

Arbeidsovereenkomst en insolventierecht

Recht en praktijk – Insolventierecht

Onder redactie van prof. mr. B. Wessels, prof. mr. R.J. de Wijs en mr. drs. C.M. Harmsen

InsR1. R.J. de Wijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies

InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk

InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht

InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht

InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers

InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht

InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren en J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management

Arbeidsovereenkomst en insolventierecht

Mr. P.R.W. Schaink

advocaat te Amsterdam

Tweede, herziene en uitgebreide druk



Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Verkorte citeerwijze: Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (R&P nr. InsR4) 2017*/[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: Mr. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (Recht en Praktijk nr. InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978-90-13-13667-8

ISBN 978-90-13-13668-5 (E-book)

NUR 822-201

© 2017 P.R.W. Schaink

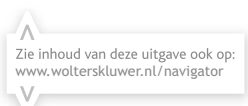
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

Voorwoord

Een faillissement of een surseance van betaling van de werkgever heeft ingrijpende consequenties 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 beëindiging van een dienstbetrekking wegens insolventie van de werkgever. 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 Loongarantieregeling. Voorts wordt ingegaan op de complicaties rondom de doorwerking van concurrentiebedingen die in de beëindigde arbeidsovereenkomsten zijn opgenomen. Welke werking komt aan 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). Nieuw en zeer actueel zijn de paragrafen over de pre-pack en de rechtspraak inzake Heiploeg en Estro. Voorts komen aan bod: de mogelijkheid van misbruik van faillissementsrecht en omzeiling van de ontslagbescherming en kwesties van medezeggenschap inclusief de recente uitspraak van de Ondernemingskamer in zake 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 nieuwe wetgeving.

Ook de tweede, herziene en uitgebreide druk van het boek van Schaink is helder en toegankelijk geschreven, met scherpe analyses van het geldende recht en – waar nodig – kritische kanttekeningen. Evenals de eerste druk zal ook dit boek voor curatoren en bewindvoerders maar ook voor arbeidsrechtadvocaten een belangrijk naslagwerk zijn. Het verheugt de redactie dan ook dit boek in de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht op te nemen.

Inhoudsopgave

VOORWOORD		V
VERKORT AANGEHAALDE REGELINGEN		XIV
VERKORT AANGEHAALDE LITERAATUUR		XVI
1	INLEIDING BIJ DE TWEDE DRUK, 2016	1
2	DE ARBEIDSOVEREENKOMST ALS BIJZONDERE OVEREENKOMST IN HET FAILLISSEMENTSRECHT	7
2.1	Art. 40 en 239 Fw, korte wetsgeschiedenis	7
2.2	Art. 37 versus art. 40 Fw: <i>lex generalis</i> versus <i>lex specialis</i>	8
2.2.1	Combinatie van art. 37 en 40 Fw; de gemengde overeenkomst	10
2.3	Arbeidsovereenkomst gaat in haar geheel ‘over op de curator’	11
2.4	Collectieve arbeidsovereenkomst (cao)	12
2.5	De agentuurovereenkomst	13
2.5.1	De handelsagent, provisie en klantenvergoeding	13
2.5.2	Niet van toepassing op de gevolmachtigd agent ex art. 2:92 Wft	15
2.6	De arbeidsovereenkomst van de statutair directeur; positie van de commissaris	15
2.6.1	Inleiding, de ‘15 april-arresten’, en uitzonderingen daarop	15
2.6.2	Ontslagverlening en ontslagneming tijdens faillissement	17
2.6.3	De situatie in <i>surseance</i>	19
2.6.4	De positie van commissarissen	20
3	OPZEGGING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST IN FAILLISSEMENT EN SURSEANCE	21
3.1	Inleidende opmerkingen	21
3.1.1	Overzicht wijzigingen Wvz en gevolgen bij faillissement en <i>surseance</i>	22
3.1.2	Overgangsrecht Wvz	26
3.2	Opzeggereisten 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	29
3.2.3	Toetsingsmaatstaf	30
3.2.4	Procedurele perikelen	31

3.3	Opzegvereisten in faillissement: de Wet melding collectief ontslag	33
3.3.1	Algemeen	33
3.3.2	Gedeeltelijke werking tijdens faillissement	34
3.3.3	Sanctiemechanisme vanaf 2012, aangepast met Wwz	35
3.4	Opzegverboden in faillissement	36
3.4.1	Rechtsontwikkeling, uiteenlopende opvattingen	36
3.4.2	Luttmer-Kat en het onderscheid tussen ‘tijdens-’ en ‘wegens-’ verboden	37
3.4.3	Nadere beschouwingen, impact Wwz	38
3.4.4	Eigen standpunt: geen ontslagverboden	39
3.5	Opzegtermijnen in faillissement	41
3.5.1	Algemeen	41
3.5.2	Overgangsrecht, een bijna uitgestorven regeling	42
3.6	Opzegging in surseance	43
3.6.1	Overeenkomsten en afwijkingen ten opzichte van faillissement	43
3.6.2	Opzegtermijn voor de werknemer: kennelijke wetsfout	45
3.7	Opzegging, praktijkcasus	46
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
4.2.2	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	55
5	STATUS VAN WERKNEMERSCLAIMS IN FAILLISSEMENT: BIJZONDER DEEL	59
5.1	Loon- en nevenvorderingen, preferentie en duur daarvan	59
5.2	Vorderingen met betrekking tot pensioenpremies	61
5.2.1	Inleiding: algemene pensioenrechtelijke opmerkingen	61
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
5.3	Vorderingen wegens vergoedingen bij einde dienstverband	68
5.3.1	Inleiding en afbakening	68
5.3.2	De transitievergoeding onder de Wwz, status: non-existent	69
5.3.2.1	Inleiding, karakteristiek, afwijking bij CAO mogelijk	69
5.3.2.2	Het ‘niet langer verschuldigd’ zijn bij insolventie van de werkgever	70
5.3.2.3	Opnieuw: afwijking op grond van cao, bij insolventie van de werkgever	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	73
5.3.3	De ‘billijke vergoeding’ onder de Wwz, karakteristiek	75
5.3.3.1	Status van de billijke vergoeding: veelal boedelschuld ná faillietverklaring werkgever, (preferente) faillissementsschuld daarvóór	76
5.3.3.2	Afwijzing afwijkende boedelschuld-opvatting van enkele schrijvers	78
5.4	‘403-vorderingen’	79
5.4.1	Inleiding	79
5.4.2	Temporele reikwijdte van de 403-verklaring	80
5.4.3	Materiële reikwijdte van arbeidsrechtelijke 403-vorderingen	82
5.4.4	‘Overblijvende’ aansprakelijkheid na intrekking van 403-verklaring	83
5.4.5	Arbidsrechtelijke 403-vorderingen: preferent of concurrent, dan wel: boedelschuld of niet verifieerbaar? De Econcern-arresten	84
5.5	Verrekening van werknemersclaims	86
6	ONDERZOEK NAAR (ON)MOGELIJKHEDEN VERKRIJGING VERGOEDING BIJ ONTSLAG OF ONTBINDING TIJDENS FAILLISEMENT	89
6.1	Een ‘billijke vergoeding’ onder de Wwz	89
6.1.1	Pre-Wwz-rechtspraak en toetsing aan Wwz-criteria	89
6.2	Nogmaals: de Van Gelder Papier-problematiek	92
6.2.1	Een oplossing op papier: ontbindingsclausule in arbeidsovereenkomst	92
6.2.2	Andere variant: concurrente vordering wegens niet-nakoming sociaal plan	94
6.2.3	Drie praktijkvarianten: Fokker 55+, Ferrer/Letsbuyit en Landis	94
6.2.4	De echte oplossing: terugkomen door de HR op Van Gelder Papier	95
7	FAILLISEMENTS PROCESRECHT INZAKE REALISERING VAN WERKNEMERSCLAIMS	99
7.1	Schorsing procedure en aanmelding ter verificatie, of voortprocederen	99
7.2	Reconventie	101
7.3	Nadere procesrechtelijke opmerkingen over de ontbindingsprocedure, drie scenario’s, proceskosten	102
8	DE LOONGARANTIEREGELING: ART. 61-68 WW	105
8.1	Inleiding, toepassingsbereik	105
8.1.1	Bijzonderheden bij surseance van betaling	106
8.1.2	Toepassing bij betalingsonmacht buiten formele insolventie	107
8.2	Sanctie op ‘benadelingshandeling’. Van ‘laatste redmiddel’ naar misbruiktoets	108
8.3	Voorschot	109
8.4	Toepassing bij overgang van onderneming	110

8.5	Werknemerschap, terugvorderen premies bij ontbreken daarvan	111
8.5.1	De illegale werknemer	113
8.5.2	De directeur-groootaandeelhouder in historisch perspectief	114
8.5.3	De Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016	117
8.6	Art. 61 WW: inleidende bepaling,	118
8.7	Art. 61a WW: overlijdensuitkering	118
8.8	Art. 62 WW: diverse onderwerpen	119
8.8.1	De dienstbetrekking is bij faillietverklaring al geëindigd	119
8.8.2	Vervaltermijn aanvraag, grensoverschrijdend faillissement	121
8.8.3	Doorwerken voor curator, c.q. ziekte tijdens faillissement	121
8.9	Art. 63 WW: verplichtingen, sanctie, antimisbruikclausule	122
8.10	Art. 64 WW: kern van de loongarantieregeling	123
8.10.1	Loon, vakantierechten en pensioenpremies, maximering	124
8.10.2	Toerekening aan 'referteperioden': toepassing van civielrechtelijke regels	125
8.10.3	Fictieve datum van opzegging: voorkoming van oneigenlijk gebruik	126
8.10.4	Lacunebepaling, relevantie bij surseance.	128
8.10.5	Diverse elementen onder de werking van de loongarantie, begrenzing	128
8.10.6	Langere opzegtermijn, niet-uniforme behandeling van vrije dagen	129
8.10.7	Pensioenpremies en andere aan derden verschuldigde bedragen	130
8.10.8	Beëindigingsvergoedingen daterend van vóór de Wwz	132
8.10.9	Transitievergoeding en 'billijke vergoeding' onder de Wwz	134
8.10.10	Werkgever is 'eigen risico drager', overgang risico bij doorstart	135
8.11	Art. 65 WW: korting op de uitkering wegens inkomsten	136
8.12	Art. 66 WW: subrogatievordering UWV op de boedel	136
8.13	Art. 67 WW: uitbreiding loonbegrip, en werknemersbegrip tot 65+	138
8.14	Art. 68 WW: analoge toepassing 'gewone' WW	138
8.15	Praktijkgevallen	139
9	RECHTEN EN VERPLICHTINGEN UIT DE AFLOPENDE RELATIE TUSSEN CURATOR EN WERKNEMER	141
9.1	De curator als werkgever tijdens faillissement	141
9.2	Doorwerken voor de curator na afloop van de opzegtermijn	142
9.2.1	Inschakeling van een uitzendbureau	143
9.2.2	Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de curator	145
9.2.3	Verlenging van de opzegtermijn	146
9.2.4	Uitgestelde einddatum middels wijzigings- c.q. beëindigingsovereenkomst	146
9.3	Surseance: samenspel werkgever en bewindvoerder	148
9.3.1	Loondoorbetalingsverplichting van de sursiet	148
9.4	Inzage in personeelsdossier	149
10	CONCURRENTIEBEDING EN ONRECHTMATIGE CONCURRENTIE	151
10.1	Inleiding, horizonverkenning buiten faillissement	151
10.1.1	Overgang van onderneming, tijdens en na afloop van het dienstverband	152

10.1.2	Het concurrentiebeding in faillissement, pleidooien voor afschaffing	153
10.2	(Vermeende) aanspraken van de doorstarter uit een concurrentiebeding	154
10.3	De curator als handhaver van het concurrentiebeding	156
10.3.1	Uitgangspunt: concurrentiebeding blijft van kracht	156
10.3.2	De curator heeft de onderneming verkocht: richtingenstrijd	156
10.3.3	Belangenafweging in de lagere jurisprudentie, casuïstiek	157
10.3.4	Slotbeschouwing over het concurrentiebeding in faillissement	163
10.4	Onrechtmatige concurrentie, jurisprudentie	164
11	OVERGANG VAN ONDERNEMING EN FAILLISSEMENT	167
11.1	Art. 7:662-7:666 BW, inleiding en korte wetsgeschiedenis	167
11.2	Richtlijn 77/187/EEG, en de keuzemogelijkheid bij faillissement volgens het Hof van Justitie inzake Abels	167
11.2.1	Vervolg op Abels, doel en modaliteiten van de insolventieprocedure	169
11.2.2	Invulling van de keuze in Abels, door de Hoge Raad	170
11.3	Richtlijn 98/50/EG (thans 2001/23/EG) en implementatie in het BW	170
11.4	Richtlijn 2001/23/EG: een blik over de grens	171
11.4.1	Nederland loopt uit de pas	174
11.5	Zijstap: faillissement en ‘schuldeisersbenadering’ versus ‘forumbenadering’	174
11.6	Overgang van onderneming: problematiek van de ‘twee fasen’	175
11.6.1	Een gecompliceerde zaak: Plassania	177
11.7	‘Contractuele’ overgang van onderneming volgens cao en faillissement	178
11.8	Het tijdstip van de overgang en de ‘zwaartepunt’-maatstaf	179
11.8.1	Het arrest Happé/Scheepstra en de uitspraken inzake Alphacare	179
11.9	Overgang en ‘technisch’ faillissement in rechtspraak vóór de ‘pre-pack’	180
11.9.1	De zaken Adept en Jan de Roos	181
11.10	De ‘pre-pack’	182
11.10.1	Herkomst en doel, experimenten en stand van zaken wetsvoorstel	182
11.10.2	Pre-pack en overgang van onderneming, rechtspraak: Heiploeg en Estro	186
11.10.3	Het advies van de Europese Commissie inzake Estro, een tijdbom	189
11.10.4	Commentaar op het advies	190
11.11	Overgang van onderneming door splitsing, tijdens faillissement	192
11.12	Overgang van onderneming en ingeleend personeel	193
11.12.1	Inleiding: verschil tussen begrip ‘werkgever’ in BW en Richtlijnen EG	193
11.12.2	Het Albron-arrest van het Hof van Justitie EU en het vervolg	194
11.12.3	Mogelijke faillissementsrechtelijke implicaties van Albron	195
11.12.4	Slotopmerkingen inzake Albron: exit ‘Heidemij-constructie’	196

12	MISBRUIK VAN FAILLISSEMENTSRECHT/OMZEILING ONTSLAGBESCHERMING	199
12.1	Inleiding	199
12.2	Vernietiging van faillietverklaring: verzetprocedure ex art. 10 Fw	200
12.3	Art. 13a Fw: antimisbruikbepaling, herkomst en strekking	202
12.3.1	Kanttekeningen bij de bruikbaarheid van art. 13a Fw	203
12.4	Rechtspraak inzake antimisbruikmiddel (1): verzetprocedures en/of actie uit onrechtmatige daad	204
12.4.1	Uitspraken met commentaar 1996 tot 2012	205
12.4.2	Signalering uitspraken vanaf 2013	228
12.5	Rechtspraak antimisbruikmiddel (2): vordering in faillissement	231
12.6	Slotbeschouwingen inzake misbruik van faillissementsrecht	234
13	ASPECTEN VAN ‘DOORSTART’	239
13.1	Reorganisatie in surseance of doorstart in faillissement? Wezenlijke verschillen	239
13.2	Verkoop boedel en behoud van werkgelegenheid, vrijheid tot personeelskeuze van de doorstarter, proeftijd, zieke werknemers	241
13.3	Problematiek van doorstart en ‘redelijkerwijs opvolgend’ werkgeverschap	243
13.3.1	De ketenregeling van art. 7:668a BW, algemeen	243
13.3.2	Verscherping in 2015: ‘zodanige-banden-criterium’ geschrapt	243
13.3.3	Overgangsrecht inzake doorstart	245
13.3.4	Ketenregeling en faillissement: het arrest Isik/ Boekenvoordeel	245
13.3.5	Opzegtermijn bij de doorstarter	246
13.3.6	De ‘Ragetlieregel’	246
13.3.7	Ketenregeling versus Ragetlieregel	247
13.4	Meetellen ‘oude’ dienstjaren: anciënniteitsvaststelling bij reorganisatie van de doorstarter	249
13.5	Meetellen ‘oude’ dienstjaren: vergoeding te betalen door de doorstarter	251
13.5.1	Vergoeding en overgangsrecht: uiteenlopende rechtspraak	252
13.6	Beperking doorstarter door derdenbeding in overnameovereenkomst	253
14	MEDEZEGGENSCHAPSASPECTEN	255
14.1	Inleiding, Wet op de ondernemingsraden en SER-besluit Fusiegedragsregels 2000	255
14.2	Surseanceverzoek en eigen aangifte faillissement: adviesplichtig?	257
14.3	Uitoefening medezeggenschapsrechten tijdens surseance en faillissement	258
14.3.1	De zaak DA Retailgroep B.V. c.s. en de beslissing van de OK	261
14.3.2	Commentaar op beslissing OK	262
14.4	Communautaire informatie- en raadplegingsverplichtingen	264

15	INTERNATIONALE ASPECTEN	267
15.1	Inleiding, afbakening van de te bespreken onderwerpen	267
15.2	Basisregels: universele versus territoriale werking van faillissementen	268
15.3	Basisregels van toepasselijk recht: lex concursus en lex causae, 'Rome I'	269
15.3.1	Vereiste toestemming van het UWV: van kleur verschoten	271
15.4	Opzegging door de curator en andere arbeidsrechtelijke perikelen: Insolventieverordening is niet van toepassing	272
15.4.1	Opzegbevoegdheid van de curator	272
15.4.2	Opzegging door de werkgever in surseance	273
15.4.3	Lengte van de door de curator in acht te nemen opzegtermijn	273
15.4.4	De rangorde van loonvorderingen	277
15.4.5	Overige rechten en verplichtingen uit lopende arbeidsovereenkomsten	278
15.5	Opzegging door de curator en andere arbeidsrechtelijke perikelen onder de Europese Insolventieverordening	279
15.5.1	Inleiding, Verordening 1346/2000/EG, Verordening (EU) 2015/848	279
15.5.2	De verwijzingsregel van art. 13(10) Insolventieverordening	281
15.5.2.1	Ontslagverlening onder art. 13 (10) InsVo: een 'Duitse casus'	282
15.5.2.2	Loonvorderingen onder art. 13(10) InsVo, overige verplichtingen	284
15.5.3	Mogelijk misbruik van secundaire procedure, reparatie van hiaten	286
15.5.4	Overgang van onderneming in internationale setting	288
16	VARIA: DIVERSE ONTWIKKELINGEN	291
16.1	Exit: Voorontwerp Insolventiewet.	291
16.2	Ontwerp Wet continuïteit ondernemingen II en werknemers	292
16.3	Wet civielrechtelijk bestuursverbod	293
	Artikelenregister	295
	Jurisprudentieregister	307
	Trefwoordenregister	323

Verkort aangehaalde regelingen

Loongarantieregeling: Hoofdstuk IV Werkloosheidswet, ‘Overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever te betalen’, art. 61-68 WW

Ontslagregeling 2015: Regeling van de minister van SZW van 23 april 2015 met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 12685.

Verkort aangehaalde literatuur

Verburg/Beltzer (2015)

L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Heerma van Voss 7-V (2015)

Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 7, *Bijzondere overeenkomsten, Deel V, Arbeidsovereenkomst*, derde druk, bewerkt door G.J.J. Heerma van Voss, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Bartman, ArbeidsRecht (2002)

M. Bartman, 'Werkgeversverplichtingen onder de art. 403-verklaring', *Arbeids-Recht* 2002/35.

Beltzer, diss. (2000)

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, dissertatie Amsterdam (UvA); Monografieën Sociaal Recht nr. 23, Deventer: Kluwer 2000.

Beltzer (2008)

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (bewerking van dissertatie), Deventer: Kluwer 2008.

Beltzer/Knegt (2000)

R.M. Beltzer & R. Knegt, 'Faillissementen en het afvloeien van personeel; over misbruik van faillissementsrecht', *Justitiële Verkenningen* 2000/2, p. 44-54.

Beltzer/Luijkx (2008)

R.M. Beltzer & F.M. Luijkx, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in: *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*.

Beltzer/Zaal, SMA (2008)

R.M. Beltzer/I. Zaal, 'Het Voorontwerp Insolventiewet en het belang van de factor arbeid', *SMA* 2008, nr. 4, p. 187-197.

Berends, diss. (2011)

A.J. Berends, *Insolventie in het Internationaal Privaatrecht* (Recht en Praktijk Insolventierecht), dissertatie, Deventer: Kluwer 2011.

Bodewes & Jager, ArbeidsRecht (2007)

K.W.M. Bodewes & C.J. Jager, 'Concurrentiebeding in faillissement', *Arbeids-Recht* 2007/8, 9, nr. 41.

De curator, een octopus (1996)

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz e.a. (red.), *De curator; een octopus* (Serie Onderneming en Recht deel 6), W.E.J. Tjeenk Wil-link 1996.

De bewindvoerder, een octopus (2008)

N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008.

Doornik & Der Kinderen (2012)

P.F. Doornik & P.M.J. Der Kinderen, 'Gevolgen van insolventie van werkgever of pensioenuitvoerder voor pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (Onderneming en Recht deel 72), Deventer: Kluwer 2012.

Bouwens c.s., Eindrapport werknemers en insolventie (2015)

W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie, een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Vrije Universiteit Amsterdam, maart 2015, op 27 augustus 2015 (via internet) gepubliceerd als bijlage (identificer: 'blg-571736') bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33695, 9.

Grapperhaus, diss. (1995)

F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie; Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalige werkgever*, dissertatie, Deventer: Kluwer 1995.

Grapperhaus, TvI (1997)

F.B.J. Grapperhaus, 'Concurrentiebeding en faillissement', *TvI* 1997/3, p. 69-73.

Grapperhaus, INSOLAD Jaarboek 2008

F.B.J. Grapperhaus, 'Zin en onzin van de doorstart', *INSOLAD Jaarboek* 2008, Deventer: Kluwer, p. 99-109.

Houweling/Loonstra (2011)

A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Huffman, diss. (2015)

P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, dissertatie, Den Haag: SDU 2015.

Huffman, ArbeidsRecht (2013)

P. Huffman, 'De bestuurder en zijn arbeidsovereenkomst in faillissement', *ArbeidsRecht* 2013/23.

INSOL, Employee Entitlements (2005)

INSOL International, *Employee Entitlements*, London: International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals 2005. www.insol.org.

INSOLAD Jaarboek 1999

INSOLAD, Vereniging Insolventierecht Advocaten; A.M. Luttmer-Kat (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer: Kluwer 2000.

Jacobs/Vriesendorp c.s. (2000)

Schoordijk Instituut; A.T.M. Jacobs & R.D. Vriesendorp (red.), *Werknemers in faillissement, een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Joosten, diss. (1998)

E.P.M. Joosten, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, dissertatie Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Kortmann/Faber, Geschiedenis I (1994)

G.W. baron van der Feltz (bew.), *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling, deel I* (1896); heruitgave onder redactie van S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (Onderneming en Recht deel 2-I), Zwolle: W.E. Tjeenk Willink 1994.

Kortmann/Faber, Geschiedenis II (1994)

G.W. baron van der Feltz (bew.), *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling, deel II* (1897); heruitgave onder redactie van S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (Onderneming en Recht deel 2-II), Zwolle: W.E. Tjeenk Willink 1994.

Kortmann/Faber, Wetswijzigingen (1995)

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen* (Onderneming en Recht deel 2-III), Zwolle: W.E. Tjeenk Willink 1995.

Kortmann/Faber, Voorontwerp Insolventiewet (2007)

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet* (Onderneming & Recht deel 2-IV), Deventer: Kluwer 2007.

Leuftink, Surséance (1995)

A.L. Luftink, *Surséance van betaling*, Deventer 1995.

Loesberg, FIP (2014)

E. Loesberg, 'De failliete werkgever en zijn werknemers', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk (FIP)* 2014(8) 365, p. 46-56

Loesberg, FIP (2015)

E. Loesberg, 'Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer na faillietverklaring van dan wel verlening van (voorlopige) surseance van betaling aan zijn werkgever', *FIP* 2015(6) 313.

Loesberg, ArbeidsRecht (1998)

E. Loesberg, 'Internationale aspecten van ontslag van werknemers tijdens insolventie van de werkgever', *ArbeidsRecht* 1998/12, p. 17-20.

Loesberg, JORP (2002)

E. Loesberg, 'Werknemers en insolventie', *JORP* 2002, p. 55-65.

Loesberg, TOP (2007)

E. Loesberg, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van doorstart tijdens faillissement', *TOP* januari 2007, p. 29-33.

Onderneming en werknemer (2001)

I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en werknemer* (Onderneming en Recht deel 22), W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Overeenkomsten en insolventie (2012)

N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (Onderneming en Recht deel 72), Deventer: Kluwer 2012.

Parlementaire Geschiedenis Wwz (2015)

Boot, Houweling, Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, tweedelig, Boom Juridische uitgevers Den Haag, 2015.

Pinedo en Van Bracht, ArbeidsRecht 2016/4

D.B.M. Pinedo en C.C.M. van Bracht, 'Insolventieontslag onder de Wet Werk en Zekerheid', *ArbeidsRecht* 2016/4.

Polak (1996)

M.V. Polak, 'De curator, de werknemer, zijn internationale dienstbetrekking en haar beëindiging', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator; een octopus* (Onderneming en Recht deel 6) W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Preadvies 'Handelsrecht' (1993)

D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaf en nu* (preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E. Tjeenk Willink 1993.

Roest, diss. (1996)

J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, dissertatie, Deventer: Kluwer 1996.

Schaink, 'Faillissementstrends' (2002)

P.R.W. Schaink, 'Faillissementstrends (2)', *ArbeidsRecht* 2002, nr. 6/7.

Schaink/Smolders, 'Faillissementstrends' (2005)

P.R.W. Schaink & H. de Coninck-Smolders, 'Faillissementstrends (3)', *Arbeids-Recht* 2005/1, nr. 3.

Schaink, TvI (2008)

P.R.W. Schaink, 'De positie van werknemers in het voorontwerp Insolventiewet; nog niet perfect geregeld', *TvI* 2008/18, p. 118-127.

Schaink, TvI (2011)

P.R.W. Schaink, 'Het Albron arrest in faillissementsrechtelijk perspectief', *TvI* 2011/16, p. 80-84.

Schaink, TvI (2014)

P.R.W. Schaink, 'De gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor arbeidsrechtelijke casusposities', *TvI* 2014/2

Schaink, FIP (2014)

P.R.W. Schaink, 'De loongarantieregeling en bestuurders van rechtspersonen: een kantelend beeld', *FIP* 2014 nr. 8: Themanummer Arbeidsrecht en Insolventierecht, p. 60 e.v.

Schaink, TvI (2015)

P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16.

Schaink, TAO (2016)

P.R.W. Schaink, 'De Loongarantieregeling bij faillissement en surseance: ontwikkelingen wegens de WWZ en andere nieuwigheid', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, februari 2016, nr. 1.

Schreurs, Ondernemingsrecht (2016)

Ph. W. Schreurs, 'Denkbare verbeteringen in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet continuïteit Ondernemingen II', *Ondernemingsrecht* 2016/34.

Sdu Commentaar Arbeidsrecht (2015)

C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

T&C Arbeidsrecht 2012

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

T&C Burgerlijk Wetboek 2009

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2009.

T&C Insolventierecht 2014

M.Ph. van Sint Truiden & F.M.J. Verstijlen (red.), *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Tan & Keunen, ArbeidsRecht (2003)

S.A. Tan & R.M.L. Keunen, 'Het concurrentiebeding in faillissement', *ArbeidsRecht* 2003/5/25.

Theunissen, De overgang van insolvente ondernemingen (2009)

A.J.C. Theunissen, *De overgang van insolvente ondernemingen, Rechten van werknemers en misbruik van faillissementsrecht*, Tilburg: Celsius juridische uitgeverij 2009.

Van Amsterdam, TRA (2011)

L.A. van Amsterdam, 'Toepassing van de Richtlijn collectief ontslag en de Wet melding collectief ontslag in faillissementssituaties', *Tijdschrift Arbeidsrecht-praktijk* 2011, afl. 4.

Van Apeldoorn (2001)

J.C. van Apeldoorn, 'Opzegging van arbeidsovereenkomsten door de faillissementscurator in internationaal perspectief', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en Werknemer* (Onderneming en Recht deel 22), W.E.J. Tjeenk Wilink – 2001.

Van der Grinten/Bouwens & Duk (2015)

Van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 25^e druk, Wolters Kluwer, Deventer – 2015.

Van den Heuvel, Prae-advies (1981)

L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement* (Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 5), Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1981.

Van der Pijl, ArbeidsRecht (2010)

J. van der Pijl, 'Kennelijk onredelijk ontslag en faillissement', *ArbeidsRecht* 2010/58

Van der Pijl, TvI (2015)

J. van der Pijl, 'De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtpraktijk', *TvI* 2015/22.

Van der Voet, Misbruik bij Overgang (2000)

G.W. van der Voet, *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming* (Erasmus Centre for Labour Law and Industrial Relations, nr. 6), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2000.

Van Straalen, diss. (1999)

P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, dissertatie; Monografieën Sociaal Recht nr. 19, Deventer: Kluwer 1999.

Van Zanten, diss. (2012)

T.T. van Zanten, 'De overeenkomst in het insolventierecht', dissertatie, Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, InsR3, Kluwer, 2012.

Van Zanten, De pre-pack, FIP (2015)

M.R. van Zanten, 'De pre-pack, een (aan)winst voor de insolventiepraktijk'; deel 1: *FIP* 2015/269, deel 2: *FIP* 2015/311.

Van Vliet (1994)

M.J. van Vliet, *Overgang van een Onderneming*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Verburg (2012)

L.G. Verburg, 'Het beëindigen van de relatie met de bestuurder en de commissaris van een gefailleerde NV of BV', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (Onderneming en Recht deel 72), Deventer: Kluwer 2012.

Verburg en Veder c.s, Rapport aan WODC (2016)

L.G. Verburg, P.M. Veder e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, april 2016, Kenmerk WODC: 2599/624436/15

Verstijlen, diss. (1998)

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, dissertatie Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Wessels I (2012)

B. Wessels, *Insolventierecht, deel I, Faillietverklaring*, derde druk, Deventer Kluwer 2012.

Wessels II-1 (2016)

B. Wessels, *Insolventierecht, deel II, Gevolgen van faillietverklaring (1)*, vierde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Wessels IV (2015)

B. Wessels, *Insolventierecht, deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring*, vierde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Wessels V (2014)

B. Wessels, *Insolventierecht, deel V, Verificatie van schuldvorderingen*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2014

Wessels VII (2013)

B. Wessels, *Insolventierecht, deel VII, Vereffening van de boedel*, vierde druk, Deventer Kluwer 2013.

Wessels X (2012)

B. Wessels, *International Insolvency Law*, Kluwer 2012.

Wolters, Janssen, FIP (2014)

S. Wolters en S. Janssen, 'Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk', *FIP* 2014(8) 368.

Zaal, ArbeidsRecht (2013)

I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40

Zwemmer, Ondernemingsrecht (2011)

J.P.H. Zwemmer, *De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen*, *Ondernemingsrecht* 2011/45.

De opzet van deze tweede druk van de voorliggende monografie is niet gewijzigd. De inhoud speelt zich af op het snijvlak van het arbeidsrecht en het insolventierecht. Er is een indeling in hoofdstukken, zie de inhoudsopgave, die thematisch wel ongeveer het gehele veld bestrijkt waar arbeidsrecht en faillissementsrecht elkaar treffen. Dat is een spanningsveld waarin beoefenaren van arbeidsrecht respectievelijk insolventierecht niet zelden andersluidende visies huldigen. Niet onbegrijpelijk: enerzijds kunnen werknemers bij faillissement van hun werkgever niet rekenen op onaangetaste voortzetting van hun rechten, anderzijds mogen curatoren zich niet enkel tevreden stellen met de overweging dat, met name gelet op de loongarantieregeling van het UWV, werknemers ‘toch al beter af’ zijn dan ‘gewone’ crediteuren. Dat zou een onderwaardering van het werkgelegenheidsaspect zijn. De vraag is steeds waar de grens ligt. Hfdst. 12 gaat over misbruik van faillissementsrecht, en kan men zien als de lakmoesproef van een, alle omstandigheden in aanmerking genomen, zo billijk mogelijk evenwicht. Er is sinds de eerste druk, waarin veel jurisprudentie werd besproken, uiteraard nieuwe rechtspraak bijgekomen die is verwerkt. Ook neemt het aantal ‘aanvliegroutes’ toe waarlangs gedupeerde werknemers hun recht trachten te halen (12.4).

Meer dan vier jaar geleden lijkt het wrijfvlak van arbeidsrecht en faillissementsrecht een maatschappelijk actueel onderwerp. In opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vond aan de Vrije Universiteit een rechtsvergelijkende studie plaats naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever. Het rapport uit maart 2015 werd aan de Tweede Kamer aangeboden. Het komt in dit boek op een aantal plaatsen ter sprake, in het bijzonder in hfdst. 11.4 waar in het kader van het leerstuk van overgang van onderneming een ‘blik over de grens’ wordt gegeven. Nederland blijkt tussen de ons omringende landen het enige land te zijn dat in geval van overgang tijdens faillissement van de werkgever geen enkele rekening houdt met bescherming van rechten van werknemers. De minister heeft aangekondigd te bezien of er aanleiding is tot het nemen van maatregelen. Op verzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie werd aan de Radboud Universiteit met gebruikmaking van 26 cases onderzoek gedaan naar de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij ondernemingen in financiële moeilijkheden. Aan het in april 2016 uitgebrachte rapport wordt in deze monografie herhaaldelijk gerefereerd; het rapport zal mogelijk invloed hebben op een wetsvoorstel dat momenteel nog in de consultatiefase verkeert: de ‘Wet continuïteit ondernemingen II’. Onderwerp hiervan is het faciliteren van buitengerechte-

lijke schuldeisersakkoorden. Daarbij is onder meer nog in discussie in hoeverre werknemers hieraan zouden kunnen of moeten participeren; zie hfdst. 16.

Sprekend over overgang van onderneming: in hfdst. 11 heb ik, in aanvulling op wat in de eerste druk al was behandeld, ruime aandacht besteed aan de *pre-pack*, neergelegd in het wetsvoorstel ‘Wet continuïteit ondernemingen I’, dat sedert eind juni 2016 bij de Eerste Kamer ter behandeling ligt. Van de op experimentele, buitenwettelijke basis door diverse rechtbanken toegelaten *pre-pack* faillissementen hebben enkele nogal wat stof doen opwaaien, zoals de zaken van garnalenpeller Heiploeg en kinderopvangonderneming Estro. In de zaak *Estro* heeft de kantonrechter prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie te Luxemburg, die zich concentreren rond de stellingname of de *pre-pack*procedure al dan niet valt onder de EG Richtlijn inzake overgang van onderneming. Het inmiddels uitgelekte advies van de Europese Commissie beantwoordt de vraag bevestigend, en legt daarmee mogelijk een tijdbom onder de wet die nog door de Eerste Kamer moet. Het advies wordt besproken.

Een andere actuele aangelegenheid betreft het chapter van medezeggenschap tijdens faillissement. Hfdst. 14 handelt daarover. Van diverse zijden is geconstateerd dat curatoren zich aan medezeggenschapsverplichtingen, met name die krachtens de Wet op de ondernemingsraden, tijdens faillissement weinig gelegen laten liggen. Veelal hebben werknemersvertegenwoordigers hierin berust, wellicht uit een besef van machteloosheid. In het faillissement van *DA Retailgroep* heeft evenwel de OR (begin 2016 bij de Ondernemingskamer OK) van het Hof Amsterdam de knuppel in het hok gegooid. Resultaat was dat de OK het medezeggenschapsrecht tijdens faillissement zo goed als heeft geëlimineerd. Er loopt een cassatieberoep. Er is veel kritiek; bepaald niet ondenkbaar is dat de beslissing van de OK ‘over de kop’ gaat, zie het commentaar in 14.3.2. Mogelijk kan dit nu voor curatoren al een aansporing zijn om enigszins bij te sturen. Ook uit communautaire voorschriften blijkt de waarde die wordt gehecht aan (tenminste enige vorm van) medezeggenschap tijdens insolventie.

Een niet te onderschatten factor bij de *updating* van deze monografie is geweest de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) per, in hoofdzaak, 1 juli 2015. Deze wet heeft tal van grotere en kleinere veranderingen gebracht, die niet steeds maar toch in een heel aantal gevallen impact hebben op faillissementssituaties. De wet heeft ook geleid tot grootschalige vernummering van artikelen, vooral in het ontslagrecht. Hfdst. 3 bevat een overzicht van de wijzigingen, die vervolgens hetzij ter plekke hetzij op andere plaatsen in het boek worden uitgewerkt. In geval van surseance van betaling kan de wijze van ontslagverlening – meer dan bij faillissement – in het teken van de vernieuwde voorschriften van de Wwz komen te staan, zie 3.6.

Een ander door de Wwz nader beïnvloed onderwerp betreft de doorstart, behandeld in hfdst. 13. De verscherpte ‘ketenregeling’ van art. 7:668a BW en de gevolgen daarvan in de sfeer van tijdelijke/vaste contracten en verschuldigdheid van transitievergoedingen laten zich terdege voelen aan doorstarters uit faillissement, en worden van diverse zijden als belemmering ervaren. Een rol speelt daarbij

mede het (weer) afschaffen van het door de Hoge Raad in het arrest *Van Tuinen* ontwikkelde ‘zodanige-banden-criterium’. Het dertiende hoofdstuk vangt aan met een uiteenzetting van de wezenlijke verschillen tussen reorganisatie in surseance en reorganisatie middels doorstart uit faillissement. In de eerste druk was dit opgenomen in hfdst. 12.

Het meest direct op insolventie toegespitste artikel in de Wwz is art. 7:673c lid 1 BW, dat bepaalt dat de transitievergoeding (op zichzelf al een Wwz-product dat voorheen niet bestond) niet langer verschuldigd is indien de werkgever in surseance of faillissement is. In 5.3.2 e.v. wordt hier met de nodige uitvoerigheid op ingegaan, ook op de uitzondering in geval van een cao. Anders ligt het weer voor de ‘billijke vergoeding’ onder de Wwz, zie 5.3.3. In 8.10.9 wordt toegelicht dat die vergoeding onder omstandigheden (zelfs) door de loongarantieregeling gedekt zou kunnen zijn. Op verschillende plaatsen komt Wwz-overgangsrecht aan de orde: 3.1.2, 13.3.3. Met het schrappen van de transitievergoeding in surseance heeft de wetgever beoogd het reorganiserend vermogen van de onderneming te versterken. Het is de vraag of het helpt, zie 13.1.

Een typisch insolventierechtelijk aspect dat in deze tweede druk moest worden verwerkt betreft de gevolgen van het arrest *Koot/Tideman* uit 2013. Dit arrest heeft een belangrijke verschuiving gebracht in de definiëring van boedelschuld respectievelijk faillissementsschuld. Hfdst. 4 behandelt deze materie, en ook op een aantal andere plaatsen komt het arrest terug. De Hoge Raad is omgegaan ten opzichte van een aantal eerdere arresten, waaronder het in de arbeidsrechtelijke sfeer gelegen arrest *Frima/Blankers* uit 1993. Daarin werd de verplichting van de curator tot affinanciering van tijdsevenredige pensioenverplichtingen (*backservice*) tot boedelschuld verklaard. Sedert 2013 geldt zij als faillissementsschuld. Ik heb *Koot/Tideman* aangegrepen, niet voor het eerst, om een dringend pleidooi te houden voor het terugkomen, door de Hoge Raad, op het roemruchte arrest *Van Gelder Papier* uit 1990. Daarin werd een bestaande afvloeiingsregeling, bedoeld om te worden toegepast bij collectieve ontslagen, als ‘niet verifieerbare vordering’ aangemerkt ten aanzien van ontslagen die pas na faillissementsdatum werden gegeven. Het feit dat dit arrest volgens de schrijvers nog steeds standhoudt, ligt in redenen aangaande het huurrecht, dat door de wetgever van 1893 als een soort tweelingzusje van het arbeidsrecht werd beschouwd. Bij wijze van zijstap wordt besproken wat in het huurrecht de laatste jaren gaande is. Mijn pleidooi komt er in essentie op neer dat het achterhaald is huurrecht en arbeidsrecht binnen faillissement over één kam te blijven scheren. Daar is nu een reden bijgekomen uit de Wwz: de wijze waarop de regering aankijkt tegen cao-voorzieningen in de Wwz. Zie voor een en ander 6.2.4. Met die zienswijze is *Van Gelder Papier* onverenigbaar.

Tot zover een schets van de belangrijkste ‘nieuwigheden’. Zij zijn goed geweest voor een niet onaanzienlijke uitbreiding van de hoeveelheid tekst. Dit boek is en blijft in de eerste plaats bedoeld als handboek/naslagwerk voor de praktijkbeoefenaars: curatoren, advocaten van werknemers of doorstarters, alles op het raakvlak van insolventierecht en arbeidsrecht. Hfdst. 2 is in hoofdzaak ongewijzigd, zij het dat daarin nu ook de bestuurder aan de orde komt die lid is van de zogehe-

ten *one tier board*. In hfdst. 3 is, naast wat al gemeld werd, uitvoeriger dan in de eerste editie ingegaan op de bijzondere ontslagverboden tijdens faillissement. Het is een onderwerp dat, althans leerstellig, de gemoederen blijft bezighouden. Het praktische belang ervan is overigens toegenomen in die zin dat, wegens het aspect van de transitievergoeding, mogelijk rekening moet worden gehouden met een toename van reorganisaties in surseance. Dat kan betekenen dat het UWV zich in voorkomende gevallen moet gaan bezighouden met alsdan geldende ontslagverboden, iets dat tot op heden bij mijn weten niet of nauwelijks is voorgekomen. Hfdst. 3 sluit af met een praktijkcasus. Hfdst. 5 bevat, evenals in de eerste druk, een bespreking van de rangorde van allerhande arbeidsrechtelijke vorderingen, nu inclusief de positionering van varianten van de billijke vergoeding onder de Wvz. De uitkomst ervan is, in het licht van *Koot/Tideman*, niet zelden anders dan voorheen. Het is echte curatorenmaterie. Aan het slot van hfdst. 5 is een korte paragraaf toegevoegd over verrekening van werknemersclaims. Hfdst. 7 handelt over faillissementsprocesrecht en is niet wezenlijk veranderd. Wel moest ook hier een mogelijke *Koot/Tideman*-complicatie worden besproken.

De bespreking in hfdst. 8 van de loongarantieregeling, voor werknemers niet zelden ‘de enige wet die telt’ bij faillietverklaring van hun werkgever, heeft een belangrijke uitbreiding ondergaan. Dat betreft niet alleen de aftopping van de uitkering die per 1 januari 2016 is ingevoerd (Nederland was tot dan toe een van de weinige landen, zo niet het enige land ter wereld dat geen begrenzing in de hoogte van de loonvervangende uitkering kende). Er was nieuwe jurisprudentie en er kwamen nieuwe regels ten aanzien van bestuurders-groootaandeelhouders; nieuwe jurisprudentie ook op het vlak van loongarantie en overgang van onderneming vóór faillissement, en een principiële uitspraak ten aanzien van illegale werknemers. Voorts deed zich de omstandigheid voor dat ik voor curatoren van V&D het ‘werknemersonderdeel’ mocht behandelen, aangaande 10.500 werknemers. In dat kader is een intensief en leerzaam contact ontstaan met het UWV, zowel over stroomlijning en timing van het gehele loongarantietraject, alsook over tal van meer of minder individuele gevallen met een bijzonder karakter. Voor wat dit laatste betreft kan onder meer worden verwezen naar de categorie ‘aan derden te betalen bedragen’ (8.10.7), naar specifieke aspecten gerelateerd aan het feit dat V&D als werkgever ‘eigenrisicodragers’ was (8.10.10); zie ook de praktijkgevallen, genoemd in 8.15. Ten slotte leerde dit contact een bijzonderheid over (royale) toepassing van de loongarantieregeling bij surseance die men bij lezing van de wet niet direct zou vermoeden, zie 8.1.1.

Een enigszins vergelijkbare uitbreiding onderging hfdst. 9, dat in essentie handelt over: doorwerken voor de curator tijdens het faillissement. Bij de feitelijke afwikkeling van V&D, zoals ook bij sommige andere grote deconfitures in de retailbranche, was het op grote schaal nodig dat personeelsleden langer dan de gebruikelijke zes weken aanbleven – of zelfs na vertrek weer terugkwamen – om werkzaamheden voor de boedel uit te voeren. Daarvoor dienden arbeidsrechtelijk hanteerbare modaliteiten gevonden te worden die konden verschillen al naargelang de positie van de betrokkenen: werknemers met arbeidscontracten voor bepaalde tijd, onbepaalde tijd, of bijvoorbeeld in afwachting van een reeds afge-

sproken einddatum wegens een beëindigingsovereenkomst, e.d. Ook was opnieuw overleg met het UWV vereist om te voorkomen dat werknemers, na hun ‘verlenging’, mogelijk tegen een weigering van werkloosheidsuitkering zouden oplopen. Ten aanzien hiervan is zelfs een interne beleidslijn ontwikkeld die vooraf goedkeuring behoeft van het ministerie van Sociale Zaken. De diverse toegepaste modaliteiten zijn in kaart gebracht. Aan het slot van hfdst. 9 is een paragraaf toegevoegd over het recht op inzage in personeelsdossiers, jegens de curator. Hfdst. 10 inzake concurrentiebeding en onrechtmatige concurrentie is ongewijzigd gebleven, behoudens het bijwerken van de jurisprudentie.

Resteren ten slotte, nog niet genoemd, hfdst. 15, Internationale aspecten, en hfdst. 16, Varia. Aan hfdst. 15 is weinig veranderd. Wel moest in 15.3.1 worden geconstateerd, in verband met de intrekking van het publiekrechtelijke BBA, dat het vereiste van een opzegvergunning van het UWV, door de Wwz geïncorporeerd in het BW, niet langer heeft te gelden – althans zoals ik het zie – als een ‘bepaling van bijzonder dwingend recht’ als bedoeld in art. 9 lid 1 van de Verordening ‘Rome I’. Voorzover het aangelegenheden betreft die vallen onder de werking van de Europese Insolventieverordening 1346/2000, is in 15.5.1 gewezen op de ‘herschikte’ en aanzienlijk uitgebreide Verordening (EU) 2015/848, die op 27 juni 2017 van kracht wordt. Directe invloed op arbeidsrechtelijke aspecten heeft de nieuwe verordening niet, maar wel op de verhouding tussen primaire en secundaire insolventieprocedures. In 15.5.3 komt een ontslagcasus met internationale aspecten aan de orde – ook al genoemd in de eerste druk – waarin men de vraag kan opwerpen of sprake is geweest van misbruik van de secundaire procedure als gevolg van een hiaat in de regelgeving. Dat hiaat is in de herschikte Verordening ‘gerepareerd’.

Hfdst. 16 bevatte in de eerste editie een bespreking van het Voorontwerp Insolventiewet. Dit belangrijke maar in de ambtelijke lade belande document ligt inmiddels zover achter ons dat ik de bespreking tot een korte samenvatting heb ingekort. Voor de goede orde is ten slotte gewag gemaakt van de per 1 juli 2016 in werking getreden Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Degenen die dat in de toekomst gaat treffen, zullen dikwijls werknemers van de failliet zijn. Daarmee houdt het arbeidsrechtelijke aspect ook op. Als laatste: de inleiding bij de eerste druk sloot af met een korte blik op de faillietverklaring van een werknemer. Dat is nu achterwege gebleven. Het kan niet om meer dan een rudimentaire uiteenzetting gaan die, op de keper beschouwd, veel beter past in een boek over de schuldsanering natuurlijke personen. Overigens, een natuurlijk persoon die in de schuldsaneringsregeling belandt kan ook werkgever zijn. Schuldsanering is niet anders dan een faillissement dat eindigt met een ‘schone lei’ voor de betrokkene. De bijzondere bepalingen van Titel III Faillissementswet blijven in dit boek in beginsel onbesproken.

Overeind gebleven is de constatering, gemaakt in de inleiding bij de eerste druk, dat deze monografie een handboek voor de praktijk beoogt te zijn, waarin niettemin theorie niet wordt geschuwd, en waarin nieuwsgierigheid naar houdbare redeneringen soms meer mijn drijfveer is geweest dan verhoging van een dagelijkse nuttigheidswaarde. Inderdaad: beschouwingen over de rang van vorderingen

die door de rechter na faillietverklaring van de werkgever aan een werknemer worden toegekend zijn leuk, maar het komt niet of nauwelijks voor. Ik vond en vind toch dat het erbij hoort. Tegelijk: als curator met langdurige ervaring beken ik ook een enkele keer dat de praktijk het soms moet winnen van de leer. Zie bijvoorbeeld bij ontslagverlening onder de Insolventieverordening (15.5.2.1). Ten slotte: behalve een hopelijk nuttig overzicht van de materie is deze monografie ook een momentopname, de ontwikkelingen gaan door, elke dag.

De bewerking van de tekst van deze tweede druk is afgesloten op 20 oktober 2016.

2.1 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.

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.¹ In 1907 betrof het aanpassingen aan de – nieuw – tot stand gekomen Wet op de arbeidsovereenkomst (*Stb.* 1907, 193).² 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.³ De wetswijziging van 1992 (*Stb.* 1991, 199) vloeiende voort uit de invoering van het vernieuwde BW, en de toevoeging van ‘Boek 7A’,

1 Zie voor een gecompriëerd overzicht: Wessels II-1 (2016), par. 2529 en 2530; voor een uitgebreid overzicht, tot 1995, Kortmann/Faber, *Wetswijzigingen* (1995), p. 103-123.

2 In de MvT op het oorspronkelijke art. 40 Fw werd nog gesproken over ‘huur van diensten’.

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

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 (*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,⁴ 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 3.2.1.

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,⁵ “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, 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.

2.2 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)⁶. Uitgangspunt bij de hoofdregel is dat, aldus de memorie van toelichting op art. 37,⁷ de faillietverklaring uit haar aard op bestaande wederkerige overeenkomsten ‘niet den minsten invloed’ uitoefent. De uitwerking van deze hoofdregel is als volgt. De

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

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

6 Voor de vraag of het karakter van *lex specialis* voor alle onderdelen van de arbeidsovereenkomst geldt: zie 2.3.

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

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 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 gesteld⁸. De wederpartij zal in het algemeen aldus schade lijden, en voor een vordering ter zake kan zij als concurrent-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 derogeert 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 2.3. 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 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.⁹ 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’.¹⁰ 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

8 Van Zanten, *diss.* (2012), par. 5.1, hfdst. 5.1, met verwijzing naar Verstijnen.

9 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.

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

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: 4.3.2.

2.2.1 *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 zoals onder meer Grapperhaus¹¹, Wessels¹², Loesberg¹³ en Verburg¹⁴, 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 Zanten¹⁵ 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; zij sluit aan bij mijn visie over het ‘regime’ dat na faillietverklaring heeft te gelden, zoals in 2.4 uiteen te zetten.

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

12 Wessels II-1 (2016), nr. 2533.

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

14 Verburg (2012), p. 166.

15 Van Zanten, *diss.* 2012, p. 119 e.v.