

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde: verleden, heden en toekomst van art. 40 Fw

MR. DR. T.T. VAN ZANTEN EN MR. I.M.A. LINTEL¹

1. Inleiding

De regeling van de arbeidsovereenkomst in art. 40 van onze Faillissementswet is al zo oud als die wet zelf. In de loop der tijd is weliswaar diverse malen aan de regeling gesleuteld,² maar in de basis is zij onveranderd gebleven. Reeds in het ontwerp van 1893 – dat op 1 september 1896 tot wet werd verheven – verschaftte zij zowel de curator als de “bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde” de mogelijkheid de overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een termijn van maximaal zes weken en 125 jaar later bestaat die mogelijkheid voor curator en werknemer nog altijd. Aan de bepaling dat het loon vanaf de faillissementsdatum boedelschuld is, is in 1968 slechts toegevoegd dat hetzelfde geldt voor de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden,³ waarbij dient te worden gedacht aan schulden uit hoofde van sociale verzekeringen en pensioenen.⁴

Dat de fundamente van de regeling van art. 40 Fw zo lang overeind zijn gebleven – en nog altijd geen tekenen van verzakking vertonen – is om meerdere redenen opmerkelijk.

In de eerste plaats omdat het bestaan van een bijzondere voorziening voor het faillissement van de werkgever zoals opgenomen in art. 40 Fw niet vanzelfsprekend is. Reeds bij de introductie aan het einde van de 19^e eeuw werd betwijfeld of het noodzakelijk was om voor de huur van zaken (art. 39 Fw) en diensten (art. 40 Fw) een regeling in te voeren die afweek van het gemene recht en van de op de toepassing daarvan gestoelde algemene regeling van art. 37 Fw.⁵ In het voorontwerp Insolventiewet uit 2007 werden de

1. Thijs van Zanten en Ida Lintel zijn beiden cassatieadvocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht.
2. Zie voor een overzicht: *Wessels Insolventierecht II* 2016/2529.
3. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, p. 113.
4. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 5.2.2.
5. Zie Van der Feltz I, p. 422-427. Zie voorts de weerslag van de debatten binnen de Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel, zoals opgenomen in § 2 hierna.

gevolgen die het faillissement van de werkgever voor de positie van de werknemer heeft, in de basis beheerst door de algemene regeling voor de afwikkeling van wederkerige overeenkomsten.⁶ Ook in de literatuur is daarvoor gepleit.⁷

Het voortbestaan van de regeling van art. 40 Fw in haar oorspronkelijke vorm is in de tweede plaats opmerkelijk te noemen tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in het commune arbeidsrecht, dat met de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 en de talrijke daarop volgende wetswijzigingen fundamenteel is veranderd. In het bijzonder is de ontslagbescherming van de werknemers in de loop der tijd aanzienlijk aangescherpt. Waar de in art. 40 Fw neergelegde opzegtermijn in aanvang geen beperking maar juist een verruiming van de rechten van de werknemer opleverde, is die opzegtermijn in de loop van de 20^e eeuw meer en meer uit de pas gaan lopen met de steeds verder verruimde opzegtermijnen in het BW.⁸

In deze bijdrage nemen wij de regeling van art. 40 Fw onder de loep. Daarbij onderzoeken wij eerst wat de beweegredenen van de wetgever waren om een bijzondere regeling voor de hier bedoelde categorie overeenkomsten in de Faillissementswet op te nemen (§ 2) en bezien wij de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging tegen de achtergrond van de relevante ontwikkelingen in het arbeidsrecht en het insolventierecht gedurende de afgelopen 125 jaar (§ 3). In § 4 gaan wij vervolgens in op een aantal onduidelijkheden bij de toepassing van art. 40 Fw. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de verhouding van de bijzondere regeling van art. 40 Fw tot de algemene regeling van art. 37 Fw en tot haar – in de woorden van Schaink⁹ – “tweelingzusje” in art. 39 Fw, welke bepaling op de huur van goederen betrekking heeft.¹⁰ Tot besluit richten wij het vizier in § 5 op de toekomst.

-
6. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en Recht deel 2-IV, p. 240 e.v.
 7. Zie o.a. E. Loesberg, ‘Werknemers in het voorontwerp Insolventiewet’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder; een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, p. 308.
 8. Zie ook A.M. Luttmer-Kat, ‘Opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens insolventie van de werkgever’, in: A.M. Luttmer-Kat e.a., *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-8.
 9. Zie P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2, p. 12, § 8. Vgl. F.M.J. Verstijlen, noot onder HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/142 (*Hansteen/Verwiel q.q.*), nr. 9, die art. 40 Fw aanmerkt als de “tweelingbepaling” van art. 39 Fw.
 10. Zie in dit verband HR 9 januari 2015, *JOR* 2015/122, m.nt. T.T. van Zanten (*Doka/Kalmijn q.q.*), waaruit volgt dat art. 39 Fw niet alleen op onroerende, maar ook op roerende zaken betrekking heeft. Het ligt in de rede dat hetzelfde geldt voor de huur van vermogensrechten.

2. Terug naar de oorsprong

Wat was nu de reden voor de invoering van een afwijkende regeling voor de situatie dat de huurder van zaken (art. 39 Fw) of diensten (art. 40 Fw) failliet gaat? Ten aanzien van art. 39 Fw wordt vaak met een beroep op de wetshistorie verdedigd dat de wetgever de invoering van art. 39 Fw noodzakelijk achtte, omdat hij ervan uitging dat de verhuurder met de aflevering van de zaak aan de huurder aan zijn verplichtingen had voldaan, zodat de regeling van art. 37 Fw – die betrekking heeft op de situatie dat *over en weer* nog verplichtingen openstaan – geen toepassing kon vinden.¹¹ Daarbij wordt gewezen op een vraag van de Commissie van Voorbereiding uit de Tweede Kamer “of, in geval de gehuurde zaak nog niet geleverd is, art. 37 dan wel art. 39 van toepassing is”, en het antwoord van de regering dat “[o]ok in geval de gehuurde zaak nog niet is geleverd, art. 39, als *lex specialis*, toepasselijk [is]”.¹² Naar onze mening mag hieruit niet worden afgeleid dat de wetgever ervan uitging dat de regeling van art. 37 Fw ten aanzien van huur met betrekking tot zaken niet kon worden toegepast omdat op de verhuurder na aflevering van de zaak geen verplichtingen meer zouden rusten.¹³ De achtergrond van de vraag van de Commissie leek veeleer te zijn dat de tekst van art. 39 Fw suggereert dat de bepaling alleen betrekking heeft op reeds “ingegane huur”, reden waarom Molengraaff het hiervoor geciteerde antwoord van de minister dat de bepaling tevens toepasselijk was indien de huur nog niet was “ingegaan”, ook onjuist achtte.¹⁴ De wetsgeschiedenis bij art. 39 Fw bevat ook overigens geen aanknopingspunten voor de stelling dat de wetgever de invoering van een afwijkende regeling noodzakelijk achtte omdat art. 37 Fw in geval van huur niet zou werken.¹⁵ Die

11. Zie J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 170-171, alsmede noot onder Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997/56; W.J.M. van Andel, noot onder HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222 (*BaByXL*); A-G Rank-Berenschot, conclusie voor HR 14 januari 2011, *JOR* 2011/101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*), nr. 2.5; R.J. Verschoof, ‘Het toezicht van de rechter-commissaris, in het bijzonder op overeenkomsten’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p.31, voetnoot 24.

12. Zie Van der Feltz I, p. 421-422.

13. Zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 114, voetnoot 199.

14. Zie W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, 1e druk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1898, p. 181, noot 1.

15. Integendeel; tijdens de beraadslaging in de Eerste Kamer stelde het Kamerlid Vlieland Heine dat aan art. 39 Fw geen behoefte bestond, omdat de Minister “den verhuurder in art. 37 van zijn ontwerp [...] volkomen en afdoende [had] geholpen”; zie Van der Feltz I, p. 426. Zie ook C. van Nievelt, *De invloed van het faillissement op het voortbestaan van* →

stelling is ook niet verenigbaar met de memorie van toelichting bij art. 40 Fw, waar wordt opgemerkt dat voor een regeling van de huur van diensten dezelfde redenen pleiten als die voor artikel 39 Fw zijn aan te voeren. De situatie dat bij het ingaan van de overeenkomst niet langer sprake is van wederkerigheid speelt bij overeenkomsten waarbij geen zaak, maar een dienst wordt verhuurd immers in elk geval niet.¹⁶

Interessant in dit verband zijn de notulen van de 125e vergadering van de Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel, waarin de door Molengraaff ontworpen artikelen 37 en 38 – de voorlopers van de huidige artikelen 39 en 40 Fw – aan de orde kwamen:

“Nadat het artikel [art. 37; thans art. 39 Fw] eerst is goedgekeurd ontstaan er wederom langdurige debatten. Zoowel over dit artikel als het volgende [art. 38; thans art. 40 Fw]. Verschillende dubia worden geopperd. De heer Asser wil beide artikels laten vervallen, en in deze alles aan algemeene rechtsbeginselen overlaten, of anders artikel 34 [thans art. 37 Fw] ook op huur zoowel van zaken als diensten toepasselijk verklaren. De heer Molengraaff bestrijdt dit nadrukkelijk; hij acht eene regeling in den geest van de voorgestelde absoluut noodzakelijk en wijst erop dat onder de bestaande wet, die geene regeling inhoudt, bij elk faillissement de huurovereenkomsten tot steeds wederkerende moeilijkheden aanleiding geven. [...] De Voorzitter acht art. 38 [thans art. 40 Fw] bezwarend voor de boedel en het niet voldoende gerechtvaardigd de in dat artikel bedoelde personen in eene bevoorrechte positie te brengen door het na de faillietverklaring vervallende salaris ook als deze personen niet in dienst gehouden worden tot boedel-schuld te maken.

Na eene langdurige, warme discussie worden de artikelen 37 en 38 [thans art. 39 en 40 Fw] aangehouden.”¹⁷

In de 135e vergadering stonden de hiervoor bedoelde artikelen weer op de agenda en werden ze ogenschijnlijk zonder enige nadere discussie alsnog – na doorvoering van een aantal wijzigingen van ondergeschikte aard – unaniem

overeenkomsten (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1907, p. 186: “[Art. 39] onttrekt slechts voor een bepaald geval de huurovereenkomst aan den regel van art. 37. Slechts voor het geval van faillissement van den huurder geldt de daarin gegeven bijzondere bepaling; voor dat van faillissement van den verhuurder zal de algemeene regel van kracht blijven.”

16. Overigens ook niet bij de huur van zaken. Reeds ten tijde van de invoering van de Faillissementswet rustte op grond van art. 7A:1586 (oud) BW op de verhuurder de voortdurende verplichting om huurgenot te verschaffen.

17. Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 72-73. Deze notulen bevinden zich in de Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

goedgekeurd,¹⁸ hetgeen doet vermoeden dat Molengraaff in de tussenliggende periode enige diplomatie heeft betracht.

In de memorie van toelichting bij art. 39 Fw wordt de invoering gerechtvaardigd op dezelfde gronden als die waarop Molengraaff zijn ontwerp verdedigde:

“Zoo omtrent eenig onderwerp wettelijke voorziening noodig is gebleken, dan is het wel omtrent de rechten van den verhuurder in het faillissement van den huurder. Niettegenstaande in de vroegere stedelijke wetgevingen tal van voorbeelden eener meer of minder goed geslaagde regeling dezer quaestie zijn te vinden, heeft de wetgever van 1838 haar geheel met stilzwijgen voorbijgegaan. Van de groote, vrijwel onoplosbare moeilijkheden daaruit voor de praktijk geboren, weet ieder curator te spreken. Eene gevestigde jurisprudentie, eene algemeen gevolgde praktijk bestaat niet. In elk faillissement beslist de opvatting van den curator of van den rechter-commissaris. [...] De voorgestelde bepaling tracht hieraan een einde te maken door eene zeer eenvoudige regeling, die zoowel met de belangen van den boedel als met die van den verhuurder rekening houdt.”¹⁹

In het Regeeringsantwoord naar aanleiding van het Verslag van de Tweede Kamer werd zelfs nog een stapje verdergegaan:

“Eene regeling van dit onderwerp is in de praktijk dringend noodig gebleken, zozeer zelfs, dat iedere oplossing, die niet onbillijk is, aannemelijk moet worden geacht.”²⁰

Wat waren dan die vrijwel onoplosbare moeilijkheden die onder het oude recht bestonden en waarvoor de tevens in te voeren algemene regeling voor de afwikkeling van wederkerige overeenkomsten in art. 37 Fw kennelijk geen oplossing bood? Uit de wetsgeschiedenis wordt dit niet duidelijk. In 1907 schreef Van Nievelt dat de hier bedoelde onduidelijkheden betrekking hadden op de vraag welke rechten de verhuurder in het faillissement van de huurder kon doen gelden indien hij niet overging tot ontbinding van de huur en deze dus in stand liet. De opvattingen liepen daarbij volgens Van Nievelt uiteen van de verificatie van een vordering ten belope van alle nog resterende huurtermijnen,

18. Zie de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 263-264.

19. Zie Van der Feltz I, p. 419.

20. Zie Van der Feltz I, p. 421.

tot de verificatie van louter een vordering ter zake van de eerste termijn die ná de faillissementsdatum verviel.²¹ Hieraan kan nog worden toegevoegd de visie van De Marez Oyens, die meende dat de na de faillietverklaring verschenen huurtermijnen in het geheel niet verifieerbaar waren, maar een boedelschuld opleverden.²²

De beschouwingen van Van Nievelt en De Marez Oyens hadden betrekking op de positie van de verhuurder van zaken, maar een vergelijkbare onzekerheid bestond destijds kennelijk met betrekking tot de positie van de verhuurder van diensten (ook wel: dienstplichtige) in het faillissement van de huurder van diensten (ook wel: meester). In de memorie van toelichting bij art. 40 Fw wordt namelijk opgemerkt:

“Voor eene regeling van de huur van diensten pleiten dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren. Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekkingen moeten leven, ten zeerste geschaad.”²³

Kortom, de positie van de verhuurder (van zaken en) diensten in het faillissement van diens huurder was onduidelijk en dát is de reden dat de wetgever in art. (39 en) 40 Fw een specifiek op die situatie toegesneden regeling heeft geïntroduceerd.

3. De aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging in het licht van de relevante ontwikkelingen in het arbeidsrecht en het insolventierecht

Aan de regeling van art. 40 Fw ligt een duidelijke belangenafweging ten grondslag. De navolgende, veel geciteerde, passage uit de memorie van toelichting illustreert deze:

“Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag

21. Zie C. van Nievelt, *De invloed van het faillissement op het voortbestaan van overeenkomsten* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1907, p. 165-169, met diverse verwijzingen. Zie ook de vindplaatsen vermeld in de MvT bij art. 39 Fw, Van der Feltz I, p. 419, noot 3.

22. Zie J.C. de Marez Oyens, *De beginselen van het hedendaagsche faillietenrecht, naar aanleiding der "Konkursordnung für das Deutsche Reich" van 1 October 1879*, 's-Gravenhage: Gebrs. Belinfante 1883, p. 98-99.

23. Zie Van der Feltz I, p. 428.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.”²⁴

De gedachte was dus dat diegenen die in een dienstbetrekking tot de gefailleerde stonden, die dienstbetrekking ondanks het faillissement in elk geval nog een korte tijd behielden en daarmee aanspraak hadden op het daarmee verbonden loon. De wetgever hield voor mogelijk dat ook de boedel in voorkomende gevallen zou zijn gebaat bij het tijdelijk nog kunnen beschikken over personeel, maar beperkte met het oog op die gevallen waarin dat anders zou liggen, de door de curator in acht te nemen opzegtermijn tot zes weken. De regeling van art. 40 Fw was dus primair op de bescherming van de “bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde” gericht, waarmee de faillissementswetgever, zoals hierna nog aan de orde komt, in zekere zin zijn tijd vooruit was.

De regeling van art. 40 Fw is door de wetgever in de loop der tijd diverse malen onder ogen gezien in verband met wetswijzigingen in het commune arbeidsrecht, in het bijzonder betreffende de termijnen voor ontslag. Het debat ging daarbij vrijwel steeds over de vraag of die wijzigingen ook dienden door te werken in de regeling van art. 40 Fw. Een principieel debat over de houdbaarheid van de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en de daarop gestoelde belangenafweging is echter nauwelijks gevoerd, laat staan dat nadrukkelijk is stilgestaan bij de vraag of handhaving van een bijzondere regeling voor het faillissement van de werkgever wenselijk is.²⁵ Dat is opmerkelijk te noemen, omdat die uitgangspunten inmiddels zodanig zijn gewijzigd dat die belangenafweging thans geheel anders uitpakt.²⁶

In de eerste plaats dient in dit verband te worden gewezen op de aanzienlijke versterking van de positie van de werknemer ten opzichte van diens werkgever, die sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet in het commune arbeidsrecht heeft plaatsgevonden. De aan het einde van de negentiende eeuw vigerende wettelijke regeling van de “huur van dienstboden en werklieden” bevatte slechts drie artikelen.²⁷ Bepaald was dat (i) de dienstbode zich niet dan voor een tijd of een bepaalde onderneming kon verbinden, waarmee een dienstbetrekking voor het leven werd uitgesloten; (ii) de ‘meester’ bij bepaalde geschillen met de dienstbode, bijvoorbeeld over de hoogte van het bedongen loon, op zijn woord werd geloofd; en (iii) de dienstbode die voortijdig het werk verliet het verdiende loon verbeurde, terwijl de meester bevoegd was om de

24. Zie Van der Feltz I, p. 428.

25. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, p. 103-123.

26. Zie ook: F.M.J. Verstijlen, ‘De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement’, Preadvies VBR 2006, p. 127-128.

27. Zie de artikelen 1637-1639 (oud) BW.

dienstbode te allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen, weg te sturen. Deze uiterst summierere regeling dient te worden begrepen tegen de achtergrond van de destijds heersende, liberale gedachte van de vrije markteconomie. De wetgever diende zich zoveel mogelijk afzijdig te houden en niet méér te regelen dan strikt noodzakelijk.²⁸ Het wettelijk ongeregelde, “vrije” dienstcontract heeft in de negentiende eeuw in de fabrieken en elders in het bedrijfsleven echter geleid tot wantoestanden, onzekerheid en willekeur.²⁹ In reactie hierop is in 1907 de Wet op de arbeidsovereenkomst in werking getreden, welke wet werd gekenmerkt door de – nieuwe – gedachte dat de betrokken partijen bij een dienstcontract niet gelijk zijn. Voor het eerst werd onderkend dat de dienstbode de economisch zwakkere partij is, wiens belangen in het maatschappelijk verkeer onaanvaardbaar in het gedrang kunnen komen.³⁰ De nieuwe wet kende meer dan tachtig artikelen en bood de noodzakelijke bescherming aan de werknemer, welke bescherming in de loop der tijd nader is vormgegeven in (eerst Boek 7A en thans) Boek 7 BW. Kort en goed: sinds de invoering van art. 40 Fw is de regeling van de arbeidsverhouding in het commune arbeidsrecht getransformeerd van een uiterst summierere, in het voordeel van de huurder (thans: *werkgever*) geredigeerde regeling, in een zeer uitgebreide, juist nadrukkelijk op bescherming van de *werknemer* geënte regeling in de huidige titel 7.10. Kon de dienstplichtige aan het einde van de 19^e eeuw buiten faillissement nog te allen tijde en zonder opgaaf van redenen door zijn meester worden weggestuurd, thans wordt de werknemer een aanzienlijke mate van bescherming geboden tegen opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Dat plaatst de met art. 40 Fw beoogde bescherming van de werknemer in een ander daglicht.

Een ontwikkeling in het insolventierecht die tevens van invloed is op de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging is dat faillissementen waarin sprake is van een negatieve boedel tegenwoordig schering en inslag zijn. Een boedelschuld ter zake van het loon over de opzegtermijn biedt dan ook lang niet meer zo veel zekerheid van betaling als destijds.

Anderzijds zijn er ook omstandigheden die de positie van de werknemer juist hebben verstevigd. In dit kader achten wij van belang dat het loonbegrip in art. 40 Fw niet afwijkt van het loonbegrip in het burgerlijk wetboek, aldus de Hoge Raad in *LISV/Wilderink q.q.*,³¹ terwijl het loon van de werknemer in de

28. Zie A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 84.

29. Zie E.P. de Jong, ‘Deze eeuw van feest naar feest’, *SMA* 2007/406.

30. Zie G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan, De spanning tussen zekerheid van de dienstbetrekking en flexibiliteit van de onderneming* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, p. 33.

31. Zie HR 3 december 1999, *JOR* 2000/17, m.nt. G.A.J. Boekraad.

zin van art. 7:610 BW niet zelden tal van elementen bevat die in het rechtsverkeer aan het einde van de negentiende eeuw nog geen rol van betekenis speelden; men denke hier bijvoorbeeld aan bonusregelingen, tantièmes en winstaandelen.

De positie van de werknemer in het faillissement van diens werkgever is sinds 1968 voorts aanzienlijk versterkt met de invoering van de Loongarantieregeling, die thans is neergelegd in de artikelen 61 e.v. WW.³² Welbeschouwd gaat het bij de toepassing van art. 40 Fw veelal en in hoofdzaak niet langer om een afweging tussen het boedelbelang en het belang van de werknemer, maar tussen het belang van de boedel en dat van het UWV, die in voorkomende gevallen in de rechten van de werknemer jegens de boedel wordt gesubrogeerd.

Dit alles noopt er naar onze mening in elk geval toe om bij de beoordeling van de positie van de werknemer en de curator van de werkgever anno 2018 aan de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging niet langer (doorslaggevende) betekenis toe te kennen.

4. Onduidelijkheden omtrent de voortzetting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Ondanks haar hoge leeftijd is de regeling van art. 40 Fw in haar toepassing nog altijd onduidelijk en (daarmee) voorwerp van debat. Dit betreft zowel de situatie bij de *voortzetting* van de arbeidsovereenkomst als die bij de *beëindiging* ervan. Hierna bespreken wij de belangrijkste vragen die in dit verband kunnen opkomen. Daarbij komt ook de regeling van art. 39 Fw aan de orde, niet alleen omdat die regeling vergelijkbare vragen oproept, maar ook omdat de tendens in de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat vragen die spelen bij de toepassing van beide bepalingen op dezelfde wijze worden beantwoord en de Hoge Raad in de afgelopen jaren diverse malen zijn licht over de toepassing van art. 39 Fw heeft laten schijnen.

Voortzetting van de overeenkomst

Bij overeenkomsten die worden beheerst door de algemene regeling van art. 37 Fw is het systeem dat deze op zichzelf blijven voortbestaan, maar dat de curator er niet aan gebonden is zolang hij niet – uitdrukkelijk of stilzwijgend – voor gestanddoening kiest. Dit betekent dat de wederpartij bij gebreke daarvan in beginsel is aangewezen op indiening van haar aanspraken ter verificatie (art. 37a Fw). Opteert de curator – bij uitzondering – wel voor gestanddoening, dan verbindt hij met die keuze de boedel tot nakoming van alle uit het contract voortvloeiende verbintenissen, ook voor zover zij betrekking hebben op de

32. Zie nader *Wessels Insolventierecht II* 2016/2563 e.v.

periode vóór datum faillissement. Het is dan in wezen *business as usual*, met dien verstande dat de wet de curator in dit geval oplegt om voor nakoming zekerheid te stellen (art. 37 lid 2 Fw). In de praktijk blijft die zekerheidstelling in de regel achterwege.

In het faillissement van de huurder en de werkgever is de situatie minder duidelijk. De artikelen 39 en 40 Fw bieden beide partijen de bevoegdheid tot opzegging en bestempelen voorts de huur respectievelijk het loon en de daarmee samenhangende premieverplichtingen verschuldigd na de faillietverklaring tot boedelschuld. Hoe evenwel om te gaan met de *overige* verplichtingen die uit hoofde van de overeenkomst op de schuldenaar rusten?

Zo dient de huurder in de regel naast de huurprijs aan de verhuurder een bedrag aan *servicekosten* te betalen, die dan bijvoorbeeld betrekking hebben op de afname van nutsleveranties of van bepaalde diensten, zoals bijvoorbeeld die van de glazenwasser. Daarnaast is hij wettelijk verplicht zich als een goed huurder te gedragen (art. 7:213 BW), kleine herstellingen te verrichten (art. 7:217 BW) en kennis te geven van gebreken en stoornis door derden (art. 7:222 BW). In de praktijk worden daar standaard nog verschillende verplichtingen aan toegevoegd. Zo is de huurder van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW op grond van de *ROZ-voorwaarden kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW 2015* bijvoorbeeld tevens verplicht het gehuurde te gebruiken en dit te voorzien van voldoende inrichting en inventaris (art. 5.1), op straffe van de verbeurte van een boete (art. 29). Indien in verband met de aard of uitoefening van het beroep of bedrijf van de huurder voor het gehuurde een hogere dan normale premie (brand)verzekering voor opstal of inventaris en goederen aan de verhuurder in rekening wordt gebracht, dient de huurder het meerdere boven die normale premie aan de verhuurder te vergoeden (art. 21.1). Ook is uiteraard denkbaar dat hiernaast maatwerkafspraken zijn gemaakt waaruit bijzondere verplichtingen van de huurder resulteren, zoals in een commerciële context geregeld voorkomt.

Bij de arbeidsovereenkomst dient natuurlijk in de eerste plaats te worden gedacht aan de verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen (art. 7:611 BW). In het verlengde daarvan ligt diens recentelijk geïntroduceerde scholingsplicht (art. 7:611a BW). Tevens kan worden gedacht aan de verplichting van de werkgever te zorgen voor een veilige werkomgeving (art. 7:658 lid 1 BW), aan verplichtingen uit hoofde van secundaire arbeidsvoorwaarden en op grond van een geldende cao.

Door diverse auteurs is het standpunt ingenomen dat de artikelen 39 en 40 Fw louter op de daarin uitdrukkelijk genoemde aspecten betrekking hebben en deze overeenkomsten voor het overige worden gereguleerd door de algemene regeling van art. 37 Fw. In die visie zou de curator over de boedelperiode niet van rechtswege aan de huur- of arbeidsovereenkomst gebonden zijn totdat deze

alsnog eindigt, maar slechts gehouden zijn de huur respectievelijk het loon na de faillietverklaring als boedelschuld te behandelen. Voor de verkrijging van nakoming van de *overige* verplichtingen die voor de schuldenaar uit de huur- of arbeidsovereenkomst voortvloeien dient de verhuurder resp. werknemer in kwestie dan terug te vallen op de algemene regeling van art. 37 Fw.³³

Uit de wetsgeschiedenis komt evenwel duidelijk naar voren dat de wetgever heeft beoogd de afwikkeling van de in art. 39 en 40 Fw bedoelde overeenkomsten uitsluitend door die bijzondere bepalingen te laten beheersen en dus geen ruimte heeft willen bieden voor toepassing van de algemene bepaling van art. 37 Fw.³⁴ Bij die stand van zaken ligt onzes inziens in de rede om aan te nemen dat bij de wetgever de bedoeling heeft voorgezeten dat de *gehele* huur- resp. arbeidsovereenkomst vanaf de faillissementsdatum ten laste van de boedel doorloopt, omdat een andere opvatting tot de weinig aannemelijke consequentie zou leiden dat de *overige* op de huurder resp. werkgever rustende verplichtingen tijdens het faillissement geheel in het luchtledige zouden komen te hangen.³⁵ In de wetsgeschiedenis is overigens nog wel meer *circumstantial evidence* te vinden dat in deze richting wijst. Zo wordt er in de memorie van toelichting bij art. 39 Fw van gerept dat “de huurovereenkomst met den boedel doorloopt”.³⁶ In § 3 kwam al even aan de orde dat in de toelichting op art. 40 Fw wordt opgemerkt dat de regeling de curator “verzekert” dat hij gedurende ten minste zes weken zal kunnen beschikken over “eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen”.³⁷ Van die hulp is de curator niet *verzekert* als hij zich niet houdt aan *alle* verplichtingen van de schuldenaar die na de faillissementsdatum uit hoofde van de arbeidsovereenkomst opkomen. In dat geval is immers denkbaar dat de werknemer zijn of haar verplichting tot het verrichten van de overeengekomen arbeid opschort. Tevens valt in dit kader te wijzen op enkele uitlatingen in de wetsgeschiedenis bij de Wet van 17 december 1953 en de Wet van 1 december 1988, waarbij ook de regeling van art. 40 Fw onder de loep is genomen en ervan wordt uitgegaan dat een ontslag op de voet van art. 40

33. Zie o.a. E. Loesberg, ‘De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand?’, in: A.M. Luttmmer-Kat e.a. (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 18 en p. 22 en 23; E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001/267, nr. 2.2; *Wessels Insolventierecht II* 2016/2533; L.G. Verburg, ‘Het beëindigen van de relatie met de bestuurder en commissaris van een gefailleerde NV of BV’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 166, voetnoot 47.

34. Zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.4.5.4 en 4.4.5.5.

35. Zie ook T.T. van Zanten, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JOR* 2014/51, nr. 6.

36. Zie Van der Feltz I, p. 419.

37. Zie Van der Feltz I, p. 428.

Fw onder bijzondere omstandigheden als kennelijk onredelijk in de zin van art. 7A:1639s (oud) BW (thans art. 7:681 BW) kan worden aangemerkt.³⁸ Deze opvatting is door de Hoge Raad in het *Van Gelder Papier*-arrest onderschreven.³⁹ In een dergelijk geval is onder omstandigheden op grond van art. 7:682 lid 1 sub a BW ook mogelijk dat de curator wordt veroordeeld “de arbeids-overeenkomst te herstellen”. Dat impliceert dat de curator vanaf de faillissementsdatum aan de arbeidsovereenkomst gebonden is en niet slechts aan de daaruit voortvloeiende verplichting om loon te betalen.

Het voorgaande betekent naar onze mening dat als uitgangspunt dient te worden aanvaard dat *alle* voor de schuldenaar uit de huur- resp. arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen ten laste van de boedel dienen te worden nagekomen zolang deze niet door opzegging ex art. 39 of 40 Fw, dan wel op een andere grondslag of vanwege het verstrijken van de termijn waarvoor het contract is aangegaan, is geëindigd.⁴⁰ Wel lijkt ons de vraag gerechtvaardigd of er aanleiding bestaat dit uitgangspunt van volledige binding van de boedel aan door de schuldenaar als huurder resp. werkgever gesloten huur- en arbeidsovereenkomsten te nuanceren. Aan de bedoelingen van de wetgever komt immers niet per se doorslaggevende betekenis toe, zeker niet waar die bedoelingen niet klip en klaar in de parlementaire stukken zijn verwoord, maar daaruit slechts met enige moeite kunnen worden gedestilleerd, zoals dat ten aanzien van de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 39 en 40 Fw het geval is. Belangrijker nog is dat het juridische landschap dat de wetgever destijds voor ogen heeft gestaan en waarin de daaraan ten grondslag gelegde belangenafweging tot stand kwam, inmiddels drastisch is veranderd. Een deel van de hiervoor genoemde verplichtingen was aan het einde van de negentiende eeuw ook geen, althans zeker niet standaard, onderdeel van de huurovereenkomst. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de huur van diensten, welke overeenkomst zoals in § 3 aan de orde kwam, destijds nagenoeg ongeregeld was. Onder het huidige arbeidsrecht worden met het aangaan van de arbeidsovereenkomst tal van verplichtingen in het leven geroepen, met name voor de werkgever.

Tegen de achtergrond hiervan is naar onze mening inderdaad enige nuanceering op het uitgangspunt van volledige binding van de boedel aan door de schuldenaar als huurder resp. werkgever gesloten huur- en arbeidsovereenkomsten op zijn plaats. In dit kader dient onzes inziens tussen twee situaties te worden onderscheiden: (i) het geval waarin de curator feitelijk *wel* en (ii) dat

38. Zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder Papier*), r.ov. 3.3, met verwijzingen.

39. Zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder Papier*).

40. Zie ook: P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2017, § 2.3.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

waarin de curator *niet* van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer gebruikmaakt.

Wél gebruik van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer

In het eerstbedoelde geval bestaat naar onze mening onvoldoende grond om de binding van de boedel tot bepaalde uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen te beperken. Ook ten aanzien van *andere* overeenkomsten geldt immers dat de curator alleen kan beschikken over de prestaties van de wederpartij indien hij ook zijnerzijds alle contractuele verplichtingen van de schuldenaar nakomt. De regeling van de artikelen 39 en 40 Fw heeft voor de curator dan nog steeds het grote voordeel dat tijdelijk over de prestaties van de wederpartij kan worden beschikt zonder dat de curator genoodzaakt is de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw gestand te doen, met als gevolg dat eventuele achterstanden van vóór faillissement tot boedelschuld worden gepromoveerd en het contract bovendien ook voor de periode daarna geheel moet worden uitgediend. Een nog verdere beperking van de verplichtingen van de curator jegens de werknemer in gevallen waarin hij aanstuurt op een (tijdelijke) voortzetting van de overeenkomst, zou bij de arbeidsovereenkomst naar onze mening bovendien op gespannen voet staan met het karakter van die overeenkomst en de daarmee verbonden werknemersbescherming. De curator die van het gehuurde resp. de diensten van een werknemer gebruikmaakt dient onzes inziens dus niet alleen de huur resp. het loon over de boedelperiode te voldoen, maar ook alle *andere* uit hoofde van de huur- resp. arbeidsverhouding op de schuldenaar rustende verplichtingen na te komen voor zover zij op die periode betrekking hebben. Een aardig voorbeeld geeft een recent arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁴¹ De verhuurder had de huur ex art. 39 Fw opgezegd. In de huurovereenkomst was een verbod van onderhuur of ingebruikgeving aan derden opgenomen. Tijdens de opzegtermijn stelde de curator in strijd daarmee het gehuurde ter beschikking aan de koper van de onderneming. Het hof oordeelde onder meer – onzes inziens dus terecht – dat de curator daarmee was tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst. In huurovereenkomsten is veelal bepaald dat de huurder bij overtreding van het onderhuurverbod een boete verschuldigd is. Die boete kan in een voorkomend geval dus op de boedel worden verhaald.

Géén gebruik van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer

In het geval waarin de curator *niet* van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer gebruikmaakt (en daarom logischerwijs kort na het uitspreken van

41. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, *JOR* 2017/245, m.nt. F.B. Bosvelt.

het faillissement tot opzegging overgaat⁴²) liggen de kaarten wat ons betreft anders. Naar wij menen bestaat hier onvoldoende rechtvaardiging om de curator zonder meer aan alle tijdens de boedelperiode te verschijnen contractuele verplichtingen gebonden te achten.

De *eerste* beperking die naar onze mening in dit verband dient te worden aangelegd, is dat de curator niet verplicht kan worden van het gehuurde c.q. de diensten van de werknemer gebruik te maken. Dit betekent dat de curator van de huurder niet gebonden is aan een gebruiksverplichting zoals opgenomen in de ROZ-voorwaarden en in een voorkomend geval dus evenmin de daaraan verbonden boetes ten laste van de boedel verbeurt. In het faillissement van de werkgever kan de curator niet worden gedwongen de werknemer aan het werk te houden, daargelaten in hoeverre daarvoor buiten de context van een faillissement ruimte bestaat.⁴³

Een *tweede* beperking is dat het moet gaan om verplichtingen die onlosmakelijk met de huur- resp. arbeidsverhouding verbonden zijn. Is sprake van een zogeheten *gemengde* overeenkomst, zoals een gecombineerde arbeids- en opleidingsovereenkomst,⁴⁴ dan ligt in de rede dat de boedel niet ex art. 40 Fw gebonden is aan het deel van de overeenkomst dat niet als huur- resp. arbeidsovereenkomst kwalificeert. Bij een dergelijke gemengde overeenkomst menen wij dat art. 37 Fw ten aanzien van een deel van de overeenkomst wél een rol kan vervullen, namelijk dat deel dat niet de huur- resp. arbeidsverhouding reguleert.⁴⁵ Bij de huurovereenkomst kan in dit verband naar onze mening ook worden gedacht aan de *servicekosten*. Een redelijke uitleg van art. 39 Fw brengt onzes inziens mee dat indien de gefailleerde huurder bovenop de huurprijs een bedrag voor de levering van goederen of diensten, zoals gas, water en elektriciteit of het onderhoud van de tuin, verschuldigd is, de curator die kosten over de boedelperiode niet voor zijn rekening behoeft te nemen indien hij van het gehuurde geen gebruik maakt en daarmee evenmin van de hier bedoelde additionele prestaties profiteert.

Andere categorieën verplichtingen ten aanzien waarvan het gerechtvaardigd is om de curator daaraan niet gebonden te achten indien hij van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer geen gebruik maakt, laten zich onzes inziens moeilijk omlijnen. De vraag naar de binding van de curator zal van geval tot geval en van verplichting tot verplichting moeten worden beoordeeld. Daarbij kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat naar mate de desbetref-

42. Vgl. de MvT bij art. 39 Fw, Van der Feltz I, p. 419: “De niet-opzegging door den curator toont aan, dat deze de huur vooralsnog ten behoeve van den boedel wenscht aan te houden.”

43. Vgl. Hof Leeuwarden 29 november 2011, *JAR* 2012/14.

44. Vgl. Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000/65.

45. Zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 121, voetnoot 233.

fende verplichting verder van de kern van de huur- resp. arbeidsrelatie afstaat, eerder aanleiding bestaat de curator daaraan niet gebonden te achten. Zo zal een werknemer die heeft bedongen jaarlijks een internationaal congres te mogen bezoeken dat binnen de opzegtermijn ergens in het buitenland plaatsvindt, daarop naar onze mening jegens de curator geen aanspraak kunnen maken. Indien naleving door de curator niet of nauwelijks ten laste van het boedelactief komt (dat wil zeggen: naast de tijd die de curator moet besteden geen *out of pocket*-kosten meebrengt), ligt onzes inziens in de rede de curator wel tot die naleving te verplichten. Zo zal ingeval de curator een gebrek aan het gehuurde ontdekt, een afweging van het belang van de boedel en dat van de verhuurder in de regel meebrengen dat de curator daarvan onverwijld aan de verhuurder kennisgeeft, bij gebreke waarvan de verhuurder de door de nalatigheid van de curator ontstane schade bij wege van boedelschuld kan verhalen (art. 7:222 BW). Tot het verrichten van kleine herstellingen (art. 7:217 BW) kan de curator die het gehuurde niet gebruikt naar onze mening daarentegen niet worden verplicht.

Men zij erop bedacht dat de hiervoor verdedigde beperkingen in de mate waarin de boedel aan de overeenkomst is gebonden er uiteraard niet aan in de weg staan dat de verhuurder of de werknemer in voorkomende gevallen aan die beperkte nakoming door de boedel consequenties verbindt, bijvoorbeeld door (voor zover mogelijk) de eigen prestaties (deels) op te schorten. De curator die geen belang heeft bij het gehuurde resp. de diensten van de werknemer kan bovendien meewerken aan een eerdere terbeschikkingstelling van het gehuurde resp. aan een eerdere uitdiensttreding door de werknemer, bijvoorbeeld met het oog op de verhuur aan een derde resp. een indiensttreding elders.

Beëindiging van de overeenkomst

De toepassing van de artikelen 39 en 40 Fw roept niet alleen vragen op ten aanzien van de *voortzetting* van de overeenkomst na de intrede van het faillissement. Ook bij een *beëindiging* van de huur- resp. arbeidsovereenkomst na de faillissementsdatum kunnen diverse vragen opkomen, in het bijzonder omtrent de aanspraken die de verhuurder resp. werknemer in een dergelijk geval resteren en de status daarvan in het faillissement. In de loop der tijd moest de Hoge Raad er dan ook verschillende malen aan te pas komen om ter zake knopen door te hakken.

Bekend is het hiervoor al even aangestipte arrest inzake *Van Gelder Papier* uit 1990.⁴⁶ In de zaak die leidde tot dit arrest stond de vraag centraal of een door de curator op de voet van art. 40 Fw ontslagen werknemer aanspraak had op een ontslagvergoeding uit hoofde van een tussen hem en diens werkgever

46. Zie HR 12 januari 1990, NJ 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder Papier*).

bestaand sociaal plan en op welke wijze een dergelijke aanspraak binnen het faillissement geldend kon worden gemaakt. In cassatie werd namens de werknemer betoogd dat hem ter zake een ter verificatie in te dienen preferente vordering toekwam. De Hoge Raad achtte die opvatting echter onverenigbaar met het stelsel van art. 40 Fw. Hij stelde daarbij onder meer voorop dat onder bijzondere omstandigheden denkbaar is dat een door de curator ex art. 40 Fw verleend ontslag kennelijk onredelijk is en de vergoeding waarop de werknemer in een zodanig geval aanspraak kan maken met analogische toepassing van art. 40 Fw als boedelschuld moet worden beschouwd (r.ov. 3.3, tweede alinea) en voorts dat in art. 40 Fw besloten ligt dat vorderingen die uit de arbeidsovereenkomst zijn ontstaan in de periode die met de dag van de faillietverklaring aanvangt, slechts – binnen de grenzen van wat dit artikel toelaat – boedelschulden kunnen opleveren, maar niet voor verificatie in het faillissement in aanmerking komen, terwijl dit wel het geval is met vorderingen die uit die overeenkomst zijn ontstaan in de periode vóór de dag van de faillietverklaring (r.ov. 3.3, derde alinea). De Hoge Raad oordeelt vervolgens in r.ov. 3.4:

“Het is met het hiervoor weergegeven, op de voormelde belangenafweging berustende stelsel van de wet niet verenigbaar dat het resultaat van die afweging zou kunnen worden doorbroken door een voor de faillietverklaring met de gefailleerde gesloten overeenkomst, *die de strekking heeft om, ook terzake van na de faillietverklaring door de curator gegeven ontslagen, aan de werknemers een vergoeding voor door hen als gevolg van het ontslag, en derhalve na de faillietverklaring, geleden nadeel toe te kennen, ook zonder dat is komen vast te staan dat het ontslag kennelijk onredelijk was in de zin van de wet of, zo dat wel het geval was, dat de vergoeding in overeenstemming is met hetgeen de rechter aan de hand van de wettelijke maatstaven zou hebben vastgesteld. Een dergelijke doorbreking kan dan ook niet worden aangenomen, zowel in die zin dat uit een dergelijke overeenkomst geen boedelschuld kan ontstaan, als in die zin dat de betreffende vordering niet voor verificatie in aanmerking komt.*” (cursive-ring TTvZ en IMAL)

Wat opvalt, is dat de Hoge Raad hier over de verifieerbaarheid van na datum faillissement uit hoofde van de arbeidsovereenkomst ontstane vorderingen van de werknemer een genuanceerder standpunt inneemt dan hij in zijn vooropstellingen doet. Dáár zegt de Hoge Raad immers nog heel in het algemeen dat in art. 40 Fw besloten ligt *dat vorderingen die uit de arbeidsovereenkomst zijn ontstaan in de periode die met de dag van de faillietverklaring aanvangt, slechts – binnen de grenzen van wat dit artikel toelaat – boedelschulden kunnen opleveren, maar niet voor verificatie in het faillissement in aanmerking komen.*

De Hoge Raad oordeelt vervolgens echter dat de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging niet kan worden doorbroken door een voor faillissement met de gefailleerde gesloten overeenkomst *die de strekking heeft om ook terzake van na de faillietverklaring door de curator gegeven ontslagen, aan de werknemers een vergoeding voor door hen als gevolg van het ontslag, en derhalve na de faillietverklaring, geleden nadeel toe te kennen. Een uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende aanspraak* is volgens de Hoge Raad geen boedelschuld en *kan niet worden geverifieerd*.

Naar onze mening is de genuanceerde benadering beter. De aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging behoort onzes inziens in elk geval geen belemmering op te leveren voor de verificatie van vorderingen die *niet* een compensatie inhouden voor de gevolgen van het door de curator ex art. 40 Fw verleende ontslag. Men denke hier bijvoorbeeld aan de verplichting van een werkgever tot tijdsevenredige affinanciering van de backservice.⁴⁷ Met de toelating tot de verificatie van dergelijke vorderingen is van onverenigbaarheid met de belangenafweging die aan art. 40 Fw ten grondslag ligt, immers in elk geval geen sprake. In lijn hiermee oordeelde de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* uit 2013 dat een vordering tot vergoeding van zogeheten opleverschade die ontstaat bij het eindigen van de huurovereenkomst, voor verificatie in aanmerking komt, ook indien de huur door opzegging ex art. 39 Fw is geëindigd.⁴⁸ Ook een dergelijke aanspraak doorkruist immers niet de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging, nu deze geen compensatie vormt voor het gemis aan huurpenningen als gevolg van de voortijdige beëindiging van de huur.

Maar ook bij de meer genuanceerde benadering die uitgaat van de strekking van de gemaakte afspraken hebben wij bedenkingen. Dat geldt *niet* voor zover die benadering inhoudt dat aan contractuele aanspraken die beogen compensatie te bieden voor het gemis aan loon in verband met een door de curator op de voet van art. 40 Fw verleend ontslag niet de status van *boedelschuld* wordt toegekend. In situaties waarin de curator van de diensten van de werknemer geen gebruik maakt, zou de toekenning van die status strijdig zijn met de gedachte van de wetgever om een beperkte opzegtermijn te hanteren teneinde de boedelschulden te beperken in “het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.”⁴⁹ Zonder de regeling van art. 40 Fw zou een dergelijke aanspraak onder deze omstandigheden bovendien evenmin een

47. Zie HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229 m.nt. W.M. Kleijn (*Frima q.q./Blankers*). Een dergelijke verplichting is in dit arrest door de Hoge Raad als boedelschuld gekwalificeerd. Sinds *Koot Beheer/Tideman q.q.* ligt echter voor de hand dat dit een faillissementsschuld oplevert.

48. Zie HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

49. Zie Van der Feltz I, p. 428.

boedelschuld opleveren. Met betrekking tot de situatie waarin de curator de werknemer in kwestie wél werkzaamheden laat verrichten, is van belang dat in de memorie van toelichting is opgenomen dat art. 40 Fw de curator het voordeel biedt dat hij tijdelijk kan beschikken over “ene hulp die hij misschien moeilijk kan missen”, waarbij niet lijkt te passen dat indien de curator van die hulp inderdaad tijdelijk gebruikmaakt, hij daarmee additionele boedelschulden in het leven zou roepen op het moment dat de arbeidsovereenkomst op een later moment alsnog door opzegging ex art. 40 Fw eindigt.

Onze bedenkingen richten zich tegen de uitsluiting van de hier bedoelde aanspraken van *verificatie*. Anders dan de Hoge Raad menen wij dat niet de verificatie van die aanspraken, maar juist de uitsluiting daarvan strijdig is met de ratio van art. 40 Fw. In de zaak *Van Gelder Papier* had de werknemer in kwestie uit hoofde van het sociaal plan een vordering van NLG 59.500, wat naar moet worden aangenomen een veelvoud betrof van de zes weken loon waarop art. 40 Fw hem aanspraak gaf. In een dergelijke situatie is goed mogelijk dat verificatie gevolgd door een uitdeling op de aanspraak uit hoofde van het sociaal plan de werknemer meer oplevert dan diens boedelvordering over de opzegtermijn.⁵⁰ Uitsluiting van die aanspraak van verificatie heeft dan dus tot gevolg dat de door de wetgever primair met art. 40 Fw beoogde bescherming van de werknemer in zijn tegendeel komt te verkeren. De werknemer vindt in dat geval alleen dan nog bescherming in art. 40 Fw in die situaties waarin die bepaling hem per saldo meer rechten toekent dan afneemt. Die uitleg van art. 40 Fw achten wij onaannemelijk. Over eventuele additionele aanspraken die de werknemer in geval van een voortijdige beëindiging krijgt, zegt de regeling van art. 40 Fw noch de toelichting daarop iets, zodat onzes inziens in de rede ligt in zoverre voor de werknemer dezelfde regels te hanteren als voor willekeurig welke andere contractpartij. Dat betekent dat deze aanspraken als regel op de voet van art. 37a Fw en het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* zouden moeten kunnen worden geverifieerd.⁵¹ Ook zouden zij moeten kunnen worden verrekend met een tegenvordering of kunnen worden verhaald krachtens een daarvoor gestelde zekerheid. Hiermee zou tevens de in de literatuur gesignaleerde onevenwichtigheid tussen de situatie dat een werknemer kort vóór faillissement wordt ontslagen en die waarin het ontslag op de voet van art. 40 Fw plaatsvindt,⁵² in zoverre zijn opgeheven. In beide gevallen kunnen de aan het sociaal plan te ontlene aanspraken dan ter verificatie worden ingediend.

50. Als wij het goed hebben, is inzake *Van Gelder Papier* uiteindelijk 100 % uitgekeerd.

51. Zie HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

52. Zie bijv. P.R.W. Schaink, ‘De gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor arbeidsrechtelijke casusposities’, *TvI* 2014/2.

Of de Hoge Raad dit anno 2018 toelaatbaar zal achten en dus bereid zal zijn op zijn beslissing inzake *Van Gelder Papier* terug te keren, kan evenwel worden betwijfeld indien men zijn visie op de werking van een contractueel beding dat de verhuurder bij faillissement van diens huurder recht geeft op schadevergoeding wegens gedeelde huurinkomsten (leegstandschade), in de beschouwing betreft. In *Aukema q.q./Uni-Invest* uit 2011 overwoog de Hoge Raad dat een opzegging op de voet van art. 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst is die jegens de boedel geen recht doet ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen. Art. 39 Fw berust volgens de Hoge Raad blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis op een afweging van enerzijds het belang van de boedel bij voorkoming van het oplopen van schulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. Het resultaat van deze afweging kan naar zijn oordeel niet worden ontgaan door een andersluidend beding.⁵³ In *Nieuwburen/Romania* uit 2013 heeft de Hoge Raad *Aukema q.q./Uni-Invest* verduidelijkt. Art. 39 Fw strekt naar zijn oordeel louter ter bescherming van de boedel en niet mede ter bescherming van de gefailleerde. Een contractueel schadevergoedingsbeding dat wordt geactiveerd door een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 Fw is dan ook niet absoluut nietig, maar kan alleen niet jegens de boedel worden uitgeoefend. De schadevergoedingsvordering ontstaat in een voorkomend geval wel en kan bijvoorbeeld worden verhaald ten laste van een derde die zich voor deze schuld garant heeft gesteld, zij het dat die derde een daaruit eventueel resulterende regresvordering niet ten laste van de boedel mag verhalen.⁵⁴ In *Hansteen/Verwiel q.q.* uit 2017 heeft de Hoge Raad hieraan toegevoegd dat het geen verschil maakt op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht.⁵⁵

Wat betekent dit nu voor de door ons bepleite mogelijkheid om vorderingen van de werknemer die ontstaan bij beëindiging op de voet van art. 40 Fw en ertoe strekken de werknemer te compenseren voor het gemis aan loon binnen het faillissement geldend te maken? In *Aukema q.q./Uni-Invest* overwoog de

53. Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*). Tegelijkertijd overwoog de Hoge Raad – in lijn met HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (*BaByXL*) – dat niet bezwaarlijk is dat het ontstaan van een dergelijk recht wordt gekoppeld aan het eindigen van de huur op grond van een contractueel of ander wettelijk beëindigingsrecht, omdat de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging dan geen rol speelt.

54. Zie HR 15 november 2013, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nieuwburen/Romania*).

55. Zie HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hansteen/Verwiel q.q.*).

Hoge Raad dat zijn oordeel dat de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging niet kan worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 Fw zou zijn beëindigd, “strookt” met zijn arrest inzake *Van Gelder Papier* “betreffende het op een soortgelijke belangenafweging berustende art. 40 F[w]” en ook in *Nieuwburen/Romania* kan een verwijzing naar het *Van Gelder Papier*-arrest worden aangetroffen. De conclusie lijkt dan ook te moeten zijn dat de Hoge Raad de hier bedoelde aanspraken in het kader van de arbeidsovereenkomst op dezelfde wijze zal bejegenen als bij huur. Dit zou betekenen dat de Hoge Raad weliswaar niet meegaat in de analyse van Van Schilfgaarde naar aanleiding van *Van Gelder Papier* dat in dat arrest besloten ligt dat ofwel de overeenkomst aldus moet worden uitgelegd dat deze in zoverre niet geldt bij ontslag in faillissement, ofwel de overeenkomst in zoverre nietig is,⁵⁶ maar nog altijd van oordeel is dat voor het verhaal van contractuele aanspraken die althans in zijn ogen de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging doorkruisen, in de context van het faillissement géén plaats is.

Wij zouden dat anno 2018 een ongelukkige uitkomst vinden, om ten minste drie redenen. In de *eerste* plaats omdat de geschetste jurisprudentie inzake art. 39 Fw naar onze mening op drijfzand is gebaseerd. Blijkens het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* is deze geheel terug te voeren op één opmerking van de minister tijdens de parlementaire behandeling aan het einde van de 19^e eeuw.⁵⁷ In reactie op een vraag uit de Eerste Kamer of het niet beter was geweest om de verhuurder in art. 39 Fw voor het geval van een opzegging door de curator een recht op schadevergoeding toe te kennen, stelde hij onder verwijzing naar een drietal vonnissen van de Rechtbank Amsterdam dat de positie van de verhuurder naar het op dat moment geldende recht “veel ongunstiger” was dan zij volgens het ontwerp zou worden en dat “[d]aarom” ook “niet de minste reden” bestond “om den verhuurder ook nog een recht op schadevergoeding toe te kennen”.⁵⁸ Dat de positie van de verhuurder naar het op dat moment geldende recht “veel ongunstiger” was, staat echter geenszins vast. Het punt was veeleer dat die positie onduidelijk was. Blijkens de memorie van toelichting bij art. 39 Fw was van “[e]ene gevestigde jurisprudentie” of “eene algemeen gevolgde praktijk” geen sprake en werd met de voorgestelde regeling getracht aan die onduidelijkheid een einde te maken.⁵⁹ De vonnissen waarop de minister zich beriep – en waarin de verhuurder er in het faillissement van diens huurder

56. Zie diens noot onder HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Van Gelder Papier*), nr. 2.

57. Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.ov. 3.5.2.

58. Zie Van der Feltz I, p. 423.

59. Zie Van der Feltz I, p. 419.

inderdaad bekaaid vanaf kwam – betroffen dus in ieder geval géén gevestigde jurisprudentie. Tijdens de beraadslagingen in de Eerste Kamer werd de minister er bovendien op gewezen dat één van die uitspraken evident onjuist was, nu de rechtbank daarin had aangenomen dat de verhuurder de overeenkomst niet kon ontbinden, omdat de curator van de huurder niet tot nakoming gehouden was.⁶⁰ Al met al een weinig solide basis – dunkt ons – om de uitsluiting op te gronden van schadevergoedingsaanspraken van de verhuurder die hun oorsprong vinden in de tussen partijen gemaakte afspraken, met potentieel grote financiële consequenties voor de verhuurder die wordt geconfronteerd met het faillissement van diens huurder. Dat geldt temeer 125 jaar later, in een tijd waarin de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging sowieso heel anders uitpakt dan aan het einde van de negentiende eeuw,⁶¹ terwijl de wetgever *die* afweging sinds de introductie van art. 39 Fw nimmer meer onder ogen heeft gezien.

In de *tweede* plaats bestaan naar onze mening goede gronden om in dit opzicht tussen de regeling van art. 39 Fw en die van art. 40 Fw te onderscheiden. De huurovereenkomst met betrekking tot zaken en die met betrekking tot diensten zijn in de loop der tijd uit elkaar gegroeid. De maatschappelijke positie van de wederpartij bij die door de failliet gesloten overeenkomsten is anno 2018 niet langer vergelijkbaar. De verhuurder van zaken, in elk geval die van woonruimte en van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW, is maatschappelijk gezien de *bovenliggende* partij, de verhuurder van diensten – de werknemer dus – daarentegen juist de *onderliggende* partij.⁶² In het verlengde daarvan kunnen de artikelen 39 en 40 Fw dan ook niet langer als tweelingzusjes worden beschouwd. Zelfs indien men met de Hoge Raad zou menen dat de wetshistorie ons ertoe dwingt de *verhuurder* bij een beëindiging ex art. 39 Fw een bedongen recht op schadevergoeding te onthouden, is dat dus nog geen reden om een dergelijk recht bij een beëindiging ex art. 40 Fw ook aan de *werknemer* te ontzeggen. Per slot van rekening bevat de wetsgeschiedenis van art. 40 Fw daarvoor geen enkele aanwijzing.

In de *derde* plaats is van belang dat meer recente uitingen van de wetgever – ditmaal in het kader van de Wet werk en zekerheid – uitdrukkelijk in een andere richting wijzen. In het onder de Wwz ingevoerde artikel 7:673c lid 1 BW is bepaald dat de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 7:673 lid 2 en 7:673a lid 1 BW, niet langer verschuldigd is indien de werkgever in staat van

60. Zie Van der Feltz I, p. 425-426.

61. Vgl. T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *TvI* 2011/17, § 3, laatste alinea.

62. Zie ook T.T. van Zanten, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JOR* 2014/51, nr. 6; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.4.

faillissement is verklaard. Art. 7:673c lid 1 BW verwijst echter niet naar art. 7:673b BW, op grond waarvan géén transitievergoeding verschuldigd is indien in een cao een ‘gelijkwaardige voorziening’ is opgenomen. Dit roept de vraag op welke gevolgen het faillissement van de werkgever heeft voor een dergelijke bij cao overeengekomen voorziening. In dit verband is door de minister opgemerkt:

“In het geval een gelijkwaardige voorziening wordt opgenomen in een cao, geldt dat de werknemer op grond van een op basis van deze cao gecreëerde gelijkwaardige voorziening (fonds) aanspraak maakt op dit equivalent van de transitievergoeding. Cao-partijen kunnen in dat verband besluiten om de wettelijke regeling te volgen (waarbij bij faillissement of surseance van de werkgever een gelijkwaardige voorziening niet tot uitkering komt) of om voor de genoemde situaties een regeling bij cao te treffen op grond waarvan een werknemer bij faillissement of surseance van de werkgever niettemin aanspraak kan maken op voorzieningen als hier bedoeld. Aldus is het aan cao-partijen om te bepalen of gemaakte afspraken tevens inhouden dat een gelijkwaardige voorziening bij (of na) faillissement of surseance van betaling niet verschuldigd is.”⁶³

De minister gaat er dus van uit dat afspraken uit hoofde van collectief overeengekomen afvloeiingsregelingen die als gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b BW kunnen worden aangemerkt, in geval van faillissement van de werkgever verschuldigd zijn. Naar aanleiding hiervan schrijft Hufman dat de vraag is of dat de betreffende werknemers veel zal opleveren, omdat de vordering tot betaling van de gelijkwaardige voorziening mogelijk een niet-verifieerbare vordering zal opleveren op grond van *Van Gelder Papier*.⁶⁴ Wij menen echter dat het aannemen van niet-verifieerbaarheid niet zou stroken met de duidelijke bedoeling van de wetgever dat de werknemer in een voorkomend geval binnen de context van het faillissement aanspraak kan maken op de in cao getroffen regeling.⁶⁵ Het valt dan bovendien, zoals Schaink terecht opmerkt,⁶⁶ niet in te zien dat iets anders zou gelden voor een buiten cao

63. Zie MvA, *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, C, p. 99-100.

64. Zie P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. UvA 2015), Den Haag: Sdu 2015, p. 70-71.

65. Vgl. H.A.C.M. Bouwens, W.L. Rozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever* (maart 2015), door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 16 augustus 2015, p. 32-33.

66. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.4.

tussen werkgever en werknemer in de arbeidsovereenkomst getroffen schade-loosstellingsregeling voor zover deze het bedrag overtreft van de transitievergoeding die geacht moet worden erin te zijn verdisconteerd.

De conclusie luidt dat de laatste dagen van *Van Gelder Papier* lijken te zijn geteld.⁶⁷ Anno 2018 staat de regeling van art. 40 Fw niet in de weg aan de verificatie van aanspraken die na de faillissementsdatum in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ex art. 40 Fw ontstaan of opeisbaar worden, ongeacht of deze aanspraken al dan niet strijd opleveren met de in een ver verleden door de wetgever aan art. 40 Fw ten grondslag gelegde belangenafweging. Dergelijke aanspraken kunnen dan eveneens – het zal wel niet vaak voorkomen – binnen de grenzen van art. 53 Fw worden verrekend of verhaald krachtens een daarvoor gestelde zekerheid.

5. Is er nog een toekomst voor art. 40 Fw?

Een bijdrage over art. 40 Fw krijgt al snel een rechtshistorisch karakter. De regeling stamt uit een tijd waarin de arbeidsovereenkomst nog als een huurovereenkomst werd beschouwd, op grond waarvan de dienstbode zijn diensten verhuurde aan de meester, die hem op ieder gewenst moment en zonder opgaaf van redenen de deur kon wijzen. Met de invoering van een bijzondere regeling voor het faillissement van de (thans) werkgever in art. 40 Fw beoogden Molengraaff en in diens voetspoor de wetgever destijds niet meer dan duidelijkheid te verschaffen omtrent de op dat moment kennelijk weinig heldere positie van de (thans) werknemer in het faillissement van zijn (thans) werkgever en daarnaast om die werknemer nog een beetje loon toe te spelen, met als bijkomend voordeel voor de curator dat hij nog een tijdje over de diensten van die werknemer kon beschikken. De regeling moet echter functioneren in een tijd die in zekere zin als een parallel universum kan worden beschouwd, een tijd waarin de positie van de werknemer beschermenswaardig wordt geacht, stevig in de wet is verankerd en bovendien voortdurend aan verandering onderhevig is. Het onverkort vasthouden aan art. 40 Fw is dan vragen om moeilijkheden, zoals de onderhavige bijdrage illustreert.

De conclusie op basis van het voorafgaande kan naar onze mening geen andere zijn dan dat voor de regeling van art. 40 Fw in ons recht geen plaats meer is. De door de wetgever met die regeling nagestreefde duidelijkheid omtrent de positie van de werknemer in het faillissement van diens werkgever kan beter worden gecreëerd door als uitgangspunt te nemen dat de arbeidsovereenkomst in een faillissement van één van de daarbij betrokken partijen is

67. Vgl. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.4.

Mr. dr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel

onderworpen aan dezelfde regels die gelden voor willekeurig welke andere wederkerige overeenkomst. Het wordt hoog tijd dat de wetgever die handschoen oppakt. Tot die tijd ligt het in de rede bij de toepassing van art. 40 Fw in elk geval niet langer aansluiting te zoeken bij de regeling voor de huur van goederen in art. 39 Fw, een bepaling die onzes inziens overigens eveneens haar langste tijd heeft gehad.