel hier niet op een 'overgang van onderneming' als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW). In termen van faillissementsrecht zou men dan moeten zeggen dat alle werkgeversplichten (en niet slechts de verplichting tot loonbetaling) als 'boedelverplichtingen' zijn te beschouwen<sup>23</sup> waarop de curator in zijn kwaliteit aanspreekbaar is, en – onder bijzondere omstandigheden – zelfs daarvoor persoonlijk aansprakelijk kan zijn. Men zou kunnen stellen dat het aldus bereikte effect gelijk is aan het resultaat dat een verklaring tot gestanddoening ex art. 37 Fw zou opleveren.

Wie vindt dat de hiervoor bedoelde implicaties van wat ik noemde het 'overgaan' van de arbeidsovereenkomst op de curator niet zomaar op art. 40 Fw kunnen worden gestoeld, maar wel de achterliggende intentie onderschrijft, zou er zijn toevlucht toe kunnen nemen te stellen dat werknemer en curator in een bijzondere, maar rudimentair geregelde verhouding tot elkaar staan die wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 6:2 BW), welke eisen er concreet op neerkomen dat zij zich jegens elkaar gedragen als waren zij elkaars werkgever c.q. werknemer. Schending van die eisen, mits van voldoende gewicht, kan een onrechtmatige daad opleveren.

#### 1.4 Collectieve arbeidsovereenkomst (cao)

Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers dan wel werkgeversverenigingen en een of meer werknemersverenigingen (vakbonden), waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld, die bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen zijn. Aldus kort weergegeven in art. 1 lid 1 Wet CAO.<sup>24</sup> Veelal is er sprake van een meerpartijenovereenkomst. Als een werkgever op individuele basis bij de totstandkoming van de cao (met een of meerdere vakbonden) betrokken is geweest, spreekt men van een ondernemings-cao. Betreft het een werkgeversorganisatie, dan spreekt men van een bedrijfstak-cao.<sup>25</sup> Uit de gebruikte bewoordingen in de tekst van art. 1 Wet CAO komt al naar voren dat de cao zelf geen arbeidsovereenkomst is. Zondag & De Valk duiden de cao aan als een privaatrechtelijke, obligatoire en daarmee verbintenisscheppende overeenkomst, die afspraken tussen de betrokken cao-partijen bevat. Zij vervolgen met op te merken dat het cao-overleg op basis van gelijkwaardigheid plaatsvindt (waarbij het principe van de ongelijkheidscompensatie – dat aan het arbeidsovereenkomstenrecht eigen is – niet speelt), wat meebrengt dat mogelijk tussen partijen rijzende conflicten met behulp van vermogensrechtelijke regels, en niet specifiek arbeidsrechtelijke regels worden beslecht. Deze karakterisering van de cao maakt duidelijk dat zij, in de systematiek van de Faillissementswet, als een wederkerige overeenkomst als bedoeld in art. 37 Fw is te beschouwen (ervan uitgaande dat ten tijde van de faillietverklaring van een contractspartij over en weer nog doorlopende verplichtingen tussen de contractspartijen bestaan). Dat brengt weer met zich mee dat een/de wederpartij van de failliet, wanneer de gefailleerde zijn verplichtingen uit de cao

23 Zie voor het begrip 'boedelverplichting', ofwel 'boedelschuld': par. 4.1.

24 Inwerkingtredingsdatum: 1 september 1928, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2006, 706.

25 Zie W.A. Zondag & S.N. de Valk, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht* (2020), hfdst. 30. Hun uiteenzetting vormt in hoofdzaak de bron van dit subonderdeel.

niet nakomt, mogelijk een concurrente vordering tot schadevergoeding in het faillissement kan indienen, op de voet van art. 37a Fw.

Voorgaande summiere plaatsbepaling van de collectieve arbeidsovereenkomst in de faillissementsrechtelijke context van deze monografie heeft slechts een beperkte betekenis. Het gaat mij om het 'sociaal plan' dat nog op diverse plaatsen aan de orde zal komen. Een sociaal plan dat tussen vakbonden en een (later faillerende) werkgever wordt afgesproken hoeft niet de status van een collectieve arbeidsovereenkomst te hebben, maar veelal wordt aangenomen dat het wel *kán* (met name indien het plan niet uitsluitend ontslagvoorwaarden bevat, maar ook arbeidsvoorwaardelijke afspraken, bijv. ten behoeve van die werknemers die niet behoeven te vertrekken).

## 1.5 De agentuurovereenkomst<sup>26</sup>

### 1.5.1 De handelsagent, provisie en klantenvergoeding

Zoals in par. 2.1 al werd geconstateerd is in 1977 aan art. 40 en 239 Fw een nieuw laatste lid toegevoegd dat bepaalt dat het artikel van overeenkomstige toepassing is op agentuurovereenkomsten. Dit geldt dan voor de situatie dat de principaal faillieert of surseance van betaling verkrijgt. De agentuurovereenkomst is geregeld in titel 7 afd. 4 Boek 7 BW, art. 7:428 tot 7:445. Bij de agentuurovereenkomst van Boek 7 BW draagt de principaal de handelsagent op, die zich daartoe verbindt zonder aan de principaal ondergeschikt te zijn, tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen. Door het ontbreken van de daarvoor essentiële gezagsverhouding is de agentuurovereenkomst geen arbeidsovereenkomst. Niettemin is de in hfdst. 8 te bespreken loongarantieregeling wel van toepassing op de handelsagent, omdat hij valt onder het – verruimde – werknemersbegrip van de Werkloosheidswet, zie art. 4 lid 1 onder c en d WW, althans indien het verlenen van de genoemde bemiddeling voor hem geen bijkomstige werkzaamheid is, en hij zich daarbij doorgaans niet door meer dan twee andere personen laat bijstaan.

De overeenkomstige toepasselijkheid van art. 40 Fw betekent dat, niettegenstaande de termijnen genoemd in art. 7:437 BW, de overeenkomst steeds kan worden opgezegd, met een maximale opzegtermijn van zes weken. Omdat het hier, net als bij de arbeidsovereenkomst, gaat om een regelmatige opzegging, zal een opzegging als zodanig, door de curator, vermoedelijk niet kunnen leiden tot een aanspraak op schadevergoeding.<sup>27</sup> Dat laat evenwel onverlet de toepasselijkheid van art. 7:442 BW, dat als volgt aanvangt: "Ongeacht het recht om schadevergoeding te vorderen, heeft de handelsagent bij het einde van de agentuurovereenkomst recht op een vergoeding, klantenvergoeding, voor zover: *a.* hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of de overeenkomsten met de bestaande klanten aanmerkelijk heeft uitgebreid en de overeenkomsten met deze klanten de principaal nog aanzienlijke voordelen opleveren, en *b.* de betaling van deze vergoeding billijk is, gelet op alle omstandigheden, in het bijzonder op de verloren provisie uit de overeenkomsten met deze klanten." Van het genoemde opleveren van aanzienlijke

---

26 Zie ook: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019, nr. 2560 en 2561.

27 Vgl het arrest *Aukema/Uni-Invest*, te bespreken in par. 4.3.2.

voordelen zal sprake kunnen zijn als de curator met succes de klantenportefeuille weet te verkopen. De aanspraak kan, in het kader van het arrest *Koot/Tideman*,<sup>28</sup> als een te verifiëren concurrente vordering worden aangemerkt, op voorwaarde dat ten tijde van de faillietverklaring de agentuurovereenkomst nog bestond. Aan de vordering van de agent is geen preferentie verbonden nu hij de werknemersstatus bedoeld in art. 3:288 sub e BW mist.

Het bepaalde in art. 40 lid 2 Fw brengt met zich mee dat, in geval van een ten tijde van de faillietverklaring nog lopende agentuurovereenkomst, aan de agent conform art. 7:431 BW toekomende provisie boedelschuld is indien zij is 'verdiend' vanaf het moment van faillietverklaring. Wordt de provisie voordien verdiend, dan is sprake van een concurrente vordering. Eenzelfde redenering geldt ten aanzien van de beloning als bedoeld in art. 7:435 BW, een bepaling die te vergelijken is met art. 7:628 lid 1 BW als het om de arbeidsovereenkomst gaat, kort gezegd: de handelsagent doet wat hij moet doen, houdt zich althans daartoe bereid, maar de principaal c.q. de curator werkt niet mee. Ook hier is voor de status van de claim doorslaggevend of zij ziet op een periode vóór dan wel na faillietverklaring.

### 1.5.2 Niet van toepassing op de gevolmachtigd agent ex art. 2:92 Wft

Art. 7:428 lid 2 BW zegt dat de bepalingen 'van deze afdeling' niet van toepassing zijn op agentuurovereenkomsten waarop de Wet op het financieel toezicht van toepassing is. Betekent dit dat ook art. 40 lid 3 Fw geen betrekking heeft op de 'gevolmachtigd agent' als bedoeld in art. 2:92 Wft? De Faillissementswet maakt geen onderscheid. Niettemin meen ik dat onderscheid gerechtvaardigd is. De genoemde gevolmachtigd agent is een uit het assurantiewezen stammende figuur, oorspronkelijk 'assurateur' genoemd, wiens positie voor het eerst werd geregeld in de Wet Assurantiebemiddeling (oud) (*Stb.* 1952, 34).<sup>29</sup> Deze agent mist de werknemersstatuur die de toen reeds bestaande handelsagent van art. 75a e.v. WvK [oud] al in vele opzichten kenmerkte (als voorganger van die in Boek 7 BW). In art. 75f WvK [oud] was reeds bepaald dat op de agentuurovereenkomst meerdere bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht, alsmede art. 40 en 239 Fw, overeenkomstig toepassing vinden. Blijkens de wetsgeschiedenis van de wijzigingen van art. 40 lid 3 Fw<sup>30</sup> uit 1977 hing deze samen met het tot stand brengen van een gemeenschappelijke Beneluxregeling betreffende de agentuurovereenkomst (waarbij de positie van de handelsagent verder werd versterkt), en werd plaatsing van de onderhavige bepaling in de Faillissementswet meer aangewezen geacht dan voortgezette opname in het Wetboek van Koophandel. In dit geheel is geen aanknopingspunt te vinden dat de gevolmachtigd agent uit het assurantiebedrijf – een wezenlijk andere figuur dan de 'echte' handelsagent – onder het bereik van art. 40 lid 3 Fw zou behoren te vallen. Voor zover nodig moet hier een omissie van de wetgever worden aangenomen.

28 HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. Boekraad. Zie ook par. 4.1.3.

29 M.C. de Jong, 'De gevolmachtigd agent, een bijzondere figuur – óók in de Wft', *Nederlands tijdschrift voor Handelsrecht* 2006-6, p. 211-221.

30 Kortmann/Faber, *Wetswijzigingen* (1995), p. 122.

## 1.6 De arbeidsovereenkomst van de statutair directeur; positie van de commissaris

### 1.6.1 Inleiding, de '15 april-arresten', en uitzonderingen daarop

De statutair directeur van een vennootschap zal veelal een tweeledige relatie met de vennootschap hebben. Ten eerste is er de functionele, vennootschapsrechtelijke relatie als bestuurder krachtens titel 4 afd. 5 Boek 2 BW (voor de nv) dan wel titel 5 afdeling 5 (voor de bv). Ten tweede is er meestal een contractuele relatie. Een uitzondering geldt bijvoorbeeld de situatie waarin de bestuurder van een dochtervennootschap aldaar is gedetacheerd vanuit zijn positie als werknemer van de moedervernootschap. Veelal zal de contractuele relatie een arbeidsrechtelijke zijn, op basis van titel 10 Boek 7 BW – zie ook hierna –, maar er kan ook sprake zijn van opdracht krachtens titel 7 Boek 7 BW. Voorts kan er sprake zijn van een indirecte contractuele band, waarbij de bestuurder zijn bestuurderstaak uitoefent middels een opdrachtovereenkomst tussen zijn management-bv en de opdrachtgever.<sup>31</sup> In het algemeen mag ervan worden uitgegaan dat een bestuurder, natuurlijk persoon, die met de vennootschap waarvoor hij werkt een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten en daarvan ook salaris ontvangt, inderdaad de status van werknemer heeft. Dat de bestuurder zelf feitelijk degene is die het gezag uitoefent binnen de rechtspersoon wordt voor lief genomen, aldus Van der Grinten.<sup>32</sup> Het begrip 'gezagsverhouding', eigen aan de arbeidsovereenkomst, wordt door de Hoge Raad van oudsher formeel uitgelegd: de directeur heeft de opdrachten, hem door het daartoe bevoegde orgaan van de vennootschap gegeven, als van zijn werkgever afkomstig te beschouwen. Daarbij is niet van belang de vraag welke personen dat orgaan vormen, en evenmin of de directeur door aandelenbezit de besluiten van dat orgaan kan beïnvloeden of zelfs kan bepalen.<sup>33</sup> Sedert 1 januari 2013 wordt evenwel op grond van art. 2:132 lid 3 BW de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursgenoteerde nv niet als arbeidsovereenkomst aangemerkt. Ik zou hetzelfde willen aannemen ten aanzien van een niet uitvoerende bestuurder bij een bv, die lid is van een zogeheten *one tier board*, als bedoeld in art. 2:239a BW. Zijn taak is immers, zowel in materiële als in formele zin, niet het uitvoeren van opdrachten, maar het houden van toezicht. In het onderstaande ga ik verder uit van een bestuurder die tevens werknemer is.

Buiten faillissement geldt dat een besluit tot ontslag van de bestuurder door het daartoe bevoegde vennootschappelijke orgaan (meestal: de algemene vergadering van aandeelhouders) volgens de Hoge Raad tevens het eind van de arbeidsovereenkomst met zich meebrengt.<sup>34</sup> Deze eenheid van functionele en contractuele beëindiging leidt onze hoogste rechter af uit de wetsgeschiedenis van (de voorloper van) art. 2:134 en 2:244 BW. In

---

31 Hetgeen niet wegneemt dat, onder omstandigheden, de rechter kan oordelen dat er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de feitelijk bestuurder en de opdrachtgever, zie HR 13 juli 2007, JAR 2007/231 (*Stichting Rotterdam Thuiszorg/PGGM*).

32 Van der Grinten/Bouwens & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2023, par. 1.9.2.

33 Zie HR 4 november 1942, AB 1943, p. 353; dit standpunt is herhaald in HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

34 HR 15 april 2005, JOR 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen (*Eggenhuizen/Unidek*).