



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 15 06.1995
COM(95)164 def.

VERSLAG VAN DE COMMISSIE

**De omzetting van de Richtlijn van de Raad 80/987/EEG
van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing
van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming
van de werknemers bij insolventie van de werkgever**

I. INLEIDING

1. De Raad van de Europese Gemeenschappen heeft op 20 oktober 1980 Richtlijn 80/987/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever goedgekeurd. De Lid-Staten werden op 23 oktober 1980 in kennis gesteld van deze richtlijn. Krachtens art. 11, lid 1 van de richtlijn zijn de Lid-Staten binnen 36 maanden na kennisgeving van deze richtlijn verplicht, voor zover noodzakelijk, de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te doen treden om de richtlijn in het intern recht om te zetten. Krachtens art. 11, lid 2 van de richtlijn stellen de Lid-Staten de Commissie in kennis van de tekst van deze bepalingen. Bovendien zijn de Lid-Staten overeenkomstig art. 12 van de richtlijn verplicht om na 23 oktober 1983, dus na afloop van de in art. 11, lid 1 bedoelde termijn, de Commissie alle dienstige gegevens te verstrekken ten einde haar in staat te stellen bij de Raad een verslag in te dienen over de toepassing van Richtlijn 80/987/EEG. De Commissie heeft hiertoe een vragenlijst opgesteld en deze de Lid-Staten ter beantwoording toegestuurd.

Het onderhavige rapport is slechts voor een gedeelte op de antwoorden van de Lid-Staten gebaseerd, aangezien de nationale autoriteiten na de overlegging van de gegevens die krachtens art. 12 van de richtlijn door de Commissie werden gevraagd, hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in belangrijke mate hebben gewijzigd.

2. Bij de vaststelling van Richtlijn 80/987 (2) bestonden er in verschillende Lid-Staten reeds regelingen op dit gebied, nl. in België (1967), Bondsrepubliek Duitsland (1974), Frankrijk (1973), Verenigd Koninkrijk (1975), Luxemburg (1977) en Nederland (1968). Spanje en Portugal, die op dat moment nog geen lid van de EG waren, hadden deze problematiek ook al in hun wetgeving geregeld. Voor de andere Lid-Staten (Griekenland (1981), Ierland (1984), Italië) vormde Richtlijn 80/987 pas de eerste aanzet om door middel van hun intern recht te zorgen voor een wettelijke financiële bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, welke verder gaat dan de algemene privilegiëring van looneisen in geval van een faillissement.

De EG sloot zich bijgevolg met de vaststelling van Richtlijn 80/987 aan bij een vooral in Europa zichtbare trend om de in het algemene insolventierecht aan het daglicht gekomen tekortkomingen voor de werknemers te beperken en deze door middel van de invoering van bepaalde garanties op te heffen. Politiek gezien had de beslissing tot vaststelling van een richtlijn derhalve tot doel de hervorming van het insolventierecht, die in veel Lid-Staten voor noodzakelijk werd gehouden, niet verder af te wachten, maar een

bijzondere regeling voor de werknemers in te voeren. Deze beslissing bleek achteraf ook juist te zijn, aangezien de hervorming van het insolventierecht indertijd in de meeste Lid-Staten nog lang niet tot afsluitende resultaten had geleid.

Sindsdien heeft het uit het sociale beleid voortkomende idee van een betere bescherming van de werknemers bij insolventie van hun werkgever internationaal navolging gevonden. De internationale arbeidsorganisatie (IAO) heeft in juni 1992 een Verdrag over de bescherming van de looneisen van werknemers bij insolventie van hun werkgever, benevens een aanbeveling over dit onderwerp goedgekeurd.

De eerste groep Lid-Staten werd door de vaststelling van Richtlijn 80/987 uitsluitend verplicht tot een eventuele aanpassing aan de soms nieuwe bepalingen van deze richtlijn, terwijl de tweede groep inhoudelijk nieuwe wettelijke bepalingen moesten omzetten.

De bijzondere inhoudelijke en structurele moeilijkheden van Richtlijn 80/987 vinden hun oorzaak voornamelijk in het feit dat de buiten het faillissementsrecht vallende garantie van de eisen van een werknemer in geval van insolventie van de werkgever op een reeks belangrijke en soms ook zeer complexe en voornamelijk op de nationale omstandigheden afgestemde rechtsgebieden stuit, zoals het insolventierecht, het arbeidsrecht en het sociale-zekerheidsrecht. Zo kent men in de Romaanse landen in het algemeen uitsluitend het faillissement van kooplieden, maar niet, zoals het Duitse recht, dat van rechtspersonen of natuurlijke personen. Ook bij de insolventiegevallen bestaan binnen de regeling met betrekking tot de loongarantie aanzienlijke verschillen; dit geldt ook voor de hoogte van de gegarandeerde uitkeringen. Daar komt nog bij dat de bedrijfspensioenregelingen in de afzonderlijke Lid-Staten in de praktijk een zeer uiteenlopende rol spelen.

II. De omzetting van de Richtlijn door de Lid-Staten

De beoordeling van de mate waarin een Lid-Staat van de EG heeft voldaan aan zijn verplichting om de richtlijn om te zetten, begint met de toepassingsvoorwaarden (art. 1, 2) en richt zich daarna op de omvang van de algemene garantie (art. 3, 4), alsmede op de omvang van de bijzondere garantie voor de bedrijfspensioenregeling (art. 8), op de garantie van achterstallige bijdragen aan de sociale verzekering (art. 7) en op de voorschriften met betrekking tot de waarborgfondsen (art. 5).

1. De toepassingsvoorwaarden (art. 1, 2)

Voorwaarde voor de in art. 3, lid 1 van de richtlijn opgenomen betalingsverplichting van de waarborgfondsen (zie art. 4, lid 1 van de richtlijn) en bijgevolg voor de aanspraak van de werknemer op gegarandeerde uitkeringen is dat deze betrekking hebben op eisen van de

werknemer die hem uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding ten opzichte van zijn insolvente werkgever toekomen.

Dientengevolge hangt het aanspraak maken op een gegarandeerde uitkering van de volgende voorwaarden af:

- rechthebbend is uitsluitend een werknemer,
- deze heeft geld tegoed van een werkgever die nu insolvent is,
- bij de niet-nagekomen prestaties moet het gaan om eisen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding.

Het begrip "insolventie" is door de richtlijn vastgelegd; de definitie van de termen "werknemer" en "werkgever" wordt door art. 2, lid 2 van de richtlijn echter aan het nationale recht, dus aan iedere Lid-Staat zelf, overgelaten. Dit betekent echter niet dat een Lid-Staat de vrijheid zou hebben om het begrip werkgever speciaal af te bakenen of uit te breiden met het oog op de omzetting van deze richtlijn. Art. 2, lid 2 van de richtlijn verwijst alleen naar de algemene begripsvorming van het respectieve nationale arbeidsrecht. Dit blijkt ook uit de regeling van art. 1, lid 2 van de richtlijn in combinatie met de daarbij behorende bijlage. De enig zinvolle uitleg van deze regeling houdt in dat deze allereerst uitgaat van de algemene nationale definitie van werknemers en dat deze definitie daarna pas op grond van een bijzondere machtiging in bepaalde gevallen weer mag worden afgebakend. En wat voor de definitie ten aanzien van werknemers opgaat, geldt des te meer voor die ten aanzien van werkgevers, te meer daar de richtlijn in dit opzicht geen enkele specifieke uitbreiding of afbakening toestaat.

a) **Werknemers**

Rechthebbend is uitsluitend een werknemer (art. 1, lid 1 van de richtlijn). Wie de hoedanigheid van **werknemer** heeft, wordt overeenkomstig art. 2, lid 2 van de richtlijn door iedere Lid-Staat autonoom bepaald. De richtlijn blijft echter van invloed op haar eigen concrete omzetting, aangezien zij toestaat dat bepaalde categorieën, voor zover deze onder de nationale definitie van werknemers vallen, worden uitgesloten van de personele werkingssfeer van de desbetreffende nationale regeling, voor zover voldaan is aan de in art. 1, lid 2 van de richtlijn en de in de bijlage onder I en II gestelde bijzondere voorwaarden. Of bijvoorbeeld een leerling in het algemeen als werknemer moet worden aangezien of, als dat niet het geval is, toch met een werknemer gelijkgesteld wordt, dient iedere Lid-Staat voor zichzelf uit te maken. Het communautaire recht doet hieromtrent geen enkele uitspraak. Bepaalde problemen bij de begripsbepaling doen zich voornamelijk voor bij Lid-staten uit de Engelse rechtssfeer (Verenigd Koninkrijk, Ierland), waarin van oudsher de in een bepaalde wet gebruikte begrippen speciaal in deze en uitsluitend voor deze wet worden vastgelegd, wanneer zij afwijken van het algemene standaardbegrip.

Om aanspraak te kunnen maken op een gegarandeerde uitkering is het volgens de zin van de regeling niet van belang of de hoedanigheid van werknemer op het moment dat de aanspraak wordt ingediend, nog bestaat of niet. Van doorslaggevende betekenis is alleen dat de bewuste persoon werknemer was op het moment waarop de aanspraak ontstond; of er nog steeds een arbeidsovereenkomst dan wel een arbeidsverhouding bestaat, is niet belangrijk. Daarom kan de aanspraak op garantie, voor zover deze volgens het nationale recht erfelijk is, ook door nabestaanden of door andere rechtsopvolgers (bijvoorbeeld in het geval van een overdracht) worden ingediend.

België. - Het Belgische recht kent geen wettelijke definitie van het begrip "werknemer", en laat de omschrijving hiervan over aan de ontwikkeling in de praktijk. Het wordt echter in belangrijke mate gekenmerkt door de splitsing van de werknemers in arbeiders en in employés, zoals voornamelijk blijkt uit de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst (art. 1 e.v., 47 e.v., 66 e.v. Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978). Dit onderscheid speelt in deze context echter geen rol. De "Wet tot uitbreiding van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers" van 30 juni 1967 bevat geen bijzondere beperking van de personele werkingssfeer voor werknemers, aangezien art. 4 van deze wet zich met de beperking van de betalingsverplichting, als bedoeld in art. 4, lid 1 en 2 van de richtlijn, bezighoudt.

Bondsrepubliek Duitsland. - In de wetgeving van de Bondsrepubliek Duitsland ontbreekt een wettelijke omschrijving van het begrip werknemer. Leerlingen en thuiswerkers genieten echter de bescherming van de voorschriften over de faillissementsuitkering volgens artikel 141 a e.v. Arbeitsförderungsgesetz (AFG) (7). Wat de bedrijfspensioenregeling betreft, breidt artikel 17, lid 1, zin 2, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) (Wet tot verbetering van de bedrijfspensioenregeling) van 19 december 1974 de personele werkingssfeer van de wet uit tot personen die geen werknemer zijn. Een dergelijke uitbreiding van de insolventiebescherming tot andere personen is niet strijdig met de richtlijn.

Denemarken. - Ook in de Deense wetgeving ontbreekt een wettelijke algemene definitie van de werknemer. Wie werknemer is, wordt derhalve bepaald volgens het ongeschreven recht.

Frankrijk. - De Code du travail (de arbeidswetgeving) definieert niet wat een werknemer (travailleur) is. Dat wordt overgelaten aan de rechtspraak en de rechtsleer. Art. L 143-11-1 Code du travail gebruikt het begrip "salarie", doch ook nu weer zonder een definitie te geven.

Griekenland. - Wie werknemer is, moet uit het ongeschreven recht worden opgemaakt. Wet nr. 1836/1989 (inzake de bevordering van de werkgelegenheid en de beroepsopleiding) van 14 maart 1989 gebruikt in art. 16 zonder nadere, eigen precisering het begrip "ergazómenos" (werknemer).

Verenigd Koninkrijk. - In section 153 (1) van de Employment Protection (consolidation) Act 1978 wordt een definitie gegeven van de term "employee for the purposes of protection in the event of insolvency" (werknemer met het oog op bescherming bij insolventie). Deze definitie wordt in de bovenbedoelde wet in algemene zin gebruikt. De wet dekt een zeer uitgebreide reeks rechten van individuele werknemers en beperkt zich niet tot insolventie. Er is dus geen sprake van een bijzondere afbakening van het begrip werknemer met het oog op de insolventiebescherming. De wettelijke definitie geldt immers voor een reeks belangrijke en centrale gebieden van het arbeidsrecht.

In de EPCA worden bepaalde categorieën werknemers uitdrukkelijk van de insolventiebescherming uitgesloten, te weten de bemanningsleden en de gezagvoerder van een vissersvaartuig "where the employee is remunerated only by a share in profits or gross earnings of the vessel" (waar de werknemer wordt betaald in de vorm van een aandeel in de winst of in de bruto-opbrengst van het vaartuig) (Sect. 144 (2); merchant seamen (zeelieden van de koopvaardij) (Sect. 144/4). Oorspronkelijk sloot de sinds 1989 opgeheven Sect. 145 (2) EPCA ook dokwerkers uit van het toepassingsgebied van de algemene voorschriften over de insolventiebescherming. Door het schrappen van de Sect. 145 EPCA, waarvoor niets anders in de plaats komt, vallen deze voortaan echter onder de algemene regeling.

De in Sect. 144 (2) EPCA voorziene uitsluiting van de gezagvoerder en de bemanningsleden van vissersvaartuigen valt onder art. 1, lid 2 van de richtlijn, juncto punt I E 1 van de bijbehorende bijlage. In het Verenigd Koninkrijk worden deze personen onmiskenbaar als zelfstandigen gekwalificeerd.

Daarentegen levert de uitsluiting van de "merchant seaman" problemen op. Bijlage II D 2 van de richtlijn staat het Verenigd Koninkrijk weliswaar toe de bemanning van zeeschepen uit te sluiten van de insolventiebescherming van Sect. 122-127 EPCA, maar de voorwaarde hiervoor is krachtens art. 1, lid 2 van de richtlijn echter dat voor deze werknemers een andere vorm van garantie bestaat die hen een bescherming garandeert die gelijkwaardig is aan de door de richtlijn geboden bescherming.

Er bestaat geen bijzondere wettelijke regeling die voorziet in een andere garantie voor de bemanning van handelsschepen. Derhalve komt alleen een waarborg krachtens de "common law" (gewoonterecht) in aanmerking, te weten een "maritime lien for wages" (maritiem retentierecht voor loon). L.J. Scott, (The Folten (1946) Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division, blz. 135) omschrijft de "maritime lien" als volgt: "A maritime lien consists in the substantive right of putting into operation the Admiralty Court's executive function of arresting and selling the ship, so as to give a clear title to the purchaser and thereby enforcing distribution of the proceeds amongst the lien creditors in accordance with their several priorities and subject thereto rateably" (het maritiem retentierecht houdt in dat beslag kan

worden gelegd op het schip, dat aansluitend wordt verkocht. De opbrengst wordt verdeeld onder de verschillende schuldeisers, waarbij rekening moet worden gehouden met hun prioriteiten). Voor de totstandbrenging van een "maritime lien" is in theorie dus een ingewikkelde procedure noodzakelijk. Het "maritime lien for wages" lijkt derhalve niet aan de voorwaarden van art. 1, lid 2 van de richtlijn te voldoen.

De juridische procedure in geval van insolventie lijkt op de garantieprocedure die ook in de juridische traditie van de Lid-Staten bestaat. De richtlijn voorziet in een ander waarborgsysteem. Anderzijds kan men zich afvragen of de vervulling van de loonaanspraken van de bemanning gewaarborgd is wanneer de waarde van het schip buiten beschouwing wordt gelaten.

Ierland. - In Ierland heeft de wetgever - die in dit opzicht preciezer is dan die in het Verenigd Koninkrijk - het begrip "werknemer" speciaal voor de bescherming tegen insolventie vastgelegd. In Sect. 1 (1) Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act 1984 wordt met het oog hierop het volgende verklaard: "Employee' means a person who has entered into or works under (or in the case of a contract which has been terminated, worked under) a contract with an employer whether the contract is for manual labour, clerical work or otherwise, is express or implied, oral or in writing, and whether it is a contract of service or apprenticeship or otherwise, and 'employer' and any reference to employment shall be construed accordingly" (een werknemer is een persoon die is gaan werken, die werkt of die, wanneer het contract is beëindigd, werkte op basis van een overeenkomst met een werkgever, ongeacht of deze overeenkomst nu betrekking heeft op handmatige arbeid, op kantoorwerk of op andersoortig werk, of deze nu expliciet of impliciet is, mondeling of schriftelijk en of sprake is van een dienstcontract of leerlingenschap, dient 'werknemer' en iedere verwijzing naar 'het in dienst zijn' dienovereenkomstig te worden opgevat). Aangezien het hierbij om een definitie ten aanzien van werknemers gaat die in grote lijnen ook elders in de Ierse wetgeving wordt gebruikt (zie de gelijkkluidende definitie in Sect. 2 (1) Employment Protection Act 1977, alsmede de gelijksoortige formulering in Sect. 1 (1) Unfair Dismissals Act 1977), kan niet worden gesproken van een aanvullende beperking van de Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act.

Daarentegen is in Sect. 11 (1) b Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act 1984 een algemene machtiging voor de minister van Arbeid opgenomen "to exclude from such application employees who are a class or description so specified" (om bepaalde categorieën werknemers uit te sluiten van bescherming). Deze mogelijkheid om de personele werkingssfeer te beperken is niet in strijd met de richtlijn wanneer zij wordt gebruikt in de gevallen die in de bijlage van de richtlijn worden opgesomd. In bijlage I C en II B wordt namelijk met betrekking tot Ierland een groot aantal mogelijke categorieën werknemers genoemd wier aanspraken krachtens art. 1, lid 2 van de richtlijn uitgesloten kunnen worden. Voor zover bekend heeft Ierland tot nu toe echter geen gebruik van deze mogelijkheid gemaakt, zodat de betreffende categorieën

werknemers aanspraak kunnen maken op de insolventiebescherming van de wet.

Italië. - Het Italiaanse recht heeft het begrip "werknemer" algemeen omschreven in art. 2094, lid 1, Codice civile.

Naar aanleiding van het arrest van het Europese Hof van Justitie van 2 februari 1989 is de Italiaanse regering bij wet nr. 428 van 29 december 1990 gemachtigd binnen een termijn van een jaar gerekend vanaf de datum van inwerkingtreding van deze wet de wettelijke decreten met betrekking tot de toepassingsvoorwaarden van de EEG-richtlijnen vast té stellen. In artikel 48 van de bovenbedoelde wet wordt uitdrukkelijk de toepassing van Richtlijn 80/987/EEG voorgeschreven. Dit artikel diende als grondslag voor het wettelijk decreet nr. 80 van 27 januari 1992, waarbij een algemeen waarborgsysteem wordt ingevoerd.

Voordat dit decreet werd vastgesteld, konden krachtens de Italiaanse wetgeving talrijke werknemerscategorieën worden uitgesloten wanneer zij in geval van een economische crisis van de onderneming recht hadden op een inkomensgarantie (waarborg van de Kas voor salarisaanvullingen) (deze bepaling is opgenomen in punt II van de bijlage bij de richtlijn). In zijn arrest van 2 februari 1980 (Commissie/Italië) heeft het Hof van Justitie echter geconcludeerd dat "alleen werknemers die bij insolventie van de werkgever daadwerkelijk onder de beschermingsregeling van de Kas voor salarisaanvullingen vallen, van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten moeten worden geacht". In het wettelijk decreet nr. 80 van 17 januari 1992 wordt met het bovenbedoelde arrest rekening gehouden aangezien het niet in een algemene uitsluiting op grond van het bestaan van een dergelijke waarborg voorziet, maar daarentegen voorschrijft dat deze waarborg niet met de door het waarborgfonds verrichte betaling wordt gecumuleerd.

Luxemburg. - In hoofdstuk 20 van de wet inzake de arbeidsovereenkomsten, van 24 mei 1989 wordt het begrip "salarié" gebruikt. Het begrip wordt echter niet nader omschreven. Daarentegen is in art. 46 van deze wet geen sprake van een beperking van de personele werkingssfeer van dit begrip.

Nederland. - Ofschoon ouderen boven de 65 jaar in beginsel van de werkingssfeer van de Werkloosheidswet (WW) zijn uitgesloten, is hoofdstuk IV van deze wet en daarmee ook de "overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever te betalen" (artt. 61-68) krachtens artikel 67, onder c, van de WW toch op hen van toepassing.

Voor bepaalde categorieën huispersoneel heeft Nederland echter gebruik gemaakt van de uitzonderingsregeling die in de bijlage onder I C is opgenomen.

Portugal. - In decreet 50/85 over het loongarantiefonds (fundo de garantia salarial) wordt in art. 1 zonder nadere omschrijving gesproken over de "trabalhador" (werknemer); ofschoon dit begrip door de wet niet expliciet wordt gedefinieerd, wordt het in juridische zin afgebakend op basis van de definities in artikel 1152 van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 1 van het rechtsstelsel dat bij decreet 49.408 van 30.11.69 is gevoegd.

In de bijlage van de richtlijn wordt Portugal geen machtiging verleend om bepaalde categorieën werknemers van de insolventieverzekering uit te sluiten. Artikel 6 DL 50/85 bepaalt in het algemeen dat werknemers die in aanmerking komen voor bescherming krachtens regelingen die identiek zijn aan of gunstiger zijn dan die uit hoofde van art. 2 van dat decreet, van zijn werkingssfeer worden uitgesloten.

Het is echter duidelijk dat de bijlage van de richtlijn Portugal niet machtigt bepaalde categorieën werknemers uit te sluiten.

Daarnaast voorziet art. VII van de Regulamento do fundo de garantia salarial van 20 september 1985 (DN 90/85) (Verordening inzake het loongarantiefonds) in twee gevallen waarin sprake is van uitsluiting uit het waarborgsysteem van het Decreto-Lei 50/85: art. VII 1 sluit werknemers uit die wegens tijdelijke arbeidsongeschiktheid in de waarborgperiode uitkeringen van de sociale verzekering ontvangen, en art. VII 2 werknemers die uitkeringen ontvangen uit hoofde van het Despacho Normativo no. 35/84 van 13 februari 1984.

De in art. VII 1 DN 90/85 vervatte uitsluiting is niet in strijd met de richtlijn aangezien de werknemers gedurende hun arbeidsongeschiktheid geen looneis ten opzichte van hun werkgever konden verwerven. Met betrekking tot in art. VII.2 vervatte uitsluiting geldt dat deze feitelijk niet meer van toepassing is, aangezien DN 35 van 13 januari 1984 in het nationale recht van Portugal niet meer van kracht is. DN 35/84 behelsde enkele aanpassingen van decreet 183 van 5 mei 1977, welke bij decreet 20 van 17 januari 1985 nietig zijn verklaard.

Spanje. - Art. 1 lid. 1 Estatuto de los trabajadores (ET) (Statuut van de werknemers) bevat een wettelijke definitie van de werknemer: "La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuanta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (De onderhavige wet is van toepassing op de werknemers die op vrijwillige basis in loondienst werkzaamheden verrichten binnen de organisatie van een andere natuurlijke of rechtspersoon, die werkgever of ondernemer wordt genoemd). Deze definitie geldt ook voor art. 33 ET, waarin de basisnormen ten aanzien van het "fondo de garantia salarial" (loongarantiefonds) zijn vastgelegd. Deze bepaling bevat geen op art. 33 ET gebaseerde beperking van de personele werkingssfeer.

Krachtens een uitdrukkelijke wettelijke regeling is het systeem van loongarantie in geval van

insolventie van de werkgever niet van toepassing op huispersoneel (Disposición adicional Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar) (Aanvullende bepaling bij het Koninklijk besluit tot regulering van de bijzondere arbeidsverhouding van huispersoneel), noch op leidinggevende functionarissen, aangezien art. 33 ET niet in art. 15, lid 1, Real Decreto 1382/1985 de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Koninklijk besluit tot regulering van de bijzondere arbeidsverhouding van leidinggevend personeel) wordt vermeld.

De uitsluiting van huispersoneel door het Real Decreto 1424/1985 wordt gelegitimeerd door art. 1, lid 2, van de richtlijn in combinatie met bijlage II B van de richtlijn, maar dit geldt niet voor de uitsluiting van de leidinggevende functionarissen. Deze is door het ontbreken van een uitdrukkelijke machtiging strijdig met art. 1, lid 2 van de richtlijn. (Zie het laatste deel van dit rapport: het arrest dat het Hof in de zaak Teodoro Wagner Miret heeft gewezen - nog niet gepubliceerd).

Op 19 mei 1994 heeft Spanje Wet nr. 11/1994 aangenomen. Deze wet wijzigt het statuut van de werknemers op bepaalde punten teneinde de desbetreffende statutaire bepalingen met het bovengenoemde arrest van het Hof van Justitie in overeenstemming te brengen.

b) Insolventie van de werkgever

aa) Werkgever

Art. 1, lid 1 van de richtlijn stelt de toepassing van de richtlijn verder afhankelijk van de staat van insolventie van de werkgever. Wie als werkgever moet worden beschouwd, moet krachtens art. 2, lid 2 van de richtlijn door iedere afzonderlijke Lid-Staat zelf nader worden vastgelegd. Ook hier geldt net als bij de omschrijving van het begrip werknemer dat een speciaal met het oog op de beperking van de gegarandeerde uitkering ingevoerde definitie van het begrip werkgever niet geoorloofd is. Aan de nationale wetgeving wordt veeleer alleen de beantwoording van de vraag overgelaten wie in het algemeen als werkgever moet worden beschouwd. Anders dan in het geval van het begrip werknemer is het ook niet mogelijk om uit hoofde van art. 1, lid 2 van de richtlijn bepaalde groepen categorieën uit te sluiten van de werkingssfeer van de richtlijn. Uit de bijlage van de richtlijn blijkt dat dit alleen voor bepaalde categorieën werknemers mogelijk is. Derhalve is de richtlijn van toepassing op alle werkgevers in de particuliere en de overheidssector, voor zover deze insolvent kunnen zijn. Dit mag echter niet worden verward met het feit dat vooral in de Romaanse landen slechts een gedeelte van de particuliere werkgevers, te weten de kooplieden, failliet kan gaan. Een dergelijke opsplitsing in categorieën werkgevers die wel of niet failliet kunnen gaan, mag bij de omzetting van de richtlijn uitsluitend worden gehandhaafd wanneer de desbetreffende nationale wetgeving de

werkgevers die niet failliet kunnen gaan, eveneens in het waarborgsysteem opneemt. Doet de nationale wetgeving dit echter niet, dan is zij strijdig met het door de richtlijn nagestreefde doel om de werknemers van alle werkgevers onafhankelijk van het faillissementsrecht tegen de insolventie van de werkgever te beschermen. De richtlijn dient zonder onderscheid van toepassing te zijn op kooplieden en niet-kooplieden, benevens op kleine en grote werkgevers met of zonder winstoogmerk. Bij de opzet van de waarborgsystemen van de Lid-Staten dient hier rekening mee te worden gehouden.

België. - De Belgische wetgeving kent geen algemene, wettelijk vastgelegde definitie van het begrip werkgever. In de wet van 30 juni 1967 verwijst art. 2, lid 1, naar art. 2 en 2bis van de Wet betreffende de vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers van 28 juni 1966 voor de nadere bepaling van het begrip onderneming (entreprise). Krachtens art. 2, lid 1, moet onder onderneming (entreprise) een technische exploitatie-eenheid (unité technique d'exploitation) worden verstaan. Ondernemingen zonder economische doelstelling vallen krachtens de jurisprudentie van het Hof van Cassatie (25 oktober 1982, Journal des tribunaux du travail 1983, 118) echter niet onder deze definitie. De Belgische waarborgregeling heeft derhalve slechts betrekking op een gedeelte van de werkgevers. Ze is daardoor slechts gedeeltelijk in overeenstemming met de richtlijn, die alle werkgevers wil omvatten.

Bondsrepubliek Duitsland. - Ook de Duitse wetgeving legt niet door middel van een wet vast wie als werkgever moet worden beschouwd. De algemene opvatting luidt dat een werkgever iemand is die ten minste een werknemer in dienst heeft. In art. 141 a e.v. AFG wordt de groep werkgevers waarop deze bepalingen betrekking hebben, niet verder omschreven.

Een insolventiegarantie met betrekking tot de aanspraken en prestaties uit hoofde van een bedrijfspensioenfonds wordt voor de meeste werkgevers in de openbare dienst echter door art. 17, lid 2, BetrAVG uitgesloten; dit artikel bepaalt: "Die §§ 7 bis 15 gelten nicht für den Bund, die Länder, die Gemeinden sowie die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, bei denen der Konkurs nicht zulässig ist, und solche juristische Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde Kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert" (De artikelen 7 t/m 15 gelden niet voor de bondsregering, de deelstaten, de gemeenten, noch voor publiekrechtelijke lichamen, stichtingen en instellingen die niet failliet kunnen worden verklaard, en evenmin voor publiekrechtelijke rechtspersonen bij wie de bondsregering, een deelstaat of een gemeente krachtens de wet de solventie garandeert). Bij de werkgevers die in deze bepaling worden genoemd, kan van rechtswege helemaal geen sprake zijn van insolventie; derhalve is het feit dat deze werkgevers door artikel 17, lid 2, BetrAVG worden uitgesloten van toepassing van de bepalingen inzake de insolventiegarantie (artt. 7-15 BetrAVG) in overeenstemming met de richtlijn, wanneer men deze niet alleen via art. 8, maar in haar geheel van toepassing wil laten zijn op de bedrijfspensioenregelingen.

Denemarken. - In de Deense wetgeving wordt het begrip werkgever niet in een wet vastgelegd. In de wet over het waarborgfonds voor werknemers zijn geen nadere beperkingen opgenomen ten aanzien van de personele werkingssfeer ervan.

Frankrijk. - De Code du travail definieert het begrip "employeur" (werkgever) niet nader. Art. L. 143-11-1, lid 1, CdT bepaalt m.b.t. de insolventiegarantie (12) dat een werkgever koopman, ambachtsman, landbouwer of een privaatrechtelijke rechtspersoon is. In het laatste geval speelt het volgens het Cour de Cassation (Soc., 12 januari 1978, Bulletin civil 1978 V, 27) geen rol of deze persoon met of zonder winsttoegmerk werkt of dat zij een "service public" (openbare dienst) levert. Art. L. 143-11-1, lid 1 CdT laat derhalve een hele reeks werkgevers bij de insolventiegarantie buiten beschouwing, te weten alle natuurlijke personen die geen koopman (bijvoorbeeld de werkgever van een hulp in de huishouding), ambachtsman of landbouwer zijn, alsmede de publiekrechtelijke rechtspersonen. De gevolgen van dit artikel dienen overigens te worden afgezwakt aangezien er bij een op 31 december 1989 vastgestelde wet een procedure wordt ingevoerd die betrekking heeft op de "sur-endettement" (insolventie, zeer hoge schuldenlast) van privé-personen.

Met betrekking tot privaatrechtelijke rechtspersonen die een "service public" (openbare dienst) beheren en waarvan de staat de enige aandeelhouder is, dient te worden gewezen op een ommekeer in de jurisprudentie van het Franse Cour de Cassation. Dit Hof oordeelde in 1978 en in 1981 dat deze rechtspersonen aan het waarborgfonds moeten bijdragen, ook al kunnen zij niet failliet gaan; sinds 1988 is het Hof echter van oordeel dat deze rechtspersonen niet aan de uit artikel L. 143-11-1 van de Code du Travail voortvloeiende verplichtingen behoeven te voldoen, aangezien zij niet aan de collectieve procedures ter goedkeuring van de passiva zijn onderworpen. (Dit geldt bijvoorbeeld voor Air France, dat van de collectieve procedures is vrijgesteld op grond van de bijzondere teksten die op deze onderneming van toepassing zijn: Soc. 17 april 1991 Air France).

Het staat echter allerm minst vast dat deze categorie rechtspersonen, die een openbare dienst beheren, niet insolvent kunnen worden. Indien zulks wel met zekerheid zou kunnen worden vastgesteld, dan zou de Franse wetgeving echter in overeenstemming zijn met de richtlijn.

Griekenland. - Alleen het ongeschreven recht geeft antwoord op de vraag wie werkgever is. In art. 16, lid 5, van wet nr. 1836/1989 is geen beperking opgenomen ten aanzien van het begrip werkgever, maar wordt slechts vastgelegd wanneer een werkgever insolvent is.

Verenigd Koninkrijk. - Sect. 153 (1) EPCA stelt het volgende vast: "'Employer', in relation to an employee, means the person by whom the employee is (or in a case where the employment has ceased, was) employed" (Met werkgever wordt een persoon bedoeld bij wie

de werknemer in dienst is of was wanneer aan de arbeidsverhouding een einde is gekomen). Deze definitie geldt voor de gehele werkingssfeer van de EPCA en niet alleen voor de bepalingen met betrekking tot de bescherming tegen insolventie.

Ierland. - De in Sect. 1 (1) opgenomen begripsbepaling (zie boven onder a) is zeer ruim gehouden en er valt dan ook weinig op aan te merken.

Italië. - In art. 2082 Codice civile is slechts een definitie opgenomen voor de werkgever (datore di lavoro) voor zover deze tegelijkertijd ondernemer is.

Luxemburg. - Krachtens art. 46, lid 1, Loi sur le contrat du travail (Wet inzake de arbeidsovereenkomst) zijn gegarandeerde uitkeringen alleen bestemd voor werknemers wier werkgever failliet is gegaan. Alleen kooplieden kunnen failliet gaan (art. 437 Code du commerce). De hoedanigheid van koopman dekt echter een ruime definitie van het begrip werkgever, hetgeen in overeenstemming is met de richtlijn.

Nederland. - Art. 9 Werkloosheidswet verstaat zoals gebruikelijk onder een werkgever iemand - een natuurlijke persoon of rechtspersoon - die een natuurlijke persoon in dienst heeft. Er bestaat geen beperking met betrekking tot de bescherming tegen insolventie.

Portugal. - In het Portugese recht is geen enkele specifieke definitie van het begrip werkgever opgenomen. De werkingssfeer van het juridische begrip "empregador" (werkgever) wordt echter vastgesteld op grond van het begrip arbeidsovereenkomst in artikel 1152 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede in artikel 1 van het rechtstelsel dat bij DL 49/408 van 30.11.69 is gevoegd. Overeenkomstig deze artikelen is "de arbeidsovereenkomst een overeenkomst waarbij een persoon zich tegen betaling verplicht tot het verrichten van geestelijke of handmatige arbeid ten behoeve van een andere persoon, zulks onder toezicht en leiding van de laatstgenoemde".

Spanje. - Art. 1, lid 2, ET legt voor de werkingssfeer van deze wet en daarmee tevens voor de bescherming tegen insolventie krachtens art. 33 ET de volgende definitie van werkgever (empleador, empresario) vast: "A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior" (In het kader van deze wet, worden als werkgever alle natuurlijke of rechtspersonen, of gemeenschappen van goederen beschouwd waaraan de in de vorige alinea genoemde personen diensten verlenen). Er is geen sprake van een beperking door het Real Decreto 505/1985 (zie art. 11, 13).

bb) Insolventie

De richtlijn is krachtens art. 1, lid 1, uitsluitend van toepassing op aanspraken tegenover een

werkgever (art. 2, lid 2 van de richtlijn) die insolvent is in de zin van art. 2, lid 1 van de richtlijn. In tegenstelling tot de begrippen "werknemer" en "werkgever" wordt de omschrijving van het begrip insolventie niet volledig overgelaten aan de wetgeving van de Lid-Staten; de richtlijn omschrijft het begrip zelf in hoofdlijnen in art. 2, lid 1, en verwijst uitsluitend voor afzonderlijke elementen naar de nationale wetgeving.

Zo schrijft art. 2, lid 1, voor dat ten minste verzocht moet zijn om de inleiding van een procedure voor de gezamenlijke voldoening van de aanspraken tegenover de werkgever (sub a) - met inbegrip van die van de werknemers uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding -, dat hetzij besloten wordt tot inleiding van de procedure, hetzij tot afwijzing daarvan wegens gebrek aan voldoende activa en dat de definitieve sluiting van de onderneming of vestiging wordt geconstateerd. Versoepelingen ten gunste van de werknemers zijn natuurlijk mogelijk. Zo kan bijvoorbeeld van de formele voorwaarden van art. 2, lid 1 van de richtlijn en daarmee van een faillissement worden afgezien. Aan de andere kant verlangt de richtlijn echter dat een Lid-Staat ten minste over een formele procedure beschikt, als bedoeld in art. 2, lid 1, sub a) van de richtlijn, wanneer de insolventie van de werkgever in de betreffende Lid-Staat niet op een andere wijze toereikend is. De insolventie van een werkgever dient derhalve in een formele procedure vastgesteld te kunnen worden, voor zover ze niet automatisch bij de toekenning van de gegarandeerde uitkering wordt verondersteld. Wanneer de richtlijn ervan uitgaat dat insolventie niet alleen kan worden vastgesteld bij werkgevers die tot een bepaalde categorie behoren, dan lijkt het twijfelachtig of Lid-Staten die enerzijds alleen het faillissement van kooplieden kennen en die anderzijds gegarandeerde uitkeringen zonder faillietverklaring afwijzen, aan de richtlijn kunnen voldoen.

De insolventie als bedoeld in art. 2, lid 1 van de richtlijn, die met uitzondering van sub b) ("gebrek aan voldoende activa") immers alleen maar formeel wordt gedefinieerd, moet worden onderscheiden van de insolventie volgens de nationale wetgeving van een Lid-Staat. Deze hangt in de regel van materiële criteria af, zoals het staken van de betalingen of een te zware schuldenlast. Hierbij wordt insolventie ook in dezelfde rechtsorde al naargelang de omstandigheden op verschillende manieren gedefinieerd. In het algemeen bestaat ook binnen een afzonderlijke rechtsorde geen voor alle juridische kwesties uniforme definitie van het begrip insolventie.

België. - De toekenning van de prestaties van het "Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers" wordt afhankelijk gesteld van het bestaan van een bedrijfssluiting, alsmede van daaraan gelijkgestelde gevallen en niet van de uitvoerbaarheid van een insolventieprocedure (art. 2, § 1, Wet 30 juni 1967). Het is dus niet noodzakelijk dat een faillissement wordt uitgesproken of dat de werkgever failliet kan gaan. Dat neemt natuurlijk niet weg dat een faillissement de reden voor de bedrijfssluiting kan zijn (13). Krachtens art. 2, § 1, Wet 30 juni 1967 in combinatie met art. 2, lid 4, Wet 28 juni 1966 is van

een bedrijfssluiting in het volgende geval sprake: "in geval van de definitieve beëindiging van de hoofdactiviteit van de onderneming of van een onderdeel daarvan"; bij besluit van de leiding van het Fonds kan overeenkomstig art. 2 bis Wet 28 juni 1966 een verandering van de feitelijke vestigingsplaats, een fusie of een verkoop gelijkgesteld worden met sluiting. In tegenstelling tot art. 2, lid 4, Wet 28 juni 1966 schrijft art. 2, § 3, Wet 30 juni 1967 voor een bedrijfssluiting geen bepaald aantal getroffen werknemers voor. De richtlijn behandelt insolventie als een communautair rechtsbegrip. Krachtens artikel 2.1 is in twee situaties sprake van een soort onwederlegbaar vermoeden van insolventie, te weten: het verzoek om inleiding van een procedure (voor de executie van het collectieve vermogen) gevolgd door: - hetzij het besluit van de terzake bevoegde autoriteit om deze procedure in te leiden; - hetzij de constatering van deze autoriteit dat de onderneming is gesloten en dat er onvoldoende activa zijn om inleiding van deze procedure te rechtvaardigen.

De Belgische wetgeving onderwerpt de toekenning van de prestaties van het schadeloosstellingsfonds aan de sluiting van de onderneming, hetgeen niet in overeenstemming is met de criteria van art. 2. Deze criteria veronderstellen immers dat er bijvoorbeeld sprake kan zijn van betalingsonvermogen en interventie van het fonds voordat de onderneming is opgeheven. Na de opheffing van de onderneming zal het immers in veel gevallen al te laat zijn om de niet-betaalde werknemers schadeloos te stellen.

Bondsrepubliek Duitsland. - De voor de toekenning van faillissementsuitkeringen doorslaggevende insolventiegevallen zijn (1) de faillietverklaring (artikel 141 b, lid 1 AFG), die tot een onwederlegbaar vermoeden van de insolventie van de werkgever leidt en (2) overeenkomstig artikel 141 b, lid 3 AFG de daarmee gelijkgestelde afwijzing van het verzoek om inleiding van de faillissementsprocedure wegens gebrek aan "activa" (nr. 1), alsmede de volledige beëindiging van de bedrijfsactiviteit in de werkingssfeer van de AFG, wanneer er geen verzoek om inleiding van de faillissementsprocedure is ingediend en een faillissementsprocedure wegens gebrek aan activa blijkbaar niet in aanmerking komt (nr. 2). Artikel 141 b, lid 1 en lid 3, nr. 1 AFG zijn in overeenstemming met art. 2, lid 1 van de richtlijn, terwijl artikel 141 b, lid 3, nr. 2 AFG verder gaat dan de richtlijn, wat overeenkomstig art. 9 van de richtlijn ook toegestaan is.

Voor zover het om de insolventiegarantie bij de bedrijfspensioenregeling gaat, bevat artikel 7, lid 1, zin 1 en zin 3, nr. 1 en 4 BetrAVG dezelfde insolventiegevallen als het AFG. Bovendien heeft de BetrAVG echter krachtens § 7, lid 1, zin 3 BetrAVG nog een verdergaande invloed: bij de inleiding van de gerechtelijke surséance van betaling ter afwending van het faillissement (nr. 2), bij het "aussergerichtliches Vergleich des Arbeitgebers und seinen Gläubigern nach vorausgegangener Zahlungseinstellung im Sinne der Konkursordnung, wenn ihm der Träger der Insolvenzsicherung zustimmt" (buitengerechtelijk akkoord van de werkgever en zijn schuldeisers na daaraan voorafgegane staking van de betalingen in de zin van de faillissementswet, wanneer de verantwoordelijke insolventieverzekeringsinstelling de werkgever hiervoor toestemming geeft)

(nr. 3), bij de "Kürzung oder der Einstellung von Versorgungsleistungen wegen wirtschaftlicher Notlage des Arbeitgebers, soweit dies durch rechtskräftiges Urteil eines Gerichts für zulässig erklärt worden ist" (vermindering of stopzetting van sociale uitkeringen wegens de financiële noodsituatie van de werkgever, voor zover dit door een rechtsgeldig oordeel van een rechtbank toelaatbaar is verklaard) (nr. 5).

Denemarken. - Krachtens § 1 Lov om Lønmodtagernes Garantifond komen als insolventiegevallen in aanmerking: (1) de inleiding van de faillissementsprocedure van de werkgever; (2) de dood van de werkgever, wanneer zijn nalatenschap overeenkomstig hoofdstuk 3 van de Skiftelov wordt behandeld, hetgeen uit hoofde van § 44, lid 2 en 3 daarvan betekent dat in hoofdzaak de bepalingen over het faillissement dienovereenkomstig worden toegepast; (3) het staken van de bedrijfsactiviteit voor zover dit ertoe leidt dat de werkgever niet meer in staat is te voldoen aan de aanspraken van de werknemer.

Het in art. 2, lid 1, sub b), tweede streepje van de richtlijn vermelde betreffende de afwijzing van de faillietverklaring wegens gebrek aan activa, ontbreekt in § 1 Lov om Lønmodtagernes Garantifond; het wordt in ieder geval niet uitdrukkelijk vermeld. In het voornoemde artikel is evenmin het geval betreffende het staken van de bedrijfsactiviteit opgenomen. Toch komt het artikel in grote lijnen met dit geval overeen zodat hij niet strijdig is met het regelingsdoel van de richtlijn. Het derde insolventiegeval gaat daarentegen in ieder geval veel verder dan de richtlijn.

Frankrijk. - Art. L 143-11-1, lid 1 CdT noemt slechts één geval waarin gegarandeerde uitkeringen worden toegekend, te weten de inleiding van de procédure de redressement judiciaire (gerechtelijke vereffeningsprocedure) overeenkomstig de Loi no. 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises (de Wet inzake de sanering en de gerechtelijke liquidatie van ondernemingen).

De procedure inzake de redressement judiciaire kan om twee redenen worden ingeleid: (1) in geval van "impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible" (onmogelijkheid om met de beschikbare activa aan de opeisbare passiva te voldoen) (art. 3, lid 1, Loi no. 85-98) en (2) in geval van "inexécution des engagements financiers conclues dans le cadre d'un règlement amiable" (niet-nakoming van financiële verplichtingen die in een onderhands akkoord zijn vastgelegd) (art. 5).

Ingeval de inleiding van de procedure door de rechtbank wordt afgewezen wegens een gebrek aan voldoende activa, voorziet de Franse wetgeving niet in gegarandeerde uitkeringen, ofschoon art. 2, lid 1, sub b), tweede streepje van de richtlijn ervan uitgaat dat er sprake is van insolventie. Daarmee beperkt art. L. 143-11-1, lid 1, CdT de werkingssfeer van de richtlijn.

Griekenland. - In artikel 1 betreffende de "werkingssfeer" van het decreet van 8 januari 1990 wordt verwezen naar "de publikatie van de faillietverklaring"; in artikel 16, lid 5, van de wet nr. 1836/1989 wordt bepaald dat "onder een insolvente werkgever een natuurlijke of rechtspersoon wordt verstaan die failliet wordt verklaard door de publikatie van het desbetreffende vonnis van de bevoegde rechtbank, onder vermelding van de datum waarop de betalingen werden gestaakt en hij failliet werd verklaard. Indien de onderneming van de werkgever haar handelsactiviteiten ondanks de faillietverklaring voortzet, wordt de werkgever als niet-insolvent beschouwd."

De definitie van insolventie is dus bijzonder restrictief, ook en vooral omdat in de Griekse wetgeving de omzetting van de tweede variant van art. 2, lid 1, sub b) van de richtlijn ontbreekt, te weten de afwijzing door de faillissementsrechter van de inleiding van de faillissementsprocedure wegens een gebrek aan activa. De Griekse wetgeving is dus niet in overeenstemming met de richtlijn.

Verenigd Koninkrijk. - De insolventie van de werkgever (Sect. 122 (1) (a) EPCA) die noodzakelijk is om gegarandeerde uitkeringen krachtens Sect. 122 en 123 EPCA te kunnen ontvangen, wordt voor Engeland en Wales gedefinieerd in Sect. 127 (1) EPCA en voor Schotland in Sect. 127 (2) EPCA. Om de zaken niet te ingewikkeld te maken wordt uitsluitend art. 127 (1) EPCA toegelicht. Is de werkgever een levende natuurlijke persoon, dan wordt hij krachtens Sect. 127 (1) (a) als insolvent beschouwd, indien hij in staat van "bankruptcy" (faillissement) verkeert, wanneer hij een "composition" (schikking) of een "arrangement" (regeling) met zijn schuldeisers overeenkomt of wanneer een "receiving order" (besluit tot benoeming van een curator) tegen hem wordt uitgevaardigd. De gevallen waarin een overleden werkgever als insolvent wordt beschouwd, zijn vastgesteld bij de verordening die is voorzien in een besluit onder section 421 van Insolvency Act 1986. Indien de werkgever een company (vennootschap) is, dan wordt zijn insolventie krachtens Sect. 127 (1) (c) EPCA vastgesteld door middel van een winding up order (besluit tot liquidatie), administration order (administratieve beschikking), resolution for voluntary winding up (besluit tot vrijwillige liquidatie), de aanstelling van een receiver (curator) of een manager van de desbetreffende onderneming, dan wel door het feit dat "possession is taken, by or on behalf of the holders of any debentures secured by a floating charge, of any property of the company comprised in or subject to the charge" (door of ten behoeve van de houders van alle door een "floating charge" gegarandeerde schuldbrieven beslag wordt gelegd op enig goed van de vennootschap dat deel uitmaakt van, dan wel is onderworpen aan het zekerheidsrecht), of dat "a voluntary arrangement proposed for the purposes of Part 1 of the Insolvency Act 1986 is approved under that Part" (een vrijwillig akkoord dat met het oog op de doeleinden van deel 1 van de Insolvency Act 1986 wordt voorgesteld, krachtens dat deel wordt gehomologeerd). Op dit punt heeft een gerecht krachtens de in het VK geldende insolventiewetgeving niet de bevoegdheid een liquidatiebevel te weigeren op de enkele grond dat er geen, dan wel geen vrij beschikbare, activa in de onderneming

aanwezig zijn. Deel 125 (I) van de Insolvency Act 1986 bepaalt: "Het gerecht weigert de uitvaardiging van een liquidatiebevel niet op de enkele grond dat de activa van de onderneming bezwaard zijn voor een bedrag dat gelijk is aan of hoger is dan de waarde van deze activa, noch omdat de vennootschap geen activa heeft."

Deze bepalingen doen geen afbreuk aan artikel 2, sub b), tweede streepje, van de richtlijn.

Ierland. - Evenals het Britse recht voorziet Sect. 1 (3) Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act 1984 in de volgende insolventiegevallen voor wettelijke uitkeringen: de werkgever werd bankrupt (failliet) verklaard (a), hij heeft verzocht om een arrangement (schikking) (a), er is een beheerder voor zijn nalatenschap benoemd (b); is de werkgever een vennootschap (company), dan komen als insolventiegevallen in aanmerking (c): winding up order (besluit tot liquidatie), resolution for voluntary winding up (besluit tot vrijwillige opheffing), aanstelling van een receiver (curator) of manager, het geval waarin "possession is taken, by or on behalf of the holders of any debentures secured by any floating charge, of any property of the company comprised in or subject to the charge" (door of ten behoeve van de houders van alle door een "floating charge" gegarandeerde schuldbrieven worden gegarandeerd, beslag wordt gelegd op enig goed van de vennootschap dat deel uitmaakt van, dan wel onderworpen is aan het zekerheidsrecht), of wanneer het gaat om een werkgever die nader wordt vermeld in een op Sect. 4 (2) gebaseerde regeling. In Sect. 4 (1) van de wet wordt voorts het tijdstip vastgelegd waarop er in de afzonderlijke gevallen sprake is van insolventie. Anderzijds staat de Ierse wetgeving niet toe dat procedurele stappen worden ondernomen door een partij die een rechtstreeks belang heeft, doordat zij krachtens de Ierse Ondernemings- en Faillissementswet een schuldeiser is (inclusief de staat). Daarnaast is in section 4 (2) van de uit 1984 stammende wet een bepaling opgenomen die voorziet in de opstelling van regelingen voor het vaststellen bij AmvB van de omstandigheden waaronder werkgevers voor deze wet insolvent kunnen zijn.

Italië. - In artikel 1 van het wettelijk decreet nr. 80 van 27 januari 1992 wordt bepaald dat:

1. Indien de werkgever het voorwerp is van een bij decreet nr. 26 van 30 januari 1979 vastgelegde en bij wet nr. 95 van 3 april 1979 gewijzigde en aangepaste procedure voor faillietverklaring, een overeenkomst met schuldeisers, een procedure voor gedwongen liquidatie of voor bijzonder bestuur, kunnen de werknemers of hun rechthebbenden het krachtens wet nr. 297 van 29 mei 1982 opgerichte en beheerde waarborgfonds verzoeken de in artikel 2 bedoelde schuldverordeningen te betalen.

2. Indien de werkgever geen voorwerp is van een van de hierboven onder 1 beschreven procedures kunnen de werknemers of hun rechthebbenden het waarborgfonds verzoeken de in artikel 2 bedoelde schuldverordeningen te betalen indien naar aanleiding van de

tenuitvoerlegging van de executiemaatregelen is gebleken dat de vermogensgaranties volledig of gedeeltelijk ontoerijkend zijn.

De Italiaanse wetgeving lijkt met betrekking tot de richtlijn geen problemen op te leveren.

Luxemburg. - Krachtens art. 46, eerste en tweede alinea, beperkt het begrip insolventie de bescherming van de werknemers tot de in juridisch opzicht vastgestelde gevallen van insolventie, dat wil zeggen het faillissement. De richtlijn geeft echter een definitie van insolventie die gekoppeld is aan de inleiding van een procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers. Deze procedure valt niet samen met het juridisch vastgestelde faillissement. Er dient evenwel met nadruk op de derde alinea van artikel 46 te worden gewezen, waarin het volgende wordt bepaald: "ingeval de curator van het faillissement het bedrijf voortzet (...), is de in dit artikel beoogde waarborg van toepassing (...)".

Nederland. - Art. 61, lid 1, Werkloosheidswet erkent als insolventiegevallen voor de loongarantie: de faillietverklaring, de verlening van surséance van betaling of situaties waarin de werkgever anderszins in de blijvende toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Het laatstgenoemde geval van insolventie houdt ook rekening met art. 2, lid 2, sub b) (tweede variant) van de richtlijn, aangezien het verder gaat dan deze bepaling en niet eens als voorwaarde stelt dat de inleiding van de procedure formeel is afgewezen. De afwijzing van de faillietverklaring wegens gebrek aan voldoende activa mag echter formeel niet gelijk worden gesteld met het geval waarin de werkgever anderszins in de blijvende toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De wetgever heeft het laatstgenoemde insolventiegeval blijkbaar echter zo omschreven dat het zo weinig mogelijk hiaten voor de bescherming van de werknemers toelaat.

Portugal. - Art. 1 DL 50/85 en art. 1 DN 90/85 noemen met het oog op de gegarandeerde uitbetaling van de verschuldigde en niet-uitbetaalde beloningen de volgende gevallen: besluit tot stopzetting van de onderneming, faillietverklaring en insolventieverklaring van de werkgever tengevolge waarvan de arbeidsovereenkomsten worden ontbonden.

Een onderneming wordt geacht in staat van insolventie te verkeren indien zij door een tekort aan eigen middelen en een gebrek aan krediet niet tijdig aan haar verplichtingen kan voldoen (artikel 3 van de code inzake speciale procedures voor de sanering van ondernemingen en faillissementen, bekrachtigd bij decreet 132 van 23 april 1993).

Insolvabele ondernemingen mogen pas failliet worden verklaard wanneer zij in economisch opzicht niet langer levensvatbaar zijn of wanneer hun sanering gezien de heersende omstandigheden onmogelijk wordt geacht (artikel 1, lid 2).

Zodra een onderneming niet meer aan een van haar verplichtingen kan voldoen en uit de hoogte van het betrokken bedrag, dan wel uit de omstandigheden blijkt dat de debiteur niet langer op tijd aan het geheel van zijn verplichtingen kan voldoen, dient de onderneming binnen een termijn van 60 dagen om haar faillietverklaring te verzoeken, tenzij er voldoende reden is om een verzoek voor een doeltreffende saneringsmaatregel in te dienen (artikelen 6 en 8).

De faillietverklaring leidt niet tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomsten zolang de onderneming of de vestiging nog niet definitief is gesloten (artikel 56 van het in de bijlage bij DL 64-A van 27 februari 1989 opgenomen rechtsstelsel, onder verwijzing naar artikel 172 van de code).

Artikel 1 van DL 50/85, alsmede artikel 1 van DN 90/85 zijn gebaseerd op de failliet- of insolventieverklaring voor zover deze tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomsten hebben geleid (a cessação dos contratos de trabalho)

In het algemeen heeft de failliet- of insolventieverklaring van de werkgever geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot gevolg. Het gaat in dit geval om een verwijzing naar de bepalingen van artikel 56, lid 1, van het rechtsstelsel betreffende de ontbinding van de individuele arbeidsovereenkomst, benevens het sluiten en de nietigheid van de arbeidsovereenkomst van bepaalde duur, bekrachtigd bij artikel 1 van DL 64-A van 17 februari 1989.

De richtlijn maakt van insolventie een communautair concept. Krachtens artikel 2, lid 1, van de richtlijn is in twee situaties sprake van een soort onwederlegbaar vermoeden van insolventie:

Het verzoek om inleiding van een procedure (voor de executie van het collectieve vermogen) gevolgd door:

- hetzij het besluit van de terzake bevoegde autoriteit om deze procedure in te leiden;
- hetzij de constatering van deze autoriteit dat de onderneming is gesloten en dat er onvoldoende activa zijn om inleiding van deze procedure te rechtvaardigen.

De Portugese failliet- of insolventieverklaring komt niet overeen met het communautaire concept, temeer zij vergezeld gaat van een aanvullende voorwaarde, die niet in de richtlijn voorkomt, te weten de ontbinding van de arbeidsovereenkomsten. De werkingssfeer van artikel 3, lid 1, van de richtlijn wordt hierdoor ingeperkt.

Spanje. - Art. 33, lid 1 ET erkent als insolventiegevallen die de betalingsverplichting van het Fondo de garantía salarial tot gevolg hebben: insolvencia (insolventie), suspensión de pagos (uitstel van betaling), quiebra (faillissement) en concurso de acreedores (vergadering van

schuldeisers). Deze indeling komt voort uit het feit dat ook Spanje uitsluitend het faillissement van kooplieden kent. Niet-kooplieden worden echter op dezelfde wijze behandeld door het civielrechtelijke instituut van de concurso de acreedores (zie Cardona Torres, El fondo de garantía salarial, blz. 74). Met de insolvencia wordt niet het begrip insolventie bedoeld, maar een speciale procedure krachtens de Ley de Procedimiento laboral van 27 april 1990. Overeenkomstig art. 274 van deze wet kan de rechtbank voor arbeidszaken een werkgever insolvent verklaren (art. 33, nr. 6 ET), wanneer het executoriaal beslag waartoe de werknemer is overgegaan teneinde de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende schuldvorderingen betaald te krijgen, zonder resultaat is gebleven.

c) Uit de arbeidsovereenkomst en de arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraken

Krachtens art. 1, lid 1 is de richtlijn van toepassing op uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers tegenover de insolvente werkgever. Enigszins beperkend bepaalt art. 3, lid 1 van de richtlijn dat het honoreren van de on vervulde, uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van de werknemers op loon door de nationale regelgevingen moeten worden gegarandeerd. Een soortgelijke formulering wordt in art. 4, lid 2 van de richtlijn gebruikt.

De hoofdbegrippen "arbeidsovereenkomst", "arbeidsverhouding" en "bezoldiging" die hier gebruikt worden, worden door de richtlijn niet nader vastgelegd. Terwijl de begrippen "aanspraken", "arbeidsovereenkomst" en "arbeidsverhouding" krachtens de richtlijn autonoom moeten worden uitgelegd, verwijst art. 2, lid 2 van de richtlijn voor het begrip bezoldiging uitdrukkelijk naar de wetgeving van de betreffende Lid-Staat.

Het verschil tussen de formulering van art. 1, lid 1, en die van art. 3, lid 1 van de richtlijn heeft geen inhoudelijke gevolgen. Art. 3, lid 1 van de richtlijn heeft doorslaggevende betekenis, aangezien het, anders dan art. 1 van de richtlijn, in hoofdlijnen de plicht van de Lid-Statē vastlegt met betrekking tot het instellen van de loongarantie en daarmee indirect het recht van de afzonderlijke werknemer op de gegarandeerde uitkeringen. Voorwerp van de garantie moeten derhalve altijd aanspraken op loon zijn. Voor andere aanspraken die uit een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding voortvloeien, behoeft de nationale wetgeving dus niet in een insolventiegarantie te voorzien. Doet zij dit echter toch, dan gaat zij op geoorloofde wijze verder dan de minimumeisen van de richtlijn. Deze basisgarantie is opgenomen in de regelingen van alle Lid-Statē zodat art. 3, lid 1 van de richtlijn wat dit betreft nauwelijks problemen oplevert, aangezien de eigenlijke afbakeningsmoeilijkheden bij het begrip "bezoldiging" liggen. De omvang van dit begrip wordt echter bepaald door het recht van iedere afzonderlijke Lid-Staat zelf (art. 2, lid 2 van de richtlijn), zoals bijvoorbeeld de vraag of schadeloosstellingen in verband met ontslag bezoldiging zijn of niet. De bepalingen van de Lid-Statē waarbij

aanspraken van de werknemer worden gegarandeerd, moeten derhalve als een toepassing van art. 2, lid 2 van de richtlijn worden beschouwd. Toch moet er met klem op worden gewezen dat de op basis van de overeenkomst verschuldigde bedragen naar oordeel van de rechtbanken de juridische aard van (uitgestelde) bezoldiging kunnen hebben, terwijl de andere bedragen veeleer a s

schadevergoedingen (schadeloosstellingen) moeten worden beschouwd. Hierdoor kunnen zich verschillen tussen de Lid-Staten voordoen, hoewel de op het spel staande bedragen volledig vergelijkbaar zijn.

Dit ligt anders met het tijdstip waarop een uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraak tot stand komt. Bijzondere moeilijkheden zullen zich hier echter nauwelijks voordoen, omdat uit art. 3, lid 1 en 2 van de richtlijn blijkt dat het niet om een bestaande arbeidsovereenkomst hoeft te gaan; de overeenkomst kan ook reeds beëindigd zijn.

Of de richtlijn echter ook nageleefd zou worden wanneer in de nationale bepalingen uitsluitend de arbeidsovereenkomst, niet echter de arbeidsverhouding als wettelijke basis voor de gegarandeerde uitkeringen wordt genoemd, kan problematisch worden wanneer de letterlijke inhoud alleen doorslaggevend is voor de toepassing. Een globaal antwoord op deze vraag, dat voor alle Lid-Staten geldt, kan niet worden gegeven. De richtlijn wil echter door middel van haar omvangrijke formulering waarborgen dat ook aanspraken die voortvloeien uit een arbeidsverhouding met juridische onvolkomenheden, in aanmerking komen voor de bescherming tegen insolventie.

België. - Krachtens art. 2, § 1, nr. 1 en 2 Wet van 30 juni 1967 dient het Fonds tot vergoeding de volgende prestaties te leveren: de beloning die verschuldigd is krachtens de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, de schadeloosstellingen en voorrechten die verschuldigd zijn krachtens de wet of de collectieve arbeidsovereenkomsten.

De arbeidsverhouding wordt in de bovengenoemde wet niet genoemd als wettelijke basis voor het maken van aanspraken. Daardoor is formeel weliswaar niet voldaan aan art. 3, lid 1 van de richtlijn, maar het is nauwelijks aan twijfel onderhevig dat ook de arbeidsverhouding onder het begrip "individuele overeenkomst" valt, omdat beide in het Belgische recht in dit opzicht - dus met betrekking tot de bezoldiging - op dezelfde manier worden behandeld.

Bondsrepubliek Duitsland. - Artikel 141 b, lid 1 AFG gebruikt uitsluitend het begrip arbeidsverhouding. Dit omvat zowel de contractuele als de om juridische redenen ongeldige arbeidsverhouding. Derhalve valt op de regeling niets aan te merken.

De garantie is van toepassing op "Ansprüche auf Arbeitsentgelt" (aanspraken op loon) (Artikel 141 b, lid 1 AFG, artikel 59, lid 1, nr. 3, onder a, KO). Daaronder moeten in de meest

ruime zin alle uit een arbeidsverhouding voortvloeiende geldelijke prestaties en prestaties in natura worden verstaan die de werknemers op grond van de arbeidsovereenkomst of uit hoofde van een feitelijke arbeidsverhouding voor hun werk ontvangen. De kwestie van de bedrijfspensioenregeling wordt verder in dit rapport afzonderlijk behandeld.

Denemarken. - § 2 Lov om Lønmodtagernes Garantifond bepaalt dat de garantie, behalve voor de aanspraak op loon, ook voor andere prestaties geldt, zoals de vergoeding voor de ontbinding van de arbeidsverhouding en voor prestaties in verband met de opzegging of ontbinding van de arbeidsverhouding, met inbegrip van het vakantiegeld. De Deense wetgeving richt zich net zoals de Duitse op de arbeidsverhouding (arbejdsforholdet). Ook in dit geval vallen daar zowel de arbeidsovereenkomst als de arbeidsverhouding onder.

Frankrijk. - De Franse regeling is zeer gedetailleerd en bevat een soort enumeratiebeginsel. Krachtens art. L. 143-11-1, lid 2 CdT is de garantie in geval van insolventie van de werkgever van toepassing op de bedragen die laatstgenoemde bij de inleiding van de procédure de redressement (vereffeningsprocedure) aan de werknemers is verschuldigd, alsmede op enkele aanspraken die na dit tijdstip zijn ontstaan, te weten uit een arbeidsovereenkomst voortvloeiende aanspraken indien de werknemer onder een convention de conversion (conversie-overeenkomst) valt (lid 2); de werkgeversbijdragen bij een convention de conversion (lid 3); de aanspraken ten gevolge van het ontslag van de werknemer door de werkgever, de bewindvoerder of de liquidateur (art. L. 143-11-2 CdT); de aanspraken op winstdeling, alsmede op achterstallige schulden ten aanzien van de VUT (art. L. 143-11-3 CdT). Het hof van cassatie beroept zich niet op de arbeidsverhouding, maar op de bedragen die in verband met de tenuitvoerlegging van de arbeidsovereenkomst zijn verschuldigd.

Griekenland. - In art. 16, lid 1, van de wet nr. 1836/1989 wordt alleen gesproken over de onbetaalde aanspraken van de werknemers. Art. 1 van de verordening noemt zowel de arbeidsovereenkomst als de arbeidsverhouding als wettelijke basis voor de betreffende aanspraken en voldoet daarmee aan de richtlijn.

Verenigd Koninkrijk. - Het Britse recht gaat uit van het enumeratiebeginsel (Sect. 122 (2) EPCA). Dienovereenkomstig is het waarborgsysteem van toepassing op de volgende aanspraken: achterstallige betalingen die niet ouder zijn dan 8 weken; betalingen voor de minimum-opzeggingstermijn bij ontslag krachtens Sect. 49 (1), dan wel ontslag op verzoek krachtens Sect. (2); vakantiegeld voor de duur van maximaal 6 weken; basic awards of compensation for unfair dismissal (basistoelagen voor schadeloosstelling bij onbillijk ontslag) krachtens Sect. 72 EPCA; "any reasonable sum by way of reimbursement of the whole or part of any fee or premium paid by an apprentice or artied clerk" (ieder redelijk bedrag ter restituering van het gehele of gedeeltelijke bedrag dat door een leerling of door een werknemer in vaste dienst is betaald, bijvoorbeeld in de vorm van premies).

Krachtens afzonderlijke bepalingen in de uit 1978 stammende wet (section 106) garandeert het Verenigd Koninkrijk bij insolventie van de werkgever tevens de betaling van alle wettelijke afvloeiingsuitkeringen waarop de werknemer recht heeft. Een afvloeiingsuitkering is een eenmalige compensatie-uitkering, die aan de hand van leeftijd, dienstjaren en salaris op het moment van ontslag wordt vastgesteld. Werkgevers zijn deze uitkering verschuldigd aan werknemers wier ontslag duidelijk voortvloeit uit de stopzetting van de onderneming of een vermindering van de behoefte van de werkgever aan personeel van een bepaalde categorie of op bepaalde lokaties.

Artikel 122 (4) somt een aantal betalingen op die als achterstallige betalingen moeten worden beschouwd en die bijgevolg onder de in section 122 (3) (a) gegeven garantie vallen. De kwestie inzake de prestaties uit hoofde van de bedrijfspensioenregeling (occupational pension scheme, Sect. 123, 127 (3)) zal pas later worden behandeld.

Krachtens art. 3, lid 1, van de richtlijn dienen zowel aanspraken die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, als die welke voortvloeien uit een arbeidsverhouding, in aanmerking te komen voor de insolventiegarantie. De Engelse regeling bepaalt op grond van Sect. 153 (1) EPCA uitdrukkelijk dat de employee (werknemer) over een contract of employment (contract of service or apprenticeship) (een arbeidsovereenkomst) beschikt. Wij moeten ons derhalve beroepen op de definitie van de arbeidsovereenkomst, die uitdrukkelijk wordt verwoord in section 153 van de wet van 1978: "Contract of employment means a contract of service or apprenticeship, whether express or implied (...), and (...) whether it is oral or in writing". (Een arbeidsovereenkomst is een uitdrukkelijk of stilzwijgend dienst- of leercontract, dat zowel mondeling als schriftelijk kan worden aangegaan).

De definitie op zich laat niet toe dat de kring van begunstigden die onder het waarborgstelsel vallen, wordt ingeperkt. Dit is met name van belang voor degenen die deze bescherming waarschijnlijk het hardst nodig zullen hebben, dat wil zeggen de zogenaamde "atypische" werknemers. Zo bezien is de Engelse wetgeving in overeenstemming met de bepalingen van artikel 3.

Ierland. - Ook de Ierse wetgeving (15) geeft een precieze opsomming van de afzonderlijke aanspraken waarvoor de insolventiegarantie geldt. Krachtens Sect. 6 (2) (a) Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act 1983 worden hiertoe onder andere de volgende aanspraken gerekend: achterstallig loon voor een periode van maximaal 8 weken, doorbetaling van het loon bij ziekte, alsmede vakantiegeld - eveneens voor een periode van maximaal 8 weken - en een reeks andere wettelijke aanspraken die hier niet verder kunnen worden opgesomd. Op de regeling van Sect. 7 (occupational pension scheme) (bedrijfspensioenregeling) zal pas later worden ingegaan.

Artikel 1 (1) stelt als voorwaarde voor de toepassing van de insolventiegarantie dat de werknemer werkzaam is op grond van een contract of service or apprenticeship (dienst- of leercontract). De definitie op zich laat niet toe dat de kring van begunstigden die onder het waarborgstelsel vallen, wordt ingeperkt. Dit is met name van belang voor degenen die deze bescherming waarschijnlijk het hardst nodig zullen hebben, dat wil zeggen de zogenaamde "atypische" werknemers. Zo gezien is de Ierse wetgeving in overeenstemming met de bepalingen van artikel 3.

Italië. - In het decreet van 27 januari 1992 wordt bepaald dat het garantiefonds overeenkomstig het eerste artikel van de richtlijn de schuldvorderingen van de werknemers betaalt voor zover die geen betrekking hebben op de schadeloosstelling in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daardoor voldoet de Italiaanse wetgeving voortaan aan de bepalingen van de richtlijn.

Luxemburg. - In art. 46, lid 1, Loi sur le contrat de travail garandeert het Fonds pour l'emploi (het Fonds voor de werkgelegenheid) "les créances résultant du contrat de travail" (uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vorderingen). Om welke vorderingen het daarbij kan gaan, wordt opengelaten. Derhalve gaat het om een soort algemene clausule.

Volgens de tekst heeft art. 46, lid 1, niet rechtstreeks betrekking op de "relation de travail" (arbeidsverhouding). Men kan er in dit geval echter wel van uitgaan dat de wetgever in de regeling ook de aanspraken uit hoofde van een arbeidsverhouding heeft bedoeld. In verband met de algemene clausule bij de vastlegging van de gegarandeerde aanspraken lijkt het in ieder geval meer voor de hand liggend om van de wetgever te verwachten dat hij ook bij het noemen van de wettelijke basis daarvoor een omvattende regeling hanteert.

Nederland. - Krachtens art. 61, lid 1, Werkloosheidswet worden de volgende aanspraken gegarandeerd: loon, vakantiegeld en vakantiebijslag, alsmede bedragen die de werkgever in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is. Een algemene verwijzing naar een bepaalde wettelijke basis van de aanspraken ontbreekt weliswaar, maar uit het feit dat de dienstbetrekking wordt vermeld in het geval van aanspraken van derden, uit de definitiebepaling met betrekking tot het loon en het vakantiegeld en de vakantiebijslag (art. 67, onder a en b, WW), alsmede uit het gebruik van dit begrip in art. 62, lid 3, en art. 64, leden 1 en 3, WW blijkt dat het in algemene zin moet worden opgevat.

Portugal. - Art. 1 DL 50/85 garandeert de "retribuições derivadas" (evenals art. I DN 90/85) die voortvloeien uit het "Contrato de trabalho" (arbeidsovereenkomst), hetgeen overigens uit de tekst blijkt. Het begrip "retribuições" (vergoedingen) wordt gedefinieerd in artikel 82 van het rechtsstelsel dat gevoegd is bij DL 49408 van 14 november 1969.

In de Portugese wetgeving wordt de arbeidsverhouding volledig door de arbeidsovereenkomst beheerst.

Spanje. - De insolventiegarantie is van toepassing op de volgende aanspraken: het loon (salario) krachtens art. 33, lid 1, lid 1 ET, als nader omschreven in art. 26, lid 1, ET, de "indemnización complementaria por salarios de tramitación" (aanvullende schadeloosstelling voor arbeidsloon) (art. 33, lid 1, lid 2, ET), en de schadeloosstellingen in geval van opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 33, lid 2, ET). Terwijl art. 33, lid 1, ET geen speciale wettelijke basis noemt, verwijst art. 33, lid 2, ET uitdrukkelijk naar "contratos". Art. 13, Real Decreto 505/1985 is daarentegen algemener geformuleerd; het kent de prestaties toe aan alle werknemers die door een relation laboral (arbeidsverhouding) aan de werkgever zijn gebonden. Daarmee voldoet de Spaanse wetgeving in ieder geval wat dit betreft aan de eisen van de richtlijn.

d) De doorslaggevende datum voor de garantie (art. 3, lid 2)

Aan de insolventiegarantie zijn een reeks tijdsaspecten verbonden waarvan er in art. 3 en 4 van de richtlijn enkele worden behandeld. Algemeen bezien is het bijvoorbeeld niet noodzakelijk dat alleen aanspraken over de vóór een bepaalde datum vallende periode worden gegarandeerd, zoals wordt bepaald in art. 3, lid 1 van de richtlijn. Verschillende Lid-Statens kennen ook voor bepaalde perioden ná de doorslaggevende datum prestaties toe krachtens het waarborgsysteem.

Met betrekking tot de bepaling van de doorslaggevende datum bij de garantie voor aanspraken die vóór deze datum zijn ontstaan en moeten worden vervuld, voorziet art. 3, lid 2 van de richtlijn in drie keuzemodellen: (1) intreding van de insolventie van de werkgever, (2) tijdstip van de aanzegging van het ontslag wegens insolventie, (3) intreding van de insolventie van de werkgever of datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding wegens insolventie van de werkgever.

De richtlijn gebruikt het tijdselement in art. 4, lid 2 als middel voor de beperking van de gegarandeerde aanspraken. Deze worden in de eerste plaats alleen toegekend voor de maximale duur van een bestaande of reeds beëindigde arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, waarbij de arbeidsverhouding zelf weer in een bepaalde periode vóór de met betrekking tot de garantie relevante datum moet liggen. Art. 4, lid 2 van de richtlijn stelt dit al naargelang de gemaakte keuze, zoals wordt voorgeschreven door art. 3, lid 2 van de richtlijn, afhankelijk van het betreffende keuzemodel. De duur van de betalingsverplichting van de waarborgfondsen mag derhalve door de nationale wetgever op tweeërlei wijze worden beperkt.

Een ander probleem dat de richtlijn niet uitdrukkelijk regelt, wordt gevormd door het tijdsaspect van de afzonderlijke aanspraken van de werknemer met betrekking tot de arbeidsovereenkomst

of arbeidsverhouding. Dit is van belang aangezien immers alleen die aanspraken in aanmerking worden genomen die op een bepaalde periode van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding, bijvoorbeeld de laatste drie maanden en niet een periode daarvoor, kunnen worden teruggevoerd. Daarbij dient voornamelijk het tijdstip waarop de aanspraak in deze periode is ontstaan, als uitgangspunt te worden genomen.

Van de ter sprake gebrachte aspecten zal hier het eerste, te weten de bepaling van de doorslaggevende datum voor de garantie van aanspraken die vóór deze datum zijn ontstaan en opeisbaar zijn geworden (art. 3, lid 2 van de richtlijn), in de wetgeving van de Lid-Staten nader worden bekeken. Krachtens art. 9 van de richtlijn mogen nationale regelingen worden ingevoerd die gunstiger zijn voor de werknemers.

België. - De Belgische wetgeving neemt niet de datum waarop de insolventie intreedt, als uitgangspunt, maar de bedrijfssluiting - ongeacht om welke reden (art. 2, lid 1, Wet 30 juni 1967). Zij houdt daarbij tot op zekere hoogte ook rekening met aanspraken ná de sluiting (art. 4). De Belgische regelgeving heeft derhalve gekozen voor het eerste alternatief van art. 3, lid 2, van de richtlijn. Desniettegenstaande komt de in de Belgische wetgeving vervatte definitie m.b.t. de staat van insolventie (sluiting van de onderneming), zoals reeds eerder is benadrukt, niet overeen met de staat van insolventie, zoals vastgelegd bij de richtlijn.

Bondsrepubliek Duitsland. - Wanneer sprake is van de inleiding van een faillissementsprocedure worden krachtens art. 141 b, lid 1, AFG die aanspraken gegarandeerd die betrekking hebben op de laatste drie maanden van de arbeidsverhouding voorafgaand aan deze gebeurtenis en waarvoor nog loonaanspraken bestaan. Krachtens art. 141 b, lid 3, AFG staan met de inleiding van de faillissementsprocedure gelijk: de afwijzing van het verzoek om inleiding van de faillissementsprocedure wegens een gebrek aan voldoende activa (nr. 1) en de definitieve beëindiging van de bedrijfsactiviteit in de werkingssfeer van de AFG, wanneer niet verzocht is om de inleiding van de faillissementsprocedure en een faillissementsprocedure niet in aanmerking komt wegens een gebrek aan voldoende activa (nr. 2). Bij een besluit tot afwijzing komt bij wijze van uitzondering krachtens art. 141, lid 4, AFG de dag waarop de werknemer kennis heeft genomen van dit besluit, in de plaats van de datum van dit besluit, wanneer de werknemer, geen weet hebbende van dit besluit, zijn werkzaamheden heeft voortgezet, dan wel is begonnen; alleen in dit geval neemt de AFG aanspraken in aanmerking die betrekking hebben op de periode na de eigenlijke intreding van de insolventie.

Wat de waarborging van de rechten en de rechten in wording uit hoofde van de bedrijfspensioenregeling betreft, komen als doorslaggevende data behalve de reeds genoemde (zie art. 141 b, leden 1 en 3, AFG), ook krachtens art. 7, lid 1, zin 3, BetrAVG in aanmerking: de inleiding van de gerechtelijke surséance van betaling ter afwending van het faillissement (nr. 2), de onderhandse overeenkomst (nr. 3), de vermindering of beëindiging van sociale

voorzieningen wegens de financiële noodsituatie van de werkgever, voor zover dit door een gerechtelijk vonnis toelaatbaar is verklaard (nr. 5).

De Duitse wetgeving heeft derhalve voor de eerste variant van art. 3, lid 2, van de richtlijn gekozen, maar gaat, ten gunste van de werknemers, aanzienlijk verder dan deze variant.

Denemarken. - De Deense wetgeving neemt krachtens art. 1 LG naast de faillietverklaring ook de dood van de werkgever bij een niet-toereikende nalatenschap als uitgangspunt, alsmede de sluiting van het bedrijf wegens insolventie. Uit de verwijzing naar de faillissementswet in art. 2 blijkt dat het om uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraken gaat die betrekking hebben op de periode vóór de betreffende datum. Derhalve koos de Deense regeling voor de eerste variant in art. 3, lid 2, van de richtlijn. De naast de faillietverklaring hierboven genoemde gevallen gaan verder dan de voorwaarden die gelden met betrekking tot de faillietverklaring, en zijn in dit opzicht gunstig voor de werknemer.

Frankrijk. - Doorslaggevend tijdstip is krachtens art. L. 143-11-1, lid 1, lid 2, nr. 1, CdT de inleiding van de procédure de redressement judiciaire (gerechtelijke vereffeningsprocedure), dus de datum van het jugement d'ouverture (inleidingsvonnis) voor bedragen die op dit moment reeds verschuldigd zijn. Bovendien worden ook bedragen die de werkgever na dit tijdstip verschuldigd is, ten dele gegarandeerd (art. L. 143-11-1, lid 2, nr. 2, lid 4, art. L. 143-11-3, lid 3, CdT).

Hiermee heeft Frankrijk gekozen voor de eerste variant van art. 3, lid 2, van de richtlijn, waarmee het in dit opzicht aan de richtlijn voldoet.

Griekenland. - Krachtens artikel 1 van het presidentieel decreet lid 1 is "de rekening ter bescherming van de werknemers in geval van insolventie van de werkgever" bestemd voor de uitkering van de nog niet betaalde salarissen die op grond van een arbeidsovereenkomst of -verhouding zijn verschuldigd, zulks voor een periode van maximaal drie maanden gedurende de zes maanden die aan de publikatie van de faillietverklaring voorafgaan. Zoals reeds eerder is opgemerkt, wordt met de verwijzing naar de bekendmaking van de faillietverklaring niet aan de verplichtingen van de richtlijn voldaan.

Verenigd Koninkrijk. - "Relevant date" voor de waarborging van de erkende aanspraken is overeenkomstig art. 122 (2) EPCA het tijdstip waarop de werkgever in de zin van art. 127 (1) en (2) EPCA insolvent is geworden, of waarop het employee's employment (het dienstverband van de werknemer) werd beëindigd; van deze beide data is de meest recente doorslaggevend.

De Britse wetgeving heeft zodoende de voorkeur gegeven aan de derde variant van art. 3, lid 2, van de richtlijn.

Ierland. - De Ierse wetgever heeft gekozen voor het derde alternatief van art. 3, lid 2, van de richtlijn. De datum waarop de werkgever voor de desbetreffende wet (Act) insolvent wordt, is vastgesteld in sect. 4 (1). Bij vorderingen die bijvoorbeeld verband houden met loon, vakantie- en ziektegeld, kan de aanvrager/schuldeiser de datum van insolventie noemen, dan wel de datum waarop een einde kwam aan de arbeidsverhouding (sect. 6 [9]). In andere gevallen kunnen de volgende data worden aangevoerd: de datum waarop de insolventie intrad of waarop de arbeidsverhouding werd beëindigd, dan wel de datum van de desbetreffende aanbeveling, gerechtelijke uitspraak, verklaring, toekenning of beschikking.

Italië. - Overeenkomstig het decreet van 27 januari 1992 heeft de door het garantiefonds verrichte betaling betrekking op het loon in de laatste drie maanden van de arbeidsovereenkomst over een periode van twaalf maanden voorafgaand aan: a) de datum waarop tot inleiding van een van de in artikel 1, lid 1, vermelde procedures werd besloten; b) de datum waarop een aanvang met de gedwongen executie werd gemaakt; c) de datum waarop de voorlopige exploitatie van de onderneming werd opgeheven of stopgezet, de datum waarop de werknemers die hebben doorgewerkt, toestemming werd verleend de exploitatie van het bedrijf voort te zetten, dan wel de datum waarop de arbeidsverhouding werd beëindigd, indien deze gedurende de voortzetting van de bedrijfsactiviteit plaatsvond.

Luxemburg. - Krachtens art. 46, lid 2, Loi sur le contrat de travail dient uit te worden gegaan van de datum van het jugement déclaratif de la faillite (vonnis van faillietverklaring). Insolventiegevallen anders dan het faillissement worden niet in aanmerking genomen. (Zie het begrip insolventie in het voorafgaande).

Nederland. - Krachtens art. 64 van de Werkloosheidswet kiest de Nederlandse wetgever voor de tweede variant van de richtlijn, te weten de datum van de aanzegging van het ontslag van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever.

Portugal. - Alleen m.b.v. de datum waarop de overeenkomst wordt ontbonden, kan concreet worden vastgesteld vanaf welk moment loonaanspraken voor de garantieregeling in aanmerking worden genomen. Zoals reeds eerder is benadrukt, levert een dergelijke situatie problemen op in verband met de naleving van de richtlijn.

Spanje. - Art. 33, nr. 1, ET gaat incidenteel uit van de voor de afzonderlijke insolventiegevallen doorslaggevende data wanneer bepaald wordt dat de bij insolvencia, suspensión de pagos (uitstel van betaling), quiebra (faillissement) of concurso de acreedores (vergadering van schuldeisers) bestaande loonaanspraken (salarios pendientes) door het Fondo de garantía salarial betaald moeten worden. De Spaanse wetgeving heeft hiermee bij de omzetting van de richtlijn voor de eerste variant van art. 3, lid 2 gekozen.

e) De temporele begrenzing van de gegarandeerde uitkeringen (art. 4, lid 2)

Art. 3, lid 1 van de richtlijn bevat zelf geen beperking van de prestaties die door het waarborgfonds moeten worden geleverd. Een dergelijke beperking wordt door art. 4, lid 1 van de richtlijn op tweeërlei wijze mogelijk gemaakt: enerzijds staat art. 4, lid 2 een temporele begrenzing toe, anderzijds voorziet art. 4, lid 3 van de richtlijn in de mogelijkheid van een kwantitatieve beperking in de vorm van een plafond (zie hiervoor onder f.).

De regeling van art. 4, lid 2 van de richtlijn gaat bij de beperking van de duur van de betalingsverplichting uit van de door de nationale wetgever gekozen tijdstipvariant van art. 3, lid 2 van de richtlijn. Hierbij worden voor de realisering van de beperking twee perioden gebruikt: (1) de minimumperiode voor aanspraken die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding, (2) de minimumperiode vóór de datum van het intreden van de insolventie, waarin de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding moet vallen. Het gaat om minimumperioden omdat de nationale rechtsorden deze niet verder mogen verkorten; ze stellen dus bepaalde grenzen aan de door de Lid-Staten nagestreefde beperking. De vaststelling van een minimumperiode voor de intreding van de insolventie is in de eerste plaats van belang voor arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen die reeds voor dit tijdstip werden beëindigd. Wanneer de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding nog bestaat op de doorslaggevende datum van het intreden van de insolventie, dan komt het uitsluitend op de laatste drie maanden vóór deze datum aan.

Voor het geval dat een rechtsorde ook voorziet in insolventiebescherming voor loon dat pas na het intreden van de insolventie werd verdiend, bevat de richtlijn geen bepalingen voor de beperking van de duur en de kwantiteit hiervan. Iedere Lid-Staat kan in dit geval naar eigen inzicht de grenzen vaststellen.

België. - Als beperking komt de eerste variant van art. 4, lid 2, van de richtlijn in aanmerking. Art. 4 Wet 30 juni 1967 bevat slechts een bepaling ten aanzien van de periode waarin het einde van de arbeidsovereenkomst moet vallen. Krachtens lid 1 gaat het hierbij om 12 maanden voor of na de bedrijfssluiting; voor employés wordt de periode die voorafgaat aan de bedrijfssluiting krachtens lid 2 tot 18 maanden verlengd. De Belgische regeling voorziet niet in een temporele begrenzing van de periode voor het ontstaan van aanspraken die uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding voortvloeien. Dergelijke aanspraken kunnen derhalve ook betrekking hebben op een fase die aan de laatste drie maanden van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding voorafging.

Bondsrepubliek Duitsland. - Art. 141 b, lid 1, AFG beperkt de duur van de gegarandeerde aanspraken met het oog op art. 4, lid 2, eerste variant van de richtlijn slechts in een richting, te weten tot de drie laatste maanden van de arbeidsverhouding - hiermee wordt ook de

arbeidsovereenkomst bedoeld -, voor zover deze aan de faillietverklaring of een daaraan gelijkgestelde staat van insolventie voorafgaan.

Het is niet noodzakelijk dat de laatste drie maanden van de arbeidsverhouding in een bepaalde periode vóór de intreding van de insolventie liggen. De indiening van aanspraken kan slechts worden verhinderd door uitsluitings- en verjaringstermijnen.

Denemarken. - In het algemeen stelt art. 2, lid 1, zin 1 LG de duur van de gegarandeerde uitkeringen door een verwijzing naar de faillissementswet afhankelijk van de bepalingen van deze wet inzake preferente vorderingen op de boedel. Krachtens art. 95, lid 1, nr. 1 geldt bij het loon een periode van zes maanden voor de faillietverklaring, terwijl een dergelijke beperking met betrekking tot de tijdsduur niet van toepassing is op het vakantiegeld (art. 95, lid 1, nr. 4 faillissementswet). De temporele beperking is in overeenstemming met art. 4, lid 2, eerste variant van de richtlijn.

Frankrijk. - Art. L. 143-11-1 CdT voorziet voor de ouverture de procédure de redressement judiciaire (inleiding van de gerechtelijke vereffeningprocedure) niet in een speciale temporele beperking van de aanspraken als bedoeld in de richtlijn. Een dergelijke beperking is ook niet in art. D. 143-2, lid 1, CdT opgenomen, aangezien het bij deze norm om de vaststelling van een maximumgrens gaat, hetgeen mogelijk wordt gemaakt door art. 4, lid 3, van de richtlijn en in art. L. 143-11-8 CdT in nationaal recht is omgezet.

Griekenland. - Art. 1 van de verordening beperkt de garantie van de loonaanspraken tot de laatste drie maanden vóór de bekendmaking van het besluit tot faillietverklaring en voldoet op dit punt - de definitie met betrekking tot de staat van insolventie (zie artikel 2) buiten beschouwing gelaten - aan de minimumvoorwaarden van art. 4, lid 2, eerste streepje, van de richtlijn.

Verenigd Koninkrijk. - Overeenkomstig de door het Verenigd Koninkrijk door middel van Sect. 122 (2) EPCA gekozen derde variant van art. 3, lid 2, van de richtlijn geldt voor de mogelijkheid van een tijdsbeperking de derde variant van art. 4, lid 2, van de richtlijn. Derhalve kunnen geen verdere tijdsbeperkingen worden gesteld t.a.v. aanspraken die betrekking hebben op het loon van de laatste 18 maanden van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voor de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever of voor de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens insolventie van de werkgever. De betalingsverplichting kan in dit geval tot een periode van 8 weken worden beperkt.

Ierland. - De uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende aanspraken worden door de Ierse wetgeving op tweeërlei wijze beperkt. Bij enkele aanspraken (Sect 6 (2) (a) (i) (ii) (iii) Act 1984) voorziet de wetgever in een maximale duur van 8 weken voor het ontstaan van de betreffende

afzonderlijke aanspraak; andere aanspraken daarentegen worden door de wetgever niet van deze tijdsbegrenzing voorzien. De periode of het tijdstip van ontstaan moet echter in de "relevant period" vallen, die krachtens Sect. 6 (9) Act 1984 een periode van 18 maanden omvat die direct aan de doorslaggevende datum van het intreden van de insolventie voorafgaat. De Ierse wetgeving komt overeen met de derde variant van art. 4, lid 2, van de richtlijn. De gedeeltelijke beperking tot 8 weken is met deze bepaling verenigbaar.

Italië. - Het garantiefonds betaalt de schuldvorderingen van werknemers die betrekking hebben op de laatste drie maanden van de arbeidsverhouding binnen een periode van twaalf maanden voorafgaande aan de datum waarop het besluit tot inleiding van de in artikel 1 van het decreet van 27 januari 1992 vermelde procedures werd genomen, de datum waarop een aanvang met de gedwongen executie werd gemaakt, de datum waarop de voorlopige exploitatie van de onderneming werd opgeheven of stopgezet, de datum waarop de werknemers die hebben doorgewerkt, toestemming werd verleend de exploitatie van het bedrijf voort te zetten, dan wel de datum waarop de arbeidsverhouding werd beëindigd, indien deze gedurende de voortzetting van de bedrijfsactiviteit plaatsvond.

In de Italiaanse wetgeving heeft de garantie dus ook betrekking op schuldvorderingen na de datum waarop de insolventieprocedures zijn ingeleid.

Luxemburg. - Art. 46, lid 2, Loi sur le contrat de travail garandeert de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende aanspraken die betrekking hebben op de laatste 6 maanden voor de faillietverklaring.

Nederland. - Aan aanspraken die betrekking hebben op arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen, worden geen algemeen geldende, gelijklopende tijdsbeperkingen gesteld. Loon in de zin van art. 67, onder a, WW wordt krachtens art. 64, onder a, WW betaald over ten hoogste 13 weken, onmiddellijk voorafgaande aan de dag van opzegging van de dienstbetrekking; het vakantiegeld en de vakantiebijslag worden gewaarborgd over ten hoogste het jaar onmiddellijk voorafgaande aan de opzegging (art. 64, onder c, juncto de bepalingen onder b, WW). De minimumgrenzen van de tweede variant van art. 4, lid 2, van de richtlijn worden in ieder geval gerespecteerd.

Portugal. - In art. 2, lid 1, DL 50/85 en nr. II DL 90/85 wordt consequent gekozen voor de eerste variant van art. 4, lid 2 van de richtlijn. Dienovereenkomstig heeft de garantie betrekking op de laatste 4 maanden van de arbeidsovereenkomst binnen een periode van 6 maanden die direct aan de faillietverklaring of insolvência (insolventie) voorafgaat.

Spanje. - Art. 33, lid 1, lid 2, ET, alsmede art. 18 Real Decreto 505/1985 beperken in overeenstemming met art. 4, lid 2, eerste variant van de richtlijn de garantie van loonaanspraken

tot een periode van ten hoogste 120 dagen. Er is geen sprake van een aanvullende beperking door een bepaalde periode vóór de datum van het intreden van de insolventie.

**f) Maximumgrenzen voor de gegarandeerde uitkeringen
(art. 4, lid 3)**

Als aanvulling op de tijdsbeperkingen maakt de richtlijn het in art. 4, lid 3 mogelijk dat een plafond wordt vastgesteld voor de garantie m.b.t. het honoreren van onvervulde aanspraken van de werknemers. De formulering van de richtlijn is in dit verband echter onnauwkeurig en te ruim, omdat zij uitsluitend spreekt over "onvervulde aanspraken van de werknemers". Logisch gezien kan er echter alleen maar sprake zijn van "onvervulde aanspraken van de werknemers uit hoofde van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen".

Voorwaarde voor de vaststelling van een plafond door de nationale wetgever is dat deze zodoende tracht te voorkomen dat bedragen worden uitgekeerd die voorbijschieten aan het sociale doel van de richtlijn. Als zodanig komt in het algemeen de bescherming van de werknemer in aanmerking, die bij insolventie van de werkgever niet in ieder opzicht gelijkgesteld mag worden met een andere schuldeiser, aangezien het inkomen uit een arbeidsverhouding in het algemeen de essentiële materiële bestaansbasis voor de werknemer vormt. Uit de richtlijn zelf kan echter niets worden opgemaakt ten aanzien van het gebied waarop de richtlijn naar sociale bescherming streeft, behalve de in de inleiding staande algemene verwijzing naar de bescherming van de werknemers. Wanneer er echter gegarandeerde uitkeringen worden betaald voor uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken die voorbijschieten aan het sociale doel van deze richtlijn, wordt nauwelijks duidelijk. Het doel van de waarborg is namelijk niet alleen het bestaansminimum van de werknemer te garanderen, maar deze ook bij insolventie van de werkgever zijn loon volledig te doen toekomen.

Rekening houdend met dit aspect zou de invoering van een plafond daarom nauwelijks te rechtvaardigen zijn. De belangrijkste reden voor een maximumgrens wordt veeleer gevormd door het feit dat op deze wijze de draagkracht van de waarborgfondsen gegarandeerd kan worden. Bij Lid-Staten die een maximumgrens voor de gegarandeerde uitkeringen hebben vastgesteld, moet, gelet op de tekst van de richtlijn, in het algemeen wel verondersteld worden dat deze dit in de eerste plaats om de in art. 4, lid 3, genoemde reden hebben gedaan.

De richtlijn bevat geen nadere bepalingen voor de vaststelling van het plafond. Uit het aan haar ten grondslag liggende streven naar sociale bescherming kan echter opgemaakt worden dat de hoogte van de gegarandeerde uitkeringen niet te laag mag worden geraamd. Men dient ervan uit te gaan dat dit laatste het geval is wanneer gegarandeerde uitkeringen alles bij elkaar genomen van hetzelfde niveau zijn als sociale bijstandsuitkeringen of het wettelijke

minimumloon.

België. - In het Besluit tot uitvoering van artikel 6 van de wet van 30 juni 1967 d.d. 6 juli 1967 worden in art. 7 uitvoerige regels opgesteld t.a.v. de maximumgrens van de door het fonds uit te betalen uitkeringen. Hierbij wordt in eerste instantie geen maximumbedrag vastgelegd voor het volledige loon, maar wordt voor een reeks onderdelen van het volledige loon afzonderlijk een maximumbedrag vastgesteld dat op dit moment 75.000 frank bedraagt. In totaal mogen de afzonderlijke bedragen echter niet uitkomen boven het totale bedrag van 900.000 frank (art. 7, lid 4).

Bondsrepubliek Duitsland. - De Duitse wetgeving kent geen plafond voor de gegarandeerde uitkeringen. Alleen voor de lopende uitkeringen bij de bedrijfspensioenregeling, waarop art. 4, lid 3 van de richtlijn echter niet direct betrekking heeft, schrijft art. 7, lid 3, BetrAVG een maximumgrens voor.

Denemarken. - Artikel 3, zin 1, LG voorziet - met uitzondering van het vakantiegeld - in een maximumbedrag, dat op dit moment 75.000 kronen bedraagt (16).

Frankrijk. - Art. L. 143-11-8 CdT onderwerpt in het algemeen alle aanspraken van de werknemer aan een maximumgrens, die per decreet wordt vastgelegd. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het maandelijkse plafond "retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage" (maandelijkse referentieloon voor de berekening van de bijdragen aan de werkloosheidsverzekering). Krachtens art. D. 143-2, lid 1 CdT bedraagt de maximale waarborg het dertienvoudige van het maandelijkse plafond.

Voor de uitkeringen die worden gegarandeerd na de inleiding van de procédure de redressement judiciaire (gerechtelijke vereffeningsprocedure) (art. L. 143-11-1, lid 1, nr. 3, CdT), geldt een maximumgrens die het drievoudige bedraagt van het maandelijkse plafond (art. D. 143-3 CdT).

Griekenland. - De gegarandeerde uitkeringen die aan de werknemers moeten worden betaald, mogen de hoogte van 3 maandlonen van de betreffende CAO's niet overschrijden (art. 5, lid 3, VO).

Verenigd Koninkrijk. - Krachtens Sect. 122 (5) EPCA bedroeg de grens voor afzonderlijke gegarandeerde uitkeringen ("in respect of any debt" mentioned in subsection (3)") in eerste instantie £ 80 per week (zie ook Bercusson, The Employment Protection (Consolidation) Act 1978, 1979, blz. 122 e.v.), voor zover deze aanspraken op een periode konden worden teruggevoerd. Op grond van Sect. 122 (6) EPCA heeft de minister van Arbeid dit bedrag in de loop der tijd steeds weer verhoogd; met ingang van 1 april 1992 is dit bedrag £ 205 per week.

Ierland. - De Ierse wetgeving hanteert momenteel een bovengrens van IR£ 250,00 per persoon per week (ongeveer 321 ecu). Met ingang van 1 mei 1994 wordt deze maximumgrens tot IR£ 300,00 verhoogd. Deze bedragen zijn met goedkeuring van de vakbonden en de werkgeversorganisaties herzien en verhoogd.

Italië. - De maximale uitkering van het fonds is vastgesteld op driemaal het maximale, op grond van het maandsalaris berekende buitengewone integratiesalaris, na aftrek van de sociale-zekerheidspremies.

Luxemburg. - Art. 46, lid 2, Loi sur le contrat de travail voorziet voor de gegarandeerde uitkeringen in een plafond, dat in art. 2101, lid 2, Code civil nader wordt omschreven.

Nederland. - De Nederlandse regeling bevat geen maximumgrenzen in de zin van art. 4, lid 3 van de richtlijn.

Portugal. - Art. 2, lid 2 DL 50/85 bepaalt dat het maximumbedrag voor het maandloon het drievoudige betreft van het in de betreffende bedrijfstak gegarandeerde wettelijke minimumloon voor de werknemer.

Spanje. - Krachtens art. 33, lid 1, lid 2, ET bedraagt de maximumgrens voor het gegarandeerde loon het tweevoudige van het "salario minimo interprofesional diario" (het in de betreffende bedrijfstak geldende minimumloon per dag). Dit gegarandeerde loon wordt echter slechts voor een periode van maximaal 120 dagen uitbetaald.

2. De waarborgfondsen (art. 5)

De richtlijn laat de Lid-Staten bij de organisatie en de financiering van de waarborgfondsen in vergaande mate de vrije hand. Krachtens art. 5 van de richtlijn behoeven daarbij slechts drie principes te worden nageleefd: (1) het kapitaal van de waarborgfondsen moet worden gescheiden van het bedrijfskapitaal van de werkgever en wel zodanig dat er geen beslag op kan worden gelegd bij een procedure wegens insolventie tegen de werkgever; (2) verplichte bijdrage van de werkgever, tenzij de overheid voor de volledige financiering zorgt; (3) betalingsverplichting van het waarborgfonds, ongeacht of werd voldaan aan de verplichting om bij te dragen in de financiering.

Ofschoon art. 5 van de richtlijn onder de bepalingen inzake de waarborgfondsen is gerangschikt, zouden de in dit artikel vervatte principes ook voor de bedrijfspensioenregeling moeten gelden. Ze zouden ten minste bij de tenuitvoerlegging van art. 8 van de richtlijn in acht moeten worden genomen.

België. - Krachtens art. 1, Wet 30 juni 1967 wordt het op grond van art. 6, Wet 28 juni 1966 in het leven geroepen Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers belast met de taak, aanspraken bij het sluiten van de onderneming te waarborgen. Dit fonds is als publiekrechtelijke rechtspersoon juridisch zelfstandig, maar wordt door het Beheerscomité van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening beheerd. De controle van het fonds wordt uitgeoefend door regeringscommissarissen en accountants, die ook verantwoordelijk zijn voor de controle van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (art. 9, 10, 13).

Art. 10, lid 1, Wet 30 juni 1967 verleent de koning en daarmee de regering de mogelijkheid de werkgevers door middel van bijdragen te laten meebetalen aan de financiering van het fonds, voor zover het om de insolventiegarantie gaat. De hoogte van de bijdrage wordt jaarlijks vastgesteld. De betalingsverplichting van het fonds wordt overigens niet afhankelijk gesteld van de relatie die de werkgever met het fonds onderhoudt.

Bondsrepubliek Duitsland. - Voor de algemene uit de arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraken wordt de faillissementsuitkering door het bevoegde arbeidsbureau verleend (artikel 141 e, lid 1, blz. 1, AFG). Het waarborgfonds is wat dit betreft dus het federaal arbeidsbureau (artikel 3, lid 2, nr. 7, AFG); de laagste instanties die hieronder ressorteren zijn de arbeidsbureaus; het federaal arbeidsbureau is een publiekrechtelijk lichaam met rechtspersoonlijkheid (artikel 189, lid 1, AFG). De faillissementsuitkering, waarvoor een compensatieregeling bestaat, wordt jaarlijks achteraf door de bedrijfsverenigingen opgebracht (artikel 186, lid 1, AFG); deze slaan vervolgens de door hen op te brengen bedragen over op de leden, dat wil zeggen de ondernemingen (artikel 186 c, lid 1, AFG). De bedrijfsverenigingen verstrekken elk trimester een voorschot op het beoogde gebruik van de fondsen (artikel 186 b, lid 1, AFG). De kosten van de gegarandeerde uitkeringen van het federaal arbeidsbureau worden derhalve alleen door de werkgevers gedragen. De betalingsverplichting van het federaal arbeidsbureau staat overigens los van de financiering. Prestatie- en bijdragesfeer zijn derhalve niet direct aan elkaar gekoppeld.

Waarborgfonds bij de bedrijfspensioenregeling is de pensioenverzekeringsvereniging, een onderlinge waarborgmaatschappij (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) en bijgevolg een privaatrechtelijke rechtspersoon (artikel 14, lid 1, BetrAVG). We komen hier later op terug.

Denemarken. - Krachtens art. 1 LG vervult het Lønmodtagernes Garantifond, een publiekrechtelijke rechtspersoon, de rol van waarborgfonds. Het fonds wordt krachtens de bepalingen van de ATP-wet (artt. 20-25) beheerd door het beheersorgaan van de Arbeidsmarkedets Tillægspension (ATP, aanvullend pensioenfonds). Ter dekking van de uitgaven stelt de Staat het fonds (art. 9 LG) ieder kwartaal een door de begrotingswet vastgesteld bedrag beschikbaar. De Staat verschaft zich deze middelen via hoofdelijke omslag bij de werkgevers.

De wijziging van het financieringssysteem met ingang van 1 januari 1989 door Lov nr. 880 van 23 december 1987 heeft niets veranderd aan het feit dat de werkgevers de financiële lasten dragen. Het opbrengen van de middelen en de prestaties zijn volledig van elkaar gescheiden.

Frankrijk. - Het waarborgfonds is krachtens art. L. 143-11-4, lid 1, CdT de door de werkgevers op initiatief van de Conseil National du Patronat Français (C.N.P.F.) in het leven geroepen "Association pour la gestion du régime d'assurance des créances salariées" (A.G.S.) (Vereniging voor het beheer van het verzekeringsstelsel voor looneisen). Het garantiesysteem voor de A.G.S. wordt toegepast en beheerd door de beheersorganen van de werkloosheidsverzekering, nl. de Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (A.S.S.E.D.I.C.) en de Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (U.N.E.D.I.C.), en wel op grond van een overeenkomst tussen beide partijen. Het garantiesysteem wordt gefinancierd door bijdragen van de werkgevers (art. L. 143-11-6 CdT), waarbij de hoogte van de bijdragen bepaald wordt door de loonsom. Krachtens de uitdrukkelijke regeling van art. L. 143-11-5 CdT is het recht op gegarandeerde uitkeringen niet afhankelijk van de vraag of de werkgever de bepalingen inzake de insolventiegarantie heeft nageleefd.

Griekenland. - Bij het O.A.E.D., de nationale dienst voor arbeidsvoorziening, is een zelfstandig fonds opgericht, het Fonds voor de Bescherming van de Werknemers bij Insolventie van de Werkgever. Het fonds wordt door bijdragen van de werkgevers gefinancierd; de premievoet bedraagt 0,15% van de loonsom (art. 16, nr. 1, lid 1). Gelijktijdig ontvangt het fonds een uit het budget van de minister van Arbeid afkomstige overheidssubsidie ten belope van 500 miljoen drachme (art. 16, lid 2, lid 3). De bijdragen en de overheidssubsidie kunnen zo nodig worden verhoogd (art. 16, lid 2, lid 3). De bijdrage wordt door het Sociaal Verzekeringsfonds ten gunste van het O.A.E.D. ingehouden (art. 2 VO). De gemengde financiering door middel van werkgeversbijdragen en overheidssubsidie is niet strijdig met de richtlijn. Deze schrijft namelijk niet voor dat de insolventiegarantie volledig door de werkgevers wordt gefinancierd (zie art. 5, sub b) van de richtlijn). In artikel 4 van het presidentieel decreet nr. 1 van 8 januari 1990 wordt bepaald dat de verschillende, van kracht zijnde bepalingen voor het financiële beleid van de O.A.E.D. van toepassing zijn op de controle inzake het financiële beheer van het "fonds voor de bescherming van werknemers in geval van insolventie van de werkgever"; in lid 2 van dit artikel wordt bepaald dat het voor dit fonds beschikbare kapitaal op een speciale bankrekening "voor financieel beheer" van de O.A.E.D. wordt gestort en dat deze financiële middelen overeenkomstig de met betrekking tot het kapitaal van de O.A.E.D. van kracht zijnde bepalingen en na goedkeuring van de minister van Arbeid kunnen worden belegd.

In artikel 5 van het decreet wordt tevens bepaald dat de uitbetaling van de achterstallige salarissen aan de werknemers onafhankelijk is van de vraag of de werkgever de verplichte bijdrage aan het bovenbedoelde fonds heeft betaald.

Verenigd Koninkrijk. - De gegarandeerde uitkeringen worden opgebracht door het Redundancy Fund (Werkloosheidsfonds) van de minister van Arbeid (Sect. 122 (1) EPCA), die het fonds leidt en controleert. Het Redundancy Fund werd in 1965 door Sect. 26 Redundancy Payments Act opgericht om de werknemer in geval van ontslag om bedrijfsredenen een vergoeding te betalen. De EPCA heeft de taken van het fonds uitgebreid met de insolventiegarantie. Een aanvullende, bijzondere bijdrageverplichting werd niet ingevoerd, aangezien het fonds tot nu toe ook al door de werkgevers is gefinancierd door middel van een "surcharge" (toeslag) op de normale werkgeversbijdrage aan het National Insurance System. De EPCA regelt de aanspraak op gegarandeerde uitkeringen onafhankelijk van het financieringsaspect, zoals blijkt uit Sect. 122 (1) EPCA.

Ierland. - Ook in Ierland kreeg het reeds bestaande Redundancy Fund de insolventiegarantie als aanvullende taak toegewezen (Sect. 2 (1) Act 1984). Het waarborgfonds heet thans "Redundancy and Employer's Insolvency Fund". Overeenkomstig Sect. 27 Redundancy Payments Act 1967 wordt dit fonds gefinancierd door bijdragen van de werkgevers en de werknemers.

Sect. 27 Redundancy Payments Act 1967, gewijzigd bij de Redundancy Payments Act 1973, werd vervangen door sect. 2 van de Redundancy Payments Act 1979, die uitsluitend voorzag in werkgeversbijdragen. Op 4 april 1990 werd sect. 2 van de laatstgenoemde wet vervangen door section 26(b) Social Welfare Act 1990, dat voorzag in de opheffing van het Occupational Injuries Fund (Arbeidsongevallenfonds) en het Redundancy and Employers' Insolvency Fund, benevens in de overdracht van de tegoeden van deze fondsen naar het Social Insurance Fund. Op 1 april 1991 werd deze regeling verder uitgebreid bij de Social Welfare Act 1991 teneinde de afzonderlijke bedrijfsongevallen- en werkloosheidspremies van de werkgevers met hun sociale-verzekeringsbijdragen samen te voegen. De verstrekking van de prestaties is niet afhankelijk van de afdracht van de premies door de werkgever. Artikel 5 van de richtlijn wordt nageleefd.

Italië. - Krachtens lid 3 van artikel 2 van het wettelijk decreet van 27 januari 1992 worden de door het fonds betaalde bedragen gefinancierd uit premies die overeenkomstig het bepaalde in de leden 2, 3, 4, 5, 7, eerste streepje, en 10 van artikel 2 van de wet nr. 297 van 29 mei 1982 worden geheven. De bepalingen van artikel 2, lid 7, tweede streepje van de bovenbedoelde wet zijn van toepassing op de bedragen die door het fonds worden uitgekeerd. In dit artikel wordt bepaald dat het fonds over een aparte boekhouding voor het beheer van de verplichte werkloosheidsverzekering beschikt en door bijdragen van de werkgevers wordt gefinancierd. Voor deze bijdragen gelden dezelfde dwingende wettelijke bepalingen als die welke betrekking hebben op de controle en de inning van de bijdragen aan het pensioenfonds van de werknemers. De beschikbare financiële middelen van het garantiefonds kunnen in geen geval worden aangewend voor zaken die buiten de institutionele doeleinden van het fonds vallen. Er bestaan geen uitdrukkelijke bepalingen op basis waarvan de uitbetaling van de uitkeringen rechtstreeks

afhankelijk wordt gesteld van de betaling van de bijdragen.

Luxemburg. - In Luxemburg is het Fonds pour l'emploi (Werkgelegenheidsfonds) het verantwoordelijke waarborgfonds (art. 46, lid 1, Loi sur le contrat du travail, art. 2, lid 1, nr 7, Loi du 30 juin 1976 in de versie van 1 juni 1987). Het fonds wordt gefinancierd door bijdragen van de werkgevers en de gemeenten, door bepaalde belastingen en een subsidie van de overheid (art. 3, lid 1-4, Loi du 30 juin 1976). In de wet wordt geen verband gelegd tussen het leveren van de prestaties en het betalen van de verplichte bijdragen. Derhalve wordt voldaan aan het bepaalde in art. 5 van de richtlijn.

Nederland. - Het waarborgfonds is het Algemeen Werkloosheidsfonds AWF (artikel 93, sub a, van de WW). De premies voor dit fonds zijn voor de helft door de werkgever en voor de helft door de werknemer verschuldigd (art. 81, lid 3, van de WW). De WW legt geen direct verband tussen de uitkering en de premie. Derhalve wordt voldaan aan het bepaalde in art. 5 van de richtlijn.

Portugal. - In Portugal wordt de "garantia salarial" (loongarantiefonds) gefinancierd uit de begrotingsmiddelen voor de sociale zekerheid, die een integraal onderdeel vormen van de staatsbegroting. De werkgevers dragen door middel van premies (afzonderlijke sociale premie) bij in de financiering van bovenbedoelde loongarantiefonds. Deze premies worden beheerd door het orgaan dat in de plaats is gekomen van het Bureau voor het beheer van het werkloosheidsfonds (opgeheven bij DL 40 van 04.03.1986) en dat krachtens art. 3 van DL 50/85 de lasten van het loongarantiestelsel draagt.

De uitbetaling van de uitkering wordt niet afhankelijk gesteld van de verplichte premiebetaling, hetgeen stilzwijgend uit de Portugese regeling zelf blijkt. Artikel VIII van DN 90/85 regelt een ander geval, namelijk de handhaving van de bijdrageverplichting van de onderneming, óók bij insolventie.

Spanje. - Het waarborgfonds in Spanje is het Fondo de garantía salarial (FOGASA) (Loongarantiefonds). Dit fonds werd reeds in 1976 opgericht door de Lei de relaciones laborales (Wet inzake arbeidsverhoudingen) van 8 april 1976. Zijn huidige wettelijke basis is vastgelegd in art. 33 ET en in het Real Decreto sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial 505/1985 (Koninklijk Besluit inzake de organisatie en de werking van het Loongarantiefonds) van 6 maart 1985. Krachtens art. 33, nr. 1, lid 1, ET neemt het Fondo de positie in van een organismo autónomico (autonoom orgaan) met eigen rechtspersoonlijkheid dat ressorteert onder het Ministerie van Arbeid en Sociale Zekerheid. Het Fondo wordt overeenkomstig art. 33, nr. 5, lid 1, ET gefinancierd door bijdragen van de werkgevers uit de particuliere sector en de overheidssector. Voor hun bijdragen aan het loongarantiefonds geldt thans een premievoet van 0,4% (Wet nr. 21 van 29 december 1993 inzake de algemene

staatsbegroting voor 1994). Deze premie wordt geheven over het bedrag dat als grondslag dient voor de berekening van de bijdrage voor gebeurtenissen die het gevolg zijn van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Noch uit art. 33 ET, noch uit art. 13 e.v. Real Decreto 505/85 blijkt een direct verband te bestaan tussen de gegarandeerde uitkering en het betalen van de bijdragen. Daarom wordt voldaan aan art. 5, sub b) van de richtlijn.

3. De insolventiegarantie in het kader van de sociale zekerheid (art. 6-8)

De insolventie van de werkgever, met name de staking van betaling, heeft tevens directe gevolgen voor het betalen van diens eigen bijdragen en voor de afdracht van de werknemersbijdragen. De ten gevolge van de insolventie optredende storing in het bijdrageproces heeft bij de afzonderlijke, op bijdragen gebaseerde stelsels van sociale zekerheid meestal onmiddellijk of in een later stadium negatieve gevolgen voor de uitbetaling van de uitkeringen. Hierbij gaat de richtlijn er in art. 6 vanuit dat het waarborgfonds tegen insolventie tevens de bijdragen aan de wettelijke of de niet-wettelijke stelsels van sociale zekerheid dekt, omdat het genoemde artikel de niet-toepassing van art. 3-5 van de richtlijn als een uitzondering beschouwt.

Opmerkelijk hierbij is dat de richtlijn niet alleen de wettelijke en daarmee publieke stelsels tot de stelsels van sociale zekerheid rekent, maar ook particuliere (voor bedrijven of bedrijfstakken geldende) aanvullende stelsels van sociale voorzieningen (art. 6 en 8 van de richtlijn). De richtlijn sluit immers VO 1408/71 van haar werkingssfeer uit. Rechten en rechten in wording uit hoofde van een particulier aanvullend stelsel van sociale voorzieningen dienen eveneens tegen de insolventie van de werkgever te worden beschermd.

De artikelen 6 t/m 8 van de richtlijn zijn voor de afzonderlijke Lid-Staten uiteraard van zeer uiteenlopend belang. De richtlijn schrijft dwingend voor dat het niet-betalen aan verzekeringsinstellingen van door de werkgever voor het intreden van diens insolventie verschuldigde premiebedragen uit hoofde van de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid, het recht van de werknemer op prestaties ten aanzien van deze verzekeringsinstellingen niet nadelig mag beïnvloeden (art. 7); er dient eveneens zorg te worden gedragen voor de rechten en de rechten in wording op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen (art. 8); in art. 6 van de richtlijn worden de Lid-Staten gemachtigd om de insolventiegarantie niet te laten gelden voor de bijdragen van de werknemers aan wettelijke en particuliere stelsels van sociale zekerheid.

a) Artikel 6

In het algemeen is de werknemer naast de werkgever bijdragen verschuldigd aan de openbare

en de particuliere stelsels van sociale zekerheid. De werknemer bekostigt zijn bijdragen uit zijn arbeidsinkomen, waarbij de werkgever deze gewoonlijk aan de desbetreffende openbare en particuliere verzekeringsinstellingen afdraagt. De insolventie van de werkgever kan deze praktijk echter ernstig en in belangrijke mate verstoren. Aangezien het bij de bijdragen van de werknemers om een zaak gaat die vooral de laatstgenoemden betreft en hierbij onder meer publiekrechtelijke aanspraken in het geding zijn, voorziet art. 6 van de richtlijn in de mogelijkheid om uitzonderingen te maken; dat wil zeggen de mogelijkheid om de waarborgfondsen niet te belasten met de betaling van de bijdragen. Wanneer van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt, dient iedere afzonderlijke Lid-Staat de nodige maatregelen ten aanzien van zijn rechtsorde te treffen om ervoor te zorgen dat deze bijdragen in de zin van artikel 6 worden gedekt. De schuldvorderingen waarvan de stelsels van sociale zekerheid houder zijn, kunnen dus door een andere instelling dan het waarborgfonds worden betaald, maar in artikel 6 van de richtlijn wordt de wens geuit dat het waarborgfonds naast de salarissen ook de daarop betrekking hebbende sociale lasten voor zijn rekening neemt; anders gezegd, over de door het waarborgfonds (normaliter in de vorm van loon) verstrekte bedragen moeten sociale premies worden betaald. Hierdoor zouden slechts bijzonder weinig Lid-Staten de sociale-zekerheidspremies van de insolventiegarantie kunnen uitsluiten door de te verklaren dat deze "niet gedekt" zijn. Er kan zich echter een probleem voordoen in Lid-Staten waar over het salaris van de werknemers geen premies ter financiering van het waarborgfonds worden geheven. Derhalve is het denkbaar dat de financiering van de stelsels van sociale zekerheid in dit geval door een andere instelling dan het waarborgfonds wordt gerealiseerd. Of de bijdragen in geval van insolventie door het waarborgfonds, door de curator of zelfs door de werknemer zelf moeten worden afgedragen, is een andere, losstaande kwestie, die door art. 6 van de richtlijn niet direct wordt aangesneden.

Art. 6 van de richtlijn is niet rechtstreeks van toepassing op de bijdragen die de werkgever zelf voor de werknemer moet opbrengen. Iedere Lid-Staat is derhalve vrij om te beslissen of deze bijdragen eveneens tegen insolventie beschermd moeten worden of niet, ofschoon ze niet uit het arbeidsinkomen worden bekostigd.

Er zijn maar weinig Lid-Staten die zich uitdrukkelijk bezighouden met de kwestie van de werknemersbijdragen in verband met de insolventie van de werkgever. Evenmin talrijk zijn de Lid-Staten die gebruik maken van de in art. 6 van de richtlijn bedoelde machtiging.

Het volgende overzicht, waarin wordt nagegaan welke Lid-Staten op welke wijze gebruik hebben gemaakt van de in art. 6 van de richtlijn bedoelde machtiging, dient derhalve uitsluitend ter oriëntatie.

België. - Krachtens art. 5 Wet van 30 juni 1967 dient het fonds zowel de bijdragen van de werknemer (lid 1), die deze op grond van de wetgeving inzake de sociale zekerheid verschuldigd is, alsook die van de werkgevers (lid 2) aan de betreffende sociale-

verzekeringsinstellingen te doen toekomen. Er wordt dus geen beroep gedaan op art. 6 van de richtlijn.

Bondsrepubliek Duitsland. - Artikel 141 n AFG schrijft eveneens voor dat de verplichte bijdragen van de werknemer en de werkgever moeten worden afgedragen aan de wettelijke ziekte-, pensioen- en werkloosheidsverzekering door het arbeidsbureau als verantwoordelijk beheersorgaan van het waarborgfonds. Derhalve is geen gebruik gemaakt van art. 6 van de richtlijn.

Denemarken. - Een uitzondering krachtens art. 6 van de richtlijn is in de Deense regeling niet opgenomen.

Frankrijk. - De prestaties uit hoofde van de insolventieverzekering komen overeen met het netto-salaris, zonder de sociale premies. De laatstgenoemde premies worden niet gedekt door de AGS (Association pour la gestion du régime d'assurance des créances salariés, Vereniging voor het beheer van het verzekeringsstelsel voor looneisen). Frankrijk heeft gebruik gemaakt van de in art. 6 van de richtlijn voorziene mogelijkheid.

Griekenland. - Art. 6, lid 1, VO bepaalt dat de bijdragen van de werknemers alsmede die van de werkgevers moeten worden afgedragen aan de sociale verzekering. Het werknemersaandeel wordt ingehouden op de door het waarborgfonds uitbetaalde lonen; het aandeel van de werkgever komt ten laste van het Fonds (fonds voor de bescherming van werknemers in geval van insolventie van de werkgever). Er is hier dus geen sprake van toepassing van art. 6 van de richtlijn.

Verenigd Koninkrijk. - De kwestie inzake de bijdragen aan de National Insurance wordt door de EPCA niet uitvoerig geregeld. Dientengevolge zijn de algemene regels van toepassing. De ten laste van de werknemer komende bijdragen trekt de minister van Arbeid van de gegarandeerde uitkering af en draagt deze over aan de betreffende verzekeringsinstelling; deze gang van zaken werd ook bevestigd door een arrest van het Employment Appeal Tribunal in de zaak *Morris v. Secretary of State for Employment* (Industrial Relations Law Reports (1985) 297). Voor de werkgeversbijdragen blijft derhalve uitsluitend de mogelijkheid over, deze als geprivilegieerde eisen in de insolventieprocedure te doen gelden. Art. 6 van de richtlijn werd derhalve door het Verenigd Koninkrijk niet toegepast.

Ierland. - In Act 1984 wordt geen gebruik gemaakt van de machtiging, als bedoeld in art. 6 van de richtlijn.

Italië. - In Italië is bij het Nationaal instituut voor sociale voorzorg een passend waarborgfonds opgezet. Op verzoek van werknemers die het slachtoffer zijn geworden van het feit dat hun

werkgever de sociale-verzekeringsbijdragen niet volledig of in het geheel niet heeft afgedragen, betaalt dit fonds de verschuldigde bijdragen aan de betreffende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen. Met betrekking tot de niet-afgedragen premies treedt het garantiefonds in de rechten van de werknemers. De bepalingen met betrekking tot de werkwijze en het beheer van het waarborgfonds, benevens het aandeel van de bij artikel 9 bis, lid 2, van decreet nr. 103 van 29 maart 1991 bedoelde solidariteitsbijdrage, die ter financiering van het fonds dient, moeten bij uitvoeringsbesluiten worden vastgelegd. Met de opzet van dit geëigende waarborgfonds heeft Italië dus gebruik gemaakt van de bij artikel 6 van de richtlijn geboden mogelijkheid.

Luxemburg. - Art. 46, lid 4, Loi sur le contrat de travail voorziet eveneens in de aftrek van de bijdragen aan de sociale verzekering, zodat ook hier geen gebruik is gemaakt van de bij art. 6 van de richtlijn geboden mogelijkheid.

Nederland. - De Nederlandse wetgeving maakt geen gebruik van art. 6 van de richtlijn. Art. 66, lid 2, WW bepaalt dat de bedrijfsverenigingen met betrekking tot de premies over de uitkeringen verhaal hebben op de werkgever. Voor de achterstallige bijdragen aan een particulier pensioenfonds geldt de betalingsverplichting krachtens art. 61, lid 1, WW.

Portugal. - Krachtens nr. III 1 DN 90/85 gaat het bij de gegarandeerde uitkeringen om nettobedragen. Dientengevolge heeft de insolventiegarantie geen betrekking op de bijdragen aan het stelsel van sociale zekerheid; Portugal heeft derhalve van de mogelijkheid van art. 6 van de richtlijn gebruik gemaakt om de voor rekening van de werknemer komende bijdragen aan de sociale verzekering van de insolventiegarantie uit te sluiten. De bijdrageplicht blijft ten laste van de werkgever (nr. VIII van DN 90/85 van 20 september).

Spanje. - Er wordt gebruik gemaakt van de in artikel 6 vervatte mogelijkheid.

Als waarborginstelling in geval van insolventie van de werkgever is het loongarantiefonds niet met de invordering van de verschuldigde sociale-zekerheidspremies belast.

In artikel 96, lid 3, van de algemene wet betreffende de sociale zekerheid wordt het volgende bepaald: "De beheersorganen, de onderlinge verzekeringsmaatschappijen van werkgevers of eventueel de gemeenschappelijke diensten dragen overeenkomstig hun onderscheiden bevoegdheden zorg voor de uitbetaling van de uitkeringen aan de begunstigden, zulks in de in het vorige lid opgesomde en bijgevolg wettelijk vastgestelde gevallen, hetgeen tot gevolg heeft dat zij in de rechten en acties van de begunstigden treden. De aangewezen betaling vindt ook plaats wanneer het ondernemingen betreft die al niet meer bestaan of die wegens hun bijzondere aard niet aan een dwangprocedure kunnen worden onderworpen."

Bij circulaire nr. 60 van de dienst voor onderlinge waarborgmaatschappijen is het voorschieten

van de prestaties aan de werknemers tot algemeen beginsel verklaard voor alle gevallen waarin de werkgever verantwoordelijk is voor het feit dat de bijdragen niet volledig of in het geheel niet zijn betaald. Deze verantwoordelijkheid heeft tot gevolg dat de betreffende verzekeringsorganen in de rechten en acties van de werknemer en diens rechthebbenden treden teneinde een schadevergoeding van de verantwoordelijke werkgever te verkrijgen.

Deze schadevergoeding kan tevens door middel van een bestuursrechtelijke dwangprocedure worden verkregen (artikel 100 van het arrest van 08.04.82, B.O.E. 15-4-92).

De uitbetaling is in alle gevallen onafhankelijk van de vraag of de bovenbedoelde schadevergoeding wordt toegekend (zie voor dit punt het arrest van het oppergerechtshof van 4 februari, 8 juli en 7 november 1991).

b) De "garantie" voor achterstallige, door de werkgever achtergehouden bijdragen van de werknemers aan de wettelijke stelsels van sociale zekerheid (art. 7)

Art. 7 van de richtlijn wil waarborgen dat een werknemer geen negatieve gevolgen ondervindt wanneer de verplichte bijdragen aan de wettelijke stelsels van sociale zekerheid niet worden afgedragen.

In de afzonderlijke Lid-Staten is het samenspel van financierings- en uitkeringszijde bij de wettelijke stelsels van sociale zekerheid slechts met zeer veel moeite te overzien. Uitdrukkelijke regelingen zijn zowel opgenomen in de algemene bepalingen over de sociale zekerheid, als in talrijke speciale wetten m.b.t. de verschillende afzonderlijke systemen of verzekeringstakken. De algemene trend is dat de toekenning van sociale uitkeringen in het algemeen onafhankelijk is van de vraag of de werkgever de bijdragen heeft afgedragen. De reden waarom de werkgever niet betaald heeft, speelt daarbij geen rol. De betreffende nationale regelingen gaan dus niet uitdrukkelijk van diens insolventie uit.

België. - De Belgische wetgeving garandeert in alle op bijdragen gebaseerde stelsels van sociale zekerheid waarin ook de werknemer onderworpen is aan de bijdrageverplichting, de toekenning van de uitkeringen ook wanneer de werkgever de bijdragen niet heeft afgedragen.

Bondsrepubliek Duitsland. - Uitkeringen uit hoofde van ziekte-, pensioen- en werkloosheidsverzekeringen, in de financiering waarvan de werknemer eveneens door middel van bijdragen deelneemt, worden onafhankelijk van de afdracht van de bijdragen door de werkgever uitbetaald. Voor werknemers die vrijwillig bij de ziekteverzekering zijn aangesloten, is de werkgever echter zelf schuldenaar van de premies. Als deze de premies gedurende een periode langer dan 2 maanden niet afdraagt, vervalt de verplichting om deze prestaties te waarborgen (art. 191, punt 3, van het SG B V). De uitbetaling van de prestaties uit hoofde van

de ouderdomsverzekering is onderworpen aan een minimumtijdvak van premiebetaling (artt. 51 en 55 van het SG B VI). Voor de prestaties die aan de werknemers moeten worden betaald, geldt dat in beginsel geen enkel bewijs van de premiebetalingen wordt verlangd voor de lonen die de werkgever bij de ziekteverzekering heeft gemeld.

De betaling van de bijdragen is dus beperkt (art. 199 van het SG B VI). In uitzonderingsgevallen worden waarschijnlijk geachte tijdvakken van premiebetaling aanvaard (artikelen 203 en 286, leden 5 en 6, van het SG B VI).

Denemarken. - Volgens inlichtingen van de Deense regering heeft het niet-afdragen van de bijdragen door de werkgever, geen negatieve invloed op de toekenning van de sociale-zekerheidsuitkeringen.

Frankrijk. - In de sociale wetgeving van Frankrijk heeft de niet-naleving door de werkgever van diens verplichting om de bijdragen van de werknemer aan de verschillende wettelijke stelsels af te dragen, geen gevolgen voor de uitbetaling van de ouderdomsprestaties. De wettelijk verplichte aanvullende pensioenstelsels kennen ouderdomsrechten toe zodra de bijdragen blijkens het loonstrookje op het loon zijn ingehouden. De Franse wetgeving is m.b.t. alle wettelijke stelsels in overeenstemming met artikel 7.

Griekenland. - De Griekse wetgeving lijkt geen bepalingen te bevatten die aan de in artikel 7 bedoelde verplichtingen voldoen. (Zie de artikelen 26 en 27 van de wet 18/46/51).

Verenigd Koninkrijk. - Het heeft in de regel geen negatieve gevolgen wanneer de werkgever de bijdragen aan de National Insurance niet betaalt. De werknemer wordt hierdoor niet benadeeld, hij behoudt zijn recht op de uitkeringen van de betreffende stelsels van sociale zekerheid (Reg. 39 Social Security (Contributions) Regulations 1979; sickness, maternity, unemployment).

Ierland. - In verband met de krachtens artikel 7 op de Lid-Statens rustende verplichting bepaalt de Social Welfare (Consolidation) Act (Wet Sociale Zekerheid), 1993, Section 14 (2) (e) dat de minister van Sociale Zaken in overleg met de minister van Financiën regelingen kan opstellen "for treating as paid, for the purpose of any right to benefit, employment contributions payable by an employer in respect of an insured person which have not been paid, where the failure to pay such contributions is shown not to have been with the consent or connivance of the insured person or attributable to any negligence on the part of the insured person" (teneinde - met het oog op de waarborging van alle uitkeringsrechten - loonpremies die een werkgever voor een verzekerd persoon verschuldigd is, maar die niet zijn betaald, als betaald te beschouwen, indien gebleken is dat het verzuim dergelijke bijdragen te betalen, niet geschied is met goedkeuring of medeweten van de verzekerde, noch te wijten is aan enige onachtzaamheid van

laatstgenoemde).

Regulation 14 (3) (a) van de Social Welfare (Contributions) Regulations, 1953 (S.I. No. 5 van 1953), vervangen bij Regulation 14 van de Social Welfare (Contributions) Regulations, 1979 (S.I. No. 135 van 1979) bepaalt dat:

"Where an employment contribution which is payable is not paid or is paid after the due date and the failure to make or delay in making payment thereof is shown to the satisfaction of the Minister not to have been with the consent or connivance of, or attributable to any negligence on the part of the insured person in respect of whom the contribution is payable or is paid such contribution may, for the purposes of any right to benefit, be treated as having been paid on the due date" (Indien een loonpremie niet, dan wel na de vereiste datum is betaald, en volgens de minister afdoende is gebleken dat dit verzuim of deze vertraging niet heeft plaatsgevonden met goedkeuring of medeweten van de verzekerde voor wie de bijdrage moet worden betaald of is betaald, noch te wijten is enige onachtzaamheid van laatstgenoemde, mag een dergelijke premie met het oog op alle uitkeringsrechten worden beschouwd als zijnde betaald op de vereiste datum).

Onder Section 16 van de Social Welfare (Consolidation) Act, 1993 wordt tevens bepaald dat elk bedrag dat een werkgever in verband met door hem verschuldigde en niet-afgedragen loonpremies op het loon van de werknemer heeft ingehouden dan wel enig bedrag dat gedurende een tewerkstellingsperiode voorafgaand aan de liquidatie van de onderneming in verband met sociale premies op het loon is ingehouden, geen deel uitmaakt van de activa van een geliquideerde naamloze vennootschap, noch behoort tot het bezit van een gefailleerde of van een schuldenaar die een schikking treft, mits het bovenbedoelde loon vóór de opheffing van de onderneming is uitbetaald.

Italië. - In de Italiaanse wetgeving geldt bij de uitkeringen het principe van de automaticità (automatische toekenning). Dit blijkt uit art. 2116 Codice civile, alsmede uit enkele bijzondere wetten - zoals bijvoorbeeld art. 30, Legge nr. 153 van 30 april 1969 voor de pensioenverzekering - (18). In dit opzicht voldoet de Italiaanse wetgeving aan art. 7 van de richtlijn.

Luxemburg. - De Luxemburgse wetgeving regelt de problematiek met betrekking tot de pensioenverzekering van de arbeiders en de employés in art. 171, lid 2, Code des assurances sociales (vroeger: art. 12, 197, lid 2). Voor de andere stelsels van sociale zekerheid geldt krachtens het ongeschreven recht hetzelfde. Er is voldaan aan art. 7 van de richtlijn.

Nederland. - Er bestaan geen bijzondere regels voor de problematiek die in art. 7 van de

richtlijn ter sprake wordt gebracht. De algemene regel, die voorkomt dat de werkgever de premies niet afdraagt, heeft bijgevolg geen gevolgen voor de aanspraak op uitkeringen. Daarmee is voldaan aan art. 7 van de richtlijn.

Portugal. - De Lei no. 28/84 van 14 augustus 1984 over de sociale zekerheid bepaalt in art. 25, lid 4, dat de gedurende de beroepsactiviteit van een werknemer niet betaalde bijdragen geen invloed hebben op het recht op uitkeringen. Een soortgelijke regeling was voorheen opgenomen in art. 29, lid 1, Decreto-Lei 45 266 (1963). De Portugese wetgeving is derhalve in overeenstemming met art. 7 van de richtlijn. Sterker nog, de Portugese wetgeving waarborgt het recht van werknemers op sociale-zekerheidsprestaties, ook wanneer de daarvoor geldende premies niet op het uitgekeerde loon zijn ingehouden. Dit is gunstiger dan de bepalingen van artikel 7, gelet op de daarin vervatte formulering "voor zover de loonpremies op het uitgekeerde loon zijn ingehouden".

Spanje. - Ook in Spanje geldt voor de sociale uitkeringen "el principio de automaticidad" (het beginsel van automatische toekenning); de uitkeringen zijn in het algemeen onafhankelijk van de exacte betaling van de bijdragen. Ingeval de werkgever zijn verplichtingen niet nakomt, worden de uitkeringen aan de werknemer krachtens art. 96, lid 3, Ley general de la seguridad social opgebracht door de sociale-verzekeringsinstellingen. Voorwaarde hiervoor is echter een nadere regeling door middel van een verordening. Aangezien een dergelijke verordening tot nu toe nog niet is uitgevaardigd, worden nog steeds de betreffende bepalingen van de Ley de la seguridad social uit 1966 toegepast, dat wil zeggen art. 92-95.

Met betrekking tot de pensioenverzekering bepaalt art. 95, lid 2, Ley de la seguridad social 1966 echter dat de betalingsverplichting van de pensioen-verzekeringsinstelling niet bestaat wanneer de onderneming opgeheven werd of insolvent (suspensos de pagos) is (Tribunal supremo, 4.6.1986 Jurisprudencia del Tribunal Supremo 1986, nr. 918). In dit geval bestaat dus geen garantie voor de werknemer. Daarom voldoet de Spaanse wetgeving op dit moment slechts gedeeltelijk aan de in art. 7 van de richtlijn gestelde eisen. Het bovengenoemde decreet zou hier op korte termijn verandering in moeten brengen.

c) De garantie voor rechten en rechten in wording uit hoofde van particuliere aanvullende pensioenstelsels (art. 8)

Naast de wettelijke stelsels van ouderdomsvoorzieningen is in veel Lid-Staten een belangrijke rol weggelegd voor vrijwillige, voor een of meer bedrijfstakken geldende stelsels van sociale voorzieningen die voor de periode na het beroepsleven een aanvullende waarborg garanderen. Ofschoon in de richtlijn uitsluitend over "voor een of meer bedrijfstakken geldende stelsels" wordt gesproken, kan er geen twijfel over bestaan dat deze ook van toepassing is op de stelsels van sociale voorzieningen die door bedrijven zijn opgezet. Als de sociale voorzieningen

rechtstreeks door het bedrijf worden betaald, bestaat de mogelijkheid dat de werknemers bij insolventie van hun werkgever een groter risico lopen om hun verkregen rechten of rechten in wording te verliezen. In verband hiermee verplicht art. 8 van de richtlijn de Lid-Staten ertoe dat in geval van insolventie van de werkgever ook de rechten en de rechten in wording, net als de normale loonaanspraken, een bepaalde bescherming dienen te genieten, ongeacht of de begunstigten nog werknemer van de insolvente werkgever zijn dan wel de arbeidsverhouding met de laatstgenoemde reeds hebben beëindigd. Het gaat in dit geval niet meer om het garanderen van de salarissen, maar om het waarborgen van de rechten op ouderdomsuitkeringen. De belangen die moeten worden beschermd, lopen onderling uiteen. In tegenstelling tot in art. 3, lid 1, van de richtlijn vervatte betalingsverplichting is art. 8 van de richtlijn vooral op de toekomst gericht. Evenals artikel 7 beoogt artikel 8 het recht op uitkeringen te waarborgen, maar het beginsel dat voor de sociale-zekerheidsuitkeringen geldt - het recht op prestaties is onafhankelijk van de voorafgaande betaling van de premiebedragen (art. 7) - is hier niet van toepassing. Artikel 7 heeft geen betrekking op de aanvullende stelsels van sociale voorzieningen, waardoor een onzekere situatie met betrekking tot de toekomstige ouderdomsuitkeringen ontstaat. De richtlijn stelt de particuliere stelsels gelijk met de sociale zekerheid "sub specie materiae". De verschillende vormen van een dergelijk, voor een of meer bedrijfstakken geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen zijn van land tot land van zeer uiteenlopende praktische betekenis. Dit kan te wijten zijn aan een hele reeks factoren, zoals bijvoorbeeld de belasting.

Het feit dat de particuliere stelsels van aanvullende sociale voorzieningen in de feitelijke werkingssfeer van de richtlijn worden opgenomen, leidt echter tot een reeks ingewikkelde vraagstukken.

Terwijl in de zuidelijke Lid-Staten (Griekenland, Italië, Portugal, Spanje) de particuliere, voor een of meerdere bedrijfstakken geldende stelsels van aanvullende sociale voorzieningen nog een tamelijk bescheiden rol spelen, neemt hun betekenis in de andere Lid-Staten - zij het ook hier in uiteenlopende mate - toe. Dit komt ook tot uitdrukking in de bijzondere juridische benadering van de betreffende problematiek. Het zou in dit kader echter te ver voeren om de in de EG bestaande regelingstypes een voor een te gaan vergelijken. Vooralsnog zij erop gewezen dat art. 8 betrekking heeft op stelsels die "buiten de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid" vallen, dat wil zeggen elk beschermingsstelsel dat het wettelijk stelsel van sociale zekerheid aanvult.

In verband met de toepassing van art. 8 van de richtlijn is het raadzaam enkele algemene problemen van tevoren toe te lichten. Art. 8 dient - zoals reeds is benadrukt - zowel met betrekking tot huidige als met betrekking tot voormalige werknemers van een insolvente werkgever te worden toegepast. De door art. 8 geboden bescherming heeft betrekking op "verkregen rechten" en "rechten in wording"; krachtens art. 2, lid 2 van de richtlijn bepaalt

iedere Lid-Staat zelfstandig wat daaronder moet worden verstaan.

Wat onder een voor een of meer bedrijfstakken geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen moet worden verstaan, kan formeel niet worden vastgesteld. Dit komt doordat het begrip "stelsel" niet uitsluitend in organisatorische zin kan worden opgevat; er dient rekening te worden gehouden met de afzonderlijke vormen van ouderdomsuitkeringen uit hoofde van voor een of meerdere bedrijfstakken geldende stelsels, bijvoorbeeld de directe toezegging van prestaties aan een werknemer en de levensverzekering voor groepen in de Bondsrepubliek Duitsland.

Artikel 8 verplicht de Lid-Staten tot het nemen van maatregelen ten aanzien van de stelsels van aanvullende sociale voorzieningen om ervoor te zorgen dat deze te allen tijde aan hun verplichtingen inzake ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, kunnen voldoen. Het gaat dus om regels die de Lid-Staat met het oog op de omzetting van de richtlijn ten aanzien van de particuliere sector - groepsverzekeringen, onderlinge waarborgmaatschappijen en aanvullende stelsels van sociale voorzieningen - moet vaststellen teneinde onder meer de uitbetaling van de prestaties op de lange termijn te waarborgen. Het is in het bijzonder zaak dat het voortbestaan van de stelsels voor sociale voorzieningen niet gekoppeld is aan het lot van de daarbij aangesloten insolvable bedrijven, die vaak gedoemd zijn te verdwijnen. Ingeval de Lid-Staten regels voor bedrijfseconomisch toezicht, dan wel bepalingen voor het beheer en de werking van de pensioenstelsels hebben vastgesteld, dient ten minste aan de in artikel 5 van de richtlijn vervatte beginselen te zijn voldaan, en in het bijzonder aan de eis dat het vermogen van de fondsen gescheiden moet zijn van het bedrijfskapitaal van de werkgevers.

Het belangrijkste doel van de vereiste maatregelen die door de Lid-Staten moeten worden getroffen, bestaat er namelijk in dat garanties voor toekomstige schuldvorderingen worden geboden.

Dientengevolge ligt het voor de hand dat de nationale maatregelen om te garanderen dat de premiebijdragen die de werkgever niet heeft afgedragen, toch aan het stelsel van sociale voorzieningen worden betaald, ontoereikend zijn.

Met het oog op een goede werking van de stelsels van sociale voorzieningen dient de Lid-Staat tevens maatregelen voor bedrijfseconomisch toezicht te nemen of andersoortige regels vast te stellen (bijvoorbeeld verplichte aanleg van reserves, toezicht op investeringen, actuariële controle, volledige onafhankelijkheid van het fonds, verzekeringen). Deze stelsels moeten op elk gewenst moment de belangen van de werknemers kunnen waarborgen, in het bijzonder hun recht op ouderdomsuitkeringen in geval van insolventie van de werkgever.

België. - Volledig onafhankelijk van de regels over de bedrijfssluiting werden in 1985 enkele bepalingen vastgesteld met betrekking tot de aanvullende particuliere ouderdomsverzekering.

In België gaat het voornamelijk om twee vormen: de levensverzekering voor groepen en het bedrijfspensioenfonds. Voor de levensverzekering voor groepen speelt de insolventie van de werkgever geen rol die een bedreiging vormt voor de rechten en de rechten in wording. Dit komt doordat de verzekeringsmaatschappij bij wie de overeenkomst inzake de levensverzekering voor de groep werd afgesloten, niet direct gevolgen ondervindt van de insolventie van de werkgever. Deze maatschappij is een zelfstandige rechtspersoon in de hoedanigheid van een vennootschap op aandelen, een coöperatieve vennootschap of een onderlinge verzekeringsvereniging (art. 9, lid 1, Wet van 9 juli 1975).

Wanneer sprake is van een bedrijfspensioenfonds, dan wordt dit eveneens onderworpen aan het toezichtsrecht voor levensverzekeringen. Dit fonds is derhalve een vereniging zonder winstoogmerk of een onderlinge verzekeringsvereniging (art. 9, lid 2, lid 1, Wet van 9 juli 1975; de bijzonderheden worden geregeld door het Koninklijk Besluit van 14 mei 1985 betreffende de toepassing op de particuliere voorzieningsinstellingen van de wet van 15 mei 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, het Koninklijk Besluit van 15 mei 1985 betreffende de activiteiten van particuliere voorzieningsinstellingen en het Koninklijk Besluit van 5 juli 1985 betreffende de levensverzekeringsactiviteit). De Belgische wetgeving voldoet derhalve aan de in art. 8 van de richtlijn gestelde voorwaarden.

Bondsrepubliek Duitsland. - Over de wetgeving in de Bondsrepubliek Duitsland kan het volgende worden opgemerkt. De uit 1974 stammende wet ter verbetering van de "betriebliche Altersversorgung (BetrAVG)" (bedrijfspensioenvoorzieningen) noemt vier verschillende door het bedrijf ingestelde vormen van ouderdomsvoorzieningen: directe toezegging (onmiddellijke toekenning van een uitkering door de werkgever), levensverzekering voor het leven van de werknemer, pensioenfonds en ondersteuningfonds. Insolventiegarantie van de verkregen rechten en van de rechten in wording is daarbij alleen noodzakelijk in die gevallen waarin het risico bestaat dat insolventie optreedt omdat de uitkering door de werkgever zelf of door een van de werkgever financieel afhankelijk ondersteuningfonds moet worden gefinancierd.

Op het vermogen van een pensioenfonds dat de rechtsvorm van een onderling waarborgfonds heeft, wordt bij een faillissement van de werkgever namelijk geen beslag gelegd. Van meer wezenlijk belang is echter het feit dat een pensioenfonds zelf nauwelijks onvermogen en daarmee insolvent kan worden, omdat het enerzijds onderworpen is aan het toezicht op verzekeringen (artikel 81 e.v. Versicherungsaufsichtsgesetz) en anderzijds krachtens de beginselen van de procedure ter dekking van de rechten in wording voor de financiering van zijn verplichtingen moet zorgen. Ook bij de directe verzekering bestaat om dezelfde redenen geen insolventierisico voor de werknemer.

Dit ligt anders bij de directe toekenning en bij toekenningen die uit een ondersteuningsfonds moeten worden gefinancierd. Rechten in wording die krachtens artikel 1, leden 1 en 4, BetrAVG niet meer kunnen komen te vervallen, worden in het geval van insolventie van de werkgever krachtens artikel 7, lid 2, zin 1 en zin 2, BetrAVG gegarandeerd door de pensioenverzekeringsvereniging. Zodra sprake is van ondersteuning, betaalt deze vereniging de betreffende uitkering dus aan de verzekerde of aan diens nabestaanden. Krachtens artikel 7, lid 1, zin 1 en zin 2, BetrAVG neemt de pensioenverzekeringsvereniging op dezelfde wijze de lopende uitkeringen aan werknemers voor haar rekening.

Daarmee voldoet de Duitse regeling in alle opzichten aan art. 8 van de richtlijn. Kenmerkend voor de Bondsrepubliek Duitsland is overigens dat de voor een of meer bedrijfstakken geldende stelsels van ouderdomsvoorzieningen meestal alleen door de werkgever worden gefinancierd.

Denemarken. - De regels omtrent de opzet van een bedrijfspensioenfonds (verplichting van de werkgever ten opzichte van zijn werknemers) zijn in de wet betreffende het toezicht op particuliere bedrijfspensioenfonds vastgelegd (Consolidation Act nr. 266 van 22 april 1992). De Danish Financial Supervisory Authority ziet toe op de naleving van deze wet. Bovenbedoelde pensioenfonds zijn onafhankelijke juridische entiteiten. Het vermogen van de fondsen moet gescheiden zijn van het bedrijfskapitaal. Ingeval de onderneming een andere eigenaar krijgt, mag dit geen nadelige gevolgen voor het fonds hebben.

De pensioenfonds staan onder actuariel toezicht, waardoor de uitbetalingen van de fondsen en het toezicht op de investeringen zijn gewaarborgd en de doelstellingen van het fonds niet uit het oog worden verloren. Aan de hand van het kwartaalverslag controleert de Danish Financial Supervisory Authority of het vermogen van het fonds beschikbaar is en of de activa overeenkomstig de wettelijke bepalingen worden aangewend. Bij beëindiging van de arbeidsverhouding heeft de werknemer het recht de door hem opgebouwde pensioenrechten naar een levensverzekeringsmaatschappij of naar een ander pensioenfonds van een nieuwe werkgever te laten overdragen. Daarnaast heeft hij de mogelijkheid zijn kapitaal door het pensioenfonds van zijn eerste werkgever te laten beheeren tot aan de datum waarop hij met pensioen gaat of rechten op uitkeringen aan nagelaten betrekkingen worden verkregen. Ingeval de pensioenrechten financieel niet volledig zijn gedekt, wordt de desbetreffende onderneming gesommeerd passende maatregelen te treffen.

Bovenbedoelde regelingen zijn tevens van toepassing op pensioenfonds die zijn opgezet door verenigingen of organisaties waarvan de leden een opleiding in specifieke sectoren hebben genoten of die in ondernemingen met een bijzonder karakter werkzaam zijn. Deze verenigingen of organisaties hebben tot taak de pensioenen uit te betalen. De wettelijke bepalingen met betrekking tot dergelijke pensioenfonds zijn vastgelegd in de Insurance Activities Act (c), Consolidation Act nr. 511 van 16 juni 1992.

In de wet betreffende het toezicht op de pensioenfondsen wordt bepaald dat alle pensioenrechten door hiertoe gereserveerde activa moeten zijn gedekt. Deze dienen bij een pensioenfonds of een levensverzekeringsmaatschappij te zijn ondergebracht. De leden van de pensioenfondsen hebben - als enige - de mogelijkheid om tijdens hun jaarvergadering te stemmen over en besluiten te nemen inzake de transacties van de fondsen. Daarnaast kiezen zij de helft van het aantal vertegenwoordigers door wie zij in de "board of the pension fund" worden vertegenwoordigd.

Een door de Danish Financial Supervision Authority gemachtigde verantwoordelijke functionaris ziet erop toe dat de Danish Financial Authority door middel van rapporten in kennis wordt gesteld van elke onrechtmatigheid bij het beheer van het pensioenfonds. Daarnaast dient het fonds financiële jaaroverzichten aan de Danish Financial Supervision Authority voor te leggen.

Gezien de bovenbedoelde voorschriften voldoet Denemarken aan de in artikel 8 vervatte verplichtingen.

Frankrijk. - Het niet-betalen van de premiebedragen heeft in geval van insolventie van de werkgever geen nadelige gevolgen voor de pensioenrechten van de werknemers.

De verworven rechten en de rechten in wording worden door een mechanisme voor financiële compensatie tussen de stelsels gegarandeerd (financiële verrekening tussen het **ARCO**- en **AGIRC**-stelsel). Deze stelsels zijn in 1972 geconsolideerd doordat werknemers wettelijk werden verplicht zich bij een particulier aanvullend verzekeringsstelsel aan te sluiten, voor zover zij zulks nog niet hadden gedaan.

De financiële compensatie tussen het **ARCO**- en het **AGIRC**-stelsel komt derhalve in de plaats van een waarborgfonds. De bescherming heeft zowel betrekking op pensioenrechten als op uitkeringen aan nagelaten betrekkingen.

Bij insolventie van de werkgever kunnen diens schuldeisers geen aanspraak maken op de reserves van de aanvullende-pensioenfondsen.

De aanvullende-pensioenfondsen worden op paritaire wijze door de werkgever(s) en de werknemers beheerd (de ene helft van de leden bestaat uit werkgeversvertegenwoordigers, de andere helft uit vertegenwoordigers van werknemers en begunstigen).

Voor de vrijwillige vormen van de ook in Frankrijk voorkomende aanvullende ouderdomsvoorzieningen ("troisième étage de retraite", pensioenvoorziening van het derde niveau) die door het bedrijf of buiten het bedrijf om worden ingesteld, dient nader op de bestaande situatie te worden ingegaan:

- In Frankrijk komt de vrijwillige aanvullende pensioenverzekering ("troisième étage de retraite") meestal tot stand op basis van een collectieve verzekeringsovereenkomst met instellingen die onder de werkingssfeer van de verzekeringsrichtlijnen vallen. Deze instellingen passen de in deze richtlijnen vervatte regels voor bedrijfseconomisch toezicht toe en worden - afhankelijk van het geval - door de Commissie voor toezicht op verzekeringsinstellingen gecontroleerd, dan wel door de Controlecommissie voor voorzorgsinstellingen en onderlinge waarborgmaatschappijen gecontroleerd. De insolventie van een werkgever heeft dus geen gevolgen voor de verkregen rechten en de rechten in wording van werknemers die door een dergelijke overeenkomst worden begunstigd.
- Er bestaat tevens een klein aantal zogenaamde aanvullende- of bovenaanvullende-pensioeninstellingen (retraite supplémentaire ou surcomplémentaire), die ook onder toezicht van de Controlecommissie voor voorzorgsinstellingen en onderlinge waarborgmaatschappijen staan. Recentelijk is bij het Parlement een wetsontwerp ingediend dat in het bijzonder beoogt deze instellingen aan bedrijfseconomische regels te onderwerpen die vergelijkbaar zijn met die welke bij de verzekeringsrichtlijnen zijn vastgelegd.
- De derde vorm van "retraite de troisième étage" (pensioenvoorziening van het derde niveau) - i.c. de stelsels die door de ondernemingen zelf worden beheerd en waarvan de omvang slechts moeilijk kan worden vastgesteld - is niet onderworpen aan een bijzondere bescherming van de rechten van de werknemers en de voormalige werknemers. Het bovenbedoelde wetsontwerp heeft geen betrekking op deze vorm van pensioenvoorziening. De bepalingen van de richtlijn zijn echter wel van toepassing op deze stelsels.

Griekenland. - Er kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld in welke vorm de voor een of meer bedrijfstakken geldende ouderdomsvoorzieningen in Griekenland in de praktijk voorkomen. Art. 8 VO vormt de omzetting van art. 8 van de richtlijn in de Griekse wetgeving. De Griekse wetgeving voorziet voor twee vormen van particuliere aanvullende ouderdomsvoorzieningen in bepaalde garanties: voor de levensverzekering voor groepen en voor het bedrijfspensioenfonds. Krachtens art. 8, sub A, VO worden in het geval van de levensverzekering voor groepen de door de werknemer aan de verzekeringsinstelling betaalde bijdragen aan laatstgenoemde terugbetaald wanneer de werkgever failliet is gegaan.

In geval van een bedrijfspensioenfonds wordt het door de werknemers gestorte kapitaal door de ondernemingsraad of - ingeval deze niet bestaat - door een commissie van drie leden van de in het bedrijf het sterkst vertegenwoordigde vakbond, die door middel van een geheime stemming werden gekozen, overeenkomstig hun bijdragen onder de werknemers verdeeld.

Deze regeling is echter niet in overeenstemming met de bepalingen van art. 8 van de richtlijn.

Krachtens dit artikel dient iedere Lid-Staat immers te zorgen voor de "bescherming van de belangen" van de huidige en de voormalige werknemers "met betrekking tot hun verkregen rechten of hun rechten in wording op ouderdomsuitkeringen". Art. 8 VO voldoet echter niet aan deze eis. Dit artikel garandeert uitsluitend dat de eigen bijdragen van de werknemers worden terugbetaald. Dit betekent echter niet dat rechten in wording of lopende uitkeringen worden gegarandeerd. De bescherming van de belangen van de aanspraak- of uitkeringsgerechtigden vereist meer dan de restitutie van de eigen bijdragen. Het gaat erom dat de verplichting ten aanzien van lopende of toekomstige uitkeringen wordt gegarandeerd. Met de restitutie van de bijdragen is van een dergelijke garantie echter geen sprake.

Ierland. - In de uit 1984 stammende Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act wordt bepaald dat het Ministerie van Arbeid bij insolventie van een werkgever na 22 oktober 1983 op verzoek van een werknemer (of elke andere persoon die in het kader van een bedrijfspensioenfonds handelingsbevoegd is) alle onbetaalde bijdragen aan het niet onder het sociale-verzekeringstelsel (Social Insurance Fund) ressorterende stelsel betaalt. Deze bijdragen worden gedefinieerd als het totaal van:

- a) alle premiebijdragen die van het salaris van de werknemer zijn afgehouden, maar die de desbetreffende werkgever niet heeft afgedragen (bijdragen over een periode van maximaal 12 maanden voorafgaande aan de datum waarop de werkgever insolvent werd), en
- b) het laagste van de twee onderstaande bedragen:
 - (i) de premiebijdragen die een werkgever over de 12 voorafgaande maanden verschuldigd is en die op de datum waarop hij insolvent wordt, nog niet zijn betaald, en
 - (ii) het door een accountant betekende bedrag dat vereist is om ervoor te zorgen dat het stelsel in geval van een faillissement van de onderneming aan zijn verplichtingen kan voldoen.

De bescherming heeft zowel betrekking op de verkregen rechten als op de rechten in wording.

Daarnaast is het vermogen van de waarborgfondsen gescheiden van het kapitaal van de werkgever; het wordt door een trust-organisatie beheerd. Krachtens de op dit gebied geldende wetgeving zijn de trusts van bedrijfspensioenstelsels primair verantwoordelijk voor de adequate bescherming van de rechten van de leden, alsmede voor de uitbetaling van de aan hen verschuldigde pensioenen.

Als aanvulling op de bij trust-wetgeving vastgelegde waarborgen voorziet de Pensions Act, 1990 tevens in aanvullende waarborgen met betrekking tot de bescherming van de rechten van de

werknemers.

Deze waarborgen omvatten het behoud van prestaties aan werknemers die de onderneming of vestiging van de werkgever reeds hebben verlaten.

Tevens omvatten zij bepalingen om te waarborgen dat alle pensioenfondsen aan minimeisen m.b.t. hun solventie voldoen. Krachtens deze bepalingen dienen de fondsen om de drieënhalve jaar een "Actuarial Funding Certificate" aan de "Pension Board" te verstrekken (een onder de Pensions Act, 1990 opgericht orgaan voor toezicht op en controle van de bedrijfspensioenfondsen). Uit dit certificaat moet blijken dat de pensioenfondsen in het geval van liquidatie van de onderneming over voldoende activa beschikken om aan de verplichtingen van het fonds te voldoen. Bij de betrokken pensioenen gaat het zowel om ouderdomsuitkeringen aan werknemers en aan nagelaten betrekkingen, als om behouden uitkeringsrechten van voormalige werknemers.

Het geheel van deze bepalingen lijkt aan de eisen van artikel 8 te voldoen.

Italië. - Momenteel bestaat er geen wettelijk kader voor de aanvullende stelsels. De regels op dit gebied worden voornamelijk bij collectieve arbeidsovereenkomst vastgesteld. Desniettemin wordt in artikel 5 van het wettelijk decreet nr. 80/92 het volgende bepaald: "Ingeval, ten gevolge van het feit dat de werkgever de in lid 1, - dat bepalingen betreffende aanvullende sociale voorzieningen bevat - bedoelde premiebijdragen niet volledig of in het geheel niet heeft afgedragen, de prestatie waarop een werknemer recht heeft, niet kan worden uitbetaald, ofschoon niettemin de tenuitvoerlegging van de in lid 1, vervatte procedures niet volledig of in het geheel niet aan diens schuldvordering is voldaan, kan de betrokken werknemer het waarborgfonds verzoeken de achterstallige premiebijdragen aan het desbetreffende fonds voor aanvullende sociale voorzieningen te betalen."

Het betreft dus een onafhankelijk fonds dat de verworven rechten van de werknemers volledig garandeert.

Het vermogen van het fonds is gescheiden van het kapitaal van de onderneming en mag in geen geval worden gebruikt om andere schulden van de werkgever te betalen. De garantie is niet van toepassing in geval van een "book reserve", in welk geval er geen onderscheid tussen het bedrijfskapitaal en het vermogen van het pensioenfonds wordt gemaakt.

Overeenkomstig artikel 17, lid 3, van wet nr. 400 van 23 augustus 1988 moeten de regels voor de werking en het beheer van de waarborgfondsen bij decreet worden vastgesteld.

Aangezien regels voor de werking en het beheer van de fondsen ontbreken, de benodigde

garanties ten aanzien van het verschijnsel "book reserve" nog niet zijn vastgesteld en er (behoudens een vergissing onderzijds) ook nog waarborgen voor de rechten in wording moeten worden ingevoerd, kan onmogelijk worden geconcludeerd dat de Italiaanse wetgeving in overeenstemming is met artikel 8.

Luxemburg. - De aanvullende stelsels worden beheerd met behulp van regels die uitsluitend door de ondernemingen worden vastgesteld, aangezien een kaderwet ontbreekt. Werkgevers zetten aanvullende stelsels op teneinde de werknemers aan hun bedrijf te binden en tevens leidinggevend en ander hooggeschoold personeel aan te trekken. Ofschoon de Luxemburgse wetgeving niet aan de bepalingen van artikel 8 voldoet, is de regering toch voornemens op korte termijn een wetsontwerp op dit gebied in te dienen.

Nederland. - In Nederland zijn voor een of meer bedrijfstakken geldende stelsels van ouderdomsvoorzieningen wijd verbreid. Zo bestaat er onder meer de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling van 29 juni 1972 en de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds van 17 maart 1949.

Nederland beschikt over een aantal bepalingen die het risico van een werknemer m.b.t. het verlies van krachtens aanvullende voorzorgsstelsels verkregen rechten tot een minimum beperken. Deze bepalingen hebben in het bijzonder betrekking op:

1. De wettelijke verplichting om het vermogen van de onderneming te scheiden van het kapitaal ter financiering van de pensioenen (artikel 2 van de Pensioen- en Spaarfondsenwet);
2. In verband met de verplichte periodieke betaling van de bijdragen dient de werkgever een betalingsregeling voor de pensioenvoorziening vast te stellen, die aan bepaalde wettelijk vastgelegde eisen voldoet. Daarnaast moet een werkgever die bij een bedrijfspensioenfonds is aangesloten, met het desbetreffende fonds een betalingsregeling overeenkomen, indien en voor zover de statuten en reglementen van dit fonds geen voorschriften met betrekking tot de betaling van de bijdragen bevatten (artikelen 3 en 3a van de Pensioen- en Spaarfondsenwet).

Uit de in punt 1 bedoelde wettelijke verplichting vloeit voort dat niet alleen de financiering van de lopende prestaties, maar ook die van de rechten in wording gewaarborgd is.

Bovendien zij erop gewezen dat de wet met betrekking tot de bedrijfspensioenfonds, alsmede de ondernemings spaarfonds en de ondernemingspensioenfonds - die rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid moeten zijn - voorschriften bevat die betrekking hebben op de statuten en reglementen, alsmede op het juiste beheer van de fondsen. Wanneer een fonds de

risico's die uit de door hem aangegane verplichtingen niet bij een verzekeringsmaatschappij herverzekert, maar deze zelf draagt, dient het te werken volgens de bepalingen van een actuariële en bedrijfstechnische nota. Bovendien is het fonds in dit geval onderworpen aan bepaalde beperkingen met betrekking tot beleggingen in de betrokken onderneming.

De financiële en actuariële controle van de fondsen, alsmede het toezicht op de inhoud van hun statuten en reglementen is krachtens de wet aan de Verzekeringskamer toevertrouwd. De fondsen moeten jaarlijks door middel van door hen in te vullen formulieren verslag uitbrengen aan de Verzekeringskamer. Dit orgaan heeft de benodigde bevoegdheden om in te grijpen zodra bij een bepaald fonds sprake is van een onbevredigende situatie.

Voorts bepaalt de wet dat de betrokken werknemer bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd recht heeft op een pensioen dat evenredig is aan de volbrachte diensttijd. Hierbij wordt gewaarborgd dat deze prestatie wordt gefinancierd tussen de datum waarop hij de onderneming verlaat, en de datum waarop hij met pensioen gaat, ingeval het pensioen op de pensioendatum niet volledig is gefinancierd. In de wet zijn tevens de voorwaarden opgenomen waaronder bij beëindiging van de deelneming of op een later tijdstip een overdracht van verworven aanspraken of reserves kan plaatsvinden naar een andere instelling waarop de Verzekeringskamer eveneens toezicht uitoefent.

De bepalingen lijken aan de eisen van artikel 8 te voldoen.

Portugal. - Er bestaan wettelijke bepalingen waarin ondernemingen die een bedrijfspensioenfonds opzetten, worden verplicht het beheer van deze fondsen aan juridisch en financieel onafhankelijke instellingen over te dragen, in het bijzonder aan verzekerings-, financierings- of onderlinge waarborgmaatschappijen, dan wel aan stichtingen.

In het algemeen kunnen werknemers die de onderneming verlaten voordat zij hun pensioenrechten geldend maken, geen aanspraak maken op de garantie van de door verzekeringsmaatschappijen beheerde stelsels. Ingeval de insolventie na de toekenning van het pensioen optreedt, worden de rechten van de werknemers door het vermogen van het fonds gedekt.

De bescherming van de rechten in wording is afhankelijk van de bereidheid van de partijen, hetgeen niet volledig in overeenstemming is met de eisen van artikel 8 van de richtlijn.

Door middel van het opgezette mechanisme worden de pensioenbijdragen naar een andere instelling dan de onderneming overgedragen, zodat eventuele negatieve financiële bedrijfsresultaten in beginsel geen nadelige gevolgen voor de rechten van de werknemers

kunnen hebben.

Verenigd Koninkrijk. - In het Verenigd Koninkrijk vallen de bestaande regelingen grotendeels in twee categorieën uiteen: 1) regelingen krachtens welke de door de insolvabele werkgever niet-betaalde verschuldigde premiebijdragen alsnog aan een stelsel voor aanvullend pensioen worden betaald; 2) regelingen die waarborgen dat de bijdragen aan het pensioenstelsel in onafhankelijke "trusts" worden ondergebracht, zodat de pensioenfondsen niet vatbaar zijn voor de overige schuldeisers van de werkgever.

1) Met betrekking tot deze categorie moet vooral op de uit 1978 stammende Employment Protection (Consolidation) Act worden gewezen, waarin wordt bepaald dat de staatssecretaris, ingeval de werkgever insolvent is en de door hem verschuldigde premiebijdragen niet heeft betaald, gemachtigd is deze te betalen uit het National Insurance Fund (een regeringsfonds dat optreedt als waarborgfonds). De door dit fonds verrichte betalingen dekken de werknemersbijdragen die de werkgever gedurende de 12 maanden onmiddellijk voorafgaande aan zijn insolventie op de lonen van de werknemers heeft ingehouden, maar niet aan het pensioenstelsel heeft afgedragen. De dekking geldt tevens voor de premies die de werkgever zelf dient te betalen. Het in dit verband verschuldigde bedrag komt overeen met het laagste van de onderstaande bedragen:

- a) de niet-betaalde premies gedurende de 12 maanden onmiddellijk voorafgaande aan de insolventie; of
- b) het door een accountant betekend bedrag dat het pensioenfonds volgens hem nodig heeft om bij ontbinding te kunnen voldoen aan zijn verplichtingen m.b.t. de uitkeringen die het stelsel aan of voor de werknemers verstrekt; dan wel
- c) 10% van de totale loonsom van de betrokken werknemers gedurende de 12 maanden onmiddellijk voorafgaande aan de insolventiedatum.

Met betrekking tot de zogenaamde "contracting out"-stelsels geldt dat de rechten van de werknemers op een gegarandeerd minimumpensioen gewaarborgd zijn. De hoogte van dit gegarandeerde pensioen komt overeen met dat van het wettelijk pensioen voor het desbetreffende salaris. In de uit 1984 stammende Occupational Pension Schemes (contracting out) Regulations (regulation 23) wordt bepaald dat bij insolventie van de werkgever de premiebijdrage die vereist is voor het herstel van de rechten van de werknemers op de door de overheid gegarandeerde en aan het salaris gekoppelde ouderdomsuitkeringen als betaald wordt beschouwd.

2) Wat de regelingen van de tweede categorie betreft - krachtens welke de stelsels voor aanvullend pensioen worden beschermd - dient de aandacht te worden gevestigd op die welke de onafhankelijkheid van de fondsen ten opzichte van de werkgever waarborgen. Indien werkgevers en werknemers zich aan de wettelijke bepaling houden dat de bijdragen aan een "irrevocable trust" worden betaald (zie section 592 van de uit 1988 stammende Income and Corporation Taxes Act), hebben zij fiscale aftrekmogelijkheden voor de premies die zij aan de pensioenstelsels betalen. Deze belastingvoordelen gelden voor stelsels die uitkeringen verstrekken welke maximaal 2/3 van het laatst genoten salaris bedragen, met een maximum van 75.000 pond per jaar. In de praktijk houden de stelsels voor aanvullend pensioen zich aan deze wettelijke bepaling in verband met de daaraan verbonden fiscale voordelen.

Met betrekking tot het trust-systeem geldt dat de voor de betaling van de pensioenen gereserveerde fondsen niet het eigendom van de werkgever zijn, maar aan de "trustees" toebehoren, die de pensioenstelsels beheren. De trustees dienen aan verscheidene wettelijke verplichtingen te voldoen. Ze worden aan een dwingende wettelijke bepaling onderworpen om bedachtzaam en in het belang van de begunstigten te handelen. De trustees mogen geen profijt trekken van de trust-activiteiten. Indien sprake is van tegenstrijdige belangen dienen de trustees extern advies in te winnen, zo nodig bij het Hof.

Anderzijds mogen de activa van de trust niet vatbaar zijn voor aanspraken van personen die hun rechten jegens de trust geldend maken. De voor de uitbetaling van de pensioenen vereiste activa mogen niet worden aangewend om aan persoonlijke schulden, dan wel aan verplichtingen van de trustees of de werkgever te voldoen.

De bovenbedoelde regelingen lijken aan de in artikel 8 vervatte eisen te voldoen.

Spanje. - De wet van 8 juni 1987 betreffende aanvullende pensioenstelsels en pensioenfondsen, benevens de uitvoeringsverordening van 30 september 1988 vormen het wettelijk referentiekader voor de aanvullende stelsels in Spanje.

Het in Spanje van kracht zijnde aanvullende sociale-zekerheidsstelsel omvat niet uitsluitend pensioenfondsen, maar tevens andere regelingen, zoals de vrijwillige aanvullende voorzorgstelsels en de niet-verplichte onderlinge maatschappijen, die onder de werking van Wet nr. 33 van 2 augustus 1984 betreffende particuliere verzekeringen ressorteren. Artikel 16 van deze wet definieert de onderlinge maatschappijen voor sociale voorzorg als "particuliere organen die op basis van basis van een vaste of variabele premie, zonder winstoogmerk en buiten het kader van de voorzorgstelsels die de verplichte sociale zekerheid vormen, opereren, en die een vrijwillige-verzekeringsvorm uitoefenen teneinde hun leden tegen toevallige of voorzienbare gebeurtenissen te beschermen, door middel van de directe bijdragen van de deelnemers, dan wel door andere organen of personen die de leden bescherming bieden".

Tevens moet worden gewezen op de vrijwillige verhogingen, die gebaseerd zijn op een aanvullende-premievoet. Deze verhogingen, waarvoor in de artikelen 181-185 van de Algemene Wet betreffende de sociale zekerheid van 30 mei 1974 specifieke regelingen zijn opgenomen, zijn in overeenstemming met het bovengenoemde artikel 8 van de richtlijn, aangezien voor de betrokken uitkeringen dezelfde waarborgen gelden als voor de wettelijke stelsels die zij aanvullen of waarvan zij de uitkeringen verhogen.

Tenslotte staat met betrekking tot de pensioenregelingen en de pensioenfondsen die onder de werkingssfeer van Wet nr. 8 betreffende aanvullende pensioenstelsels en pensioenfondsen ressorteren, vast dat het vermogen van de pensioenfondsen collectief eigendom is van de leden en van de personen die worden begunstigd door de pensioenregelingen die door deze fondsen worden gefinancierd. Daarom worden de gestorte premies, inclusief die van het bedrijf dat het initiatief voor aansluiting bij het aanvullend stelsel heeft genomen, eigendom van de werknemers.

Ingeval de werkgeversbijdragen niet zijn betaald of zijn opgeschort, kunnen de werknemer en zijn rechthebbenden al hun verworven rechten, die door een gescheiden vermogen worden beschermd, behouden.

Voorts gelden de volgende voorwaarden voor het beëindigen van het aanvullende stelsel: een geïndividualiseerde garantie van de verworven uitkeringen en de overdracht naar een ander aanvullend pensioenstelsel van alle door de leden verworven rechten.

Ingeval de arbeidsverhouding wordt beëindigd, kan de werknemer zijn rechten tevens naar een ander pensioenfonds overdragen.

Het toezicht op het beheer van het pensioenstelsel wordt uitgeoefend door een controlecommissie, waarin de vertegenwoordigers van de leden op grond van een wettelijke verplichting de absolute meerderheid dienen te hebben.

De bovengenoemde Wet nr. 8/1987 en de uitvoeringsbepalingen ervan bevatten talrijke regels voor bedrijfseconomisch toezicht op, alsmede diverse mechanismen voor de controle van de instellingen (openbaar toezicht door de staat, controle door onafhankelijke deskundigen, intern toezicht door de controlecommissie).

Het is de bedoeling dat Wet nr. 33/1984 inzake particuliere verzekeringen, die op dit moment van kracht is, op korte termijn wordt gewijzigd door een wetsontwerp inzake het toezicht op particuliere verzekeringen, dat momenteel wordt bestudeerd.

Het wetsontwerp bevat aanvullende bepalingen met betrekking tot de bescherming van de pensioenverplichtingen die de bedrijven jegens hun werknemers zijn aangegaan, en voorziet tevens in een stelsel van bedrijfseconomische procedures, dat met betrekking tot de pensioenfondsen en de beheersorganen ervan moet worden toegepast.

Bovendien beoogt het wetsontwerp de individualisering van de fondsen die voor de dekking van deze verplichtingen benodigd zijn, verplicht te stellen. Daarom verbiedt het wetsontwerp dat deze verplichtingen worden gedekt door interne fondsen of boekhoudkundige reserves van het bedrijf dat het initiatief voor aansluiting bij het aanvullend stelsel heeft genomen. In verband hiermee mogen de aanvullende voorzorgstelsels uitsluitend worden gefinancierd door pensioenfondsen die in de bovengenoemde Wet nr. 8/1987 zijn voorzien, dan wel door collectieve-verzekeringsovereenkomsten die aan bepaalde criteria voldoen.

Op deze wijze wordt getracht de uit de aanvullende-pensioenstelsels voortvloeiende rechten te beschermen tegen de risico's die aan de ondernemingsactiviteit inherent zijn.

Gelet op de eerder verstrekte bepalingen is de Spaanse wetgeving in overeenstemming met de bepalingen van artikel 8 van de richtlijn.

4. Toepassing en invoering van gunstigere bepalingen (art. 9)

Art. 9 van de richtlijn brengt tot uitdrukking dat de in de richtlijn opgenomen waarborgen de werknemer slechts een minimale bescherming (Europees Hof van Justitie, arrest van 2 februari 1989 - Jurispr. 22/87 (onder nr. 23)) bieden. Het artikel staat de Lid-Staten toe "om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers". Reeds bestaande gunstigere normen worden dus niet aangetast, noch verbiedt art. 9 van de richtlijn de invoering van dergelijke normen in de toekomst. Art. 9 dient derhalve ook niet als obstakel voor eventuele veranderingen.

Gunstigere voorschriften zijn voorschriften die het regelingsniveau van de richtlijn ten gunste van de werknemer overschrijden. Dit is het geval wanneer de regeling van de Lid-Staat de werknemer een in vergelijking met de richtlijn betere rechtspositie toekent. Als voorbeelden kunnen onder meer de volgende gevallen worden genoemd: het aantal insolventiegevallen waarin de aanspraken worden gegarandeerd, is hoger; aanspraken die pas na het intreden van de insolventie ontstaan, worden eveneens gegarandeerd.

Bij de beoordeling van de vraag of de bepalingen in een Lid-Staat gunstig zijn in vergelijking met de richtlijn, wordt de doorslag echter niet gegeven door een globale vergelijking van het betreffende recht van een Lid-Staat met de richtlijn. Het is dus niet geoorloofd afzonderlijke, ten opzichte van de richtlijn ongunstigere gedeelten van de wetgeving van een Lid-Staat (bijv.

beperking van het aantal in aanmerking komende personen, ofschoon het bij deze personen om werknemers gaat) met gunstigere gedeelten (langere tijdsduur voor de garantie van de aanspraken) te compenseren, om vervolgens tot de conclusie te komen dat de betreffende Lid-Staat de richtlijn niet overtreedt omdat hij in het geheel genomen de standaard van de richtlijn bereikt of zelfs heeft overschreden. De vergelijking dient veeleer analytisch te zijn en betrekking te hebben op de afzonderlijke rechtskwestie die in de richtlijn wordt geregeld. De nationale wetgeving dient telkenmale uitsluitend met de normen daarvan te worden vergeleken.

5. Weigering en beperking an de insolventiegarantie bij misbruik en belangenverstrengeling (art. 10)

Art. 10 van de richtlijn omvat twee verschillende gevallen waarin het de Lid-Staten wordt toegestaan bijzondere bepalingen op te stellen in verband met misbruik en belangenverstrengeling. Krachtens art. 10, sub a) van de richtlijn kunnen ze "de nodige maatregelen met het oog op het voorkomen van misbruiken" treffen. Dit lijkt tamelijk probleemloos en vanzelfsprekend. Daar staat echter tegenover dat art. 10, sub b) van de richtlijn nationale regelingen toelaat op basis waarvan de op art. 3 en 7 van de richtlijn gebaseerde insolventiegarantie kan worden geweigerd of beperkt, wanneer tussen werkgever en werknemer speciale banden bestaan.

In geen enkele Lid-Staat kon echter een toepassing van art. 10 van de richtlijn worden opgetekend. Wat art. 10, sub b) van de richtlijn betreft, zou bijvoorbeeld aan de echtgenoot of de echtgenote van de werkgever kunnen worden gedacht. Dit lijkt echter uitgesloten wegens hun uitdrukkelijke vermelding in bijlage I C, nr. 5 en E, nr. 2, aangezien de echtgenoot of echtgenote van de werkgever hier wordt beschouwd als een "werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding van bijzondere aard". Het Verenigd Koninkrijk heeft in Sect. 146 (1) EPCA gebruik gemaakt van dit krachtens art. 2, lid 2 van de richtlijn toegestane recht, terwijl de uitsluiting van de echtgenoot of echtgenote uit de insolventiegarantie niet is opgenomen in de Ierse wet van 1984.

III. De handhaving van de richtlijn door het Hof van Justitie en de Commissie van de Europese Gemeenschappen

De aanpassing van de rechtssituatie in de Lid-Staten aan de bepalingen van de richtlijn behoort weliswaar tot de algemene taken van de Lid-Staten, maar inactiviteit en afwijkende rechtsopvattingen maken het met het oog op het van de Raad uitgaande harmonisatiestreven noodzakelijk dat deze aanpassing zonder grote vertraging kan worden doorgevoerd. Het initiatief daartoe dient in de eerste plaats door de Commissie te worden genomen (art. 169 EEG-Verdrag); in de tweede plaats hebben de nationale rechtbanken het recht en soms ook de plicht bij interpretatiekwesties het Europese Hof van Justitie krachtens art. 177 EEG-Verdrag door

middel van de procedure voor prejudiciële interpretatie in te schakelen. Administratie en rechtspraak hebben derhalve hun bijdrage geleverd aan de verwezenlijking van de regelingsdoeleinden van de richtlijn.

1. Niet-nakomingsprocedures voor het Hof van Justitie

De Commissie van de EG heeft het recht en de plicht Lid-Staten die hun verplichting tot omzetting van de communautaire wetgeving niet nakomen, te sommeren aan deze verplichtingen gehoor te geven en dit - voor zover noodzakelijk - met hulp van het Europese Hof van Justitie in de niet-nakomingsprocedure te bewerkstelligen. In verband met het feit dat Richtlijn 80/987 niet of in onvoldoende mate in de nationale wetgevingen is omgezet, zijn tot nu toe slechts twee procedures bij het Europese Hof van Justitie aanhangig gemaakt: een tegen Italië en een tegen Griekenland.

a) Procedure tegen Italië

De tegen Italië aangespannen procedure werd door het arrest van het Europese Hof van Justitie van 2 februari 1989 (Jurispr. 22/87) afgesloten (24). De Commissie had in een drietal gevallen een door Italië begane overtreding van de verplichting tot omzetting vastgesteld, te weten: de niet-invoering van de door art. 3 van de richtlijn voorgeschreven algemene garantie met betrekking tot aanspraken op het loon; het niet voldoen aan de verplichting tot opzet van een speciaal waarborgfonds (art. 5 van de richtlijn); de ontoereikende omzetting van art. 7 (het niet-betalen van de premiebijdragen van de werknemer heeft geen nadelige invloed op aanspraken uit hoofde van het wettelijke stelsel van sociale zekerheid) en van art. 8 van de richtlijn (voor een of meer bedrijfstakken geldende particuliere aanvullende stelsels van ouderdomsvoorzieningen). Het Europese Hof van Justitie deelde het standpunt van de Commissie met betrekking tot alle drie punten van de aanklacht.

De betreffende Italiaanse regelingen voldoen in de ogen van het Europese Hof van Justitie niet aan art. 3 en 5 van de richtlijn. Ook is niet voldaan aan art. 7 van de richtlijn aangezien de voorhanden zijnde regels ten aanzien van de wettelijke ouderdomsvoorzieningen naast de inhouding van het werknemersgedeelte door de werkgever aanvullende voorwaarden stellen. Het Hof van Justitie was verder van mening dat art. 8 van de richtlijn niet was nageleefd. De tegenwerping van de Italiaanse regering dat dergelijke particuliere aanvullende stelsels in Italië bijna niet voorkomen, werd door het Hof afgewezen. Dit was volgens het Hof geen voldoende reden om de uit art. 8 van de richtlijn voortvloeiende verplichting niet te hoeven nakomen.

b) Procedure tegen Griekenland

De tegen Griekenland aangespannen procedure werd door het arrest van het Europese Hof van Justitie van 8 november 1990 (zaak C-53/88) afgesloten.

In haar krachtens artikel 169 EEG-Verdrag ingestelde beroep formuleerde de Commissie de volgende grieven jegens de Helleense Republiek:

- niet-uitvoering van artikel 2 (tussenkoms van het waarborgfonds zodra wordt verzocht om inleiding van een procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers);
- niet-uitvoering van artikel 4 (garantie voor de werknemers dat ten minste het loon over drie maanden zal worden betaald);
- niet-uitvoering van artikel 7 (garantie van aan werknemers uit hoofde van wettelijke stelsels van sociale zekerheid verschuldigde uitkeringen);
- niet-uitvoering van artikel 8 (garantie van ouderdomsuitkeringen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen).

Tevens wordt de Helleense Republiek verweten dat zij ten aanzien van de twee categorieën werknemers waarvoor zij toestemming had gevraagd om deze van de werkingssfeer van de richtlijn te mogen uitzonderen, niet de nodige maatregelen heeft genomen om hun een zelfde mate van bescherming te bieden als de richtlijn: in punt I van de bijlage bij de richtlijn worden de gezagvoerder en de bemanningsleden van een vissersvaartuig uitgesloten indien en voor zover zij in de vorm van een aandeel in de winst of de bruto-opbrengst van het vaartuig worden betaald; in punt II wordt de bemanning van zeeschepen genoemd.

Het Hof oordeelde dat de grieven van de Commissie inzake de niet-uitvoering van de artikelen 2, 4, 7 en 8 gegrond moeten worden verklaard.

Met betrekking tot de laatste grieven inzake de categorieën van werknemers die van de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten, heeft het Hof de grief van de Commissie betreffende de in punt I van de bijlage bedoelde categorie werknemers, van wie de uitsluiting in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn niet onderworpen is aan het bestaan van een andere vorm van garantie die hun een zelfde mate van bescherming biedt, verworpen.

Wat de tweede categorie werknemers betreft (punt II van de bijlage bij de richtlijn) heeft het Hof de grief van de Commissie echter gegrond verklaard en de door de Helleense Republiek ter verweer aangevoerde argumenten verworpen.

Naar aanleiding van het arrest van het Hof heeft de Griekse regering een wet (nr. 1836) en een presidentieel decreet aangenomen. Zoals reeds eerder is benadrukt, bleek dit niet toereikend om een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde niet-nakoming van de verplichtingen.

Zo wordt een insolvente werkgever in de nieuwe Griekse wetgeving gedefinieerd als de natuurlijke of rechtspersoon die overeenkomstig het oordeel van een bevoegde rechtbank in staat van insolventie verkeert. Deze bepaling is niet toereikend om aan de in artikel 2 van de richtlijn vervatte bepalingen te voldoen.

Het beginsel dat de in artikel 7 van de richtlijn bedoelde prestaties zijn gegarandeerd, lijkt evenmin in de Griekse wetgeving te zijn opgenomen.

Met betrekking tot de verkregen rechten of de rechten in wording van de werknemers in de zin van artikel 8 van de richtlijn wordt in de nieuwe Griekse wetgeving bepaald dat de werknemers bij insolventie van de werkgever de premiebijdragen die zij aan de ouderdomsverzekering hebben betaald, terugkrijgen. Dit vormt echter geen garantie voor de rechten die de werknemers in het kader van aanvullende stelsels van sociale voorzieningen hebben opgebouwd.

Overigens is in de nieuwe Griekse wetgeving geen bepaling opgenomen die voorziet in de uitsluiting van bepaalde werknemerscategorieën, waarbij laatstgenoemden tegelijkertijd eenzelfde mate van bescherming genieten als die welke krachtens de richtlijn aan de in punt II van de bijlage bij de richtlijn bedoelde werknemers wordt geboden.

2. Voorlegging van prejudiciële geschillen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen door nationale rechterlijke instanties krachtens art.177 EEG-Verdrag

De Pretore di Vicenza heeft bij beschikking van 9 juli 1989 het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de prejudiciële vraag voorgelegd of het niet-nakomen van de verplichting tot omzetting van de bepalingen van Richtlijn nr. 80/987, die voldoende gedetailleerd en onvoorwaardelijk zijn, een werknemer het recht geeft om de in gebreke blijvende staat daarvoor aansprakelijk te stellen. Hier sluiten twee andere vragen op aan: (1) Kunnen art. 3 en 4 van de richtlijn in hun samenhang zo opgevat worden dat, wanneer de Staat art. 4 van de richtlijn niet omgezet heeft, hijzelf verplicht is de prestaties te leveren die in art. 3 van de richtlijn worden genoemd; (2) indien de vorige vraag ontkennend wordt beantwoord, welke minimumgarantie dient de Staat dan beschikbaar te stellen?

In zijn arrest van 19 november 1991 (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90) onderzoekt het Hof van Justitie (1) - alvorens een uitspraak te doen - of de bepalingen van Richtlijn nr. 80/987, waarin de rechten van de werknemers worden omschreven, onvoorwaardelijk en voldoende

nauwkeurig zijn; (2) of de Lid-Staat aansprakelijk is voor schade als gevolg van het feit dat hij de krachtens het Gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Met betrekking tot het eerste punt heeft het onderzoek van het Hof betrekking op drie aspecten: bepaling van de kring van personen die voor de door de richtlijn geboden garantie in aanmerking komen, de inhoud van die garantie en, tenslotte, de identiteit van het orgaan dat de garantie verschuldigd is.

Het Hof is van mening dat "de betrokken bepalingen van de richtlijn weliswaar voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn waar het de bepaling van de voor de garantie in aanmerking komende kringen van personen en de inhoud van die garantie betreft, doch dat zulks nog niet betekent dat particulieren die bepalingen voor de nationale rechter kunnen inroepen".

In de eerste plaats immers wordt in die bepalingen niet gepreciseerd wie de garantie verschuldigd is, en in de tweede plaats kan de staat niet worden geacht de garantie verschuldigd te zijn op de enkele grond dat hij niet tijdig uitvoeringsmaatregelen heeft getroffen.

Met betrekking tot het tweede punt (aansprakelijkheid van de staat) is het Hof van mening dat het beginsel dat "de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, inherent is aan het systeem van het Verdrag". "De op de Lid-Statens rustende verplichting tot vergoeding van die schade vindt tevens haar grondslag in artikel 5 EEG-Verdrag".

Het Hof verduidelijkt dat er een recht op schadevergoeding moet bestaan wanneer aan drie voorwaarden is voldaan:

"In de eerste plaats moet het door de richtlijn voorgeschreven resultaat de toekenning van rechten aan particulieren inhouden. In de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. En tenslotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade."

Het staat aan de Lid-Staat om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken.

In casu stelt het Hof vast dat aan de bovenbedoelde voorwaarden is voldaan en dat de staat is gehouden de schade te vergoeden die particulieren lijden ten gevolge van de niet-omzetting van Richtlijn 80/987 in nationaal recht.

Bij op 27 mei respectievelijk 31 oktober 1991 bij het Hof binnengekomen beschikkingen van

25 januari 1991 (zaken C-140/91 en C-141/91), van 23 juli 1991 (C-278/91) en van 25 juli 1991 (zaak C-279/91) heeft de Pretura ciondariale te Bologna een aantal - grotendeels gelijklopende prejudiciële vragen gesteld:

- 1) Is de betrokken richtlijn rechtstreeks toepasselijk?
- 2) Zo ja, is de akte dan geldig vanaf oktober 1980 of vanaf de datum van bekendmaking in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, dan wel vanaf de datum waarop zij aan de Italiaanse Republiek is betekend?
- 3) Zijn werknemers die hun arbeidsverhouding hebben beëindigd, en zij die werkzaam waren voor een onderneming die na de bovenbedoelde datum insolvent is verklaard, bijgevolg gerechtigd bij het waarborgfonds een verzoek in te dienen om uitbetaling van het bedrag waarop zij in de vorm van een vergoeding bij de beëindiging van de arbeidsverhouding⁽¹⁾ wettelijk recht hebben?

De vier zaken zijn voor de mondelinge procedure en het arrest van het Hof van Justitie van 3 december 1992 gevoegd. Het Hof verklaart voor recht:

"Werknemers kunnen zich voor de nationale rechterlijke instanties niet op de bepalingen van Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever beroepen om van het krachtens de Italiaanse wet nr. 297/82 ingestelde waarborgfonds de aldaar genoemde vergoeding bij de beëindiging van de arbeidsverhouding te bekomen met terzijdestelling van de in die wet voorkomende bepaling, volgens welke de uitkeringen van het fonds slechts worden toegekend indien de beëindiging van de arbeidsverhouding en de procedure van faillissement of gedwongen verkoop na de inwerkingtreding van de wet hebben plaatsgevonden."

Het Hof stelt namelijk vast dat de omzettingstermijn voor Richtlijn 80/987 pas op 23 oktober 1983 verviel en dat zowel de insolventieverklaringen als de beëindiging van de betrokken arbeidsverhoudingen waarop het hoofdgeding betrekking heeft, na het verstrijken van deze termijn hebben plaatsgevonden. Volgens het Hof kunnen werknemers derhalve niet de bepalingen van de richtlijn inroepen teneinde de toepassing van bepaalde bepalingen in de nationale wetgeving terzijde te stellen.

⁽¹⁾ De in het kader van zaak C-278/91 en C-279/91 gestelde vragen zijn vergelijkbaar met die welke in de zaken C-140/91 en C-141/91 zijn gerezen.

- Bij beschikking van 31 juli 1992 heeft het Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de volgende prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd:
 - a) Is Richtlijn 80/987/EEG van 20 oktober 1980 van toepassing op alle werknemers, met uitzondering van die welke in de bijlage van deze richtlijn (gewijzigd bij Richtlijn 87/164/EEG van 2 maart 1987) worden uitgesloten?
 - b) Kan leidinggevend personeel worden uitgesloten van de algemene toepassing van de in Richtlijn 80/987/EEG opgenomen garanties, ofschoon Spanje de concrete uitzondering m.b.t. leidinggevend personeel niet heeft opgenomen in de bijlage van Richtlijn 87/164/EEG van 2 maart 1987, die met het oog op de toetreding van het Koninkrijk Spanje tot de Gemeenschap de oorspronkelijke bijlage beoogde te completeren?
 - c) Ingeval de waarborgen van Richtlijn 80/987/EEG op leidinggevend personeel in Spanje van toepassing zijn, dient de concrete toepassing ervan dan te geschieden door tussenkomst van het orgaan dat naar nationaal recht voor de andere categorieën werknemers is ingesteld (Fundo de Garantía Salarial), of door middel van een schadevergoeding die rechtstreeks ten laste van de staat komt?

In zijn arrest van 16 december 1993 verklaarde het Hof voor recht:

1. Leidinggevend personeel kan niet worden uitgesloten van de werkingssfeer van Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, zoals gewijzigd bij Richtlijn 87/164/EEG van de Raad van 2 maart 1987, wanneer dit personeel in het nationale recht als werknemer wordt aangemerkt en het niet wordt genoemd in sectie I van de bijlage bij de richtlijn.
 2.
 - a) Leidinggevend personeel heeft niet krachtens Richtlijn 80/987/EEG het recht om betaling van onvervulde salarisaanspraken te vorderen van het waarborgfonds dat door het nationale recht is ingesteld voor andere categorieën van werknemers.
 - b) Ingeval het nationale recht, ook wanneer dit in het licht van deze richtlijn wordt uitgelegd, leidinggevend personeel niet de waarborgen kan bieden die de richtlijn voorziet, heeft leidinggevend personeel het recht te vorderen dat de betrokken Lid-Staat de schade vergoedt die is geleden als gevolg van het feit dat de richtlijn te hunnen aanzien niet is uitgevoerd.
- Recentelijk zijn bij het Hof van Justitie twee prejudiciële vragen ingediend die op 16

december 1993 door de Italiaanse rechter (Pretura Circondariale de Vicenza) in de zaak C-479/93, getiteld Francovich II, zijn gesteld.

- a) Dient artikel 2 van Richtlijn 80/987/EEG in die zin te worden uitgelegd dat de richtlijn enkel en uitsluitend van toepassing is op en bescherming biedt aan werknemers die in dienst zijn bij werkgevers die op grond van de nationale rechtsstelsels waaronder zij ressorteren, kunnen worden onderworpen aan procedures die betrekking hebben op hun vermogen ter gezamenlijke voldoening van hun schuldeisers?
- b) Ingeval de in punt 1 bedoelde vraag bevestigend moet worden beantwoord - en de richtlijn bijgevolg alleen bescherming biedt aan werknemers van werkgevers die kunnen worden onderworpen aan procedures die betrekking hebben op hun vermogen ter gezamenlijke voldoening van hun schuldeisers - is artikel 2 van de richtlijn dan rechtsgeldig met het oog op het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel?

BIJLAGE**Belangrijkste nationale omzettingsregelingen****België:**

Wet van 30 juni 1967

Wet van 28 juni 1966

Wet van 9 juli 1975 betreffende het toezicht op verzekeringsmaatschappijen

Denemarken:

Lov om Lønmodtagernes Garantifond

Consolidation Act nr. 266 van 22 april 1992

Insurance Activities Act (c) Consolidation Act nr. 511 van 16 juni 1992

Duitsland:

Arbeitsförderungsgesetz (AFG)

Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung van 19 december 1974 (BedrAVG)

Griekenland:

Wet nr. 1836/1989 betreffende de bevordering van de werkgelegenheid en de beroepsopleiding

Spanje:

Estatuto de los trabajadores art. 33 van de wet van 10 maart 1980, gewijzigd bij Wet nr. 32 van 2 augustus 1984, en tenuitvoerlegging van het Koninklijk Besluit van 6 maart 1985 betreffende de organisatie en de werking van het Loongarantiefonds

Real Decreto nr. 1424/1985 - 1 augustus

Real Decreto nr. 1382/1985 - 1 augustus

Real Decreto sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial 505/1985 van 6 maart 1985

Real Decreto nr. 1683/1987 van 30 december 1987

Ley general de la Seguridad Social

Wet van 8 juni 1987 en toepassingsreglement van 30 september 1988

Wet nr. 11/1994 van 19 mei 1994

Frankrijk:

Art. L 143-II-1 du Contrat du travail

Art. D 143-2, lid 1 van de Code du travail

Art. L 143-II-4, lid 1

Ierland:

Protection of Employees (Employer's Insolvency) Act, 1988

Redundancy Payments Act, 1967

Social Welfare Act, 1991

Social Welfare (Consolidation) Act, 1993

Social Welfare (Contributions) Regulations, 1953

Italië:

Art. 2082 BW

Art. 437 WvK

Decreet nr. 80 van 27 januari 1992

Decreet nr. 26 van 30 januari 1979, omgezet bij wet nr. 95 van 3 april 1979

Wet nr. 297 van 29 mei 1982

Decreet nr. 103 van 29 maart 1991

Luxemburg:

Hoofdstuk 20 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomst van 24 mei 1989

Wet van 30 juni 1976

Nederland:

Werkloosheidswet (WW)

Portugal:

Regulamento do fundo de garantia salarial van 20 september 1985 (DN 90/85)

Art. 1152 BW

Decreet nr. 49 nr. 408 van 30.11.1969

DL nr. 50/85

DN nr. 90/85

DL nr. 132 van 23 april 1993

DL nr. 64 A van 17 februari 1989

DL 40 van 4.3.1986

Wet nr. 28/84 van 14 augustus 1984

Verenigd Koninkrijk:

Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (EPCA)

Insolvency Act 1986

Reg. 39 Social Security (Contributions). Regulations 1979

Occupational Pension schemes (contracting out). Regulations 1984

Income and Corporation. Taxes Act, 1988.

Beoordeling van de overeenstemming van de nationale wetgevingen met Richtlijn 80/987/EEG

Richtlijn nr. 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 voorziet in de oprichting van waarborgfondsen om de honorering van on vervulde aanspraken van de werknemers, ten gevolge van insolventie van hun werkgever te garanderen.

De staat van insolventie is bepalend voor de aanspraak op de waarborg.

De richtlijn heeft derhalve zowel betrekking op het arbeidsrecht als op het faillissementsrecht dat, zoals blijkt uit dit verslag, sinds 1980 in de Lid-Staten belangrijke ontwikkelingen heeft doorgemaakt.

Een aantal bepalingen (artikel 6, 7 en 8) hebben meer in het bijzonder betrekking op de sociale zekerheid, hoewel de problematiek inzake het niet uitbetalen van het salaris hierin niet wordt geregeld.

Dit verslag, zoals bepaald bij artikel 12 van de richtlijn, is een analyse van de omzetting van deze richtlijn in de nationale wetgevingen, op grond waarvan een beoordeling kan worden gegeven over de toepassing van elk afzonderlijk artikel van de richtlijn.

Het verslag is in nauwe samenwerking met de Lid-Staten uitgewerkt.

In het bijzonder zijn laatstgenoemden geraadpleegd over een ontwerp-verslag dat was opgesteld door een nationale onafhankelijke deskundige. In het definitieve verslag is rekening gehouden met de opmerkingen, overwegingen op correcties van de Lid-Staten. Dankzij deze uitwisseling van informatie met de Lid-Staten was het mogelijk een nauwkeuriger en gedetailleerder analyse te maken van de in de Lid-Staten geldende bepalingen.

In het verslag wordt ook rekening gehouden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen waarvan de arresten zijn vermeld in het laatste hoofdstuk van het verslag.

De beoordeling van de mate waarin de richtlijn door de verschillende Lid-Staten is omgezet kan als volgt worden samengevat:

België:

De Belgische wetgeving die zich in verband met de uitvoering van de richtlijn beroept op een specifieke definitie van de term "werkgever", waaronder niet de ondernemingen zonder winst oogmerk vallen, beperkt de reikwijdte van de verplichtingen van de richtlijn.

Bovendien komt het begrip "insolventie" volgens de Belgische wetgeving niet overeen met de definitie zoals vastgelegd in de richtlijn, volgens welke sprake moet zijn van een soort onweerlegbaar vermoeden van insolventie.

Denemarken:

De Deense wetgeving blijkt na algemeen onderzoek geen problemen op te leveren met betrekking tot de richtlijn.

Duitsland:

Hetzelfde geldt voor de Duitse wetgeving die, evenals de nationale wetgeving in Denemarken, op verscheidene punten bepalingen bevat die voor de werknemers gunstiger zijn dan de bepalingen van de richtlijn.

Frankrijk:

De werkingssfeer van de Franse wetgeving (L. 143-II-1, lid 1 van de Code du travail) mag niet leiden tot een beperking van de werkingssfeer van de richtlijn, met name met betrekking tot privaatrechtelijke rechtspersonen die een openbare dienst beheren.

Het begrip "insolventie" komt niet volledig overeen met de in de richtlijn vastgelegde definitie.

Wat de aanvullende stelsels van sociale voorzieningen betreft, lijken de ouderdomsuitkeringen van de derde schaal, die deel uitmaken van de stelsels van eigen bedrijfsverzekeringen, niet de bijzondere bescherming zoals bepaald in artikel 8 van de richtlijn te genieten.

Griekenland:

De "staat van insolventie" komt niet overeen met de omstandigheden zoals bedoeld in de richtlijn. In verband met de mogelijkheid tot verdeling van het kapitaal van de uitkeringsfondsen onder de werknemers voldoet de Griekse wetgeving niet aan de eisen van artikel 8.

Meer in het algemeen lijkt de Griekse wetgeving geen gehoor te geven aan de bezwaren die het Hof van Justitie op 8 november 1990 heeft geuit in zaak C-53/88.

Verenigd Koninkrijk:

De uitsluiting van de "merchant seamen" van de werkingssfeer van de waarborg levert problemen op ten aanzien van artikel 1, lid 2 van de richtlijn.

Ierland:

De Ierse wetgeving blijkt na algemeen onderzoek geen problemen op te leveren met betrekking tot de richtlijn.

Italië:

Na de uitspraak van het Hof op 2 februari 1989 is de Italiaanse wetgeving, met name op basis van Decreet nr. 80 van 27 januari 1992, in overeenstemming gebracht met de communautaire richtlijn.

Vanwege het ontbreken van een bijzondere waarborg inzake de aanvullende stelsels van sociale voorzieningen en met betrekking tot de "book reserve" kan echter niet worden geconcludeerd dat de Italiaanse wetgeving volledig in overeenstemming is met de verplichtingen van artikel 8 van de richtlijn.

Luxemburg:

Het begrip insolventie lijkt niet werkelijk overeen te komen met de definitie van dit begrip in de richtlijn.

Bovendien maakt de huidige Luxemburgse wetgeving het onmogelijk om aan de eisen van artikel 8 van de richtlijn te voldoen.

Nederland:

Het begrip "insolventie" lijkt niet overeen te komen met de in de richtlijn vastgelegde definitie van dit begrip.

Portugal:

De definitie van de term "insolventie" lijkt niet overeen te komen met de in de richtlijn vastgelegde definitie. Bovendien lijkt de garantie, zoals bepaald volgens artikel 8, niet volledig gewaarborgd te zijn voor de rechten in wording.

Spanje:

Na het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Theodor Wagner Miret, heeft Spanje Wet nr. 11/1994 van 19 mei 1994 aangenomen, die ten doel heeft de werkingssfeer van de salariswaarborgen uit te breiden ten gunste van de werknemers die voorheen uitgesloten waren van aanspraken op de waarborg. Op grond van de huidige stand van zaken kan niet geconcludeerd worden dat er sprake is van een juiste toepassing van artikel 7 van de richtlijn (automatische uitkering).

Conclusie:

Uit dit verslag blijkt duidelijk dat de van kracht zijnde wetgevingen in verscheidene Lid-Staten afwijken van de in de richtlijn bepaalde verplichtingen. Dit geldt hoofdzakelijk voor de bepalingen van de richtlijnen die betrekking hebben op de werkingssfeer ervan, op het begrip "insolventie" - een sleutelbegrip in de richtlijn -, en op de sociale zekerheid.

ISSN 0254-1513

COM(95) 164 def.

DOCUMENTEN

NL

04 06

Catalogusnummer : CB-CO-95-310-NL-C

ISBN 92-77-90297-3
