GESCHRIFTEN VAN DE
VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

5

# RECHTEN VAN WERKNEMERS BIJ FAILLISSEMENT

MR. L.H. VAN DEN HEUVEL

SAMSOM 1981

Rechten van werknemers bij faillissement

*Erratum*

behorende bij *Rechten van werknemers bij faillissement*
ISBN 90 14 03103 3

Tot mijn spijt bevatten de laatste negen regels van paragraaf 23 (blz. 68/69) een onjuistheid. Deze regels dienen te vervallen (evenals de bijbehorende noten).

Mr. L.H. van den Heuvel

Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht
Nr. 5

# Rechten van werknemers bij faillissement

*Prae-advies*

Mr. L.H. van den Heuvel

Samsom Uitgeverij Alphen aan den Rijn 1981

CIP-gegevens
Heuvel, L.H. van den - Rechten van werknemers bij faillissement: prea-advies/ L.H. van den Heuvel. - Alphen aan den Rijn: Samsom. - (Geschriften van de vereniging voor arbeidsrecht; nr. 5)

ISBN 90 14 03103 3
Copyright © 1981 Vereniging voor Arbeidsrecht, 's-Gravenhage

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Samsom Uitgeverij bv, gevestigd te Alphen aan den Rijn, die daartoe door de auteursrechthebbende met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

## TEN GELEIDE

Het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht heeft tot zijn genoegen mr. L.H. van den Heuvel, wetenschappelijk hoofdmedewerker aan de Universiteit van Amsterdam, bereid gevonden een preadvies te schrijven over de rechten van werknemers ingeval van faillissement van hun werkgever.

Het preadvies zal worden behandeld in de ledenvergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht op 24 april 1981.

Nijmegen, februari 1981

De Voorzitter,
mr. P.A.L.M. van der Velden

INHOUD

**Ten geleide** 5

**Lijst van afkortingen en verkort aangehaalde literatuur** 10

**Enkele belangrijke wetsbepalingen** 11

1 De wenselijkheid van een hernieuwde afweging van belangen 14

**Artikel 40 Faillissementswet** 17

2 Geschiedenis van de totstandkoming 17
3 De wijzigingen die in de loop der jaren in art. 40 Fw. zijn aangebracht 20
4 De positie van de werknemer 21
5 De beëindiging van de dienstbetrekking volgens het B.W. van 1838 24
6 De betekenis van de woorden 'in elk geval' 26
7 De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 31
8 De wijziging van het ontslagrecht in 1953 31
9 De uitleg van art. 40 Fw. in literatuur en jurisprudentie 32
10 Is een beperkende interpretatie van art. 40 Fw mogelijk? 38
11 Omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde in een voor onbepaalde tijd? 42
12 De wijziging van art. 40 Fw. in 1968 43
13 De poging tot verruiming van de zes weken-termijn van art. 40 Fw. 44
14 Waarom mislukte voor een belangrijk deel de poging om art. 40 Fw. te wijzigen? 48

**De toepassing van het overig ontslagrecht op de beëindiging van de dienstbetrekking door de curator** **52**

15 De opzegging door de curator 52
16 De kennelijke onredelijkheidstoetsing 53
17 De ontslagverboden van art. 1639h 56
18 De ontbinding door de rechter om gewichtige redenen 58
19 De curator en het ontslagverbod van art. 6 B.B.A. 1945 60
20 De curator behoeft voor een opzegging de toestemming van de directeur G.A.B. 60
21 Ook de werknemer behoeft voor een opzegging de toestemming van de directeur G.A.B. 63
22 Het vergunningsvereiste betekent feitelijke verlenging van de opzeggingstermijn 64
23 De toetsing door de directeur G.A.B. 66
24 Ontslag op staande voet genomen na betalingsonmacht 69
25 Loonbetaling na faillissement 70
26 Concurrentiebedingen 70
27 De Wet melding collectief ontslag 71
28 De curator en de c.a.o. 77
29 C.a.o.-bepalingen betreffende het beëindigen van de onderneming 78
30 (Voorlopige) voortzetting van de onderneming door de curator 80
31 Boedelschuld en preferente vordering 82
32 De surséance van betaling 87

**Overneming van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen** **91**

33 Inleiding 91
34 Doel en werkingssfeer 93
35 Het personenbereik 94
36 De collectiviteit van de werknemers 95
37 De betalingsonmacht van de werkgever 96
38 Betalingsonmacht buiten surséance of faillissement 97
39 Tijdelijke betalingsonmacht 100
40 Beëindiging van de dienstbetrekking geen conditio sine qua non? 101
41 Betalingsonmacht van de curator 103

42 Vorderingen die door later optredende betalingsonmacht niet worden voldaan 106
43 De 'oude' vorderingen kunnen onder art. 42a e.v. gebracht worden 109
44 Het SVR-advies m.b.t. de 'oude' vorderingen 111
45 De opzeggingstermijn en het berekeningstijdstip 114
46 De opzeggingstermijn 114
47 Het berekeningstijdstip 116
48 Het SVR-advies m.b.t. het berekeningstijdstip 122
49 Opzegging na ontslagvergunning; conversie 124
50 Loon, verhaal, vakantiegeld en vakantiebijslag 129
51 SVR-voorstellen m.b.t. het loon 133
52 Benadelingshandelingen 136
53 De concept-EEG-richtlijn ter bescherming van werknemers bij insolventie van hun werkgever 141
54 De betekenis van de richtlijn voor hoofdstuk IIIa W.W. 143

**Het rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen 146**

55 De plaats in de rangorde van het voorrecht van art. 1195-6° B.W. 146
56 Rechtsgronden voor bevoorrechting van vorderingen: toevoeging van waarde en maatschappelijk zwakke positie 146
57 Reacties op het eventueel vervallen van het voorrecht van art. 1195-6° B.W. 150

**Samenvatting 152**

**Tenslotte 157**

**Noten 158**

## Lijst van afkortingen en verkort aangehaalde literatuur

| | |
|---|---|
| A.G. | Advocaat-Generaal |
| a.w. | aangehaald werk |
| AWF | Algemeen Werkloosheidsfonds |
| Belinfante | Ontwerp van Wet op het faillissement en de surséance van betaling met Memorie van Toelichting, uitgegeven door gebr. Belinfante, Den Haag, 1891 |
| Bles | A.E. Bles, 'De Wet op de arbeidsovereenkomst', Geschiedenis van de wet van 13-7-1907 |
| B.B.A. | Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 |
| B.W. | Burgerlijk Wetboek |
| c.a.o. | collectieve arbeidsovereenkomst |
| CRvB | Centrale Raad van Beroep |
| FBV | Federatie van Bedrijfsverenigingen |
| v.d. Feltz | G.W. Baron van der Feltz, Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling', Haarlem, De Erven F. Bohn, 1896 |
| Fw. | Faillissementswet |
| G.A.B. | Gewestelijk Arbeidsbureau |
| Hand. I of II | Handelingen der Tweede of Eerste Kamer |
| HR | Hoge Raad |
| l.k. | linkerkolom |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| N.J.V. | Nederlandse Juristen Vereniging |
| M.v.A. | Memorie van Antwoord |
| M.v.T. | Memorie van Toelichting |
| Polak | M. Polak, 'Faillissement en surséance van betaling', bewerkt door N.J. Polak, H.D. Tjeenk Willink, Groningen, 1972 |
| Prg. | de Praktijkgids |
| Rb. | Rechtbank |
| RBA | Rechterlijke Beslissingen Arbeid |
| r.k. | rechterkolom |
| RSV | Rechtspraak Sociale Verzekering |
| RvdW | Rechtspraak van de Week |
| S. of Stb. | Staatsblad |
| SER | Sociaal Economische Raad |
| SFB | Sociaal Fonds Bouwnijverheid |
| SMA | Sociaal Maandblad Arbeid |
| St.crt. | Nederlandse Staatscourant |
| SVR | Sociale Verzekeringsraad |
| VV | voorlopig verslag |
| W. of WvhR | Weekblad van het Recht |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht Notarisambt en Registratie |
| WvK | Wetboek van Koophandel |

# ENKELE BELANGRIJKE WETSBEPALINGEN

## Faillissementswet

**Art. 40** - 1 Arbeiders in dienst van de gefailleerde kunnen de dienstbetrekking opzeggen en hun kan wederkerig door de curator de dienstbetrekking worden opgezegd, en wel met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen.
-2 Niettemin behoeft de arbeider de termijn, omschreven in artikel 1639*j*, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek niet in acht te nemen en kan hij de dienstbetrekking in elk geval beëindigen door opzegging met een termijn van zes weken.
-3 De curator kan de dienstbetrekking in elk geval beëindigen door opzegging op een termijn van zes weken, welke termijn overeenkomstig artikel 1639*j*, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt verlengd met betrekking tot arbeiders die de leeftijd van 45 jaren, doch nog niet die van 65 jaren hebben bereikt.
-4 Van de dag der faillietverklaring af zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld.

**Art. 239** - 1 Zodra de surséance een aanvang heeft genomen, kan de schuldenaar, met inachtneming van het bij artikel 228 bepaalde, aan arbeiders in zijn dienst, de dienstbetrekking opzeggen, met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter, dat in elk geval de dienstbetrekking kan worden geëindigd door opzegging met een termijn van zes weken of, indien de termijn, omschreven in artikel 1639*j*, eerste en tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek langer is dan zes weken, met inachtneming van die termijn.
-2 Zodra de surséance een aanvang heeft genomen, behoeft bij opzegging der dienstbetrekking door arbeiders in dienst van de

schuldenaar het bepaalde in artikel 1639*j*, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek niet in acht te worden genomen.
–3 Van de aanvang der surséance af zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld.
–4 Dit artikel is van overeenkomstige toepassing op agentuurovereenkomsten.

## Werkloosheidswet

*Overneming van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen*

**Art. 42a** – 1 Indien geen of geen tijdige betaling geschiedt van loon, vakantiegeld of vakantietoeslag ten laste van een werkgever, die in staat van faillissement is verklaard of aan wie surséance van betaling is verleend, kan de werknemer jegens de bedrijfsvereniging, waarbij vorenbedoelde werkgever te zijnen aanzien is of laatstelijk was aangesloten, aanspraak maken op het hem nog toekomende wegens:
*a* loon over de laatste periode van 13 weken, gedurende welke hij bij deze werkgever in dienstbetrekking is geweest;
*b* loon over de ten aanzien van hem geldende termijn van opzegging voor zover en zo lang hij gedurende die termijn onvrijwillig werkloos is, echter, zowel in als buiten faillissement, ten hoogste over de in artikel 40 Faillissementswet ten aanzien van de werknemer vastgestelde termijn van opzegging;
*c* vakantiegeld en vakantietoeslag over een periode van ten hoogste een jaar, waarin begrepen de in dit lid onder *b* bedoelde termijn.
–2 Het bestuur van de bedrijfsvereniging kan beslissen, dat het bepaalde in het eerste lid overeenkomstige toepassing vindt indien een werkgever verkeert in de toestand, dat hij heeft opgehouden te betalen, terwijl hij niet of nog niet in staat van faillissement is verklaard en hem geen of nog geen surséance van betaling is verleend.
–3 Voor zover nodig in afwijking van het overigens dienaangaande in deze wet bepaalde wordt:
*a* voor de toepassing van het bepaalde in het eerste lid onder loon verstaan: al hetgeen de werkgever in verband met de dienst-

betrekking aan de werknemer rechtens verschuldigd is met uitzondering van vakantiegeld en vakantietoeslag;
*b* voor de toepassing van het bepaalde in het eerste lid en in dit lid, onder *a*, onder vakantiegeld en vakantietoeslag mede verstaan: vakantiebons, vakantiezegels of andere dergelijke waardepapieren.
–4 Met inachtneming van de wijzigingen, welke de aard van het onderwerp vordert, vindt het bepaalde in de artikelen 21, zesde lid, 23, 24, 34 en 37 van deze wet overeenkomstige toepassing. Het bepaalde in artikel 6, eerste lid, aanhef en onder *e*, blijft buiten toepassing.

**Art. 42b** – 1 Op het overeenkomstig het voorgaande artikel vastgestelde bedrag wordt door de bedrijfsvereniging ingehouden hetgeen de werkgever rechtens op het loon van de werknemer zou hebben ingehouden. De ingehouden bedragen worden door de bedrijfsvereniging betaald aan degenen, die daarop aanspraak zouden hebben gehad, indien de werkgever deze bedragen zou hebben ingehouden.
–2 Voor zover in het geval, bedoeld in het eerste lid van artikel 42*a*, dan wel in het geval, dat het tweede lid van dat artikel toepassing heeft gevonden, niet is voldaan aan de op het laatstverlopen jaar – waarin begrepen de in artikel 42*a*, eerste lid, onder *b*, bedoelde termijn – betrekking hebbende verplichtingen uit of in verband met de arbeidsverhouding om aan derden periodiek geldsbedragen over te maken, is de bedrijfsvereniging gehouden aan deze verplichting te voldoen, voor zover het niet voldoen aan deze verplichtingen door de werkgever tot financieel nadeel voor de werknemer kan leiden. Het aan een pensioenfonds of verzekeraar ter zake van pensioen over te maken geldsbedrag is beperkt tot de premie voor de pensioenverzekeringen over de in de vorige volzin bedoelde periode.

**Art. 42c** – 1 Indien de hoogte van het door de bedrijfsvereniging te betalen loon of vakantiegeld dan wel van de verschuldigde vakantietoeslag niet terstond kan worden vastgesteld of daarover verschil van mening bestaat, is het bestuur der bedrijfsvereniging gehouden aan de werknemer op zijn verzoek een naar redelijkheid vast te stellen voorschot te verlenen.
–2 Het verleende voorschot wordt zo nodig verrekend met het bedrag, waarop de werknemer aanspraak kan maken.

**Art. 42d** Het bestuur der bedrijfsvereniging is bevoegd het bepaal-

de in artikel 42*a*, eerste en tweede lid, buiten toepassing te laten, indien de werknemer vóór de totstandkoming van de dienstbetrekking redelijkerwijs had moeten verwachten, dat betaling van het aan hem verschuldigde loon of vakantiegeld dan wel van de aan hem verschuldigde vakantietoeslag geheel of gedeeltelijk achterwege zou blijven.

**Art. 42e** – 1 Voorzover de bedrijfsvereniging een vordering van de werknemer ingevolge het bepaalde in dit hoofdstuk voldoet, treedt de bedrijfsvereniging in alle rechten, welke de werknemer ter zake van die vordering heeft.
–2 Voor het bedrag, waarvoor de bedrijfsvereniging heeft voldaan aan verplichtingen als bedoeld in artikel 42*b*, tweede lid, heeft de bedrijfsvereniging een recht van verhaal op de betreffende werkgever.

**Art. 42f** – 1 De betalingen, voortvloeiende uit dit hoofdstuk alsmede administratiekosten aan de uitvoering van dit hoofdstuk verbonden, komen ten laste van het wachtgeldfonds van de bedrijfsvereniging, die de betalingen heeft verricht.
–2 De bedragen, die de bedrijfsvereniging met toepassing van artikel 42*e* ontvangt, worden gestort in het wachtgeldfonds van de bedrijfsvereniging.

**Art. 42g** Onze Minister kan, gehoord de Sociale Verzekeringsraad, ter uitvoering van dit hoofdstuk regelen stellen. In deze regelen kunnen met betrekking tot de aanspraken, bedoeld in dit hoofdstuk, voorwaarden worden gesteld, welke voor een goede en doelmatige uitvoering noodzakelijk zijn.

## 1 De wenselijkheid van een hernieuwde afweging van belangen

In een sociaal-economisch stelsel als het onze waarin de voortbrenging voor een belangrijk deel geschiedt door vrij op de markt opererende ondernemingen is het onvermijdelijk, dat van tijd tot tijd zich gevallen voordoen van betalingsonmacht. Alleen zijn het er de laatste tijd wel erg veel. De economische terugval die wij thans kennelijk meemaken zal daarvan wel mede de oorzaak zijn. Het daardoor veroorzaakte leed is ongetwijfeld groot. Doel van het recht en de rechtsbeoefening is, waar mogelijk dit leed te verzach-

ten. De kritiek die ik hierna tot uitdrukking breng op wettelijke regelingen en de hantering daarvan door de rechtspraktijk moet in dat licht worden gezien.

Hoe men de onderneming ook wil zien, als voortbrengingsorganisatie waarin kapitaal en arbeid zijn samengevoegd met het oogmerk om renderend te produceren of als arbeidsorganisatie waarin renderend produceren slechts een randvoorwaarde is om het voortbestaan van de onderneming en de daaraan verbonden werkgelegenheid te verzekeren, steeds is voorwaarde, dat de schulden de baten niet langdurig overtreffen. Betalingsonmacht leidt tot financiële curatele in de vorm van surséance of van faillissement en helaas vaak tot liquidatie.

Bij financiële curatele vindt een afweging plaats van verschillende belangen: die van de schuldenaar, van zijn schuldeisers, van de werknemers in zijn dienst. De grondslagen van die afweging zijn niet van vandaag of gisteren maar dateren uit de vorige eeuw. De huidige Faillissementswet kwam in 1893 tot stand.

Met opzet spreek ik in dit verband niet van een eerbiedwaardige ouderdom omdat ik van oordeel ben, dat de afweging van de verschillende belangen die toen gemaakt is en die behoudens enkele kleine wijzigingen nog steeds dezelfde is, niet meer van deze tijd is: in dit opzicht is naar mijn mening de Faillissementswet van 1893 thans net zo obsoleet als haar voorganger van 1838 het was na 55 jaren dienst te hebben gedaan.

Het faillissement volgens de Faillissementswet van 1893 laat zich omschrijven als een beslag op het vermogen van de schuldenaar ten bate van zijn gezamenlijke crediteuren. Het is met name hun positie die de Faillissementswet met de faillietverklaring poogt te dienen. De drempel daarvoor is dan ook heel laag. Reeds wanneer summierlijk blijkt, dat iemand verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, is zijn faillietverklaring reeds mogelijk en in het verlengde daarvan een aanzienlijke vermindering van de ontslagbescherming van zijn werknemers. De wijze waarop de Faillissementswet de laatsten tegemoet treedt staat in schrille tegenstelling tot de behandeling van de crediteuren. Hun belangen worden in zekere zin en in zekere mate aan die van de crediteuren opgeofferd. En dat terwijl zij niet, zoals deze laatsten, in staat zijn zich ter veiligstelling van hun rechten op een andere wijze van zeker-

heid te voorzien. Ik denk hierbij aan de spreiding van risico's, eigendomsoverdracht tot zekerheid en dergelijke. De gevolgen van het faillissement van de werkgever zijn voor de werknemers vaak desastreus.

In dit verband is het van betekenis, dat de afweging die in de Faillissementswet werd neergelegd, plaats vond vóórdat de eerste wat meer uitgewerkte bescherming van werknemers terzake van de beëindiging van hun dienstbetrekking in de wet werd vastgelegd. Toen dat in 1907 geschiedde werd, zonder dat dit naar mijn mening voldoende met argumenten werd omkleed, een uitzondering gemaakt voor de noodzaak om bij faillissement van de werkgever te komen tot een snelle beëindiging van de dienstbetrekking.

Hoeft dit bij de wetgever van 1907 nog niet zoveel verwondering te wekken, de Faillissementswet was toen uiteindelijk nog maar 14 jaar oud; dat de wetgever bij latere wijzigingen van het ontslagrecht waarbij de positie van de werknemer aanzienlijk werd versterkt zich niet heeft gerealiseerd, dat de inbreuk die de regeling van art. 40 van de Faillissementswet daarop maakte een veel grotere is geworden en dat alleen al daardoor heroverweging van de in de Faillissementswet neergelegde belangenafweging wenselijk was, is verwonderlijk. De wijziging die in 1968 in art. 40 van de Faillissementswet is aangebracht waarbij de opzeggingstermijnen voor oudere werknemers hoger kunnen oplopen beschouw ik in dit verband als een 'kurieren am Symptom'.

In het eerste onderdeel van dit preadvies heb ik geprobeerd voor een opnieuw afwegen van de ontslagbescherming van werknemers tegen het crediteursbelang enkele bouwstenen aan te dragen.

In het tweede deel komt de overneming van de loonbetalingsverplichting van de betalingsonmachtige werkgever door de bedrijfsvereniging aan de orde.

Het derde onderdeel is gewijd aan enkele punten uit het rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen.

Het buitenland heb ik om redenen van tijd en ruimte buiten beschouwing gelaten.

## 2 Geschiedenis van de totstandkoming

Vanaf het totstandkomen van het Wetboek van Koophandel in 1838 tot aan de invoering van de Faillissementswet in 1893 heeft het faillissementsrecht onderdeel uitgemaakt van het Derde Boek van het Wetboek van Koophandel. Deze regeling moet in 1838, naar de woorden die ter voorbereiding van de Faillissementswet werden geschreven, een zeer moderne zijn geweest.[1] Gedurende de ruim 50 jaar die daartussen verstreken waren, was deze regeling echter in geen enkel opzicht gewijzigd zodat men, in 1893 omziende, tot de gevolgtrekking kwam dat ze achterhaald en nodig aan vernieuwing toe was. Tot dat oordeel droeg in niet geringe mate bij de omstandigheid, dat in het buitenland in de tussentijd afzonderlijke nieuwe faillissementswetten tot stand waren gekomen. Bij de voorbereiding van de Faillissementswet van 1893 heeft men dan ook terdege zijn licht opgestoken in het buitenland.

De bezwaren die tegen het Derde Boek WvK waren gerezen betroffen vooral de leemten die deze regeling bleek te vertonen, de hoge griffie-, zegel- en administratierechten, de vele formaliteiten, de lange duur van de afwikkeling. Deze bezwaren leidden ertoe dat werd gekozen voor het ontwerpen van een nieuwe wet in plaats van het herzien van het Derde Boek WvK. Als uitgangspunt werd gekozen 'het beginsel dat het faillissement is een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamelijke schuldeisers. Deze opvatting beheerscht alle voorgestelde bepalingen . . .'.[2]

Wij zijn thans bijna een eeuw verder en het verdient alleen al daarom aanbeveling artikel 40, het belangrijkste artikel van de Faillissementswet met betrekking tot de positie van de werknemers van de failliet, aan een nader onderzoek te onderwerpen. Het artikel

luidt thans in hoofdzaak nog als in 1893. Hieronder vermeld ik de tekst van het artikel zoals die toen luidde. Vervolgens ga ik na bij welke gelegenheden in art. 40 Fw. veranderingen zijn aangebracht alsook bij welke gelegenheden die zich daartoe voordeden veranderingen zijn achterwege gebleven.

1893: 'Alle bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde, kunnen hunne betrekking opzeggen en hun kan wederkeering door den curator hunne betrekking opgezegd worden, met inachtneming van de gebruikelijke of overeengekomen termijnen, met dien verstande echter dat een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn. Van den dag der faillietverklaring af is het salaris boedelschuld.'[3]

'Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd. Dit levert geen moeilijkheden op waar aan de overeenkomst aan eene zijde geheel is voldaan; feitelijk is de positie van partijen dan dezelfde als bij eene eenzijdige overeenkomst. (. . .) Wanneer daarentegen de wederkeerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zoowel door den gefailleerde als door den aan hem verbonden persoon nog in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, wordt de positie van den mede-contractant door het faillissement een uiterst moeilijke.'[4]

Het bovenstaande geldt in het bijzonder voor duurcontracten waarvan ik hierna het huurcontract en het arbeidscontract noem. Beide regelt de Faillissementswet direct na elkaar. Dat is niet verwonderlijk aangezien het B.W. van 1838 de arbeidsovereenkomst regelde in de Vijfde Afdeling van de Vijfde Titel van het Derde Boek 'Van huur en verhuur'. De Vijfde Afdeling droeg als opschrift 'Van huur van dienstboden en werklieden'. Met betrekking tot het faillissement kan dan ook worden gesteld, dat de verhuurder en de werknemer voor wat hun feitelijke behandeling door de wetgever betreft meer gemeenschappelijk hebben dan dat hun positie verschillend is. Ik denk dat hiervoor met name twee oorzaken zijn aan te wijzen:

1 De wetgever zag de wettelijke regeling van het faillissement in de eerste plaats als een middel ter bescherming van de crediteuren en de posities van verhuurder en werknemer stemmen hierin overeen, dat zij beiden door de faillietverklaring van gewoon crediteur (de werknemer met een voorrecht) tot boedelcrediteur worden.

2 De wetgever keek toen nog anders aan tegen de arbeidsovereenkomst dan later het geval zou zijn.

Het valt in de eerste plaats op, dat de termijn waarop de curator de huurovereenkomst die voor de boedel niet meer van nut is kan beeindigen meer dan het dubbele bedraagt, nl. 3 maanden, van die waarmee de werknemer kan worden opgezegd. De oorzaak van dit verschil zoek ik in de omstandigheid dat de schadeloosstelling waarmee sinds 1838 'dienst- en werkboden' 'te allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen' weggezonden konden worden, zes weken loon bedroeg en de wetgever in art. 40 Fw. zich kennelijk bij die termijn heeft aangesloten. Het zou echter onjuist zijn hieruit de conclusie te trekken, dat de wetgever van 1893 dus geen oog zou hebben gehad voor de bijzondere belangen van de werknemers van de failliet. De memorie van toelichting vermeldt immers o.m.: 'Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekkingen moeten leven, ten zeerste geschaad. Artikel 40 waarborgt hun, dat zij alhans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eenen hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.'

Er is hier sprake van enige tegenstrijdigheid tussen enerzijds de wet en anderzijds de memorie van toelichting. De wet: 'met dien verstande dat een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn' en de memorie van toelichting: 'Art. 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, . . .'. De wettekst lijkt meer van een maximum uit te gaan en de memorie van toelichting van een minimum. De oorzaak van dit verschil is m.i. gelegen in de omstandigheid, dat de wet probeert uit te drukken, dat de zes weken niet gehaald worden als de opzeggingstermijn daartoe niet voldoende is terwijl de memorie van toelichting ten doel heeft te benadrukken, dat er tenminste nog iets voor de werknemers is gedaan.

De wetgever heeft de belangen van de werknemers dus wel degelijk meegewogen. Dat er voor hen niet een gunstiger regeling uit de bus is gekomen hoeft, gelet op het tijdstip waarop de regeling tot stand werd gebracht, geen verwondering te wekken. Een zes-weken-ter-

mijn was voor die tijd, waarin de arbeidsovereenkomst in de regel op zeer korte termijn kon worden beëindigd, al bijzonder lang. Verwonderlijk is het wel dat ondanks de verbeteringen in het ontslagrecht de zes-weken-termijn het tot nu toe uitgehouden heeft. In het hiernavolgende hoop ik daarom na te gaan welke invloed de wijzigingen in de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst en van het ontslagrecht in het bijzonder hebben gehad op de positie van werknemers in het faillissement van hun werkgever.

## 3 De wijzigingen die in de loop der jaren in art. 40 Fw. zijn aangebracht

*1907*

Bij het totstandkomen van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 onderging art. 40 Fw. een redactionele wijziging en kwam te luiden als volgt: 'Arbeiders in dienst van den gefailleerde kunnen de dienstbetrekking opzeggen en hun kan wederkerig door den curator de dienstbetrekking opgezegd worden, met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat in elk geval de dienstbetrekking kan worden beeindigd door opzegging met een termijn van zes weken. Van de dag der faillietverklaring af is het loon boedelschuld.' Uit de memorie van toelichting blijkt, dat men de relatie ontslagrecht-faillissement van de werkgever in art. 40 Fw. goed geregeld achtte en daarin geen veranderingen wilde aanbrengen. De redactionele wijziging werd zonder beraadslaging of hoofdelijke stemming goedgekeurd.[5]

*1953*

Een tweede verandering onderging art. 40 Fw. toen in 1953 het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht belangrijk werd gewijzigd. Aan het einde van de eerste zin van het artikel werd toegevoegd de zinsnede: 'en dat bij opzegging door arbeiders het bepaalde in artikel 1639j, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek niet in acht behoeft te worden genomen'. In de memorie van toelichting werd ondermeer overwogen: 'Er schijnt geen aanleiding om de verlenging van de opzeggingstermijn, bedoeld in artikel 1639i, lid 3, van het Burgerlijk Wetboek in geval van faillissement toe te passen. De curator moet in de gelegenheid zijn om de personeelsuitgaven te beëindi-

gen wanneer – zoals bij faillissement vrijwel steeds het geval is – het bedrijf wordt stilgelegd. Inachtneming van de voornoemde verlenging zou medebrengen, dat de arbeiders nog vrij lange tijd op kosten van de crediteuren betaling zouden ontvangen, terwijl doorgaans geen arbeid meer valt te verrichten. Aan de andere kant schijnt het niet redelijk om de arbeider langer aan het failliete bedrijf te binden dan thans door de wet wordt voorgeschreven. De ratio van de verlenging van de opzeggingstermijn ook voor de arbeider is bij faillissement niet aanwezig. De voorgestelde wijziging van artikel 40 Fw. strekt om de arbeider van de verplichting tot inachtneming van de termijn, bedoeld in artikel 1639i, lid 3, te ontheffen.'[6]

*1968*

Art. 40 Fw. kreeg, met uitzondering van het later toegevoegde vijfde lid, dat ik in dit kader niet bespreek, zijn huidige redactie bij de wet van 30 mei 1968, S. 270. Met deze laatste wijziging is bereikt, dat voor oudere werknemers, van 45–65 jaar, de opzeggingstermijn die de curator moet toepassen onderworpen is aan de verlenging van art. 1639j–2 B.W. zodat deze, tezamen met de oorspronkelijke zes weken, thans maximaal 19 weken kan bedragen. Een poging vanuit de Tweede Kamer om tot een onverkorte toepassing van de opzeggingstermijnen van het B.W. te komen leed daar tot tweemaal toe schipbreuk. Zie hierna onder 13 en 14.

*1976, en wetsontwerp 13656*

Bij de invoering van de nieuwe ontslagverboden in 1976 werd de positie van de werknemers bij faillissement van hun werkgever onveranderd gelaten. Ook in het thans in behandeling zijnde wetsontwerp 13656 wordt daartoe geen voorstel gedaan.

## 4 De positie van de werknemer

De werknemer neemt, aangezien hij in de regel voor zijn bestaan afhankelijk is van het inkomen dat hij met zijn arbeid in dienst van zijn werkgever verdient, als crediteur in diens faillissement een bijzondere positie in. Vergeleken met die van zijn mede-crediteuren die, hoe zwaar ook door het faillissement van de werkgever

getroffen, daardoor maar zelden in hun bestaan worden bedreigd, kan de positie van de werknemer worden omschreven als beschermwaardig. Ik laat hierbij het stelsel van de hedendaagse sociale verzekeringen buiten beschouwing omdat het mij op deze plaats slechts gaat om de relatie werkgever/failliet - werknemer. Deze relatie bepaalt de plaats van de werknemer tegenover de andere crediteuren en de curator.

Deze bijzondere positie van de werknemer als crediteur vindt een antwoord in de Faillissementswet, maar dat antwoord blijkt voor hem nauwelijks voordeel te bevatten. Met uitzondering van de bepaling, dat het loon vanaf de faillietverklaring boedelschuld is en dus dadelijk en bij voorrang door de curator moet worden voldaan doet de Faillissementswet in artikel 40 slechts af aan de rechten die de werknemer toekomen op grond van het hedendaags burgerlijkrechtelijke ontslagrecht.

Met die van de verhuurder heeft de positie van de werknemer tegenover de failliet gemeen, dat zij er een is uit een duurcontract. Bij vergelijking van de artikelen 39 en 40 Fw. blijkt dat de wettelijke regeling ten aanzien van de verhuurder meer uitgewerkt is dan ten aanzien van de werknemer en ook eenduidiger is ingericht. Dat komt mijns inziens mede door de omstandigheid, dat de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het B.W. van 1838 uiterst summier was en bovendien slechts onderdeel van de wettelijke regeling van het huurcontract dat in dat wetboek wel een uitgewerkte regeling had gevonden.

Een veelheid van factoren is voor de beoordeling van de positie van de werknemer van belang: of het een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde, lange tijd betreft, of er een lange opzeggingstermijn was bedongen, of het dienstverband reeds lang heeft geduurd, welke de leeftijd van de werknemer is, hoe zijn positie is op de arbeidsmarkt, enz. Eén ding is zeker: waar niet is, heeft de keizer geen recht. Waar evenwel nog wel iets te halen valt rijzen verdelingsproblemen. Het heeft daarom zin een onderzoek in te stellen naar de positie van de werknemer als crediteur van de werkgever. In dat verband wil ik aan de vordering van de werknemer drie aspecten onderscheiden: 1. het achterstallige loon van vóór de faillietverklaring; 2. het nog te verdienen loon gedurende de opzeggingstermijn tot het maximum van art. 40 Fw.; 3. wat de werk-

nemer eventueel toekomt op grond van schadeplichtigheid, kennelijke onredelijkheid, ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter.

Het is algemeen bekend, dat het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht naast de bescherming die het de werknemer biedt zich ook daardoor kenmerkt, dat het op een enkel punt die bescherming juist niet verleent en ruim baan laat voor de contractsvrijheid. Zo kan de werkgever, evenals trouwens de werknemer, bijvoorbeeld te allen tijde op grond van een bepaling in de Wet op de arbeidsovereenkomst de dienstbetrekking eenzijdig beëindigen, zij het dat dit in bepaalde gevallen geldelijke gevolgen heeft (art. 1639g, jo. art. 1639o B.W.; een uitzondering vormen sinds 1976 de in art. 1639h opgenomen ontslagverboden). Zo ontbreekt een bepaling die de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan banden legt in die zin, dat enige controle aan het einde van deze dienstbetekking ontbreekt: de contractsvrijheid is op dit punt (nog) niet door de ontslagbescherming aangetast.

Desalniettemin is het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht door de ontwikkeling die het na het tot stand komen van de Faillissementswet in 1893 heeft gehad van een onvergelijkelijk betere kwaliteit dan dat van de drie uiterst summiere en ontoereikende bepalingen in de regeling van de huur en verhuur in het B.W. van 1838, die vooral dienstboden en werklieden betroffen. Het is uitgebreid, heeft voor een belangrijk deel dwingende kracht.

De positie van de werknemer is thans ook in die zin aanzienlijk sterker dan voorheen, dat hij in het algemeen een betere opleiding heeft genoten, daardoor en door een in het algemeen toegenomen mondigheid weerbaarder is geworden tegenover hem aangedaan onrecht. In het algemeen zijn de opvattingen over zijn beschermwaardigheid sinds 1893 sterk in zijn voordeel veranderd.

Met uitzondering van een naar mijn oordeel betrekkelijk ondergeschikte wijziging in 1968, toen voor bepaalde categorieën werknemers de termijn van art. 40 Fw. waarmee de curator hun dienstbetrekking kan doen eindigen werd verruimd, is het faillissementsrecht niet meegegaan met de toegenomen ontslagbescherming, heeft het niet gereageerd op de veranderde opvattingen omtrent de beschermwaardigheid van de werknemer, is het statisch gebleven en daardoor tegelijkertijd in betekenis toegenomen. Het perkt de rechten van de werknemer nog op nagenoeg dezelfde wijze als in

1893 in: de curator kan – even afgezien van de geldelijke gevolgen daarvan – 'in elk geval' de dienstbetrekking opzeggen ongeacht de wettelijke of overeengekomen bepalingen omtrent tijdstip of termijn van de beëindiging of de overeengekomen duur van de dienstbetrekking, zij het dat hij tot de maxima van art. 40 Fw. met de bedongen of wettelijke opzeggingstermijn moet rekening houden. Deze beperking strekt ten voordele van de overige crediteuren.

De vraag rijst daarom of art. 40 Fw. nog van deze tijd is. Of, als thans opnieuw, als in 1893, de verhouding zou moeten worden vastgesteld tussen de werknemer als crediteur van zijn werkgever en de overige crediteuren, de uitkomst daarvan dezelfde zou zijn als bijna 90 jaren geleden. Of de inbreuk die het maakt op wat wij heden ten dage als verworven rechten van de werknemers plegen te beschouwen niet als onaanvaardbaar groot en slecht te motiveren zou worden beschouwd.

Een vraag die met de hierboven gestelde samenhangt is of het mogelijk is door een beperkende interpretatie van met name art. 40 Fw. de negatieve werking die van dat artikel uitgaat terug te dringen.

## 5 De beëindiging van de dienstbetrekking volgens het B.W. van 1838

Blijkens de duidelijke bewoordingen van de artikelen, de jurisprudentie uit die tijd en de literatuur gelden de artt. 1637 en 1638 van het Burgerlijk Wetboek, daterend uit 1838, voor werknemers in het algemeen en art. 1639 slechts voor dienstboden en werklieden die 'nederige' arbeid verrichten waarvoor geen bijzondere scholing vereist is. (Zie ook de memorie van toelichting bij ontwerp Drucker, Bles IV, p. 94).

Bekijken we deze regelingen nader dan blijkt art. 1639 een min of meer uitdrukkelijke regeling te bevatten voor de eenzijdige opzegging van de dienstbetrekking. Deze ontbreekt in beide andere artikelen. Zegt de dienstbode of de werkman op, dan verbeurt deze, blijkens het tweede lid van art. 1639, het verdiende loon. Aldus uitgedrukt kan dit alleen maar betekenen: het in het verleden verdiende loon want het toekomstig loon moet nog verdiend worden. Zegt de werkgever op, dan moet hij het reeds verdiende loon betalen plus het loon over de eerste zes weken na de beëindiging. Die beëindiging, zo blijkt uit de regeling van lid 3, zal er een op

staande voet kunnen zijn. Als er maar zes weken loon betaald wordt: 'Wanneer ik iemand overhaal als dienstbode in mijn dienst te treden en ik heb een reden (. . .) om haar te ontslaan, dan behoeft men daarom niet te gaan twisten, maar dan is men in de volste uiting van zijn recht, wanneer men zegt: het spijt mij, maar gij hoort niet in dit huis. Dan gaat zij weg met haar zes weken.' Aldus kamerlid Van Houten bij de behandeling van het ontwerp van de Wet op de arbeidsovereenkomst.[7]

De vraag rijst of krachtens de wet van 1838 de andere dienstbetrekkingen eenzijdig kunnen worden beëindigd of dat zij slechts door middel van een ontbinding door de rechter tot een einde kunnen komen.

Drucker vermeldt omtrent de vraag of bij een eenzijdige beëindiging de dienstbetrekking wel feitelijk wordt beëindigd maar rechtens blijft voortbestaan danwel deze rechtens doet eindigen maar schadeplichtig maakt: 'Ons geldende burgerlijke recht is op dit punt niet ondubbelzinnig, vooral niet ten aanzien van dienstbetrekkingen, welke vallen buiten de heerschappij van art. 1639 B.W. De jurisprudentie legt zich er evenmin op toe, de vraag zuiver te stellen en op te lossen.'[8] Even verder vermeldt Drucker, dat het Ontwerp 1820 daaromtrent wèl een glasheldere bepaling bevatte: 'de opzegging, buiten wettige redenen gedaan, doet de huur en verhuring van diensten wel eindigen, doch verplicht dengene, die de opzegging doet, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.'[9] Dit laatste werd in de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 gevolgd.

De moeilijkheden waartoe de regeling van de arbeidsovereenkomst in het B.W. van 1838 op dit punt aanleiding gaf laten zich illustreren aan wat E. Fokker vermeldt in zijn Inleiding tot het Rapport voor het Hoofdbestuur der Vereeniging tot bevordering van Fabrieks- en Handwerksnijverheid, waarin ondermeer de vraag aan de orde kwam hoe de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst eruit zou moeten zien: 'Doch ook indien de overeenkomst voor een bepaalden tijd (. . .) is aangegaan, zijn, met het oog op de eigenaardige natuur van den arbeid, welke inhaerent is aan de persoonlijkheid zelve, bijzondere voorschriften noodig. Aan elke partij moet het vrijstaan zich zonder rechterlijke tusschenkomst van de overeenkomst te ontslaan, zoo hare tegenpartij zekere verplichtingen niet nakomt.'[10] Het rapport zelf, van Fokker, Heldt en Mouton, zegt het aldus: '(. . .) de wet dient de gevallen te omschrijven waarin ontslag kan worden gegeven en genomen

binnenstijds; zij moet ook de door den werkgever of den werknemer te betalen vergoeding regelen, zoowel voor tijdig als voor ontijdig gegeven of genomen ontslag'.[11]

Uit het bovenstaande blijkt dat er onduidelijkheid bestond over in ieder geval het eenzijdig beëindigen van dienstbetrekkingen van anderen dan zij die onder art. 1639 vielen.

Drucker kon dan ook stellen: 'Voorzover (. . .) in de rechtspraak de bepalingen omtrent lastgeving worden ter zijde gelaten, en het zoogenaamde gemeene recht wordt toegepast, komt geen enkele andere regel voor den dag dan deze, dat elke partij ontbinding der overeenkomst mag vorderen, indien de wederpartij zich aan niet-nakoming schuldig maakt. Nu is bij het arbeidscontract ontbinding door rechterlijk vonnis doorgaans een uiterst ongeschikt middel om de betrekking tusschen partijen te doen eindigen; het strijdt geheel met den werkelijken toestand, de rechtsverhouding te laten voortduren tot de justitie ze ontbonden heeft verklaard. En deze weg is absoluut onbruikbaar, indien men niet kan bewijzen, dat de wederpartij schuldig staat aan wanprestatie, terwijl men toch afdoende en zeer te billijken redenen heeft, waarom men met die wederpartij wenscht te breken. Omtrent de mogelijkheid van opzegging, indien die niet door partijen is geregeld, leert de rechtspraak niets - behalve waar ze aanneemt dat de overeenkomst, voor onbepaalden tijd aangegaan, ieder oogenblik van weerskanten kan worden opgeheven, hetgeen ook weder niet strookt met de bedoeling van partijen en de eischen van het verkeer.'[12] Zie ter illustratie bv. Rb. Leeuwarden 16-10-1884, W.v.h.R. 5312 en Rb. Rotterdam 17-3-1892, W.v.h.R. 6204 (ontbinding van dienstbetrekkingen voor bepaalde tijd) en Rb. Den Bosch 19-4-1895, W.v.h.R. 6726 en Rb. Utrecht 25-7-1900, W.v.h.R. 7526 (eenzijdige beëindiging en schadeloosstelling).

## 6 De betekenis van de woorden 'in elk geval' in art. 40 Fw.

Heeft de wetgever van 1893, door in art. 40 Fw. slechts te vermelden de maximale termijn waarmee de curator werknemers in dienst van de gefailleerde werkgever kan opzeggen, de bedoeling gehad om aan de andere vereisten voor wat wij thans 'regelmatige' beëindiging plegen te noemen voorbij te gaan: het tijdstip waartegen moet worden opgezegd, de duur van de dienstbetrekking? De memorie van toelichting spreekt slechts over de termijn waar-

mee kan worden opgezegd en bevat geen aanwijzingen voor de beantwoording van bovenstaande vraag. De parlementaire behandeling verschaft al evenmin duidelijkheid. Vanuit de Kamer werd de regering gevraagd wat zij bedoelde met de zinsnede in de memorie van toelichting, dat de werknemers althans gedurende zes weken hun dienstbetrekking zouden behouden aangezien het wetsontwerp hier slechts een maximum noemde en verder verwees naar de gebruikelijke of overeengekomen termijnen. Zou, zo vroeg men vanuit de Kamer, het laatste lid van art. 1638 B.W. van toepassing zijn of in dit geval art. 1639-3? De regering antwoordde, dat de gebruikelijke of overeengekomen termijnen zullen gelden tenzij zij langer zijn dan zes weken en wees er vervolgens op, dat art. 1639 B.W. (slechts) voor de daar genoemden (dienstboden en werklieden) van toepassing bleef voorzover de curator niet van zijn opzeggingsrecht van art. 40 Fw. zou gebruik maken.

Geen woord dus over iets anders dan de termijn van opzegging.

In verband met het bovenstaande en met de in de voorgaande paragraaf aangetoonde moeilijkheden waarmee men in die tijd worstelde ten aanzien van de vraag of de dienstbetrekking *in het algemeen* voor eenzijdige beëindiging door een der partijen vatbaar was resp. zou behoren te zijn, wil ik de mogelijkheid niet uitsluiten, dat de wetgever van 1893 met de woorden dat voor een opzegging door de curator 'een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn' tot uitdrukking heeft willen brengen, dat de curator de mogelijkheid van éénzijdige beëindiging zowel zou krijgen in geval van bepaalde als van onbepaalde duur van de dienstbetrekking, onverschillig of deze nu wel of niet onder artikel 1639 B.W. viel. Immers, men wist in die tijd het antwoord op de gestelde vraag nog niet. Toen de Nederlandse Juristen Vereniging in haar vergadering van 31 augustus 1894 moest stemmen over het vraagpunt of er bepalingen van dwingend recht behoorden te worden gemaakt met betrekking tot de contractsduur en de termijnen van opzegging ging het in wezen om de vraag of de dienstbetrekking in het algemeen eenzijdig moest kunnen worden beëindigd. En daarover wenste men niet te stemmen. Velen maakten daarom aanstalten de vergadering te verlaten. Pas nadat in allerijl een motie was aangenomen om over dit punt niet te stemmen had de vergadering verder een normaal verloop. Dat was een jaar na het totstandkomen van de Faillissementswet. Ik acht het daarom niet onmogelijk dat, nu in die tijd de zaken zo lagen, de wetgever met de woorden 'in

elk geval' niet heeft bedoeld wat achteraf als meest voor de hand liggende uitleg altijd opgeld heeft gedaan, nl. een maximering terzake van alles wat de curator in verband met die opzegging aan de werknemer verschuldigd kan worden. Mijns inziens kunnen deze woorden ook hierop betrekking hebben, dat de curator van zijn recht om met een termijn van zes weken op te zeggen gebruik kan maken niet enkel in het geval van art. 1639 B.W. (ten aanzien van huishoudsters en werklieden) maar in elk geval van arbeid in loondienst, ook dat wat niet de 'lagere' arbeid van art. 1639 B.W. betreft. Maar daarmee is tevens gegeven dat, nu de wetgever zich daaromtrent niet heeft uitgelaten, het geen dwingende conclusie is, dat een dergelijke voortijdige beëindiging géén schadeplichtigheid met zich zou brengen. Het ging er in die tijd om of door een eenzijdige handeling van één der contractspartijen de arbeidsovereenkomst niet slechts feitelijk maar ook juridisch tot een einde kon worden gebracht. Slechts op díe vraag heeft de wetgever voor het geval van faillissement antwoord gegeven omdat het voortduren van de arbeidsovereenkomst de afwikkeling van de boedel in de weg zou staan en de boedel te zwaar zou belasten. Over de prijs van een dergelijke door de wet gesanctioneerde voortijdige beëindiging geen woord. Waarom niet? Waarschijnlijk omdat de wetgever zich daaromtrent het hoofd niet heeft hoeven te breken. Immers waren de arbeidsovereenkomsten in die tijd veelal of voor uitzonderlijk korte duur of op zeer korte termijn beëindigbaar krachtens overeenkomst of gebruik. Ter illustratie daarvan een gedeelte uit het prae-advies van A.J. Cohen-Stuart: 'De bepaling, dat men zijn diensten slechts voor een tijd of voor een bepaalde onderneming mag verhuren, bestemd om elken vorm van slavernij of pandelingschap te weren, is in onze maatschappij vrij overbodig. Maar daarenboven, zoo geklaagd wordt over onvoldoende regeling van het arbeidscontract, het is zeker niet omdat de gebruikelijke overeenkomsten partijen voor te lange termijnen binden.

En de bepaling van art. 1638 hoezeer gelaakt, en die van art. 1639 hoe deugdelijk wellicht, zijn voor de meeste contracten van arbeiders, die per uur, per dag of per week worden gehuurd, zonder eenig practisch belang.'[13]

Bovenstaande interpretatie van de woorden 'in elk geval' lijkt mij dus zin te hebben, gelet op de situatie waarin deze woorden werden neergeschreven. Ik betwijfel daarom of, gelijk later door wetgever, jurisprudentie en wetenschap is aangenomen, de wetgever van 1893 er ook mee bedoeld heeft een eventuele schade-

loossteling wegens ontijdigheid van de beëindiging uit te sluiten, nu die wetgever slechts één aspect van die ontijdigheid noemt, de termijn, en de andere aspecten ongeregeld laat.[14] Had de wetgever dat willen doen, dan was daartoe alle gelegenheid en misschien ook wel aanleiding geweest. De mogelijkheid moet daarom niet worden uitgesloten, dat de wetgever niet meer heeft bedoeld dan een tijdvak vast te leggen na hetwelk de curator de werknemers niet langer in dienst behoeft te houden. Dit tijdvak geldt dan zowel bij dienstbetrekking voor onbepaalde als bij dienstbetrekking voor bepaalde tijd. De bedoeling van de wetgever is dan ervoor te zorgen dat de boedelschulden niet onnodig oplopen door het voortduren van dienstbetrekkingen die voor de boedel niet nuttig meer zijn. Dit zegt echter niets over de prijs die daarvoor moet worden betaald. En de interpretatie, dat met de termijn ook de overige aspecten van de beëindiging zijn bedoeld is daarom niet sterker dan die welke een meer beperkte uitleg daaraan geeft en de eventuele schadeplichtigheid op grond van voortijdige beëindiging op grond van andere aspecten van het ontslagrecht onverlet laat. Niet moet worden vergeten, dat het bij die schadeplichtigheid slechts gaat om een bedrag, waarvan tevoren reeds vaststaat hoeveel het bedraagt indien in strijd met het recht van de ander wordt beëindigd. Dat bedrag loopt niet meer op, gelijk bij het loon gedurende de tijd dat de dienstbetrekking na het faillissement nog voortduurt wel het geval is. Voor dit bedrag is de werknemer crediteur als de andere crediteuren, zij het dat de wet bepaalt, dat dit boedelschuld is.[15] Hem in dit opzicht tekort doen had een meer expliciete toelichting gevergd dan de wetgever, ook al schreef men toen 1893, heeft gegeven.

Op de belangrijke vraag of de kwalificering tot boedelschuld ook betrekking heeft op andere posten dan het loon over de opzeggingstermijn of het equivalent daarvan aan schadevergoeding kan verschillend worden geantwoord. Voor een bevestigende beantwoording kan een beroep worden gedaan op de omstandigheid, dat de wetgever zwijgt. Een ontkennende beantwoording zou kunnen steunen op het kennelijke doel dat de wetgever voor ogen moet hebben gestaan toen hij voorschreef, dat het loon onmiddellijk en bij voorrang door de curator uit de boedel moet worden voldaan: de acute nood bij de werknemers zoveel mogelijk afwenden. Echter staat geenszins vast dat de wetgever dit ook niet bedoeld zou hebben voor de overige financiële gevolgen van ontslagregelingen. Een en ander afwegend neig ik daarom tot een bevestigende beantwoording.

Uit de omstandigheid dat ten tijde van het totstandkomen van de Faillissementswet nog het oude artikel 1639 gold volgens hetwelk 'derhalve aan een "meester" was toegestaan "ten allen tijde" weg te zenden, zij het met verplichting tot betaling van loon gedurende zes weken vanaf de dag van wegzending' leidt de rechtbank te Den Haag af, dat art. 40 Fw. daarbij aansluiting zocht.[16] De rechtbank ziet daarbij echter voorbij, dat de woorden 'te allen tijde' in art. 40 Fw. niet zijn opgenomen, zodat de stelling kan worden omgedraaid.

Moet men dan niet, gelijk de rechtbank te Den Haag in 1913, tot het oordeel komen, dat, nu de wet de curator tot eenzijdige beëindiging van de dienstbetrekking toelaat, deze volkomen rechtmatig geschiedt en daarom niet tot schadeplichtigheid aanleiding kan geven?[17] Ik acht die gevolgtrekking niet dwingend. Zij is gebaseerd op de veronderstelling, dat de werkgever van 1893 een sluitende regeling heeft gegeven. Hiervoor meen ik te hebben aangetoond, dat in de met betrekking tot dit punt verwarde situatie van de laatste decennia van de vorige eeuw door de wetgever slechts deze helderheid is gebracht, dat de curator na faillissement steeds met een termijn van zes weken of minder zou kunnen beëindigen. Meer niet!

Een beperkende interpretatie behoort mijns inziens tot de mogelijkheden. Deze gevolgtrekking krijgt betekenis tegen de achtergrond van ongelukkigerwijs mislukte pogingen om art. 40 Fw. te versoepelen. Zie hierna onder 12, 13 en 14.

Een beperkende interpretatie dus, aangezien art. 40 Fw. een inbreuk vormt op het contract van partijen bij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en op een zich ontwikkelend ontslagrecht dat aan een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een schadeloosstelling was gaan verbinden. Een dergelijk artikel mag naar mijn mening niet worden uitgebreid buiten wat zijn uitdrukkelijke bewoordingen toelaten, tenzij daarvoor zwaarwichtige redenen zijn aan te voeren. Die zijn niet gelegen in het bezwaar dat de overige crediteuren hiervan ondervinden, aangezien de vordering van de werknemer op wat hem toekomt wegens schadeplichtigheid niet de mindere is van hun vorderingen.

## 7 De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907

Bij het totstandkomen van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 onderging art. 40 Fw. een redactionele wijziging. Een redactionele wijziging, niet meer. Terwijl toch de wetgever van 1907 zich uitdrukkelijk heeft bezig gehouden met zaken als de eenzijdige opzegbaarheid, het tijdstip en de termijn van de eenzijdige beëindiging, de schadeplichtigheid. Van deze wetgever, die in zijn algemeenheid zo zorgvuldig en afwegend is tewerkgegaan, had mogen worden verwacht dat hij een artikel als 40 Fw. van een sluitende redactie zou hebben voorzien. Dat dit niet is geschied kan tweeërlei betekenen: of de wetgever heeft de problemen niet gezien of hij heeft ze wel gezien maar een bepaalde oplossing in het hoofd gehad. Blijkens de parlementaire stukken is de wetgever op dit punt echter zeer summier zodat naar mijn mening nauwelijks steun voor het ene of het andere standpunt daarin te vinden is.[18] Tot verdediging van de wetgever van 1907 wil ik opmerken, dat de maatschappelijke situatie van de werknemer toentertijd nauwelijks verschilde van die rond 1893. Bijna onmiddellijke opzegbaarheid van de dienstbetrekking was nog steeds meer regel dan uitzondering.

## 8 De wijziging van het ontslagrecht in 1953

De wijziging die de wetgever van 1953 in art. 40 Fw. aanbracht had ten doel de gelijkheid die er tussen de curator en de werknemer bestond ten aanzien van de opzeggingstermijnen te doorbreken ten voordele van de werknemer die voortaan slechts met de 'basis-opzegtermijn' ontslag zou kunnen nemen zodat voor hem de verlenging uit het dienstverband, voortvloeiend uit art. 1639j-1, niet zou gelden. Een verlenging voor de curator boven de zes weken van art. 40 Fw. kwam de wetgever echter niet gewenst voor. 'Inachtneming van de voornoemde verlenging zou medebrengen, dat de arbeiders nog vrij lange tijd op kosten van de crediteuren betaling zouden ontvangen, terwijl doorgaans geen arbeid meer valt te verrichten.' Geen woord echter in de memorie van toelichting over eventuele andere oorzaken van schadeplichtigheid dan de opzeggingstermijn.

In het voorlopig verslag wordt daarop wèl ingegaan. De Commissie voor Privaat- en Strafrecht had zich afgevraagd hoe het zat met het

voorgestelde ontslagverbod tijdens ziekte en militaire dienst. Het lag volgens deze commissie voor de hand dat deze niet zouden gelden bij faillissement en surséance van betaling. Bij sursánce zou reorganisatie snel doorgevoerd moeten worden en daarmee kwam niet overeen, dat de dienstbetrekking van sommige werknemers nog geruime tijd zou moeten worden voortgezet. Het was voor de commissie echter de vraag, of de wet opzegging in deze gevallen zou toelaten.[19]

Het feit dat deze vraag moest worden gesteld is op zich al tekenend voor de onduidelijkheid van art. 40 Fw. Ten tweede denkt ook de commissie er niet aan, dat in ieder geval sinds 1907 de wet in het algemeen de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging kent en de schadeplichtigheid die daaruit ontstaat slechts een kostenfactor vormt waarmee in het faillissement moet worden rekening gehouden.

In de memorie van antwoord schept de regering enige duidelijkheid: 'De bedoeling van het ontwerp is dat de curator in het faillissement van de werkgever in ieder geval moet kunnen opzeggen op de thans in de wet voorkomende termijn van ten hoogste zes weken, ook in geval van ziekte of militaire dienst van de werknemer.'[20]

Dit is duidelijke taal die twijfel omtrent het niet gelden van de ontslagverboden bij faillissement uitsluit. In zijn arrest van 22 mei 1970 beriep de Hoge Raad zich hier dan ook mede op.[21]

De wetgever kan worden verweten dat hij, voor wat betreft de wetssystematiek, niet consequent handelde. Naar aanleiding van het invoeren van de nietigheidssanctie bij de uitbreiding van de ontslagverboden in 1976 meen ik te hebben aangetoond, dat de ontslagverboden feitelijk naar streng recht geregelde gevallen van kennelijk onredelijke beëindiging zijn.[22] De wetgever van 1953 wilde omtrent de onrechtmatigheid daarvan het oordeel van de rechter uitsluiten. De vraag rijst of een consequente houding zou hebben meegebracht dat de wetgever ook de kennelijke onredelijkheidstoetsing bij ontslag na faillissement van de werkgever had uitgesloten. Deze werd echter uitdrukkelijk van toepassing verklaard. Meer hieromtrent in par. 17.

## 9 De uitleg van art. 40 Fw. in literatuur en jurisprudentie

De mij bekende schrijvers zijn over art. 40 Fw. op een enkele uit-

zondering na zeer beknopt en unaniem. Die unanimiteit bestaat hierin dat bijna allen art. 40 Fw. zien als een beperking van ook andere ontslagregels dan enkel de voorgeschreven termijn van opzegging.[23] Pregnant zegt Meijers het aldus: 'Deze termijn is als uiterste opzeggingstermijn bedoeld (. . .)'. Een opmerking die de Hoge Raad moet hebben geïnspireerd bij zijn arrest van 22-5-1970.[24]

Slechts Kamphuisen is een enigszins afwijkende opvatting toegedaan. 'De bevoegdheid tot opzegging bestaat "in elk geval", dus ook in geval van ziekte of militaire dienst van den arbeider; daarentegen derogeert art. 40 F. niet aan de bepalingen omtrent kennelijk onredelijk ontslag, al zal de rechter niet spoedig aannemen, dat de curator kennelijk onredelijk heeft gehandeld.

Wat betreft het tijdstip, waartegen kan worden opgezegd meen ik, dat hier, evenals bij art. 1639v, rekening moet worden gehouden met het bepaalde in art. 1639h lid 1: nu de wet zich niet uitspreekt zal men laatstgemeld, algemeen geldend, voorschrift toepasselijk moeten achten en dit te meer, nu het in het belang van de arbeider is, dat hij ontslagen wordt tegen een tijdstip, dat het hem mogelijk maakt aansluitend werk te vinden.'[25] Uit dit citaat blijkt dat ook Kamphuisen de woorden 'in elk geval' betrekt op de omstandigheden waaronder de dienstbetrekking eindigt en niet, gelijk ik betoog, op de soort dienstbetrekking die wordt beëindigd. Afwijkend is hij slechts daarin, dat hij betoogt, dat de curator niet tegen elk tijdstip mag beëindigen maar rekening moet houden met de algemeen geldende regels terzake die de wet stelt.

Kamphuisens gedachtengang inspireerde kennelijk de advocaat van een werknemer van het in de zestiger jaren door wanbeheer in een toestand van faillissement geraakte bedrijf Van Heijst. Bij de (plv.) kantonrechter te Den Haag had deze daarmee nog succes ook. Mijns inziens niet ten onrechte. De kantonrechter overwoog:

'dat Wij, gelet op het systeem van de wet en het zwijgen in artikel 40 Faillissementswet over een derogatie aan bovenvermeld sub 1 genoemde, in artikel 1639h B.W. neergelegde voorschrift, geen termen aanwezig achten om dit voorschrift van artikel 1639h B.W. in een geval als het onderhavige buiten toepassing te laten;

dat het ook uit maatschappelijk oogpunt aanbeveling verdient om arbeidsovereenkomsten van maandloners te doen eindigen tegen de eerste dag van een maand.'[26]

De rechtbank te Den Haag dacht er evenwel anders over:

'dat immers, naar het oordeel der Rechtbank, de wetgever in

artikel 40 der Faillissementswet met de woorden "in elk geval" duidelijk te kennen heeft gegeven dat ook de curator steeds kan volstaan met een opzeggingstermijn van zes weken, en niet aannemelijk is dat de wetgever, zonder zulks uitdrukkelijk te bepalen, de bedoeling heeft gehad dat deze termijn van zes weken door de toepassing van artikel 1639h van het Burgerlijk Wetboek moet worden verlengd, eventueel - zoals in het onderhavige geval - met ongeveer vier weken, en zelfs met een langere periode indien de overeenkomst tussen de werkgever en de arbeider of het toepasselijke reglement zulks zou mede brengen;

dat terwijl titel 7A van Boek III van het Burgerlijk Wetboek regelt de afweging van belangen van de werkgever enerzijds en de arbeider anderzijds, in artikel 40 Faillissementswet een regeling wordt gegeven van de tegenstrijdige belangen van de arbeider enerzijds en de overige crediteuren in het faillissement anderzijds, en het alleszins redelijk is dat de wetgever, bij de laatstgenoemde belangenafweging, heeft bepaald, dat de failliete boedel nooit meer dan zes weken loon als boedelschuld behoeft te dragen;

O. dat ook de wetsgeschiedenis pleit tegen de opvatting, dat de wetgever in artikel 40 Fw. slechts zou hebben willen derogeren aan het bepaalde in artikel 1639-i en volgende Burgerlijk Wetboek omtrent de bij opzegging van een arbeidsovereenkomst in acht te nemen termijn en niet aan het bepaalde in artikel 1639-h Burgerlijk Wetboek omtrent de dag waartegen een arbeidsovereenkomst mag worden opgezegd;

dat immers de Faillissementswet dateert van 1893;

dat ons Burgerlijk Wetboek toen nog bevatte een artikel 1639 luidend: "Dienst- en werkboden mogen, indien zij voor eennen bepaalden tijd gehuurd zijn, zonder wettige redenen hunnen dienst niet verlaten, noch uit denzelven worden weggezonden, voordat de tijd verstreken zij.

Indien zij binnen den bepaalden of gewonen huurtijd der dienst, zonder wettige redenen, verlaten, verbeuren zij het verdiende loon.

De meester is echter bevoegd om hen ten allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen, weg te zenden, doch hij is, in dat geval, verplicht aan hen, behalve het verschenen loon, tot schadeloosstelling te betalen zes weken, te rekenen van den dag waarop zij uit den dienst zijn gezonden.

Indien de huur voor eenen korteren tijd dan zes weken is aangegaan, of minder dan zes weken te loopen heeft, hebben zij, in dat geval, recht op het volle loon".

O., dat het volgens dit artikel derhalve aan een "meester" was toegestaan "ten allen tijde" weg te zenden, zij het met verplichting tot betaling van loon gedurende zes weken vanaf de dag van wegzending.

O., dat hierop geheel aansluitend in 1893 artikel 40 der Fw. kwam te luiden:

"Alle bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde, kunnen hunne betrekking opzeggen en hun kan wederkeerig door den curator hunne betrekking opgezegd worden, met inachtneming van de gebruikelijke of overeengekomen termijnen, met dien verstande echter dat een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn. Van den dag der faillietverklaring af is het salaris boedelschuld."

O., dat bovendien nog blijkens de geschiedenis (v.d. Feltz I: Geschiedenis der Wet op het Faillissement, p. 429) op een desbetreffende vraag "of men dan werkman, die bij den dag of bij de week is in dienst genomen of die op stukwerk arbeidt, dus ook bij den dag of bij de week of terstond kan ontslaan" geantwoord is "Art. 1639 Burgerlijk Wetboek blijkt voor de daarin genoemde personen van toepassing voor zoverre noch door den curator, noch door den mede-contractant des gefailleerden gebruik wordt gemaakt van het in artikel 40 toegekende recht van opzegging. Wordt daarvan gebruik gemaakt, dan is er geen verder loon verschuldigd, dan tot op het tijdstip, waarop ingevolge de opzegging de dienstbetrekking eindigt."

O., dat het derhalve aan geen twijfel onderhevig is, dat in 1893 de curator een persoon in dienst van de gefailleerde kon opzeggen met als uiterste verplichting, dat een termijn van zes weken vanaf de dag van opzegging in acht zou worden genomen;

dat noch bij de wijziging van het Burgerlijk Wetboek in 1907 op het stuk van de arbeidsovereenkomsten noch ook bij één van de wijzigingen nadien van het Burgerlijk Wetboek of de Faillissementswet de wetgever blijk heeft gegeven op deze afweging van belangen tussen arbeiders in dienst van de gefailleerde werkgever enerzijds en de overige crediteuren in het faillissement anderzijds te willen terugkomen.'[27]

Een motivering die ik, anders dan Vos in zijn noot, niet sluitend vind. Art. 40 Fw. dwingt er mijns inziens niet toe aan te nemen, dat nimmer meer dan zes weken boedelschuld na opzegging ten laste van de overige crediteuren komt. Dat de wetgever van 1893

ervoor heeft gekozen om ook voor anderen dan hen die onder art. 1639 (oud) vielen de in dat artikel vermelde opzeggingstermijn van zes weken van toepassing te verklaren op de opzegging door de curator, hoeft nog niet te betekenen, dat deze wetgever daarmee ook de andere aspecten die aan de opzegging krachtens art. 1639 (oud) verbonden waren, heeft willen overnemen. Die inbreuk op rechten gaat veel verder en had meer en betere motivering gevraagd dan thans is gegeven. Immers, de wet zwijgt daaromtrent, gelijk Kamphuisen en in zijn voetspoor de kantonrechter vaststelt. In ieder geval is de wetsgeschiedenis op dit punt uiterst onduidelijk en daarmee onzeker. Van een uitzonderingswetgeving, als art. 40 Fw. toch is, mag worden verlangd, dat zij expliciet is omtrent in hoeverre zij uitzondert. De opmerking van Vos, dat de Faillissementswet een ander systeem heeft gekozen dan dat van het B.W. is op zich dus wel juist maar ontoereikend. Dat latere wetgevers de vermelde onduidelijkheid hebben laten voortbestaan dient hun te worden aangerekend. Hun opvatting is intussen slechts daar doorslaggevend waar zij wettelijke regelingen tot stand brachten. Ik kom daarop in een volgende paragraaf terug.

Bovenvermelde procedure werd tot de Hoge Raad voortgezet die daarmee voor het eerst in de gelegenheid was zijn standpunt over de strekking van art. 40 Fw. te verwoorden.[28]

Ver daarvoor hadden de rechtbank te Den Haag en die te Rotterdam de gelegenheid gehad zich daaromtrent uit te laten. Zij deden dat in deze zin, dat de zes weken van art. 40 Fw. werden omschreven als norm van wat de curator terzake van de opzegging maximaal diende te betalen zonder dat een opzegging tegen een bepaalde dag werd vereist[29] of anderszins kon worden bedongen.[30] Interessant daarbij is, dat de rechtbank te Den Haag van oordeel was, dat door het faillissement van de werkgever de dienstbetrekking voor bepaalde tijd dan wel niet er een werd voor onbepaalde tijd maar dat wel de ontslagregels terzake van die laatste behoorden te worden toegepast. De rechtbank te Utrecht bleek in een later stadium van opvatting, dat er door het faillissement een omzetting had plaats gevonden van bepaalde naar onbepaalde duur van de dienstbetrekking.[31] Ik kom daarop in een der volgende paragrafen terug.

In het arrest van 22-5-1970 had de werknemer doen aanvoeren, dat art. 40 Fw. 'naar zijn duidelijke tekst uitsluitend beoogt om in gevallen, dat bij een arbeidsovereenkomst voor de werkgever

een opzeggingstermijn van langer dan zes weken geldt, aan de curator in het faillissement van de werkgever het recht te verlenen de dienstbetrekking aan de arbeider in elk geval op te zeggen met inachtneming van een opzeggingstermijn van (slechts) zes weken, zodat deze wetsbepaling, welke niet uitdrukkelijk derogeert aan art. 1639h B.W., geheel onverlet laat de gelding van laatstgenoemde bepaling, dat een dienstbetrekking slechts kan worden opgezegd tegen de dag of tegen één der dagen, bij overeenkomst of reglement of door het gebruik daarvoor aangewezen, terwijl evenmin aan het feit, dat art. 40 zoals dit bij de totstandkoming in 1893 van de Fw. luidde, aan de curator van de gefailleerde werkgever het recht gaf de werknemer in elk geval met een termijn van zes weken vanaf de dag der opzegging te ontslaan, een wetshistorisch argument kan worden ontleend voor de stelling, dat ook nà de wijziging van het B.W. in 1907 op het stuk van de arbeidsovereenkomsten die termijn in het toen tevens gewijzigde art. 40 als een uiterste termijn is blijven gelden, vermits immers juist toen de wetgever ter zake van de beëindiging van een arbeidsovereenkomst door opzegging op een nieuw systeem is overgegaan, waarin voor een rechtsgeldige beëindiging van deze overeenkomst niet alleen is vereist inachtneming van de geldende opzeggingstermijn, doch tevens opzegging tegen de in art. 1639h B.W. bedoelde dag, en uit de geschiedenis der totstandkoming van de gewijzigde wet niet kan blijken, dat de wetgever op dit nieuwe systeem inbreuk heeft willen maken in geval van opzegging der dienstbetrekking door de curator van de gefailleerde werkgever (. . .).'

De Hoge Raad overwoog: 'dat echter noch uit de (. . .) bewoordingen van art. 40, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 13 juli 1907 blijkt, dat de wetgever beoogde aan de in het artikel genoemde termijn van zes weken de betekenis van een uiterste termijn voor het voortduren van de dienstbetrekking na opzegging te ontnemen;

dat – mede gelet op het feit dat de wetgever er niet toe overging in art. 40 voor de arbeidsovereenkomst een regeling op te nemen als die, welke krachtens art. 39 Fw. gold voor de huurovereenkomst, waarvoor uitdrukkelijk is bepaald dat moet worden opgezegd zowel tegen een bepaald tijdstip als met inachtneming van een bepaalde opzeggingstermijn – aangenomen moet worden dat de vorenbedoelde wijziging ten doel had de woordkeus van art. 40 in overeenstemming te brengen met die, welke in de voorschriften betreffende de arbeidsovereenkomst werd gebezigd zonder de be-

tekenis van de in het artikel genoemde termijn van zes weken te veranderen;

dat de opvatting van de Rb. bovendien steun vindt in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 17 dec. 1953, Stb. no. 69, waarbij aan de eerste zin van art. 40 zijn toegevoegd de woorden "en dat bij opzegging door arbeiders het bepaalde in artikel 1639j, eerste lid B.W., niet in acht behoeft te worden genomen", naar aanleiding waarvan in de M.v.A. bij het desbetreffende wetsontwerp is vermeld, dat de woorden "in elk geval" in art. 40 duidelijk doen zijn dat deze bepaling afwijkt van de bepalingen omtrent opzegging in het B.W. (. . .).'[32]

De Hoge Raad herhaalde dit standpunt in zijn arrest van 5-12-1975 waarin hij ondermeer overwoog, dat de regeling van art. 40 Fw., 'die kan meebrengen dat, zo de instandhouding van de dienstbetrekking niet in belang van de boedel is, de arbeider kan worden ontslagen op een kortere termijn dan uit de overeenkomst of de wettelijke termijnen van opzegging voortvloeit, door de wetgever aldus is getroffen teneinde te vermijden dat de boedelschulden ten detrimente van de overige faillissementscrediteuren zouden oplopen tot een door de wetgever niet verantwoord geachte hoogte en aldus berust op een afweging van het belang van de betrokken werknemers en dat van de faillissementscrediteuren, welke afweging bij de Wetten van 17 dec. 1953, Stb. 619, en van 30 mei 1968, Stb. 270 (. . .) telkens opnieuw onder ogen is gezien; (. . .).'[33]

## 10 Is een beperkende interpretatie van art. 40 Fw. mogelijk?

De vraag rijst of een beperkende interpretatie van art. 40 Fw. nog tot de mogelijkheden behoort. Een eerste opmerking die ik daaromtrent wil maken is, dat de literatuur en jurisprudentie mij niet hebben kunnen overtuigen. De geschiedenis van de totstandkoming van dit artikel van de Faillissementswet is zo beknopt en zo onduidelijk, dat het een zowel als het andere te verdedigen valt: de woorden 'in elk geval' kunnen zowel op de omvang van de verplichting van de curator slaan als op de categorieën dienstbetrekkingen die art. 40 Fw. bestrijkt.

De laatste hiervoor geciteerde overweging van de rechtbank te Den Haag in zijn uitspraak van 17-6-1969, die de Hoge Raad in zijn

daaropvolgende arrest van 22-5-1970 heeft overgenomen, namelijk, dat latere wetgevers geen blijk hebben gegeven een andere afweging van belangen te hebben gewild dan die welke inmiddels gemeengoed was geworden, verdient bespreking. Aan de opvatting van een latere wetgever behoort inderdaad dwingende kracht toe te komen in zoverre hij aan die opvatting vorm geeft in nieuwe wettelijke regels. Maar verder niet. 'Eene wet kan alleen door eene latere wet, voor het geheel of gedeeltelijk, hare kracht verliezen'.[34] Aan de opvatting van de wetgevers van 1907 en later, hoe belangrijk op zichzelf ook, komt geen doorslaggevende betekenis toe voorzover die opvatting niet heeft geleid tot wetswijziging. Die wetswijziging wil ik slechts aannemen bij de ontslagverboden aangezien de wetgever daaromtrent duidelijk heeft gesteld, dat deze niet voor de curator gelden. Reeds de wetgever van 1907 was naar mijn mening op het punt van art. 40 Fw. het spoor bijster geraakt. Ook de Hoge Raad gebruikt de overweging, dat de wetgevers van 1907 en later niet op de afweging van belangen zoals die in 1893 is geschied hebben willen terugkomen, slechts als een hulpargument.

Het komt er uiteindelijk dus op neer hoe men wat er in 1893 geschied is interpreteert, hoe men de woorden 'in elk geval' uitlegt. Of men deze woorden betrekt enkel op de groep dienstbetrekkingen waartoe de regeling zich uitstrekt of ook op de omvang van de betalingsverplichtingen van de curator.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 40 Fw. komt naar voren, dat de wetgever de opzeggingsmogelijkheden die art. 1639 (oud) B.W. voor 'lagere' dienstbetrekkingen kende aan de curator in een faillissement heeft willen toekennen ten aanzien van alle werknemers: in het faillissement van hun werkgever worden alle werknemers voor wat betreft de termijn van opzegging van hun dienstbetrekking gelijkgeschakeld met de dienstbode. Hieruit leid ik af, dat de woorden 'in elk geval' in elk geval daarop betrekking hebben.

De vraag die blijft is of deze woorden ook slaan op andere ontslagrechtelijke regels dan de termijn van opzegging. Ik meen van niet. In de memorie van toelichting stelde de regering: 'De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om de boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten (. . .)'. Deze overweging heeft steeds betrekking op de opzeggingstermijn. Had de wetgever met art. 40 Fw. ook andere ontslagrechtelijke gevolgen van

de voortijdige beëindiging willen kortsluiten, dan had hij dit, nu het een verkorting van rechten van de in het algemeen zwakste partij en daarmee de meest beschermwaardige groep betreft, uitdrukkelijk moeten aangeven. Hij had alle gelegenheid om bv. de woorden 'te allen tijde' uit art. 1639-3(oud) over te nemen. Art. 40 Fw. is voor het verbintenissenrecht en daarmee ook voor het arbeidscontractenrecht een lex specialis en behoort dáárom, dat het inbreuk maakt op contractuele en uit het verbintenissenrecht voortvloeiende rechten, niet ruimer te worden uitgelegd, dan de wetgever uitdrukkelijk heeft aangegeven. Twijfel behoort in het voordeel van de werknemers te werken. Dat de wetgever hier heeft nagelaten wat hij in artikel 39 Fw. ten aanzien van het huurcontract wel deed, het tijdstip waartegen kan worden opgezegd regelen, wordt naar mijn mening ten onrechte door de Hoge Raad als argument gebruikt.

'Het klinkt sommigen wellicht wat cru in de oren om de arbeid op gelijke voet te stellen met de andere produktiefactoren die immers ook hun prijs hebben. Binnen de bestaande economische orde, en met name binnen het op de markt geörienteerde deel daarvan, is dit echter een noodzakelijkheid, tenzij men de "ongeprijsde" produktiefactoren het kind van de rekening wil laten worden.'[35]

In het algemeen verkeert de werknemer – ik laat hierbij de werknemersverzekeringen buiten beschouwing omdat ze in beginsel buiten het probleem staan –, doordat hij niet als de overige crediteuren van de failliet zijn risico's heeft kunnen spreiden maar gedwongen is voor zijn dagelijks brood zijn arbeid in dienst van een ander te verrichten, in een meer kwetsbare en daarom meer beschermwaardige positie dan die overige crediteuren. Het is daarom niet voldoende dat hij een behandeling krijgt die gelijk is aan die van de overige crediteuren: hij behoort bevoorrecht te worden. Afgezien van de preferentie van art. 1195-6° doet art. 40 Fw. dat door de loonvordering vanaf de faillietverklaring boedelschuld te doen zijn. Voor het overige offert dit artikel, vooral in de gangbare ruime uitleg, de belangen van de werknemer op aan die van de overige crediteuren. Het doet daarom in zoverre, gezien vanuit het ontslagrecht, precies het omgekeerde van wat het zou behoren te doen en behoort, omdat het een uitzondering vormt op het vooral de werknemer beschermende ontslagrecht, indien en inzoverre dat mogelijk is, beperkend te worden uitgelegd.

Hieraan wil ik nog het volgende toevoegen. Naar mijn mening betekent het bestaan van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de werknemer, indien hij na het uitspreken van het faillissement van de werkgever gebruik maakt van het hem door art. 40 Fw. toegekende recht tot beëindiging van de dienstbetrekking met een termijn van maximaal zes weken, dat ook hij schadeplichtig wordt tegenover de boedel. Hij zal dus minder geneigd zijn dit te doen. Anderzijds zal ook de curator zo mogelijk eerst de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzeggen en pas daarna die met een bepaalde-tijd-overeenkomst. Dit laatste brengt immers meer nadelige gevolgen voor de boedel met zich. Aldus wordt recht gedaan aan de bedoeling van de wetgever met de bepaalde-tijd-overeenkomst: meer zekerheid voor beide partijen, dat het contract waarvan het eindtijdstip in onderling overleg is bepaald, niet door een der partijen voortijdig zal worden beëindigd.

Wanneer mijn hierboven vermelde conclusie zou worden gedeeld behoort een eigentijdse uitleg van art. 40 Fw. tot de mogelijkheden. Evenwel blijft ook dan de beperking in de opzeggingstermijn die art. 40 Fw. onbetwistbaar bepaalt. Een beperking die naar mijn mening niet meer van deze tijd is.

Degenen die ik niet heb vermogen te overtuigen heb ik, naar ik hoop, duidelijk gemaakt, dat het fundament voor de gangbare ruime uitleg van art. 40 Fw. betwistbaar is.

Het is te betreuren, dat de Kamer in 1968 de kans voorbij heeft laten gaan het artikel aan de opvattingen van deze tijd aan te passen. In par. 12 e.v. ga ik daarop verder in.

Art. 40 Fw. zou er naar mij dunkt zo uit moeten zien dat het, de belangen van de werknemers tegen die van de crediteuren afwegende, de curator bindt aan wat wettelijk en bij c.a.o. is vastgelegd aan rechten van de werknemer. In beginsel zou hetzelfde moeten gelden voor wat tussen individuele contractspartijen is overeengekomen. Om uitwassen tegen te gaan zou hier een matigingsbevoegdheid voor de rechter kunnen worden geregeld.

## 11 Omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde in een voor onbepaalde tijd?

Een aspect dat in dit verband nog bespreking behoeft is, dat in de opvatting, dat art. 40 Fw. in het noemen van de opzeggingstermijn van zes weken uitputtend is, het fenomeen zich voordoet, dat de dienstbetrekking voor bepaalde tijd er na het uitspreken van het faillissement een geworden is tegelijk voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. Meijers vindt het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden.[36] Hij verwijst naar de Rb. Utrecht 27-10-1920.[37] Ik ben het niet met hem eens. Het is immers niet zo dat de curator moét opzeggen. Hij màg het, indien hem dit gunstig voor de boedel lijkt. Hij kan haar echter ook laten voortduren totdat de tijd waarvoor zij is afgesproken is verstreken. Hier zou dan sprake zijn van een arbeidsovereenkomst met een zogenaamde maximumduur: een overeenkomst die in ieder geval op een bepaalde tijd eindigt zo zij niet eerder al door een der partijen is beëindigd. Van der Grinten houdt met deze tussenvorm rekening. Hij relateert haar overigens slechts aan de partijwil, aan de contractsvrijheid.[38] Ik bestrijd haar bestaan omdat de wet deze vorm niet kent en ermee tekort wordt gedaan aan de overeenkomst voor bepaalde tijd.[39] Op deze plaats wil ik daaraan slechts een enkel woord wijden. Elders hoop ik op dit probleem uitvoeriger te kunnen ingaan. Mijns inziens doet het beding van de maximumduur de dienstbetrekking niet van rechtswege eindigen indien die duur verstreken is. Het is naar mijn mening niet meer dan een intentieverklaring die bij de toetsing van de eenzijdige beëindiging door directeur G.A.B. en rechter een rol kan spelen. De overeenkomst voor bepaalde tijd kent een vastlegging van het einde van de dienstbetrekking maar geeft in ruil daarvoor de zekerheid, dat voortijdige beëindiging het karakter van schadeplichtigheid zal dragen. Die zekerheid ontbreekt in de arbeidsovereenkomst met een eindtermijn. Ik houd daarom vast aan de tweedeling die de Wet op de arbeidsovereenkomst hanteert: de arbeidsovereenkomst is of voor bepaalde of voor onbepaalde tijd.

Een omzetting van een arbeidsovereenkomst van bepaalde in een voor onbepaalde tijd is een dermate bijzonderheid dat van de wetgever verwacht had mogen worden, ook van die van 1893, dat hij daaraan aandacht besteedt. Dat dit in het geheel niet is geschied pleit ervoor aan te nemen, dat het karakter van bepaalde-tijd-over-

eenkomst niet is verloren gegaan door het recht om op te zeggen dat de wetgever aan de curator toekende. Het voortijdig karakter van die opzegging brengt, nu de wetgever het tegendeel niet uitdrukkelijk regelt, schadeplichtigheid met zich.

In zijn eerder vermeld vonnis van 3-2-1913[40] overwoog de Haagse rechtbank, dat weliswaar de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door het faillissement van de werkgever er niet een is geworden voor onbepaalde tijd maar een tot wederopzegging, die door de wet wordt gelijkgesteld met een voor onbepaalde tijd. Naar mijn oordeel brengt dit de rechtbank niet waar zij wezen wil aangezien sinds 1909 art. 1639g bepaalde dat voor opzegging de twee volgende artikelen in acht moesten worden genomen. In het eerstvolgende artikel zien wij bepaald, dat de opzegging slechts mag geschieden tegen een dag door overeenkomst of gebruik daartoe aangewezen (art. 1639h). Dit leidt er m.i. toe, dat de curator de dienstbetrekking voor bepaalde tijd, zelfs als men haar na het faillissement van de werkgever als een tot wederopzegging zou beschouwen, slechts 'regelmatig' zou mogen opzeggen tegen het overeengekomen tijdstip. Elke eerdere opzegging maakt schadeplichtig. Maar tegen het eindtijdstip is geen opzegging meer nodig aangezien dan de dienstbetrekking van rechtswege al eindigt. Dit maakt duidelijk, dat de regeling voor de dienstbetrekking tot wederopzegging slechts bedoeld is voor de arbeidsovereenkomst waarbij uitdrukkelijk voorafgaande opzegging is bedongen. Dat geval doet zich hier niet voor.

## 12 De wijziging van art. 40 Fw. in 1968

In 1968 werden enige wijzigingen aangebracht in ondermeer art. 1639j met betrekking tot de opzeggingstermijn die moet worden in acht genomen ten aanzien van werknemers ouder dan 45 resp. 50 jaar die nog niet de 65-jarige leeftijd hebben bereikt.[41, 42]

Voor ouderen dan 50 jaar met een dienstverband dat meer dan een jaar heeft geduurd werd een minimum opzeggingstermijn van kracht van 3 weken. Dit minimum heeft slechts functie in die gevallen dat de tijd tussen de opeenvolgende uitbetalingen van het loon korter is dan dit tijdvak. De opbouw van de opzeggingstermijn voor werknemers vanaf 45 jaar werd verbeterd in die zin, dat voor de werkgever ging gelden een termijn van twee weken voor ieder jaar dat de dienstbetrekking zou hebben geduurd. Het maxi-

mum werd gesteld op 13 weken. Op deze wijze zou een 58-jarige werknemer de maximumtermijn van 26 weken kunnen hebben inverdiend.

Het regeringsontwerp, nr. 9010, bevatte niet een wijziging van art. 40 Fw. In de memorie van toelichting werd dat gemotiveerd met de overweging, dat zulks een aanzienlijke lastenverzwaring met zich zou brengen die door de overige crediteuren van de failliet zou moeten worden gedragen. Daarvoor gaf de memorie van toelichting wel een alternatief. Voor de eerste maal opperde de regering (door de pen van de minister van Justitie Struycken) de mogelijkheid om de gevolgen voor de werknemers van het faillissement van hun werkgever op te vangen in de sfeer van de sociale verzekering.

Het voorlopig verslag noemde het 'inkorten' van de opzeggingstermijn in art. 40 Fw. tot zes weken een weinig fraaie figuur. Vele leden waren de mening toegedaan, dat een en ander zo zou moeten worden opgelost dat de werknemer zijn recht op de verlenging van de opzeggingstermijn zou behouden. Een gedeelte daarvan zou uiteindelijk niet door de failliete werkgever maar door andere instanties moeten worden gedragen.

Tijdens de kamerbehandeling van het wetsontwerp 9010 handhaafde minister van Justitie Polak aanvankelijk zijn bezwaren tegen de opvatting van de Kamer. In een later stadium deed hij echter water bij de wijn. Wel bleef hij weigeren om in zijn algemeenheid af te stappen van de zes weken-termijn van art. 40 Fw., 'die bovendien boedelschuld is'. Maar hij vond toch ook dat deze voor oudere werknemers te hard en te kort was, aangezien juist zij door een faillissement het zwaarst worden getroffen. Aldus werd slechts ten aanzien van werknemers ouder dan 45 jaar de maximum opzeggingstermijn van zes weken in art. 40 Fw. verlengd tot maximaal 19 weken volgens de methode van art. 1639j-2 B.W.[43]

## 13 De poging tot verruiming van de zes weken-termijn van art. 40 Fw.

Tijdens de in de vorige paragraaf vermelde behandeling van wetsontwerp 9010 in de Tweede Kamer had de heer Wiebenga (PSP)

gepleit voor een integrale toepassing van de burgerlijkrechtelijke opzeggingstermijnen bij opzegging door de curator na faillissement van de werkgever. Een daartoe strekkend amendement had hij wel overwogen maar uiteindelijk niet ingediend, waarschijnlijk beïnvloed door hetgeen de heer Boertien (ARP) daarna mede namens de fracties van KVP, PvdA en D'66 opmerkte: 'Artikel 40 van de Faillissementswet wordt ten behoeve van de oudere werknemers aangevuld met soortgelijke bescherming als in artikel 1639j, tweede en derde lid. Als er nu in de toekomst een regeling, niet alleen voor achterstallig loon, maar ook voor loon tijdens de opzegtermijn, via het Werkloosheidsfonds tot stand zou komen - ik dacht aan een regeling gelijk thans voorgesteld in wetsontwerp 9515 - lijkt het ons aan te bevelen, alsnog dàn artikel 40 van de Faillissementswet te bekijken. Dit artikel wordt nu alleen gewijzigd met het oog op de oudere werknemer. Het zou dan verder kunnen worden aangepast aan de dan tot stand gekomen nieuwe regeling. Ik zou de Minister willen vragen, wat hij van deze gedachte denkt. In het algemeen is het gewijzigde ontwerp van wet, stuk nr. 7, voor het heden voor ons in algemene trekken aanvaardbaar'.[44] Hiermee waren de kaarten geschud en was de overwogen motie van Wiebenga een onhaalbare zaak geworden.

Het merkwaardige deed zich voor, dat de minister van Justitie Polak niet op de uitnodiging van de heer Boertien is teruggekomen maar ook de heer Boertien niet meer het woord heeft gevoerd. Inmiddels bleef het voornemen van bovenvermelde vier partijen om bij de behandeling van wetsontwerp 9515 tot aanvulling van de W.W. met de artikelen 42a e.v. 'alsnog dàn artikel 40 van de Faillissementswet te bekijken.'

Dat is inderdaad geschied maar met een voor de werknemers wel zeer onbevredigend verloop. Onbevredigend niet alleen vanwege de ten dele negatieve uitkomst maar vooral vanwege de schijn van onoprechtheid waarmee een en ander is geschied.

De zaken lagen al scheef voordat het debat in de Kamer over wetsontwerp 9515 begon. De SER had in zijn advies nl. niets gezegd over de opzeggingstermijnen. Niet omdat men het vergeten had maar omdat de sociale partners het er niet over eens hadden kunnen worden, aldus mevr. Barendregt.[45, 46] Hierbij wil ik aantekenen, dat de minister (Veldkamp) er in zijn adviesaanvrage van 16-11-1966 ook niet om had gevraagd. Hij sprak daarin slechts over loon en vakantiegeld. De Kamer moest de beslissing brengen want

ook de regering had gezwegen, 'uit hoffelijkheid' naar minister Roolvink in de Kamer opmerkte.[47] Mevrouw Barendregt (PvdA) beet de spits af met o.a. de opmerking 'Het blijft naar onze mening nodig, dat deze wet wordt herzien in de richting van het onderbrengen van de hele opzegtermijn bij artikel 40'.[48] Zij werd daarin slechts ten dele gevolgd door KVP en ARP. Het streven van KVP en ARP was erop gericht te bewerkstelligen, dat in de artt. 42a e.v. W.W. de in art. 40 Fw. reeds vastgelegde opzeggingstermijnen zouden gelden voor de overneming van de betalingsplicht van de werkgever na de opzegging van de dienstbetrekking door de curator en niet de arbitraire vier-weken-termijn die minister Roolvink had voorgesteld. Uit de parlementaire behandeling is vooral de discussie tussen mevr. Barendregt en mevr. van Leeuwen (ARP) van belang omdat deze beide dames de vertolksters waren van de verschillende standpunten die voor de gang van zaken met betrekking tot art. 40 Fw. van belang zijn.[49]

Mevrouw van Leeuwen vermeldde, dat indertijd alleen de heer Wiebenga had gepleit voor het over de gehele linie bij faillissement doen gelden van de wettelijke opzeggingstermijn. Maar de heer Wiebenga had niet een daartoe strekkend amendement ingediend bij gebreke aan kans, zoals hij dat zelf heeft geformuleerd. Dat viel, aldus mevr. van Leeuwen, achteraf wellicht te betreuren, aangezien de Kamer daardoor een kans kon hebben gemist om de gehele wettelijke opzegtermijn in de artt. 42a e.v. mee te nemen. Het is echter achteraf gezien de vraag of zij hierin geheel oprecht was aangezien zij even later verklaarde met dit vraagstuk bepaald nog niet klaar te zijn. 'Het is voor mij nog de vraag, of het toch gewenst is aan te koersen op 26 weken. Zal dit, zeker in combinatie met de voorziening die wij nu gaan treffen, wel tot arbeid prikkelen? Ik zeg doelbewust: prikkelen, want het loon wordt slechts bij onvrijwillige werkloosheid overeenkomstig de tekst van artikel 42a lid 1b uitbetaald. Bovendien zal in een aantal gevallen van faillissement doorgaans geen arbeid meer worden verricht. Zal het na deze 26 weken niet oneindig veel moeilijker worden om zich weer te voegen òf in een arbeidsproces òf in een herscholingssituatie?'

Mevrouw Barendregt: 'Men heeft gezegd, dat de opzegtermijn die nu geldt voor de ondernemer volgens het Burgerlijk Wetboek, waarop de Faillissementswet een beperking geeft, zal leiden tot het niet prikkelen tot arbeid. Deze opzegtermijn zal leiden tot het langer werkloos willen blijven of althans het langer willen blijven teren op de uitkering zonder naar werk te zoeken. Iets van deze strekking heb ik althans begrepen.'

Mevrouw van Leeuwen: 'U gebruikt mijn naam hierbij maar dit is wel een zeer vrije interpretatie van hetgeen ik heb gezegd. U moet dat nog maar eens nalezen in de Handelingen.'

Mevrouw Barendregt: 'Ik heb hier staan: het zal niet tot arbeid prikkelen. Dat heb ik opgeschreven op het ogenblik dat u het zei. Wanneer men dit gaat stellen, is dit een werkelijke aanval op de opzegtermijn, die wij nu hebben bereikt voor de werknemers. Deze opzegtermijn kan voor oudere werknemers inderdaad wel eens lang uitlopen, zelfs tot 26 weken. Ik heb in mijn eerste betoog reeds gesteld, dat hiervoor wel degelijk redenen zijn. Wanneer wij dit willen ondergraven, moeten wij dat niet bij deze wet doen maar op een ander ogenblik. Wij menen nog steeds dat het recht van de werknemer op deze opzegtermijn, dat is vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek, eenvoudig moet blijven gelden bij iedere andere wet, zodat ook hier tijdens de gehele opzegtermijn zou moeten worden uitgekeerd door de bedrijfsvereniging. Wij koppelen hieraan echter wel – indien mijn amendement op dit punt wordt aangenomen, zal ik hierover ook een motie indienen – de noodzaak van wijziging van artikel 40 van de Faillissementswet. Hiertoe is reeds eerder een aanloop genomen door de heer Boertien, die begin maart heeft gesproken namens de KVP en de ARP. Hij heeft dit ook namens D'66 gedaan, maar deze partij houdt zich aan die aanloop, terwijl de KVP en de ARP dat niet doen. Destijds heeft de heer Boertien gesteld, dat bij het wetsontwerp nummer 9515 artikel 40 van de Faillissementswet opnieuw moest worden bezien. Dat dit in dit geval, wanneer wij tot 4 of 6 weken besluiten, niet nodig blijkt en dat de KVP en de ARP daar kennelijk nu pas achter komen, acht ik enigszins vreemd. Zij hebben nu echter afstand gedaan van het aanloopje, dat de heer Boertien toen heeft genomen. Wij doen dit echter niet. Wij stellen nog steeds, dat wij tussen het B.W. en artikel 40 van de Faillissementswet op dit ogenblik een onderscheid constateren wat betreft de mogelijkheid om de opzegtermijn geheel in te brengen en te vorderen.'

Mevrouw van Leeuwen: 'Mijnheer de Voorzitter! Ik wil nog even het woord voeren, omdat mejuffrouw Barendregt nu een en andermaal is teruggekomen op de zaak van de ontslagtermijn. Zij heeft gesteld, dat de KVP en de ARP blijkbaar een ander standpunt innemen. Ik wil nu wel even herhalen, wat ik heb gezegd. Ik heb duidelijk hetgeen de heer Wiebenga indertijd heeft gezegd, naar voren gehaald; voorts heb ik gezegd, dat men het achteraf misschien kan betreuren, dat de Kamer op dat moment, waarbij

ik dus ten volle laat staan hetgeen de heer Boertien namens de gezamenlijke fracties naar voren heeft gebracht, niet verder is gegaan. Dit houd ik staande en los daarvan wil ik zeker evenals mejuffrouw Barendregt op een gegeven moment over artikel 40 van de Faillissementswet gaan praten. Ik heb dit ook in mijn verhaal ingebouwd; ik heb een paar kanttekeningen vanuit sociale overwegingen geplaatst. Voorts heb ik mij afgevraagd, of wij niet eerst met de belanghebbenden moeten gaan praten. Ik heb er dus ook behoefte aan opnieuw over artikel 40 van de Faillissementswet te gaan praten, maar dat is op dit moment nog niet aan de orde. Nú vind ik het logischer om aansluiting te zoeken bij datgene wat er is en daarom heb ik gezegd: Ik betreur het, dat het toen niet is gebeurd.'

Het amendement Barendregt om de curator in het faillissement te verplichten de gehele opzeggingstermijn volgens de artikelen van het B.W.-ontslagrecht in acht te nemen werd verworpen. De Kamer is er sindsdien niet meer op teruggekomen. Art. 40 Fw. bestaat thans nog in ongewijzigde vorm.

## 14 Waarom mislukte voor een belangrijk deel de poging om art. 40 Fw. te wijzigen?

Uit de hierboven opgenomen gedeelten uit de parlementaire behandeling van wetsontwerp 9515 komt een niet mis te verstaan beeld naar voren. Een wijziging van art. 40 Fw. in voor de werknemers van de gefailleerde gunstige zin was meer in zicht dan ooit maar is ook in het zicht van de haven gestrand. Wat kan er de oorzaak van zijn geweest, dat de aanvankelijk betrekkelijke unanimiteit inzake deze kwestie zo snel kon verdwijnen? Er lagen immers maar enkele maanden tussen de dag waarop de heer Boertien zijn hoopvolle mededeling deed en die waarop mevrouw van Leeuwen die hoop vooralsnog de grond in boorde.

Zoals gezegd waren de sociale partners het er in de SER niet over eens kunnen worden. Mede uit de opmerkingen van mevr. Barendregt, later bevestigd door minister Roolvink[50], denk ik te mogen afleiden, dat er zowel praktische als principiële bezwaren bestonden tegen een overneming door de bedrijfsvereniging van de betalingsverplichting van de werkgever over een termijn gelegen na de opzegging van de dienstbetrekking. Deze kunnen van dien aard

geweest zijn dat, nu de minister zelf in zijn adviesaanvrage dit probleem niet aan de orde had gesteld, er terwille van de snelheid waarmee moest worden geadviseerd – een unaniem advies hoefde niet door de voltallige SER te worden vastgesteld maar kon door de commissie sociale verzekeringen rechtstreeks worden uitgebracht – niet op in is gegaan. In dit verband denk ik ook aan mogelijke principiële bezwaren om de verplichting tot het betalen van door de werkgever verschuldigde schadeloosstellingen ten laste van het uitvoeringsorgaan van de Werkloosheidswet te brengen alsmede aan de omstandigheid dat, zoals de minister in zijn adviesaanvrage suggereerde, in verschillende bedrijfstakken de oprichting van bijzondere fondsen met dit doel werd overwogen en men die initiatieven niet wilde doorkruisen. Deze verdeeldheid in het bedrijfsleven zal, naar ik veronderstel, wel een uitstraling hebben gehad naar de volksvertegenwoordiging. Waarop ARP en KVP 'om' zijn gegaan. Hiermee wil ik de argumenten van mevr. van Leeuwen niet bagatelliseren maar ik stel wel vast, dat haar beide argumenten, zowel het 'gebrek aan prikkel om weer aan het werk te gaan' als de 'ontwenningsverschijnselen na langdurige werkloosheid' meer tegen het ontslagrecht en het werkloosheidsrecht in het algemeen gericht zijn dan dat ze betrekking hebben op de specifieke situatie waarin werknemers komen te verkeren na het faillissement van hun werkgever. Ik kwalificeerde de discussie daarom als wellicht niet geheel oprecht omdat ik de indruk heb gekregen, dat het hier om gelegenheidsargumenten gaat en dat de werkelijke oorzaak voor het ontbreken van de politieke wil om de werknemers na faillissement van de werkgever een verdergaande bescherming te bieden door het wijzigen van art. 40 Fw. elders gezocht moet worden.

De heer Boertien had namens de ARP, de KVP, de PvdA en D'66 voor een nadere bestudering van art. 40 Fw. gepleit op 5 maart 1968. De discussie tussen mevr. Barendregt en mevr. van Leeuwen vond plaats op 5 juni 1968. In het politieke en maatschappelijke krachtenveld traden juist in die periode veranderingen op die op stellingnames in de Tweede Kamer invloed kunnen hebben gehad. Op 17 februari 1968 was het binnen de KVP tot een breuk gekomen die tot het uittreden van de groep Aarden had geleid en tot oprichting van de PPR op 27 april van dat jaar. Precies een maand eerder had minister Roolvink van Sociale Zaken de bouwvak-c.a.o. verworpen. Op 25 mei vond er in Utrecht een grote demonstratie plaats tegen de loonpolitiek van de regering die alle c.a.o.'s in 1969

met een half jaar wilde verlengen. Binnen de ARP was Berghuis, die zich wel kon vinden in de ideeën van de radicalen, in het begin van het jaar als voorzitter afgetreden om gezondheidsredenen en later in het jaar opgevolgd door Veerman die zich bleek te verzetten tegen het uiteindelijke samengaan van 'links': PvdA, PPR, D'66 en PSP, op 15 augustus. Opiniepeilingen wezen uit dat de aanhang van de KVP sterk terugliep.

Naar mijn mening hebben bovenstaande factoren een belangrijke invloed gehad op het dagelijkse politieke handelen in de Tweede Kamer en ligt hier de oorzaak van het op de lange baan schuiven van enige verandering in art. 40 Fw. ten gunste van de werknemers.

De verlenging van de termijnen in art. 40 van de Faillissementswet staat nog steeds op het verlanglijstje van de vakbeweging. Terecht kwalificeert Houtman dit verlangen als zeer billijk.[51]

Ik meen in het voorgaande te hebben aangetoond, dat, zo al niet moet worden geconcludeerd tot een meer beperkende interpretatie van art. 40 Fw. (en daarmee ook van art. 239 Fw.), de thans gangbare uitleg van deze artikelen – als bevattende een uiterste tijdvak waarover de curator of de werkgever/bewindvoerders loon of loonvervangende vergoeding verschuldigd is wanneer hij de dienstbetrekking doet eindigen – niet onbetwistbaar is. Tegen dit licht bezien is het te betreuren dat door een elkaar niet willen begrijpen en elkaar tegemoet komen in de Tweede Kamer de kans om art. 40 Fw. een meer eigentijds gezicht te geven onbenut is gebleven.

Want dat de huidige redactie van deze beide artikelen niet meer van deze tijd is, is klaarblijkelijk. Een afweging van de belangen van enerzijds de crediteuren van de werkgever, die in het algemeen de mogelijkheid van risicospreiding en van bedongen zekerheden hebben, althans kunnen hebben, en anderzijds die bijzondere groep crediteuren, die van die mogelijkheden zo goed als verstoken blijven, geen andere keus hebben, dan bij één werkgever een arbeidsovereenkomst te sluiten en ook niet zo gemakkelijk van baan veranderen, mag toch anno 1980 niet meer tot resultaat hebben, dat tot op zekere hoogte de belangen van de werknemers aan die van de overige crediteuren worden opgeofferd. Dat kan niet langer enkel worden verzacht door het loon vanaf de faillietverklaring of de surséance boedelschuld te doen zijn.

Artikel 40 en artikel 239 Fw. zouden naar mijn mening zodanig behoren te worden gewijzigd, dat de afwijkingen van het wet-

telijke maar ook het overeengekomen ontslagrecht zouden moeten worden geschrapt. Tot desastreuze gevolgen voor de overige crediteuren behoeft dat niet te leiden. Zoals ik al eerder aangaf moet ofwel de volledige schade worden bewezen ofwel heeft de rechter een matigingsbevoegdheid. De curator c.q. de werkgever/bewindvoerders beschikt bovendien over de bevoegdheid de rechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst om gewichtige redenen te verzoeken.

# DE TOEPASSING VAN HET OVERIG ONTSLAGRECHT OP DE BEEINDIGING VAN DE DIENSTBETREKKING DOOR DE CURATOR

Artikel 40 (en art. 239 Fw.) bevat op een enkel punt een van het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht afwijkende regel. Thans komt de vraag aan de orde in hoeverre de overige bepalingen van het ontslagrecht op beëindigingen na faillissement en surséance van toepassing zijn.

## 15 De opzegging door de curator

Het staat de curator niet vrij om op elk willekeurig tijdstip na het faillissement van de werkgever met gebruikmaking van de korte termijn van art. 40 Fw. de dienstbetrekking van werknemers op te zeggen. Verschillende schrijvers wijzen erop, dat hij van dit artikel slechts binnen redelijke termijn na het faillissement gebruik mag maken.[52] Een verklaring daarvoor geven zij weliswaar niet maar deze laat zich gemakkelijk construeren. De bevoegdheid van art. 40 Fw. is een uitzonderlijke die zich dan ook slechts in een uitzonderlijke situatie laat toepassen. Zo'n situatie veronderstelt de wet aanwezig te zijn na het faillissement van de werkgever. Zodra echter de curator overzicht heeft gekregen over de toestand waarin zich de boedel van de gefailleerde bevindt, is het ogenblik waarop hij niet meer van art. 40 Fw. gebruik mag maken, niet ver meer. Het artikel mag niet als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de werknemers blijven hangen. De afweging van de belangen van werknemers en overige crediteuren behoort plaats te vinden op dat eerder genoemde ogenblik waarop de curator het overzicht heeft gekregen en niet belangrijk later. Niet belángrijk later, omdat er ruimte moet zijn voor overleg bv. met de commissie uit de schuldeisers. Maar zet bijvoorbeeld de curator (voorlopig) de onderneming voort dan vervalt daarmee naar mijn oordeel zijn recht om met gebruikmaking van art. 40 Fw. op te zeggen. Van de

werknemers in kwestie hangt het af waarop zij zich in een dergelijk geval zullen beroepen: het volledige ontslagrecht is dan weer van toepassing. De controle van de directeur G.A.B. en van de rechter moet er borg voor staan, dat een en ander zich niet vertaalt in voorrang bij ontslag van de werknemers met bv. een lange opzegtermijn.

Art. 40 Fw. kan niet door partijen worden weggecontracteerd.[53]

## 16 De kennelijke onredelijkheidstoetsing

Bij de voorbereiding van de wijziging van het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht in 1953 heeft de regering uitdrukkelijk te kennen gegeven van oordeel te zijn, dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de curator op basis van art. 40 Fw. aan de kennelijk onredelijkheidstoetsing van art. 1639s onderworpen is. De memorie van toelichting zweeg erover. Na vragen in het voorlopig verslag deelde de regering in de memorie van antwoord mede: 'De regeling van kennelijk onredelijk ontslag zal (. . .) ook bij faillissement en surséance gelden. Het onderhavige ontwerp bepaalt dat de rechter te dien aanzien ook voorzieningen kan treffen, indien het ontslag verleend is met inachtneming van de wettelijke opzeggingstermijn. Naar haar aard kan dus deze bevoegdheid ook worden toegepast, wanneer in plaats van de bepalingen van het B.W. die der Faillissementswet een wettelijke termijn voorschrijven. De ondergetekende stelt zich voor dat de rechter in de gevallen van faillissement en surséance een ontslag slechts zelden onredelijk zal achten, immers de toestand van faillissement of surséance brengt mede dat *in den regel* een in verband daarmede verleend ontslag niet kennelijk onredelijk zal zijn. Er zijn echter uitzonderingsgevallen denkbaar.' (Cursivering door mij, L.H.).[54]

Bij de kennelijke onredelijkheidstoetsing van art. 1639s houdt de rechter rekening met alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid, dat om reden van faillissement ontslagen wordt, is daarmee in zijn oordeel omtrent de redelijkheid van de beëindiging betrokken. Dit maakt, dat er voor wat betreft de reden waarom wordt beëindigd heel wat moet gebeuren wil er van kennelijke onredelijkheid sprake kunnen zijn als de curator opzegt. De door het faillissement of de surséance naar voren gekomen noodzaak tot snelle beëindiging verdringt als het ware de andere, wellicht minder

oirbare ontslaggronden. Zie in dit verband de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 11-11-1972: "(. . .) dat al moge faillissement en surséance van betaling de toepasselijkheid van het bepaalde in art. 1639s B.W. niet uitsluiten, en niet meer zijn dan een omstandigheid die bij de beoordeling van de vraag naar de redelijkheid van het onslag door de rechter in aanmerking moet worden genomen, deze omstandigheid van aanmerkelijk gewicht zal zijn, daar de bescherming welke art. 1639s B.W. beoogt te geven is een bescherming tegen de wederpartij en niet tegen objectieve gebeurtenissen".[55]

Op het eerste gezicht lijkt het alsof de rechtbank slechts een beperkende interpretatie geeft van de woorden uit de memorie van toelichting en het doet voorkomen of surséance en faillissement in alle gevallen objectieve omstandigheden van voldoende zwaarte opleveren en daardoor veelal eraan in de weg staan, dat de rechter tot het oordeel zou kunnen komen, dat er door een curator kennelijk onredelijk is beëindigd. Nadere bestudering van de woorden en strekking van memorie van toelichting en rechtbankvonnis maakt echter duidelijk, dat uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt gelaten, dat de curator met de beëindiging van de dienstbetrekking art. 1639s overtreedt. Surséance en faillissement zijn, zo gezien, ook niet meer dan 'een omstandigheid die bij de beoordeling van de vraag naar de redelijkheid van het ontslag door de rechter in aanmerking moet worden genomen.'

Dit leidt naar de vraag of de curator na de faillietverklaring met een schone lei begint of met een ook in dit opzicht negatieve 'nalatenschap' van de werkgever is belast. Indien, zoals bv. in het beruchte geval Van Heijst uit de zestiger jaren, komt vast te staan, dat het faillissement is te wijten aan persoonlijk wanbeheer van de directie en indien we verder aannemen, dat een beëindiging door de werkgever reeds daarom een kennelijk onredelijk karakter zou hebben gedragen, draagt dan ook de opzegging van de dienstbetrekking door de curator dit karakter, hoewel de curator zelf vanaf het begin alle regels naar letter en geest stipt heeft nageleefd? Het antwoord op deze vraag hangt er mede van af hoe de positie van de curator moet worden gezien.

Omtrent de positie van de curator bestaat geen eenstemmigheid. Polak bijvoorbeeld onderstreept zijn onafhankelijkheid tegenover zowel de curandus als diens schuldeisers door op te merken, dat hij niet hun vertegenwoordiger is maar dienaar van een rechtsinstelling

die aan overwegingen van openbaar belang is ontleend.[56] Anderen denken daar weer anders over en zien de curator wèl als vertegenwoordiger.

Maar zelfs als aan Polak moet worden toegegeven, dat de curator zich ook tegenover de curandus moet opstellen, moet toch tegelijkertijd worden geconstateerd, dat hij de bevoegdheid daartoe aan de wet moet ontlenen (bv. art. 42 Fw.). Anderzijds bindt de curator de boedel. En de boedelschulden blijven als het faillissement is geëindigd zonder volledige genoegdoening of akkoord ten laste van de schuldenaar. Mijns inziens voert dit in de richting van vertegenwoordiging.

In een arrest van 1951 dat hierna onder 20. nog aan de orde komt heeft de HR uitgemaakt, dat de strekking van het B.B.A. 1945 medebrengt dat de curator, als hij aan de werknemer van de gefailleerde de dienstbetrekking opzegt, als werkgever in de zin van het B.B.A. moet worden beschouwd.[57] Voor een niet onbelangrijk deel is – en ook was – de strekking van art. 6 B.B.A. gelijk aan die van het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht: bescherming van partijen tegenover elkaar, in het bijzonder van de werknemer tegenover de werkgever.

Dit alles bij elkaar vormt naar mijn oordeel een aanwijzing dat de curator in een dergelijk geval niet met schone handen begint maar met de 'erfzonde' van de curandus is belast; als diens handen maar vuil genoeg zijn kan de beëindiging door de curator alleen al daarom kennelijk onredelijk zijn.[58]

Wel zal het oordeel van de rechter, zowel voor wat betreft de vraag of er van kennelijke onredelijkheid sprake is, als over de hoogte van de vergoeding, mee worden gevormd door de belangen van de (overige) crediteuren. Vooral omdat mijns inziens de vergoeding van art. 1639s boedelschuld is.

De vraag rijst of het oordeel van de kantonrechter omtrent de redelijkheid niet zal strijden met dat van de rechter-commissaris, die krachtens het bepaalde in art. 68-2 Fw. de curator toestemming tot het beëindigen van de dienstbetrekking moet geven. Het lijkt niet waarschijnlijk aangezien de toetsing door de kantonrechter een marginale is maar moet anderzijds ook niet worden uitgesloten. In dit verband is mede van belang het tijdsverschil tussen het oordeel van de rechter-commissaris en dat van de kantonrechter. De rechter-commissaris verleent zijn toestemming vooraf, de kantonrechter toetst pas achteraf op vordering van de ontslagen

werknemer. Niet slechts de ontslagreden is daarmee aan het oordeel van de kantonrechter onderworpen maar ook de wijze waarop de curator uitvoering heeft gegeven aan zijn aan de rechter-commissaris medegedeelde voornemen tot opzegging van de dienstbetrekking, alsmede de gevolgen voor de werknemer. Zie het arrest Lampe-de Vries, HR 1 december 1961.[59] Zie ook Rb. Arnhem 19-4-1973 die tot het oordeel kwam, dat een beëindiging door de curator van de dienstbetrekking van een 60-jarige ingenieur met 21 dienstjaren in het bedrijf, zonder dat enige extra vergoeding was toegekend, in het gegeven geval kennelijk onredelijk was.[60]

Hiervoor heb ik al uiteengezet, dat naar mijn oordeel de kantonrechter bij zijn beoordeling of een beëindiging van de dienstbetrekking kennelijk onredelijk ontslag oplevert weliswaar gebonden is aan wat de wetgever daaromtrent uitdrukkelijk heeft geregeld maar aan niet méér. Een beperkende interpretatie van art. 40 Fw. past heel goed in het kader van art. 1639s B.W. Alles behalve de uitdrukkelijk door de wetgever geregelde opzeggingstermijn van maximaal 19 weken mag de rechter in zijn oordeel betrekken, ook, zoals ik in een volgende paragraaf aannemelijk hoop te maken, de 'overtreding' van een ontslagverbod. Onder omstandigheden kan dit hem, zoals bleek, ver voeren.

Van de beslissing van de kantonrechter kan de curator zowel als de werknemer in hoger beroep of cassatie gaan. Dit heeft echter tot gevolg, dat met betrekking tot de vordering van de werknemer gedurende zeer lange tijd onzekerheid zal bestaan hetgeen de afwikkeling van het faillissement langdurig kan ophouden.

De curator die (op dit gebied) problemen vermoedt doet er daarom m.i. vooralsnog verstandiger aan niet zelf de dienstbetrekking te beëindigen maar een verzoek tot ontbinding op grond van gewichtige redenen tot de kantonrechter te richten. Daarover meer in par. 18.

## 17 De ontslagverboden van art. 1639h

Blijkens de opvatting van de regering in de memorie van antwoord bij wetsontwerp 881 zijn de ontslagverboden van art. 1639h B.W. bij beëindiging na faillissement en surséance van betaling niet van toepassing.[61, 62] Tijdens de verdere behandeling van dit wetsontwerp heeft de Kamer, die daaromtrent in het voorlopig verslag vra-

gen had gesteld, daarover gezwegen. Daaruit moet worden geconcludeerd, dat de wetgever in ieder geval een rechtstreekse toepassing van deze ontslagverboden in geval van faillissement en surséance niet heeft gewild. Hierin heeft de toevoeging van enkele andere ontslagverboden in 1976 geen verandering gebracht.

Handhaving van deze ontslagverboden zou in beginsel wel mogelijk geweest zijn. Eventuele moeilijkheden zouden dan wel langs de weg van de ontbinding om gewichtige redenen kunnen worden opgelost. Dat de wetgever niettemin deze ontslagverboden niet toepasbaar heeft willen laten zijn bij faillissement en surséance is nochtans begrijpelijk. Onbeëindigbare dienstbetrekkingen - de directeur G.A.B. mag geen ontslagvergunning afgeven indien de beëindiging in strijd is met een ontslagverbod - zijn voor de curator respectievelijk de werkgever/bewindvoerders een geducht blok aan het been.

De basis waarop de regering tot de hierboven gereleveerde opvatting kwam komt mij echter niet als een sterke voor. In de eerste plaats omdat, zoals ik al eerder betoogde, de wetgever van 1893 met de woorden 'in elk geval' wellicht iets anders bedoelde, dan dat behalve voor wat betreft de termijn ook op de overige ontslagbepalingen door artikel 40 Fw. een inbreuk zou worden gemaakt. In de tweede plaats omdat, zoals ik hiervoor in par. 8 al aangaf, systematisch gezien de bijzondere ontslagverboden niet anders zijn dan in de wet naar streng recht neergelegde gevallen van onrechtmatige (= kennelijk onredelijke in de terminologie van na 1953) beëindiging van de dienstbetrekking, die de wetgever niet wilde onderwerpen aan de vrije afweging van belangen die de rechter bij de toepassing van art. 1639s mag toepassen.[63] Nu de wetgever van 1953 dit laatste artikel wèl op de curator toepast maar de bijzondere ontslagbepalingen niet, lijkt hij daarmee niet geheel consequent te handelen. Dit laatste is echter maar schijn omdat de wetgever, het blijkt uit de passage in de memorie van antwoord waarnaar hierboven werd verwezen, van oordeel was, dat faillissement en surséance van betaling zodanig zware omstandigheden zijn dat de rechter in de regel niet snel tot het oordeel zal komen dat er van kennelijk onredelijke beëindiging sprake is. Uit die overweging moet de wetgever van 1953 de conclusie hebben getrokken, dat het dan maar beter is om in dergelijke situaties deze omstandigheden niet naar streng recht te regelen. Maar tegelijkertijd doet dit beseffen, dat het niet zo is, dat de toestanden waaraan art. 1639h ontslagverboden koppelt daarom in het geheel niet meer zouden

meewegen bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van de beëindiging van de dienstbetrekking na faillissement of surséance. Integendeel. Bij zijn overwegingen of de curator kennelijk onredelijk heeft beëindigd moet de rechter mede rekening houden met de omstandigheid dat is ontslagen in omstandigheden die, ware er geen faillissement of surséance, tot de toepassing van een ontslagverbod zouden hebben geleid.

## 18 De ontbinding door de rechter om gewichtige redenen

Evenals dat bij de kennelijke onredelijkheidstoetsing het geval was verklaarde de regering in de memorie van antwoord bij wetsontwerp 881 met betrekking tot de wijziging van het ontslagrecht (1953) de mogelijkheid van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen door de kantonrechter ook van toepassing op de curator in het faillissement: 'De ondergetekende kan zich moeilijk voorstellen dat een curator in een faillissement en een bewindvoerder in een surséance, die zo gemakkelijke middelen hebben om arbeiders te ontslaan, het omslachtige middel van art. 1639w B.W. te hulp zouden roepen. Overigens meent hij dat de voorgestelde teksten die mogelijkheid niet uitsluiten, zo min als onder de thans geldende tekst het geval is'.[64]

Hierbij een drietal opmerkingen: 1. De minister vond dat curator en bewindvoerder nogal 'gemakkelijke middelen' hebben tot ontslag. Ik meen dat dit, zie het voorgaande, niet in die mate het geval is als, naar ik denk, de minister voor ogen stond. 2. De minister ging er toen nog van uit dat het B.B.A. als tijdelijke regeling vroeg of laat zou worden afgeschaft. Eerst later kwam de discussie los over opneming van de B.B.A.-regeling in het B.W. De minister zal niet hebben kunnen vermoeden, dat de artt. 6 en 9 B.B.A. nog zo lang in ongewijzigde vorm zouden voortbestaan om tenslotte wellicht voor een deel in het B.W. te belanden, als tenminste de voorstellen van wetsontwerp 13656 worden aanvaard. 3. De minister noemde de procedure van art. 1639w 'omslachtig' terwijl de regering nu juist in wetsontwerp 881 had voorgesteld die procedure te versoepelen.

De laatste tijd geeft een toename te zien van het aantal ontbindingsverzoeken, althans die geluiden komen uit de advocatuur. Ik zoek de oorzaak daarvan in de omstandigheid, dat de werkgevers

bij ontslag op staande voet moeilijker dan voorheen voor twee ankers kunnen gaan liggen doordat vergunningen voorzover vereist nog slechts (mogen) worden verleend in die gevallen dat partijen geen meningsverschil hebben omtrent de feiten die aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen.[65] Door de toepassing naar analogie door de Hoge Raad van de matigingsbevoegdheid bij schadeloosstelling (art. 1639r-5) op de loonvordering ex art. 1638d zal het ontslag op staande voet voor werkgevers ongetwijfeld weer aan aantrekkelijkheid winnen. Dezen zullen daardoor minder behoefte hebben aan de ontbindingsprocedure. Maar of de genoemde opleving in de belangstelling daarmee teniet wordt gedaan betwijfel ik omdat ook de toepassing van het vergoedingsstelsel naar billijkheid in art. 1639w aantrekkende werking kan hebben.

Hoe het ook zij, voor de curator in een faillissement kan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter een uitkomst betekenen terwijl deze procedure bij welwillende medewerking van de kantonrechter niet langer behoeft te duren dan de 'gewone' weg. Het maximum van de zes weken van art. 40 Fw. wordt immers sinds de HR vaststelde, dat de opzeggingshandeling voor de toepassing van art. 6 B.B.A. als beëindiging geldt, verlengd met de tijd die gemoeid is met het aanvragen en verlenen van de ontslagvergunning.

Een tweede voordeel van de 1639w-procedure stipte ik hiervoor al aan: de beëindiging door de kantonrechter kent vooralsnog geen hoger beroeps- of cassatiemogelijkheid. Vooralsnog, omdat wetsontwerp 13656 daarin verandering wil brengen. Terecht, aangezien de afwezigheid daarvan in een rechtsstelsel als het onze niet thuis hoort. Bij een andere gelegenheid heb ik al eens uiteengezet, dat de motieven voor het ontbreken van deze rechtsmiddelen niet door de beugel kunnen.[66] Vooral snelle procedures kennen de kans op fouten die in een tweede ronde moeten kunnen worden hersteld. En wie zijn oor te luisteren legt in kringen van de advocatuur wordt regelmatig geconfronteerd met klachten over de kwaliteit van (kanton)rechterswerk waarvoor weliswaar verontschuldigingen kunnen worden aangevoerd als overbelasting, mindere kwaliteit van het werk van de advocatuur, e.d., maar die toch de indruk versterken, dat de rechtsmiddelen bij geen rechtsgang mogen worden uitgezonderd.

## 19 De curator en het ontslagverbod van art. 6 B.B.A. 1945

Artikel 6 B.B.A. richt zich tot de werkgever en de werknemer met het verbod de arbeidsverhouding te beëindiging zonder toestemming vooraf van de directeur van het G.A.B. Op het ontslagverbod bestaan enkele uitzonderingen die ik hier niet behandel. Ik wil de aandacht richten op twee problemen die zich voordoen bij de beëindiging van de dienstbetrekking door de curator op grond van het bepaalde in art. 40 Fw.: de vraag of art. 6 B.B.A. 1. zich ook tot de curator richt en 2. slechts de feitelijke beëindiging van de dienstbetrekking verbiedt dan wel ook de opzegging als zodanig.

## 20 De curator behoeft voor een opzegging de toestemming van de directeur G.A.B.

Uit de woorden van art. 6 B.B.A. zou kunnen worden opgemaakt, dat het ontslagverbod zich slechts richt tot de werkgever en de werknemer: 'Het is de werkgever en de werknemer verboden de arbeidsverhouding te beëindigen zonder toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau.' Aldus vatte ook de Hoge Raad dit artikel op toen hij besliste, dat het er niet aan in de weg staat zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst om gewichtige redenen te ontbinden: de kantonrechter wordt door art. 6 B.B.A. niet aangesproken.[67] Dit is ook hierom logisch, dat een andersluidende beslissing de bevoegdheid van de kantonrechter uit art. 1639w op onaanvaardbare wijze zou hebben aangetast.

Kan nu ook van de curator in een faillissement gezegd worden dat, nu hij van de wetgever in art. 40 Fw. de bevoegdheid heeft ontvangen de dienstbetrekking tussen de gefailleerde werkgever en diens werknemers eenzijdig te beëindigen en art. 6 B.B.A. hem niet noemt, hij geen ontslagvergunning nodig heeft voor een rechtsgeldige beëindiging? De Hoge Raad heeft deze vraag ontkennend beantwoord met ondermeer de overwegingen: dat 'het verbod van art. 6 van dat Besluit (. . .) voorzover het zelf daarbij geen beperkingen aangeeft, ook geldt voor het geval de curator een arbeidsovereenkomst opzegt overeenkomstig het bepaalde bij art. 40 Fw. (. . .)' en dat 'de strekking van het B.B.A. 1945 medebrengt dat de curator, aldus aan een arbeider de dienstbetrekking opzeggend, als werkgever in den zin van dat Besluit moet worden beschouwd:

. . .'.[68] Ik ben het met de uitkomst eens al moet mij van het hart, dat de curator meer is dan enkel vertegenwoordiger van de werkgever. Hem zijn ook de belangen van de crediteuren toevertrouwd. (Zie in dit verband HR 5-12-1975, waarin de Hoge Raad stelt dat ingeval van faillissement de taak van de directeur G.A.B. in zoverre van de normale afwijkt, dat het vooral gaat om een afweging van de belangen van de werknemers tegen die van de faillissementscrediteuren, in het bijzonder omdat het loon na de faillietverklaring boedelschuld is.[69] De curator handelt in rechte slechts na de toestemming van de rechter-commissaris. Hij kan ook gezien worden als dienaar van een rechtsinstituut die in deze kwaliteit het openbaar belang dient: de afwikkeling van faillissementen.[70] Ook al kwam de A.G. Langemeijer tot een ander resultaat dan de HR, zijn conclusie is daarom de moeite waard, dat hij wel iets zag in beide standpunten en ook voor elk standpunt motieven ter tafel bracht. Vooral toepassing van art. 6 B.B.A. pleit er zijns inziens voor dat de ontslagvergunning in een gewoon geval al nodig is en daarom zeker in een buitengewoon geval als art. 40 Fw. 'waarbij de belangen van de arbeider tot op zekere hoogte aan de financiële noodtoestand van de boedel zijn opgeofferd.' Tegen toepassing pleit, aldus Langemeijer, 1. dat het B.B.A. niet slechts individuele bescherming biedt maar ook een marktordenende functie heeft en dat aan dit doel niet zal worden afgedaan door een toch altijd wel beperkt aantal ontslagen op korte termijn die uit faillissementen voortvloeien en 2. dat het belang van de failliete boedel gemiddeld wel dringender zal zijn dan normaal.

De Hoge Raad heeft, zoals gezegd, de curator onder de toepassing van art. 6 B.B.A. gebracht en zal daarbij, naar ik aanneem, de argumentatie van Langemeijer mede in overweging genomen hebben. Tegen de keuze van Langemeijer pleit m.i. dat het doel van art. 6 B.B.A. reeds spoedig[71] of althans in de loop der jaren[72] is verschoven van arbeidsmarktbeheersing naar de bescherming van het individu. Dat daaruit niet alle consequenties getrokken zijn die eruit getrokken hadden kunnen worden in die zin, dat slechts werkgeversverzoeken getoetst worden, laat ik daar. Wetsontwerp 13656 bevat daaromtrent trouwens een voorstel. En het moge dan in zijn algemeenheid wel zo zijn dat het belang van de failliete werkgever wel dringender zal zijn dan dat van de niet-failliete, maar dat kan niet motiveren tot het geheel achterwege laten van de afweging van belangen tussen de werkgever en de werknemer.

Het voorschrift van art. 6 B.B.A. richt zich dus ook tot de curator. Met Frima ben ik het eens, dat de laatste wijziging van art. 40 Fw. daarin geen verandering heeft gebracht.[73]

Het is de vraag of de toetsing van de directeur G.A.B. van verzoeken om ontslagvergunning in geval van faillissement en surséance van betaling geheel zou kunnen verdwijnen. Frima beantwoordt deze vraag bevestigend voor het geval van liquidatie van een onderneming: hij vindt het daar toch maar een formaliteit.[74] Inderdaad zal in veel gevallen de procedure van art. 6 B.B.A. een onnodige last betekenen voor de curator die vrijwel zeker weet de gevraagde vergunning te zullen ontvangen maar slechts na uitstel door te verrichten onderzoek, hoe summier dit ook moge zijn. Anderzijds kan toch de directeur G.A.B. ook bij ontslagen door de curator nog een bewakingsfunctie hebben, ook al neemt de curator – die bovendien slechts opereert na uitdrukkelijke toestemming van de rechter-commissaris – een meer 'objectieve' positie in dan de werkgever. Bovendien neemt de directeur G.A.B. door verzoeken om ontslagvergunning kennis van toekomstig aanbod op de arbeidsmarkt. Nu weet ik wel, dat dit laatste door dit middel zeer onvolledig gebeurt aangezien het slechts diegenen betreft die niet wilden medewerken aan een beëindiging met wederzijds goedvinden. Maar juist die werknemers zullen het zijn die zich nog niet van een nieuwe functie hebben weten te verzekeren en als werkzoekenden op de arbeidsmarkt komen. Helaas wordt dit beeld vertroebeld doordat er ook ontslagen op staande voet en ontbindingen van arbeidsovereenkomsten kunnen zijn. Maar deze zullen wel tot de uitzonderingen behoren. Een kwantitatief wellicht belangrijker vertroebeling vormen zij die instemmen met het beëindigingsaanbod van de curator omdat zij vrezen voor het verlies van uitkering ex art. 42a e.v. W.W. omdat zij door het eisen van een ontslagvergunning een benadelingsbehandeling zouden plegen. Zie hiervoor de paragrafen 49 en 52.

Al met al aarzel ik om met Frima en Naber te pleiten voor afschaffing van de toepassing van art. 6 B.B.A. ingeval van liquidatie van de onderneming. Beter ware het de directeur G.A.B. terzake aan een termijn te binden of hem terzake van zijn tijdsbesteding een verantwoordingsplicht op te leggen.

## 21 Ook de werknemer behoeft voor een opzegging de toestemming van de directeur G.A.B.

Door de faillietverklaring is een voortzetting van de dienstbetrekking op enigszins langere termijn een uiterst onzekere aangelegenheid geworden. Het is dan ook goed te begrijpen dat de werknemers onmiddellijk na het faillissement pogingen in het werk zullen stellen om een goed heenkomen te zoeken in de vorm van een dienstbetrekking elders. Hebben zij daarmee succes dan zullen zij, zo de curator de dienstbetrekking al niet heeft opgezegd, deze hunnerzijds willen beëindigen. Afschaffing van het vergunningsvereiste kan onder omstandigheden voor de curator zeer ongewenste gevolgen met zich brengen. Hetzij omdat hij het niet onmogelijk acht de onderneming te redden of omdat geleidelijke liquidatie voordeliger is dan zo spoedig mogelijk sluiten. Het kan ook zijn, dat de curator bepaalde werknemers eenvoudig niet kan missen omdat hij ze nodig heeft voor het verkrijgen van inzicht in de stand van zaken en voor de afwikkeling van de boedel. Dat laatste kan hij immers meestal niet in zijn eentje; hij heeft daarvoor arbeid en know how nodig. Beide zijn bij het in de onderneming werkzame personeel aanwezig.

In deze gevallen is het duidelijk, dat de afweging van belangen die de directeur G.A.B. moet toepassen geen eenvoudige is. Het zijn wellicht de besten onder het personeel die het eerst weg willen. De omstandigheid dat zij elders contact hebben weten te leggen geeft hun een zwaarwegend belang om spoedig te kunnen vertrekken. Hun vertrek kan anderzijds de mogelijkheden tot voortzetting van de onderneming, geleidelijke liquidatie of een goede afwikkeling van het faillissement aanzienlijk belemmeren of zelfs verhinderen.

Hierbij komt nog de mogelijkheid dat er 'spelletjes worden gespeeld' in die zin, dat er concurrenten van de failliet op het vinketouw zitten om het meest deskundige personeel arbeidscontracten aan te bieden met de bedoeling het voortbestaan van de onderneming verder te ondermijnen om vervolgens aanmerkelijk onder de marktprijs de activa op te kopen. Dit alles ten nadele van de boedel, van de curandus en van de crediteuren. 'Lijkenpikkers' is de veelzeggende term waarmee zij die zich van deze praktijken bedienen wel worden aangeduid.

In dit soort gevallen laat het zich denken, dat de curator gebruik maakt van bestaande concurrentiebedingen of pogingen in

het werk stelt ter gelegenheid van de beëindiging tot een concurrentiebeding te komen. Voor een procedure zal hij evenwel in de regel noch de tijd noch het geld hebben. Bovendien bestaat er de gerede kans, dat de concurrentie zich daardoor niet laat afschrikken en de werknemer aanbiedt, om dat wat hij voor overtreding van het concurrentiebeding aan vergoeding moet betalen, voor deze te voldoen in de verwachting dat het te behalen economische voordeel toch groter zal zijn.

Tussen dit alles staat de ontslagvergunningenprocedure. Het is de vraag of de ontslagafdelingen van de G.A.B.'s voldoende toegerust zijn om dit soort verwikkelingen te doorzien en, indien gesignaleerd, tegen te gaan. Ik vraag het mij af. De mogelijkheid bestaat dat er wel deskundigheid aanwezig is bij de adviescommissies.

Er kunnen zich, zo luidt mijn conclusie, omstandigheden voordoen waarin de curator tegen (overhaast) vertrek van werknemers moet worden beschermd.

Bij surséance van betaling geldt hetzelfde, zo mogelijk nog sterker.

## 22 Het vergunningsvereiste betekent feitelijke verlenging van de opzeggingstermijn

De vaststelling dat de curator voor de beëindiging van dienstbetrekkingen vergunningen van het G.A.B. nodig heeft, brengt met zich, dat de opzeggingstermijnen die hij krachtens art. 40 Fw. in acht moet nemen eerst zoveel later kunnen ingaan als de directeur nodig heeft om tot een beslissing op de ontslagverzoeken te komen.[75] Dit is een gevolg van het HR-arrest Kock-Van Heijst waarin de HR overwoog dat het onaanvaardbaar zou zijn dat '. . . aan den werknemer, die eerst zekerheid omtrent het al dan niet bestaan van een geldige opzegging zou verlangen na het bericht van de toestemming niet gewaarborgd zou zijn, dat hij nadien nog zou beschikken over den hem – ingevolge de door de wet voor opzegging gestelde eisen – toekomenden termijn om elders werk te zoeken;. . .'.[76] De Hoge Raad week hiermee af van de opvatting van M.G. Levenbach die bij de totstandkoming van het B.B.A. 1945 een adviserende rol had gespeeld en die van opvatting was dat 'beëindigen' in art. 6 B.B.A. ziet op het feitelijk doen eindigen van de arbeidsverhouding.[77] Levenbach werd daarin later, na het bovenvermeld arrest van de HR, gesteund door W.F. de Gaay

Fortman.[78] Ik acht de argumentatie van de Hoge Raad doorslaggevend.

De Hoge Raad 'verzachtte' zijn oordeel enigszins door tevens te beslissen, dat de opzegging die nietig was door het ontbreken van de vereiste ontslagvergunning kon worden geconverteerd in een uit het oogpunt van het B.B.A geldige, d.w.z. 'dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd op den datum waartegen, na ontvangst van de toestemming van den Directeur door partijen, een rechtsgeldige opzegging (. . .) had kunnen zijn gedaan.' In elk geval kan geen omzetting in een geldige opzegging tegen een eerdere datum dan die van het verlenen van de toestemming plaatsvinden.[79] Gezien de woorden 'rechtmatige opzegging' lijkt de HR uit te gaan van een opzegging die aan alle regels van het ontslagrecht voldoet.

M.M. Olbers vraagt zich m.i. terecht af of op deze wijze mag worden geconverteerd, aangezien de omzetting slechts mogelijk is doordat de werknemer zich eerst op de nietigheid van de beëindiging heeft moeten beroepen. De werknemer had de curator ook aan de onregelmatige beëindiging kunnen houden en deswege schadevergoeding of schadeloosstelling kunnen vorderen. 'Men kan zich afvragen of men van "redelijke wetstoepassing" mag spreken indien door het beroep van de arbeider op de nietigheid krachtens het B.B.A. de opzegging krachtens het B.W. zonder instemming van de arbeider andere rechtsgevolgen kan gaan krijgen. Eerder is sprake van conversie in strijd met de wet'.[80]

Met de kritiek van Olbers ben ik het van harte eens. De rechter krijgt een onmogelijke taak op de schouders gelegd. Hij moet een keuze maken voor de werknemer die blijk heeft gegeven voorkeur te hebben voor iets anders: nietigheid en voortzetting. Die keuze tussen regelmatige en onregelmatige beëindiging kan de rechter niet voor de ontslagen werknemer maken omdat hij niet in zijn schoenen staat. De wetgever heeft niet voor niets de werknemer in een dergelijk geval een volkomen vrije keuze gegeven!

Hier wreekt zich de grondfout die de HR heeft gemaakt door conversie ongenuanceerd toe te staan bij eenzijdige rechtshandelingen. In het bijzonder past conversie niet in het ontslagrecht. Met Christe ben ik het eens, dat in het ontslagrecht de grootst mogelijke zekerheid gewenst is en dat die er slecht mee gediend is als achteraf, soms jaren later, de bedoeling die de beëindigende partij moet hebben gehad door de rechter wordt vastgesteld.[81] Conversie is een middel dat goed werkt bij tweezijdige rechtshandelingen

waar de veronderstelling dat partijen beiden het wel bereikbare zouden hebben gewild goed kan functioneren. Maar bij een eenzijdige rechtshandeling als de beëindiging van de dienstbetrekking door één partij komt de veronderstelde wil van de wederpartij helemaal niet aan de orde. Het initiatief is hier niet aan beide partijen gezamenlijk maar is verschoven van de handelende partij naar de partij ten opzichte van wie gehandeld is, i.c. de ontslagene. Als het goed is zou de rechter voor hij converteert aan de ontslagene moeten vragen: hoe wilt U het hebben, regelmatig of onregelmatig? Op deze wijze wordt aan de belangen van de partij ten opzichte van wie wordt gehandeld recht gedaan en wordt tevens vermeden, dat de rechter voor iets onmogelijks geplaatst wordt.[82]

De omstandigheid dat de curator door conversie van een nietige beëindigingshandeling na het verkrijgen van de vergunning van de directeur G.A.B. niet meer opnieuw behoeft op te zeggen kan voor de uitvoering van de artt. 42a e.v. W.W. betekenis hebben. Ik kom daarop terug in par. 49.

## 23 De toetsing door de directeur G.A.B.

De directeur G.A.B. is in zijn beslissing op het verzoek om ontslagvergunning autonoom. Nadat aanvankelijk hoger beroep mogelijk was geweest op een rijksbemiddelaar werd dit in de latere versie van het B.B.A. die wij thans nog kennen, vervangen door een raadpleging vooraf van de Arbeidsinspectie, werkgevers- en werknemersorganisaties.

De beoordeling door de directeur G.A.B. is daarom belangrijk, dat hij elk geval afzonderlijk bekijkt, de belangen van de individuele werkgever en werknemer tegen elkaar afweegt en met alle omstandigheden van het geval rekening houdt. Zo kan hij de curator de vraag stellen waarom deze, wanneer de onderneming (verkleind) wordt voortgezet of langzaam wordt geliquideerd, een bepáálde volgorde van ontslagen heeft gekozen en niet een andere. Waarom een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die nog lange tijd heeft te gaan, wèl voor ontslag wordt voorgedragen en een ander, met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet. Evenzo kunnen de geringe kansen van sommige werknemers op de arbeidsmarkt voor de directeur G.A.B. aanleiding zijn om voor hen (nog) geen ontslagvergunning te verlenen. Hij zal daarbij echter wel rekening moeten houden met de belan-

gen van de afwikkeling van de boedel die wellicht de voorlopige voortzetting van het dienstverband van juist de beste werknemers vereisen. Deze kunnen echter op korte termijn (art. 40 Fw.) zelf beëindigen en de vraag rijst dan of, als zij zich tot de directeur G.A.B. wenden, zij wèl een ontslagvergunning zullen krijgen.

Het bovenstaande maakt duidelijk, dat de afweging door de ontslagafdeling van het G.A.B. een heel moeilijke arbitraire aangelegenheid moet zijn. Mocht het in de toekomst komen tot het invoeren van toetsbaarheid van de ontslagvergunningen dan zal men die toetsing naar mijn opvatting noodzakelijkerwijs wel moeten beperken tot een marginale. Indien de curator het niet eens is met de beslissing van de directeur G.A.B. staat voor hem nog altijd de weg open van het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst om gewichtige redenen. Dit fungeert in dergelijke gevallen dan als een controle op de beslissing van de directeur G.A.B.

De toetsingsvrijheid voor de directeur G.A.B. is ingeval van een verzoek van de curator minder groot dan in andere gevallen. Dit besliste de HR in een arrest van 5-12-1975.[83] De HR overwoog 'dat een redelijke uitoefening van de in art. 6 van genoemd Besluit aan de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (. . .) gegeven bevoegdheid meebrengt dat in geval een faillissementscurator toestemming verzoekt tot een door hem in het belang van de boedel voorgenomen ontslag, bij de afweging van de daarbij in aanmerking komende belangen met het in het derde lid van art. 40 Fw. bepaalde wordt rekening gehouden en van de daarin neergelegde belangenafweging wordt uitgegaan;. . .'. Annotator G.J.S(cholten) concludeerde daaruit dat er in zoverre geen beleidsvrijheid voor de directeur G.A.B. bestaat, althans in alle gevallen waarin de totaliteit van de boedelschulden door de handelwijze van het G.A.B. vergroot zou worden. Scholten merkt daarbij voorzichtig op, dat de HR niets daaromtrent heeft laten blijken. Een vergroting van de boedelschulden door het beleid van de directeur G.A.B. zou Scholten overigens wel onjuist vinden.

Ik wil hierbij enkele kanttekeningen plaatsen. Zelfs als men het geheel met Scholten eens zou kunnen zijn sluit dit toch niet uit, dat er voor de directeur G.A.B. nog veel te doen kan blijven. Hiervóór gaf ik daarvan enkele voorbeelden.

Met Scholten ben ik van mening, dat de directeur G.A.B. niet een ontslagvergunning mag weigeren omdat hij in tegenstelling tot

de curator van oordeel is, dat de onderneming van de failliet geheel of ten dele kan worden voortgezet. Immers de Fw. kent aan anderen daaromtrent de toetsings- en beslissingsbevoegdheid toe. Hetzelfde geldt voor geleidelijke liquidatie, die zich sedert de wetswijziging van 1925 zelfs tot na de vaststelling van de insolventie kan uitstrekken.[84]

Verder kan ik me wel gevallen voorstellen waarin mede door toedoen van de directeur G.A.B. de boedelschulden oplopen terwijl toch wordt uitgegaan van de in art. 40 lid 3 Fw. neergelegde belangenafweging. Bijvoorbeeld indien de directeur G.A.B. van oordeel is, dat een beëindiging zonder een handdruk van enigerlei soort metaal onredelijk zou zijn, zonder deze geen vergunning wil verlenen en deze eerst verleent nadat het aanbod van de curator een zekere hoogte heeft bereikt. Ook bij faillissement kan zich naar mijn mening zo'n situatie wel voordoen.

Er bestaat geen bezwaar tegen, dat de directeur G.A.B. bij zijn afweging of hij wel of niet een ontslagvergunning zal verlenen rekening houdt met een bedrag, dat de werkgever – i.c. de curator – terzake van de beëindiging van de dienstbetrekking aanbiedt. Daarbij mag de directeur G.A.B. niet zover gaan, dat hij zelf de hoogte van dat bedrag bepaalt. De bevoegdheid daartoe heeft hij ooit wel eens bezeten. Op grond van een richtlijn van 12-11-1971 mocht de directeur G.A.B., wanneer hij van oordeel was, dat er onvoldoende motieven voor ontslag waren aangevoerd maar de werkgever aanhield en de andere mogelijkheden tot beëindiging van de dienstbetrekking uitgeput waren, financiële voorwaarden stellen voor het verkrijgen van een ontslagvergunning. De richtlijn van 17-6-1976 wijzigde het beleid terzake in die zin, dat de directeur G.A.B. niet meer zelf de impasse mocht doorbreken door geldelijke eisen te stellen maar wel met een door de werkgever aangeboden bedrag rekening mocht houden. Een bevoegdheid die hij reeds in het algemeen heeft. De laatstgenoemde richtlijn vind ik ook daarom een wassen neus, dat het in de praktijk natuurlijk nauwelijks verschil maakt of nu de directeur G.A.B. zelf het bedrag vaststelt dat terzake van de beëindiging van de dienstbetrekking ter tafel moet komen dan wel dat hij zijn toestemming in eerste instantie weigert en deze eerst verleent wanneer het aangeboden bedrag een voor hem aanvaardbare hoogte heeft bereikt.

Ik acht het niet onwaarschijnlijk, dat aanleiding voor de richtlijn van 17-6-1976 is geweest het arrest van 5-12-1976, waarin de Hoge Raad besliste, dat het Centraal Bureau voor de Grafische Be-

drijven in Nederland, dat voor die bedrijfstak met de bevoegdheden van art. 6 B.B.A. is bekleed, geen financiële voorwaarden aan het verlenen van een ontslagvergunning mocht verbinden.[85, 86] De uitspraak van de Hoge Raad had op dit punt mijns inziens een algemene strekking. Wellicht dacht de directeur-generaal voor de arbeidsvoorziening er net zo over.

## 24 Ontslag op staande voet genomen na betalingsonmacht

Na het uitspreken van het faillissement of de surséance van betaling kan het geval zich voordoen, dat de curator q.q. of de werkgever onverhoopt (tijdelijk) in betalingsonmacht komt te verkeren. Onder par. 44 hoop ik aannemelijk te maken, dat in zo'n geval overneming van de loonbetalingsverplichting door de bedrijfsvereniging op grond van de artikelen 42a e.v. W.W. tot de mogelijkheden behoort.

Intussen kan de werknemer op de wanbetaling hebben gereageert met een ontslag op staande voet, een ontslag, dat in de regel wel onvrijwillige werkloosheid tot gevolg zal hebben. Kan hij deswege ook schadeloosstelling of volledige schadevergoeding vorderen? Dat lijkt er krachtens art. 1639o-3 van af te hangen of de curator resp. de werkgever opzet of schuld is te verwijten. De werknemer zou met het bewijs daarvan zijn belast en de curator resp. de werkgever zou zich op overmacht kunnen beroepen.

Dit leidt echter tot onaanvaardbare gevolgen aangezien in art. 1639o, lid 3, (voor 1953 art. 1639t-2) nimmer is beoogd af te wijken van de regel in het algemeen verbintenissenrecht, dat geldelijk onvermogen voor risico van de debiteur komt. Om het met Houwing te zeggen: 'Men kan m.i. niet zeggen, dat het niet-nakomen van de verbintenis om loon te betalen behoudens tegenbewijs opzet of schuld bewijst. Maar zo min als financieel onvermogen overmacht oplevert, houdt het m.i. een ontbreken van opzet of schuld in den zin van art. 1639o in. En het verweer van den werkgever houdt te dezen niet anders dan een beroep op financieel onvermogen in.'[87]

Het spreekt vanzelf dat, als hij daartoe in de daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer aanleiding vindt, de curator deze op staande voet kan ontslaan. Een situatie die licht aanleiding kan geven tot het zoeken van een stok om een hond te slaan.

## 25 Loonbetaling na faillissement

Zolang de werknemers van de gefailleerde nog in dienst zijn is de curator verplicht hun het bedongen loon tijdig te betalen. Voldoet hij niet aan die verplichting dan is er geen reden om de wettelijke verhoging van art. 1638q B.W. niet toe te passen.[88] In de omstandigheden van het geval kan de rechter aanleiding vinden tot de beperking waartoe hij krachtens het eerste lid van dat artikel bevoegd is.

De curator is tot compensatie bevoegd. Art. 53 Fw. geeft hem echter geen vrijbrief daarvoor de regels van art. 1638r B.W. te doorbreken. Aldus, mijns inziens terecht, Ktr. Amsterdam 9-10-1935.[89]

## 26 Concurrentiebedingen

'Bij de huidige stand van de wetgeving en de rechtspraak lijkt het (. . .) verstandig geen concurrentiebeding te ondertekenen, dan wel een uitgebalanceerde contractuele regeling te treffen.' Aldus H.L. Bakels in de 'Schets van het Nederlands arbeidsrecht'.[90] Eerder, in een SMA-artikel in 1970, schreef hij het volgende: 'Volgens artikel 1637x, lid 3, kan een werkgever geen beroep doen op het concurrentiebeding, indien hij de arbeider onregelmatig heeft ontslagen. Een verruiming van deze beperking ligt in ieder geval voor de hand. Het is toch te gek dat een arbeider, die door zijn werkgever wegens reorganisatie of inkrimping van het bedrijf, geheel buiten zijn schuld wordt ontslagen, in zijn arbeidsmogelijkheden kan worden beperkt door een beroep op het concurrentiebeding.'[91]

Enige tijd geleden heb ik ervoor gepleit art. 1637x zodanig te wijzigen, dat aan een concurrentiebeding geen rechten meer kunnen worden ontleend na onbehoorlijke of in de gevolgen voor de werknemer te bezwarende beëindiging door de werkgever.[92]

Een beperkende interpretatie van de bevoegdheden van de curator in art. 40 Fw. zoals hiervoor bepleit, zou mijns inziens voor wat betreft het concurrentiebeding al een stap in de goede richting betekenen: immers zal de opzegging door de curator in meer gevallen dan thans een onregelmatig karakter dragen waardoor het concurrentiebeding haar kracht verliest. Dit kan meehelpen de curator ertoe te brengen zoveel mogelijk de bepalingen van het ontslagrecht te respecteren.

Concurrentiebedingen bij ontslagen na faillissement en surséance zullen door de rechter zeer omzichtig moeten worden benaderd.

Enerzijds is er het belang van de werkgever, van de boedel. Ingeval van faillissement kan (een deel van) de onderneming wellicht worden gered, al dan niet door verkoop aan een derde. In zo'n geval kan het heel belangrijk zijn, dat de know how aan dit bedrijf blijft verbonden, althans niet in de handen van de concurrentie geraakt. Niet alleen de waarde van de activa zou erdoor dalen, de levensvatbaarheid van (het voortgezette deel van) de onderneming kan erdoor op de tocht komen te staan. Bij surséance is een vergelijkbaar belang in het spel.

Daartegenover staat het belang van de werknemer wiens dienstbetrekking zijns ondanks wordt beëindigd en die juist door het faillissement of de surséance in een nog moeilijker situatie kan komen te verkeren dan hij, indien hij 'gewoon' op de arbeidsmarkt was gekomen, zou zijn geweest.

Met uitzondering van het geval van kennelijk onredelijke beeindiging, waarvan ik heb betoogd, dat de wet het ten onrechte niet sanctioneert met verlies van rechten uit het concurrentiebeding, ben ik van mening, dat het instrumentarium dat art. 1637x B.W. de rechter verschaft, voldoende is. Dat neemt niet weg, dat zijn beslissing hem in concrete gevallen bijzonder veel hoofdbrekens kan kosten en het Salomo's wijsheid kan vergen om tot een alle partijen bevredigende oplossing te geraken.

## 27 De Wet melding collectief ontslag

De Wet melding collectief ontslag is op beëindigingen na faillissement en surséance van betaling van toepassing, zij het niet onverkort. De wet heeft slechts betrekking op dienstbetrekkingen en niet op andere arbeidsverhoudingen. Verder heeft A.P.M. Houtman erop gewezen, dat de wet niet van toepassing is op bv. gevallen van beëindiging met wederzijds goedvinden hoewel toch een melding aan de directeur G.A.B. in deze gevallen bijzonder zinvol kan zijn.[93] De E.G.-richtlijn van 17-2-1975 gaat op dit punt verder.[94] Boumans vermeldt dat bij het leggen van de laatste hand aan het wetsontwerp rekening is gehouden met de ontwerp-richtlijn.[95] Rood, die het wetsontwerp 13324 met de Europese richtlijn vergelijkt, merkt op dat de wet slechts geldt voor arbeidsovereenkom-

sten en dan nog slechts die, voor welker beëindiging de vergunning van de directeur G.A.B. nodig is. Ook in de bepaling, dat, wil er van collectief ontslag sprake zijn, er 20 werknemers binnen het gebied van één G.A.B. moeten worden ontslagen, ziet Rood, anders dan Houtman, een beperking.[96] Wel gelden alle in de wet neergelegde materiële voorschriften voor zowel de curator in faillissement als voor werkgever en bewindvoerders bij surséance. Zij allen moeten het voornemen tot omvangrijke ontslagen vooraf melden aan de directeur G.A.B. en aan de belanghebbende vakbonden en deze laatste voor overleg uitnodigen. De ondernemingsraad moet, als die er is, worden geraadpleegd.

Artikel 3-2 van de wet omschrijft als belanghebbende vereniging van werknemers: 'die in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt (dit hoeven niet dezelfden te zijn als die op de nominatie staan te worden ontslagen, L.H.), krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen, als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is, voor ten minste twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid en als zodanig aan de werkgever bekend is. Deze bekendheid wordt verondersteld, indien de vereniging aan de werkgever heeft te kennen gegeven dat zij prijs stelt op meldingen van voornemens als bedoeld in het eerste lid.' Op grond van het bovenstaande kan worden vastgesteld, dat het de bonden zijn die, om de zekerheid te hebben, dat werkgever en curator zich niet van den domme houden, de eerste stap moeten zetten. Zij moeten aan de werkgever schriftelijk te kennen geven dat zij prijs stellen op melding (= overleg) bij collectief ontslag. Een dergelijke schriftelijke kennisgeving kan zijn opgenomen in een c.a.o. bv. in de bepaling dat de werkgever bij bedrijfssluiting of bij sluiting van een onderdeel van de onderneming de bonden voor overleg zal uitnodigen. Deze bepaling geldt dan echter slechts gedurende de looptijd van de c.a.o. of, indien dat het geval is, van de algemeen verbindendverklaring. Het verdient daarom aanbeveling dat de bonden hun ledenadministratie zo inrichten dat zij alle werkgevers van hun leden, ook bij mutaties, een dergelijke kennisgeving kunnen doen. Een nogal omslachtige aangelegenheid die bovendien in effectiviteit tekort schiet. De ervaring heeft nl. geleerd dat de administratie van veel gefailleerde werkgevers een zodanige puinhoop is, dat dit soort mededelingen er voor de curator onvindbaar zijn als ze er zich al in bevinden en niet eerder al zoekgeraakt zijn. In de praktijk blijkt het dan ook vaak zo te gaan dat het de bon-

den zijn die op een of andere manier van het faillissement lucht krijgen en met de curator contact zoeken. Waarmee dan het omgekeerde bereikt is van wat de wet voorschrijft.

Het voorschrift dat de bonden de werkgever in kennis moeten stellen van hun wens om van collectief ontslag een melding te ontvangen komt mij dan ook volkomen overbodig voor. Elke bond wil dat natuurlijk, rekent zich dit overleg met de curator tot taak. Het ware daarom veel efficiënter in de wet te bepalen, dat de curator bij het personeel navraagt wie waar georganiseerd is, om vervolgens die bonden het collectief ontslag te melden; een handelwijze die curatoren nu al wel volgen teneinde niet door de directeur G.A.B. te worden teruggewezen.

Art. 6 van de Wet melding collectief ontslag bepaalt ondermeer, dat de directeur G.A.B. met het in behandeling nemen van verzoeken om ontslagvergunning wacht tot één maand nadat de door de wet voorgeschreven meldingen zijn geschied. Blijkt uit de melding aan het G.A.B. dat de ondernemingsraad nog niet is geraadpleegd of de belanghebbende bonden nog niet voor overleg zijn uitgenodigd, dan neemt de directeur G.A.B. de verzoeken om (individuele) ontslagvergunningen niet eerder in behandeling dan nadat hem is gebleken, dat aan de bovenvermelde voorwaarden is voldaan. Arendsen de Wolff merkt daaromtrent op, dat de wetgever de factor tijd nagenoeg over het hoofd heeft gezien. Dat hij ten onrechte de eis stelt, dat de werkgever tezelfder tijd dat hij het voornemen meldt de lijst van de werknemers die naar zijn oordeel behoren te worden ontslagen, moet indienen. Hij pleit voor ontheffing van beide meldingen.[97]

Krachtens art. 6-3 van de wet lijdt een en ander uitzondering in geval van faillissement. De memorie van toelichting bij wetsontwerp 13324 vermeldt daaromtrent: 'In geval van faillissement dient de behandeling van verzoeken om toestemming tot ontslag niet te worden uitgesteld. Wel dient door de curator de melding te worden gedaan, indien deze nog niet heeft plaats gehad.'[98] Een verdere motivering ontbreekt. Wellicht is de achterliggende gedachte, dat er in geval van faillissement toch niets meer te halen is. Anderzijds is toch de centrale gedachte achter de Wet melding collectief ontslag, dat voor collectieve ontslagen een 'early warning system' op zijn plaats is. Indien ergens, geldt dat bij faillissement en zelfs, zoals we dagelijks uit de krant kunnen opmaken, heel sterk. Daar komt nog bij, dat naar mijn mening andere middelen

ontbreken aangezien de enquêteprocedure te langzaam werkt en de ondernemingsraad slechts tegen afzonderlijke besluiten in beroep kan gaan en niet tegen een totaal beleid van de ondernemingsleiding. Gegeven dit alles wekt het weer verwondering dat zo gemakkelijk voor faillissement een uitzondering wordt gemaakt.

In het voorlopig verslag stelden de fracties van de KVP, ARP, de CHU en enkele leden van de SGP voor de sanctionering ook achterwege te laten ingeval van surséance van betaling: 'De noodzaak om in elk geval van surséance van betaling tot snelle beslissingen te komen met het oog op het behoud van (een deel van) de werkgelegenheid leek hun hiervoor een voldoende argument.[99] Dit overtuigde de regering echter niet: 'In geval van surséance immers, wordt de onderneming voortgezet. Indien spoed moet worden betracht, kan het vierde lid van artikel 6 uitkomst bieden.'[100] Ik teken hierbij aan, dat het ook bij faillissement kan voorkomen, dat de onderneming wordt voortgezet. Dit art. 6-4 geeft de directeur G.A.B. de bevoegdheid om, wanneer hij de noodzaak daartoe aanwezig acht in verband met de herplaatsing van werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers, na verkregen toestemming van de minister van Sociale Zaken, het uitstel van de behandeling van de verzoeken om ontslagvergunning op te heffen. Tijdens de kamerbehandeling kwamen de genoemde fracties hierop niet meer terug. Kennelijk waren zij overtuigd.

Uit het bovenstaande blijkt dat de wetgever enerzijds bij faillissement het gedwongen uitstel van een maand niet wil; hetzelfde geldt voor het niet in behandeling nemen van verzoeken om ontslagvergunning zolang de bonden nog niet voor overleg zijn uitgenodigd of de ondernemingsraad niet is geraadpleegd. Anderzijds blijft de verplichting tot melding voor de curator wel bestaan. De wet kent op dit punt geen uitzondering. De wetgever heeft die ook niet bedoeld. Dit valt op te maken uit de opmerking in de memorie van toelichting, dat de curator de melding alsnog moet doen indien deze nog niet heeft plaats gehad. Met 'melding' kan slechts bedoeld zijn de melding waarvan eerder sprake is nl. die van de artikelen 3-5. Daaronder valt ook die aan de belanghebbende vakbonden. En terecht, want dit kan zeer zinvol zijn bijvoorbeeld voor de positie van oudere werknemers of wanneer de c.a.o. voor een dergelijk geval bepalingen bevat. De vakorganisatie kan er aldus voor waken dat het faillissement wordt gebruikt om zich,

zonder al te veel last te hebben van beperkende bepalingen, van een minder 'courant' deel van de werknemers te ontdoen, bijvoorbeeld als voor (een deel van) de onderneming een koper is gevonden die slechts het puikje van het personeel wil overnemen.

In tegenstelling tot alle andere gevallen, behalve wanneer art. 6-4 toepassing vindt, doet zich bij faillissement dus de situatie voor, dat de directeur G.A.B. wel al verzoeken tot ontslagvergunning in behandeling moet nemen maar tezelfdertijd de curator de bonden voor overleg moet uitnodigen, de ondernemingsraad moet raadplegen en het resultaat daarvan moet mededelen aan de directeur G.A.B. Het bijzondere is nu, dat die maand uitstel nu juist was bedoeld - naast het bieden van gelegenheid aan de directeur G.A.B. om de arbeidsmarkt te verkennen met het oog op de te verwachten toevloed van werkzoekenden - voor het plegen van overleg met ondernemingsraad en bonden. Wel wordt deze termijn door de memorie van toelichting ruim voldoende genoemd.[101] Als het moet kan het dus wel korter. En het moet, want waar anderen een maand voor krijgen dat moet de curator op stel en sprong doen.[102] Hij zal daarin slechts kunnen slagen als de anderen dan ook direct voor hem klaar staan. Met name voor het personeel van de vakbeweging kan dit een aanslag op de agenda betekenen. Hier staat tegenover dat in de meeste gevallen de zaken wel zo zullen liggen, dat dit overleg snel kan worden afgerond omdat de vakbonden er snel van overtuigd kunnen worden dat de curator geen andere keus overblijft dan ontslagen te verlenen.[103]

Nu heeft ook de directeur G.A.B. enige tijd nodig voor de behandeling van de individuele ontslagaanvragen. De minister wilde de directeur daarbij kennelijk niet aan een bepaalde termijn binden.[104] De vraag die nu rijst is wat dient te geschieden indien de directeur G.A.B. zijn beslissingen op de individuele ontslagverzoeken in zoverre gereed heeft, dat nog slechts het oordeel van de ondernemingsraad en van de belanghebbende bonden verwerkt behoeven te worden. Mag de directeur G.A.B. de curator dan toch reeds van de beslissingen op de hoogte stellen? Naar mijn mening niet en behoort in dit geval art. 7, lid 3, naar zijn strekking te worden toegepast. Dit artikel luidt: 'De behandeling van de verzoeken waarop nog niet is beslist, wordt niet eerder aangevangen of voortgezet dan twee maanden nadat de werkgever overeenkomstig de artikelen 3-5 een melding heeft gedaan welke alle in het eerste lid (van art. 7, L.H.) bedoelde werknemers omvat.' Welis-

waar verklaart het daaropvolgende lid artikel 6, lid 3, van overeenkomstige toepassing maar dit artikel sluit slechts de uitsteltermijn uit. Blijft dus het voorschrift, dat de directeur niet mag behandelen alvorens er behoorlijk overeenkomstig de wet - de artt. 3-5 - is gemeld. Dit laatste laat zich in geval van faillissement niet onverkort toepassen aangezien art. 6, lid 3, nu juist geen uitstel van behandeling wilde. Art. 7 moet dus naar zijn strekking worden toegepast. Die is deze, dat er geen ontslagvergunningen worden verleend zolang er niet behoorlijk overeenkomstig de wettelijke bepalingen is gemeld.

De directeur van het G.A.B. moet dus ingeval van faillissement wel verzoeken voor grotere aantallen ontslagen dan de Wet melding collectief ontslag toelaat in behandeling nemen maar mag deze behandeling niet afronden zolang niet aan de voorwaarden die de wet stelt is voldaan. Ook dit is, om Rood te parafraseren, 'een afdoende rem op niet-nakoming.'[105]

Naber is kennelijk van opvatting dat de directeur G.A.B. de behandeling van omvangrijke aantallen ontslagverzoeken eerst mag aanvangen na voorafgaande rechtsgeldige melding. Zou hij onder melding mede verstaan de mededeling aan de belanghebbende vakbonden, en dat lijkt me, gezien de omstandigheid dat hij dit in een ander artikel uitdrukkelijk doet, waarschijnlijk, dan komt mij zijn standpunt wat uitwerking betreft wat minder praktisch voor.[106] Het betekent dan toch weer uitstel en dat is nu juist blijkens de memorie van toelichting niet de bedoeling geweest. Anderzijds moet ik toegeven, dat het in de praktijk wel weinig zal uitmaken of de directeur G.A.B. nu verzoeken om ontslagvergunning niet in behandeling neemt omdat er nog geen overleg is gepleegd of dat hij de aangevangen behandeling opschort tot de resultaten van het overleg bekend zijn geworden.

Het niet melden door de curator van collectief ontslag aan bonden, ondernemingsraad en G.A.B. is dus wel degelijk gesanctioneerd: zonder melding geen ontslagvergunning, zonder ontslagvergunning nietigheid van de beëindiging. Echter, ook zonder deze sanctie zou de curator de wet moeten naleven. De rechter-commissaris behoort daarop toe te zien.[107]

## 28 De curator en de c.a.o.

Het faillissement van de werkgever brengt op zich geen wijziging in zijn gebondenheid aan de c.a.o. Deze gaat over op de curator. Die gebondenheid kan zijn ontstaan doordat de werkgever zelf partij bij het contract is, bijvoorbeeld in het geval van een ondernemings-c.a.o., hij lid is van een werkgeversorganisatie die een c.a.o. heeft afgesloten danwel bedrijfsgenoot is in een bedrijfstak waarvoor een c.a.o., bij welke hij niet direct of middelijk is betrokken, algemeen verbindend is verklaard.

De c.a.o. kent drie soorten bepalingen. Horizontale normatieve bepalingen: arbeidsvoorwaarden die gelden voor de door de c.a.o. bestreken arbeidsovereenkomsten. Obligatoire bepalingen: bepalingen die tussen de contractsluitende partijen recht scheppen. Tenslotte diagonale bepalingen of, zoals Van Haersolte ze noemt, 'tusschenbepalingen'.[108] Met o.a. Levenbach, Kamphuisen, Molenaar en, meest recentelijk, Olbers, reken ik deze bepalingen tot het normatieve gedeelte van de c.a.o.[109] Anders Bakels, die dit soort bepalingen kennelijk in de regel dichter bij het obligatoire deel ziet liggen.[110]

Dankzij wat Van Haersolte noemde 'de automatische werking van het normatieve gedeelte van de C.A.O.' blijven de horizontale normatieve bepalingen, de arbeidsvoorwaarden, ook na het faillissement van de werkgever van kracht. De curator is eraan gebonden. Zij zijn onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomsten. Het maakt daarbij geen verschil of de werkgever zelf partij is bij de c.a.o., lid is van een contractspartij of slechts onder de werking van de c.a.o. valt door de algemeen verbindendverklaring ervan. In het laatste geval kan zich door recente jurisprudentie van de Hoge Raad een complicatie voordoen in het geval de algemeen verbindendverklaring na de faillietverklaring afloopt.[111] De normatieve werking van de c.a.o.-bepalingen komt dan voor de 'buitenstaanders' te vervallen.

De obligatoire bepalingen van de c.a.o. zijn slechts van kracht tussen de contractspartijen. Zij gelden dus slechts dan voor de curator indien de werkgever c.a.o.-partij is. De curator kan zich niet van de c.a.o. bevrijden, haar niet opzeggen. Pleegt hij wanprestatie, dan kan de wederpartij, de vakvereniging(en), van de in art. 37 Fw. geboden gelegenheid gebruik maken om hem onder druk te zetten: sommering binnen 8 dagen er alsnog aan te vol-

doen. Bij gebreke daarvan is de c.a.o. ontbonden en kan de vakbond voor de daardoor ontstane schade als concurrent schuldeiser opkomen.

De ontbinding van de c.a.o. ten opzichte van de curator heeft voor de horizontale normatieve bepalingen geen negatieve gevolgen aangezien deze zijn gaan deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten. Dat de curator bij voortzetting van de onderneming deze zou beëindigen en nieuwe aangaan tegen voor de werknemers meer bezwarende voorwaarden dan de c.a.o. bevatte, acht ik vooralsnog slechts een theoretische mogelijkheid waar ik verder niet op inga.

De diagonale bepalingen van de c.a.o. vormen een categorie waarvan de grenzen niet scherp kunnen worden getrokken.[112] Van de wijze waarop een bepaling is ingericht kan afhangen of zij als een obligatoire, een diagonale of een normatieve bepaling moet worden opgevat. Hier bestaat dus speelruimte voor de contractspartijen waarvan slechts te hopen is dat zij die op ondubbelzinnige, en bij voorkeur op voor de werknemers als de meest beschermwaardige partij voordelige, wijze gebruiken. Naar mijn oordeel heeft Olbers ondubbelzinnig aangetoond, dat er diagonale bepalingen kunnen zijn waarop, hoewel ze niet opgaan in de individuele arbeidsovereenkomsten, de individuele werknemer tegen zijn werkgever, en dus ook tegenover de curator, een beroep kan doen.

## 29 C.a.o.-bepalingen betreffende het beëindigen van de onderneming

Vele c.a.o.'s bevatten bepalingen voor het geval de werkgever besluit tot beëindiging van de onderneming of van een gedeelte daarvan. Indien en voorzover niet uit wettelijke bepalingen, in het bijzonder de Faillissementswet, het tegendeel voortvloeit, is de curator aan deze bepalingen gebonden.

De inhoud van dergelijke c.a.o.-bepalingen varieert enorm, van simpele intentieverklaringen tot volledig uitgewerkte regelingen waarin zowel procedures als materiële rechten en plichten nauwkeurig zijn uitgewerkt tot zelfs met bijzondere fondsvorming toe. Zie voor dit laatste de verschillende grafische c.a.o.'s.[113] Ik noem hier bij wijze van voorbeeld regels als: last in, first out (al dan niet met voorbehouden als het bedrijfsbelang, de sociale omstandigheden van de betrokken werknemers); niet-kostwinners eerst; een

afscheidspremie voor ouderen of ook voor minder ouderen maar oudgedienden; schadeloosstellingen op verschillende wijzen berekend, al dan niet in de vorm van aanvulling op een W.W.-uitkering; immateriële schadevergoeding; pensioendervingsvergoeding; vergoeding voor verlies van anciënniteit, enz.

Indien de curator de dienstbetrekkingen waarop de bij c.a.o. vastgelegde vergoedingen betrekking hebben beëindigt dragen deze vergoedingen, mits ze als arbeidsvoorwaarden in de c.a.o. zijn neergelegd, het karakter van boedelschuld. Zie daarover verder in par. 30.

Voorzover de bij c.a.o. bepaalde vergoedingen niet boedelschuld zijn, bijvoorbeeld omdat niet de curator maar de werkgever zelf vóór het faillissement werd uitgesproken de dienstbetrekking had beëindigd, rijst de vraag of ze bevoorrecht zijn krachtens art. 1195-6° B.W. Voorwaarde voor preferentie is, dat ze verschuldigd moeten zijn krachtens het bepaalde in de zevende Titel A van het Derde Boek B.W. in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking.

De opening daartoe wordt gevormd door de vergoeding naar billijkheid bij kennelijk onredelijke beëindiging van de dienstbetrekking (art. 1639s). In een recent arrest heeft de Hoge Raad beslist, dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat werkgever en werknemer overeenkomen, dat ontslag kennelijk onredelijk zal zijn - behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs - tenzij er een afvloeiingsregeling geldt die zij daartoe overeenkomen.[114] Een dergelijke afvloeiingsregeling mag de rechter, aldus de HR, beschouwen als verschuldigd krachtens de zevende Titel van het Derde Boek B.W. in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking. In deze vorm geredigeerd kunnen naar mijn mening afvloeiingsregelingen bij faillissement en surséance de positie van de werknemers die 'bij de c.a.o. zijn betrokken' en daaraan rechten kunnen ontlenen - georganiseerden dus - aanzienlijk versterken.

In zijn adviesaanvrage aan de SER met betrekking tot een te ontwerpen arbeidsvoorzieningswet merkt de minister van Sociale Zaken op, dat de afvloeiingsregelingen bij collectieve ontslagen in veel gevallen voor wat betreft loonvervangende uitkeringen ver uitgaan boven wat wettelijk is voorzien. Dit werkt 'mobiliteitsbelemmerend' op de herintreding in het arbeidsproces, aldus de minister. Reden waarom hij van de SER wil vernemen niet òf, maar 'in hoe-

verre aan deze in de praktijk gegroeide regelingen paal en perk gesteld zou kunnen worden'.[115]

Ad hoc afvloeiingsregelingen bij faillissement en surséance van betaling zullen wel tot de hoge uitzonderingen behoren.[116]

## 30 (Voorlopige) voortzetting van de onderneming door de curator

Vóór de verificatievergadering is het in beginsel aan de curator om te beslissen of hij direct wil liquideren of de onderneming van de gefailleerde (voorlopig) wil voortzetten. Voor voortzetting heeft hij de toestemming van de rechter-commissaris nodig of het positief advies van, als die er is, de commissie uit de schuldeisers (art. 98 en art. 74 e.v. Fw.).

Elke werknemer van de gefailleerde heeft het recht zich tegen de faillietverklaring te verzetten door middel van een verzoekschrift dat hij ter griffie moet indienen (art. 10 Fw.).

Zijn er werknemers met loonvorderingen daterend van vóór de faillietverklaring (loon na de faillietverklaring is boedelschuld, de werknemers komen daarvoor niet als (preferent)schuldeiser op) of heeft wellicht een werknemersvakbond het faillissement uitgelokt vanwege een achterstand in de loonbetalingen, dan doen die werknemers of die bond er goed aan om, als dat mogelijk is, in de commissie uit de schuldeisers zitting te nemen, ook al heeft deze slechts adviesbevoegdheid: bijsturen gaat beter dan remmen. Zij kunnen dan tenminste het belang van niet-onmiddellijke sluiting van de onderneming en ontslag van de werknemers bij de curator bepleiten. Volgt de curator een dergelijk advies niet op dan geeft de wet de commissie de mogelijkheid terzake een beslissing van de rechter-commissaris uit te lokken (art. 69, art. 79). In ieder geval kan zo enig uitstel worden bereikt, een uitstel dat kostbaar kan blijken te zijn, al was het alleen maar om te bereiken dat niet alle werknemers van de onderneming tezelfder tijd als werkzoekenden op de arbeidsmarkt komen.

Afgezien hiervan heeft elke werknemer-schuldeiser krachtens art. 69 Fw. van enig handelen of nalaten van de curator beroep op de rechter-commissaris.

De curator kan in eerste instantie de onderneming slechts voortzetten tot aan de datum van de verificatievergadering. Die zal in vele gevallen het uur van de waarheid betekenen. De datum van de verificatievergadering zal enige tijd na de faillietverklaring liggen. Per geval zal dit verschillend zijn, in ieder geval is het 14 dagen (art. 108 Fw.). In de verificatievergadering, die door de rechter-commissaris wordt voorgezeten, valt de beslissing of (verder) wordt voortgezet. De wet sluit niet uit dat de aanvankelijke beslissing van de curator tot stopzetting ongedaan wordt gemaakt. Vóór 1925 mocht de curator nadat de insolventie van de boedel was komen vast te staan nog slechts liquideren. Sinds de wetswijziging van dat jaar is dat gelukkig geen wet van Meden en Perzen meer.[117] De curator kan, indien in de verificatie-vergadering geen akkoord wordt bereikt, voorstellen, dat er wordt voortgezet. Ook een of meer schuldeisers (wellicht werknemers of de vakbond) kan dit voorstel doen. Uiteindelijk oordeelt de vergadering en deze beslist, ruwweg, naar de omvang van de geverifieerde vorderingen (art. 81 Fw.). In de regel zal slechts worden voortgezet indien verdere geleidelijke liquidatie ten voordele van de meerderheid der schuldeisers is.[118] Aan de werknemers als zodanig komt in deze geen stem toe. Zijn zij tevens schuldeiser, dan komt hun in díe hoedanigheid uiteraard wèl stemrecht toe. Maar hun stemmen zullen in de meeste gevallen niet zwaar wegen daar het loon voor het dagelijks levensonderhoud is bedoeld en de gemiddelde werknemer het zich reeds daarom niet kan veroorloven de loonschuld van de werkgever tot grote hoogte te laten oplopen. De werknemers-schuldeisers zullen dan ook maar zelden over de volstrekte meerderheid, nodig voor voortzetting, beschikken. Maar wellicht kan met de steun van de vakbeweging een aantal andere schuldeisers voor voorlopige voortzetting of geleidelijke liquidatie worden gewonnen. Deze hoeft immers niet altijd een waagstuk te zijn maar kan onder omstandigheden een gecalculeerd risico betekenen: voorraden kunnen worden opgemaakt, machines praktisch zonder verdere afschrijving gebruikt, boetes wegens niet- of te late levering worden vermeden. Bovendien wordt, en dat kan zeer belangrijk zijn, de arbeidsmarkt niet in één keer met de totaliteit van de werknemers als werkzoekenden belast.

Wordt de onderneming voortgezet dan blijft de curator gebonden aan alle wettelijke en contractuele regels. Wordt tot liquidatie besloten, dan hebben de bepalingen van de Faillissementswet voorrang boven andere wettelijke of contractuele bepalingen. Dit geldt

zowel voor procedure-voorschriften als voor regelingen met 'materiële' inhoud. Voorzover die regelingen, wettelijke zowel als contractuele, niet met de Faillisementswet in strijd zijn zie ik niet waarom ze niet zouden blijven gelden.[119]

## 31 Boedelschuld en preferente vordering

Met de bepaling, dat vanaf de datum van de faillietverklaring het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld zijn, heeft de wetgever kennelijk de werknemers van de failliet enige zekerheid willen verschaffen. Of dit, zoals de rechtbank te Rotterdam stelde, is geschied in ruil voor de beperking van de opzeggingstermijn tot maximaal zes weken, vermeldt de wetsgeschiedenis niet maar het klinkt niet onaannemelijk.[120] Ook Langemeijer ging kennelijk van deze gedachte uit.[121]

De Raad van State merkte indertijd naar aanleiding van het ontwerp van art. 40 Fw. op, dat niet duidelijk was of met dit artikel bedoeld was af te wijken van art. 1195, lid 4, B.W., thans lid 6 (aanwijzing tot bevoorrechte vordering). De regering antwoordde daarop, dat dit niet het geval was: 'Dit artikel is niet te beschouwen als eene afwijking van art. 1195, 4°, Burgerlijk Wetboek. Laatstgemeld artikel kan alleen van toepassing zijn op vóór de faillietverklaring verdiend loon, terwijl art. 40 handelt over daarna verdiend salaris'.[122]

Wat is boedelschuld? De memorie van toelichting bij de artt. 25-30 Fw. vermeldt daaromtrent: ' "Boedelschuld" welk woord ook in de artikelen 39 en 40 voorkomt, staat tegenover schuld des gefailleerden. "Boedelschulden" zijn die schulden, welke eene onmiddellijke aanspraak op den boedel geven, welke, als komende ten laste van den curator in zijne qualiteit, door deze onmiddellijk uit den boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie noodig is'.[123]

Een boedelschuld kan eerst ontstaan nadat de faillietverklaring een feit is; òf omdat de wet aan een schuld dat karakter toekent òf ook omdat de curator handelingen verricht die de boedel binden.[124]

Er wordt wel onderscheid gemaakt tussen eigenlijke en oneigenlijke boedelschuld. Onder eigenlijke boedelschuld verstaat men dan die schulden die moeten worden gemaakt voor de afwik-

keling van de boedel terwijl de oneigenlijke boedelschulden 'in wezen niet worden gemaakt ter afwikkeling van de boedel, maar slechts boedelschulden zijn, omdat de wet dit voorschrijft.'[125] Achter het woordje 'slechts' plaats ik wel een vraagteken omdat het mijns inziens ten onrechte de suggestie wekt, dat het hier om een tweederangs boedelschuld zou gaan, een formele boedelschuld, die dat alleen maar is omdat de wet het zo voorschrijft. Men zou misschien tot die slotsom kunnen komen na te hebben onderzocht waarom de wet een schuld tot boedelschuld verheft en in vervolg daarop die motieven afgewogen te hebben tegen die welke voor andere boedelschulden naar voren kunnen worden gebracht. Misschien, want ik ben van mening, dat het hier een zaak betreft die aan de wetgever behoort te worden gelaten. Zolang die nog niet heeft gesproken behoort er naar mijn mening van te worden uitgegaan, dat alle boedelschulden, of men die nu onderscheidt in eigenlijke en oneigenlijke of niet, ponds-pondsgewijs moeten worden verdeeld als de boedel niet toereikt om er alle uit te voldoen. Ik schaar mij dan ook achter S(tar) B(usmann) die, schrijvend over de artikelen 39 en 40 Fw., stelt, dat 'wordt voorbijgezien, dat een onderscheiding tusschen boedelschulden die niet en boedelschulden die wel uitwinning en boedelredding betreffen geen reden van bestaan heeft. Beide zijn even noodzakelijk voor de algemeene executie, beide komen ten laste van den boedel, daar ze tijdens het faillissement zijn gemaakt en dus onafscheidelijk met de vereffening samenhangen.'[126] De praktijk kan zich redden met de erkenning van de 'preferenties de facto' van de uitgaven die door de curator reeds ten laste van de niet-toereikende boedel zijn gedaan.

Niet slechts het loon vanaf de faillietverklaring is boedelschuld maar ook wat ervoor in de plaats komt indien de curator ontijdig beëindigt.[127] Maar ook eventuele kennelijk onredelijke beëindiging door de curator kan boedelschuld met zich brengen: alle ontslagrechtelijke gevolgen van de beëindiging door de curator zijn boedelschuld. De vraag die daarbij rijst is, of hier moet worden onderscheiden of de kennelijke onredelijkheid betrekking heeft op het handelen van de curator of op diens 'erfzonde': een handelen van de werkgever vóór het faillissement. De achterliggende gedachte bij een dergelijke onderscheiding is, dat slechts boedelschuld is wat de handeling van de curator kan worden toegerekend, en dat daaronder niet valt 'oude' kennelijke onredelijkheid. Dat deel van de vordering dat daarop betrekking heeft zou dan ter

verificatie moeten worden gemeld, art. 26 Fw., en dus gewoon een concurrente vordering zijn.

Ik ben het daarmee niet eens omdat een dergelijk onderscheid zich niet verdraagt met het systeem van het ontslagrecht en de Faillissementswet daarvan slechts uitdrukkelijk en eenduidig af mag wijken. Evenals onregelmatig ontslag is kennelijk onredelijk ontslag een nieuwe vorm van wat vóór de wetswijziging van 1953 onrechtmatig ontslag heette. De vergoeding daarvoor laat zich niet splitsen in een deel, dat wel boedelschuld is (de vergoeding voor onregelmatige beëindiging en voor kennelijk onredelijke beëindiging voorzover die aan de curator persoonlijk is toe te schrijven) en een deel, dat slechts een concurrente vordering oplevert (wegens 'oude' kennelijke onredelijkheid). Het is de curator die het ontslag bewerkstelligt. Hem, dus de boedel, moeten alle gevolgen daarvan worden toegerekend.

Evenmin maak ik een onderscheid tussen de ontslagrechtelijke gevolgen van ontijdige beëindiging bij de gangbare ruime en die bij de door mij bepleite enge interpretatie van art. 40 Fw. Een dergelijk onderscheid laat zich door niets rechtvaardigen. De wetgever heeft het inkomen van de werknemers na faillissement van hun werkgever tot boedelschuld verklaard, mijns inziens om hun positie niet onrechtvaardig te verzwakken, uit besef dat zij het loon en wat daarvoor in de plaats komt voor hun dagelijk levensonderhoud nodig hebben. Een beperking daarvan enkel tot de maximumtermijn krachtens art. 40 Fw. zou de wetgever daarom uitdrukkelijk hebben moeten motiveren.

Hetzelfde geldt voor een afvloeiingsregeling (in de c.a.o.). Ook die is boedelschuld. Er bestaat, tenzij zij 'paulianeus' tot stand gekomen zou zijn, geen reden waarom zij niet zou worden toegepast na faillissement. Er bestaat evenmin reden waarom zij niet tot de boedelschulden zou behoren.[128]

In een recent arrest heeft de Hoge Raad beslist ondermeer, dat geen rechtsregel eraan in de weg staat 'dat werkgever en werknemer bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst ervan uitgaan dat ontslag door de werkgever kennelijk onredelijk zal zijn in de zin van art. 1639s, tenzij alsdan voor de werknemer een bepaalde afvloeiingsregeling geldt en dat zij deswege – bijwijze van "voorziening" (. . .) een dergelijke regeling bij voorbaat overeenkomen.'[129] De vraag of de curator bij de beëindiging van een dienstbetrekking in beginsel aan een dergelijke overeenkomst gebonden

is heb ik al eerder bevestigend beantwoord. In bovenbedoeld arrest maakt de HR verder uit, dat een dergelijke afspraak onder de preferentie van art. 1195-6° B.W. valt. Als het de curator is die beëindigt heeft men die preferentie niet eens nodig omdat de gevolgen ervan boedelschuld zijn. In de regel zullen dit soort afspraken tussen werkgever en werknemer wel slechts worden gemaakt met betrekking tot arbeidsovereenkomsten van hogere functionarissen. Daar tikt een en ander ook het meeste aan. Niets staat echter de 'gewone' werknemer in de weg om ook een zodanige afspraak te maken. Individueel zal hij maar zelden een werkgever zover krijgen: zo schaars zijn 'gewone' werknemers niet. Niet uitgesloten is echter, dat vakbonden een dergelijke afspraak ten behoeve van hun leden in een c.a.o. vastleggen in de vorm van een normatieve bepaling die krachtens de werking van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst onderdeel gaat uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten van hun leden die het betreft. Tegenbewijs (dat de beëindiging niet een kennelijk onredelijk karakter draagt) blijft echter mogelijk en met name in het geval van faillissement laten zich tal van argumenten daarvoor aanvoeren. Het voordeel voor de werknemers is dan echter, dat zij zich van een sterke uitgangspositie tegenover de curator verzekerd weten. Deze pleegt zich immers in de praktijk als verdediger van de belangen van zijn curandus en van diens crediteuren tegenover de werknemers op te stellen.

Is de beëindiging van de dienstbetrekking niet geschied door de curator maar door de werkgever zelf en wel korte tijd voor de faillietverklaring – een situatie die zich naar ik aanneem niet zelden zal voordoen – dan is het loon gedurende de opzeggingstermijn, voorzover die valt na het faillissement, uiteraard ook boedelschuld (art. 40 Fw.).

De vraag rijst of de gevolgen van de ontijdigheid van de beëindiging vóór de datum van het faillissement, voorzover ze betrekking hebben op de periode na die datum gelegen, ook boedelschuld zijn. Ik ben het eens met de president en de rechtbank te Amsterdam die van oordeel waren dat, nu het hier een vordering betreft die ontstaan en opeisbaar geworden is vóór de uitspraak van het faillissement en waaromtrent de wet ook niet uitdrukkelijk bepaalt dat het boedelschuld is, er niet van boedelschuld gesproken kan worden.[130]

Deze redengeving acht ik echter dermate summier en formeel

en daarmee tekortschietend, dat ik naar een meer materiële motivering heb gezocht. Zou de werkgever niet ontijdig hebben ontslagen maar tegen het door de wettelijke en/of contractuele bepalingen voorgeschreven tijdstip hebben beëindigd en met de juiste wettelijke of contractuele termijn dan zou de werknemer na de faillietverklaring nog in dienst geweest zijn en loon hebben ontvangen dat boedelschuld zou geweest zijn. Nu kan de curator, gebruikmakend van het hem in art. 40 Fw. toegekend recht om met een termijn van max. 19 weken de dienstbetrekking te beëindigen, de reeds vóór het faillissement met inachtneming van alle bepalingen ontslagen werknemer nogmaals, maar nu met die 'korte'termijn opzeggen. De kortste termijn geldt dan. Zulk een beëindiging vloeit naar mijn mening in casu voort uit de bijzonderheid van het intreden van het faillissement en de strekking van art. 40 Fw. Zoals de curator de mogelijkheid heeft de door wederzijdse wilsovereenstemming bereikte bepaalde tijd-overeenkomst te doorbreken kan hij ook de 'regelmatig' gedane opzegging 'vernieuwen' in die van art. 40 Fw.[131] (Zoals uit het voorgaande in par. 10 bleek, vind ik dat dit recht van de curator door interpretatie beperkt kan worden tot hetgeen de woorden van de wet uitdrukkelijk bepalen.) Immers, de dienstbetrekking is feitelijk nog in stand. Dat is echter niet het geval met de dienstbetrekking van de ontijdig ontslagene, althans, dat behoeft niet het geval te zijn. Dit hangt er nl. van af of hij zich met succes beroept op de nietigheid van deze beëindiging (wegens het ontbreken van de vereiste ontslagvergunning of om een andere reden), dan wel berust in de beëindiging als zodanig, al dan niet in combinatie met een actie op grond van schadeplichtigheid wegens ontijdigheid. Beroept de werknemer zich met succes op nietigheid, dan blijkt achteraf de dienstbetrekking te zijn doorgelopen en kan de curator, gebruik makend van zijn in art. 40 Fw. toegekende bevoegdheid, alsnog beëindigen. Naar mijn oordeel kan de curator hiertoe eerst overgaan nadat de rechter de nietigheid heeft vastgesteld. Aan de curator wordt immers het handelen van de werkgever vóór het faillissement toegerekend. Dit brengt naar mijn mening met zich, dat de curator gebonden is door de beëindiging door de werkgever en hij zich noodgedwongen op het standpunt moet stellen, dat rechtsgeldig is beëindigd, ook wanneer hij zelf van het tegendeel overtuigd is.

Berust de werknemer in het feit van de (ontijdige) beëindiging dan kan de curator niet nogmaals beëindigen, want er is geen

dienstbetrekking meer. Dit betekent, dat deze werknemer een wellicht grote vordering op de boedel heeft zonder dat de curator deze, voorzover deze de termijn betreft, kan beperken door opzegging. Zou nu toch aan deze vordering, voorzover ze betrekking heeft op de periode na het faillissement, het karakter van boedelschuld moeten worden toegekend, dan zou deze vóór het faillissement ontslagen werknemer, vergeleken met zijn direct daarna ontslagen collega, in een zo bevoorrechte positie verkeren, dat de gedachte ook daarom moet worden verworpen, dat niets dit verschil rechtvaardigt. De vóór de faillietverklaring ontslagen werknemer kan dan ook slechts een preferente vordering hebben, ook voorzover deze betrekking heeft op de periode ná de datum van het faillissement.

## 32 De surséance van betaling

Wat art. 40 Fw. bepaalt voor het faillissement regelt art. 239 Fw. voor de surséance van betaling. Het artikel wijkt in een enkel opzicht af van art. 40 Fw. Dit verschil wordt gemotiveerd door de andere doelstelling die de surséance heeft in vergelijking met het faillissement.

Artikel 239 Fw. dankt zijn ontstaan aan de wet van 7-2-1935, S. 41. Tien jaar eerder was, bij de wet van 16-5-1925, S. 191, de surséance aanzienlijk gewijzigd. Voordien moest voor een surséance het vooruitzicht bestaan, dat de schuldenaar al zijn schuldeisers zou kunnen voldoen. In 1925 werd de terminologie gewijzigd en de eis daarmee afgezwakt: surséance werd toen al mogelijk zolang het vooruitzicht op bevrediging van de schuldeisers niet was uitgesloten. 'Bevrediging' is niet synoniem met 'voldoening'. De regeling met betrekking tot het dwangakkoord ging ook voor de surséance gelden. In 1925 had de wetgever echter vooralsnog een afzonderlijke regeling voor de beëindiging van lopende overeenkomsten, zoals arbeidsovereenkomsten, achterwege gelaten. In 1935 werd die ingevoerd. Art. 239 kwam toen te luiden: 'Zoodra de surséance een aanvang heeft genomen, kan de schuldenaar, met inachtneming van het bij art. 228 bepaalde, aan arbeiders in zijn dienst, de dienstbetrekking opzeggen, met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter, dat in elk geval de dienstbetrekking kan worden beëindigd met een termijn van zes weken.

Van den aanvang der surséance af is het loon boedelschuld.'

Deze regeling verschilt vooral hierin van art. 40 Fw., dat de beëindigingsfaciliteiten niet wederkerig geformuleerd zijn. Aan de werknemer is geen bijzonder beëindigingsrecht toegekend. De werkgever daarentegen kan bv. de bedongen, lange opzegtermijn doorbreken. De regering motiveerde dit als volgt: 'De toekenning van dit recht zou den boedel in ernstige mate kunnen benadelen. Voor de belangen van verhuurder en arbeider is gewaakt door de bepaling, dat huurprijs en loon vanaf de surséance boedelschuld zijn.'[132] De Kamer was hierdoor echter niet bevredigd want in het voorlopig verslag lezen we: 'In het hier voorgestelde artikel wordt dit recht (om met een zes wekentermijn de arbeidsovereenkomst te beëindigen, L.H.) echter uitsluitend aan den werkgever die surséance heeft verkregen toegekend, en niet aan den arbeider. Welke reden, zo vroeg men, bestaat er voor dit verschil?

Intusschen merkten sommige leden op, dat de ontworpen regeling niet tot onbillijkheden jegens den arbeider behoeft te leiden, daar deze zich ingevolge art. 1639w 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 beëindigen'.[133]

De regering greep de hier uitgestoken hand en antwoordde: 'De belangen van den arbeider komen niet in het gedrang, vermits het loon van den aanvang der surséance af boedelschuld is. Mocht de door de surséance ontstane mindere zekerheid voor den arbeider hem ertoe leiden elders in vaste positie werk te zoeken en hij dit vinden, dan zal de rechter kunnen oordelen, dat eene gewichtige reden aanwezig is in den zin van art. 1639w B.W., zoodat de arbeidsovereenkomst dan toch tusschentijds kan eindigen'.[134] Dit bleek voldoende, de Kamer reageerde er niet meer op. Achteraf kan men zich er alleen maar over verwonderen. Of was de ontbindingsprocedure in die tijd nog supersnel en zonder bezwaren? Ik meen van niet en geloof, dat men blij was een argument te hebben gehoord, wat ook de waarde daarvan was.

De Kamer had intussen nog geen antwoord ontvangen op zijn vraag naar de reden van het verschil in regeling voor werkgever en werknemer. Deze is naar mijn mening hierin gelegen, dat bij surséance zich de noodzaak voordoet, meer dan in het algemeen bij faillissement het geval zal zijn, dat de werknemers niet voortijdig

de onderneming verlaten maar daaraan omwille van de reddingspoging juist nog enige tijd verbonden blijven. Aan de noodzaak daartoe moet hun belang bij een spoedig vertrek worden getoetst.

Men kan zich in dit verband afvragen of uit de omstandigheid, dat slechts de werkgever in art. 239 Fw. uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft gekregen om met de surséance als reden op te zeggen, afgeleid zou kunnen worden, dat de werknemer dat om díe reden juist niet zou mogen. Het antwoord op deze vraag luidt intussen negatief. Immers, een positief antwoord zou tot de gevolgtrekking leiden, dat voor de werknemer de surséance als reden voor het ontslag een onredelijk karakter zou dragen. De redelijkheidstoetsing van het ontslag werd echter eerst bijna twintig jaar later ingevoerd. Zou de wetgever dat toentertijd bedoeld hebben, dan had hij dit ongetwijfeld zeer uitvoerig beargumenteerd. De werknemer is dus vrij om vanwege de surséance een einde aan zijn dienstbetrekking te maken. De verlenging van de opzeggingstermijn van art. 1639j B.W. geldt voor hem in dat geval niet. Het wordt hem dus in zeker opzicht gemakkelijk gemaakt. Vooral voor weekloners kan dit wat uitmaken. Voor maandloners bedraagt de verlening twee weken, betrekkelijk weinig dus.

Hetgeen in voorgaande hoofdstukken werd opgemerkt ten aanzien van de vraag of 'termijn' ruim of eng moet worden opgevat geldt ook hier: men kan oordelen, dat art. 239 Fw. voor de werkgever slechts de termijn van opzegging verkort maar de overige gevolgen van voortijdige beëindiging onverlet laat.

Het is niet onmogelijk, dat de werknemer na surséance kennelijk onredelijk beëindigt. Waarschijnlijk is het echter niet, als tenminste de ontslagafdeling van het G.A.B. de belangen van werkgever en werknemer consciëntieus tegen elkaar afweegt. Daar hangt, juist in dit geval, veel van af want de werkgever zal in de gegeven omstandigheden nauwelijks over verweermiddelen kunnen beschikken. Elke procedure zou, praktisch gesproken, de goede afloop van de surséance eerder belemmeren dan bevorderen.

Echter niet slechts de werknemer, ook de werkgever kan kennelijk onredelijk beëindigen. In dit verband zijn interessant de reeds eerder vermelde uitspraken van de rechtbank te Arnhem van 11-11-1971, NJ 1972, 223 en van 19-4-1974, NJ 1974, 155, waarin deze rechtbank achtereenvolgens besliste, dat de bescherming van art. 1639s er een is tegenover de wederpartij en niet tegenover

objectieve omstandigheden - waarbij de vraag rijst wanneer van dergelijke objectieve omstandigheden sprake is - maar dat een beëindiging door de werkgever, na goedkeuring van de bewindvoerder, van een zestigjarige ingenieur met een diensttijd van 21 jaar zonder enige afvloeiingsregeling om dat laatste (met name wegens pensioenderving) kennelijk onredelijk moest worden geacht.

Van groot belang voor de rechten van de werknemer bij surséance van betaling is art. 232 Fw. dat bepaalt, dat de surséance niet werkt ondermeer ten aanzien van vorderingen die van een voorrecht op bepaalde of op alle goederen van de schuldenaar zijn voorzien. Zo'n vordering is de loonvordering van de werknemer en de vordering met betrekking tot bedragen die hem verschuldigd zijn terzake van de beëindiging van de dienstbetrekking. Zie art. 1195-6° B.W. In het reeds eerder aan de orde gekomen arrest van 23-5-1980 maakte de HR uit dat onder het laatste ook kan vallen een reeds bij de aanvang van de dienstbetrekking vastgesteld bedrag terzake waarvan de partijen zijn overeengekomen dat dit dient ter voorkoming van de kennelijke onredelijkheid van de beëindiging.[135] Slechts indien en voorzover bijzondere omstandigheden ertoe nopen aan te nemen dat de voorziening niet enkel strekt ter opheffing van de nadelige gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking en aldus ter voorkoming van kennelijk onredelijk ontslag, zal dit anders zijn. Tegenbewijs is dus mogelijk.

# OVERNEMING VAN UIT DIENSTBETREKKING VOORTVLOEIENDE VERPLICHTINGEN BIJ ONMACHT VAN DE WERKGEVER OM TE BETALEN

## 33 Inleiding

Op 16 november 1966 richtte zich de minister van Sociale Zaken en (toen nog) Volksgezondheid tot de SER met een verzoek om advies dat als volgt aanving: 'In de afgelopen maanden hebben zich enkele gevallen voorgedaan, waarin ondernemingen, die zich genoodzaakt zagen om tot sluiting over te gaan, niet in staat bleken het aan hun werknemers nog toekomende loon of vakantiegeld te betalen. Naast het leed van verlies hunner werkkring, dat op zichzelf reeds gepaard gaat met een niet onaanzienlijke terugval in inkomsten voor de naaste toekomst, ondervinden de hierbij betrokken werknemers bovendien het directe financiële nadeel, dat in het verleden verdiend inkomen niet meer aan hen wordt uitbetaald. Deze omstandigheid heeft de vraag doen opkomen of en zo ja welke maatregelen getroffen zouden kunnen worden om dit laatste nadeel voor de door sluiting van een onderneming getroffen werknemers op te vangen'.[136]

J. Mannoury noemt man en paard.[137] Hij signaleert in die tijd plaats gehad hebbende reorganisaties, inkrimpingen, surséances en faillissementen bij Rijnstaal, Hispano Suiza, Davo-haardenfabrieken, Overijsselse Steenfabrieken, Vascomij. en, wat later, Van Heijst.

De SER delegeerde het verzoek van de minister aan zijn commissie sociale verzekering die met een eensluidend advies kwam dat rechtstreeks, zonder dat de SER verder behandelde, namens de raad aan de minister werd uitgebracht.

Over dit advies hoorde de minister de SVR[138], waarna op 29 februari 1968 wetsontwerp 9515 werd ingediend dat tot strekking had om in de Werkloosheidswet bepalingen op te nemen tot overneming van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen.

De Tweede Kamer rondde de behandeling van dit wetsontwerp af op 6 juni 1968, de Eerste Kamer ruim een maand later, op 9 juli 1968. Reeds een dag later was het wet geworden en binnen twee weken daarna, op 22 juli 1968, werd de wet in het Staatsblad gepubliceerd. Een voor dit soort materie bijzonder snelle gang van zaken - de omstandigheden vroegen daar ook om - die nog meer bewondering zou hebben gewekt als de regeling goed in elkaar had gezeten en als de verdediging niet zozeer als thans het geval was het karakter had gedragen van 'van dik hout zaagt men planken'. De korte tijd van voorbereiding en van behandeling heeft helaas vele sporen achtergelaten. De regeling zit slordig in elkaar. De behandeling in de Kamer werd hierdoor gekenmerkt, dat de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid in maar geringe mate bereid was kritiek te aanvaarden op de juridische merites van het wetsontwerp. Naast de omstandigheid, dat de minister zelf geen jurist was wreekte zich hier wellicht ook het feit, dat de politieke situatie tijdens de kamerbehandeling werd gekenmerkt door een weinig coöperatieve houding ten opzichte van elkaar van de verschillende geledingen in de Kamer: 'pour se disputer il faut être d'accord'.

De inrichting van de wettelijke regeling heeft de SVR er enkele jaren geleden toe gebracht ingrijpende wijzigingsvoorstellen ter kennis van de minister van Sociale Zaken te brengen. Deze hebben tot op heden nog niet tot een naar buiten blijkende reactie van het departement geleid.

De artikelen 42a e.v. vormen een vreemd element in de Werkloosheidswet. Dat realiseerde zich de minister reeds bij zijn adviesaanvrage.[139] Het hoofdstuk IIIa vormt zelfs een vreemd element in het stelsel van het sociale verzekeringsrecht maar deze omstandigheid kwam bij de voorbereiding ervan niet aan de orde. Wellicht hield de commissie Houwing daar wel rekening mee toen zij voorstelde de financiering van hoofdstuk IIIa te laten geschieden door het AWF òf door afzonderlijke fondsen. Op verschillende plaatsen wordt duidelijk, dat de ontwerpers bij voortduring het systeem van de Werkloosheidswet voor ogen moet hebben gestaan. De regeling heeft daardoor een wat hybridisch karakter gekregen, is vlees noch vis geworden.

Over hoofdstuk IIIa is een aantal artikelen verschenen, voornamelijk in SMA.[140] Deze zijn, evenals de regeling zelf, zo recent en zijn

zo voortreffelijk dat ik heb gemeend dat ik in het hiernavolgende niet naar volledigheid behoef te streven. Een volledige bespreking van alle aspecten van artikel 42a e.v. had dit werkstuk trouwens nog verder buiten de mij toegestane omvang doen uitdijen.

Bij het voorbereiden van de wettelijke regeling hoopte de wetgever erop, dat de artikelen 42a e.v. slechts mondjesmaat zouden behoeven te worden toegepast. Wellicht motiveerde dit de regering om, tegen de haar uitgebrachte adviezen in, tegen de uitgesproken opvatting van een deel van de Kamer in en zonder dat zij daarvoor goede argumenten ter tafel bracht, de last op de wachtgeldfondsen te leggen in plaats van, zoals voorgesteld, op het AWF. 'De Regering vertrouwt, dat ook in de toekomst het aantal gevallen waarin bij sluiting van een bedrijf het aan de betrokken werknemers verschuldigde loon niet meer kan worden betaald, beperkt zal blijven. In dit opzicht hebben de Nederlandse ondernemers naar het oordeel van de ondergetekende een naam hoog te houden'.[141]

Linnenbank vermeldt dat in 1975 op grond van hoofdstuk IIIa W.W. f 36 miljoen werd uitgekeerd waarvan slechts 20% kon worden verhaald (dit laatste is een gemiddeld percentage over een aantal jaren). Hij berekent, dat gemiddeld de betalingen ex art. 42a e.v. 2% uitmaken van het totaal aan uitkeringen.[142] Dat lijkt niet veel maar de overneming van betalingen kon wel eens geconcentreerd zijn in vooral enkele zwakke bedrijfstakken waarvan op deze wijze de wachtgeldfondsen in economisch teruglopende tijden, zoals thans, extra klappen te verwerken krijgen.

## 34 Doel en werkingssfeer

'In een sociaal-economische organisatievorm waarin de rentabiliteit van de in de onderneming tot stand gebrachte combinatie van produktiefactoren het criterium is waarnaar de doelmatigheid van deze combinatie wordt beoordeeld, zal zich steeds de mogelijkheid voordoen dat tot sluiting van een onderneming moet worden overgegaan. (. . .) Het lijdt geen twijfel dat in het algemeen de werknemers van sluiting van ondernemingen ernstige gevolgen kunnen ondervinden.' Aldus de SER in zijn advies aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid.[143] Het doel van de regeling van de artt. 42a e.v. W.W. is nu, dat de werknemers van sluitende bedrijven het door hen in het verleden verdiende loon ontvangen en,

bij werkloosheid na de opzegging, ook gedurende zekere tijd na die opzegging. De SER koos om dat te bereiken twee elementen als aangrijpingspunten:

1 dat voor de collectiviteit van de werknemers - of althans een belangrijk deel daarvan - het uitbetalen van het verdiende loon achterwege blijft;

2 dat dit een gevolg is van de omstandigheid dat de werkgever financieel niet in staat is deze verplichting uit de arbeidsovereenkomst na te leven (dus als hij in staat van faillissement of van surséance is verklaard).[144]

Met deze twee elementen hoopte de SER een duidelijker criterium te hebben voor een regeling waaraan aanspraken moeten kunnen worden ontleend dan met het 'sluiting van een onderneming', een term die veelal in c.a.o.'s wordt gebruikt om hetzelfde fenomeen aan te duiden. De SER pleitte er ook voor, dat de te ontwerpen regeling de mogelijkheid zou bevatten met surséance of faillissement gelijk te stellen het geval waarin de werkgever materieel in de situatie verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen zonder dat faillissement of surséance is uitgesproken.

Uit doelmatigheidsoverwegingen voor wat betreft de uitvoering en de financiering - ondermeer moesten op korte termijn beslissingen kunnen worden genomen, de informatie en het instrumentarium daarvoor waren in de uitvoeringsorganen van de W.W. aanwezig - stelde zowel de SER als de SVR voor de regeling als zelfstandige eenheid in de W.W. op te nemen. Als zelfstandige eenheid, dat wil zeggen, waar nodig door eigen bepalingen geregeerd, bv. voor wat betreft het loonbegrip, dat van de W.W. afwijkt.

De regering volgde de uitgebrachte adviezen in vergaande mate, zowel voor wat betreft de inrichting van de regeling als voor wat betreft de motiveringen.

## 35 Het personenbereik

In artikel 42a-4 W.W. wordt enerzijds een aantal artikelen uit de Werkloosheidswet voor hoofdstuk IIIa van overeenkomstige toepassing verklaard en anderzijds de bepaling, dat als dienstbetrek-

king niet wordt beschouwd de arbeidsverhouding van degene die de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, buiten toepassing gelaten.[145] Welke gevolgtrekking moet hieruit worden gemaakt voor het personenbereik van de artikelen 42a e.v.? Naar mijn opvatting deze, dat, nu de wetgever geen nadere aanduiding geeft van het personenbereik en uit de voorbereiding van de wettelijke regeling kan worden afgeleid, dat hem bij voortduring de Werkloosheidswet voor ogen heeft gestaan, dat personenbereik behoudens die ene uitzondering, of liever uitbreiding, hetzelfde is als van de Werkloosheidswet. Zonder uitdrukkelijke aanwijzing daaromtrent mag mijns inziens niet worden aangenomen, dat de wetgever al diegenen die voor de toepassing van de Werkloosheidswet met werkgever en werknemer worden gelijkgesteld buiten het bereik van hoofdstuk IIIa heeft willen laten.

## 36 De collectiviteit van de werknemers

De artikelen 42a e.v. W.W. zijn bedoeld te functioneren ingeval van betalingsonmacht van de werkgever. Het is, om het met Mannoury te zeggen, een 'insolvabiliteitsverzekering', met de werknemer als begunstigde en de wachtgeldfondsen als premiebetalers. Het blijkt uit de hierboven reeds vermelde uitgangspunten van de SER, het blijkt ook uitdrukkelijk uit de memorie van toelichting.[146] De regering zegt in overeenstemming met de adviezen van SER en SVR te hebben gekozen voor een zodanige formulering, dat de regeling betrekking heeft op de collectiviteit van de werknemers of althans een belangrijk deel daarvan. Staatssecretaris Rietkerk herhaalt dit standpunt in een brief aan de SVR van 18-1-1973: 'Zoals bekend, is de bepaling van artikel 42a destijds zodanig geformuleerd, dat deze uitsluitend betrekking heeft op gevallen, waarin ten aanzien van alle of althans een belangrijk deel van de bij een werkgever in dienst zijnde werknemers loonbetaling achterwege blijft, omdat de werkgever financieel niet in staat is om aan die verplichting te voldoen.'

Ik voel me wat dit onderwerp betreft als het jongetje dat riep dat de keizer geen kleren aanhad. Want ik heb dat collectieve in de regeling zelf niet kunnen ontdekken. Onderwerp van de regeling is de individuele werknemer die in een situatie is geraakt waar hij heel wel alleen kan staan aangezien het niet een op voorhand vast-

staand gegeven is, dat de gefailleerde, de in surséance verkerende of anderszins in een positie van betalingsonmacht verkerende werkgever, alle of belangrijke aantallen werknemers minder of in het geheel niet zal betalen. Het kan best zijn dat hij ervoor kiest, om wat voor redenen ook, deze betalingsonmacht af te wentelen of één of enkele van zijn werknemers. Een dergelijke situatie zou ik voorzichtiger willen benaderen dan de SVR die in zijn advies van 18-8-1967 stelt: 'Hiervan (dat is: van een collectiviteit, L.H.) uitgaande moet de regeling bijv. niet gelden als in een bedrijf om de een of andere reden aan één enkele werknemer geen loon werd uitbetaald. Ook niet, als aan een of meer werknemers niet het volle loon (waarop men meende recht te hebben) of bijv. geen vakantiegeld werd verstrekt. Dit zijn kwesties die veeleer de juridische spelregels dan de financiële draagkracht in de verhouding werkgever/werknemer raken en daarom op andere wijze zullen moeten worden opgelost.'

Ik ben er niet zo ongelukkig mee, dat de vermelding van de collectiviteit van werknemers niet in de regeling zelf terug te vinden is. Wellicht is de reden daarvan geweest, dat het niet een zo goed bruikbaar criterium is, niet scherp onderscheidend.

Intussen blijven bedrijfsverenigingen er vrolijk een beroep op doen.[147] In dit verband is van belang dat de CRvB niet wilde nalaten 'op te merken, dat hij de omstandigheid dat betaling van lonen nog niet ten aanzien van de collectiviteit der werknemers achterwege blijft, op zichzelf onvoldoende grond acht, het bestaan van de toestand van opgehouden hebben te betalen nog niet aan te nemen.'[148]

## 37 De betalingsonmacht van de werkgever

In tegenstelling tot de 'collectiviteit' is de betalingsonmacht duidelijk in de tekst van de regeling terug te vinden en wel in het vereiste van faillissement of surséance van betaling. Is daaraan niet voldaan, dan kan krachtens art. 42a-2 het bestuur van de bedrijfsvereniging beslissen, dat de regeling overeenkomstig toepassing vindt als de werkgever verkeert in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De bedrijfsvereniging heeft hier een discretionaire bevoegdheid. Daarover meer in een volgend onderdeel.

De betalingsonmacht gaf tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer enkele leden van de commissie voor Sociale Zaken aanleiding op te merken dat over de opzeggingstermijn, voorzover de regeling daarop betrekking heeft, in feite een aanvulling van de W.W. tot 100% plaats vindt. Dat gaf naar hun mening een onbillijkheid ten opzichte van collega-werknemers wier werkgever niet in een toestand van betalingsonmacht verkeerde maar die eveneens - gedurende de opzegtermijn - werkloos waren.[149] Minister Roolvink antwoordde daarop dat indien de voorgestelde regeling ook op deze gevallen betrekking zou hebben, dit een ingrijpen zou betekenen in de normale rechtsverhouding tussen een werkgever en een werknemer en dat dit nooit de bedoeling was geweest.[150]

Waar het in veel gevallen natuurlijk om zal gaan is de vraag of de werkgever wiens betalingsonmacht (nog) niet is komen vast te staan door faillissement of surséance, toch verkeerde in een toestand dat hij niet meer betaalde omdat hij daartoe niet meer in staat was. Daarbij kan dan wel de niet-betaling aan een collectiviteit van werknemers een hulpmiddel zijn maar ook niet meer dan dat. Want ook de CRvB erkende dat de werkgever ervoor kan kiezen enkelen niet of minder te betalen en de meerderheid van de werknemers wel.[151] De niet-lijdelijke opstelling van de sociale verzekeringsrechter blijkt voor de werknemer met betrekking tot dit probleem plezierige kanten te kunnen hebben.[152] De rechter stelt zich ondermeer de vraag of de verwikkelingen die het ontslag tot gevolg hadden deel uitmaakten van hetzelfde complex factoren dat later tot het faillissement leidde. Al naar gelang de omstandigheden kan de uitkomst van dat onderzoek voor de werknemer positief of negatief uitvallen.[153]

## 38 Betalingsonmacht buiten surséance of faillissement

Kan er in gevallen waarin de betalingsonmacht van de werkgever uiteindelijk niet in surséance van betaling of in faillissement eindigt sprake zijn van een overneming van de loonbetalingsverplichting door de bedrijfsvereniging?

Ik meen van wel omdat de woorden van de wet dit uitdrukkelijk toelaten. Art. 42a-2 bepaalt, dat het bestuur van de bedrijfsvereniging kan beslissen, dat het in het eerste lid bepaalde, de overneming van betaling, '*overeenkomstige* toepassing vindt indien de

werkgever verkeert in een toestand, dat hij heeft opgehouden te betalen, terwijl hij *niet of nog niet* in staat van faillissement is verklaard en hem *geen of nog geen* surséance van betaling is verleend' (cursivering van mij, L.H.). 'Niet of nog niet, geen of nog geen'. Deze combinatie van woorden wijst er mijns inziens op, dat de wetgever rekening heeft gehouden met gevallen waarin ofwel de betalingsmoeilijkheden die resulteren in een toestand van te hebben opgehouden te betalen 'voorbij gaan' zonder dat het tot surséance of faillissement behoeft te komen, bv. omdat niemand dit aanvraagt (althans, dit geval kan eronder gebracht worden). Anderzijds kan de toestand van de boedel zo deplorabel zijn dat zelfs een faillissement geen zin meer heeft omdat de boedelschulden al niet zullen kunnen worden voldaan. Zie ook de memorie van toelichting die (slechts) vermeldt dat de regeling *in beginsel* betrekking heeft op gevallen waarin de werkgever failliet is of in surséance.[154] 'Nog niet, nog geen'. Ook dit heeft zin aangezien de werknemer met zijn loonvordering niet kan wachten. Hij heeft het loon voor zijn dagelijks levensonderhoud nodig. In dit verband wijs ik op art. 2 van de beschikking van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ter uitvoering van art. 42g W.W., waarin een meldingstermijn van slechts één week na het normale loonbetalingstijdstip wordt voorgeschreven.

Hoewel de geschiedenis van de totstandkoming er geen twijfel over laat bestaan, dat de artikelen 42a e.v. betrekking hebben op sluiting van ondernemingen - de adviesaanvragen aan SER en SVR waren hierop gericht, beide adviezen voerden dit op in hun titel, de memorie van toelichting ademt geheel deze geest, in de Kamer lieten de sprekers over dit onderwerp zich in deze zin uit - meen ik toch dat de woorden van de wet een ruimere uitleg toelaten. Ook de strekking van de wet leidt in die richting. Deze strekking vind ik nog pregnanter dan in de memorie van toelichting[155] verwoord in het voorlopig verslag waar wordt opgemerkt 'Het gaat in dit wetsontwerp niet (. . .) over uitkeringen bij werkloosheid, het gaat om de gevolgen voor de werknemer van betalingsonmacht van de werkgever.'[156]

Onder 40 zal ik, in verband met tijdelijke betalingsonmacht, hierop verder ingaan.

Mannoury is van oordeel, dat de discretionaire bevoegdheid van de bedrijfsvereniging gericht is op de vraag of de werkgever buiten

faillissement of surséance verkeert in de toestand, dat hij heeft opgehouden te betalen.[157] Linnenbank heeft dit bestreden, zich daarbij kennelijk baserend op de woorden van art. 42a-2. Hij stelt, dat de bedrijfsvereniging 'beslist of, constaterende "dat de werkgever verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen", het bepaalde in artikel 42a lid 1 overeenkomstige toepassing vindt. Alleen deze beslissing komt voor marginale toetsing in aanmerking.'[158]

Dat kan evenwel niet anders betekenen dan dat de bedrijfsvereniging minder bevoegdheid toekomt dan Mannoury meent. In het navolgende citeer ik enkele CRvB-uitspraken waarvan ik meen, dat ze de grenzen van de bevoegdheid van de bedrijfsvereniging aangeven.

In de eerste uitspraak overweegt de CRvB: 'Niet valt in te zien dat (. . .) de bevoegdheid om te beoordelen, of in een situatie dat de werkgever verkeert in een toestand van opgehouden hebben te betalen het eerste lid overeenkomstige toepassing dient te vinden, naar haar aard niet los kan worden gezien van de bevoegdheid om te oordelen, of zich een dergelijke situatie voordoet. Ook bij een minder ruime uitleg dan door eiser wordt verdedigd, behoudt deze bevoegdheid een reëel karakter en is zij met het wezen der bepaling geenszins in strijd.' Waarna de CRvB beslist, dat de administratieve rechter de vraag of er betalingsonmacht bij de werkgever is ten volle – en dus niet marginaal – mag toetsen.[159]

Nog niet duidelijk is, wat dan nog de – marginaal toetsbare – beslissing van de bedrijfsvereniging kan inhouden. Een volgende beslissing van de CRvB werpt daar enig licht op. Daarin maakt de CRvB uit, dat een eerst na het eindigen van een dienstbetrekking ingetreden betalingsonmacht zozeer voldoende samenhang vertoonde met de omstandigheden, die tot het ontslag van een werknemer hadden geleid, dat de bedrijfsvereniging bevoegd moest worden geacht tot overeenkomstige toepassing van het eerste lid van art. 42a over te gaan. Opmerkelijk is, dat de CRvB, zij het ten overvloede, er de waarschuwing aan het adres van de bedrijfsvereniging aan toevoegt 'dat het voor de hand ligt, dat gedaagde zijn uit dat artikellid voortvloeiende – uitsluitend aan het bestuur der bedrijfsvereniging gegeven – bevoegdheid in het onderhavige geval ook zal hanteren' en vervolgens dreigt: 'Alle omstandigheden (. . .) in aanmerking genomen is er aanleiding voor de verwachting, dat het niet-hanteren van die bevoegdheid de beperkte toetsing, waaraan het besluit daartoe zou kunnen worden onderworpen, niet zou doorstaan.'[160]

In het derde geval was er sprake van een werkgever die ten tijde van het ontslag van een werknemer bezig was het ene gat met het andere te vullen. Uit de omstandigheid, dat hij ook betalingsregelingen trof leidt de CRvB af, dat hij wellicht juist nog niet in een toestand zou zijn geraakt van te hebben opgehouden te betalen. De CRvB breekt zich daar echter niet het hoofd over aangezien overweging van alle omstandigheden - de werknemer had de betalingsachterstand niet tijdig gemeld (ook de wijze waarop is gemeld weegt de CRvB mee) en had niet tegen de ontijdigheid van zijn ontslag geageerd - hem ertoe brengt van oordeel te zijn, dat de bedrijfsvereniging niet in strijd zou komen met enig algemeen rechtsbeginsel door te weigeren van haar gelijkstellingsbevoegdheid gebruik te maken.[161]

Deze laatste uitspraak wijst in de richting, dat de bedrijfsvereniging haar discretionaire bevoegdheid zou mogen gebruiken om benadelingshandelingen, waartegen zij ingeval van faillisement en surséance nauwelijks effectief kan optreden door een tekortschieten van wet en wellicht ook uitvoeringsbeschikking (zie hierna onder par. 52), te beantwoorden met een weigering gegrond op art. 42a-2 W.W.

## 39 Tijdelijke betalingsonmacht

Faillissement en surséance van betaling zijn voor de toepassing van hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet wettelijke ficties van betalingsonmacht. Voor de faillietverklaring behoeft slechts summier te blijken dat iemand verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen (art. 6-3 Fw.). Weliswaar is de curator gehouden zo spoedig mogelijk tot een boedelbeschrijving en tot het opmaken van een staat van schulden en schuldeisers over te gaan (art. 96 Fw.) maar ook dat hoeft nog allerminst in te houden, dat de gefailleerde uiteindelijk ook betalingsonmachtig is. Zijn niet-betalen kan allerlei oorzaken hebben. Hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet wil intussen de werknemers daarvan niet de dupe laten worden. Surséance verschilt in dit opzicht in zoverre van faillissement, dat er in alle gevallen door de schuldenaar zelf om wordt verzocht en de hiervoor vermelde staat al direct bij het inleidende verzoekschrift moet worden gevoegd (art. 214 Fw.). Het is te hopen dat het hier om tijdelijke betalingsonmacht zal gaan. Die hoeft althans niet blijvend te zijn. Het instituut surséance is nu

juist op dat doel gericht. Maar zolang er betalingsonmacht bestaat lijden de werknemers daaronder en heeft toepassing van de in hoofdstuk IIIa W.W. geregelde overneming van de betalingsverplichting zin.

Servatius is een andere opvatting toegedaan. Hij voert daartoe aan, dat men het er bij het tot stand brengen van hoofdstuk IIIa W.W. over eens was, dat het geen mogelijkheden zou moeten bieden voor het financieren van ondernemingen. Dat het van het begin af aan de bedoeling is geweest aanspraken toe te kennen bij de sluiting van de onderneming maar dat dit slechts niet doorging omdat men dat een te weinig exact critirium vond. Hij voelt zich daarom geroepen 'in strijd dus met de duidelijke tekst, niet in alle gevallen waarin tijdens de surséance de loonbetaling niet tijdig geschiedt aanspraak ex artikel 42a lid 1 aanwezig te achten. O.i. is die er eerst als aan de voorwaarden genoemd in artikel 242 lid 1 sub 5 F.W. op niet mis te verstane wijze voldaan is. Vast zal dus moeten staan, dat de surséance niet (langer) aan zijn doel beantwoordt, zodat die zal moeten worden opgeheven en eventueel gevolgd door een faillissement.'[162] Linnenbank oordeelt daarover wat genuanceerder.[163]

Ik ben het met Servatius oneens en niet alleen omdat zijn opvatting met de woorden van de wet strijdt. Zo redenerend als hij doet zou men de regeling ook niet van toepassing moeten achten op die gevallen van faillietverklaring waarin uiteindelijk alle schulden worden betaald.

De opvatting van Servatius ontkent de moeilijkheden waarin de werknemers van de gefailleerde of in surséance van betaling verkerende werkgever zijn komen te verkeren door het achterwege blijven van de loonuitbetaling. Hoofdstuk IIIa W.W. vervult m.i. dus evenzeer een functie bij tijdelijke betalingsonmacht van de werkgever.

## 40 Beëindiging van de dienstbetrekking geen conditio sine qua non?

In een vorige paragraaf meen ik te hebben aannemelijk gemaakt, dat ook bij betalingsonmacht buiten de formele vaststelling daarvan door faillissement of surséance de overneming van de loonbetalingsverplichting van de werkgever aan de orde kan komen.

De vraag die daarna moet worden beantwoord is, of dit ook het geval is als die betalingsonmacht zo tijdelijk is, dat ze niet leidt tot het ontslag van werknemers. Hopelijk doet zich dit geval in veel gevallen van surséance maar ook bij betalingsonmacht buiten surséance voor.

Men zou daarop kunnen antwoorden, dat het dan een zaak blijft tussen de werkgever en de betrokken werknemers. Maar dat antwoord bevredigt mij niet omdat het voorbijgaat aan de wezenlijke problemen waarin de werknemers door de wanbetaling van de werkgever zijn geraakt. Problemen die niet minder zijn dan die van hun wèl ontslagen collega's. In dit verband wijs ik op de verplichting die de werknemers hebben om de wanbetaling binnen een week te melden.[164] Waarom zo snel, als de overneming van de betalingsverplichting toch pas aan de orde zou komen na beëindiging van de dienstbetrekking?

Naar mijn oordeel brengt de strekking van hoofdstuk IIIa W.W. met zich dat ook in deze gevallen de loonbetaling door de bedrijfsvereniging wordt overgenomen. Deze overneming zal uiteraard niet betrekking kunnen hebben op het loon over de opzeggingstermijn nu er immers (nog) geen beëindiging van de dienstbetrekking is. Verder komt het er op aan, voor deze gevallen een berekeningstijdstip vast te stellen. Het einde van de betalingsonmacht komt mij daarvoor als het meest juiste voor.

Komt het enkel niet tot een beëindiging van de dienstbetrekking omdat deze doodbloedt, juridisch leeg voortbestaat, dan moet deze voor de toepassing van art. 42a e.v. geacht worden te zijn geëindigd.[165]

De wetgever heeft zich over het bovenstaande niet uitgesproken, de jurisprudentie houdt de boot af en de schrijvers gaan allen uit van de beëindiging van de dienstbetrekking.[166] Ik vermoed echter dat zich in de praktijk nogal eens het geval zal voordoen, dat er min of meer langdurig enige loonachterstand optreedt die werknemers in moeilijkheden brengt, zonder dat de dienstbetrekking tot een einde komt. Dat die werknemers dat loon later, al dan niet na het instellen van een vordering daartoe, toch nog ontvangen, is een zaak die voor de al dan niet overneming van de loonbetalingsverplichting irrelevant is. Waar het om gaat is, dat er wanbetaling van loon is door betalingsonmacht, dat er een wettelijke regeling bestaat die daarin voorziet maar daarbij tekort schiet. Voorzover mogelijk behoort dat tekortschieten door interpretatie te worden gecompenseerd.

Naar mijn mening verzetten de woorden van de wet zich niet tegen de door mij bepleite interpretatie naar haar strekking.

Vooruitlopend op de paragrafen 53 en 54 wijs ik er hier reeds op, dat de concept E.E.G.-richtlijn terzake het recht op uitkering ten laste van een fonds niet koppelt aan de beëindiging van de dienstbetrekking.

## 41 Betalingsonmacht van de curator

De mogelijkheid bestaat dat de curator onverhoopt niet aan zijn loonbetalingsverplichting kan voldoen. Daarop zou de werknemer kunnen reageren met een ontslag op staande voet om een dringende reden. Het effect daarvan is, dat er voor de toepassing van art. 42a een berekeningstijdstip is ontstaan maar ook, dat de werknemer zijn baan kwijt is, ook al zal hij in een dergelijk geval dan wel door de bedrijfsvereniging onvrijwillig werkloos worden geacht. Blijft de werknemer dus ondanks de loonachterstand van de curator in dienst, dan kan dat vanuit zijn gezichtspunt een zeer wel te rechtvaardigen beslissing zijn. Welk artikel moet in dit geval worden toegepast, art. 42a-1 of art. 42a-2? Naar mijn mening het eerstgenoemde. De discretionaire bevoegdheid van de bedrijfsvereniging is naar mijn oordeel slechts gericht op die gevallen waarin niet reeds voldaan is aan de wettelijke fictie van betalingsonmacht: faillissement of surséance.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat ook de regering zich de mogelijkheid van betalingsonmacht bij de curator had gerealiseerd. In de Kamer deelde minister Roolvink mede, dat de curator de crediteuren daarmee een slechte dienst zou bewijzen. Dat is natuurlijk zo, maar de vraag is, wat de gevolgen ervan zijn voor de toepassing van hoofdstuk IIIa W.W. De memorie van toelichting: 'Hoewel mag worden aangenomen, dat de curator, die van de hem in artikel 98 van de Faillissementswet gegeven bevoegdheid het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten gebruik maakt, er zorgvuldig op zal toezien, dat de betaling van het - ten laste van de boedel van de gefailleerde komende - loon zo goed mogelijk is gewaarborgd, kan zich niettemin de omstandigheid voordoen, dat de middelen van de failliete werkgever niet of niet aanstonds toereikend zijn om deze loonaanspraak te kunnen verwezenlijken.

Ook voor een dergelijk geval kan een beroep worden gedaan

op de in artikel 42, eerste lid (bedoeld zal zijn artikel 42a, eerste lid, L.H.) voorgestelde regeling. De - failliete - werkgever is en blijft in deze situatie nl. degene, voor wie wordt gewerkt.'[167] Bij surséance kan zich hetzelfde voordoen.

Hieruit leid ik af dat de werknemers bij voortzetting van de onderneming door de curator, bij wanbetaling wegens onvoorziene omstandigheden, op de bedrijfsvereniging een beroep moeten kunnen doen om de loonbetaling over te nemen.

In de praktijk zal het, naar ik aanneem, niet zelden voorkomen, dat op dit punt de curator in botsing komt met de bedrijfsvereniging. Linnenbank vermeldt daaromtrent: 'In de praktijk komt het regelmatig voor dat een curator een beroep doet op de bedrijfsvereniging om de loonbetaling over te nemen voor de werknemers met wie het bedrijf of een gedeelte daarvan voorlopig wordt voortgezet. Dit beroep moet falen omdat de curator het bedrijf alleen kan voortzetten ten laste van de boedel en er dus op dient toe te zien dat de boedelkosten, waaronder het loon, worden betaald.'[168]

Met Linnenbank (en Servatius)[169] ben ik het eens, dat de bedrijfsvereniging niet mag worden gebruikt als financieringsinstelling voor de (voortzetting van de) onderneming. Dat betekent, dat de curator niet al vooraf mag rekenen op overneming van de loonbetaling door de bedrijfsvereniging. Die komt eerst aan de orde indien er bij de voortzetting van de onderneming iets echt mis loopt, er onvoorziene gebeurtenissen plaats grijpen of iets van die orde.

Als de bedrijfsvereniging van oordeel is, dat de curator misbruik maakt van de regeling van hoofdstuk IIIa W.W. en - wellicht slechts om het eigen salaris veilig te stellen - laat doorwerken zonder dat voor het loon voldoende middelen in de boedel aanwezig zijn, ligt het op haar weg daartegen op te treden. Dat zou zij bv. kunnen doen door zich tot de rechter-commissaris te wenden. Laat zij dit na dan wordt of zij of de werknemer de dupe van de 'poging tot chantage' van de curator.

Ook zonder dat de al of niet voortzetting van de onderneming aan de orde is kan de curator in een situatie geraakt zijn, dat hij onmachtig is de lonen uit te betalen. Om dit duidelijk te maken wil ik hierna de toestand trachten weer te geven waarin de curator direct na zijn benoeming kan komen te verkeren. Hij treft een onderneming aan waarvan de administratie een puinhoop is, het

personeel werkloos maar ook niet bereid voor hem aan de slag te gaan zolang hij geen garantie biedt voor loonuitbetaling. Het vreest dat bij niet-loonbetaling door de curator de bedrijfsvereniging niet tot overneming van de loonbetalingsverplichting zal overgaan. De curator vermoedt dat er activa aan de boedel onttrokken zijn en moet dat verifiëren, zorgen dat ze terugkomen en tegelijkertijd ervoor waken dat wat hij aantreft intact blijft. Een gigantische taak die hij veelal bezwaarlijk alléén kan verrichten. Zonder dat hij nog aan enige beslissing tot voortzetting of sluiting van de onderneming toe is dient hij al deskundig personeel aan het werk te zetten om een overzicht in de stand van zaken te krijgen, personeel, dat hij een loonbetaling zal moeten garanderen. Zelf is hij wellicht de duurste kracht. Het is dus voor alle partijen minder gewenst, dat hij zèlf alle werkzaamheden gaat verrichten. Nog afgezien daarvan, dat ook hij, naar ik aanneem, slechts bereid zal zijn substantiële arbeid in de redding van de boedel of de afwikkeling te steken indien deze in ieder geval voldoende baten oplevert om in zijn salaris te voorzien. Misschien is dit wel een van de redenen waarom zoveel faillissementen bij gebrek aan baten worden opgeheven.

Los van de vraag of de bedrijfsvereniging de voortzetting van de onderneming moet financieren, quod non, staat dus deze of de bedrijfsvereniging het loon van 'de boekhouder en diens secretaresse' zou moeten kunnen garanderen. Ik meen dat in het belang van ieder die bij het faillissement betrokken is deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De curator, de schuldeisers, de werknemers, maar ook de bedrijfsvereniging zelf hebben er allen belang bij, dat zo snel en zo goed mogelijk een overzicht over de stand van zaken betreffende de failliete boedel wordt verkregen.

Iets anders is, dat het hier in feite een zaak betreft die meer op het gebied van het faillissementsrecht ligt dan op dat van de overneming van betalingen. Zolang daar niet een goede regeling voor bovenstaand probleem is tot stand gekomen zou bij wijze van tijdelijke maatregel aan overneming van de loonbetalingsverplichting door de bedrijfsvereniging kunnen worden gedacht. Ik vrees dat zo'n regeling in het faillissementsrecht niet zonder wetswijziging zal kunnen worden gerealiseerd. Anderzijds acht ik het, gezien zijn povere kwaliteit, waarschijnlijker dat hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet eerder zal worden gewijzigd dan de Faillissementswet. Bij een latere wijziging van de Faillissementswet zou een en ander dan weer kunnen worden recht getrokken.

Zo een latere wijziging van de Faillissementswet zou ook een regeling moeten bevatten voor een beloning voor de curator in gevallen waarin de boedel niet toereikend is om in zijn salaris te voorzien. Deze maatregel wil ik, in tegenstelling tot de garantie voor de beloning van de door de curator aan het werk gezette boekhouder, niet tijdelijk relateren aan hoofdstruk IIIa van de Werkloosheidswet. Hierin zou van de aanvang af behoren te worden voorzien in de sfeer van de kosteloze rechtsbijstand.

## 42 Vorderingen die door later optredende betalingsonmacht niet worden voldaan

De vraag rijst of werknemers met een loonvordering daterend van vóór de betalingsonmacht van de werkgever een aanspraak hebben op de bedrijfsvereniging nadat is vastgesteld, dat de werkgever verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen (door faillissement, surséance of door toepassing van art. 42a-2). Dezelfde vraag kan worden gesteld voor werknemers die recht hebben op een loonvervangende vergoeding, bv. schadeloosstelling wegens ontijdig ontslag. Ik bedoel hier die gevallen waarin het recht op vergoeding vaststaat bv. omdat het door de burgerlijke of gekozen rechter is vastgesteld, zonder dat tegen die beslissing nog een rechtsmiddel open staat, en die enkel door de opgetreden betalingsonmacht van de werkgever niet wordt voldaan.

Bovenstaande vraag heeft mede betrekking op de positie van wat Mannoury 'dienstverlaters' noemt.[170] 'Op zichzelf is er', aldus Mannoury, 'niets in de wet dat dergelijke "dienstverlaters" belet zich op art. 42a te beroepen.' De opvatting van Mannoury is bestreden door Servatius, Van Heusden, Smits, Van Loo en Linnenbank. De laatste drie verwijzen, behalve naar Servatius als trendsetter, naar de CRvB-jurisprudentie.

Mijn opvatting komt dicht bij die van Mannoury. In het hiernavolgende laat ik de belangrijkste argumenten de revue passeren en tracht ik mijn eigen standpunt te motiveren.

Mannoury's argumenten zijn, behalve het reeds genoemde (niets in de wet verzet zich ertegen): 2. De aanspraken worden toegekend jegens de bedrijfsvereniging waarbij de werkgever 'is *of laatselijk was* aangesloten'. Hieruit leidt Mannoury af dat de werknemer 'gewezen' werknemer is geworden en dat de werkgever of bij een

andere bedrijfsvereniging is terechtgekomen of bij geen enkele (omdat hij geen personeel meer heeft). 3. In bedrijfstakken waar losse en tijdelijke dienstverbanden regel zijn zou de regeling betreffende de overneming van betaling veel van haar belang verliezen omdat daar de werknemers vaak vertrekken voor het tot faillissement of zelfs maar tot volledige stopzetting van de betalingen komt.

Servatius geeft als zijn opvatting, dat het de bedoeling geweest is om slechts diegenen een aanspraak jegens de bedrijfsvereniging te geven 'aan wier dienstbetrekking een einde kwam op zijn minst in verband met de betalingsonmacht van de werkgever'.

Hij beargumenteert dit met drie passages uit de memorie van toelichting en de memorie van antwoord waarvan hij echter moet toegeven dat de aanknopingspunten niet erg duidelijk zijn. 1. '(. . .) naast het leed van verlies hunner werkkring (. . .) ondervinden (. . .) de hierbij (dat is: bij de sluiting van een onderneming) betrokken werknemers bovendien het directe financiële nadeel, dat (. . .)'. 2. 'Op zichzelf zou het uiteraard ook mogelijk zijn geweest de aanspraak op loon over de gehele bij sluiting van een onderneming niet-inachtgenomen opzegtermijn door de bedrijfsvereniging te doen garanderen' en '(. . .) de tijd gedurende welke de bij de sluitingen betrokken werknemers, na de sluiting gemiddeld werkloos zullen zijn'. 3. '(. . .) deze situatie (dat is: overneming van uit een dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen) onderscheidt zich wezenlijk van de gevallen, waarin werknemers een loonvordering hebben op een werkgever die niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen (. . .). In laatstbedoelde situatie zullen eventuele moeilijkheden met betrekking tot de niet-uitbetaling van het loon over de niet-inachtgenomen opzegtermijn immers voortspruiten uit andere omstandigheden, bv. uit een verschil van mening over de vraag of het ontslag al dan niet terecht is verleend zonder inachtneming van de opzegtermijn. Indien de voorgestelde regeling ook op deze gevallen betrekking zou hebben, zou dit een ingrijpen betekenen in de normale rechtsverhouding tussen de werkgever en een werknemer hetgeen nimmer in de bedoeling heeft gelegen.[171]

Van Heusden voert aan, dat de voldoening van oude vorderingen duidelijk valt buiten de doelstelling die voorzat bij de invoering

van de garantieregeling. 'Deze personen (met een 'oude' vordering, L.H.) worden niet gedupeerd door de bedrijfssluiting, daar zij immers laatstelijk niet meer bij het bedrijf in dienst waren. Zelfs kan niet worden gezegd dat zij door de betalingsmoeilijkheden van de werkgever zijn gedupeerd. Deze werkgever heeft immers na het vertrek van de werknemer uit zijn dienst zijn bedrijf voortgezet en de werknemer had, zonodig door middel van rechtsmaatregelen, destijds zijn achterstallige vordering kunnen innen.' Een opmerking die naar mijn opvatting geen hout snijdt omdat nu juist die toegewezen vordering oninbaar kan blijken te zijn tijdens een periode van betalingsonmacht. Verder vindt Van Heusden nog een aanwijzing in de tegenwoordige tijd van 'Indien geen betaling geschiedt (. . .)' in art. 42a, die er zijns inziens op wijst dat de niet-betaling van loon moet volgen op de faillietverklaring. Tenslotte wijst hij op de mogelijkheid voor de bedrijfsvereniging om van de flexibele voorziening van art. 42a-2 gebruik te maken. Hij acht daarbij wel beslissend of de werknemers op het moment van het intreden van de insolvabiliteit nog in dienst waren.[172]

Smits verwijst in de eerste plaats naar Servatius en Van Heusden en behandelt voorts de CRvB-jurisprudentie waarbij hij de volgende passage uit de uitspraken van 25-1-1972 centraal stelt:

'De Raad acht de tekst van het eerste lid van artikel 42a op het hier aan de orde zijnde punt niet duidelijk. Zowel op zich beschouwd als in samenhang met hetgeen overigens bij Hoofdstuk IIIa der Werkloosheidswet is bepaald, laat die tekst uiteenlopende interpretaties toe. Aanvaard kan worden, dat de geschiedenis der totstandkoming van dat hoofdstuk goede aanknopingspunten biedt om tot een juiste uitleg te komen. Ook daarbij is evenwel behoedzaamheid geboden. Sommige formuleringen in de parlementaire stukken kunnen evenzeer gedoeld hebben op de concrete gevallen, welke tot het ter hand nemen van wettelijke maatregelen aanleiding gaven, als op hetgeen met de uiteindelijk tot stand gekomen regeling werd beoogd.

En hetgeen klaarblijkelijk of mogelijkerwijs werd beoogd, is niet steeds in de tekst tot uitdrukking gekomen.

Als geheel genomen bieden tekst en geschiedenis van lid 1 echter wel voldoende steun aan de opvatting, dat toepassing daarvan in geval van faillissement als regel beperkt dient te blijven tot situaties, waarin de faillietverklaring aan het einde van de dienstbetrekking vooraf ging.

Een redelijke uitleg leidt er evenwel toe deze regeling uitzondering te doen lijden in gevallen, welke, hoewel aan de dienstbetrekking eerder een einde kwam, gezien de strekking der bepaling voor de toepassing daarvan met juistbedoelde situaties moeten worden gelijkgesteld.'[173]

In latere jurisprudentie op dit punt heeft de CRvB aan de eis van samenhang tussen het ontslag van de werknemer en de betalingsonmacht van de werkgever vastgehouden.[174]

Van Loo en Linnenbank sluiten op dit punt bij voorgaande schrijvers en bij de jurisprudentie aan.[175]

## 43 De 'oude' vorderingen kunnen onder art. 42a e.v. gebracht worden

In het hiernavolgende zet ik mijn kijk op het probleem uiteen. De strekking van de wettelijke regeling is de werknemer niet de dupe te laten zijn van de onmacht van zijn werkgever om te betalen. Die betalingsonmacht van de werkgever kan zich op verschillende manieren uiten: door faillissement, surséance of zonder deze beide. Voor dit laatste geval is aan de bedrijfsvereniging de bevoegdheid toegekend, die door de - zij het marginale - controle erop tevens een verplichting betekent, de wettelijke bepalingen overeenkomstig toe te passen.

Bestudering van de inhoud en de geschiedenis van de totstandkoming van de wettelijke regeling en de eraan gewijde publikaties hebben mij tot de overtuiging gebracht dat het hier een regeling betreft die zowel wat zijn grondslagen als wat zijn uitwerking betreft op een niet erg zorgvuldige wijze is tot stand gebracht. De wetgever heeft in feite slechts één situatie duidelijk voor ogen gehad: die waarin het faillissement van de werkgever aan de opzegging van de dienstbetrekking vooraf gaat. Voor slechts één uitzondering is een afzonderlijke regeling in het leven geroepen: die waarin enige tijd verstrijkt tussen de feitelijke betalingsonmacht van de werkgever en de formele vaststelling daarvan. Voor dit laatste is de bevoegdheid van art. 42a-2 geschreven.

De vraag die moet worden beantwoord is, of de werknemer het slachtoffer moet worden van de onvolkomen wijze waarop de wetgever van 1968 de veelvormige werkelijkheid heeft benaderd. Onvolkomen, omdat de wet geen antwoord geeft op situaties die zich

dagelijks voordoen en onder de strekking van de wet vallen maar daarin ongeregeld zijn gelaten.[176] Die strekking van de wet is, dat het gewenst is 'een werknemer bij betalingsonmacht van de werkgever tegenover de bedrijfsvereniging (. . .) aanspraak te verlenen op de betaling van zijn achterstallige loon' en het loon gedurende een 'termijn van opzegging'.[177] De oorzaak van de betalingsonmacht van de werkgever is daarbij onverschillig. De vordering moet slechts vaststaan, hetzij doordat zij door de werkgever is erkend dan wel doordat zij door de gekozen of de overheidsrechter onherroepelijk is vastgesteld.[178]

Ik beantwoord de hierboven gestelde vraag ontkennend. Naar mijn oordeel zouden ook vorderingen van werknemers welker ontstaan geen oorzakelijk verband heeft met de betalingsonmacht van de werkgever maar die door die betalingsonmacht niet kunnen worden voldaan onder de werking van art. 42a e.v. kunnen worden gebracht op grond van de strekking van de wet.

Ik vind de jurisprudentie van de CRvB, die voor de toepassing van hoofdstuk IIIa W.W. op 'oude' vorderingen van de werknemer een oorzakelijk verband eist tussen de beëindiging van de dienstbetrekking en de latere formele vaststelling van de betalingsonmacht van de werkgever, om verschillende redenen onbevredigend. In de eerste plaats omdat de CRvB er impliciet van uitgaat, en ten onrechte, zoals ik al eerder aanvoerde, dat de vordering slechts kan zijn ontstaan door de beëindiging van de dienstbetrekking. Dat hoeft niet altijd zo te zijn. Op dit punt kan de wet mijns inziens ruimer worden geïnterpreteerd en naar zijn strekking worden uitgelegd. Verder vanwege de eis van het oorzakelijk verband die de CRvB stelt. Wat is ertegen om de vordering van een werknemer, waarvan het ontstaan niet in oorzakelijk verband staat met de betalingsonmacht maar die door die betalingsonmacht gelijkelijk wordt getroffen in zijn bestaansmogelijkheden, door middel van teleologische wetsinterpretatie onder de werking van hoofdstuk IIIa W.W. te brengen? Dat de wetgever het niet zou hebben gewild? De geschiedenis van de totstandkoming van artt. 42a e.v. is dermate weinig glorieus, dat ik een beroep daarop niet sterk kan vinden. De wetgever heeft duidelijk lacunes gelaten. Waarom die niet opgevuld zover als de woorden van de wet gedogen?

Bij het overnemen van de betalingsverplichting van de werkgever ten aanzien van 'oude' vorderingen moet worden bedacht dat dit zich nimmer kan uitstrekken buiten de categorieën die de wet

regelt. Zo kan achtergebleven loonbetaling vóór de opzegging van de dienstbetrekking voor niet meer dan 13 weken worden overgenomen en gelden met betrekking tot de vordering van de werknemer op loon over de opzeggingstermijn, voorzover de werknemer daarin werkloos was, de maatstaven van art. 40 Fw. De bedrijfsvereniging neemt nimmer meer over dan krachtens art. 42a e.v. is toegestaan.

Ter illustratie van het hierboven kenbaar gemaakte standpunt vergelijk ik de positie van twee werknemers van wie er een in dienst blijft tot de curator hem kort na de faillietverklaring ontslaat. Zijn loonvordering - hij had vanaf twee maanden voor de faillietverklaring geen loon meer ontvangen - wordt voldaan door de bedrijfsvereniging. De ander is twee maanden voor de faillietverklaring ontslagen om een geldige reden, die niet is gelegen in de betalingsonmacht van de werkgever, maar ook ontijdig. Zijn 'loonvordering' (= schadeloosstelling) bedraagt twee maanden loon. Beide werknemers ontvingen tot hetzelfde tijdstip loon. De loonvordering van de een wordt voldaan, die van de andere niet omdat zij niet onder de werking van hoofdstuk IIIa W.W. wordt gebracht. Zou de CRvB bereid zijn tot een ruimere interpretatie dan zou de vordering van de tweede werknemer kunnen worden voldaan als viel zij onder art. 42a-1 sub b. Mits zij rechtens vaststaat; de bedrijfsvereniging menge zich niet in een geschil tussen werkgever en werknemer. Ook moet zijn voldaan aan het vereiste van onvrijwillige werkloosheid. Van de leeftijd van deze werknemer zou het afhankelijk zijn of de bedrijfsvereniging hem 6 of 8 weken loon zou moeten betalen.

Tot slot wil ik ook hier weer vooruitlopen op de paragrafen 53 en 54. Ditmaal met de mededeling dat de Europese concept-richtlijn de overneming van 'oude' vorderingen uitdrukkelijk toelaat waar het vorderingen betreft op andere geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare prestaties dan loon.

## 44 Het SVR-advies met betrekking tot de 'oude' vorderingen

Naar aanleiding van voorstellen van het Overlegorgaan van de Vakcentrales vroeg staatssecretaris van Sociale Zaken Rietkerk op 18 januari 1973 aan de SVR advies over ondermeer 'de vraag of het

gewenst is hoofdstuk IIIa van de W.W. uit te breiden in die zin dat 'oude' vorderingen, ongeacht of de beëindiging van de dienstbetrekking al dan niet verband houdt met een faillissement, onder de werkingssfeer daarvan dienen te worden gebracht.'[179] In zijn adviesaanvrage had de staatssecretaris zelf al aangegeven dat deze wijziging inbreuk zou maken op de destijds gekozen uitgangspunten. In de eerste plaats, en mijns inziens ten onrechte, omdat art. 42a destijds zodanig geformuleerd zou zijn, dat het betrekking zou hebben op slechts een collectiviteit van werknemers en niet op de loonvordering van individuele werknemers. Ten onrechte, omdat weliswaar de geschiedenis van de totstandbrenging van de wettelijke regeling daarvoor argumenten bevat maar, zoals ik hiervoor, in par. 36 al aangaf, de regeling zelf uitdrukkelijk aan de *individuele* werknemer aanspraken verleent. In de tweede plaats omdat deze loonvordering meestal betrekking zal hebben op een periode die verder terug ligt dan de 13 weken waarover art. 42a de werknemer aanspraken verleent. Hieromtrent hoop ik aannemelijk te hebben gemaakt dat de overneming van de verplichting tot het voldoen van 'oude' vorderingen allerminst in strijd is met de strekking van de regeling. Hoe het ook zij, de SVR 'spreekt niettemin uit dat inwilliging van het verzoek van genoemd overlegorgaan gewenst is. De Raad heeft overwogen dat in principe nagenoeg geen verschil bestaat tussen een vordering van een werknemer die op het moment van het faillissement nog in dienst was van de werkgever en een vordering van een werknemer, die op dat moment niet meer bij die werkgever in dienst was.' De SVR stelt daarom een nieuwe bepaling voor luidende:

'2 Indien geen voldoening geschiedt van een door een daartoe bevoegde instantie toegewezen vordering ter zake van loon, vakantiegeld of vakantietoeslag, doordat de werkgever in staat van faillissement is verklaard of hem surséance van betaling is verleend, kan de werknemer jegens de bedrijfsvereniging waarbij vorenbedoelde werkgever te zijnen aanzien is of laatstelijk was aangesloten, ongeacht de datum van opzegging van de dienstbetrekking, aanspraak maken op voldoening van bedoelde vordering tot een bedrag van ten hoogste:

*a* 65 maal het gemiddelde per dag in de periode van 13 weken onmiddellijk voorafgaande aan de datum van beëindiging van de dienstbetrekking verdiend loon;

*b* het onder *a* bedoelde loon per dag over het aantal werkdagen gelegen in de ten aanzien van hem geldende termijn van op-

zegging, voor zover en zolang hij die dagen onvrijwillig werkloos was, dan wel bij zijn vorengenoemde werkgever werkzaam is gebleven, echter ten hoogste over de in artikel 40 Faillissementswet ten aanzien van die werknemer vastgestelde termijn van opzegging;

*c* vakantiegeld en vakantietoeslag over een periode van ten hoogste een jaar, waarin begrepen de in dit lid onder *b* bedoelde termijn.'[180]

Linnenbank signaleert met betrekking tot dit SVR-advies ondermeer, dat ten onrechte niet met zoveel woorden wordt bepaald dat het moet gaan om een rechtens onaantastbare toewijzing door een bevoegde instantie (die hier niet per se de burgerlijke rechter behoeft te zijn; er is uitdrukkelijk ruimte gelaten voor bv. arbitrage).[181]

Ik denk dat ik wel begrijp waarom noch de SVR noch Linnenbank rept van een vordering waaromtrent tussen werkgever en werknemer geen verschil van mening bestaat. Men is kennelijk bang voor onderonsjes tussen werkgever en werknemer gericht op benadeling van de bedrijfsvereniging. Het ligt dan echter op de weg van de bedrijfsvereniging de gehoudenheid van de werkgever te betwisten. Ik realiseer mij daarbij terdege dat dit in veel gevallen geen gemakkelijke opgave zal zijn. Maar anderzijds heeft de tussenkomst van een rechterlijke instantie nauwelijks betekenis. Wanneer de werknemer stelt van de werkgever nog een x-bedrag te vorderen te hebben en de werkgever niet verschijnt of, wel verschenen, geen of nauwelijks verweer voert, is de vaststelling van de verschuldigdheid van dat bedrag door de rechter evenzeer een wassen neus. Wat helpt is zodanige voorwaarden scheppen, dat werkgever en werknemer op dit punt geen gelijke belangen meer hebben. Dat is reeds het geval als een natuurlijk persoon failleert. Na afloop van het faillissement, anders dan door volledige genoegdoening van de crediteuren of akkoord, kan de werkgever zijn erkenning voor de voeten geworpen krijgen. In dit verband verdient de aandacht het in NJB 1980 p. 975 aangekondigde wetsontwerp betreffende de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon 'in geval van faillissement' voor onbehoorlijk bestuur. Het kan dan niet meer voorkomen, dat de werkgever, omdat de rechtspersoon toch zal worden opgeheven, geen belang meer heeft een gefingeerde loonvordering van een werknemer te bestrijden omdat de regres-

vordering van de bedrijfsvereniging tegen hem persoonlijk kan worden gericht.

Ik verwelkom het advies van de SVR op dit punt als een bevestiging van wat krachtens de strekking van de wet reeds nu praktijk had behoren te zijn en, bij een meer welwillende interpretatie door de CRvB, ook al had kunnen zijn.

## 45 De opzeggingstermijn en het berekeningstijdstip

Artikel 42a kent drie uitkeringen:

*a* loon over de laatste periode van 13 weken gedurende welke de werknemer bij de werkgever in dienstbetrekking is geweest;

*b* loon over de ten aanzien van hem geldende termijn van opzegging voor zover en zo lang hij gedurende die termijn onvrijwillig werkloos is, echter, zowel in als buiten faillissement, ten hoogste over de in artikel 40 Faillissementswet ten aanzien van de werknemer vastgestelde termijn van opzegging;

*c* vakantiegeld en vakantietoeslag over een periode van ten hoogste een jaar, waarin begrepen de onder *b* bedoelde termijn.

Het vraagstuk dat ik hierna hoop te behandelen is op welk tijdstip de uitkering *a* eindigt en de uitkering *b* aanvangt. Voor ik dat doe wil ik eerst nog een passage wijden aan de termijn onder *b*.

## 46 De opzeggingstermijn

Het wetsontwerp kende oorspronkelijk een beperking van deze termijn tot 4 weken. Dit stuitte op algemeen verzet in de Tweede Kamer. Zo kreeg de minister het argument te horen, dat werknemers voor wie een langere opzegtermijn van kracht is in een moeilijke positie komen te verkeren: 'Als bijvoorbeeld voor een werknemer een opzegtermijn van 13 weken geldt, dan kan hij eerst 4 weken loon krachtens de nieuwe bepalingen van de W.W. ontvangen; daarnaast bestaat echter de mogelijkheid, dat hij 9 weken zonder inkomen komt te zitten, omdat de werkgever het loon niet uitbetaalt, terwijl de normale wachtgelduitkeringen nog niet kunnen aanvangen omdat nog een loonvordering voor die periode op de werkgever bestaat.'[182]

De minister antwoordde: 'Op zichzelf zou het uiteraard ook mogelijk zijn geweest de aanspraak op loon over de gehele bij sluiting van een onderneming niet-inachtgenomen opzegtermijn door de bedrijfsvereniging te doen garanderen. De Regering heeft evenwel gemeend *niet aanstonds* zo ver te moeten gaan (cursivering van mij, L.H.). Een loongarantie over 4 weken vangt naar haar mening de ingrijpende aanvangsmoeilijkheden, welke door de sluiting van een onderneming worden opgeroepen, op redelijke wijze op.'[183]

De Kamer was niet overtuigd maar overigens verdeeld van opvatting. Er volgden twee moties. Eén van mevrouw Barendregt c.s. met als strekking een loongarantie te bewerkstelligen over de gehele termijn van opzegging en één van Aalberse c.s. om de loongarantie te maximeren volgens de regels die art. 40 Fw. voor de opzeggingstermijn voor de curator stelt.

In het parlement volgde een discussie waarvan ik het verloop reeds eerder in par. 13 heb aangegeven. Reden, waarom ik op deze plaats volsta daarnaar te verwijzen. Bij de stemmingen werd het voorstel van de heer Aalberse aanvaard.

Het gevolg van deze gang van zaken is, dat, zoals eerder vanuit de Kamer werd aangevoerd, zich inderdaad voor werknemers met recht op langere opzegtermijnen dan die van 40 Fw. moeilijkheden kunnen voordoen. Dit kan voorkomen ingeval van surséance (de termijn van art. 239 Fw. kan langer zijn dan die van art. 40 Fw.) als ingeval van toepassing van art. 42a-2 (overneming buiten faillissement of surséance).

Nu had de SVR, door de minister om advies gevraagd, ervoor gepleit een overneming van de loonbetalingsverplichting over (een gedeelte van) de opzeggingstermijn in geval van werkloosheid van de werknemer gedurende die periode vooralsnog niet in de wet op te nemen. De SVR verwees daarvoor naar het advies 'technische herziening' der Werkloosheidswet waarin een art. 21a voorkomt, dat - algemeen - de mogelijkheid opent een uitkering te verstrekken over werkloosheidsperioden, waarover eigenlijk loon betaald had moeten worden. Zolang die herziening er nog niet was - zij is er nog niet - zou de praktijk zich, aldus de SVR, kunnen redden door het verstrekken van W.W.-uitkering over de opzegtermijn, waarover geen loon werd uitgekeerd.[184] Linnenbank zet uiteen, dat deze mogelijkheid inderdaad bestaat maar dat de werknemer zijn

vordering aan de bedrijfsvereniging zal moeten cederen. Dat kost tijd want een en ander zal eerst wel onderzocht moeten worden.[185] En tijd is kostbaar, zeker voor de werknemer die de betaling voor zijn levensonderhoud nodig heeft.

De minister heeft het SVR-advies op dit punt niet gevolgd. Zijn 'tussenoplossing' is weliswaar door de Kamer geamendeerd, maar is, zoals ik hiervoor aangaf, nog niet voor alle gevallen sluitend. Dat zal eerst het geval zijn indien de beperking in de termijnen in art. 40 Fw wordt opgeheven of art. 42a-1 W.W. van art. 40 Fw. wordt losgekoppeld.

De overneming van de loonbetalingsverplichting van de werkgever over de in art. 40 Fw. genoemde termijnen stelt artikel 42a-1-b afhankelijk van de onvrijwillige werkloosheid van de werknemer. Hoewel art. 42a-4 noch art. 21 noch art. 31 van de Werkloosheidswet voor hoofdstuk IIIa van overeenkomstige toepassing verklaart en slechts gezegd kan worden dat de ontwerpers van de regeling de Werkloosheidswet voor de geest heeft gestaan, staat niets er naar mijn mening aan in de weg om voor de uitleg van het begrip onvrijwillige werkloosheid steun te zoeken bij de uitleg van art. 21 W.W. Zo zou een werknemer die zich niet verzet tegen de ontijdigheid van een opzegging van zijn dienstbetrekking kunnen worden tegengeworpen, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, dat hij niet onvrijwillig werkloos is in de zin van art. 42a-1-b W.W.

Indien een 'oude' vordering door de bedrijfsvereniging wordt overgenomen dient ermee rekening te worden gehouden welke de omstandigheden zijn. Zolang de overneming van de betalingsverplichting gedurende de opzeggingstermijn is gemaximeerd volgens het systeem van art. 40 Fw. en afhankelijk is van onvrijwillige werkloosheid gedurende die periode, zal de 'oude' vordering slechts voorzover ze binnen die termijn valt en er aan die voorwaarde is voldaan tot overneming van betaling door de bedrijfsvereniging kunnen leiden.

## 47 Het berekeningstijdstip

Het wetsontwerp bepaalde, dat de werknemer tegenover de bedrijfsvereniging in de in art. 42a-1 bedoelde gevallen aanspraak kon maken op *a* loon over de laatste periode van 13 weken gedurende

welke hij voor de werkgever heeft gewerkt en *b* loon over de voor hem geldende termijn van opzegging, enz. Het gaat hier in het bijzonder om de woorden 'heeft gewerkt'. Vanuit de Tweede Kamer werden hier reeds in het voorlopig verslag opmerkingen over gemaakt. Een hiaat werd gevreesd in het geval de werknemer tussen de dag van het faillissement en die van de opzegging niet had gewerkt maar daartoe wel bereid was geweest.[186]

Minister Roolvink zag in de memorie van antwoord geen moeilijkheid en was van oordeel 'dat de opzegtermijn eerst ingaat op het moment van opzegging. Dit betekent, dat de periode van 13 weken alsdan gelegen is onmiddellijk voorafgaande aan de dag van opzegging, zodat geen hiaat ontstaat tussen het einde van deze periode en het begin van de opzegtermijn, bedoeld in artikel 42a, eerste lid, onder b.'[187] Dit leidde tot het amendement Rietkerk c.s. om de woorden 'gedurende welke hij voor deze werkgever heeft gewerkt' te vervangen door 'gedurende welke hij bij deze werkgever in dienstbetrekking is geweest'. Uiteindelijk nam de minister dit amendement tijdens de kamerbehandeling over maar niet dan nadat de kamerleden Boot, Singer-Dekker en van Lier de strekking van het amendement Rietkerk hadden gesteund.

De ironie wil, dat ook het amendement een fout bevatte die tot veel geschrijf aanleiding heeft gegeven. Naar mijn oordeel het meest kernachtig werd het probleem dat door dit amendement werd geschapen aangeduid door Van Loo, in navolging van de SVR: 'Een letterlijke toepassing van het bepaalde onder a zou met zich brengen dat nooit over meer dan dertien weken achterstallig loon zou kunnen worden vergoed en dat het bepaalde onder b (betaling van loon over de termijn van opzegging) elke betekenis zou missen.'[188] Dit bracht de SVR ertoe de bedrijfsverenigingen te adviseren: 'De in deze bepaling voorkomende woorden "gedurende welke hij bij deze werkgever in dienstbetrekking is geweest" blijken bij de behandeling van het desbetreffende ontwerp van wet in de Tweede Kamer te zijn opgenomen ten einde te garanderen, dat indien gedurende een of meer weken niet is gewerkt, terwijl nog geen opzegging van de dienstbetrekking plaatsvond, die week of weken toch gerekend worden te behoren tot de periode van 13 weken, waarover achterstallig loon kan worden vergoed. (. . .)

In het geval dat na het moment van de opzegging niet meer is gewerkt, wordt de dag van opzegging beschouwd als het moment waarop de dienstbetrekking werd beëindigd. Voor de vaststelling van de periode van 13 weken, bedoeld in artikel 42a, lid 1, onder

a, der Werkloosheidswet dient dus van die dag te worden uitgegaan. Hieruit volgt, dat dan tevens over de daarop volgende, voor de werknemer geldende opzegtermijn, loon moet worden vergoed.

In het geval dat na de opzegging wel is gewerkt, wordt de dienstbetrekking geacht te zijn beëindigd op de dag, waarop dat werk is gestaakt. De termijn bedoeld onder b van artikel 42a, lid 1, der Werkloosheidswet (opzegtermijn) wordt dan gekort met het aantal dagen, waarop werd gewerkt.'[189]

Een ingenieuze oplossing waarmee, als ik mij niet vergis, tot op heden nog wordt gewerkt. Er kleven echter wel enkele bezwaren aan. Naast het grote voordeel van dit advies, dat de periodes onder a en b te allen tijde op elkaar passend kunnen worden gemaakt, is een nadeel dat de werknemer die blijft doorwerken er slechter van afkomt dan hij die na de opzegging niet meer werkt: de opzegtermijn wordt met het aantal gewerkte dagen bekort.[190] Die vallen dan wel toe aan de 13-weken periode, tenminste, zo begrijp ik deze passage. Maar ze worden gekort op de opzegtermijn. De totale periode waarover de loonbetalingsverplichting door de bedrijfsvereniging wordt overgenomen is dan verminderd met het aantal na de opzegging gewerkte dagen waarover dus niet aan het werkloosheidsvereiste is voldaan.

Een tweede en tevens zwaarwegend nadeel van bovenvermelde oplossing vind ik, dat er maatschappelijk negatieve effecten aan vast zitten. Deze namelijk, dat zij demotiverend werkt op de werknemers om gedurende de opzeggingstermijn zich voor de onderneming in te zetten. Bij niet werken garandeert de bedrijfsvereniging het loon. Bij wel werken zal de curator moeten betalen, maar, ook al is het loon boedelschuld, het is nooit geheel zeker of hij wel betalen kan. Of de bedrijfsvereniging dan ook betaalt moet nog worden afgewacht. De werknemer verliest door niet-werken niets, gevolg van de op zich terechte 100%-regeling in hoofdstuk IIIa W.W., door wel werken mogelijk wel iets. Bovendien is er, zoals minister Roolvink in antwoord op een vraag van het kamerlid mevrouw van Leeuwen antwoordde, een voordeel aan het niet werken. 'Indien men niet behoeft te werken voor zijn loon en gedurende het aantal weken dat daarvoor in aanmerking komt normaal loon ontvangt, is men in ieder geval beter in staat, voor vervangende werkgelegenheid te zorgen en ernaar te zoeken dan degene die al die weken (. . .) nog in het bedrijf werkzaam zal moeten zijn (. . .).'[191]

De curator is niet bij machte tegen de hiervoor aangegeven negatieve effecten krachtig op te treden. Hij heeft in de regel tijd noch geld voor een procedure tegen werkweigerende werknemers. Voor surséance ligt de situatie nagenoeg gelijk. Vanuit de rechtspraktijk wordt wel gesuggereerd het dan maar eens aan te laten komen op ontslag op staande voet. Maar ook al wint de curator de daaruit volgende procedure dan is daarmee toch nog niet de oorzaak van het kwaad weggenomen. Die is gelegen in de gebrekkigheid van art. 42a-1.[192]

Een derde nadeel vind ik, dat een en ander hierdoor wel erg doorzichtig is geworden. Een stok met twee tegengestelde bochten erin is nog geen rechte stok geworden!

Zoals ik hiervoor al uiteenzette in par. 31 acht ik het mogelijk, dat de curator de reeds voor de faillietverklaring beëindigde dienstbetrekking nogmaals beëindigt als de toepassing van de termijnen van art. 40 Fw. tot een voor de boedel voordeliger oplossing leidt. Voorwaarde is dan wel, dat de dienstbetrekking nog bestaat. De curator kan om hem moverende redenen dit natuurlijk ook achterwege laten.

Met welk tijdstip moet nu in beide gevallen voor de vaststelling van het berekeningstijdstip van art. 42a rekening worden gehouden? Mijn uitgangspunt voor de beantwoording van deze vraag is, dat eerder ontslagenen niet minder maar ook niet meer rechten behoren toe te komen dan hun die eerst na het faillissement worden opgezegd. Zou voor de eerder ontslagenen het berekeningstijdstip naar achteren worden verplaatst, dan zou dit een niet gerechtvaardigde bevoordeling ten opzichte van anderen kunnen inhouden aangezien het in de regel wel zo zal zijn, dat, naarmate de datum van het faillissement nadert, de betalingsmoeilijkheden van de werkgever zullen toenemen. De bedrijfsvereniging zal meer overnemingsverplichtingen krijgen. Ten aanzien van de eerder ontslagenen kan men echter niet voorbij aan de realiteit van de eerdere beëindiging van de dienstbetrekking. Ik wil hun vordering dan ook niet anders behandelen dan alle andere 'oude' vorderingen. De CRvB eist bovendien nog een oorzakelijk verband in die zin, dat de reden van hun beëindiging verband moet houden met het faillissement, het gevolg moet zijn van hetzelfde feitencomplex, dat aan het faillissement ten grondslag ligt. In beide gevallen, of de curator nu nogmaals beëindigt of niet, is het opzeggingstijdstip dat de

werkgever koos voor de toepassing van art. 42a beslissend.[193]

Servatius en met hem, maar meer impliciet, Smits, Van Loo en Linnenbank zijn van oordeel dat de beëindiging van de dienstbetrekking een conditio sine qua non is voor de overneming van de loonbetalingsverplichting door de bedrijfsvereniging op grond van de artt. 42a e.v.[194] Reeds eerder heb ik er blijk van gegeven een ander standpunt daaromtrent in te nemen.

Servatius heeft kennelijk het beeld voor ogen waarin het in alle gevallen komt tot toepassing van art. 42a-1 a èn b. Dat hoeft echter niet het geval te zijn. Indien er geen beëindiging van de dienstbetrekking heeft plaatsgevonden kan het bepaalde onder b nimmer in werking treden. Servatius blijft dan ook moeilijkheden houden met de mededeling van de minister op p. 5 rechterkolom van de memorie van toelichting, dat bij voortzetting van de onderneming door de curator op grond van diens bevoegdheid van art. 98 Fw. zich de omstandigheid kan voordoen, dat de middelen van de failliet ontoereikend zijn voor de loonbetaling en dat in dat geval er ook een aanspraak jegens de bedrijfsvereniging bestaat.

Mannoury lijkt voor dit probleem een oplossing voorhanden te hebben: 'Er kunnen ook indienstblijvers zijn, wier dienstbetrekking tot na het einde van de in de wet omschreven situaties blijft bestaan. Zij zullen vooral voorkomen, wanneer het bedrijf tijdens faillissement of surséance wordt voortgezet (bij surséance is dit zelfs regel) of wanneer het faillissement bij gebrek aan baten wordt opgeheven zonder dat de curator tot ontslagverlening is overgegaan. Op zichzelf is er niets in de wet, wat haar toepassing op zulke indienstblijvers uitsluit. Voor hen zal echter het voor de berekening der termijnen beslissende ogenblik eerst na het einde van het faillissement etc. intreden.[195] In dit verband wijst hij op de mogelijkheid voor werknemers om met de werkgever overeen te komen, dat elke loonbetaling wordt toegerekend aan de oudste openstaande vordering. Dit beding, dat mijns inziens ook bij c.a.o. kan worden overeengekomen, schuift als het ware oude vorderingen op naar de laatste dertien weken van de dienstbetrekking en maakt deze aldus 'overnemingswaardig'.

Ook Mannoury blijkt er echter van uit te gaan, dat er door de moeilijkheden waarin de werkgever verkeert een einde aan de dienstbetrekking komt, zij het dat dit einde kan liggen na het eindigen van het faillissement of de surséance. Zijn 'indienstblijvers' blijven dus maar tijdelijk in dienst. Volgt er geen ontslag dan is er

geen berekeningstijdstip en dus ook geen toepassing van de regels van hoofdstuk IIIa. Dit blijkt uit de wijze waarop hij vervolgt: 'In al deze gevallen zal men dàt tijdstip als het beslissende ogenblik moeten aanmerken, waarop de dienstbetrekking van de zijde van de werkgever wordt beëindigd (al of niet met inachtneming van een termijn), ongeacht of dit tijdens een faillissement door de curator geschiedt (het geval, waarop de parlementaire discussie betrekking had), tijdens een surséance van betaling door de werkgever met machtiging, medewerking of bijstand van de bewindvoerders, ofwel in andere gevallen door de werkgever zonder tussenkomst van anderen. Wanneer de werknemer van zijn kant de dienstbetrekking door opzegging beëindigt of beëindigd heeft, is het ogenblik waarop zulks (al dan niet op termijn) geschiedde, het 'beslissende ogenblik', vanwaar men de "laatste dertien weken" terug moet tellen en waarmee de "termijn van opzegging" begint.'

Al eerder, in par. 40, gaf ik aan, dat de wet naar mijn oordeel ernstig tekort schiet door er van uit te gaan, dat aan een overneming van de betalingsverplichting van de werkgever enkel behoefte bestaat bij een beëindiging van de dienstbetrekking en dat aan een uitbreidende interpretatie op dit punt behoefte bestaat. Voor hen wier dienstbetrekking gedurende en na de betalingsonmacht van hun werkgever in stand blijft zijn de problemen die het uitblijven van hun wekelijkse of maandelijkse loon oplevert geenszins minder dan voor de ontslagenen. Naar mijn oordeel verzet de tekst van de wet zich er niet tegen de loonbetalingsverplichting van de werkgevers jegens dezen ook door de bedrijfsvereniging te laten overnemen. Deze overneming kan uiteraard slechts betrekking hebben op achterstallig loon en op vakantiegeld/vakantietoeslag aangezien er niet wordt opgezegd en er dus ook geen loonaanspraak over een opzeggingstermijn bestaat.

Het berekeningstijdstip voor de overneming van de betalingsverplichting aan deze 'indienstblijvers', onverschillig of zij nu wel of niet in een later stadium alsnog worden ontslagen, wil ik leggen aan het einde van het faillissement of de surséance van betaling. Daarna treedt naar mijn mening voor de toepassing van hoofdstuk IIIa W.W. een nieuwe periode in waarin weer opnieuw optredende betalingsonmacht tot hernieuwde toepassing van de overnemingsverplichting van de bedrijfsvereniging leidt.

Voor de toepassing van art. 42a-2 door de bedrijfsvereniging moet een vergelijkbaar tijdstip worden gekozen: het moment waar-

op de betalingsonmacht van de werkgever kan geacht worden te zijn geëindigd. Gaat de onderneming ter ziele zonder dat het tot faillissement of surséance is gekomen dan zal de daarmee meestal gepaard gaande beëindiging van de dienstbetrekkingen vanzelf voor een berekeningstijdstip zorgen, ook al is dit wellicht moeilijk vast te stellen. Hetzelfde geldt voor een heimelijk vertrek van de werkgever.

## 48 Het SVR-advies met betrekking tot het berekeningstijdstip[196]

In zijn advies van 30 juni 1977 stelt de SVR voor art. 42a-1 onder *a* en *b* als volgt te redigeren:

*a* loon over de periode van 13 weken, onmiddellijk voorafgaande aan de datum van opzegging van de dienstbetrekking;

*b* loon over de ten aanzien van hem geldende termijn van opzegging voor zover en zolang hij gedurende die termijn onvrijwillig werkloos is dan wel bij voorgenoemde werkgever werkzaam blijft, echter, zowel in als buiten faillissement, ten hoogste over de in artikel 40 Faillissementswet ten aanzien van de werknemer vastgestelde termijn van opzegging.[197]

Met Van Loo ben ik van mening, dat deze redactie de voorkeur verdient boven de hiervoor weergegeven interpretatie van de SVR in zijn brief aan de bedrijfsverenigingen van 8-1-1969. De onverhoopt niet betaalde doorwerker wordt, vergeleken met de werkloze, niet langer benadeeld. De verleiding voor curator en werkgever/bewindvoerder(s) om het wachtgeldfonds als financier te gebruiken wordt erdoor vergroot. Controle zal misbruik moeten voorkomen.

De SVR realiseert zich dit ook, maar acht op zich geen benadeling van de wachtgeldfondsen aanwezig indien gedurende de opzegtermijn onbetaald wordt doorgewerkt. 'De periode waarover loon verschuldigd is door de werkgever en waarvoor de bedrijfsvereniging aansprakelijk is, wordt immers niet verlengd door dit doorwerken.'[198] Wel kan de verhaalsmogelijkheid voor de bedrijfsvereniging worden verkleind doordat tengevolge van het doorwerken bijv. op de voorraden wordt ingeteerd, of produkten aan het bedrijf worden onttrokken. De bedrijfsvereniging dient daarom op haar rechten in het faillissement te letten. De SVR noemt in dit verband o.m. de boedelbeschrijving en de commissie van schuldeisers.

In tegenstelling tot wanneer gedurende de opzegtermijn wordt doorgewerkt kan doorwerken nà bv. de faillietverklaring maar vóór het tot een opzegging komt de bedrijfsvereniging wezenlijk benadelen. Als bv. de werkgever (de curator) en de werknemers onder één hoedje zouden gaan spelen en opzettelijk maar zonder dat daarvoor gezonde motieven zijn aan te voeren de opzegging uitstellen, betekent dat een groei van aanspraken die niet door de feiten wordt gerechtvaardigd. Niet gerechtvaardigd bv. in het geval dat de werkzaamheden feitelijk reeds waren geëindigd. Sporadisch kan het zich ook voordoen, dat er in het geheel niet meer wordt opgezegd. Bijvoorbeeld omdat de partijen het hebben vergeten of omdat de werkgever met de noorderzon vertrokken is.

Voor dit soort gevallen stelt de SVR de volgende regeling voor: 'Indien de dienstbetrekking niet dan wel op een later dan het daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komende moment is opgezegd, kan het bestuur van de bedrijfsvereniging beslissen, dat (. . .) wordt uitgegaan van het moment van de feitelijke beëindiging van het werk, dan wel de datum waarop de werkgever in staat van faillissement is verklaard, hem surséance van betaling is verleend dan wel verkeert in de toestand als hiervoor sub a bedoeld.' (Bedoeld is het geval waarin de bedrijfsvereniging vaststelt dat de werkgever verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, L.H.)[199]

Ik vraag mij af of dit niet een beetje teveel van het goede is. Of met het toekennen van deze bevoegdheid aan de bedrijfsverenigingen wel een goede verdeling van risico tussen enerzijds boedelredding/voortzetting van de onderneming en anderzijds tegengaan van misbruik van de overneming van de loonbetalingsplicht wordt bereikt. De bevoegdheid die hier wordt voorgesteld aan de bedrijfsverenigingen toe te kennen is weer een discretionaire, een die slechts marginaal kan worden getoetst. Wanneer we nu bedenken, dat in gevallen van faillissement en surséance van betaling toch altijd wel enige controle op het doen en laten van curator en werkgever/bewindvoerder(s) kan worden uitgeoefend, mogen we tegelijkertijd aannemen, dat in die gevallen een extra controle door de bedrijfsvereniging in wezen nauwelijks nodig is. En in de gevallen buiten faillissement en surséance heeft de bedrijfsvereniging al een discretionaire bevoegdheid. Deze namelijk, dat het aan haar is om te bepalen of ten aanzien van de werknemers van de werkgever die in zodanige betalingsonmacht verkeert dat hij in een toestand van te hebben opgehouden te betalen is geraakt van de bevoegdheid

tot overneming van de loonbetalingsverplichting wordt gebruik gemaakt. Daarin liggen voor de bedrijfsvereniging, denk ik, voldoende mogelijkheden zich zekerheden te verschaffen.

Van Loo wijst er nog op, dat het SVR-voorstel geen oplossing biedt voor het geval het buiten faillissement of surséance een dienstbetrekking betreft die niet voor opzegging vatbaar is. Artt. 40 en 239 Fw. kennen de mogelijkheid de dienstbetrekking voor bepaalde tijd te doorbreken, waarbij het mijns inziens de vraag blijft of zich dat al dan niet oplost in schadevergoeding. In alle andere gevallen acht ik voorshands de ontbinding wegens gewichtige redenen de juiste oplossing.

## 49 Opzegging na ontslagvergunning; conversie

In zijn advies van 30-6-1977 gaat de SVR ook in op het vergunningsvereiste krachten het bepaalde in art. 6 B.B.A. Met zijn in de voorgaande paragrafen geciteerde voorstel probeert de SVR tevens aan de voor de uitvoering van de artikelen 42a e.v. aan dit voorschrift verbonden bezwaren te ontkomen. Die bezwaren zijn, dat door een uitspraak van de Hoge Raad ook de curator vooraf toestemming nodig heeft van de directeur G.A.B. om de dienstbetrekkingen van bij de gefailleerde werkgever werkzame werknemers te kunnen beëindigen.[200] Tevens kan de bedrijfsvereniging worden benadeeld doordat later dan nodig en gewenst is een ontslagvergunning wordt verzocht.

Van Loo bestrijdt de SVR-conclusie: 'Bij protest van de werknemer tegen het ontslag kan de opzegtermijn dus ook in de faillissementssituatie pas ingaan na het verkrijgen van de ontslagvergunning.'[201] Hij wijst daarbij op twee CRvB-uitspraken waarbij is uitgemaakt dat voor de toepassing van artt. 42a e.v. de termijn van opzegging begint te lopen op de vóór de datum van het verkrijgen van de ontslagvergunning gelegen datum van opzegging, tenzij na het verkrijgen van de ontslagvergunning opnieuw wordt opgezegd.[202]

Beide uitspraken zijn, terecht, bestreden door Naber, wiens betoot eveneens terecht, werd aangevallen door De Leede.[203] De bestrijding van Naber door Wiersma laat ik hier, met verontschuldiging, buiten beschouwing; naar mijn mening verdedigde Naber zich met succes tegen hem.[204] Naber's opvatting wordt eveneens bestreden door HR-raadsheer Polak.[205]

Naber's betoog komt erop neer, dat hij de oplossing van de CRvB haaks vindt staan op de HR-jurisprudentie inzake conversie die in het geval van ontslag zonder vergunning ertoe leidt, dat aan een aldus beëindigde dienstbetrekking eerst feitelijk een einde kan komen op het vroegst mogelijke tijdstip waarop deze, nadat het verkrijgen van de ontslagvergunning ter kennis van de werknemer is gebracht, krachtens de wettelijke en contractuele ontslagbepalingen kan eindigen. Terecht is Naber van mening dat door deze twee verschillende soorten oplossingen verwarring is gezaaid. Naber wijst erop dat de uitspraken van de CRvB weliswaar gezien vanuit het belang van de sociale verzekering alleszins begrijpelijk zijn maar civielrechtelijk hoogst aanvechtbaar en onaanvaardbaar. Het is dat laatste dat De Leede bestrijdt in een naschrift bij het artikel van Naber. Hij betoogt dat het bij de CRvB niet om een civielrechtelijke maar om een administratiefrechtelijke aangelegenheid gaat, dat de CRvB weliswaar respect heeft voor de HR-jurisprudentie maar deze soms bewust niet volgt zelfs in gevallen waarin de wetgever dezelfde woorden bezigt.

Ook dat moge zo zijn. Maar dat neemt niet weg dat de consequenties uiterst ongelukkig zijn en, dat ben ik met Naber eens, onaanvaardbaar! Want waar komt het op neer? Dat vanuit de toepassing van het sociale verzekeringsrecht, in casu het werkloosheidsrecht, randvoorwaarden worden gesteld aan de uitoefening van de rechten die de werknemer heeft op grond van het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht.

Nu is dat geen op zichzelf staand verschijnsel, het kwam al langer voor. Maar dan in een andere vorm dan hier aan de orde is. Deze namelijk, dat de werknemer bij zijn keuze hoe zich tegen een gegeven ontslag te verweren, de nietigheid ervan in te roepen of in het feit van de beëindiging te berusten maar zich te beroepen op de onregelmatigheid en/of de kennelijke onredelijkheid ervan, niet vrij is. Althans niet indien werkloosheid dreigt. Wil hij zijn aanspraak op werkloosheidsuitkering behouden en niet als niet-onvrijwillig werkloos worden bestempeld, respectievelijk geacht worden een benadelingsbehandeling te hebben verricht, dan mag hij slechts in bepaalde gevallen voor berusting in het feit van het eindigen van de dienstbetrekking, gepaard met volledige schadevergoeding, schadeloosstelling of vergoeding naar billijkheid kiezen. Namelijk in die gevallen waarin van hem, gelet op zijn positie voor de Werkloosheidswet - hij komt om een uitkering - in redelijkheid niet gevergd mag worden dat hij zich op de nietigheid van de beëindi-

ging, dus op de voortzetting van de dienstbetrekking, beroept. Hebing en anderen hebben, in navolging van Haakman, en naar mijn oordeel terecht, gepleit voor een systeem waarin de werkloze werknemer zijn aanspraken op de werkgever overdraagt aan de bedrijfsvereniging die dan zelf maar het procesrisico van de keus die zij de werknemer opdringt moet dragen.[206] Linnenbank heeft er, in navolging van de SVR, op gewezen, dat de mogelijkheid van cessie thans reeds bestaat maar geeft daarbij tevens aan, dat een en ander nogal omslachtig is.[207] Hebing is echter verder gegaan en heeft voorgesteld aan art. 21 W.W. toe te voegen: '– indien de werknemer naar het oordeel van het bestuur der B.V. terzake van de ingetreden werkloosheid jegens de werkgever een aanspraak heeft op loon of een daarmee gelijk te stellen vergoeding, treedt het bestuur der B.V. door de betaling van de uitkering krachtens deze wet van rechtswege in de desbetreffende aanspraken van de werknemers jegens de werkgever.' Een constructie die neerkomt op subrogatie krachtens de wet. Aldus begrijp ik ook de oplossing die Riphagen voorstelt. (SMA 1978 p. 34)

Wat hier speelt is, dat, indien de werknemer eenmaal de nietigheid van de beëindiging zonder de vereiste vergunning heeft ingeroepen, het volkomen willekeurige tijdstip van opzegging van de dienstbetrekking nog voordat de ontslagvergunning was verkregen opeens heel belangrijk wordt. Willekeurig, omdat in de conversieleer van de Hoge Raad de opzegging eerst civielrechtelijk effect sorteert nadat de ontvangst van de ontslagvergunning ter kennis van de werknemer is gebracht.[208]

Bijzonder is de opvatting van de CRvB dat, als na het verkrijgen van de ontslagvergunning nogmaals is opgezegd, voor het vaststellen van het berekeningstijdstip voor het overnemen van de loonbetalingsverplichting door de bedrijfsvereniging met die tweede opzegging wordt rekening gehouden. Deze mededeling is daarom zo opmerkelijk omdat de CRvB er wel niet mee onbekend zal zijn dat het in het algemeen zo is, dat hoe later de opzegging plaats vindt hoe groter de kans is, dat de bedrijfsvereniging daardoor wordt benadeeld. Er moeten dus voor zo'n tweede opzegging goede gronden kunnen worden aangevoerd. Civielrechtelijk is die tweede opzegging niet nodig aangezien volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad ook zonder zo'n opzegging de dienstbetrekking tot een einde kan komen uit kracht van de eerste, geconverteerde, beëindiging.

Nu bestaat er tegen die rechtspraak van de Hoge Raad ondermeer het bezwaar dat ik al eerder vermeldde, nl. dat daarmee niet is aangegeven op welke wijze de dienstbetrekking dan eindigt. Eindigt deze letterlijk tegen het vroegst mogelijke tijdstip, maar dan onregelmatig, of met inachtneming van de bepalingen met betrekking tot tijdstip en termijn regelmatig en dus later? De mogelijkheid bestaat, dat de CRvB hier tot uitdrukking heeft willen brengen dat hij de keuze tussen beide mogelijkheden, die de civiele rechter voor een onoplosbaar probleem stelt omdat hij haar niet voor de partijen kan en mag maken gezien de gevolgen die de wet aan onregelmatigheid verbindt, aan de beëindigende partij wil laten. Zou de CRvB dit bedoeld hebben, dan is hij in die bedoeling niet geslaagd omdat het de taak van de civiele rechter is vast te stellen waarin wordt geconverteerd.

Een andere mogelijkheid is, dat de CRvB de mogelijkheid heeft willen laten dat er bij conversie soepelheid wordt betracht. De werknemer is daarbij wel aan de goedwillendheid van de curator en de bedrijfvereniging overgeleverd.

De opzeggingstermijn bedoeld in art. 42a-1 onder b kan dus op twee tijdstippen aanvangen: 1. op het tijdstip van opzegging vóór het verkrijgen van de ontslagvergunning, als na het ontvangen van die ontslagvergunning niet opnieuw werd opgezegd en 2. op het tijdstip van de opzegging na de ontvangst van de ontslagvergunning ongeacht of er vóórdien al werd opgezegd: de laatste opzegging geldt.

Deze jurisprudentie kan tot vreemde gevolgen leiden. Als het niet erg vlot met de ontslagvergunning en de curator, teneinde straks te kunnen converteren, alvast maar heeft opgezegd, kan het voorkomen dat bv. de zes-wekentermijn al is verstreken voordat de ontslagvergunning afkomt. Die termijn heeft de werknemer dan nog tegoed. Niet erg als de boedel voldoende oplevert want het is boedelschuld. Maar als dat niet het geval is ontzegt het administratieve recht ook hier in feite de werknemer waar hij civielrechtelijk recht op heeft.

Ik heb het vermoeden, dat het de bedoeling van de CRvB is geweest met deze conversieleer mogelijke benadelingsbehandelingen van werknemers te ontmoedigen. Benadelingsbehandelingen die hierin bestaan, dat zij ook in volstrekt uitzichtloze situaties een beroep doen op de nietigheid van een beëindiging zonder ontslag-

vergunning om aldus het berekeningstijdstip van art. 42a naar de toekomst te verschuiven. Aldus zou de CRvB dan wel de goeden onder de kwaden doen lijden.[209]

De omschrijving van een dergelijk handelen als een benadelingsbehandeling lijkt mij erg moeilijk. Beter zou het zijn indien, zoals de minister van Sociale Zaken in zijn adviesaanvrage arbeidsvoorzieningenwet suggereert, een termijn zou kunnen worden gesteld binnen welke op aanvragen om toestemming tot ontslag moet worden beslist.[210] Die termijn zou niet voor alle gevallen gelijk behoeven te zijn. Op de directeur G.A.B. zou een motiveringsplicht kunnen worden gelegd waarom een langere termijn dan de voorgeschrevene nodig was. Eventueel oneigenlijk gebruik van de nietigheid van art. 9 B.B.A. blijft dan in ieder geval binnen de perken.

Een enkel woord tenslotte over de bestrijding van Naber door Polak.[211] Een bestrijding die mij geenszins heeft overtuigd, mede doordat ik de gedachtengang van de schrijver op verschillende punten niet kon volgen.

Met Polak ben ik het in beginsel eens, dat, als de curator regelmatig beëindigt, de werknemer niet toekomt aan de vordering tot overneming van de betaling gedurende de opzeggingstermijn. Slechts in beginsel echter, want indien de curator geen werk meer heeft gedurende de opzeggingstermijn is de werknemer èn nog in dienst èn tegelijkertijd onvrijwillig werkloos. Het gevolg daarvan is, dat hij naast loon over de laatste dertien weken tot aan de opzegging ook recht heeft op loon over de opzeggingstermijn. Het maakt daarbij mijns inziens geen verschil of dit geval zich voordoet terwijl de curator wel een ontslagvergunning heeft verkregen of dat het zich voordoet als dat niet het geval is maar de werknemer zich niet op de nietigheid beroept. Ik zie niet in waarom de wetgever dat gevolg in het laatstgenoemde geval niet zou hebben gewild, gelijk Polak stelt. Wel bestaat er rechtsongelijkheid tussen werknemers die voor het loon wel en werknemers die daarvoor niet arbeid hebben moeten verrichten. De laatsten worden, net als de arbeiders in de wijngaard die vanaf het elfde uur werkten, bevoordeeld, zonder dat dit intussen een benadeling van de anderen betekent.[212]

In de tweede plaats vind ik, evenals Polak, dat artikel 42a e.v. zuiver juridisch gezien geen enkel verband heeft met het civiele recht. Maar dan wel, gelijk hij stelt, met het sociale verzekeringsrecht? Uit de geschiedenis van de totstandkoming van hoofdstuk

IIIa valt mijns inziens het tegendeel te concluderen. Ook al heeft de wetgever zich bij de inrichting van deze regeling door de W.W. laten inspireren, zij is in wezen aan die wet vreemd. Het zijn louter opportunistische motieven geweest die de wetgever ertoe hebben gebracht haar daar te plaatsen. Voor hetzelfde geld was het een geheel zelfstandige regeling gebleven of was zij onderdeel van de Faillissementswet geworden.

Wat naar mijn oordeel de strekking is van het betoog van Naber en wat ook mijn bezorgdheid heeft gewekt, is, dat de gewone werknemer slechts in verwarring kan geraken door de verschillende benaderingen van de op zich al voldoende ingewikkelde conversie-problematiek. Daaraan doen zijn bestrijders niets af.

## 50 Loon, verhaal, vakantiegeld en vakantiebijslag

De bepalingen van hoofdstuk IIIa van de W.W. garanderen de werknemer bij betalingsonmacht van zijn werkgever de overneming van zijn volledige loon over de in art. 42a-1 a en b vermelde perioden.[213] Het volledige loon, dus alles wat de werkgever de werknemer schuldig was krachtens wet en contract. Een 100%-uitkering waarop niet van toepassing is hetgeen de Coördinatiewet Sociale Verzekering omtrent het loon bepaalt. Ook hierin blijkt, dat hoofdstuk IIIa zich van de rest van de W.W. onderscheidt.

De SER had overwogen, dat er weinig reden voor was, gelet op het verschil in object van de onderhavige regeling en dat van de overige sociale verzekeringswetten, een maximumgrens aan te leggen. Bovendien kon de begrenzing ook daarom niet worden gevonden in een maximumbedrag per dag omdat bij 'achterstallig loon' componenten in aanmerking zouden moeten worden genomen die bij de bepaling van het dagloon buiten beschouwing blijven. De SER verwachtte bovendien, dat door de stijging van de bovengrens van het dagloon het aantal werknemers met een inkomen dat daarbovenuit zou gaan zeer gering zou zijn.[214] Ik wil daaraan toevoegen, dat het leggen van een bovengrens met zich zou hebben gebracht, dat werknemers in meer gevallen dan thans zich gedwongen zouden zien voor het resterende deel van het niet door de werkgever betaalde loon zelf een vordering in te stellen. Iets wat, naar mijn mening, deze wettelijke regeling nu juist overbodig maakte. Althans ten dele, zie de beperking van de overnemingsverplichting over de opzeggingstermijn in art. 42a-1-b.

De memorie van toelichting formuleert het aldus: 'Door de afzonderlijke definitie van het begrip loon (. . .) wordt afgeweken van het overigens voor de toepassing van de Werkloosheidswet geldende loonbegrip.'[215] In het voorlopig verslag vroeg de Kamer naar de rechtsgrond van de 100%-uitkering. De minister antwoordde, dat het hier gaat om overneming van de verplichtingen van de werkgever die in betalingsonmacht is geraakt en dat deze situatie zich wezenlijk onderscheidt van gevallen waarin werknemers een loonvordering hebben op een werkgever die niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.[216] Gevraagd naar de gevolgen die het ontbreken van een maximumloongrens kan hebben voor de verhouding (W.W.-)premie/uitkering verklaarde de minister, dat door de begrenzingen tot 13 weken voor achterstallig loon en 4 weken voor loon over de opzeggingstermijn niet spoedig sprake zal zijn van een onredelijke verhouding tussen premie en uitkering.[217] Die 4-weken termijn is later door het aannemen van het amendement Aalberse veranderd in de termijn van art. 40 Fw., hetgeen in vele gevallen een verlenging zal betekenen. Het maximum is thans 19 weken. Dat is nauwelijks meer kort te noemen. Anderzijds geldt ook een argument dat de minister niet gebruikte nl., dat in een aantal gevallen de bedrijfsvereniging er wellicht in zal slagen het voorgeschoten bedrag geheel of ten dele op de werkgever te verhalen. Linnenbank noemt een gemiddeld percentage van 20.[218] De SER had verwacht, dat in slechts in een gering aantal gevallen op deze regeling een beroep zou worden gedaan. Linnenbank vermeldt daaromtrent, dat gemiddeld iets meer dan 2% van het totale bedrag aan W.W.-uitkeringen aan de artt. 42a e.v. moet worden toegeschreven. Voorshands lijkt premieverhoging vanwege het aantal overnemingen van loonbetalingen op grond van hoofdstuk IIIa W.W. dus niet waarschijnlijk. De slechte economische toestand en het dientengevolge grote aantal faillissementen van de laatste jaren zou hierin wellicht verandering kunnen brengen. In ieder geval kan het voor de wachtgeldfondsen in bepaalde bedrijfstakken wel een zware belasting betekenen. Temeer omdat, zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken, thans nog niet voor alles wat de bedrijfsvereniging verplicht is over te nemen, verhaal op de werkgever bestaat, met name niet voor het werkgeversdeel van de sociale verzekeringspremies dat de bedrijfsvereniging verplicht is af te dragen.

Wellicht vormt het bovenstaande een argument om de beslissing de

wachtgeldfondsen met de uitkeringen van hoofdstuk IIIa W.W. te belasten en niet het Algemeen Werkloosheidsfonds – een beslissing die bij het tot stand brengen van hoofdstuk IIIa onvoldoende is beargumenteerd ondanks dat ze zwaar bestreden is – te heroverwegen.

Eenzelfde aanwijzing gaf de Commissie bevoorrechting van vorderingen (de commissie-Houwing) in antwoord op een verzoek van de SVR om de vorderingen van de bedrijfsverenigingen op grond van art. 42e W.W. van een preferentie te voorzien gelijk aan die van de premies voor de sociale verzekeringswetten.[219] De SVR bezigde voor die preferentie drie argumenten. 1. De bedrijfsvereniging wordt, zonder keuzemogelijkheid te hebben, min of meer als buitenstaander, bij het faillissement betrokken en moet dan betalingen overnemen. 2. Andere schuldeisers kunnen vaak het faillissement zien aankomen en maatregelen treffen. De bedrijfsvereniging niet en verkeert daardoor in een nadeliger positie. 3. Nu van de door de bedrijfsverenigingen uitbetaalde bedragen in de regel weinig of niets wordt terugontvangen is het onjuist dat de dientengevolge hogere lasten op de overige bedrijfstakgenoten komen te drukken.

De SVR kreeg van de commissie-Houwing echter nul op het rekest. De commissie leidde uit de door de wetgever gekozen financieringsvorm af dat deze ervan is uitgegaan, dat de collectiviteit van de werkgevers en werknemers in de bedrijfstakken eventuele risico's die de liquiditeit van de wachtgeldfondsen kunnen aantasten, op zich behoort te nemen. De commissie-Houwing had er alle begrip voor, dat dit een last was die met name op zwakke bedrijfstakken zwaar zou drukken maar het ging haars inziens ook niet aan deze door een hogere preferentie voor de bedrijfsvereniging dan maar af te wentelen op de toevallige andere crediteuren van het noodlijdende bedrijf.[220]

De commissie-Houwing kwam met twee suggesties: 1. financiering door het AWF; dit zou, omdat daarin voor de helft door de overheid wordt bijgedragen, het probleem halveren; 2. afstappen van het systeem van afzonderlijke bedrijfsfondsen en vorming van een algemeen fonds: dit geeft betere spreiding van het risico.

Mannoury noemt enkele posten die buiten het civielrechtelijke loonbegrip vallen maar binnen de loondefinitie van art. 42a-3 W.W.: de wettelijke verhoging wegens te late betaling van art. 1638q en de onkostenvergoedingen.[221]

Ik ben het met Mannoury eens, in tegenstelling tot Linnenbank die zijn opvatting bestrijdt met de opmerking, dat de regeling van hoofdstuk IIIa betrekking heeft op in het verleden verdiend loon en dat er voor de opvatting van Mannoury geen enkel aanknopingspunt in de wetsgeschiedenis is te vinden. Zijn tegenwerpingen snijden naar mijn mening daarom geen hout, dat de tekst van art. 42a-3-a volkomen eenduidig is en het totstandbrengen van hoofdstuk IIIa zoveel lacunes vertoont, dat aan de omstandigheid dat een bepaald punt daarin niet is terug te vinden geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend.

De vertragingsboete is er ter compensatie van het te laat ontvangen van het loon en veronderstelt, dat de werknemer dit loon op het uitbetalingstijdstip voor zijn levensonderhoud nodig had en dat hij door de vertraging kosten heeft moeten maken. Ik zie niet in waarom de werknemer die dit overkomt gedwongen zou moeten worden om, terwijl hij zijn loon met vertraging door de bedrijfsvereniging uitbetaald krijgt, wegens die vertraging zelf nog eens een actie tegen zijn werkgever te moeten beginnen op grond van art. 1638q.[222] Een andere vraag is, of de bedrijfsvereniging in verband met art. 1638q terzake van haar eigen renteverliezen voor een groter bedrag verhaal heeft op de werkgever dan voor wat zij aan de werknemer heeft uitbetaald aan overgenomen betalingen + boetebedragen. Ik zou menen van niet omdat art. 1638q bedoelt de werknemer te beschermen en niet de bedrijfsvereniging.

De omstandigheid dat de administratieve rechter niet, zoals de civiele, de veroordeling terzake van art. 1638q kan matigen acht ik een onvolkomenheid die slechts tijdelijk, totdat de wet op dit punt wordt gewijzigd, voor lief moet worden genomen. Mannoury merkt terecht op, dat ook de curator in faillissement niet de mogelijkheid heeft deze vordering te beperken.

Met betrekking tot vakantiegeld en vakantiebijslag vermeldt de memorie van toelichting, dat deze van het ruim geformuleerde loonbegrip zijn uitgezonderd 'omdat daarop afzonderlijk en volledig aanspraak bestaat.'[223], [224] De aanspraak bestaat over ten hoogste een jaar. De SER had geadviseerd om slechts over de periode van drie maanden deze verplichting over te nemen.[225] De SVR had voorgesteld over te laten nemen alle vakantiegeld en vakantiebijslag waarover op het tijdstip van ontslag aanspraak bestond.[226] Het wetsontwerp beperkte dit zonder motivering tot het tijdvak van één jaar. 'Ten hoogste een jaar', luidt thans de wet.

Hieruit mag niet worden afgeleid, zoals ik heb vernomen dat wel geschiedt, dat, wanneer het vakantiejaar later is aangevangen dan één jaar voor de datum van de opzegging bedoeld in art. 42a, slechts vanaf die datum vakantieaanspraken zouden kunnen worden overgenomen, ook in gevallen waarin de werkgever er nog van vóór die datum schuldig was. De bedrijfsvereniging is verplicht over te nemen wat de werkgever nog schuldig was en het vorderingsrecht terzake van vakantie met behoud van loon verjaart krachtens art. 163811 B.W. eerst na twee jaar. De vakantiebijslag nog later (art. 2005 B.W.). Een 'volledige' aanspraak zou ik het daarom niet willen noemen.

Waar gewerkt wordt met vakantiebonnen zullen, indien tenminste het enkel achterblijven van uitkering van vakantiebonnen als loonachterstand kan worden aangemerkt, betalingsonmachtige werkgevers die de financiële ruimte het eerst denken te zoeken in het niet of te laat voldoen van vakantiegelden, eerder tegen de lamp lopen dan in bedrijfstakken waar het vakantiegeld éénmaal per jaar wordt uitgekeerd. Hier staat tegenover, dat het de werknemer is die een meldingsplicht heeft en op wie de werkgever zijn ongenoegen met de gang van zaken zal zoeken af te reageren. Meldt hij niet tijdig dan kan de bedrijfsvereniging hem tegenwerpen, althans zolang 'oude' vorderingen nog niet worden erkend als te vallen onder de regeling van hoofdstuk IIIa, dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het vroegere niet-uitbetalen van de vakantiebonnen en de latere betalingsonmacht. Linnenbank vermeldt, dat het SFB een soepel standpunt inneemt.[227]

## 51 SVR-voorstellen met betrekking tot het loon

Artikel 42b-1 verplicht de bedrijfsvereniging op het bedrag dat krachtens art. 42a-1 wordt uitbetaald in te houden hetgeen de werkgever rechtens zou hebben ingehouden. De memorie van toelichting noemt in dit verband de inhouding en afdracht van loonbelasting, sociale verzekeringspremie en het werknemersaandeel in de pensioenpremie, als die er is.

Uit het overleg met de Federatie van Bedrijfsverenigingen was de SVR gebleken, dat de bedrijfsverenigingen het de laatste tijd, gelet op de op dit punt op zijn minst twijfelachtige tekst van art. 42b-1 principieel onjuist achtten de werkgeversaandelen van de

sociale verzekeringspremies te moeten overnemen.[228] Dit zou betekenen, dat de betreffende sociale verzekeringsfondsen deze premies voor dát deel zèlf van de in betalingsmoeilijkheden verkerende werkgever zouden moeten vorderen. Onder het tweede lid van art. 42b kunnen ze niet gebracht worden aangezien de werknemer door de niet-betaling van sociale verzekeringspremies door zijn werkgever geen schade lijdt. Voor het ontstaan van een overnemingsverplichting krachtens dat tweede lid is financieel nadeel voor de werknemer een vereiste. Tot toepassing van art. 42b-2 kan het daarom niet komen. Evenmin betreft het een vordering van de werknemer (art. 42b-1) noch geschiedt het krachtens zaakwaarneming. De bedrijfsvereniging heeft daarom geen verhaal op de werkgever. Het principiële van het standpunt van de bedrijfsverenigingen zal hiermee wel van alles te maken hebben. Terecht overigens, het is een onbevredigende situatie.

In zijn advies van 30 juni 1977 deelt de SVR mede van oordeel te zijn dat, los van de tekst van art. 42b-1, de bedrijfsverenigingen de gehele premie van de sociale verzekeringswetten dienen te voldoen. De SVR stelt voor art. 42b-1 te redigeren als volgt: 'De Bedrijfsvereniging is gehouden tot betaling van premies ingevolge de sociale verzekeringswetten over het bedrag, vastgesteld overeenkomstig het voorgaande artikel. Op dat bedrag wordt door haar ingehouden hetgeen de werkgever rechtens op het loon van de werknemer zou hebben ingehouden.'[229] Terecht, immers: 'Dat ook de ten laste van de werkgever komende premies ingevolge de sociale wetten door de bedrijfsvereniging voldaan moeten worden volgt niet uit deze regeling maar uit de betrokken wetten.'[230] Mijn kritiek op dit voorstel, met de strekking waarvan ik het eens ben, is, dat het zich beperkt tot de premies voor de sociale verzekering. Ten onrechte wordt hierin niet genoemd de inhouding en afdracht van het werknemersaandeel in een premie die niet is een sociale verzekeringspremie, bv. een pensioenpremie te betalen aan een particuliere levensverzekering; deze valt nl. niet onder het tweede lid van art. 42b, ondanks dat de werknemer schade lijdt, maar onder het eerste.

Een tweede voorstel van de SVR betreft art. 42b-2. De vakcentrales hadden voorgesteld het mogelijk te maken op grond van artikel 42b-2 achterstallige pensioenpremie te betalen ook indien art. 42a geen toepassing heeft gevonden. Een zinnig voorstel aangezien het in de praktijk nogal eens een van de eerste middelen

schijnt te zijn waar de in betalingsmoeilijkheden geraakte werkgever naar grijpt om lucht te krijgen in zijn financiële ademnood. De huidige wettelijke regeling laat in een dergelijk geval overneming door de bedrijfsvereniging niet toe. 'Door de gekozen bewoordingen wordt voorkomen, dat op dergelijke betalingen ook aanspraak zou bestaan indien de lonen wèl zijn betaald.'[231] De rechtspraak is daar eenduidig in.[232]

In zijn adviesaanvrage had de minister opgemerkt, dat aan dit artikel de overweging ten grondslag heeft gelegen dat indien de werkgever loon heeft betaald, hij ook in staat geacht moet worden de pensioenverplichtingen te kunnen nakomen.

Het bloed kruipt echter waar het niet gaan kan en de SVR heeft daar met recht begrip voor. De SVR stelt voor art. 42b-2 de volgende tekst voor:

'*a* Indien de werkgever, die in staat van faillissement is verklaard of aan wie surséance van betaling is verleend, niet heeft voldaan aan de op het laatstverlopen jaar – waarin begrepen de in artikel 42a, eerste lid onder b bedoelde termijn – betrekking hebbende verplichtingen uit of in verband met de arbeidsverhouding om aan derden periodiek geldsbedragen over te maken, is de bedrijfsvereniging gehouden deze verplichtingen te voldoen, voorzover het niet voldoen aan deze verplichtingen door de werkgever tot financieel nadeel voor de werknemer kan leiden. Het aan een verzekeraar over te maken geldsbedrag is beperkt tot de premie over de in de vorige volzin bedoelde periode.

*b* Het onder a bepaalde vindt overeenkomstige toepassing indien de bedrijfsvereniging gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid, zoals omschreven in artikel 42a, derde (thans 2e, L.H.) lid, onder a.'[233]

De SVR tekent hierbij aan, dat dit artikel zo geredigeerd is, dat het de suggestie vermijdt die art. 42b-2 thans nog wekt, dat het alleen van toepassing zou zijn op pensioenpremies.

In de tweede plaats merkt de SVR op, dat, in tegenstelling tot wat de FBV had bepleit, in de tekst blijft gehandhaafd, dat overneming reeds verplicht is in die gevallen waarin niet-overneming tot financieel nadeel voor de werknemer 'kan leiden'. Het financieel nadeel behoeft dus niet eerst gerealiseerd te zijn. Ik teken hierbij aan, dat dit juist is voor het geval dat financieel nadeel zich ook nog nadien zal voordoen. Doet het zich nimmer voor, dan heeft de bedrijfsvereniging teveel betaald. Zij heeft daarvoor m.i. geen regres op de werkgever en zal een actie tegen de werknemer in moeten stellen wegens onverschuldigde betaling.

Van Loo merkt terecht op, dat de vakcentrales door het voorstel van de SVR maar gedeeltelijk bevredigd zullen zijn nu hun wens van loskoppeling van deze overnemingsverplichting van de toepassing van art. 42a niet is bevredigd.[234] Ik ben van mening, dat de vakcentrales zich in het geheel niet bevredigd zullen voelen. Juist om die loskoppeling draaide hun hele voorstel.

## 52 Benadelingshandelingen

Hoofdstuk IIIa vormt een vreemd element in de Werkloosheidswet dat slechts daarom in die wettelijke regeling een plaats gevonden heeft omdat het niet loonde voor een, naar verwacht werd, gering aantal gevallen van overneming van betalingsverplichtingen bij betalingsonmacht van de werkgever, een geheel nieuwe wet en een nieuw, afzonderlijk fonds in het leven te roepen. Servatius signaleert dat de wetgever met de integratie van de overneming van de betalingsverplichting door de bedrijfsvereniging moeite heeft gehad. Zoveel, dat Servatius liever gezien had dat er een aparte wet was gekomen. Zo merkt hij op, dat in art. 42a-4 enerzijds een aantal artikelen van de Werkloosheidswet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard terwijl in hetzelfde artikel een bepaling uit de W.W. buiten toepassing wordt gelaten.[235] Zie voor dit laatste par. 35.

Nu artikel 31 van de W.W. niet voor het hoofdstuk IIIa van overeenkomstige toepassing is verklaard, brengt dit met zich, dat niet op grond van dit artikel een werknemer die zich aan een benadelingshandeling heeft schuldig gemaakt, bv. geen passende arbeid heeft aanvaard, de overneming van de betaling kan worden ontzegd. Aan de andere kant is het toch ook zo dat ook voor het begrip onvrijwillig werkloos de artikelen 42a e.v. niet uitdrukkelijk teruggrijpen op wat de Werkloosheidswet daaromtrent bepaalt.

De CRvB lost dit probleem op als volgt:

'Sinds vele jaren is aanvaard, dat in het systeem van de Werkloosheidswet niet onvrijwillig werkloos zijn als bedoeld in artikel 21, eerste lid, van die wet een ander begrip is dan de onderling nauw met elkander verwante begrippen: geacht moeten worden werkloos te zijn en te blijven doordat men in onvoldoende mate tracht arbeid te verkrijgen, nalaten passende arbeid te verkrijgen, en: door eigen schuld of eigen toedoen geen arbeid verkrijgen of behouden, die in artikel 31, eerste lid, worden vermeld. De gevol-

gen van het verkeren in het ene of in de andere gevallen zijn in de wet ook niet gelijk geregeld, met name niet voor wat betreft de aard van de bevoegdheid van het uitvoeringsorgaan en van de beroepsrechter in het ene onderscheidenlijk in de andere gevallen. De Raad vindt onvoldoende grond dit in (hoofdstuk III van) de Werkloosheidswet onderkende systeem voor de toepassing van hoofdstuk IIIa van die wet terzijde te stellen, te meer nu van enige bedoeling van de wetgever in dit opzicht nergens blijkt.'[236]

Naar aanleiding van deze uitspraak zou kunnen worden opgemerkt: was het maar zo, dat de CRvB ook zelf consequent genoemd onderscheid tussen artikel 21 en artikel 31 toepaste. Zie in dit verband het eerder genoemde artikel van R.W.H. Hebing die spreekt van 'De (wan)verhouding tussen de artt. 21 en 31 W.W.' en stelt: 'Nu eens wordt bij berusten in ontslag uitkering geweigerd op grond van art. 21, dan weer op grond van art. 31, lid 1, sub b. In nogal wat gevallen wordt zowel door de B.V. als door de adm. rechter in het midden gelaten op welke van beide wetsartikelen de weigering gebaseerd wordt. (Volgt een verwijzing naar CRvB 13-3-1975, RSV 1975, 322, L.H.) In casu ging het om een werknemer die weigerde om met zijn werkgever te verhuizen van Voorburg naar Hoogeveen. De B.V. merkte betrokkenes werkloosheid aan als een vrijwillige, terwijl het hier in feite draaide om beantwoording van de vraag of de aangeboden arbeid elders al dan niet te beschouwen was als passende arbeid. Men constateert dan, dat deze uitsluitingsgrond i.c. neerkomt op toepassing van het criterium niet-onvrijwillig werkloos.'[237] Ook Noordam geeft verschillende voorbeelden van wat ik in dit verband de dubbelhartigheid van de CRvB wil noemen.[238]

Een tweede opmerking naar aanleiding van de hiervoor geciteerde CRvB-uitspraak is deze, dat de Raad inspeelt op de onduidelijkheid die er bestaat met betrekking tot de vraag in hoeverre hoofdstuk IIIa nu is geïntegreerd in de Werkloosheidswet danwel een afzonderlijk geheel vormt dat om een eigen interpretatie vraagt. De CRvB merkt daaromtrent op, dat hij onvoldoende grond heeft om het W.W.-systeem voor hoofdstuk IIIa terzijde te stellen. Daar zit een naar mijn oordeel zinnige gedachte achter. Reeds eerder heb ik aangegeven, dat de Werkloosheidswet de ontwerpers van hoofdstuk IIIa bij voortduring door het hoofd moet hebben gespeeld. Tegen de opvatting van de CRvB zou men kunnen aan-

voeren, dat weliswaar art. 31 W.W. in hoofdstuk IIIa niet van overeenkomstige toepassing is verklaard maar art. 21 ook niet, zodat het begrip 'onvrijwillig werkloos' in art. 42a-1 onder b op een eigen, van art. 21 W.W. afwijkende wijze, zou kunnen worden uitgelegd, zodanig dat de weigeringsgronden van art. 31 bij de beslissing omtrent het al dan niet vrijwillige karakter van de werkloosheid worden betrokken. Dit zou kunnen geschieden in een uitvoeringsbeschikking op grond van art. 42g W.W. Daarmee is men er echter nog niet aangezien onvrijwillige werkloosheid slechts vereist wordt voor de overneming van de loonbetaling voorzover die na de datum van de opzegging van de dienstbetrekking ligt (art. 42a-1 onder b). De uitkering over de 13 weken daaraan voorafgaand wordt er niet door getroffen. Dat acht ik onbevredigend aangezien aldus één complex van factoren tot twee aan elkaar tegengestelde gevolgen aanleiding geeft, enkel door deficiëntie van een wettelijke regeling.

Kort vóór het afsluiten van dit prae-advies ontving ik van de juridische afdeling van het G.A.K. een afschrift van een nog te publiceren CRvB-uitspraak waarin deze als volgt beslist, mijns inziens het voorgaande bevestigend:
'1 Ingevolge artikel 42a, eerste lid, aanhef en onder *b*, van de Werkloosheidswet heeft een werknemer, bij onmacht van de werkgever om te betalen, aanspraak op overneming, door de bedrijfsvereniging, van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen over de te zijnen aanzien geldende termijn van opzegging van die dienstbetrekking, voorzover en zo lang die werknemer gedurende die termijn onvrijwillig werkloos is. In artikel 42a, eerste lid, onder *a*, betrekking hebbende op overneming van verplichtingen over de laatste dertien weken aan de opzegging van de dienstbetrekking voorafgaande, heeft de wetgever zulk een beperking tot het geval waarin de werknemer met betrekking tot het ontslag niets valt te verwijten, niet opgenomen.
2 Ingevolge artikel 42a, vierde lid, vindt met betrekking tot hetgeen eerder in dat artikel is bepaald het bepaalde in een aantal daar genoemde artikelen van de Werkloosheidswet overeenkomstige toepassing. Onder die artikelen is noch artikel 21, eerste lid, genoemd, noch artikel 31, eerste lid, met name ook niet onderdeel *b* van dat artikellid. Voor wat betreft het in artikel 21, eerste lid, gestelde vereiste van onvrijwilligheid der werkloosheid geldt intussen hetgeen hiervoor onder 1 werd aangetekend.'[239]

Legt men deze uitspraak naast die uit 1976 waaruit eerder werd geciteerd, dan is de slotsom, dat, hoewel de artt. 21 en 31 niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, naar het oordeel van de CRvB wèl het daarin neergelegde systeem in hoofdstuk IIIa moet worden toegepast. Is het dan niet verstandiger de artikelen 21 en 31 voor hoofdstuk IIIa van overeenkomstige toepassing te verklaren?

In zijn eerder vermelde advies van 30 juni 1977 besteedt de SVR ook aandacht aan de benadelingshandeling. Omdat de SVR betwijfelt of de uitsluitingsgrond van art. 42a-1-b, onvrijwillige werkloosheid, gebruikt kan worden tegen de werknemer die weigert passende arbeid te aanvaarden - een twijfel die, gelet op bovenvermelde jurisprudentie van de CRvB, eerder een zekerheid kan worden genoemd - stelt de SVR voor in artikel 42a een vijfde lid op te nemen waarin in een sanctie wordt voorzien tegen het niet aanvaarden van passende arbeid na de opzegging.

De SVR heeft het niet gezocht in art. 11 van de beschikking van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 19 maart 1969, ter uitvoering van art. 42g W.W.[240] Dit artikel luidt: 'Het bestuur van de bedrijfsvereniging is bevoegd de betaling van loon, vakantiegeld en vakantietoeslag geheel of gedeeltelijk te weigeren indien:

*a* de werknemer niet ten volle voldoet aan de op grond van de Werkloosheidswet of de ter uitvoering en toepassing van die wet vastgestelde bepalingen voor hem geldende voorschriften of hem opgelegde verplichtingen;

*b* de werknemer handelingen pleegt, welke benadeling tot gevolg hebben of kunnen hebben van de bedrijfsvereniging.'

Ik neem aan dat de reden waarom de SVR niet heeft gekozen voor toepassing van dit artikel gelegen is in twee omstandigheden. In de eerste plaats omdat met het onder a bepaalde niet de voorschriften van de W.W. op de toepassing van hoofdstuk IIIa kunnen worden betrokken. In de tweede plaats omdat (zonder uitdrukkelijke regeling in de wet) het niet aanvaarden van passende arbeid na de opzegging niet als een benadelingshandeling kan worden gezien.

Het voorstel van de SVR voor art. 42a-5 luidt: 'Het bestuur van de bedrijfsvereniging kan beslissen het bepaalde in artikel 42a, eerste lid, sub b, alsmede het bepaalde in art. 42a, eerste lid, sub c voorzover betrekking hebbend op de sub b bedoelde termijn,

geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te laten indien de werknemer gedurende de opzegtermijn het bepaalde in artikel 31, eerste lid, sub e III-V op zich van toepassing heeft doen worden.'

Een verstandig voorstel. Hoe verstandig, blijkt wel uit een ander onderdeel van de reeds eerder ter sprake gekomen nog niet gepubliceerde CRvB-uitspraak van 24 juni 1980 waarin de CRvB uitmaakt, dat de ministeriële beschikking op grond van artikel 42g W.W. dient ter uitvoering van de in hoofstuk IIIa gestelde regels. '4. (. . .) Met name is de minister bij dat artikel niet gemachtigd, regelen te stellen ter aanvulling van hetgeen in hoofdstuk IIIa is bepaald.'[241] Aldus de CRvB, die vervolgens constateert, dat art. 31, lb (de benadelingshandeling) kennelijk model heeft gestaan voor art. 11 aanhef en onder b van genoemde beschikking maar dat daaraan 'geen strekking kan worden toegeschreven of uitleg worden gegeven welke het onder 4. (zie citaat, L.H.) omschreven (beperkte) oogmerk van de ingevolge artikel 42g gestelde regelen te buiten gaat of zou neerkomen op een aanvulling als onder 4. bedoeld.'

De CRvB zegt dus in feite, dat de minister zijn boekje te buiten is gegaan door in de beschikking op grond van art. 42g niet slechts regels ter uitvoering maar ook ter aanvulling van hoofdstuk IIIa op te nemen.

Dit leidt tot de conclusie, dat je van slechte wetgeving last blijft houden en dat uitvoeringsmaatregelen nauwelijks kunnen bijdragen tot verbetering als eenmaal 'de zaak goed fout ligt'. Het beste zou het zijn als de wetgever zijn huiswerk nog eens over deed. Dat zou hem ook in de gelegenheid stellen terzake van de uitvoeringsbeschikking krachtens art. 42g een beroepsmogelijkheid in het leven te roepen. Die is nu door een omissie - art. 42g werd later bij een nota van wijzigingen ingevoegd - nimmer tot stand gebracht.

Een van de belangrijkste voorschriften uit de ministeriële beschikking op grond van art. 42g W.W. is artikel 2. Dit schrijft de werknemer voor een te late betaling te melden binnen een week na het normale loonbetalingstijdstip. De CRvB neemt aan 'dat de in artikel 2 opgelegde plicht tot spoedige aangifte haar achtergrond en betekenis hoofdzakelijk hierin vindt, dat ingevolge artikel 42e van de Werkloosheidswet de bedrijfsvereniging die een verplichting van een in gebreke gebleven werkgever voldoet, in alle rechten treedt welke de werknemer terzake van die vordering heeft. De bedrijfs-

vereniging heeft er dus belang bij, de vordering spoedig te kennen, teneinde de haar uit die hoofde toekomende rechten nog zoveel mogelijk veilig te stellen. Maar alvorens daar de sanctie van artikel 11 (geheel of gedeeltelijke weigering, L.H.) te mogen hanteren dient het bestuur van de bedrijfsvereniging zich wel af te vragen welk belang de bedrijfsvereniging in het concrete geval zou hebben gehad bij een andere aangifte, en of zij in dat belang werkelijk is geschaad.'[242]

Met betrekking tot de toepassing van art. 42d W.W. vermeldt Linnenbank dat feitelijk alleen een afwijzing op grond van dit artikel kan plaats vinden indien de werknemer ondanks slechte ervaringen met een werkgever opnieuw bij hem in dienst treedt.[243] Een zuivere toepassing van het artikel is de weigering ten aanzien van een werknemer die in dienst treedt bij een B.V. die reeds na 3½ maand failliet gaat.[244]

## 53 De concept EEG-richtlijn ter bescherming van werknemers bij insolventie van hun werkgever

Op 13 april 1978 diende de Europese Commissie een voorstel in voor een richtlijn betreffende de bescherming van werknemers bij insolventie van hun werkgever.[245] De Commissie overwoog daarbij ondermeer dat de werknemers bij insolventie van de werkgever met betrekking tot hun aanspraken uit de arbeidsovereenkomst onvoldoende beschermd zijn en dat zij niet, zoals andere wederpartijen bij een overeenkomst, de mogelijkheid hebben zich door het bedingen van zekerheden te beveiligen. Voorrechten zijn vaak niet effectief aangezien het vermogen zelfs daarvoor niet voldoende toereikend is; bovendien duren de procedures rond de insolventie te lang en zijn te weinig doorzichtig zodat de materiële behoeftenbevrediging erdoor wordt bemoeilijkt. De Commissie stelt daarom in dergelijke situaties de vorming van afzonderlijke fondsen voor.

Van de voorgestelde artikelen vermeld ik er enkele die voor de Nederlandse situatie van bijzondere betekenis zijn:

*Artikel 1*
Deze richtlijn is van toepassing op aanspraken uit arbeids- of op-

leidingsverhoudingen jegens werkgevers, die insolvent zijn en wier onderneming of bedrijf zich binnen de territoriale werkingssfeer van het Verdrag bevindt.

*Artikel 2*
Insolventie in de zin van deze richtlijn doet zich voor indien:
*a* met betrekking tot het vermogen van de werkgever een in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten neergelegde procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers is ingeleid en hieraan wordt deelgenomen door schuldeisers met aanspraken als bedoeld in artikel 1 van deze richtlijn, of
*b* toestemming voor het inleiden van een dergelijke procedure wegens gebrek aan voldoende activa is geweigerd, of
*c* het bedrijf van de werkgever wegens insolventie is stilgelegd.

*Artikel 3*
De Lid-Staten richten fondsen op voor de honorering van onvervulde, voor het intreden van de insolventie van de werkgever ontstane aanspraken van de werknemers
*a* op arbeidsloon of vergoedingen uit een opleidingsverhouding,
*b* op andere geldelijke uitkeringen of op geldwaardeerbare prestaties van de werkgever bij ziekte, verlof of beëindiging van de arbeidsverhouding, evenals op gratificaties, premies of afkoopsommen.

*Artikel 4*
De Lid-Staten mogen de betalingsverplichting van de fondsen beperken, echter ten hoogste tot
*a* het deel van de niet-gehonoreerde, in artikel 3, sub a, bedoelde aanspraken dat overeenkomt met het loon of de vergoeding van drie maanden,
*b* de niet-gehonoreerde, in artikel 3, sub b, bedoelde aanspraken die in de laatste twaalf maanden vóór het intreden van de insolventie zijn ontstaan of met betrekking waartoe binnen deze termijn executiemaatregelen vruchteloos zijn gebleken.

*Artikel 5*
De Lid-Staten regelen de organisatie, de financiering en de werkwijze van de fondsen met inachtneming van de volgende beginselen:
*a* het vermogen van de fondsen dient volledig gescheiden te zijn

van het bedrijfsvermogen van de werkgever en dient zodanig te zijn belegd, dat het niet vatbaar is voor een procedure wegens insolventie;
*b* de middelen mogen niet alleen door de werknemers worden opgebracht;
*c* betaling door het fonds geschiedt op verzoek van de rechthebbende werknemer. Het verzoek kan mondeling bij het fonds worden gedaan. Het is onvankelijk vanaf het intreden van de insolventie en dient binnen zes maanden te worden gedaan;
*d* de betalingsverplichting van het fonds tegenover de rechthebbende werknemer ontstaat ongeacht het feit of de betrokken werkgever aan zijn verplichtingen tegenover het fonds heeft voldaan;
*e* de Lid-Staten mogen de betaling door de fondsen slechts afhankelijk stellen van het feit dat de aanspraken onbestreden zijn of aannemelijk worden gemaakt.

(. . .)

*Artikel 8*
Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de Lid-Staten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers.

## 54 De betekenis van de richtlijn voor hoofdstuk IIIa W.W.

Het aanvaarden van deze richtlijn zal niet zonder gevolgen blijven voor hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet. In het hiernavolgende ga ik op enkele naar mijn oordeel belangrijke punten in.

Praktische motieven hebben er in 1968 toe geleid om voor de overneming van de betalingsverplichting van de betalingsonmachtige werkgever geen apart fonds in het leven te roepen maar deze te laten geschieden door de bedrijfsverenigingen ten laste van de wachtgeldfondsen. Om het bezwaar weg te nemen dat daardoor zwakke bedrijfstakken te zeer zouden worden belast werd de mogelijkheid geschapen het AWF te laten bijspringen. Daartoe werd artikel 34 W.W. van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit kan er echter weer toe leiden dat een en ander gepaard gaat met een toeneming van de controle van het AWF over die wachtgeldfondsen. Onder-

meer de vrees daarvoor zou in de hand kunnen werken, dat de bedrijfsverenigingen zullen neigen tot een meer restrictief overnemingsbeleid dan bij een afzonderlijke financiering te zien zou zijn geweest. Of dit nu ook in werkelijkheid zo is of niet, de tekst van de richtlijn in art. 3 is eenduidig: afzonderlijke fondsen worden voorgeschreven. Reeds hierom zal een herziening van hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet onvermijdelijk worden.

De regeling van hoofdstuk IIIa W.W. is in zoverre voor de werknemers gunstiger dan de ontwerp richtlijn, dat deze in art. 3 zich beperkt tot aanspraken daterend van vóór het tijdstip van insolventie van de werkgever. Zoals blijkt verschilt de regeling van hoofdstuk IIIa W.W. daarvan in twee opzichten. Hierbij moet worden rekening gehouden met de omstandigheid dat de Europese richtlijn minima aangeeft en aan voor de werknemers gunstiger nationale regelingen niet in de weg staat. Ten eerste is niet het moment van vaststelling van de insolventie beslissend maar dat van de beëindiging van de dienstbetrekking of, naar mijn mening, als er geen beëindiging plaats vindt, van het einde van de insolventie. Dit betekent dat de aanspraken van werknemers volgens de richtlijn in het algemeen vroeger zullen aanvangen en eerder zullen eindigen dan volgens hoofdstuk IIIa W.W. Ten tweede kent art. 42a W.W. de regeling, dat ook loonaanspraken nà de opzegging door de bedrijfsvereniging worden gehonoreerd. De richtlijn brengt de extra waarborg in het geheel niet in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking.

In tegenstelling tot de artikelen 42a e.v. W.W., waar dit een betwist punt is, kent de richtlijn uitdrukkelijk aan de werknemer het recht toe om 'oude' vorderingen in te dienen. Wel wordt daaraan deze grens gesteld, dat ze in beginsel niet van vóór twaalf maanden gerekend vanaf het tijdstip van het intreden van de insolventie mogen dateren. Die 'oude' vorderingen mogen krachtens art. 4b jo. art. 3b van de richtlijn echter niet loonvorderingen betreffen maar moeten betrekking hebben op bijzondere uitkeringen terzake van ziekte, vakantie, ontslag, enz.[246] De regel, dat de 'oude' vorderingen binnen twaalf maanden vóór de insolventie van de werkgever moeten zijn ontstaan wordt in feite ontkracht door de bepaling, dat eerder ontstane aanspraken als bedoeld in art. 3b, die, ondanks pogingen daartoe, niet executeerbaar bleken, ook onder de betalingsverplichting vallen. Wat in dit verband onder het 'vruchteloos'

blijven van executiemaatregelen moet worden verstaan, is mij niet geheel duidelijk. Ik neem aan, dat daarbij een oorzakelijk verband met de latere betalingsonmacht mag worden geëist.

Artikel 2 van de richtlijn acht insolventie van de werkgever aanwezig wanneer zich één van de daar onder *a, b* of *c* genoemde situaties voordoet. Voor geval een van insolventie gelegen buiten faillissement en surséance, die onder artikel 2a van de richtlijn vallen, kent art. 42a-2 W.W. een discretionaire bevoegdheid van de bedrijfsvereniging. Die bevoegdheid wordt de bedrijfsvereniging ontnomen in de gevallen van insolventie genoemd in art. 2b en 2c van de richtlijn aangezien art. 3 van de richtlijn daarvoor geen ruimte laat.

Ik hoop dat de richtlijn, eenmaal aangenomen, voor de Nederlandse wetgever aanleiding zal zijn hoofdstuk IIIa W.W. geheel opnieuw te regelen. En dat dit zorgvuldiger en meer afwegend geschiedt dan in 1968.

# HET RAPPORT VAN DE COMMISSIE BEVOORRECHTING VAN VORDERINGEN

In het voorgaande werd af en toe, in de regel terloops, verwezen naar het rapport van de commissie Houwing.[247] In het hiernavolgende ga ik op enkele punten van dat rapport in voorzover die van direct en soms van indirect belang zijn voor de positie van werknemers bij faillissement.

## 55 De plaats in de rangorde van het voorrecht van art. 1195-6° B.W.

Uit bijlage 3 bij het rapport, waar de commissie een overzicht geeft van de thans geldende rangorde van bevoorrechte vorderingen, blijkt, dat het loonvoorrecht van werknemers krachtens art. 1195-6° eerst op de 40e plaats (bijna achteraan) komt na bv. verschillende belastingen en sociale verzekeringspremies die op de 14e plaats komen.[248] Wat dit in de praktijk betekent voor de waarde van deze preferentiële vordering van de werknemer in het faillissement van zijn werkgever zal een ieder duidelijk zijn.

## 56 Rechtsgronden voor bevoorrechting van vorderingen: toevoeging van waarde en maatschappelijk zwakke positie

Een van de verdiensten van de commissie Houwing is dat zij een gedegen onderzoek heeft gedaan naar de rechtsgronden die werden en worden aangevoerd voor het bestaan van preferenties. Een aantal daarvan bleek door de mand te moeten vallen. Dit was het geval met de 'traditionele' overweging, dat een vordering daarom bevoorrecht is als 'de schuldeiser aan de boedel enige "waarde" toegevoegd heeft, die daarin nog op enigerlei wijze "tastbaar" aanwezig is.'[249] Als een der voorbeelden noemt de commissie het voor-

recht van de arbeider in art. 1195-6° B.W. 'wiens werk immers tot het ontstaan van het produkt en meer in het algemeen tot de opbouw van de onderneming heeft bijgedragen (. . .)'. Terecht, naar mijn mening, verwerpt de commissie deze gedachte. De meeste schuldeisers zouden haar kunnen hanteren. Zij gaat bovendien niet op voorzover het een loonaanspraak betreft over een periode dat de werknemer niet voor de werkgever heeft gewerkt. Consequent doorgevoerd zou deze gedachte leiden tot een onderscheid in vorderingen van de werknemer met betrekking tot een periode dat wel is gewerkt en vorderingen over niet-gewerkte perioden. Dit zou licht aanleiding geven tot willekeur en oneerlijkheid.

Meer moeite heb ik met de wijze waarop de commissie stelling kiest tegen de bevoorrechting van 'een schuldeiser die in een maatschappelijk zwakke positie verkeert en voor zijn levensonderhoud van de regelmatige betaling van de hem toekomende bedragen afhankelijk is'. Het zijn niet zozeer de uiteindelijke oplossingen van de commissie waarop ik kritiek heb alswel de weg waarlangs de commissie tot die oplossingen komt.

In het hiernavolgende hoop ik te kunnen aantonen dat de commissie precies het omgekeerde zegt van wat ze bedoelt. De commissie zegt namelijk: bovenvermelde zwakke positie 'kan naar het oordeel van de Commissie op zichzelf geen grond voor de toekenning van een voorrecht opleveren.' De commissie motiveert dat aldus: 'Weliswaar meent zij (de commissie, L.H.) dat het hier om belangen gaat die niet licht moeten worden opgenomen, maar deze belangen worden *veelal* (cursivering van mij, L.H.) beter gediend door de bescherming ervan langs de weg van publiekrechtelijke regelingen ten laste van de gemeenschap of van een belangrijke groep bedrijfsgenoten te brengen dan door haar te zoeken in een voorrecht waardoor zij ten laste komt van een willekeurig samengestelde groep van andere schuldeisers van de betreffende schuldenaar. Waar de schuldeiser behoefte aan heeft, is een regelmatige voortzetting van de betalingen waarop hij recht heeft en juist dat kan niet worden gewaarborgd door een voorrecht dat hem in geval van faillissement ten hoogste een uitkering uit hoofde van een uitdelingslijst kan opleveren, die vaak geruime tijd en soms zelfs jaren na de faillietverklaring, en dan nog dikwijls met een aanzienlijk renteverlies tot stand komt. Zoals hieronder nog zal blijken neemt dat evenwel niet weg dat naar het oordeel van de Commissie bij het voorshands ontbreken van een betere oplossing soms

de grote afhankelijkheid waarin de schuldeiser voor zijn levensonderhoud verkeert van de betaling van de vordering, gezien zijn sociaal zwakke positie, een argument voor het toekennen van een voorrecht kan opleveren.'[250]

Nu is het maar net hoe je het stelt. De commissie verklaart, dat een maatschappelijk zwakke positie geen rechtsgrond voor bevoorrechting oplevert tenzij een betere oplossing ontbreekt. Dat wil zeggen, dat zonder die betere oplossing die rechtsgrond wel aanwezig moet worden geacht. Maar dat kan tot geen andere slotsom leiden dan dat de maatschappelijk zwakke positie van de crediteur *op zichzelf* nu juist wèl een rechtsgrond voor bevoorrechting van zijn vordering is.

Ik wil dit aan drie voorbeelden illustreren.

1 Ten aanzien van de pensioenvoorrechten van art. 1195, 3° en 4° B.W. merkt de commissie op: Hiervoor 'werd erop gewezen, dat een maatschappelijk zwakke positie niet steeds een reden behoeft te zijn om een voorrecht toe te kennen en dat het in het algemeen de voorkeur verdient de in dit opzicht nodige bescherming te zoeken in publiekrechtelijke voorzieningen die niet ten laste van de andere schuldeisers van de schuldenaar komen. Dat is evenwel thans voor de onderhavige groep slechts in beperkte mate verwezenlijkt (A.O.W.) en deze groep is ook moeilijk op andere wijze te helpen. De Commissie meent derhalve dat in het onderhavige geval een voorrecht op haar (lees: zijn, L.H.) plaats is.'[251] Ik wijs erop, dat hier de redenering van de commissie de omgekeerde is van die in het vorige citaat. Hier stelt de commissie dat, uitgaande van de gedachte dat bij een maatschappelijk zwakke positie een voorrecht hoort, dit niet steeds zo behoeft te zijn, met name niet daar waar een goede andere, publiekrechtelijke, bescherming aanwezig is.

2 Nog sterker blijkt dit uit het volgende voorbeeld, de bevoorrechting van de loonvordering in art. 1195-6° B.W.: 'Het is duidelijk dat ook ten aanzien van dit voorrecht een klemmend sociaal argument is aan te voeren: de werknemer is voor de zekerheid van zijn dagelijks levensonderhoud en dat van zijn gezin veelal volkomen afhankelijk van het hem door zijn werkgever verschuldigde loon (. . .). (. . .) Juist omdat hij van dag tot dag van zijn loon afhankelijk is, is de Commissie van mening dat een voorrecht – van welke rang ook – een bescherming als hier beoogd in feite niet vermag te bieden. Een efficiëntere bescherming wordt de werknemer

thans reeds geboden via de regeling van artikel 42a, eerste lid, van de Werkloosheidswet. (. . .) Voorts is gebleken dat artikel 42a, eerste lid, W.W. een lacune bevat voor het geval dat een werknemer, die buiten verband met het faillissement van zijn werkgever is ontslagen, nog een loonvordering heeft. (. . .) Dat de Commissie in haar conclusie niet is gekomen tot het voorstel het voorrecht van de werknemer terstond te schrappen, vindt zijn verklaring uitsluitend hierin dat zij meent dat artikel 42a vorenomschreven en wellicht nog andere lacunes vertoont (. . .).'[252] Ook hier hanteert de commissie de maatschappelijk zwakke positie van de crediteur als rechtsgrond voor bevoorrechting indien en voorzover geen betere bescherming voorhanden is.

3 Het derde voorbeeld is nog het meest sprekende. Het betreft de vorderingen van bedrijfs- en ondernemingspensioenfondsen op werkgevers. Indien een werkgever ten achter blijft met het betalen van de pensioenpremies dan kan de uitvoeringsinstantie de Verzekeringskamer op de hoogte stellen die vervolgens van de in de Pensioen- en spaarfondsenwet neergelegde bevoegdheden gebruik kan maken. Een andere waarborg ligt in hoofdstuk IIIa van de W.W. 'Artikel 42b, tweede lid, van deze wet voorziet voor dat geval in een betaling door de bedrijfsvereniging van onder andere pensioenpremies aan pensioenfondsen of verzekeraars, voorzover niet-betaling nadelige invloed op het pensioen van de werknemer zou kunnen uitoefenen. Deze voorziening geldt ongeacht of deelneming in een pensioenfonds verplicht gesteld is of niet, doch strekt zich niet uit tot de pensioenpremie, voorzover deze is verschuldigd over een periode, langer durend dan het laatstverlopen jaar met inbegrip van een opzeggingstermijn. De wettelijke voorziening tot overneming van betaling van pensioenpremies door de bedrijfsvereniging geldt niet als het loon wel is uitbetaald. Het kan dan voorkomen, dat daarbij wel het werknemersdeel is ingehouden, doch niet afgedragen en/of dat de werkgeversbijdrage niet is betaald. De bovengenoemde wettelijke maatregelen hebben het risico voor pensioenen, voortvloeiend uit achterstand in de premiebetaling, wel verminderd maar toch niet geheel kunnen wegnemen. Daar de ex-werknemer voor zijn levensonderhoud in zeer sterke mate van het pensioen afhankelijk is, meent de Commissie dat er voldoende aanleiding bestaat om aan de vorderingen van de pensioenfondsen op de werkgever, voortvloeiend uit achterstalligheid in de betaling door die werkgever van pensioenpremies, een voorrecht te verbin-

den.'[253] De maatschappelijk zwakke positie van de (indirecte) crediteur vormt hier zelfs het motief voor een nieuw voorrecht.

Uit de drie hierboven vermelde voorbeelden en uit de woorden van de commissie zelf concludeer ik, dat het uitgangspunt van de commissie Houwing, dat de maatschappelijke positie van de schuldeiser op zichzelf geen rechtsgrond oplevert voor bevoorrechting van diens vordering een onjuiste weergave is van de stellingname van die commissie: De maatschappelijk zwakke positie van de crediteur vormt de rechtsgrond voor de bevoorrechting van zijn vordering zolang niet op andere wijze zijn positie zeker is gesteld.

## 57 Reacties op het eventueel vervallen van het voorrecht van art. 1195-6° B.W.

Het voorstel van de commissie Houwing om, wanneer de artikelen 42a e.v. W.W. een sluitende regeling bieden voor het vermijden van nadeel voor de werknemer bij achterstalligheid van loonuitbetaling e.d., het voorrecht van art. 1195-6° maar te schrappen is niet zonder reacties gebleven.

De SVR stelt hier tegenover, dat uitgangspunt moet blijven de verhouding werkgever-werknemer, dat de werknemer zijn bescherming in de eerste plaats behoort te vinden in die relatie en wel in de vorm van een voorrecht. Hoofdstuk IIIa van de W.W. komt, aldus de SVR, op de tweede plaats.[254]

Ik acht dit argument zwak. In de eerste plaats omdat het voorrecht niet betrekking heeft op de relatie werknemer-werkgever maar op de verhouding werknemer-andere crediteuren van de werkgever. In de tweede plaats omdat de SVR in wezen de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel bepleit: de groep toevallige andere crediteuren van de werkgever behoort het eerst te worden aangesproken. Pas nadien de grotere solidariteitskring. Dit subsidiairiteitsbeginsel vind ik achterhaald.

Een tweede argument van de SVR treft naar mijn mening evenmin doel: het begrip 'arbeider' in het B.W. dekt niet het begrip 'werknemer' in de W.W. Hierop zou kunnen worden geantwoord, dat dit des te meer reden zou kunnen zijn om de arbeider niet ongelijk te behandelen aan hen die voor de toepassing van de W.W. met hem gelijkgeschakeld zijn. Dit argument pleit daarom eerder tegen dan voor de stelling van de SVR.

Een derde argument van de SVR is, dat de bedrijfsverenigingen

door een eventueel vervallen van het voorrecht van art. 1195-6° B.W. zouden worden benadeeld. Dit argument, dat de Federatie van Bedrijfsverenigingen ook in een reactie op het rapport-Houwing naar voren brengt, is ongetwijfeld juist. Het is echter de vraag of het doorslaggevend moet zijn. Bepalend daarvoor is welke argumenten in dit verband te berde worden gebracht. De FBV voert daartoe aan:

1 De bedrijfsverenigingen kunnen vaak de waarde van loonclaims van oudere datum bij gebrek aan kennis omtrent de feiten niet beoordelen. Bij werknemers bestaat vaak weinig belangstelling om de bedrijfsvereniging te informeren.
2 De bedrijfsvereniging wordt weliswaar gesubrogeerd in de rechten van de werknemer tegenover de werkgever en wordt daarmee van (overigens laag gerangschikt) algemeen preferent crediteur tot concurrent crediteur.
3 In andere, verdere garanties voor loonvorderingen van werknemers kan geen aanleiding zijn gelegen om hun die deze garantie verstrekken de voorrechten te onthouden die aan een loonvordering verbonden zijn: te hunnen nadele zouden de andere crediteuren erdoor worden bevoordeeld.
4 Ook wanneer de bedrijfsvereniging boedelschulden voldoet kan ze belang hebben bij het voorrecht van art. 1195-6°, nl. in de gevallen waarin de boedel niet toereikend is.
5 Het geld moet ergens vandaan komen. Hoe minder verhaal oplevert hoe meer opwaartse druk op de premie.
6 Financiering van hoofdstuk IIIa W.W. helpt maar ten dele: het AWF wordt voor de helft door werkgevers en werknemers gefinancierd.[255]

In tegenstelling tot de eerste twee argumenten van de SVR komt mij de argumentatie van de FBV doordacht en respectabel voor.

# SAMENVATTING

In het navolgende geef ik in het kort enkele hoofdlijnen uit dit prae-advies weer, daarbij niet naar volledigheid strevend. Ik stel mij daarbij voor, dat de uitgebreide inhoudsopgave de lezer in staat zal stellen snel die onderwerpen te vinden waaromtrent hij zich nader oriënteren wil.

In het eerste onderdeel bestrijd ik de gangbare interpretatie van art. 40 Fw., die ervan uitgaat, dat buiten de in dat artikel genoemde termijnen de curator geen beperkingen worden opgelegd bij het beëindigen van dienstbetrekkingen van werknemers van de gefailleerde. Deze gangbare interpretatie baseert zich met name op de woorden 'in elk geval' in de memorie van toelichting. Bestudering van de geschiedenis van de totstandkoming van de Faillissementswet motiveerde mij bedenkingen tegen deze ruime interpretatie naar voren te brengen. Mede gezien de omstandigheid, dat niet elke dienstbetrekking, gelijk die van bv. de dienstbode, volgens het B.W. van 1838 voor eenzijdige beëindiging door een der partijen vatbaar is, zou met de aangehaalde woorden ook kunnen zijn bedoeld, dat de curator ook ten aanzien van die andere dienstbetrekkingen opzeggingsbevoegdheid kreeg toegekend. Dit motiveert tot een beperkende interpretatie van de bevoegdheden van de curator. Ook de omstandigheid, dat art. 40 Fw. ten opzichte van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst een lex specialis is, geeft aanleiding tot een beperkende uitleg van art. 40 Fw. Temeer, daar dit artikel inbreuk maakt op de rechten van werknemers die in het algemeen de meest beschermwaardige partij zijn, aangezien zij voor hun levensonderhoud in de regel op arbeid in dienst van één wederpartij zijn aangewezen waardoor zij niet, zoals de overige crediteuren, hun risico kunnen spreiden.

Zo dit betoog al niet mocht leiden tot aanvaarding van een meer beperkende uitleg van art. 40 Fw. dan tot nu toe gebruike-

lijk, hoop ik er toch mee duidelijk gemaakt te hebben hoe wankel de basis is waarop die nauwelijks aangevochten interpretatie berust. In dit licht wordt het des te betreurenswaardiger, dat de in 1968 ondernomen poging om art. 40 Fw. een meer eigentijds gezicht te geven, op politieke onwil is gestrand.

Aangezien art. 40 Fw. een bijzondere bevoegdheid bevat die slechts door het aanwezig zijn van bijzondere omstandigheden wordt gemotiveerd, mag het slechts worden toegepast zolang die bijzondere situatie nog daartoe aanleiding geeft. De curator moet er haast mee maken. Er komt een ogenblik waarop deze bevoegdheid vervalt.

De beëindiging van de dienstbetrekking door de curator kan een kennelijk onredelijk karakter dragen. Niet slechts door zijn toedoen maar ook door het vroegere handelen van de failliet. De curator begint in dat opzicht niet met een schone lei. Hoewel de wet de curator niet bindt aan de bijzondere ontslagverboden kan de omstandigheid, dat ontslagen is in een situatie waarin, ware er geen faillissement, een ontslagverbod zou hebben gegolden, een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of de beëindiging door de curator een kennelijk onredelijk karakter draagt.

Zowel curator als werknemer behoeft voor een eenzijdige beëindiging van de dienstbetrekking een ontslagvergunning. Naar mijn oordeel kan de toetsing door de directeur G.A.B. ook ingeval van faillissement een nuttige functie vervullen.

De curator is eveneens onderworpen aan de voorschriften van de Wet melding collectief ontslag. Ook al geldt voor hem niet het bijzondere uitstel dat die wet kent, de meldingsplicht en de plicht tot overleg met de vakbeweging en het raadplegen van de ondernemingsraad blijven van kracht.

Bij de beëindiging van dienstbetrekkingen kan de curator gebonden zijn niet alleen door de individuele arbeidsovereenkomsten maar ook door collectieve arbeidsovereenkomsten. Met name zal hij rekening dienen te houden met afvloeiingsregelingen die van beide soorten contracten onderdeel kunnen uitmaken.

Uiteraard blijft de curator bij (voorlopige) voortzetting van de onderneming volledig aan de individuele arbeidsovereenkomsten en c.a.o.'s gebonden.

Niet slechts het loon na de faillietverklaring of de verlening van uitstel van betaling maar alle gevolgen van de beëindiging van dienstbetrekkingen na genoemde data dragen het karakter van boedelschuld.

De in hoofdstuk IIIa W.W. neergelegde regeling tot overneming van betaling bij betalingsonmacht van de werkgever is niet vrij van kritiek. De regeling is op opportunistische gronden in de W.W. opgenomen maar vormt daarin een vreemd element.

Hoewel het de bedoeling is geweest de regeling slechts van toepassing te doen zijn wanneer er sprake is van een collectiviteit van werknemers blijkt daarvan niets uit de woorden van de wet. Ook aan individuele werknemers komen daarom naar mijn mening rechten toe op basis van dit hoofdstuk.

Faillissement en uitstel van betaling fungeren slechts als wettelijke ficties voor het bestaan van betalingsonmacht bij de werkgever. De discretionaire bevoegdheid van de bedrijfsvereniging krachtens art. 42a-2 is niet gericht op het vaststellen van de betalingsonmacht. Het is mij niet geheel duidelijk geworden waarop deze dan wel is gericht.

Naar mijn oordeel laat de regeling van hoofdstuk IIIa zich ook toepassen bij tijdelijke betalingsonmacht van de werkgever.

Hoewel de geschiedenis van de totstandkoming van de artt. 42a e.v. en ten dele de inrichting van deze artikelen anders zouden doen vermoeden, lijkt mij beëindiging van de dienstbetrekking voor het overnemen van de betalingsverplichting geen conditio sine qua non.

Niets in de wettelijke regeling verzet zich ertegen, dat ook de betalingsonmacht waarin de curator onverhoopt komt te verkeren tot overneming van de betalingsverplichting door de bedrijfsvereniging leidt.

Ook 'oude' vorderingen kunnen naar mijn mening de bedrijfsvereniging tot overneming nopen.

De overneming van de betalingsverplichting heeft betrekking op de laatste 13 weken vóór de beëindiging van de dienstbetrekking en op de opzeggingstermijn krachtens art. 40 Fw. indien en voorzover de werknemer gedurende die termijn onvrijwillig werkloos is. Er is veel te doen geweest omtrent het tijdstip waarop de 13 weken eindigen en de periode waarop het tweede deel waarop de overneming betrekking kan hebben begint. De wet is hier weinig exact. Het berekeningstijdstip is dat waarop er wordt opge-

zegd. Geschiedt dat laatste niet dan kan bv. het einde van het faillissement als berekeningstijdstip gelden.

Het wekt verwarring, dat de conversieleer van de CRvB een variant is van die van de HR in gevallen dat de werknemer een geslaagd beroep doet op het ontbreken van een ontslagvergunning bij eenzijdige beëindiging van de dienstbetrekking. De HR noemt als tijdstip vanaf hetwelk een geconverteerde beëindiging werkt dat, waarop de werknemer in kennis wordt gesteld van het verlenen van de ontslagvergunning. De CRvB acht bepalend het tijdstip, waarop de opzegging is gedaan, tenzij na het verkrijgen van de ontslagvergunning opnieuw is opgezegd.

De bedrijfsvereniging moet overnemen al hetgeen de werkgever jegens de werknemer over de door de wet bepaalde tijdvakken verplicht was. Dat is soms meer dan waarvoor zij krachtens het bepaalde in hoofdstuk IIIa W.W. op de werkgever regres heeft.

Het instrumentarium voor de bedrijfsverenigingen om zich tegen benadelingshandelingen te wapenen blijkt onvoldoende te zijn.

De concept E.G.-richtlijn ter bescherming van werknemers bij insolventie van hun werkgever is enerzijds ruimer dan hoofdstuk IIIa W.W., anderzijds meer beperkt. Ruimer is zij in die zin, dat bv. bepaalde 'oude' vorderingen in meerdere mate dan de regeling van de artt. 42a e.v. W.W. toelaten kunnen worden gehonoreerd. Beperkter is zij daarin, dat slechts vorderingen van vóór het intreden van de betalingsonmacht uit het te vormen fonds kunnen worden voldaan. In dit verband is belangrijk, dat de richtlijn slechts een minimum-karakter heeft en niet in de weg staat aan voor de werknemer gunstiger nationale regelingen.

De Commissie bevoorrechting van vorderingen begaat naar mijn mening in zijn rapport een onjuistheid bij het motiveren waarom de maatschappelijk zwakke positie van de crediteur geen rechtsgrond voor bevoorrechting oplevert. Zij verklaart, dat de maatschappelijk zwakke positie dan geen rechtsgrond voor bevoorrechting van de vordering is indien een betere oplossing in het kader van de sociale verzekeringen voorhanden is. Zij geeft daarmee echter juist aan dat, zolang dit (nog) niet het geval is, die rechtsgrond er juist wèl is. Aandacht verdienen de argumenten van de

Federatie van Bedrijfsverenigingen tegen het voorstel van de commissie Houwing om het loonvoorrecht van art. 1195-6° B.W. te laten vervallen.

## TENSLOTTE

Gedurende de tijd dat ik mij ter voorbereiding van dit prae-advies in de rechten van werknemers bij faillissement van hun werkgever heb verdiept heb ik mij er in toenemende mate over verwonderd, dat de afweging van de belangen van werknemers en overige crediteuren zo star is. Star omdat zij, eenmaal vastgelegd in art. 40 Fw., nimmer in haar kern is bestreden. Zelfs niet in 1968 toen een meer eigentijdse inrichting van art. 40 Fw. nabij leek. Ik hoop dat dit prae-advies bijdraagt tot een discussie die daarin verandering brengt.

Ik dank tenslotte het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht voor de opdracht die het mij verstrekte en hoop, dat dit prae-advies benadert wat het bestuur zich daarvan had voorgesteld.

# NOTEN

## Artikel 40 Faillisementswet

1. M.v.T. Algemene beschouwingen, *V.d. Feltz, dl. I*, p. 6.
2. *V.d. Feltz*, p. 7.
3. *V.d. Feltz*, p. 427.
4. M.v.T. bij art. 37, *V.d. Feltz*, p. 409.
5. Bles *'De Wet op de arbeidsovereenkomst'* IV, p. 412.
6. Bijl. Hand. II 1947-1948, nr. 881, no. 3, p. 12 r.k.
7. *Bles IV*, p. 116.
8. *Bles IV*, p. 94.
9. Zie vorige noot.
10. *Hand. N.J.V.* 1894-1895, p. 182.
11. *Hand. N.J.V.* 1894-1895, p. 232.
12. R.M. Drucker in 'Bouwstoffen voor eene burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst' dl. I in *R.M. Themis* 1894, p. 546.
13. *Hand. N.J.V.* 1894-1895, p. 267.
14. Zie de paragrafen 7, 8 en 9.
15. In par. 30 ga ik in op de vraag wat tot boedelschuld moet worden gerekend.
16. Rb. Den Haag 17-6-1969, *Pg.* 1970, 623; zie ook HR 22-5-1970, *NJ* 1970, 419, m.n. R.B. Vos.
17. Rb. Den Haag 3-2-1913, *NJ* 1913, 237.
18. *Bles IV*, p. 412.
19. Bijl. Hand. II 1949-1950, nr. 881, V.V., p. 23.
20. M.v.A., p. 19.
21. *NJ* 1970, 419.
22. 'Het ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling.' *SMA* 1975, p. 735. Zie ook 'Nietigheid of schadevergoeding bij discriminerend ontslag', *NJB* 1980, p. 917.
23. S.G. Canes *'Critische Systematische Commentaar op de Wet op het Arbeidscontract'*, P. Noordhoff, Groningen 1908, p. 279; B. Hes *'Het Arbeidscontract'*, J.B. Wolters, Groningen 1907, p. 111; E.M. Meijers *'De Arbeidsovereenkomst met Aanteekeningen'* 3e druk, Tj. Willink, Haarlem 1924, p. 233; M.G. Levenbach 'Arbeidsovereenkomst' in de *Rechtskundige Encyclopaedie voor iedereen*, ongedateerd, maar naar ik aanneem van voor de oorlog, De Torentrans, Zeist, p. 374; S. Gerbrandy *'Het herziene ontslagrecht'*, Tj. Willink, Zwolle 1954, p. 65; A.N. Molenaar *'Arbeidsrecht' tweede deel A, Het geldend recht*, Tj. Wil-

link, Zwolle 1957, p. 149; W.C.L. van der Grinten *'Arbeidsovereenkomstenrecht'*, 12e druk, Samsom p. 170; H.L. Bakels en L. Opheikens *'Schets van het Nederlands Arbeidsrecht'*, 4e druk, Kluwer, Deventer, p. 109; Asser-De Leede *'Bijzondere Overeenkomsten'*, dl. III, Tj. Willink, Zwolle 1977, p. 172; E.P. de Jong en W. Tonkens-Gerkema e.a. *'Arbeidsovereenkomt'*, losbl., Kluwer, Deventer, art. 1639i, aant. 4; Molengraaff-Star Busmann *'De Faillissementswet'*, 4e druk, p. 221; M. Polak *'Faillissement en Surséance van betaling'* bewerkt door N.J. Polak, 7e druk, Tj. Willink, Groningen, p. 141; C.J. van Zeben/A. van den Ende, *'Faillissementswet'*, losbl., Kluwer, Deventer, ad art. 40 Fw.

24. *NJ* 1970, 419.
25. P.W. Kamphuisen *'De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst'*, Universitaire Pers Leiden, 1956, p. 186.
26. Ktr. Den Haag 9-9-1968, *Pg.* 1970, 623, m.n. M.B. Vos.
27. Rb. Den Haag 17-6-1969, *Pg.* 1970, 623.
28. HR 22-5-1970, *NJ* 1970, 419.
29. Rb. Den Haag 3-2-1913, *NJ* 1913, 237; Rb. Rotterdam 8-3-1922, *NJ* 1923, 1072 (gedeeltelijk) en *R.B.A.* XI, p. 67 (kompleet).
30. Rb. Rotterdam 25-3-1915, *NJ* 1915, 1059.
31. Rb. Utrecht 27-10-1920, *R.B.A.* X 1-2.
32. HR 22-5-1970, *NJ* 1970, 419.
33. HR 5-12-1975, *NJ* 1976, 269.
34. Wet Algemene Bepalingen art. 5.
35. *'Gedrag bij ontslag'*. Rapport inzake voorzieningen bij bedrijfssluitingen en personeelsvermindering. Wetenschappelijk en Scholingsinstituut van het Nederlands Verbond van Vakverenigingen. Amsterdam, juni 1968, p. 74-75.
36. E.M. Meijers *'Arbeidsovereenkomst met aanteekeningen'*, 3e dr. Tj. Willink, Haarlem 1924, p. 232.
37. R.B.A. X 1-2.
38. W.C.L. van der Grinten *'Arbeidsovereenkomstenrecht'*, 12e druk, Samsom, p. 131.
39. In dezelfde zin Jean Pélissier *'Le nouveau droit du licenciement'*, ed. Sirey 1977, p. 14 e.v. en p. 81.
40. *NJ* 1913, 237.
41. Wet van 30-5-1968, Stb. 270.
42. Er is wel verondersteld, dat het achterwege laten in 1953 van een aanpassing van art. 40 Fw. aan de uitbreiding van de opzeggingstermijnen zijn oorzaak vindt in de omstandigheid, dat kort daarvoor de wettelijke voorzieningen inzake wachtgeld- en werkloosheidsuitkeringen tot stand waren gekomen (1949) en ingevoerd (1952). *'Gedrag bij ontslag'*, Rapport inzake voorzieningen bij bedrijfssluitingen en personeelsvermindering, Wetenschappelijk en Scholingsinstituut NVV, 1968, p. 71-72.
43. Wet van 30-5-1968, Stb. 270.
44. Hand. II 1967-1968, p. 1556.
45. Hand. II 1968, p. 2349 l.k.
46. Advies van 22-2-1967 (1967, nr. 2).
47. Hand. II 1968, p. 2359 r.k.

48. Hand. II 1967-1968, p. 2349 r.k.
49. Hand. II 1967-1968, p. 2348-2393.
50. Hand. II 1968, p. 2359 r.k.: 'Aangezien het mij bekend was, dat over dit punt controversieel gedacht werd in het bedrijfsleven, (. . .).'
51. A.P.M. Houtman *'Kollektief Ontslag'*, Kluwer, Deventer 1973, p. 136.

## De toepassing van het overig ontslagrecht op de beëindiging van de dienstbetrekking door de curator

52. P.W. Kamphuisen *'De Collectieve en Individuele Arbeidsovereenkomst'*, Universitaire Pers, Leiden 1956, p. 187; A.N. Molenaar *'Arbeidsrecht'* 2e deel A, Tj. Willink, Zwolle 1957, p. 150; W.C.L. van der Grinten *'Arbeidsovereenkomstenrecht'*, Samsom, 12e druk, p. 170.
53. Rb. Amsterdam 25-3-1915, *NJ* 1915, 1057.
54. M.v.A. bij wetsontwerp 881, p. 19.
55. *NJ* 1972, 223.
56. Polak, p. 219.
57. HR 13-2-1951, *NJ* 1951, 371.
58. Blijkens een mededeling in NJB van 25-10-1980, p. 975, heeft de regering besloten tot indiening van een wetsontwerp dat beoogt het de curator mogelijk te maken de bestuurder van een rechtspersoon aan te spreken als diens onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.
59. *NJ* 1962, 78.
60. *NJ* 1974, 155.
61. M.v.A. bij wetsontwerp 881, p. 19.
62. Zie ook HR 22-5-1970, *NJ* 1970, 419.
63. L.H. van den Heuvel 'Het ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling', *SMA* 1975, p. 735.
64. Bijl. Hand. II 1951-1952, nr. 881, no. 6, p. 36 r.k.
65. In dezelfde zin ook H.J. de Bijll Nachenius 'Ontslagvergunning V.Z.V. bij ontslag op staande voet nog steeds mogelijk', *SMA* 1978, p. 135.
66. 'Enkele kanttekeningen bij de procedure van art. 1639w B.W.', *SMA* 1979, p. 529.
67. HR 2-4-1959, *NJ* 1959, 199. Zie ook HR 5-12-1975, *NJ* 1976, 269.
68. HR 13-2-1951, *NJ* 1951, 371. Hierover: J. Mannoury 'Ontslag van de arbeider na faillissement van de werkgever', *NJB* 1951, p. 728.
69. NJ 1976, 269.
70. Polak, p. 219.
71. Ph. H.M. Werner 'De ontslagvergunning', Arbeid 1946, p. 42.
72. H. Naber 'Hoe "administratief" is de ontslagvergunning van de directeur GAB?', SMA 1975, p. 526.
73. R.P.W. Frima 'Ontslag voor werknemers bij faillissement', NJB 1974, p. 620. Zie ook H. Naber in zijn naschrift bij N.J. Polak 'De Centrale Raad van Beroep en art. 42a der Werkloosheidswet', SMA 1978, p. 489.
74. Aldus ook H. Naber, *SMA* 1978, p. 497.
75. R.P.W. Frima 'Ontslag van werknemers bij faillissement', *NJB* 1974, p. 620. Schrijver uit de klacht dat de behandeling van ontslagaanvragen, na faillissement vaak slechts een formaliteit, toch nog zo lang duurt.

76. HR 19-11-1948, *NJ* 1949, 86.
77. M.G. Levenbach 'Kanttekeningen bij het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen', *Sociaal Maandblad* 1947, p. 113.
78. W.F. de Gaay Fortman 'De rechter en artikel 6 van het B.B.A. 1945', *Sociaal Maandblad* 1949, p. 34. Zie ook L.J.M. de Leede 'De betekenis van het woord beëindigen in art. 6 van het BBA 1945', *SMA* 1976, p. 513.
79. HR 12-11-1976, *NJ* 1977, 140.
80. M.M. Olbers 'Conversie in het ontslagrecht', *NJB* 1977, p. 1067.
81. D. Christe 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470.
82. Een werknemer kan onder omstandigheden belang hebben bij een onregelmatige beëindiging van de dienstbetrekking, bv. om van een drukkend concurrentiebeding bevrijd te geraken.
83. *NJ* 1976, 269, m.n. G.J.S.
84. Polak, p. 326.
85. *NJ* 1976, 269, m.n. G.J.S.
86. Het Centraal Bureau voor de Grafische Bedrijven dankt deze bevoegdheid aan een beschikking van de minister van Sociale Zaken op grond van art. 32 B.B.A., van 2-8-1955, nr. 150. Wetsontwerp 13656 stelt voor deze delegatiemogelijkheid af te schaffen.
87. (Ph.A.N.) H(ouwing) in de beantwoording van rechtsvraag II, *WPNR* 4534 van 19-4-1958.
88. Zie W.C.L. van der Grinten *'Arbeidsovereenkomstenrecht'*, 12e druk, Samsom, p. 63 en de aldaar vermelde jurisprudentie.
89. *NJ* 1935, 606.
90. 5e druk, p. 70.
91. H.L. Bakels 'De verhouding tussen het ontslagrecht van het BW en art. 6 BBA', *SMA* 1970, p. 429 e.v., i.h.b. p. 445.
92. 'Kennelijk onredelijke beëindiging van de dienstbetrekking en concurrentiebeding', *De Praktijkgids* 1979, p. 122.
93. A.P.M. Houtman 'Kollektief ontslagrecht op Europees niveau', *SMA* 1975, p. 246.
94. *Publ. Blad E.G.* L 48 d.d. 22-2-1975, p. 29.
95. J.A.Th. Boumans 'Ontwerp Wet melding collectief ontslag', *SMA* 1975, p. 158.
96. M.G. Rood 'Bescherming van werknemers en collectief ontslag', *NJB* 1975, p. 995.
97. G.J.W. Arendsen de Wolff 'Spanningen rondom melding collectief ontslag', *Gids Personeelsbeleid* 14-4-1979, p. 364.
98. p. 14.
99. V.V., p. 8.
100. M.v.A., p. 12.
101. p. 9.
102. Zie in dit verband *'Afvloeiingsregelingen in Nederland'* van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Vakcentrales, p. 199.
103. In dit verband: *'Gedrag bij ontslag'*, Wetenschappelijk en scholingsinstituut van het NVV 1968, p. 50-51.
104. MvT., p. 10.

105. M.G. Rood 'Bescherming van werknemers en collectief ontslag', *NJB* 1975, p. 995.
106. H. Naber 'Kanttekeningen bij de Wet melding collectief ontslag' in *Gids voor personeelsbeleid, arbeidsvraagstukken, sociale verzekering* 1977, p. 342.
107. Art. 64, art. 68-2 Fw.
108. W.F.A. Baron Van Haersolte 'C.A.O. en faillissement van den gebonden werkgever.', *R.B.A.* XXIII no. 11.
109. M.M. Olbers 'Het normatieve deel der c.a.o. en zijn handhaving', *SMA* 1979, p. 611. Deze vermeldt de overige vindplaatsen van bovenvermelde schrijvers.
110. H.L. Bakels en L. Opheikens *'Schets van het Nederlands Arbeidsrecht'*, Kluwer, Deventer, 5e druk, p. 146-149.
111. HR 18-1-1980, *NJ* 1980, 348.
112. M.M. Olbers, *a.w.*, p. 613-616.
113. Overzicht van het Loonbureau *'Collectief Ontslag'*, in bedrijfstak-c.a.o.'s opgenomen regelingen ingeval van fusie, liquidatie, reorganisatie of slapte, maart 1976.
114. HR 23-5-1980, *RvdW* 1980, 69.
115. Adviesaanvrage 19-5-1980, p. 12.
116. *'Afvloeiingsregelingen in Nederland'*, Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Vakcentrales, p. 27 en p. 40; A.P. Houtman *'Kollektief Ontslag'*, Kluwer, Deventer 1973, p. 122.
117. Wet van 16-5-1925, Stb. 192.
118. Zie ook V.A.M. v.d.Berg 'De betekenis van artikel 101 Faillissementswet', *WPNR* 1975, nr. 5291.
119. Anders wellicht Polak, p. 327-329.
120. Rb. Rotterdam 29-6-1934, *NJ* 1935, 980. De formulering van de rechtbank luidt: '(. . .) dat de strekking van art. 40 Fw. toch is, dat de boedel slechts over een korten tijd met arbeidsloon zal worden belast (. . .)'.
121. Zie diens konklusie bij HR 13-2-1951, *NJ* 1951, 371.
122. V.d. Feltz, p. 428.
123. Belinfante, p. 69.
124. Polak, p. 334; zie ook de aldaar vermelde jurisprudentie.
125. C.J. van Zeben in het losbladig commentaar op de Faillissementswet, Kluwer, Deventer, aantekening 7 bij art. 180 Fw.
126. S(tar) B(usmann) in *W.* 12930 (13-7-1935) 'Faillissementskosten', een reactie op de vergadering van de N.J.V. in 1934.
127. Rb. Den Haag 3-2-1915, *NJ* 1915, 1059; Rb. Rotterdam 29-6-1934, *NJ* 1935, 980.
128. Anders, maar mijn inziens ten onrechte, de directeur-generaal voor de arbeidsvoorziening in een richtlijn d.d. 14-6-1977 m.b.t. het ontslagvergunningenbeleid in geval van faillissement.
129. HR 23-5-1980, *RvdW* 1980, 69.
130. Pres. Rb. Amsterdam 8-9-1941, *NJ* 1942, 119, bevestigd door Rb. Amsterdam 17-10-1941, niet gepubliceerd.
131. Zie ook W.C.L. van der Grinten *'Arbeidsovereenkomstenrecht'*, 12e druk, Samsom, p. 170, die stelt, dat voor de berekening van de schadeloosstelling de mogelijkheid van de tussentijdse beëindiging in aanmerking moet worden genomen.

132. M.v.T., *W.* 12758, pp. 4-8.
133. V.V. in *W.* 12781, p. 4.
134. M.v.A. in *W.* 12825, p. 3.
135. *RvdW* 1980, 69. Zie ook onder par. 31.

## Overneming van uitdienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen

136. Bijlage bij het SER-advies van 22-2-1967 (1967-2).
137. 'De insolvabiliteitsverzekering volgens de Werkloosheidswet', *WPNR* 25 april 1970, nr. 5083.
138. Advies van 18-8-1967.
139. c.f. CRvB 5-5-1977, *RSV* 1977, 247, waarin de CRvB aanhaalt het arrest van het Hof van Justitie van de E.E.G. van 15-12-1976 in de zaak van 39/76 waarin het overwoog, dat de art. 42a-uitkeringen geen werkloosheidsuitkeringen zijn in de zin van art. 4-1-g van de verordening no. 1408/71.
140. Van de tijdschriftartikelen noem ik hier: J. Mannoury 'De insolvabiliteitsverzekering volgens de Werkloosheidswet', *WPNR* 1970, no. 5083 en 5084, met reactie van A.C.J. van Heusden, *WPNR* 5092; E.H. Servatius 'Overneming van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen', *SMA* 1970, p. 527; J.H. Smits 'Wanneer moet de bedrijfsvereniging de loonverplichtingen van de betalingsonmachtige werkgever overnemen?', *SMA* 1971, p. 541; R.P.W. Frima 'Ontslag van werknemers bij faillissement', *NJB* 1974, p. 620; P.F. van Loo 'De loongarantieregeling van hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet', *SMA* 1978, p. 341 en E.W. Linnenbank 'Hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet', *SMA* 1978, p. 740.
141. M.v.A. bij wetsontwerp 9515, p. 4 r.k. Bijl. Hand. II 1967-1968.
142. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 754 l.k.
143. SER-advies van 22-2-1967 (1967-2), p. 3-4.
144. SER-advies van 18-8-1967, p. 5.
145. E.H. Servatius, *a.w.*, p. 527-528.
146. M.v.T. bij wetsontwerp 9515, p. 4 r.k. en p. 5 r.k. ad art. 42a, Bijl. Hand. II 1967-1968.
147. Zie bv. CrvB 9-3-1978, *RSV* 1978, 221.
148. CRvB 20-4-1978, *RSV* 1978, 285.
149. V.V., p. 1-2.
150. M.v.A., p. 2 r.k.
151. CRvB 31-8-1978, *RSV* 1978, 352.
152. CRvB 2-10-1975, *RSV* 1976, 78.
153. bv. CRvB 25-1-1972, *RSV* 1972, 135; CRvB 2-7-1973, *RSV* 1975, 10.
154. M.v.T., p. 4 r.k.
155. M.v.T., p. 4 l.k.
156. V.V., p. 2 r.k.
157. J. Mannoury, *a.w.*, p. 262.
158. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 749 l.k.
159. CRvB 9-1-1973, *RSV* 1973, 189.
160. CRvB 2-10-1975, *RSV* 1976, 78.

161. CRvB 9-6-1977, *RSV* 1977, 286.
162. E.H. Servatius, *a.w.*, p. 530-531.
163. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 748-749.
164. Art. 2 van de beschikking van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ter uitvoering van art. 42g W.W. van 19 maart 1969, nr. 50181, *Stcrt.* 1969, 62.
165. Anders, maar mijns inziens ten onrechte, CRvB 14-4-1977, *RSV* 1977, 218.
166. Zie voor dit laatste par. 46.
167. M.v.T., p. 5 r.k.
168. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 748.
169. E.H. Servatius, *a.w.*, p. 530.
170. J. Mannoury, *a.w.*, p. 263-264.
171. E.H. Servatius, *a.w.*, p. 532-533.
172. A.C.J. van Heusden 'Loongarantie bij bedrijfssluitingen', *WPNR* 5092 (1970), p. 366.
173. J.H. Smits a.w., p. 229-230; zie *RSV* 1972 nr. 133-137.
174. Zie voor enkele der laatste beslissingen in deze zin CRvB 14-9-1978, *RSV* 1979, 109 en in het bijzonder CRvB 22-12-1977, *RSV* 1978, 166, waarin de Raad nog eens duidelijk stelt, dat als het faillissement maar aan het einde van de dienstbetrekking vooraf gaat, i.h.a. de enkele achterstalligheid voldoende is, zelfs als de wanbetaling (mede) werd veroorzaakt door onwil van de werkgever.
175. P.F. van Loo, *a.w.*, p. 341-342, E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 749.
176. De Commissie bevoorrechting van vorderingen sprak op p. 36 in dit verband van een lacune.
177. M.v.T., p. 4 l.k.
178. In dit laatste schuilt intussen gevaar in die gevallen dat er voor de werkgever geen wezenlijk belang mee gemoeid is eerlijk te zijn omtrent de vordering van de werknemer. Dat kan zich voordoen bij faillissement van een rechtspersoon die zal worden opgeheven. Bij een besloten vennootschap bijvoorbeeld. Bij een natuurlijk persoon hoeft hiervoor niet te worden gevreesd aangezien, bij niet volledige voldoening of akkoord, na het faillissement de schulden op de schuldenaar blijven drukken.
179. SVR-advies 30-6-1977, p. 9.
180. SVR-advies 30-6-1977, p. 10.
181. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 343.
182. V.V., p. 2 l.k.
183. M.v.A., p. 1.
184. SVR-advies 18-8-1967, p. 12.
185. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 751. Zie ook R.W.H. Hebing 'De relatie tussen het ontslagrecht en de aanspraak op uitkering ingevolge de W.W.', *SMA* 1977, p. 107 en J. Riphagen 'Werkloosheidsuitkering onder cessie of procesmachtiging – een hulpmiddel bij ontslagproblemen?', *SMA* 1978, p. 469. Deze laatste behandelt ook de procesmachtiging. Hij maakt o.m. bezwaar tegen de omstandigheid dat de beslissing terzake van de bedrijfsvereniging slechts marginaal kan worden getoetst. Schrijver stelt voor e.e.a. te wijzigen zodanig, dat ook de of/of-redenering niet meer kan worden toegepast. Ik juich zijn voorstel toe.

186. V.V., p. 2 l.k.
187. M.v.A., p. 2 r.k.
188. P.F. van Loo, *a.w.*, p. 345 l.k.
189. Circulaire SVR 8-1-1969, p. 1-2.
190. P.F. van Loo, *a.w.*, p. 345-346.
191. Hand. II 5-6-1968, p. 2361 l.k.
192. Zie ook R.P.W. Frima 'Ontslag van werknemers bij faillissement', *NJB* 1974, p. 620.
193. Zie ook CRvB 22-10-1975, *RSV* 1976, 215.
194. E.H. Servatius a.w., p. 532.
195. J. Mannoury, *a.w.*, p. 273-274.
196. SVR-advies van 30-6-1977. Volledige bespreking van dit advies valt m.i. buiten het kader van dit werkstuk. Het is trouwens reeds op voortreffelijke wijze gedaan door P.F. van Loo, *SMA* 1978, p. 341.
197. *a.w.*, p. 5.
198. *a.w.*, p. 11-12.
199. *a.w.* p. 14.
200. HR 13-2-1951, *NJ* 1951, 371.
201. P.F. van Loo, *a.w.*, p. 347.
202. CRvB 26-2-1976, *RSV* 1977, 113 en CRvB 14-7-1976, *RSV* 1976, 309. Zie ook later CRvB 1-3-1979, *RSV* 1979, 107.
203. In een naschrift.
204. A. Wiersma 'De Centrale Raad van Beroep en de conversieleer van de Hoge Raad', *SMA* 1978, p. 190, met onderschrift van H. Naber.
205. N.J. Polak 'De Centrale Raad van Beroep en art. 42a der Werkloosheidswet', *SMA* 1978, p. 489, met onderschrift van H. Naber.
206. Zie noot 185.
207. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 751 l.k.
208. HR 23-11-1956, *NJ* 1957, 4.
209. Onbegrijpelijk is dan, dat de CRvB uitdrukkelijk rechtsgevolg toekent aan een herhaalde opzegging na ontvangst van de ontslagvergunning.
210. Adviesaanvrage aan de SER 19 mei 1980, nr. 125.986, Jura.
211. N.J. Polak 'De Centrale Raad van Beroep en art. 42a der Werkloosheidswet', *SMA* 1978, p. 489, i.h.b. p. 491 r.k.
212. Mattheus 20:1-16.
213. Zie voor het begrip 'volledig' CRvB 7-6-1979, *RSV* 1979, 219.
214. SER-advies 22-2-1967 (1967-2), p. 6-7.
215. M.v.T., p. 5-6.
216. M.v.A., p. 2.
217. M.v.A., p. 5, l.k.
218. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 754, l.k.
219. *'Rapport van de commissie bevoorrechting van vorderingen'*, Staatsuitgeverij 1974, p. 60-61.
220. Zie ook R.P.W. Frima 'Bevoorrechting van vorderingen: het rapport van de Commissie Houwing', *Advocatenblad* 1975, p. 326, die aanvoert dat aldus de sectoren van het bedrijfsleven die door hun economische zwakte dit het slechtst kunnen dragen, de zwaarste lasten worden opgelegd.
221. J. Mannoury, *a.w.*, p. 264 r.k.

222. Wellicht denkt de CRvB hierover anders: CRvB 7-3-1978, *RSV* 1978, 221.
223. M.v.T., p. 5-6.
224. Voor wie die aanspraak vrijwillig laat schieten houdt ook de claim op de bedrijfsvereniging op te bestaan, CRvB 17-2-1977, *RSV* 1977, 139.
225. SER-advies 22-2-1967, p. 6.
226. SVR-advies 18-8-1967, p. 6.
227. E.W. Linnenbank, *a.w.*, p. 753 r.k.
228. In zijn circulaire van 18-11-1968, nr. 352, had de SVR de bedrijfsverenigingen op die verplichting gewezen.
229. SVR-advies 30-6-1977, p. 17.
230. E.H. Servatius, *a.w.*, p. 537.
231. M.v.T., p. 6 l.k.
232. Zie CRvB 29-3-1979, *RSV* 1979, 176.
233. *a.w.*, p. 18.
234. P.F. van Loo, *a.w.*, p. 345.
235. E.H. Servatius, *a.w.*, p. 527-528.
236. CRvB 14-7-1976, RSV 1976, 310.
237. R.W.H. Hebing 'De relatie tussen het ontslagrecht en de aanspraak op uitkering ingevolge de Werkloosheidswet', *SMA* 1977, p. 107.
238. H.L. Bakels en F.M. Noordam 'Civielrechtelijke en sociale zekerheidsaspecten van het ontslagrecht', *SMA* 1978, p. 237, i.h.b. p. 261.
239. CRvB 24-6-1980, W.W. 1979, nr. 648 en 649.
240. Beschikking van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 19-3-1969, nr. 50181, Stcrt. 1969, 62.
241. In een andere uitspraak kwalificeerde de CRvB de formulering van art. 42g als 'ruim'. CRvB 5-5-1978, *RSV* 1978, 282.
242. CRvB 5-5-1978, RSV 1978, 282.
243. E.W. Linnenbank a.w., p. 754-755; CRvB 5-9-1972, RSV 1972, 48.
244. CRvB 20-1-1977, RSV 1977, 111.
245. Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, Nr. C 135/2 d.d. 9-6-'78.
246. Het lijkt inconsistent om niet de 'oude' loonvordering maar wel de 'oude' vordering tot schadeloosstelling te honoreren. De ontslagen werknemer is aldus beter af dan zijn nog in dienst zijnde collega.

## Het rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen

247. *'Rapport van de commissie bevoorrechting van vorderingen'*, 's-Gravenhage 1974, Staatsuitgeverij.
248. *Rapport commissie Houwing*, p. 97.
249. *a.w.*, p. 19.
250. *a.w.*, p. 21.
251. *a.w.*, p. 34.
252. *a.w.*, p. 34-36. Als voorbeeld van een andere lacune noem ik het beperkte tijdvak dat art. 42a bestrijkt. Hoewel enerzijds niet waarschijnlijk is anderzijds ook niet ondenkbaar, dat de vordering van de werknemer zich uitstrekt tot vóór de datum tot welke de overneming kan teruggaan.

253. a.w., p. 62-63.
254. Brief van de SVR aan de minister van Justitie van 1-4-1975, p. 3. Ook de vakcentrales zouden het oordeel hebben uitgesproken, dat bij faillissement de lonen voorrang zouden moeten houden boven andere vorderingen, omdat anders bedrijven hun verplichtingen t.o.v. werknemers gaan afwentelen. Zie W.P. Erasmus 'Bevoorrechte vorderingen', Studiepocket Privaatrecht, p. 129. Schrijver baseert zich op een kranteartikel in de Haagse Courant van 26-4-1975.
255. Prae-advies van de commissie ad hoc *'Bevoorrechting van vorderingen'*, Bijlage VIIIA bij de brief van de Federatie van Bedrijfsverenigingen aan de minister van Justitie d.d. 20-3-1975, p. 7.

Colofon

Letter: Press Roman
Zetwerk: Zetterij Hans Geurts, Nieuw Vennep
Druk en afwerking: Samsom-Sijthoff grafische bedrijven b.v.
Omslagontwerp: Wim Bottenheft

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De Internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7

2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6

3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7

4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen
De Oeso verklaring van 21 juni 1976
ISBN 90 14 03031 2

5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement

ISBN 90 14 03103 3