

ANNOTATIE

# Loongarantieregeling verlangt teveel garanties?

*mr. dr. L. van den Berg*

## Feiten

Van Ardennen had een dienstverband met de op 28 november 2006 failliet verklaarde Fruit Sellers International BV, waarna zijn dienstverband door de curator is opgezegd. Nadat Van Ardennen enkele (vruchteloze) pogingen heeft gedaan een eigen bedrijf op te zetten, heeft hij bij het CWI op 20 mei 2007 een werkloosheidsuitkering en op 7 juni een insolventie-uitkering aangevraagd wegens een onvervulde aanspraak van het loon over de opzegtermijn over de periode van 29 november 2006 tot en met 12 februari 2007 (volgens artikel 64 lid 1 sub b WW geldt als maximumopzegtermijn de krachtens artikel 40 Fw geldende termijn van 6 weken). Op 29 mei 2007 heeft van Ardennen zich als werkzoekende laten registreren. Het UWV heeft deze uitkering toegekend, evenwel verminderd met 20% op grond dat Van Ardennen zich niet tijdig als werkzoekende heeft laten registreren. Van Ardennen heeft hiertegen bezwaar en beroep ingesteld, met als overweging dat hij aanvankelijk van de curator in het faillissement te horen had gekregen dat hij niet in aanmerking kwam voor een uitkering. Om die reden heeft hij eerst getracht een start te maken met een eigen bedrijf. Toen dat niet mogelijk bleek is hij naar de CWI gegaan om zich te laten registreren als werkzoekende.

Aangezien de CRvB betwijfelt of de (sanctie op de) verplichting om zich als werkzoekende te laten registreren teneinde de insolventie-uitkering te ontvangen, in overeenstemming is met de Insolventierichtlijn 80/987 EG, heeft de CRvB hierover prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie (CRvB 8 september 2010, LJN BN6410, RSV 2010/271, USZ 2010/313). Het Hof van Justitie bevestigt het vermoeden van de CRvB en oordeelt kort gezegd dat een automatische korting op de insolventie-uitkering wegens niet of te laat inschrijven als werkzoekende in strijd is met de genoemde richtlijn.

Behalve de registratieverplichting, legt de WW – meestal met het oog op een beperking van een beroep op de werkloosheidskassen - de werknemer van de betalingsonmachtige werkgever tal van andere verplichtingen op. Hieronder zal ik, na een korte uiteenzetting van de verplichtingen die Richtlijn 80/987 aan de lidstaten oplegt en de uitwerking hiervan in het nationale recht, ingaan op enkele van die verplichtingen. Vervolgens zal ik de vraag aan de orde stellen of die verenigbaar zijn met het EU-recht.

## Richtlijn 80/987

Doel van richtlijn 80/987 EG (verder: de Insolventierichtlijn) is werknemers bij insolventie van hun werkgever een minimum aan bescherming bieden. Artikel 3 Insolventierichtlijn verplicht de EU-lidstaten in dit kader tot instelling van een waarborgfonds waarop werknemers een beroep kunnen doen indien hun werkgever vanwege insolventie niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. De richtlijn staat beperkingen toe op de voornoemde aanspraken op het waarborgfonds. In de eerste plaats is een beperking in tijd toegestaan: er kan volgens artikel 4 lid 2 Insolventierichtlijn een beperkte periode worden vastgesteld waarover de onvervulde loonaanspraken worden gehonoreerd. In de tweede plaats hebben de lidstaten ingevolge artikel 4 lid 3 van de richtlijn de mogelijkheid tot het instellen van een plafond voor het waarborgfonds teneinde te voorkomen dat er bedragen worden uitgekeerd die voorbijschieten aan het sociale doel van de richtlijn. De lidstaten zijn bevoegd om de middelen te kiezen voor het bereiken van het door de Insolventierichtlijn voorgeschreven doel. Op basis van artikel 5 van de Insolventierichtlijn kunnen de lidstaten nadere regels stellen voor de organisatie, de financiering en de werking van het waarborgfonds. Behalve de bovengenoemde beperking in tijd en het eerdergenoemde plafond, laat de richtlijn volgens artikel 10 slechts beperkingen toe in geval van een 'bedrieglijke samenheuling' tussen werkgever en werknemer, wanneer de werknemer in eigen persoon of samen met nauwe verwanten eigenaar was van een essentieel onderdeel van de onderneming en invloed had op de activiteiten daarvan en wanneer weigering of beperking van een loonaanspraak nodig is om misbruiken te voorkomen. De toegestane beperkingen zijn limitatief in de Insolventierichtlijn opgesomd, moeten restrictief worden uitgelegd en dienen in overeenstemming te zijn met het sociale doel van de richtlijn.

Richtlijn 80/987 is op 17 november 2008 ter wille van de duidelijkheid en een rationele ordening van de tekst vervangen door Richtlijn 2008/94. Behalve een vernummering en een enkele redactionele aanpassing, heeft Richtlijn 2008/94 voor zover ik kan beoordelen geen inhoudelijke wijziging van de besproken bepalingen meegebracht.

## De loongarantieregeling in de WW

Nederland heeft door de zogenoemde loongarantieregeling, opgenomen in hoofdstuk IV van de WW, uitvoering gegeven aan de Insolventierichtlijn. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de in artikel 4 lid 3 Insolventierichtlijn opgenomen mogelijkheid een maximum vast te stellen voor de hoogte van de waarborg; de insolventie-uitkering ingevolge de WW omvat in beginsel het volledige loon en andere bedragen die de werkgever in verband met de dienstbetrekking met de werknemer over de in artikel 64 van de WW omschreven perioden verschuldigd is. Wel zijn er beperkingen in tijd opgenomen: de loonaanspraken van de werknemer zijn beperkt tot het loon over ten hoogste dertien weken voorafgaande aan de dag waarop de dienstbetrekking door opzegging, ontbinding, wederzijds goedvinden of van rechtswege eindigt. Deze regel geldt niet indien naar het oordeel van het UWV sprake is van een onnodig late beëindiging. In dat geval geldt ingevolge artikel 64 lid 2 WW een dag waarop de dienstbetrekking volgens het UWV redelijkerwijs had behoren te zijn geëindigd. Bovendien

is het loon over de opzegtermijn beperkt tot de ingevolge artikel 40 lid 1 Fw geldende opzegtermijn, namelijk zes weken.

Teneinde oneigenlijk gebruik van de loongarantieregeling te beperken, is in artikel 63 lid 3 WW opgenomen dat het UWV de insolventie-uitkering geheel of gedeeltelijk, blijvend of geheel weigert, indien het werknemer voor een wijziging van de arbeidsvoorwaarden redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat in verband met insolventie geen of slechts te dele betaling van het loon zou plaatsvinden. De vraag naar de verenigbaarheid van deze bepaling met de Insolventierichtlijn, alsmede de kwestie hoe deze bepaling zich verhoudt met de verplichting van een goed werknemer om positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk (de welbekende Van der Lely/Taxi Hofman-regel), laat ik hier rusten.

### **Loongarantieregeling als oneigenlijk element van de WW**

Werkloos in de zin van de WW is de werknemer die een relevant arbeidsurenverlies heeft, zijn loonaanspraak voor die uren verloren heeft en beschikbaar is om arbeid te aanvaarden. De werknemer die aanspraak maakt op de loongarantieregeling, is (nog) niet werkloos. Integendeel; de regeling geeft de werknemers juist het recht tot betaling van hetgeen zij nog *van hun werkgever* te vorderen hebben. Nu werkloosheid van de werknemer geen vereiste is voor de overneming van loonbetalingsverplichtingen, wordt de loongarantieregeling wel als oneigenlijk element van de WW aangemerkt (W.H.C.A.M. Bouwens, Het laatste redmiddel: de loongarantieregeling, in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 192.)

Interessant is op te merken dat, afgezien van de plaatsing van de loongarantieregeling in een apart hoofdstuk in de WW, nauwelijks is terug te zien dat sprake is van een regeling met een bijzonder karakter. Zo zijn verschillende verplichtingen die in het normale WW-systeem op de werkloze werknemer rusten om het recht op WW-uitkering geldend te maken, in artikel 68 WW van overeenkomstige toepassing verklaard bij aanspraken van werknemers op een insolventie-uitkering. Denk aan de ingevolge artikel 24 WW op de werkloze werknemer rustende verplichting tot het verkrijgen en behouden van passende arbeid en de in het geding zijnde, ingevolge artikel 26 lid 1 onder d WW, op de werknemer rustende verplichting zich als werkzoekende te laten registreren bij het UWV. In de uitspraak waarin wordt verzocht om een prejudiciële beslissing, gaat de CRvB in op het achterliggende doel van deze verplichting, bestaande uit het voorkomen van een onnodig beroep op het waarborgfonds. Indien de werkzoekende reeds tijdens de periode waarover hij recht op insolventie-uitkering heeft arbeid vindt, dan leidde dit ten tijde in geding via toepassing van de in artikel 65 WW (oud) opgenomen anticumulatieregeling tot een verkleining van de aanspraak op de insolventie-uitkering. De in artikel 24 WW opgenomen verplichtingen tot het verkrijgen en behouden van passende arbeid, hebben een soortgelijk doel, te weten het verminderen van het feitelijk *inkomstenverlies* van de werkloze werknemer, zodat een beroep op de werkloosheidskassen zoveel mogelijk wordt beperkt. Bij schending van deze verplichtingen kan het UWV een maatregel opleggen (zie hiervoor artikel 27 WW en het Maatregelenbesluit

socialezekerheidswetten), bestaande uit het geheel of gedeeltelijk, blijvend of geheel weigeren van de uitkering. De vraag is, of dergelijke voorwaarden wel in overeenstemming zijn met de Richtlijn.

### **Commentaar**

De CRvB is in de regel nogal spaarzaam met het voorleggen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van de loongarantieregeling met de Insolventierichtlijn. Dat kan mogelijk worden verklaard door een nogal beperkte opvatting over de omvang van de verplichtingen die de richtlijn de lidstaten oplegt. Zo is de CRvB van opvatting dat de genoemde richtlijn de lidstaten slechts verplicht om voorzieningen te treffen voor onvervulde *aanspraken* die het gevolg zijn van insolventie. Als een betrokkene aanspraken van de werkgever had kunnen verkrijgen bij een meer voortvarend optreden na het intreden van de betalingsonmacht van de werkgever, dan ontbreekt naar het oordeel van de CRvB het verband tussen die loonaanspraken en de insolventie (CRvB 12 januari 2005, *RSV* 2005/99). In de literatuur zijn wel vraagtekens geplaatst bij de vraag of de jurisprudentie van de CRvB waarin de CRvB consequenties verbindt aan een trage of te weinig adequate reactie van de werknemer op het uitblijven van betaling, in overeenstemming is met de Insolventierichtlijn (W.H.C.A.M. Bouwens 2001, p. 210-212; A.P. van der Mei, 'De loongarantieregeling van hoofdstuk IV WW: recente ontwikkelingen en Europese perspectieven', *SMA* 2007, p. 132 e.v.).

In de onderhavige kwestie is echter iets anders aan de hand. Hier gaat het immers niet zozeer om de vraag in hoeverre het (tijdig) optreden van de werknemer had kunnen leiden tot het verkrijgen van het loon van de betreffende werkgever, maar om de vraag in hoeverre, kort gezegd, de (sanctie op de) verplichting van de werknemer om (tijdig) maatregelen te treffen die het feitelijk inkomstenverlies (ik kom daarop later nog terug) had kunnen beperken, zoals de aan de orde zijnde registratieverplichting, in overeenstemming is met de artikelen 4, 5 en 10 van de richtlijn.

### **De prejudiciële vraag en het arrest onder de loep**

De CRvB vraagt zich af of de genoemde registratieverplichting op basis van artikel 5 van de richtlijn, op basis waarvan lidstaten nadere regels kunnen stellen voor de organisatie, financiering en werking van het waarborgfonds, kan worden getroffen en zo ja, of die verplichting aan iedere werknemer kan worden opgelegd. Er zijn volgens het rechtscollege immers gevallen denkbaar waarin deze verplichting minder voor de hand ligt, met name situaties waarin de werknemer geen gerichtheid meer heeft op het verrichten van arbeid in loondienst, zoals onder meer speelt in het geval van Van Ardennen (zie CRvB 8 september 2010, *RSV* 2010/271, r.o. 3.5 en 3.6). Vervolgens rijst bij de CRvB dan nog de vraag in hoeverre het opleggen van een maatregel (in casu de korting op de uitkering met 20%) vanwege het niet (tijdig) voldoen aan de registratieverplichting in overeenstemming is met de Insolventierichtlijn. Nu de CRvB aanneemt dat de korting op de uitkering niet onder het bereik van artikel 10 van de Insolventierichtlijn kan worden gebracht, is het de vraag of de

rechtsgrondslag voor een dergelijke maatregel kan worden gevonden in artikel 4 of 5 van de Insolventierichtlijn, mede in het licht van de sociale doelstelling van die richtlijn.

Het UWV heeft deze vraag ontkennend beantwoord, verwijzend naar de arresten Pflücke (C-0125/01) en Visciano (C-69/08), waarin het Hof van Justitie de lidstaten heeft toegestaan om te voorzien in verval- en verjaringstermijnen voor het doen van een aanvraag, mits deze bepalingen niet ongunstiger zijn dan die voor vergelijkbare verzoeken op basis van het nationaal recht en de uitoefening van de door de richtlijn verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of buitengewoon moeilijk maken. De achterliggende gedachte van het UWV hierbij is, dat een maatregel van 20% van het over te nemen bedrag veel minder ingrijpend is dan een totaal verval van aanspraken.

Het Hof van Justitie maakt – terecht – korte metten met dit standpunt, overwegende dat een verplichting om zich binnen een bepaalde termijn als werkzoekende te registreren, niet vergelijkbaar is met een verval- of verjaringstermijn. Volgens het Hof (r.o. 35) zou het in strijd zijn met het doel van de richtlijn, wanneer deze aldus werd uitgelegd dat de te honoreren loonaanspraken *forfaitair en automatisch* (cursivering LvdB) worden verlaagd bij overtreding van de registratieverplichting, zodat die werknemer niet in aanmerking komt voor de waarborg voor het loonverlies dat hij *daadwerkelijk heeft geleden* (idem).

### **Anticumulatieregeling**

Samengevat mag het niet nakomen van de registratieverplichting niet tot een korting op de uitkering leiden. Dit geldt kennelijk niet alleen voor het geval Van Ardennen, die zijn eigen bedrijf begon, maar voor alle werknemers. De onverenigbaarheid van de (sanctie op de) registratieplicht met de Insolventierichtlijn wordt door het Hof van Justitie geplaatst in de sleutel van het ‘forfaitair en automatisch’ verlagen van de loonaanspraken. Hiermee heeft het hof in het onderhavige arrest een – helaas – zeer strikt verwoorde algemene regel geformuleerd. Van forfaitair en automatisch korten is mijns inziens overigens uitsluitend sprake bij overtreding op de in artikel 27 lid 1 en 27 lid 2 WW gesanctioneerde verplichtingen passende arbeid te aanvaarden, passende arbeid te verkrijgen en passende arbeid behouden. Bij de maatregelen als bedoeld in artikel 27 lid 3 WW, is de rechter altijd bevoegd om na te gaan of de opgelegde gedraging is afgestemd op de ernst van de gedraging en de mate waarin de gedraging de werknemer kan worden verweten. Dit in aanmerking nemende, zou het belang van dit arrest wel eens zeer beperkt kunnen zijn.

In de uitspraak waarin het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, zoekt de CRvB het antwoord op de vraag naar de verenigbaarheid van de registratieplicht met de Insolventierichtlijn meer in de – reeds besproken – ratio van de registratieplicht, te weten het beperken van het feitelijk inkomstenverlies van de werknemer en het verminderen van het beroep op de werkloosheidskassen. In dat verband gaat de CRvB ook in op de anticumulatieregeling die ten tijde in geding in artikel 65 WW was opgenomen (CRvB 8 september 2010, RSV 2010/271, r.o. 3.4) van de uitspraak van CRvB. De regeling hield in dat inkomsten uit arbeid, verworven gedurende de periode waarover recht op een insolventie-

uitkering bestaat (denk bijvoorbeeld aan inkomsten verkregen uit het verrichten van arbeid bij een derde of als zelfstandige), op de uitkering in mindering mogen worden gebracht. Indien de werkzoekende reeds tijdens de periode waarover hij recht op insolventie-uitkering heeft arbeid vond, dan leidde dit dus via toepassing van artikel 65 WW (oud) tot een verkleining van de aanspraak op de insolventie-uitkering.

De vraag of de anticumulatieregeling in overeenstemming is met de Insolventierichtlijn, beantwoordt de raad met een verwijzing naar het doel van de richtlijn voorzichtig bevestigend, omdat met anticumulatie geen afbreuk wordt gedaan aan de door de Insolventierichtlijn gewaarborgde minimumbescherming. Het is jammer dat de CRvB geen aanleiding heeft gezien om ook de vraag naar de verenigbaarheid van artikel 65 WW (oud) met de Insolventierichtlijn aan het Hof van Justitie voor te leggen. In dat geval zou het arrest namelijk mogelijk ook uitsluitel hebben kunnen geven over de verenigbaarheid van verschillende andere op de werknemer van de insolvente werkgever rustende verplichtingen, die als ratio het beperken van inkomstenverlies hebben.

### **Anticumulatie toegestaan?**

Het is mijns inziens de vraag of de anticumulatieregeling van artikel 65 WW (oud) wel in overeenstemming is met de Insolventierichtlijn. De waarborg van de Insolventierichtlijn betreft de honorering van onvervulde aanspraken uit arbeidsovereenkomsten- of verhoudingen. Het WW-systeem dat, gelet op de anticumulatieregeling van artikel 65 WW, in wezen uitgaat van de vraag of sprake is van feitelijk inkomstenverlies, lijkt daarmee op gespannen voet te staan.

Het onderhavige arrest, waarin wordt gesproken over 'het daadwerkelijk geleden hebben van loonverlies', geeft hieromtrent geen uitsluitel. Uit het arrest Regeling (HvJ EG 14 juli 1998, C-125/97, RSV 1998/272) kan worden afgeleid, dat het hof waarde hecht aan het bestaan van een civielrechtelijke vordering én het doel van de richtlijn, te weten de bescherming van werknemers tegen inkomstenverlies bij insolventie. Bouwens (2001, p. 210) acht het daarom niet uitgesloten dat het Hof van Justitie de aanspraken van de werknemer vervuld zal achten, als de werknemer in feite geen inkomensverlies heeft geleden.

Ik betwijfel of de beschouwing van Bouwens juist is. Het zou in elk geval mijn voorkeur hebben als de CRvB zich er meer bewust van was dat de loongarantieregeling een oneigenlijk element is van de WW en het begrip 'loonverlies' zoveel mogelijk in overeenstemming met het civiele recht zou interpreteren. Zo leidt het verrichten van betaalde werkzaamheden bij derden in geval van niet werken door een oorzaak die in de risicosfeer van de werkgever ligt, in het stramien van artikel 7:628 BW niet per se tot het verlies van de *loonaanspraken* van de werknemer jegens de werkgever. Ik zie geen reden waarom dit in het kader van het door het UWV *overnemen van de betalingsverplichtingen van de werkgever* anders zou moeten liggen.

Sinds 1 januari 2008 is de anticumulatieregeling om uitvoeringstechnische redenen vervangen door een urenkortingsregeling (*Stb.* 2007, 545). De urenkorting kan als gevolg hebben dat het verrichten van arbeid bij derden tegen een veel lager loon dan de loonaanspraak die de

werknemer jegens de insolvente werkgever heeft, leidt tot een geheel verlies van de insolventie-uitkering. Het lijkt me zonneklaar, dat de urenkortingsregeling op gespannen voet staat met (het doel van de) Insolventierichtlijn. Met deze regeling wordt immers zelfs de vraag naar het feitelijk inkomstenverlies losgelaten.

### **Overige WW-verplichtingen wel verenigbaar met (het doel van) de richtlijn?**

Nu het WW-systeem, niet alleen door de registratieverplichting, maar bijvoorbeeld ook door de ingevolge artikel 68 WW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in artikel 24 WW opgenomen verplichtingen tot het behouden en verkrijgen van passende arbeid, consequenties verbindt aan het gedrag van de werknemer die zich onvoldoende heeft ingespannen om het feitelijk inkomstenverlies voorafgaand of tijdens de insolventie te beperken, rijst ten slotte nog de vraag naar de verenigbaarheid van de genoemde (sancties op de bedoelde) verplichtingen met de richtlijn. Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Hoewel de verplichting zich als werkzoekende te registreren een wat ander karakter heeft dan de verplichting passende arbeid te verkrijgen, geldt ook in het laatste geval dat schending van de verplichting niet leidt tot het daadwerkelijk opheffen van feitelijk inkomstenverlies.

De enige grondslag die ter beperking van de aanspraken van de werknemer zou kunnen worden aangevoerd, is artikel 10 van de richtlijn. De in artikel 10 bedoelde 'misbruiken' zijn in het arrest Walcher (zie: HvJ EG 11 september 2003, C-201/01, punt 39) gedefinieerd als 'onrechtmatige praktijken die de waarborgfondsen schade berokkenen door een salarisaanspraak te fingeren en die voor deze fondsen onrechtmatig een betalingsverplichting doen ontstaan'. Daarvan is in geval van de overtreding van de verplichting passende arbeid te verkrijgen of te behouden uiteraard geen sprake. Gezien de strikte uitleg van het Hof zouden de verplichtingen na weging, zomaar eens te licht kunnen worden bevonden.