

Eigen werknemer eerst?

**Een vergelijkend onderzoek naar de werking van de
loongarantieregeling en de preferentieregeling in geval van
faillissement van een verzekeraar.**

Student en onderzoeker

J.M. Wisse, 2031670

Opdrachtgever

Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Afstudeermentor

Mr. N. Lavrijssen

School

Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Eerste afstudeerdocent

Mr. L. Hendriks

Tweede afstudeerdocent

Mr. N. Sommers

Tilburg, mei 2013

Eigen werknemer eerst?

**Een vergelijkend onderzoek naar de werking van de
loongarantieregeling en de preferentieregeling in geval van
faillissement van een verzekeraar.**

Student en onderzoeker

J.M. Wisse, 2031670

Opdrachtgever

Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Afstudeermentor

Mr. N. Lavrijssen

School

Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Eerste afstudeerdocent

Mr. L. Hendriks

Tweede afstudeerdocent

Mr. N. Sommers

Tilburg, mei 2013

Voorwoord

“Een faillissement is per definitie onbevredigend in al zijn gevolgen.” – Hoge Raad der Nederlanden

Vier jaar geleden had ik geen betere beslissing kunnen maken dan de beslissing om rechten te gaan studeren aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Vanaf september 2009 mocht ik mezelf dagelijks bezig houden met het mooiste vak dat er bestaat. Na vier jaar hard en intensief studeren komt er met deze scriptie een einde aan het bachelorprogramma dat ik volgde. De scriptie is het resultaat van het vergelijkend onderzoek dat ik heb verricht voor het promotieonderzoek van mr. N. Lavrijssen, docent aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys en promovendus aan Tilburg University. Haar en de Juridische Hogeschool komen mijn dank toe voor het faciliteren en realiseren van de onderzoeksmogelijkheden waar ik gebruik van heb mogen maken. Daarnaast wil ik alle docenten van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys die hun kennis op mij hebben overgedragen bedanken. Dank ook aan mijn ouders, zusjes en vrienden, die mij altijd steun hebben gegeven om deze studie tot een succes te maken.

In de periode tussen februari en mei 2013 heb ik met tomeloze energie aan dit eindresultaat gewerkt. Veel kennis en verstand van praktische zaken rondom vergelijkend onderzoek zijn in mijn systeem geslopen. Het achterhalen van de bedoeling van de wetgever is een essentieel deel van het juridisch denken van mij geworden.

Het onderwerp van het onderzoek is de beschrijving van de verhouding tussen de loongarantieregeling en de preferentieregeling die geldt bij een faillissement van een verzekeraar. Op basis van de resultaten zijn conclusies en aanbevelingen geformuleerd. Ik hoop met deze scriptie een bevredigend resultaat te hebben geleverd en dat de uitkomsten toepasbaar zijn in de dissertatie.

Martha Wisse

Tilburg, mei 2013

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding	9
Hoofdstuk 2 Terminologie	11
2.1 Verzekering	11
2.1.1 Schadeverzekering	11
2.1.2 Levensverzekering	12
2.1.3 Verschillen tussen overeenkomst tot schade- en levensverzekering	12
2.2 Loongarantieregeling	12
2.2.1 Werknemer	13
2.2.2 Werkgever	13
2.2.3 UWV	13
2.3 Preferentieregeling	13
2.3.1 Verzekeringnemer	13
2.3.2 Verzekeraar	14
2.3.3 Werknemer	14
2.3.4 Werkgever	14
Hoofdstuk 3 Loongarantieregeling	15
3.1 De nationale loongarantieregeling	15
3.1.1 Totstandkoming	15
3.1.2 Werking	16
3.1.3 Sociaal karakter WW	17
3.2 Richtlijn 2008/94/EG	18
3.2.1 Totstandkoming	18
3.2.2 Werking	18
3.3 Verhouding van de loongarantieregeling ten opzichte van de richtlijn	19
3.3.1 Uitkeringsperiode	19
3.3.2 Financiering	20

Hoofdstuk 4 Preferentieregeling.....	21
4.1 Totstandkoming.....	21
4.1.1 Richtlijn 2001/17/EG	21
4.1.2 Memorie van Toelichting	23
4.2 Algemeen deel	25
4.2.1 Art. 213m lid 1 Fw	25
4.2.2 Aanhef art. 213m lid 2 en 3 Fw	26
4.3 Werking ten aanzien van schadeverzekeraars	26
4.4 Werking ten aanzien van levensverzekeraars	27
4.5 Verschillen preferentieregeling schade- en levensverzekeraar	28
4.6 Preferentieregeling in de praktijk	29
4.6.1 Vie d'Or.....	29
4.6.2 IIC	29
 Hoofdstuk 5 Verhouding loongarantieregeling en preferentieregeling	31
 Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen	34
6.1 Conclusies.....	34
6.1.1 Loongarantieregeling	34
6.1.2 Preferentieregeling.....	34
6.1.3 Beantwoording van de onderzoeksvraag	35
6.2 Aanbevelingen.....	36
 Hoofdstuk 7 Evaluatie	37
 Literatuurlijst	38

Samenvatting

De loongarantieregeling is ingevoerd ter bescherming van de werknemer van een failliete werkgever. Bij de invoering van de nationale loongarantieregeling, die is geregeld in hoofdstuk IV WW, grijpt de wetgever bij wijze van onderbouwing terug op de sociaal zwakke positie van de werknemer. De loongarantieregeling houdt in dat de werknemer van een failliete werkgever recht heeft op ten hoogste dertien weken van niet uitbetaalde loongelden van vóór het faillissement. Het UWV neemt de loonbetalingsverplichting van de werkgever over en krijgt daarmee een bevoorrechte vordering op de werkgever. De betaling van het UWV aan de werknemer is echter niet afhankelijk van de daadwerkelijke voldoening door de werkgever van deze gesubrogeerde vordering, nu de financiering van de loongarantieregeling publiekrechtelijk is vormgegeven. Dit heeft tot gevolg dat betaling van loongelden aan de werknemer een grote mate van uitkeringszekerheid met zich meebrengt, zij het dat deze uitkeringszekerheid een reikwijdte heeft van ten hoogste dertien weken. De loongarantieregeling valt binnen het stelsel van sociale zekerheid; op grond daarvan is derhalve vast te stellen dat de uitkering op grond van de loongarantieregeling als een laatste redmiddel beschouwd moet worden. De loongarantieregeling heeft ook een Europeesrechtelijke basis die te vinden is in richtlijn 2008/94/EG. Deze richtlijn, die te typeren is als minimumharmonisatie, gaat in op de minimumbescherming die de lidstaten werknemers van failliete werkgevers moeten bieden. Uit de vergelijking van de loongarantieregeling met de richtlijn blijkt dat de nationale loongarantieregeling ontoereikend kan zijn, daar art. 63 WW een korting bevat die in strijd kan zijn met het sociale doel van de richtlijn. Ten aanzien van de financiering van de loongarantieregeling voldoet Nederland wel aan de in de richtlijn gestelde kaders.

De preferentieregeling die geldt bij faillissement van een verzekeraar is geregeld in art. 213m lid 2 en 3 Fw. De preferentieregeling is in de wet opgenomen ter implementatie van richtlijn 2001/17/EG. In de richtlijn worden twee methoden beschreven waaruit de lidstaten moeten kiezen om zo de polishouders te beschermen tegen het faillissement van hun verzekeraar. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er weloverwogen voor een methode wordt gekozen waarin de vorderingen uit hoofde van verzekering met betrekking tot alle activa ter dekking van de technische voorzieningen bevoorrecht zijn boven alle andere vorderingen op de failliete verzekeraar. Op grond van de richtlijn worden enkele specifiek genoemde vorderingen uitgezonderd van dit voorrecht, wat betekent dat deze vorderingen hoger in rang staan dan de vorderingen als genoemd in de preferentieregeling. De preferentieregeling voor failliete levensverzekeraars kent echter een andere volgorde dan de preferentieregeling voor failliete schadeverzekeraars. Dit verschil komt niet voort uit de richtlijn en evenmin uit de Memorie van Toelichting behorend bij de invoering van art. 213m Fw. Het verschil tussen de schade- en levensverzekeraar is te verklaren aan de hand van de Wft en de thans niet meer van kracht zijnde Wtv 1993; in de genoemde wetten wordt strikt onderscheid gemaakt tussen beide verzekeraars en uit zich in het verschil in bedrijfsvoering van de verzekeringsondernemingen.

Uit het onderzoek blijkt voorts dat de loongarantieregeling en de preferentieregeling zich naast elkaar verhouden. De loongarantieregeling biedt de werknemer een heel eigen uitkeringszekerheid die zich met name uit in het feit dat er ten hoogste dertien weken uitgekeerd zal worden. Binnen de preferentieregeling ziet de zekerheid vooral op de uitkeringsreikwijdte van ten hoogste een jaar, waarbij wel vermeld dient te worden dat de zekerheid tot uitkering afhangt van de grootte van de failliete boedel ten tijde van vereffening. In dat licht biedt de loongarantieregeling de werknemer een grotere zekerheid dat de werknemer ooit zijn loonvorderingen op de failliete werkgever voldaan zal krijgen. Ter bescherming van de continuering van de risicovolle ondernemingen, waar de verzekeraar onder geschaard kan worden, wordt de werknemer van een verzekeraar een extra bescherming geboden in de vorm van de preferentieregeling.

Ten aanzien van de loongarantieregeling wordt op basis van het onderzoek aanbevolen de minimumduur van de uitkering aan te passen zodat deze meer overeenkomt met de in richtlijn 2008/94/EG genoemde termijn. Deze aanbeveling ligt op de weg van de wetgever. Tevens wordt aanbevolen om nader onderzoek te doen naar de praktische werking van de preferentieregeling, nu deze nog nooit is toegepast in een faillissement van een verzekeraar. Hierbij moet worden opgemerkt dat er na invoering van art. 213m Fw nog bij geen enkele failliete verzekeraar tot vereffening is overgegaan. Deze aanbeveling zal moeten worden uitgewerkt als er een praktijkcasus beschikbaar is. Vervolgens wordt aanbevolen de beide regelingen naast elkaar te laten bestaan, nu deze een verschillende en essentiële beschermingsgraad met zich meebrengt.

Lijst van afkortingen

AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
DNB	De Nederlandse Bank
EG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
e.v.	en verder
Fw	Faillissementswet
IW 1990	Invorderingswet 1990
jo.	Juncto
o.a.	onder andere
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wfsv	Wet financiering sociale voorzieningen
Wtv 1993	Wet toezicht verzekeringsbedrijf
WW	Werkloosheidswet

Hoofdstuk 1 Inleiding

In deze scriptie is onderzocht in welke mate de werknemer van een failliete verzekeraar wordt beschermd op grond van zowel de loongarantieregeling als de preferentieregeling die geldt bij faillissement van een verzekeraar en hoe de twee genoemde regelingen zich tot elkaar verhouden.

Probleembeschrijving

Wanneer een organisatie failliet is het achterstallig loon, niet genoten vakantiegelden en kosten in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werknemers vanaf de dag van faillietverklaring boedelschuld ex art. 40 Fw. Deze boedelschuld is op grond van art. 3:288 BW een bevoorrechte vordering, wat in de praktijk vaak zal betekenen dat de werknemer (een groot deel van) zijn te vorderen loongelden nog uitbetaald zal krijgen.¹ Als er geen geld meer in de failliete boedel zit, kan de werknemer aanspraak maken op de loongarantieregeling die is opgenomen in hoofdstuk IV WW. Dit hoofdstuk in de WW betreffende de overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij betalingsonmacht van de werkgever geeft aan dat de werknemer recht heeft op (gedeeltelijke) uitkering van de loongelden die de werkgever niet heeft betaald. Dat houdt in dat de werknemer dan wel linksom, dan wel rechtsom de vordering op zijn failliete werkgever voldaan zal krijgen.

Zoals op vele beleidsterreinen, bestaat er ook op het gebied van de sociale politiek – waar de loongarantieregeling onder valt – op Europees niveau wetgeving.² Met het oog op de rechtskracht van Europese wetgeving is het van belang om de beweegredenen die aan deze wetgeving ten grondslag liggen te onderzoeken om een volledig beeld van de loongarantieregeling te schetsen.³

Wanneer een schade- of levensverzekeraar failliet, geldt er naast deze beschermende loongarantieregeling een specifieke preferentieregeling. In geval van faillissement van een schadeverzekeraar is art. 213m lid 2 Fw van toepassing, in dat geval zijn vorderingen uit hoofde van verzekering hoger in rang dan vorderingen van werknemers. In geval van faillissement van een levensverzekeraar is art. 213m lid 3 Fw van toepassing. Dit lid heeft in de eerste drie sub-bepalingen een andere volgorde dan het tweede lid. In art. 213m lid 3 Fw zijn de vorderingen van werknemers hoger in rang dan de vorderingen uit hoofde van levensverzekering. Dat betekent dat de preferentieregeling voor beide soorten failliete verzekeraars een andere uitwerking heeft.

Bovenal ligt er de vraag of de werknemer van een failliete verzekeraar niet dubbel wordt beschermd doordat hij een beroep kan doen op de loongarantieregeling en de preferentieregeling.

Vraagstelling

Er wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvraag: *‘Hoe verhoudt de nationale loongarantieregeling voor werknemers zich tot de preferentieregeling die geldt in een faillissement van een schade- of levensverzekeraar?’*

¹ De term loongelden houdt de volgende drie componenten in: loon, vakantiegeld en / of vakantietoeslag.

² Zie art. 151 e.v. VWEU.

³ De rechtskracht van Europese wetgeving is af te leiden uit het supranationale karakter wat de Europese Unie draagt volgens de stemming per gekwalificeerde meerderheid ex art. 294 VWEU.

Doelstelling

Op 27 mei 2013 zal er een eindschrift worden overhandigd aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys met daarin een beschrijving van het onderzoek naar de beweegredenen die ten grondslag liggen aan de loongarantieregeling voor werknemers, zowel nationaal als Europees gezien, en hoe deze loongarantieregeling zich verhoudt tot de preferentieregeling ex art. 213m lid 2 en 3 Fw, met daarin conclusies en aanbevelingen zodat de opdrachtgever dit kan verwerken in haar promotieonderzoek.

Methodiek

Om de verhouding tussen de loongarantieregeling en de preferentieregeling te beschrijven is het van belang de afzonderlijke regelingen te ontleden. Bij het onderzoek naar de loongarantieregeling is gebruik gemaakt van rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Er is gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van de nationale loongarantieregeling. Daarnaast zijn Europese richtlijnen betrokken die eenzelfde bescherming aan de werknemer beogen te bieden als de nationale loongarantieregeling. Bij het onderzoek naar de preferentieregeling die geldt bij faillissement van een verzekeraar is eveneens gekeken naar de totstandkoming op zowel Europees niveau als op nationaal niveau. Daarna is de werking van de preferentieregeling beschreven aan de hand van de wet en literatuur. Aan de hand van de beschikbare praktijkvoorbeelden is middels casestudy de werking van de preferentieregeling in de praktijk beschreven. De uiteindelijke beschrijving van de verhoudingen van de regelingen tot elkaar is geschied op basis van de overeenkomsten en verschillen tussen beide regelingen. De onderhavige scriptie is voornamelijk beschrijvend en vergelijkend van aard.

Leeswijzer

Omdat de loongarantieregeling en de preferentieregeling een klein specialistisch onderdeel van het positieve recht beslaan worden in hoofdstuk 2 de bij beide regeling betrokken partijen nader omschreven. Hoofdstuk 3 gaat in op de loongarantieregeling. Er wordt eerst gekeken naar de totstandkoming en werking van de nationale loongarantieregeling en vervolgens naar de totstandkoming en werking van richtlijn 2008/94/EG. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een beschrijving van de verhouding tussen de loongarantieregeling en de in de richtlijn beschreven doelen. Hoofdstuk 4 gaat in op de preferentieregeling die geldt bij faillissement van een schade- of levensverzekeraar. De totstandkoming van de preferentieregeling wordt beschreven aan de hand van richtlijn 2001/17/EG en Nederlandse parlementaire geschiedenis. In het vervolg van het hoofdstuk komen de werking van de preferentieregeling en de verschillen tussen de preferentieregeling ten aanzien van schade- en levensverzekeraars aan bod. Hoofdstuk 5 gaat in op de verhouding tussen de twee regelingen. Ten slotte zijn in hoofdstuk 6 de getrokken conclusies verwoord, op basis waarvan in dat hoofdstuk aanbevelingen worden gedaan waarna wordt afgesloten met een korte evaluatie van het onderzoek in hoofdstuk 7.

Hoofdstuk 2 Terminologie

Dit hoofdstuk gaat in op de betekenis van de terminologie zoals die voorkomt in de loongarantieregeling en de preferentieregeling. Eerst zal ingegaan worden op het begrip verzekering, daar dit voor de uitlegging van de verdere begrippen van belang is. Daarna zal de verdere terminologie worden besproken aan de hand van zowel de loongarantieregeling als de preferentieregeling die geldt bij faillissement van een verzekeraar.

2.1 Verzekering

De wet spreekt in art. 7:925 lid 1 BW van een overeenkomst waarbij de verzekeraar zich tegen het genot van premies jegens de verzekeringnemer verbindt tot het doen van uitkeringen. Er is eveneens vereist dat bij het sluiten van de overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, (of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren). Binnen een verzekeringsovereenkomst neemt het element onzekerheid een centrale plaats in. Die onzekerheid vloeit voort uit het feit dat de overeenkomst van verzekering van oudsher een kansovereenkomst is en dat de werking van de verbintenis afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis of feitelijke gesteldheid.⁴ Het BW kent twee hoofdsorten verzekeringen; de schadeverzekering en de sommenverzekering.⁵ Naast de benadering van een overeenkomst tot verzekering vanuit het civiele recht, kan de verzekeringsovereenkomst worden benaderd op basis van de toezichtwetgeving en de internationale jaarrekeningstandaarden.⁶ De keuze om de verzekeringsovereenkomst civielrechtelijk te benaderen heeft te maken met het feit dat het BW basaal ingaat op deze bijzondere overeenkomst; voor zover noodzakelijk voor de uitlegging van begrippen zal wel aangesloten worden bij de Wft als toezichtwetgeving.

Hiernavolgend worden specifiek de schade- en levensverzekering uitgewerkt, nu begrip van deze overeenkomsten tot verzekering van belang zijn bij de preferentieregeling. Daarna worden kort de verschillen tussen de beide overeenkomsten tot verzekering uitgewerkt.

2.1.1 Schadeverzekering

Art. 7:944 BW geeft een omschrijving van de overeenkomst tot schadeverzekering. Een schadeverzekering is de verzekering die strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden. Voor de definitie van vermogensschade wordt aangesloten bij art. 6:96 lid 1 BW. Het gaat om elk te lijden vermogensrechtelijk nadeel, dat is zowel geleden verlies als gederfde winst. De kern van de schadeverzekering is vastgelegd in het indemniteitsbeginsel, dat inhoudt dat een verzekerde niet in een duidelijk voordeliger positie mag geraken als gevolg van het intreden van het risico.⁷ Daarnaast is de uitkeringsplicht van de schadeverzekeraar het gevolg van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belang is getroffen. Met name deze laatste voorwaarde doet een overeenkomst tot verzekering kwalificeren als schadeverzekering.⁸

Art. 1:1 Wft geeft overige uitbreidingen en beperkingen op de definitie ex art. 7:944 BW. Zo zijn natura-uitvaartverzekeringen en financiële instrumenten zoals derivaten *geen* schadeverzekeringen, en zijn ongevallenverzekeringen en sommenverzekeringen die *geen* levensverzekeringen zijn *wel* schadeverzekeringen.

⁴ P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5 & 6.

⁵ Dit blijkt uit art 7:925 lid 1 BW en uit de gelaagde structuur van het BW.

⁶ G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 81.

⁷ M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, (Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 17.

⁸ Zesde Nota van Wijziging van 17 mei 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 56.

2.1.2 Levensverzekering

De tweede hoofdsoort is de sommenverzekering, waarbij het niet gaat om en / of in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Een levensverzekering valt onder de categorie sommenverzekeringen en is een in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering ex art. 7:975 BW. De levensverzekering heeft zoals iedere verzekeringsovereenkomst als kenmerk het kanselement. Daarmee wordt bedoeld op de relatie tussen de hoogte van de uitkering en het leven of de dood van een mens. Dit is echter een vrij ruime uitleg, in de praktijk bleek 'het doen van uitkeringen in verband met het leven of de dood van de mens' onvoldoende onderscheidend vermogen te verschaffen om het onderscheidend vermogen met bancaire spaarvormen te duiden. De toenmalige Verzekeringskamer, de rechtsvoorganger van DNB, heeft ter afbakening van het begrip de eis gesteld dat de verzekeringnemer een kans op substantieel voordeel moet krijgen dan overeenkomt met de waarde van de betaalde premies.⁹ Een ander kenmerk van de levensverzekering is dat deze overeenkomst enkel door natuurlijke personen kan worden afgesloten. Dit blijkt ten eerste uit de formulering van de wettekst *"in verband met het leven of de dood"*, maar eveneens uit art. 7:964 BW, waar staat dat de sommenverzekering – waar de levensverzekering onder valt – alleen van toepassing kan zijn op personenverzekeringen.

2.1.3 Verschillen tussen overeenkomst tot schade- en levensverzekering

Een belangrijk verschil tussen de schadeverzekering en de levensverzekering is het al dan niet van toepassing zijnde indenniteitsbeginsel. Dat beginsel geldt niet bij de levensverzekering, omdat de uitbetaling van gelden uit hoofde van die verzekering niet per definitie dient tot vergoeding van schade en in die zin kan de begunstigde niet in een voordeliger positie geraken.¹⁰ Een ander verschil tussen de schadeverzekering en de levensverzekering is de mogelijkheid van een schadeverzekeraar om de uitkering te verhalen op een aansprakelijke derde op grond van subrogatie.¹¹ In het kader van de schadeverzekering is subrogatie mogelijk op grond van art. 7:962 BW. Een laatste verschil tussen de schade- en de levensverzekeraar is het verschil in bedrijfsvoering van beide ondernemingen. In de literatuur wordt dit het combinatie- of compositieverbod genoemd, wat inhoudt dat een directe levensverzekeraar niet tegelijkertijd een direct schadeverzekeringsbedrijf mag uitoefenen. Dit verbod geldt echter niet voor herverzekeraars. Het combinatieverbod vloeit voort uit art. 2:28 Wft. Dit combinatieverbod is gegrond op het feit dat de verschillende verzekeringsbedrijven een geheel verschillende bedrijfsvoering hebben. De levensverzekeraar werkt vooral op basis van een kapitaalopbouwsysteem, terwijl de schadeverzekeraar met name werkt op basis van een omslagstelsel. Kort gezegd zijn de gelden die de polishouder betaalt voor een levensverzekering bedoeld ter uitkering aan die polishouder of begunstigde. De bedrijfsvoering is met name gericht op langetermijnstructuur, wat beleggingen, premiegelden et cetera betreft. De bedrijfsvoering binnen een schadeverzekeraar is meer gericht op kortetermijnstructuur, daar premiegelden vooral worden gebruikt ter uitkering voor de op dat moment aanwezige uitkeringsgronden.¹²

2.2 Loongarantieregeling

In deze paragraaf worden de bij de loongarantieregeling betrokken partijen nader omschreven. Zoals in de inleiding kort aangestipt is, beoogt de loongarantieregeling werknemers van failliete werkgevers te beschermen tegen de daarmee gemoeide

⁹ G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 85-87.

¹⁰ Een en ander blijkt ook uit art. 7:960 BW, nu deze bepaling is opgenomen in afdeling 7.17.2 BW.

¹¹ S.J. Plemp, *Verzekeringsrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2009, p. 38.

¹² G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 91, 92.

betalingsonmacht. Hiernavolgend worden de werknemer, de werkgever en het UWV behandeld.

2.2.1 Werknemer

Het begrip werknemer in de zin van hoofdstuk IV WW is gelijk aan het werknemersbegrip ex art. 3-8a WW, met de aanvulling dat de persoon die uitsluitend omdat hij 65 jaar of ouder is geen werknemer is, ook werknemer is ex art. 67 sub c WW. In het kader van de loongarantieregeling is een werknemer een persoon die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat, ongeacht de leeftijd van die persoon. Een privaatrechtelijke dienstbetrekking veronderstelt een arbeidsverhouding die gebaseerd is op een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW.¹³ Een publiekrechtelijke dienstbetrekking is de arbeidsverhouding van een overheidswerkgever met een ambtenaar. Deze arbeidsverhouding is gebaseerd op een beschikking in de zin van de Awb.¹⁴

2.2.2 Werkgever

De werkgever in de zin van hoofdstuk IV WW is de persoon die ex art. 61 WW in staat van faillissement is verklaard, aan wie surseance van betaling is verleend, of ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is, of anderszins in een toestand verkeerd dat hij is opgehouden loongelden aan de werknemer te betalen. De werkgever is de partij die ingevolge de dienstbetrekking partij is bij die overeenkomst of beschikking, zoals aangestipt in paragraaf 2.2.1.

2.2.3 UWV

Het UWV heeft in de loongarantieregeling een bijzondere positie; het UWV neemt de loonbetalingsverplichting van de werkgever aan de werknemer over, waarna de rechten van de werknemer worden gesubrogeerd aan het UWV. Met betrekking tot de overgenomen loongelden neemt het UWV dan een bevoorrechte positie in ex art. 66 WW. Tijdens de duur van de betaling van loongelden door het UWV wordt het UWV als werkgever aangemerkt ex art. 11 lid 1 sub b jo. lid 2 WW. Op grond van hoofdstuk IV WW heeft het UWV feitelijk alleen de taak tot vaststellen van het recht op uitkering op grond van de loongarantieregeling; de wet geeft geen termijnen voor het daadwerkelijk overgaan tot betaling.

2.3 Preferentieregeling

In deze paragraaf worden de bij de preferentieregeling betrokken partijen nader omschreven. Voor zover mogelijk wordt bij de uitlegging van de volgende begrippen afdeling 11B Fw als vertrekpunt genomen, omdat de preferentieregeling voor failliete verzekeraars in deze afdeling is opgenomen. Hiernavolgend komen de verzekeringnemer en de verzekeraar aan bod, beiden uitgelegd op zowel het niveau van schade- als levensverzekering. Daarna worden ook de partijen werknemer en werkgever geschetst in het kader van de preferentieregeling.

2.3.1 Verzekeringnemer

Art. 7:925 lid 1 BW geeft een beknopte definitie van verzekeringnemer. De verzekeringnemer is die partij bij een overeenkomst tot verzekering die door het voldoen van premie, aanspraken kan maken op een of meer uitkeringen, waar bij het sluiten van de overeenkomst nog geen zekerheid over bestond. De term polishouder wordt in het

¹³ S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 37.

¹⁴ S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 42.

maatschappelijk verkeer ook wel gebruikt om deze partij bij de overeenkomst tot verzekering te duiden. In deze scriptie worden de term verzekeringnemer en polishouder door elkaar gebruikt ter vertegenwoordiging van eenzelfde definitie. Het is niet zo dat de verzekeringnemer gelijk is aan de tot uitkering gerechtigde als bedoeld in art. 7:926 lid 2 BW. De levensverzekering brengt namelijk met zich mee dat de nabestaanden van de verzekeringnemer, bij overlijden van de verzekeringnemer, aanspraak maken op de uitkering. De nabestaanden kunnen ook begunstigten worden genoemd; in deze scriptie zal worden gesproken over begunstigten.

2.3.2 Verzekeraar

De verzekeraar als bedoeld in de preferentieregeling is een schade- of levensverzekeraar als bedoeld in art. 1:1 Wft ex art. 213 aanhef en sub a Fw. Volgens art. 1:1 Wft is de schadeverzekeraar degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van schadeverzekeringen voor eigen rekening en het afwickelen van die schadeverzekeringen. De levensverzekeraar is volgens art. 1:1 Wft degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van levensverzekeringen voor eigen rekening en het afwickelen van die levensverzekeringen. In de literatuur worden er twee hoofdkenmerken genoemd die aan de verzekeraar als verzekeringsbedrijf worden verbonden. Er moet sprake zijn van het sluiten van overeenkomsten van verzekering en deze moeten gesloten worden met een bedrijfsmatig karakter.¹⁵ Een verzekeraar is derhalve een private onderneming. De verzekeraar wordt in deze scriptie ook wel als verzekeringsonderneming omschreven.

2.3.3 Werknemer

De leden 2 en 3 van art. 213m Fw bevatten beiden de formulering ‘werknemers en gewezen werknemers’; in deze scriptie zal worden gesproken over (oud-)werknemers. Het werknemersbegrip wordt in afdeling 11B Fw niet verder uitgewerkt, waardoor voor de uitleg van het begrip aangesloten wordt bij het BW. De werknemer is de partij die een contractuele relatie heeft met de werkgever, zo blijkt uit art 7:610 BW. In een arbeidsrelatie is de werknemer per definitie een zwakkere partij, omdat er sprake is van een scheve afhankelijkheidsrelatie. De werknemer is afhankelijk van de werkgever ten aanzien van de duur van de dienstbetrekking en ten aanzien van de betaling van loon. Een kenmerk van deze scheve afhankelijkheidsrelatie hangt samen met het uitbetaald krijgen van loon. De financiële consequenties die zijn verbonden aan het niet betaald krijgen van loon, zijn van grote maatschappelijke waarde. Het is daarom dat de wetgever de werknemer extra heeft willen beschermen voor nadelige gevolgen die voortvloeien uit handelingen van de werkgever.¹⁶

2.3.4 Werkgever

In het kader van de preferentieregeling worden er geen nadere eisen aan de werkgever gesteld, behoudens het feit dat de werkgever failliet moet zijn verklaard op grond van afdeling 11B Fw.

¹⁵ G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 75.

¹⁶ J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht* (Individueel arbeidsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 24.

Hoofdstuk 3 Loongarantieregeling

Dit hoofdstuk gaat in op de loongarantieregeling die geldt bij betalingsonmacht van de werkgever op nationaal niveau. Er wordt een beschrijving gegeven van de totstandkoming en de inhoud van de regeling, zowel historisch als actueel gezien. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk de Europese richtlijn 2008/94/EG besproken, nu dat de thans geldende basis is ter bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever op Europees niveau. Van deze richtlijn wordt eveneens de totstandkoming en de inhoudelijke werking tegen het licht gehouden. Het hoofdstuk sluit af met een vergelijking van de beide regelingen, waarin de verschillen en overeenkomsten worden beschreven.

3.1 De nationale loongarantieregeling

In deze paragraaf worden de totstandkoming, de inhoudelijke werking van de nationale loongarantieregeling besproken en het sociale karakter van de WW besproken. Het vertrekpunt is de eerste kennismaking met de loongarantieregeling, het moment dat de Nederlandse wet een loongarantieregeling kreeg. Vanuit dit historische punt wordt – wat de werking van de loongarantieregeling betreft – uiteindelijk aangesloten bij de loongarantieregeling zoals die thans van kracht is.

3.1.1 Totstandkoming

De loongarantieregeling is een sociale voorziening die door de overheid in het leven is geroepen. De WW (oud) bevatte bij de inwerkingtreding in 1952 geen bepalingen die strekten tot overneming van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen.¹⁷ In de huidige bewoording zou men zeggen dat er geen loongarantieregeling was. In 1966 heeft de toenmalige minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid de Sociaal Economische Raad gevraagd onderzoek te doen naar het compenseren van het directe financiële nadeel dat werknemers ondervinden, naast een aanzienlijke terugval in inkomsten voor de nabije toekomst, doordat het in het verleden verdiende inkomen niet aan hen wordt uitbetaald. De Sociaal Economische Raad heeft het onderzoek opgedragen aan zijn Commissie Sociale Verzekeringen. De resultaten van deze onderzoekscommissie zijn verwerkt in de Memorie van Toelichting ten behoeve van de uitbreiding van de strekking en nadere wijzigingen van de Werkloosheidswet.¹⁸

De commissie geeft als eerste aan dat de sluiting van ondernemingen wegens onvoldoende financiële middelen ernstige gevolgen voor alle betrokkenen kan hebben. Volgens de commissie hoeft dit echter niet te betekenen dat deze nadelige gevolgen zonder meer zouden moeten worden aanvaard. Dit geldt in het bijzonder voor degenen die wegens hun zwakke sociale positie, het minst in staat zijn de nadelige gevolgen te dragen, dan wel door een dergelijke sluiting bijzonder zwaar worden getroffen. Zowel in het rapport van de commissie als in de Memorie van Toelichting wordt niet verder ingegaan op definiëring van *mensen met een sociaal zwakke positie*, maar vanuit de literatuur gezien kan er vanuit worden gegaan dat de werknemer in de zin van de WW per definitie een sociaal zwakke positie heeft.¹⁹ Voor deze groepen mensen moeten voorzieningen worden getroffen om de nadelige gevolgen weg te nemen dan wel te beperken. Met name de omstandigheid dat de loonbetaling voor de werkgever de tegenprestatie vormt van de door de werknemer verrichte arbeid, vereist waarborging dat de werknemer een uitkering ontvangt welke gelijk is aan de achterstallige loongelden. De commissie geeft eveneens aan dat een dergelijke voorziening publiekrechtelijk

¹⁷ Stb. 1949, 423.

¹⁸ Kamerstukken II 1967/68, 9515, nr. 3, p. 3.

¹⁹ Zie o.a. F.J.L. Pennings & A.C. Damsteegt, *De Werkloosheidswet*, (Monografieën sociaal recht), Deventer: Kluwer 2009, p. 14 en J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht* (Individueel arbeidsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 24.

vormgegeven moet worden, omdat van private voorzieningen niet kan worden verwacht dat zij betrekking hebben op alle werknemers.²⁰ De minister volgde het advies van de commissie op, dat blijkt uit het feit dat de financiering van deze regeling ten laste van de wachtgeldfondsen van de bedrijfsverenigingen kwam.²¹ In 1968 zijn de artikelen ten behoeve van de loongarantieregeling in de WW (oud) opgenomen.²²

Het begrip wachtgeldfondsen is als zodanig niet meer terug te vinden in de huidige wet- en regelgeving.²³ Sinds 2006 moet de definitie van wachtgeldfonds gevonden worden in het ruimere begrip sectorfonds.²⁴ In hoofdstuk 7.3.1 Wfsv wordt uitgelegd dat een sectorfonds een door het UWV per bedrijfssector ingesteld fonds is, waarvan het UWV onder andere de uitgaven als bedoeld in art. 104 Wfsv beheert.²⁵ Uit de Memorie van Toelichting blijkt echter dat de financiering van de loongarantieregeling ten laste van de bedrijfsverenigingen kwam.²⁶ Bedrijfsverenigingen waren uitvoeringsinstanties van de WW, maar hebben sinds 1997 deze taak niet meer en bestaan ook niet langer als zodanig. De bedrijfsverenigingen zijn gefuseerd en overgegaan op het UWV.²⁷ Kortom: de financiering van de loongarantieregeling wordt publiekrechtelijk vormgegeven.

De thans geldende loongarantieregeling is te vinden in hoofdstuk IV WW. Op 1 januari 1987 trad deze wet in werking.²⁸ De bepalingen betreffende het overnemen van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij betalingsonmacht van de werkgever zijn niet bedoeld voor de individuele werknemer aan wie de werkgever niet (volledig) het loon betaalt.²⁹ De regeling beoogt ingevolge de Memorie van Toelichting nog steeds dat de financiële gevolgen van de betalingsonmacht van de werkgevers door de bedrijfsverenigingen worden overgenomen. Dat betekent dat de loonvordering van de werknemer nog steeds gewaarborgd wordt middels een publiekrechtelijke voorziening. Om verdere overeenkomsten met de invoering van de loongarantieregeling in 1968 te duiden, wordt geschreven dat de overwegingen die ten tijde van de invoering van deze regeling in de WW (oud) golden, nog steeds ten volle gelden.³⁰ Bij de invoering van de huidige WW ging het om de vereenvoudiging van het sociale stelsel (en daarmee de samenvoeging van de WW (oud) en de Wet Werkloosheidsvoorziening) en niet zo zeer om een nieuw vorm te geven loongarantieregeling.³¹

3.1.2 Werking

Art. 42a WW (oud) geeft aan dat de werknemer jegens de bedrijfsvereniging aanspraak kan maken op het hem nog toekomende loon. De regeling heeft in beginsel betrekking op gevallen waarin een werkgever, die in staat van faillissement is verklaard of aan wie surseance van betaling is verleend, in gebreke is aan een werknemer te betalen hetgeen hij hem aan loon, vakantiegeld of vakantietoeslag verschuldigd is, terwijl voorts het bestuur van de bevoegde bedrijfsvereniging kan beslissen dat de regeling ook toepassing vindt indien een werkgever heeft opgehouden te betalen, zonder in staat van faillissement verklaard is of surseance van betaling is verleend.

²⁰ Uitgave van de Sociaal Economische Raad 1967, no. 2.

²¹ *Kamerstukken II* 1967/68, 9515, nr. 3, p. 5.

²² *Stb.* 1968, 375.

²³ T. de Bondt, *Kluwer Sociale Zaken* 2391.

²⁴ T. de Bondt, *Kluwer Sociale Zaken* 2187.

²⁵ Art. 94 lid 2 Wfsv. De andere taak van het UWV ten aanzien van een sectorfonds is het beheren van de middelen als bedoeld in art 103 Wfsv.

²⁶ *Kamerstukken II* 1967/68, 9515, nr. 3, p. 5.

²⁷ F.J.L. Pennings & A.C. Damsteegt, *De Werkloosheidswet*, (Monografieën sociaal recht), Deventer: Kluwer 2009, p. 16.

²⁸ *Stb.* 1986, 597.

²⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 68.

³⁰ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 69.

³¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 3.

De bedrijfsvereniging hoeft echter geen aanspraken te honoreren als de betrokken werknemer ander werk heeft gevonden. De referentieperiodes die van toepassing zijn op de honorering van de loongelden zijn beschreven in het eerste lid. Op de aanspraak op het toekomstige loon wordt een referentieperiode van dertien weken in acht gehouden. De loonaanspraak die de werknemer heeft vanwege onvrijwillige werkloosheid geldt over ten hoogste zes weken ex art. 40 Fw, waar art. 42a lid 1 sub b WW (oud) naar verwijst. De referentieperiode ten aanzien van het toekomstige vakantiegeld en de vakantietoelage bedraagt een jaar.

Art. 42b WW (oud) regelt dat de bedrijfsvereniging de inhouding en betaling van bedragen die de werknemer normaliter dient te betalen verzorgt. Art. 42c WW (oud) zorgt ervoor dat voorkomen wordt dat de betalingen worden gedaan indien de lonen wél zijn betaald. Als de hoogte van de loongelden niet makkelijk zijn vast te stellen, kan de werknemer een voorschot verzoeken. Art. 42e geeft aan dat wanneer de bedrijfsvereniging de loongelden aan de werknemer voldoet, de bedrijfsvereniging een preferente vordering op de werkgever krijgt. Dat betekent dat het voorrecht dat de werknemer heeft overgaat op de bedrijfsvereniging, met name omdat de vordering van de bedrijfsvereniging in dit geval niet eerst na de faillietverklaring zou ontstaan, waardoor voldoening van de vordering pas na afwikkeling van het faillissement kan worden voldaan.

Na het doornemen van de artikelen die de huidige loongarantieregeling vormen, kan worden geconcludeerd dat inhoudelijk weinig is veranderd aan de werking van de loongarantieregeling ten opzichte van de wettekst die gold bij de invoering in 1968.³² Deze conclusie is mede gebaseerd op de Memorie van Toelichting waarin staat dat de overwegingen ten tijde van invoering van de loongarantieregeling nog geheel gelden.³³ Dat betekent dat de loongarantieregeling nog eenzelfde totstandkomingsbasis heeft, waarmee samenhangt dat ook de werking van deze regeling niet fundamenteel veranderd is.

De financiering van de loongarantieregeling is op de achtergrond wel veranderd, maar dit komt omdat de bedrijfsvereniging niet meer als zodanig functioneert waardoor nu het UWV belast is met de uitvoering van de financiering. Meer specifiek komen de uitkeringen op grond van de loongarantieregeling ten laste van het Algemeen Werkloosheidsfonds ex art. 100 Wfsv. Dit is echter geen fundamentele verandering voor de werking van de loongarantieregeling.

Er zijn wel enkele aanvullingen / nuanceringen vanuit de jurisprudentie gekomen. In het kader van dit perspectief op de loongarantieregeling is de volgende aanvulling relevant. Bij toepassing van de loongarantieregeling wordt een groot beroep gedaan op de werknemer; in de rechtspraak is beslist dat de werknemer tijdig, voldoende voortvarend en gericht actie moet hebben ondernomen om de werkgever ertoe te brengen de vordering alsnog te voldoen.³⁴

3.1.3 Sociaal karakter WW

De WW valt in Nederland binnen het stelsel van de sociale zekerheid. Sociale zekerheid strekt ertoe de mens bescherming te verlenen tegen erkende sociale risico's. Het gaat dan om risico's als de afwezigheid van een inkomen uit arbeid, arbeidsongeschiktheid, en in het algemeen het ontbreken van voldoende middelen om een menswaardig bestaan te leiden.³⁵ Hetgeen in de WW is vastgelegd, is te beschouwen als een vaste, verplichte basiszekerheid. Eveneens het feit dat het financieringssysteem van de WW is gebaseerd op een systeem van loondervingsregelingen met vangnet, geeft aan dat de regelingen die

³² P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 77.

³³ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 69.

³⁴ CRvB 18 februari 1992, RSV 1992/221; CRvB 22 juni 2011, LJN BQ9004.

³⁵ D. Pieters, *Sociale Zekerheid begrijpen*, Leuven: Acco 2008, p. 18 & 19.

in de WW zijn opgenomen als vangnet beschouwd mogen en moeten worden.³⁶ Daarmee wordt ook de loongarantieregeling als een laatste redmiddel gezien. Ook Nelissen-Noij schrijft bevestigend dat de loongarantieregeling als een laatste redmiddel geldt en gaat er daarbij vanuit dat de werknemer eerst geprobeerd moet hebben de werkgever tot betaling aan te spreken.³⁷

3.2 Richtlijn 2008/94/EG

Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever beschrijft de bescherming van de werknemer van een failliet op Europees niveau. In deze paragraaf worden de overwegingen die ten grondslag liggen aan deze richtlijn uiteengezet. Daarnaast wordt een weergave van de werking van deze richtlijn gegeven.

3.2.1 Totstandkoming

Blijkens het voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen is de onderhavige richtlijn tot stand gekomen ter vereenvoudiging en verduidelijking van het Gemeenschapsrecht.³⁸ De onderhavige richtlijn vervangt richtlijn 80/987/EEG en alle verschillende wijzigingsbesluiten die daarop van toepassing waren. Ter verschaffing van rechtszekerheid voor de burger wordt de onderhavige richtlijn gecodificeerd. De overwegingen van richtlijn 2008/94/EG verwijzen incidenteel naar de oudere richtlijn 80/987/EEG. De basis voor deze richtlijn is te vinden in de gedachte strekkend ter verwezenlijking van de interne markt. Op dit gebied moet de interne markt leiden tot een verbetering van zowel de levensstandaard als de arbeidsvoorwaarden voor werknemers. Dit met inachtneming van een evenwichtige economische en sociale ontwikkeling in de Gemeenschap, blijkens de derde overweging van richtlijn 2008/94/EG. Kortom: de huidige richtlijn is een eenduidige bundeling van de geldende regels.

3.2.2 Werking

Het toepassingsgebied van deze richtlijn is beperkt tot uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers tegenover werkgevers die in staat van insolventie verkeren.

De richtlijn geeft een definitie van de werkgever die in staat van insolventie verkeert in art. 2 lid 1. Er moet zijn verzocht om opening van de nationale bepalingen die ertoe leiden dat de werkgever het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of gedeeltelijk verliest, dat er een curator wordt aangewezen en dat de daartoe bevoegde autoriteit de faillissementsprocedure opent dan wel constateert dat het beschikbare vermogen ontoereikend is om opening van de procedure te rechtvaardigen. Vervolgens geeft art. 2 aan dat drie categorieën niet uitgesloten mogen worden van de werkingssfeer van de richtlijn, zoals vermeld in lid 2.³⁹

De richtlijn vereist van de lidstaten dat zij een waarborgfonds oprichten teneinde de on vervulde betalingsverplichting van de betrokken werkgevers te waarborgen. Deze betalingsonmacht van de werkgevers betreft de onbetaalde lonen over een periode voor

³⁶ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 17 & 95, geeft een precieze omschrijving van de loondervingsregelingen.

³⁷ A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, 'Het Van Ardennen-arrest en de verplichtingen van een werknemer bij insolventie van de werkgever', *PS Documenta* 2012/36, afl. 3, p. 192-208.

³⁸ COM/2006/0657 def.

³⁹ Het gaat hier om deeltijdwerkers in de zin van richtlijn 97/81/EG, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de zin van richtlijn 1999/70/EG en werknemers met een uitzendarbeidsbetrekking in de zin van art. 1, punt 2, van richtlijn 91/383/EEG.

en / of na een door de lidstaat vastgestelde datum, ex art. 3. De periode waarover het waarborgfonds de onvervulde aanspraken honoreert mag per lidstaat verschillen, doch mag niet korter zijn dan over de laatste drie maanden van de arbeidsbetrekking voor en / of na die vastgestelde datum. Lidstaten kunnen ook plafonds vaststellen ter zake van de hoogte van de betalingen van het waarborgfonds, maar het moet te allen tijde verenigbaar zijn met de sociale doelstelling van de richtlijn, ex art. 4. Er mag niet ten nadele van de richtlijn worden afgeweken. Ter functionering van het waarborgfonds moet het vermogen van de fondsen gescheiden zijn van het bedrijfskapitaal van de werkgevers. Om de werknemer zekerheid te bieden geeft de richtlijn aan dat het fonds de verplichting heeft aanvragen te honoreren, ongeacht in hoeverre de verplichting tot bijdrage in de financiering is nagekomen, ex art. 5. Ter zake van de sociale zekerheid in de lidstaten dienen de lidstaten zich ervan te vergewissen dat de nodige maatregelen worden getroffen om de belangen van de werknemers te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten, ex art. 8. De 'nodige maatregelen' zijn eerder in deze alinea besproken. De richtlijn brengt tevens een waarborgverplichting met zich mee voor de lidstaten inzake grensoverschrijdende gevallen.

De richtlijn bevat daarnaast enkele algemene bepalingen, inhoudende dat de lidstaten altijd mogen afwijken van deze richtlijn, mits dit gunstiger is voor de werknemer. Daarnaast mag deze richtlijn niet het effect hebben dat de bestaande nationale regelingen de situatie voor de werknemer verslechteren door toepassing van deze richtlijn. Dit vloeit voort uit de minimumharmonisatieverplichting voor de lidstaten, zoals deze Europese wetgeving is te typeren.⁴⁰

3.3 Verhouding van de loongarantieregeling ten opzichte van de richtlijn

Zoals blijkt uit de overwegingen die ten grondslag liggen aan richtlijn 2008/94/EG is te zien dat er regelmatig met nadruk wordt aangesloten bij het al bestaande nationale recht van de lidstaat. Dit is niet verwonderlijk, nu de nationale loongarantieregeling al bestond voordat er een richtlijn kwam aangaande de bescherming van werknemers bij insolventie van werkgevers.⁴¹ Eveneens wordt er een minimum kader geschapen in de richtlijn waarin de lidstaten een loongarantieregeling kunnen en moeten vormgeven. Aan de hand van kernpunten van de loongarantieregeling wordt aangegeven of de Nederlandse loongarantieregeling voldoet aan de op Europees niveau geschetste kaders.

3.3.1 Uitkeringsperiode

De periode waarover een waarborgfonds de loongelden van een werknemer moet honoreren is volgens de richtlijn minimaal drie maanden; de huidige nationale loongarantieregeling keert het loon uit aan de werknemer over ten hoogste dertien weken. Art. 63 WW geeft aan dat als de werknemer niet tijdig aangifte doet bij het UWV van de betalingsonmacht van de werkgever, dat het UWV de uitkering tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk kan weigeren. Dat houdt in dat er in dat geval minder dan dertien weken aan de werknemer kan worden uitbetaald. Deze verplichting tot het doen van tijdige aangifte is echter de enige grond om de uitkering van ten hoogste dertien weken te beperken. De verplichting uit art. 63 WW roept de vraag op of deze verplichting mag worden gesteld op straffe van tijdelijke of blijvende, gehele of gedeeltelijke weigering tot uitkering in het licht van de huidige richtlijn. De Centrale Raad van Beroep heeft in een soortgelijke casus prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie.⁴² In die zaak verzetten werknemers zich tegen het feit dat ze werden gekort op de uitkering op grond van de loongarantieregeling door het UWV. Deze korting werd door het UWV toegepast

⁴⁰ De rechtsgrondslag van richtlijn 2008/94/EG is art. 137 lid 2 EG, thans vervangen door art. 153 VWEU. Art. 153 lid 4 VWEU geeft een kenmerk van minimumharmonisatie aan: lidstaten worden vrij gelaten maatregelen te handhaven of in te voeren met een hogere graad van bescherming die met het verdrag verenigbaar is.

⁴¹ Inwerkingtreding respectievelijk 1968 en 1980.

⁴² HvJ EG 17 november 2011, C-435/10, USZ 2012/17 (m.nt. A.P. van der Mei).

indien de werknemer niet voldeed zich als werkzoekende te laten registreren op grond van nationale wetgeving. Het Hof van Justitie oordeelde dat richtlijn 80/987/EEG zich verzet tegen een nationale regeling die werknemers, in geval van insolventie van hun werkgever, voor het volledig geldend maken van hun recht op honorering van on vervulde loonaanspraken, verplicht zich als werkzoekende te laten registreren. Het Hof van Justitie overweegt, gelet op het sociale doel van de richtlijn, dat de in art. 4 van de richtlijn toegestane beperkingen op de honorering van loonaanspraken, eng moeten worden uitgelegd. De richtlijn verzet zich derhalve tegen het opleggen van verplichtingen die bij overtreding forfaitaire en automatische korting opleveren ten aanzien van de in de richtlijn beschermde loonaanspraken. Een dergelijke korting zou in strijd zijn met het sociale doel van de richtlijn. De in het geding zijnde korting kan ook omschreven worden als straffkorting, daar de korting het recht op loonaanspraken van meet af aan tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk laat vervallen.⁴³

De kanttekening moet worden gemaakt dat de in het geding zijnde richtlijn 80/987/EEG niet meer van kracht is, zoals beschreven in paragraaf 3.2.1. De redenering van het Hof van Justitie is echter nog wel van kracht nu de intentie achter de huidige richtlijn dezelfde is als bij richtlijn 80/987/EEG. De redenering van het Hof van Justitie is eveneens toepasbaar op de beoordeling van de mogelijke weigering van uitkering op grond van de loongarantieregeling die het UWV toepast ex art. 63 WW, daar dit eveneens een geval is van straffkorting en de uitzondering niet is genoemd in art. 4 van de huidige richtlijn. Het Hof van Justitie zou in een geding omtrent art. 63 WW het besproken arrest van het Hof van Justitie analoog toepassen en art. 63 WW strijdig achten met de huidige richtlijn. Hier is ontoereikendheid van de huidige nationale loongarantieregeling in te lezen.

3.3.2 Financiering

Ten aanzien van de waarborgfondsen die de lidstaten moeten oprichten voldoet de loongarantieregeling, nu de betaling van de loongarantieregeling geschiedt middels een publiekrechtelijk vormgegeven 'waarborgfonds', namelijk het UWV. Het UWV beslist onafhankelijk van de werkgever(s) of de aanspraak op loongelden gehonoreerd wordt. Dat betekent dat de loongarantieregeling op dit kernpunt voldoet aan de richtlijn.

⁴³ A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, 'Het Van Ardennen-arrest en de verplichtingen van een werknemer bij insolventie van de werkgever', *PS Documenta* 2012/36, afl. 3, p. 192-208.

Hoofdstuk 4 Preferentieregeling

Ter uitvoering van Europese richtlijnen is in de Faillissementswet een afdeling opgenomen die betrekking heeft op het faillissement van een verzekeraar. Dit hoofdstuk gaat specifiek in op de preferentieregeling die geldt in geval van faillissement van een verzekeraar (verder: de preferentieregeling). De preferentieregeling staat in afdeling 11B Fw, meer specifiek in art. 213m Fw, met name de leden 2 en 3 die ingaan op een rangorderegeling voor respectievelijk een failliete schadeverzekeraar en een failliete levensverzekeraar. De eerste paragraaf gaat in op de totstandkoming van de preferentieregeling, waarbij de Europese richtlijnen worden betrokken. De tweede paragraaf gaat in op het deel in de preferentieregeling wat zowel bij de schadeverzekeraar als bij de levensverzekeraar overeenkomt. De derde en de vierde paragraaf van dit hoofdstuk gaan in op de specifieke elementen van de preferentieregeling, ten aanzien van de schadeverzekeraar respectievelijk de levensverzekeraar. De vijfde paragraaf gaat in op de verklaring en benoeming van de verschillen tussen de beide preferentieregelingen. Het hoofdstuk sluit af met een beschrijving van de werking van de preferentieregeling aan de hand van de beschikbare praktijkvoorbeelden.

4.1 Totstandkoming

Het wetsvoorstel ter invoering van art. 213m Fw vloeit volgens de Memorie van Toelichting voort uit de uitvoering van richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad.⁴⁴ Alvorens de nationale parlementaire behandeling te doorgronden, zal eerst gekeken moeten worden naar de genoemde richtlijn.

4.1.1 Richtlijn 2001/17/EG

De richtlijn betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen, zoals de richtlijn wordt genoemd, heeft een veel breder toepassingsgebied dan enkel de preferentieregeling die in dit hoofdstuk wordt omschreven. In het licht daarvan wordt er in deze paragraaf vooral gesproken over overweging 13 tot en met 16 en art. 10 van de richtlijn, nu deze bepalingen ingaan op de preferentieregeling. Het doel van de preferentieregeling is te zorgen voor een passend evenwicht tussen de bescherming van schuldeisers uit hoofde van verzekering en andere bevoorrechte schuldeisers die door de wetgeving van de lidstaten worden beschermd. Met schuldeisers uit hoofde van verzekering worden bedoeld de verzekeringnemer of de begunstigde. Voor een uitgebreidere beschrijving van de positie van de verzekeringnemer wordt verwezen naar paragraaf 2.3.1. Het is van het grootste belang dat verzekerden, verzekeringnemers, begunstigten en alle andere rechtstreekse vorderingen uit hoofde van verzekeringstransacties bescherming genieten naast de andere bevoorrechte schuldeisers. Een vordering uit hoofde van verzekering is een uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende vordering rechtstreeks op de verzekeraar ex art. 213 sub n Fw. De andere bevoorrechte schuldeisers zijn schuldeisers die op grond van art. 3:278 BW een wettelijk voorrecht hebben op goederen. Deze vorderingen ontstaan en komen voort uit de normale uitvoering van een bedrijf.

Met het oog op die bescherming moeten lidstaten zorgen voor een speciale behandeling van schuldeisers uit hoofde van verzekering overeenkomstig een in de richtlijn opgenomen methode. De richtlijn beschrijft twee verschillende methoden waaruit de lidstaten kunnen kiezen. De eerste methode wordt beschreven in art. 10 lid 1 sub a en houdt in dat schuldvorderingen uit hoofde van verzekering met betrekking tot de activa ter dekking van de technische voorzieningen absoluut bevoorrecht zijn boven alle andere

⁴⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 297, nr. 3, p. 1.

vorderingen op de verzekeringsonderneming. Het betekent dat er een bepaald deel van de algehele activa wordt gereserveerd ter dekking van de technische voorzieningen. Technische voorzieningen zijn reserveringen gebaseerd op kansberekeningen.⁴⁵ De kostprijs van schadeverzekeringen wordt bepaald aan de hand van de volgende elementen – ruwweg gezegd: schadelast, rente, kosten van de verzekeringsmaatschappij en provisie van het intermediair. Aan de hand van deze kostprijs kunnen kansberekeningen worden gemaakt, die haar basis vindt in het leerstuk van waarde en winst. De kansberekening houdt concreet in dat de verzekeraar zich moet baseren op de te verwachten ontwikkelingen in de vier genoemde elementen.⁴⁶ In het geval van levensverzekeringen is leeftijd de bepalende factor bij de kansberekening. Deze berekeningen worden gebaseerd op de statistische sterftcijfers.⁴⁷ De inhoud van technische voorzieningen is uitgewerkt in afdeling 3.3.8 van de Wft.⁴⁸ Het is bij deze methode van belang dat de verzekeringsonderneming een speciaal register aanlegt en bijhoudt ex art. 10 lid 3. In de bijlage van de richtlijn is bepaald dat het register ervan uitgaat dat het totale bedrag van de ingeschreven activa te allen tijde ten minste gelijk moet zijn aan het bedrag van de technische voorzieningen. Activa die, ten gunste van een schuldeiser of een derde, bezwaard zijn met een zakelijk recht, worden ter zake van dat bedrag niet meegeteld bij de berekening van het totale bedrag van ingeschreven activa.⁴⁹ Dat betekent dat niet de gehele activa ter dekking van de vorderingen van schuldeisers uit hoofde van verzekeraars aangesproken kunnen worden, doch slechts een deel van de activa en wel ter grootte van de hoogte van de technische voorzieningen.

De tweede methode die de richtlijn noemt is beschreven in art. 10 lid 1 sub b, en houdt in dat schuldvorderingen uit hoofde van verzekering met betrekking tot de algehele activa van de verzekeringsonderneming bevoorrecht zijn, boven alle andere vorderingen op de verzekeringsonderneming. Voorts zijn er vier mogelijke uitzonderingen daarop, te weten vorderingen van werknemers uit hoofde van arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking, vorderingen van de fiscus, vorderingen van sociale zekerheidsstelsels en vorderingen op activa waarop een zakelijk recht is gevestigd. De algehele activa van de verzekeringsonderneming vertegenwoordigen het geld dat is geïnvesteerd in verschillende bezittingen van de verzekeringsonderneming.⁵⁰ In beginsel hebben alle schuldvorderingen uit hoofde van verzekering bij deze methode een voorrecht op het totale vermogen van de verzekeringsonderneming. Indien er uitzonderingen in de nationale wet worden opgenomen, betekent dit dat de vorderingen uit hoofde van die uitzonderingen vóór alle andere schuldvorderingen uit hoofde van verzekering gaan. De richtlijn geeft niet aan of de vier genoemde mogelijke uitzonderingen statisch en integraal overgenomen moeten worden in de nationale wetgeving. Het zal naar alle waarschijnlijkheid niet gaan om een vaststaande volgorde binnen de vier uitzonderingen, omdat de lidstaten vrij wordt gelaten een keuze te maken of er uitzonderingen worden gemaakt ofwel welke uitzonderingen er worden gemaakt. Logisch gezien en naar analogie van de vrijheid die de lidstaten wordt gegeven zal de richtlijn naar de mening van de auteur niet doelen op statische plaatsen in de rangorderegeling.

Als een lidstaat de mogelijke uitzonderingen integraal overneemt, staan schuldvorderingen uit hoofde van verzekering op de vijfde plaats in de rangorderegeling van schuldeisers die geldt met betrekking tot de algehele activa van de verzekeringsonderneming.

⁴⁵ B. Bierman e.a., *Hoofdlijnen Wft*, (Recht en praktijk, financieel recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 99 e.v..

⁴⁶ A.B.E. Voûte, *Op zoek naar een kostprijs van verzekeringen* (oratie Rotterdam), 1985, p. 6.

⁴⁷ A.B.E. Voûte, *Op zoek naar een kostprijs van verzekeringen* (oratie Rotterdam), 1985, p. 9.

⁴⁸ Afdeling 3.3.8 Wft verwijst naar hoofdstuk 12 Besluit prudentiële regels Wft. In deze AMvB is opgenomen aan welke vereisten technische voorzieningen moeten voldoen.

⁴⁹ Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 inzake de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen (*PbEG* 2001, L 110/28), bijlage.

⁵⁰ P.R. de Geus, C. Klumper & J. Scholten, *Jaarrekeninglezen voor juristen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 12.

De twee mogelijke methoden waaruit de lidstaten moeten kiezen, worden door de richtlijn als fundamenteel gelijkwaardig beschouwd. Dit houdt in dat de beide methoden in de ogen van de Europese wetgever voldoen aan het doel van de richtlijn. De preferentieregeling werkt alleen als er voldoende gelden in de boedel zitten. Inherent aan een faillissement is dat er vaak onvoldoende gelden in de boedel zitten om alle schuldeisers te kunnen voldoen, waardoor niet concreet is vast te stellen dat de twee methoden fundamenteel gelijkwaardig zijn, nu de gelijkwaardigheid afhangt van de grootte van de boedel, naar de mening van de auteur. Het is derhalve niet vast te stellen welke methode een betere bescherming biedt ten aanzien van de schuldeisers uit hoofde van verzekering. Bij de eerste methode, waarbij een deel van de activa gereserveerd wordt ter dekking van de technische voorzieningen voor schuldeisers uit hoofde van verzekering, hangt de mate van bescherming af van de grootte van de technische voorzieningen. Daar zit een onzekerheid. Bij de tweede methode waarbij de algehele activa aan wordt gesproken ter voldoening van de schuldeisers uit hoofde van verzekering, krijgt de schuldeiser uit hoofde van verzekering te maken met een specifieke rangorderegeling. Hier bestaat onzekerheid uit een samenhang van de grootte van de boedel en de specifieke rangorderegeling.

Recente ontwikkelingen

De onderhavige richtlijn verliest echter zijn geldigheid per 31 december 2013. Wat de bepalingen betreffende de preferentieregeling aangaat, worden deze vervangen door de richtlijn Solvency II.⁵¹ Art. 275 lid 1 van richtlijn Solvency II geeft geen wijzigingen aan, ten opzichte van de hiervoor besproken, thans geldende richtlijn. Richtlijn Solvency II is nog niet in werking getreden, maar art. 275 behoeft volgens de nationale wetgever geen implementatie blijkens de transponeringstabel, nu bepalingen uit de richtlijn al in de bestaande artikelen zijn geïncorporeerd.⁵² De betekenis en de werking van art. 213m Fw zal met de inwerkingtreding van richtlijn Solvency II niet veranderen, waarbij opgemerkt wordt dat vorderingen van de fiscus een voorrecht hebben op alle goederen van de belastingschuldige. Dit voorrecht wordt beperkt door voorrechten als bedoeld in art. 3:287, 288 sub a en 284 BW ex art. 21 lid 2 IW 1990. Dat betekent dat het voorrecht van de fiscus sterk is, maar het geen vaststaande plaats in een rangorderegeling heeft. Op grond van de in richtlijn Solvency II zou het recht van de fiscus derhalve een sterker recht kunnen worden.⁵³ De reikwijdte van de scriptie leent zich er echter niet voor hierover uit te wijden.

4.1.2 Memorie van Toelichting

Zoals aangestipt in de inleiding van deze paragraaf, is de Memorie van Toelichting ter invoering van de thans geldende richtlijn verder bepalend voor de totstandkoming van art. 213m Fw.

4.1.2.1 Algemeen

In de Memorie van Toelichting in verband met de uitvoering van richtlijn 2001/17/EG wordt de keuze van de nationale wetgever beschreven. De richtlijn geeft aan dat de vordering uit hoofde van verzekering hoog bevoorrecht dient te zijn. Deze regel van materiële aard dient in de Nederlandse wet te worden geïmplementeerd.⁵⁴ Bij de implementatie is gekozen voor de tweede methode die de richtlijn noemt, welke inhoudt dat verzekeringsvorderingen en andere specifieke genoemde vorderingen eerst op alle activa kunnen worden verhaald. Ter staving van deze keuze worden de volgende redenen genoemd.

⁵¹ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 inzake de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (*PbEG* 2009, L 335/1).

⁵² *Kamerstukken II* 2011/12, 33 273, nr. 3, p. 78.

⁵³ Een rangorderegeling komt de rechtszekerheid van de schuldeiser ten goede.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 297, nr. 3, p. 6.

Ten eerste is de op het moment van implementatie geldende regeling tot stand gekomen vanuit het idee dat naast de schuldeisers uit hoofde van verzekering ook werknemers van de verzekeraar bescherming dienen te genieten. Die gedeeltelijke bescherming van de werknemer van een verzekeraar is wenselijk, gezien de afhankelijke positie van de werknemer met een loonvordering ten opzichte van vorderingen van andere crediteuren. Een ander argument dat gebruikt wordt om te rechtvaardigen dat de werknemer deze positie geniet, is het voorkomen van onrust onder het personeel van de verzekeraar als de verzekeraar in geval van faillissement de loonvorderingen niet zou kunnen voldoen. Dit argument beoogt de bevordering van de continuïteit in de bedrijfsvoering. De Memorie van Toelichting wijst er ook op dat uitkeringen in verband met de loongarantieregeling als bedoeld in Hoofdstuk IV WW ontoereikend kunnen zijn om de werknemer volledig te beschermen tegen betalingsonmacht van de werkgever.⁵⁵ Deze ontoereikendheid is reeds ter sprake gekomen in paragraaf 3.3.1 van deze scriptie.

Een tweede reden om voor implementatie van de tweede methode te kiezen is dat deze methode het minst verschilt van de toen geldende situatie. Met de toen geldende situatie wordt de situatie bedoeld voor implementatie van richtlijn 2001/17/EG. Nederland kende voordat de richtlijn in werking trad en voordat art. 213m Fw ingevoerd werd een preferentieregeling die in art. 171 Wtv 1993 was geregeld. De toen geldende situatie hield in dat *vrijwel alle activa* dienden ter dekking van de technische voorzieningen. De uitbreiding naar *alle activa* is volgens de Memorie van Toelichting klein.⁵⁶ Dit standpunt lijkt kort door de bocht genomen te zijn, met name omdat dit afhangt van de waarde van de zakelijke rechten die er op de overige activa is gevestigd.

Implementatie van de tweede methode heeft als voordeel dat de verzekeraar niet langer een register bij hoeft te houden waarin de activa ter dekking van de technische voorzieningen worden bijgehouden, nu deze methode uitgaat van de gehele activa.

De nationale wet trekt het doel van de richtlijn breder, nu naast de vordering uit hoofde van verzekering ook de werknemer wordt beschermd. De richtlijn biedt echter deze keuze, waardoor er voldaan is aan het doel van de richtlijn.

4.1.2.2 Artikelsgewijze toelichting

De artikelsgewijze toelichting in de Memorie van Toelichting op art. 213m Fw verwijst naar de toelichting op art. 171 Wtv 1993.⁵⁷ Nu het niet van belang is art. 171 Wtv 1993 te bespreken, zal er direct naar de toelichting op art. 171 Wtv 1993 worden gekeken. De wetgever heeft deze keuze gemaakt daar art. 171 Wtv 1993 de preferentieregeling betrof in geval van noodregeling of van faillissement van een verzekeraar. Ten tijde van de implementatie van de richtlijn was echter de Wtv 1993 nog van kracht, waardoor ook art. 171 Wtv 1993 aan de richtlijn moest worden aangepast.⁵⁸ Dit verklaart de verwijzing die de wetgever doet.

In de Memorie van Toelichting wordt niet ingegaan op het onderscheid dat art. 213m Fw maakt tussen schade- en levensverzekeraars. Om dit onderscheid te beschrijven wordt gekeken naar de parlementaire geschiedenis van art. 171 Wtv 1993. De Memorie van Toelichting beschrijft die preferentieregeling in de toelichting op art. 79 Wtv 1993.⁵⁹ Er wordt geschreven dat het vermogen van de verzekeraar in twee onderboedels wordt gesplitst, en wel in een afgescheiden en een vrij vermogen. Op het afgescheiden vermogen worden eerst vorderingen ter zake van periodieke uitkeringen bij letselschaden verhaald, omdat deze veelal een alimentatiekarakter hebben. Ook uitkeringen die voortkomen uit pensioen- en loonvorderingen dragen een alimentatiekarakter. De splitsing

⁵⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 297, nr. 3, p. 10.

⁵⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 297, nr. 3, p. 10.

⁵⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 297, nr. 3, p. 35.

⁵⁸ Stb. 2006, 605.

⁵⁹ Kamerstukken II 1978/79, 15 612, nr. 3, p. 26.

van het vermogen van de verzekeraar is voor deze scriptie niet zozeer van belang, als wel de wijze waarop de genoemde schaden worden ondergebracht in het hebben van een alimentatiekarakter. De wetgever heeft het begrip alimentatiekarakter overigens niet nader uitgewerkt. Om verder inzicht te krijgen in het verschil tussen schade- en levensverzekeraars zal worden aangesloten bij de Wft, nu de sectorale toezichtswet Wtv 1993 geïntegreerd werd in de Wft.^{60, 61} In paragraaf 2.1 van deze scriptie zijn de begrippen schade- en levensverzekering gedefinieerd, alsmede is beknopt het verschil tussen deze twee verzekeringen beschreven. In dit hoofdstuk wordt bij deze beschrijving aangesloten. Zowel op grond van het BW als op grond van de Wft is er een onderscheid gemaakt tussen schade- en levensverzekeringen. Nu dit onderscheid zo evident doorgevoerd wordt, mag ervan uitgegaan worden dat dit de reden is geweest om de preferentieregeling verschillend op te stellen voor enerzijds de failliete schadeverzekeraar en anderzijds de failliete levensverzekeraar.

4.2 Algemeen deel

Art. 213m lid 2 en 3 Fw hebben een nagenoeg eenzelfde aanhef, die luidt:

Onverminderd het bepaalde in het eerste lid en behoudens vorderingen door pand of hypotheek gedekt, worden in geval van faillissement van een [schadeverzekeraar, levensverzekeraar] de volgende vorderingen verhaald op de boedel in de volgende voorwaarde:

Lid 2 betreft de schadeverzekeraar, lid 3 betreft de levensverzekeraar. Deze paragraaf beschrijft dit algemene deel van de preferentieregeling.

4.2.1 Art. 213m lid 1 Fw

De aanhef van de beide leden verwijst naar art. 213m lid 1 Fw wat als volgt luidt:

In geval van een faillietverklaring op grond van deze afdeling worden de boedelschulden, al naar gelang de aard van de betrokken boedelschuld hetzij omgeslagen over ieder deel van de boedel, hetzij uitsluitend van een bepaalde bate van de boedel afgetrokken. Onder boedelschulden vallen in ieder geval de kosten van inschrijving in een openbaar register in een andere lidstaat dan Nederland.

Voor het van toepassing zijn van art. 213m Fw is faillietverklaring op grond van afdeling 11B Fw noodzakelijk. De faillietverklaring van een verzekeraar is geregeld in paragraaf 2 van afdeling 11B Fw en houdt kort gezegd in dat de rechtbank Amsterdam de faillietverklaring van een verzekeraar met zetel in Nederland uitspreekt.

De boedelschulden vormen de eerste preferente vorderingen in de preferentieregeling. Boedelschulden zijn schulden die ontstaan door en in elk geval na faillietverklaring door toedoen van de curator of ingevolge de wet. Handelingen door toedoen van de curator worden in de rechtspraak uitgelegd als handelingen die ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeven van de boedel gedane rechtshandeling.⁶² Voorbeelden van boedelschulden die ontstaan ingevolge de wet zijn te vinden in art. 39 en 40 Fw, waar het gaat om huur- en arbeidsovereenkomsten die van kracht zijn ten tijde van faillissement. In de literatuur worden boedelschulden ook wel aangeduid als faillissementskosten.⁶³ Een

⁶⁰ G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1.

⁶¹ *Stb.* 2006, 605.

⁶² HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617 (m.nt. P. van Schilfgaarde).

⁶³ A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, (Monografieën privaatrecht), Deventer: Kluwer 2008, p. 55.

algemeen kenmerk van boedelschulden is dat zij onmiddellijk uit de boedel moeten worden voldaan en niet ter verificatie hoeven te worden ingediend ex titel 1.5 Fw.⁶⁴ Dat de kosten van inschrijving van een uitgesproken faillissement van een verzekeraar in een openbaar register in een andere lidstaat dan Nederland in ieder geval boedelschulden zijn, toont het Europeesrechtelijke karakter waar art. 213m Fw op gegrond is.

Art. 213m lid 1 Fw heeft echter een bijzondere bepaling omtrent de boedelschulden; zij worden al naar gelang de aard van de boedelschuld ofwel omgeslagen over ieder deel van de boedel, ofwel uitsluitend van een bepaalde bate, een specifiek goed, van de boedel afgetrokken. Met het omslaan over ieder deel van de boedel moet worden verstaan het omslaan over ieder deel van de boedel aanwezig op het moment waarop de uitdelingslijst wordt opgemaakt.⁶⁵ Met het omslaan van boedelschulden wordt bedoeld op welke wijze en waarop de kosten worden verhaald. Dit omslagstelsel is ook terug te vinden in art. 10 lid 2 richtlijn 2001/17/EG, waar staat dat een deel of de gehele kosten, verband houdend met de liquidatieprocedure in de lidstaat, voortvloeiend uit nationale wetgeving, voorrang verkrijgt boven vorderingen uit hoofde van verzekering.

4.2.2 Aanhef art. 213m lid 2 en 3 Fw

Na vereffening van de boedelschulden zijn de vorderingen die door pand of hypotheek zijn gedekt de volgende preferente vorderingen in de rangorderegeling. In de reguliere faillissementsprocedure hebben de schuldeisers uit hoofde van pand of hypotheek voorrang ex art. 3:278 jo. 3:279 BW. In de faillissementsprocedure van verzekeraars is de positie van de vorderingen door pand en hypotheek gedekt specifiek genoemd; in de praktische uitwerking zal het echter eenduidig zijn.

De aanhef geeft verder aan dat er een volgorde volgt in het verloop van het van toepassing zijnde lid. Het betreft een vaststaande volgorde, blijkend uit de woorden “*in de volgende volgorde*”. De vorderingen die door pand of hypotheek zijn gedekt zijn een mogelijke uitzondering op de preferentieregeling als bedoeld in richtlijn 2001/17/EG. Dat is begrijpelijk, nu deze vorderingen feitelijk niet onder de boedel vallen, omdat deze schuldeisers hun recht op goederen van de failliet hebben behouden middels het recht van pand, dan wel het recht van hypotheek. De vorderingen die schuldeisers uit hoofde van pand of hypotheek hebben, gaan boven voorrechten ex. art. 3:279 BW. Voor de volledigheid van de rangorderegeling meldt art. 213m Fw de uitzondering die voor deze vorderingen geldt echter wel.

4.3 Werking ten aanzien van schadeverzekeraars

De werking van de preferentieregeling in geval van faillissement van een schadeverzekeraar is geregeld in art 213m lid 2 Fw. Hieronder is de wettekst cursief overgenomen en waar nodig voorzien van commentaar.

- a. *de vorderingen uit hoofde van verzekering betreffende periodieke uitkeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden van natuurlijke personen, ontstaan uit of krachtens overeenkomsten van schadeverzekering, met uitzondering evenwel van uitkeringen, krachtens overeenkomst van herverzekering aan een andere verzekeraar verschuldigd, en van uitkeringen ter zake van pensioenen, toegezegd aan werknemers of gewezen werknemers van de verzekeraar of aan hun nabestaanden;*

Het gaat hier om periodieke uitkeringen uit hoofde van schadeverzekering. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dit is een schadeverzekering als er een koppeling bestaat tussen de daadwerkelijk geleden schade en de hoogte van de uitkering.^{66, 67} Het is evident dat er in een dergelijke

⁶⁴ N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 277.

⁶⁵ Rb. Almelo 20 maart 1960, NJ 160, 622

⁶⁶ Als deze koppeling niet gemaakt kan worden zal er sprake zijn van een sommenverzekering.

⁶⁷ Rb. 's-Gravenhage 27 juni 2012, LJN BX2018.

schadeverzekering periodiek uitkeringen aan de verzekerde worden gedaan als inkomensderving een lange periode beslaat (van meer dan een maand).

- b. *de vorderingen van werknemers en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot reeds vervallen termijnen van pensioen voorzover de vordering niet ouder is dan een jaar;*
Het betreft hier vorderingen met betrekking tot de reeds vervallen termijnen van pensioen.
- c. *de vorderingen van werknemers, niet zijnde bestuurders van de verzekeraar bij wie zij in dienst zijn, en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen;*
Het betreft hier vorderingen met betrekking tot toekomstige uitkeringen van toegezegd pensioen.
- d. *de vorderingen van werknemers met betrekking tot het loon over het voorafgaande jaar en hetgeen over het lopende jaar is verschuldigd, benevens het bedrag van de verhoging van dat loon ingevolge artikel 625 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek alsmede het bedrag van de uitgaven, door de werknemer voor de verzekeraar als werkgever gedaan, en de bedragen, door de verzekeraar aan de werknemer krachtens titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd;*
Het gaat hier om vorderingen met betrekking tot loon over het voorafgaande jaar en over het lopende jaar. Verhoogde vorderingen op grond de van in dit lid genoemde rechtsgrondslagen staan derhalve niet op deze plaats in de rangorderegeling.
- e. *de vorderingen uit hoofde van verzekering betreffende niet-periodieke uitkeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden van natuurlijke personen, ontstaan uit of krachtens overeenkomsten van schadeverzekering, met uitzondering evenwel van uitkeringen, krachtens overeenkomst van herverzekering aan een andere verzekeraar verschuldigd;*
Het betreft hier niet-periodieke, eenmalige uitkeringen uit hoofde van verzekering.
- f. *de vorderingen uit hoofde van verzekering betreffende uitkeringen ter zake van andere dan in de onderdelen a en e bedoelde schaden, ontstaan uit overeenkomsten van schadeverzekering;*
Het gaat hier bijvoorbeeld over de vorderingen die ontstaan krachtens overeenkomst van herverzekering, nu deze vordering als uitzondering geldt in de sub-bepalingen a en e.
- g. *de vorderingen tot teruggave van bedragen die zonder rechtsgrond zijn betaald of aan de betaling waarvan de rechtsgrond is komen te ontvallen, welke betaling heeft plaatsgevonden in de veronderstelling dat daarmee premies zijn betaald.*

4.4 Werking ten aanzien van levensverzekeraars

De werking van de preferentieregeling in geval van faillissement van een levensverzekeraar is geregeld in art. 213m lid 3 Fw. Dit lid houdt de volgende rangorderegeling aan. Hieronder wordt de wettekst overgenomen en waar nodig middels cursivering voorzien van commentaar.

- a. *de vorderingen van werknemers en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot reeds vervallen termijnen van pensioen, voorzover de vordering niet ouder is dan een jaar;*
Het betreft hier vorderingen met betrekking tot de reeds vervallen termijnen van pensioen.
- b. *de vorderingen van werknemers, niet zijnde bestuurders van de verzekeraar waarbij zij in dienst zijn, en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen;*
Het betreft hier vorderingen met betrekking tot toekomstige uitkeringen van toegezegd pensioen.
- c. *de vorderingen van werknemers met betrekking tot het loon over het voorafgaande jaar en hetgeen over het lopende jaar verschuldigd is, benevens het bedrag van de verhoging van dat loon ingevolge artikel 625 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek alsmede het bedrag van de uitgaven, door de werknemer voor de verzekeraar gedaan, en de bedragen, door de verzekeraar aan de werknemer krachtens titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd;*
Het gaat hier om vorderingen met betrekking tot loon over het voorafgaande jaar en over het lopende jaar. Verhoogde vorderingen op grond de van in dit lid genoemde rechtsgrondslagen staan derhalve niet op deze plaats in de rangorderegeling.
- d. *de vorderingen uit hoofde van verzekering en rechten betreffende uitkeringen, die zijn ontstaan of nog zullen ontstaan uit overeenkomsten van levensverzekering;*
De vordering uit hoofde van levensverzekering zal normaliter pas ontstaan na overlijden van de verzekeringnemer. Zoals in paragraaf 2.1.3 vermeldt, worden de premiegelden ten aanzien van de verzekeringnemer gereserveerd voor de uiteindelijke begunstigde behorend bij de overeenkomst tot levensverzekering. Bij faillissement van de levensverzekeraar zal derhalve tot uitkering van de tot dat moment verzamelde gelden worden overgegaan.
- e. *de vorderingen tot teruggave van bedragen die zonder rechtsgrond zijn betaald of aan de betaling waarvan de rechtsgrond is komen te ontvallen, welke betaling heeft plaatsgevonden in de veronderstelling dat daarmee premies zijn betaald.*

4.5 Verschillen preferentieregeling schade- en levensverzekeraar

Het grote verschil tussen de beide regelingen is dat bij de failliete levensverzekeraar de vorderingen van (oud-)werknemers hoger in rang staan dan de vorderingen uit hoofde van verzekering. Dit verschil is te verklaren aan de hand van het belang van de continuïteit van de bedrijfsvoering van een levensverzekeraar. Dit vloeit voort uit het feit dat de levensverzekeraar niet werkt op basis van een omslagstelsel, zoals bij de schadeverzekeraar geschiedt. De gelden die de polishouder betaalt aan de levensverzekeraar op basis van een verzekeringsovereenkomst zijn veelal bedoelt ter uitkering van juist die specifieke begunstigde behorend bij de van toepassing zijnde verzekeringsovereenkomst. Het beheer van gelden van een levensverzekeraar is gericht op een langetermijnstrategie, waar het belang van een solvante levensverzekeraar mede uit voortvloeit.

Het valt ook op dat de vorderingen van de werknemer van de failliete levensverzekeraar eerst met betrekking tot drie verschillende vorderingen wordt beschermd, alvorens de bescherming van de verzekeringnemer in de preferentieregeling op te nemen. Het

betekent dat de werknemer met al zijn vorderingen wordt beschermd, wat uitgelegd kan worden als een sterke bescherming. Anderzijds moet gemeld worden dat de vorderingen van werknemers in de preferentieregeling bij de failliete schadeverzekeraar ook in dezelfde volgorde terug komen, maar niet op dezelfde plek in de rangorderegeling.

4.6 Preferentieregeling in de praktijk

Aan de hand van de beschikbare praktijkvoorbeelden zal een kader worden geschetst in hoeverre de preferentieregeling toegepast wordt in de praktijk. In de praktijk komt het voor dat de noodregeling toegepast wordt op de insolvente verzekeraar alvorens tot faillietverklaring over te gaan. Hiernavolgend worden de twee recentste failliete verzekeraars behandeld, waarvan één een levensverzekeraar is en één een schadeverzekeraar.

4.6.1 Vie d'Or

Op levensverzekeraar Vie d'Or werd op 15 december 1993 de noodregeling ex art. 66 Wtv 1993 toegepast door de rechtbank 's-Hertogenbosch. De reikwijdte van deze scriptie leent zich er niet voor om dieper op de noodregeling in te gaan. De noodregeling heeft tot doel een faillissement van de verzekeringsonderneming te voorkomen en kan gericht zijn op sanering of liquidatie van de verzekeraar.⁶⁸ Op 11 december 1995 werd Vie d'Or failliet verklaard door diezelfde rechtbank. Ten tijde van het van toepassing zijn van de noodregeling werden op 1 augustus 1994 de overeenkomsten tot levensverzekering samen met de bijbehorende activa overgedragen aan Levensverzekeringsmaatschappij Twenteleven N.V. Twenteleven N.V. is in 2007 opgegaan in Achmea Pensioen- en Levensverzekeringen N.V.⁶⁹ Dat betekent dat de verzekeringsovereenkomsten na faillissement niet meer in de boedel vallen nu zij reeds binnen de noodregeling overgenomen zijn door Twenteleven N.V.. Hieruit is te concluderen dat in het faillissement van Vie d'Or de preferentieregeling voor failliete levensverzekeraar niet is toegepast, maar bovendien niet toegepast *kon* worden.

4.6.2 IIC

Op 24 juni 2010 werd door de rechtbank Amsterdam op schadeverzekeraar International Insurance Corporation N.V. (verder: IIC) de noodregeling ex art. 3:160-201 Wft van toepassing verklaard.⁷⁰ Op 20 oktober 2010 is IIC door de rechtbank Amsterdam failliet verklaard.⁷¹ Vanaf het moment dat de noodregeling bij IIC van toepassing was, waren de verzekeringsovereenkomsten van de verzekeringnemers ondergebracht bij Zelf.nl.⁷² Dat betekent dat ook in dit praktijkvoorbeeld de verzekeringsovereenkomsten na faillissement niet meer in de boedel vallen nu zij reeds binnen de noodregeling overgenomen zijn door Zelf.nl. Hieruit is eveneens te concluderen dat in het faillissement van IIC de preferentieregeling voor failliete schadeverzekeraar niet toegepast *kon* worden. Daarnaast is in dit faillissement nog niet tot vereffening van de boedel overgegaan.

Deze praktijkvoorbeelden zijn echter niet leidend, nu de auteur geen zicht heeft op de werkelijke geldstromen die met de overname van verzekeringsovereenkomsten is gemoeid. Uit deze praktijkvoorbeelden kan echter wel geconcludeerd worden dat de preferentieregeling in de vorm van art. 213m Fw nog niet op een praktijkcasus is toegepast, nu de bedoelde verzekeringsovereenkomsten ondergebracht zijn bij derde

⁶⁸ Zie voor verdere beknopte uitleg over de noodregeling: N. Lavrijssen, 'Sanering en liquidatie van verzekeraars: Bestaande voorzieningen en mogelijke verbeterpunten' *NTFR* 2011 (13), nr. 4, p. 87-94.

⁶⁹ HR 29 april 2009, *NJ* 2009, 448, r.o. 2.2.

⁷⁰ Rb. Amsterdam 24 juni 2010, *LJN* BM9267.

⁷¹ Zie hiervoor informatiebulletin nr. 4: <www.dlapiperinsolventie.nl/verslagen/40153.pdf>

⁷² Zie hiervoor informatiebulletin nr. 2: <www.dlapiperinsolventie.nl/verslagen/39918.pdf>

verzekeraars. Doordat de verzekeringsovereenkomsten ten tijde van faillissement niet meer onder de failliete verzekeraar vallen, zullen er dienaangaande geen vorderingen van de verzekeringnemers uit hoofde van hun verzekeringsovereenkomst ontstaan.

Hoofdstuk 5 Verhouding loongarantieregeling en preferentieregeling

Pas in de toepassing weet men wat de wet is, schreef Scholten.⁷³ Dat dit ook op vergelijkend onderzoek van toepassing is, wordt in deze paragraaf duidelijk. Puur de theoretische kennis van de beide regelingen brengt het wetenschappelijk onderzoek in de rechtsgeleerdheid niet tot een hoger niveau. In dit hoofdstuk wordt de verhouding van de loongarantieregeling tot de preferentieregeling beschreven. Dit zal worden gedaan aan de hand van overeenkomsten en verschillen van de beide regelingen.

De overeenkomst waarin tevens de verschillen naar voren komen is dat de beide regelingen een laatste middel beogen te zijn om de vorderingen van werknemers op de failliete werkgever te voldoen. Het verschil tussen de regelingen laat zich zien in de interpretatie en uitlegging van een 'laatste middel'.

De loongarantieregeling is een laatste middel omdat het binnen het stelsel van de sociale zekerheid valt. Dit stelsel brengt met zich mee dat de loongarantieregeling een maximale bescherming voor de werknemer met zich meebrengt. Deze maximale bescherming kan worden uitgelegd als een korte bescherming – want: ten hoogste dertien weken – doch een zekere bescherming van de loongelden, doordat de financiering van de loongarantieregeling publiekrechtelijk is vormgegeven. Er kan van uitgegaan worden dat deze loongelden te allen tijde worden uitgekeerd, mits aan de in de wet gestelde voorwaarden is voldaan.

Dat de loongarantieregeling valt onder het stelsel van sociale zekerheid brengt ook met zich mee dat de werknemer eerst op andere wijze getracht moet hebben deze loongelden voldaan te krijgen. In dit licht is het bevreedend dat de loongarantieregeling vereist dat de betalingsonmacht van de werkgever binnen een week bij het UWV moet worden aangegeven. De termijn van een week begint te lopen nadat de betaling van loongelden normaliter plaats zou moeten vinden of na de dag waarop het de werknemer duidelijk had moeten zijn dat de werkgever de loongelden niet meer zou uitbetalen ex art. 63 WW. Na analyse van de vereisten voor aanspraak op loongelden op grond van de loongarantieregeling kan geconcludeerd worden dat de loongarantieregeling in de praktijk met het oog op de aangiftetermijn van een week niet als een laatste middel kan worden ingezet. Dit omdat de duur van de afwikkeling van een faillissement varieert. De duur van een faillissement van een verzekeraar is, zeker vergeleken met het belang van de werknemer en gezien de complexiteit van het faillissement, relatief lang.⁷⁴ De werknemer van een failliet is ermee gediend, gezien zijn zwakke sociale positie in het maatschappelijk verkeer, op korte termijn gecompenseerd te worden.⁷⁵

Dat de preferentieregeling een laatste middel beoogt te zijn ziet vooral op het voort laten duren van de continuïteit van de verzekeringsonderneming. Met name bij de failliete levensverzekeraar speelt dit aspect een grote rol, zoals nader omschreven in paragraaf 4.5. Met betrekking tot de praktische uitwerking van de bescherming van de werknemer ten aanzien van de uitkeringstermijn kunnen vraagtekens gezet worden, daar de bescherming van de preferentieregeling pas in werking treedt als er tot vereffening van de boedel over wordt gegaan. Nu eerder uiteen is gezet dat een faillissement van een verzekeraar een relatief lange periode beslaat, zal de werknemer hoogstwaarschijnlijk niet binnen korte tijd zijn te vorderen loongelden voldaan zien. Daarnaast is vereffening van de loongelden van werknemers op grond van de preferentieregeling onlosmakelijk verbonden

⁷³ P. Scholten, *Algemeen deel Asser Serie*, 12.

⁷⁴ Dat een verzekeraar een complexe organisatie is, is af te leiden uit het feit een schade- of levensverzekeraar in Nederland niet zonder vergunning van DNB zijn bedrijf mag uitoefenen ex art. 2.27 Wft. Een faillissement van een dusdanig complexe organisatie is logischerwijs een complex faillissement.

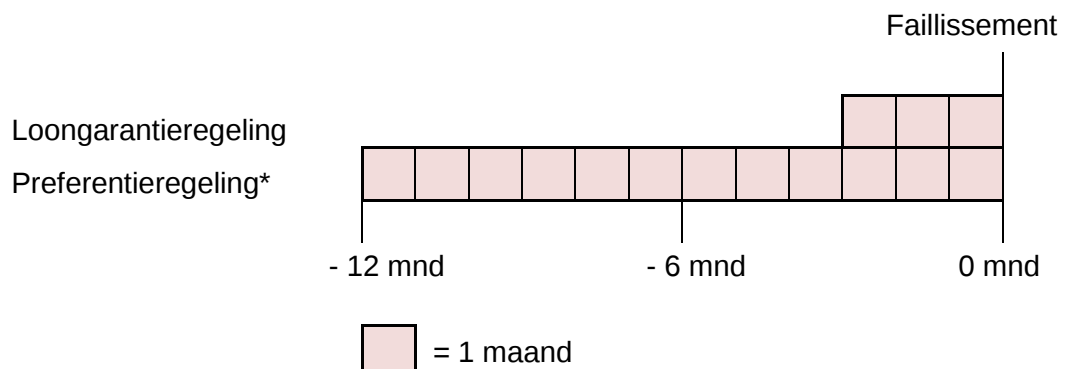
⁷⁵ De zwakke sociale positie van de werknemer is beschreven in paragraaf 3.1.1.

met de grootte van de boedel. In dat licht geeft de preferentieregeling een beperkte uitkeringszekerheid dat de bedoelde loongelden voldaan zullen worden.

Hieronder zijn de verschillen tussen de loongarantieregeling en de preferentieregeling in een schematisch overzicht opgenomen om de verschillen wat explicieter en inzichtelijker te maken.

	Loongarantieregeling	Preferentieregeling
Grondslag	Hoofdstuk IV WW	Art. 213m lid 2 en 3 Fw
Uitkeringszekerheid	Zekerheid t.a.v. ten hoogste dertien weken.	Zekerheid tot uitbetaling hangt af van de grootte van de failliete boedel ten tijde van vereffening.
Uitkeringstermijn	De wet geeft niet aan binnen welke termijn er tot uitkering overgegaan zal moeten worden.	Er kan pas tot uitkering worden overgegaan aan het einde van het faillissement.
Uitkeringsreikwijdte	Vergoeding van loongelden van ten hoogste dertien weken.	Vergoeding van loongelden van ten hoogste een jaar.
Beschermingsdoelgroep	De werknemer van de failliete werkgever wordt beschermd ex art. 3-8a jo. 67 sub c WW.	De werknemer van de failliete schade- en levensverzekeraar, waarbij opgemerkt dient te worden dat werknemers van een failliete levensverzekeraar een hogere bescherming genieten dan werknemers van een failliete schadeverzekeraar.
Financiering	In beginsel wordt de loongarantiegegeling gefinancierd middels de algemene middelen, maar deze betaling van loongelden is uiteindelijk een voorschot waarna het UWV een regresrecht heeft op de failliete werkgever.	De loongelden worden betaald uit de failliete boedel.

Hieronder is schematisch de uitkeringsreikwijdte van de loongarantieregeling en de preferentieregeling opgenomen ter verduidelijking van de beschermingsomvang van de werknemer van een failliete verzekeraar.



* NB deze gelden worden pas betaald bij het einde van het faillissement.

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zullen conclusies worden getrokken op basis van de in de vorige hoofdstukken gedane bevindingen. De conclusies zijn zodanig geformuleerd dat de onderzoeksvraag *‘hoe verhoudt de nationale loongarantieregeling voor werknemers zich tot de preferentieregeling die geldt in een faillissement van een schade- of levensverzekeraar?’* beantwoord wordt. Op basis van de conclusies zullen aanbevelingen puntsgewijs worden neergezet.

6.1 Conclusies

6.1.1 Loongarantieregeling

De loongarantieregeling faciliteert de mogelijkheid voor de werknemer om een deel van de achterstallige loonvorderingen wegens betalingsonmacht van de werkgever voldaan te krijgen. De loongarantieregeling, geregeld in hoofdstuk IV WW, is tot stand gekomen ter bescherming van de werknemer, die, naast een aanzienlijke terugval in inkomsten voor de nabije toekomst, ook het in het verleden verdiende inkomen niet wordt uitbetaald. In 1968 is de loongarantieregeling in de WW opgenomen. In 1980 kwam richtlijn 80/98/EEG, die ingaat op de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever. Later is richtlijn 2008/94/EG in de plaats gekomen voor de richtlijn uit 1980. De thans geldende richtlijn uit 2008 beschrijft hoe loonaanspraken van de werknemer van een failliete werkgever tot op zekere hoogte gewaarborgd moeten worden. Regelmatig sluit richtlijn 2008/94/EG aan bij de nationale loongarantieregeling, nu de nationale loongarantieregeling al bestond voordat er op Europees niveau richtlijnen tot stand kwamen. De richtlijn schept een minimumkader waarin de lidstaten een loongarantieregeling kunnen en moeten vormgeven. Bij de vergelijking van de regeling op Europees niveau met de nationale loongarantieregeling, in de wetenschap dat Nederland gehouden is aan de minimumharmonisatieverplichting van de richtlijn, valt één ding op. De richtlijn geeft aan dat de lidstaat een vergoedingsverplichting heeft gedurende een periode die niet korter mag zijn dan de laatste drie maanden van de arbeidsbetrekking. De uitkering op grond van de nationale loongarantieregeling beslaat een periode van ten hoogste dertien weken. Art. 63 WW geeft echter aan dat het UWV, die de betalingen verzorgt, de uitkering in het kader van de loongarantieregeling tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk kan weigeren. Deze mogelijke weigering van uitkering op grond van de loongarantieregeling kan worden gezien als een korting. Op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie is aannemelijk te maken dat een dergelijke korting in de nationale loongarantieregeling in strijd is met het sociale doel van de richtlijn. De nationale loongarantieregeling is derhalve ontoereikend in haar uitkeringsplicht.

Een belangrijke conclusie in het kader van de loongarantieregeling is dat deze valt binnen het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid. De loongarantieregeling moet daarom worden gezien als een laatste redmiddel. Deze conclusie wordt in paragraaf 6.1.3 uitgewerkt bij de daadwerkelijke beantwoording van de onderzoeksvraag.

6.1.2 Preferentieregeling

De preferentieregeling die geldt in geval van faillissement van een verzekeraar is opgenomen in art. 213m lid 2 en 3 Fw. De huidige preferentieregeling is tot stand gekomen ter implementatie van richtlijn 2001/17/EG betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen. De richtlijn beschrijft het doel van de bedoelde preferentieregeling, dat is te zorgen voor een passend evenwicht tussen de bescherming van de schuldeisers uit hoofde van verzekering en andere bevoorrechte schuldeisers die wettelijk worden beschermd. Onder deze wettelijk bevoorrechte schuldeisers vallen werknemers van een failliete verzekeraar. In 2001 bestond in Nederland al een

preferentieregeling, zij het dat deze geregeld was in de toezichtwet Wtv 1993. Aan de hand van de richtlijn heeft de Nederlandse wetgever toch enige aanpassingen moeten realiseren ter implementatie van deze richtlijn. Zo moest er onder de richtlijn gekozen worden tussen twee systemen waarbinnen de preferentieregeling vorm gegeven kon worden. De wetgever koos voor een systeem dat het meeste aansloot bij de toentertijd bestaande preferentieregeling die gold bij de noodregeling van verzekeraars. Het thans geldende systeem houdt in dat er een specifieke rangorderegeling is, met betrekking tot alle activa ter dekking van de technische voorzieningen. Alleen vorderingen betreffende salarissen, sociale zekerheid, belastingen en zakelijke rechten hebben een hogere rangorde. De redenen die de wetgever daaraan ten grondslag legde zijn de volgende. De werknemer van de verzekeraar dient gedeeltelijke bescherming te genieten boven de bescherming van de vorderingen uit hoofde van verzekering, gezien de afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van andere crediteuren. In dit verband zij erop gewezen dat deze eerste reden onrust onder het personeel van de verzekeraar beoogt te voorkomen, welke onrust zou kunnen ontstaan indien de verzekeraar in geval van faillissement de loonvorderingen van de werknemer niet meer zou kunnen voldoen. Een tweede reden die de wetgever aankaart is dat deze methode het minst verschilt met die van de toen geldende situatie. De preferentieregeling ten aanzien van schadeverzekeraars verschilt in werking iets van de preferentieregeling ten aanzien van levensverzekeraars. Het is namelijk zo dat art. 213m lid 2 Fw ten aanzien van failliete schadeverzekeraars de vorderingen uit hoofde van verzekering op de eerste plaats in de rangorderegeling zet. Art. 213m lid 3 Fw ten aanzien van failliete levensverzekeraars geeft in sub a de vorderingen van kort gezegd (oud-)werknemers een hogere plaats in de rangorderegeling dan de in sub d genoemde vorderingen uit hoofde van verzekering. Dit verschil is te verklaren door het onderscheid wat op basis van zowel het BW als de Wft wordt gemaakt tussen de genoemde verzekeringsoorten. Daarnaast is het verschil te verklaren aan de hand van het belang van de continuïteit van een levensverzekeraar. Dit vloeit voort uit het feit dat de levensverzekeraar niet werkt op basis van een omslagstelsel, zoals bij de schadeverzekeraar geschiedt. De gelden die de polishouder betaalt aan de levensverzekeraar op basis van een verzekeringsovereenkomst zijn veelal bedoeld ter uitkering van juist die specifieke begunstigde behorend bij de van toepassing zijnde verzekeringsovereenkomst. Het beheer van gelden van een levensverzekeraar is gericht op een langetermijnstrategie, waar het belang van een solvante levensverzekeraar mede uit voortvloeit.

6.1.3 Beantwoording van de onderzoeksvraag

De loongarantieregeling en de preferentieregeling verhouden zich naast elkaar. Beide regelingen beogen een laatste middel te zijn waardoor de vorderingen van de werknemers voldaan kunnen worden. Waar de loongarantieregeling slechts een heel beperkt deel beslaat van de teruggave van de loonvorderingen van werknemers van failliete werkgevers – ten hoogste dertien weken – voorziet de preferentieregeling op een geheel andere wijze in een laatste middel. Het uiterste karakter wat de preferentieregeling beslaat ziet op de continuïteit van de verzekeringsonderneming. Om onrust onder de werknemers te voorkomen, wordt er voor gekozen de werknemers een hoge plaats in de rangorderegeling toe te bedelen. De vergoeding van de preferentieregeling is echter onlosmakelijk verbonden met de grootte van de boedel. In dat licht geeft de loongarantieregeling een grotere zekerheid dat de werknemer ooit zijn loonvorderingen op zijn failliete werkgever voldaan krijgt. Om de continuïteit van de verzekeraar te beschermen, wordt de werknemer van deze risicovolle onderneming een extra bescherming geboden.

6.2 Aanbevelingen

Lettend op de bevindingen en conclusies van het onderzoek worden de volgende aanbevelingen gedaan:

- Aanbevolen wordt om de minimumduur van de uitkering op grond van de loongarantieregeling aan te passen aan en meer overeen te laten komen met de in richtlijn 2008/94/EG genoemde termijn. Het ligt op de weg van de wetgever om deze aanbeveling op te pakken.
- Aanbevolen wordt in de toekomst, zodra er een praktijkgeval beschikbaar is, nader onderzoek te doen naar de praktische toepasbaarheid van de preferentieregeling. De preferentieregeling als bedoeld in art. 213m lid 2 en 3 Fw is nog nooit toegepast, daar de regeling pas in 2005 in werking is getreden. Na inwerkingtreding is er geen verzekeraar failliet gegaan waarin het faillissement al is afgewikkeld, uit welk feit vanzelfsprekend voortvloeit dat de preferentieregeling nog niet is toegepast. Met behulp van de resultaten van dat onderzoek kan veel gerichter geconcludeerd worden wat de preferentieregeling toevoegt aan de rechtspraktijk.
- Aanbevolen wordt om nader onderzoek te doen naar de praktische toepasbaarheid van de preferentieregeling in faillissement van een levensverzekeraar. De preferentieregeling wordt niet vaak toegepast, er zijn namelijk in de Nederlandse geschiedenis weinig levensverzekeraars failliet gegaan. In geval van faillissement van een levensverzekeraar is in het verleden nooit uitkering aan de polishouders gedaan, nu de polissen overgenomen werden door derde verzekeraars. Het is dan de vraag in hoeverre deze preferentieregeling de continuïteit van de bedrijfsvoering van de levensverzekeraar waarborgt. Bij overname van de polissen door een derde verzekeraar zullen ook de technische voorzieningen die tegenover de waarde van de polissen staan, door de derde verzekeraar worden overgenomen, ten gevolge waarvan de gelden die zijn gekoppeld aan de technische voorzieningen uit de boedel worden gehaald. Dit heeft tot gevolg dat de boedel kleiner wordt, wat er voor zorgt dat de verhoudingen in rangorderegeling die de preferentieregeling beoogt en waarborgt, worden verstoord.
- Aanbevolen wordt de beide regelingen naast elkaar te laten bestaan. Wel wordt aanbevolen de werknemer eerst van de loongarantieregeling gebruik te laten maken, nu dat een grote zekerheid met zich meebrengt wat vergoeding van het in het verleden verdiende inkomen betreft. Nu de preferentieregeling aangeeft dat een ruimere referentietermijn wordt aangehouden – ten hoogste een jaar – maar er niet met zekerheid gezegd kan worden dat de loongelden over dat jaar vergoed zullen worden met het oog op de grootte van de boedel, geeft de loongarantieregeling de werknemer van een failliete werkgever een grotere mate van zekerheid.

Hoofdstuk 7 Evaluatie

In dit hoofdstuk wordt het verloop en het eindresultaat van het onderzoek geëvalueerd. Het onderzoeksresultaat geeft een goed beeld van de theoretische gang van zaken. Het onderzochte onderwerp is recent, met name de huidige preferentieregeling voor failliete schade- en levensverzekeraars is zo recent dat er weinig tot geen literatuur over is verschenen. Dit bemoeilijkt het onderzoek in het begin, maar in een later stadium zorgden kennis van het onderwerp en vaardigheid in het zoeken naar relevante bronnen, voor het leggen van verbanden tussen de loongarantieregeling en de preferentieregeling. De gebondenheid van Nederland aan Europese richtlijnen maken de onderzoeksresultaten bruikbaar en relevant voor de praktijk. Deze scriptie belicht de loongarantieregeling en de preferentieregeling op een heldere en consequente wijze, waarna de verhoudingen worden beschreven. De conclusies tonen aan dat de beide beschermende regelingen naast elkaar bestaan en ook allebei een andere bescherming genereren. Door het inzicht in deze regelingen is beoogt nieuwe inzichten te geven in de knelpunten die naar voren komen indien een schade- of levensverzekeraar failliet.

Daarnaast zijn er aanbevelingen gedaan; in het algemeen of specifiek aan de wetgever. Deze aanbevelingen laten zien dat deze scriptie een open einde heeft, nu aanbevolen wordt op vele terreinen nader onderzoek te doen. Het bedoelde nadere onderzoek zal zich baseren op praktische punten in de preferentieregeling, waardoor met kennis van die onderzoeksresultaten een vollediger beeld van de werking van de preferentieregeling kan worden geschetst.

Dit onderzoek is slechts een deel van het grotere promotieonderzoek van mr. N. Lavrijssen. In het kader van dat onderzoek zal ook de waarde van de beschreven onderzoeksresultaten beter naar voren komen.

Literatuurlijst

Geraadpleegde boeken

- P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- B. Bierman e.a., *Hoofdpijnen Wft*, (Recht en praktijk, financieel recht), Deventer: Kluwer 2011.
- T. de Bondt, Kluwer Sociale Zaken 2391.
- T. de Bondt, Kluwer Sociale Zaken 2187.
- G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010.
- A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, (Monografieën privaatrecht), Deventer: Kluwer 2008.
- J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht* (Individueel arbeidsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.
- P.R. de Geus, C. Klumper & J. Scholten, *Jaarrekeninglezten voor juristen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
- M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, (Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht), Deventer: Kluwer 2011.
- S. Klosse, *Sociale Zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- F.J.L. Pennings & A.C. Damsteegt, *De Werkloosheidswet*, (Monografieën sociaal recht), Deventer: Kluwer 2009.
- D. Pieters, *Sociale Zekerheid begrijpen*, Leuven: Acco 2008.
- S.J. Plemp, *Verzekeringsrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2009.
- N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- P. Scholten, *Algemeen deel Asser Serie*, 12.
- A.B.E. Voûte, *Op zoek naar een kostprijs van verzekeringen* (oratie Rotterdam), 1985.

Geraadpleegde tijdschriftartikelen

- N. Lavrijssen, 'Sanering en liquidatie van verzekeraars: Bestaande voorzieningen en mogelijke verbeterpunten' *NTFR* 2011 (13), nr. 4, p. 87-94.
- A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, 'Het Van Ardennen-arrest en de verplichtingen van een werknemer bij insolventie van de werkgever', *PS Documenta* 2012/36, afl. 3, p. 192-208.

Geraadpleegde kamerstukken

Kamerstukken II 1967/68, 9515, nr. 3.

Kamerstukken II 1978/79, 15 612, nr. 3.

Kamerstukken II 1985/86, 19 261, nr. 3.

Kamerstukken II 2003/04, 29 297, nr. 3.

Zesde Nota van Wijziging van 17 mei 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41.

Geraadpleegde jurisprudentie

HvJ EG 17 november 2011, C-435/10, *USZ* 2012/17 (m.nt. A.P. van der Mei).

HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274.

HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617 (m.nt. P. van Schilfgaarde).

HR 29 april 2009, *NJ* 2009, 448.

Rb. Almelo 20 maart 1960, *NJ* 160, 622.

CRvB 18 februari 1992, *RSV* 1992/221.

CRvB 22 juni 2011, *LJN* BQ9004.

Geraadpleegde elektronische bronnen

www.dlapiperinsolventie.nl

Overige bronnen

COM/2006/0657 def.

Uitgave van de Sociaal Economische Raad 1967, no. 2.