

Voorrechten van werknemers – waarom eigenlijk?

Tvl 2023/2

In deze serie dit keer aandacht voor de positie van werknemers bij de verdeling van het actief van de gefailleerde werkgever. Vorderingen van werknemers zijn al sinds tijden bevoorrecht. Waarom is de werknemer bevoorrecht boven veel andere crediteuren? Hoe verhoudt diens privilege zich tot de loongarantiereregeling? En wat zijn de gevolgen als dit voorrecht zou worden afgeschaft? In deze bijdrage wordt naar een antwoord op deze vragen gezocht.

1. Inleiding

Betalingsonmacht van een onderneming heeft gevolgen voor al haar schuldeisers, en daartoe behoren ook haar werknemers. Al deze schuldeisers streven naar voldoening van hun vordering, hoe sneller hoe beter. Dat kan tot grote onrust leiden, die zich bijvoorbeeld manifesteert in beslagen en executiegeschillen. Ook is het niet gewaagd te veronderstellen dat schuldeisers die daad- of kapitaalcrachtiger zijn dan anderen erin zullen slagen hun vordering eerder te incasseren dan die anderen. Dit alles heeft de wetgever willen voorkomen. Ten eerste door middel van het principe van de *paritas creditorum*, het in artikel 3:277 lid 1 BW opgenomen beginsel van de gelijkheid van alle schuldeisers. Schuldeisers hebben in principe allen een gelijke rang, ongeacht de datum waarvan hun vordering dateert en ongeacht een eventueel gelegd beslag.² Ten tweede komt in het faillissementsrecht een belangrijke plaats toe aan het fixatiebeginsel, dat ervan uitgaat dat alle bij een faillissement betrokken belangen per datum faillissement worden gefixeerd.³ Deze basisprincipes van het insolventierecht hebben een ordenend effect. Het doet denken aan de vader of moeder die de kinderen op het verjaardagspartijtje bij een run op de schaal met frites tot de orde roept: 'Iedereen zitten! Ik zorg dat jullie allemaal frites krijgen, allemaal evenveel!' De *paritas creditorum* pakt als ordenend mechanisme echter niet altijd rechtvaardig uit. Om bij het voorbeeld van de kinderen te blijven, het kan redelijk zijn de frites anders te verdelen: een kind kan net gesport hebben of de taart gemist.

Ook in het zakelijk verkeer wordt volstreekte gelijkheid van schuldeisers niet altijd billijk geacht. Belangrijk om bij deze problematiek te onderkennen, is dat bevoorrecht niet zozeer de relatie schuldeiser-schuldenaar raakt, maar vooral de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. Een voorrecht heeft aldus geen invloed op de positie van de schuldenaar, maar uitsluitend op die van de andere schuldeisers. De vraag is wanneer het belang van de betrokken schuldeiser dermate zwaar weegt dat dit ten koste van andere schuldeisers moet gaan.

Voorrechten bestaan al sinds mensenheugenis. Privileges vinden hun oorsprong in het Franse en zelfs het Romeinse recht.⁴ Om na te gaan wat de onderliggende gedachte bij het verlenen van voorrechten is, hoeft echter niet per se teruggaan te worden naar de Romeinse tijd of naar 1838, het jaar waarin het Burgerlijk Wetboek tot stand kwam. Het debat over de wenselijkheid van handhaving van voorrechten waaronder die op aanspraken uit hoofde van de arbeidsovereenkomst (toen nog opgenomen in artikel 1195, onder 6 BW (oud)) is recenter, zo'n halve eeuw geleden, grondig gevoerd. De rechtsliteratuur uit die tijd biedt voldoende nuttige inzichten, ook voor deze hedendaagse analyse. Een van die inzichten is dat Erasmus in 1976 constateerde dat 'de wetgever bij het toekennen van privileges (...) vaak zeer willekeurig te werk is gegaan, en zich ook aan de motivering van deze toekenning weinig gelegen heeft laten liggen.'⁵ Het discutabele van de rechtsgronden van de meeste in het toenmalige BW opgenomen voorrechten, alsmede het bestaan van de talrijke en verspreide voorrechten buiten het BW, met de onoverzichtelijkheid en rangordeproblemen van dien, deed al enige tijd daarvoor de behoefte groeien aan een ingrijpende vernieuwing van dit gedeelte van het recht.⁶ Daarom werd in 1968 de Commissie Bevoorrechtiging van vorderingen door de Minister van Justitie ingesteld. Deze commissie, kortweg Commissie-Houwing genoemd naar haar voorzitter (hierna ook 'de Commissie'), bracht in 1974 haar veelbesproken rapport uit.⁷ Ook volgde, in 1986, een Preadvies voor de NJV van onder andere hoogleraar Stein over dit onderwerp.⁸

Het aantal voorrechten is nadien, bij de grondige herziening van het BW in 1992, op het voetspoor van dat debat

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J. van der Pijl, 'Voorrechten van werknemers – waarom eigenlijk?', *Tvl* 2023/2. Job van der Pijl is redacteur van dit tijdschrift. De auteur promoveerde in 2019 op de positie van werknemers van insolvente werkgevers (Arbeidsrecht en insolventie, over de positie van de werknemer van een insolvente werknemer (diss. UvA 2019)) en enkele passages uit hoofdstuk 3 (Loon en loongarantiereregeling) van het proefschrift zijn in bewerkte en geactualiseerde vorm terug te vinden in dit artikel.

2 De (ratio achter de) voorrangpositie van separatisten en de positie van schuldeisers met een voorrecht op bepaalde goederen (artikel 3:278 e.v. BW) valt overigens buiten het bestek van deze bijdrage.

3 Het fixatiebeginsel is in verschillende wetsartikelen in de Faillissementswet terug te vinden, zie de artikelen 23, 24, 33, 131 Fw.

4 Zie voor een fraaie uiteenzetting van deze geschiedenis: W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen: preferenties naar geldend en wordend recht*, Tjeenk Willink 1976, p. 13 e.v.

5 W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen: preferenties naar geldend en wordend recht*, Tjeenk Willink 1976, p. 37.

6 J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 11.

7 Rapport van de Commissie bevoorrechtiging van vorderingen (Commissie-Houwing), 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij 1974. Interessant detail: van deze commissie maakten ook W.P. Erasmus (voormalig Hoofd Invorderingszaken bij het Ministerie van Financiën) en prof. P.A. Stein, beiden meermaals in deze bijdrage aangehaald, deel uit.

8 P.A. Stein, *Preadvies NVJ (Handelingen 1986, deel I)*, p. 1-83.

– waarover hierna meer – aanzienlijk beperkt, maar het voorrecht van werknemers is blijven bestaan.⁹

Voordat ik daar dieper op inga, wijd ik eerst een aantal woorden aan de overwegingen indertijd ten aanzien van de handhaving van het fiscale voorrecht, nu dat uiteindelijk van invloed is op de in dit artikel aan de orde zijnde vraag. De fiscale voorrechten waren omstreden. Stein was in het genoemde preadvies uit 1986 het meest uitgesproken en adviseerde tot afschaffing van het fiscale voorrecht over te gaan. De Commissie-Houwing was eerder ook al kritisch. In het rapport identificeerde de Commissie twaalf argumenten die zouden kunnen pleiten voor handhaving van het fiscale privilege.¹⁰ Een groot aantal daarvan verwierp de Commissie gemotiveerd. Opvallend genoeg verwierp zij ook de mogelijke rechtvaardiging dat het algemene belang vóór zou moeten gaan op de belangen van individuele crediteuren. “Voorts valt”, aldus de Commissie, “niet in te zien waarom de bescherming van het algemeen belang ten koste van toevallige medecrediteuren van de belastingschuldenaar zou moeten gaan.”¹¹ Daaraan voegt de Commissie iets verderop in haar rapport toe dat het voorrecht ter zake van sociale verzekeringspremies zeer met het fiscale voorrecht is verwant en het alleszins redelijk is ze op één lijn te stellen, ook voor wat betreft de onderliggende ‘rechtsgronden’.¹² Dat het fiscale voorrecht uiteindelijk wel gehandhaafd wordt in het advies van de Commissie (zij het verlaagd in rang, een aspect dat uiteindelijk niet in de nieuwe wetgeving is overgenomen) hield verband met andere argumenten, waarvan zij zelf het zgn. soepelheidsargument als het belangrijkste aanmerkte. Dit komt erop neer dat men ervan uitging dat de fiscus soepeler met haar schuldenaren omgaat dan gewone schuldeisers en dat zij zich dat kan veroorloven omdat er een voorrecht is. Met andere woorden, aldus de Commissie, als het privilege zou worden afgeschaft zou de fiscus veel scherper gaan invorderen. Mij overtuigde dit argument minder dan een ander argument, namelijk dat sommige belastingschulden (zoals loonbelasting en omzetbelasting) in feite door de betreffende schuldenaar zijn geïncasseerd ten behoeve van de fiscus en reeds daarom bij voorrang aan de fiscus zouden moeten toekomen. Noemenswaardig in dit verband is ten slotte nog het argument dat “de schatkist haar debiteuren niet uitkiest”, dat echter door de Commissie “weinig krachtig” wordt bevonden, nu dat voor meer schuldeisers geldt, zoals in geval van een vordering uit onrechtmatige daad, die evenmin bevoorrecht is.

Wat zei de Commissie-Houwing vervolgens over het voorrecht van de werknemer?¹³ Allereerst is gewezen op het klemmende sociale argument dat voor handhaving van dit voorrecht was aan te voeren: “de werknemer is voor de zekerheid van zijn dagelijks levensonderhoud volkomen

afhankelijk van het hem door zijn werkgever te betalen loon”.¹⁴ Hierbij speelt dat een werknemer weinig keuzevrijheid heeft en in het algemeen niet de gelegenheid heeft, zoals andere schuldeisers vaak wel hebben, het risico van debiteureninsolventie te spreiden over meer debiteuren, aldus de Commissie. De vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties voerden in het overleg met de Commissie-Houwing nog een ander argument ten faveure van het loonprivilege aan, te weten dat het economisch gewenst is dat een werknemer niet direct wegloopt, wanneer het met het bedrijf slecht of minder goed gaat. Oftewel: het is in het belang van de continuïteit van de onderneming dat op loon een voorrecht rust. Daarmee dringt zich de vergelijking met de geschiedenis van artikel 40 lid 2 Fw op, waarin bepaald wordt dat loon vanaf de faillietverklaring een boedelschuld vormt. Deze betrekkelijk werknemersvriendelijke regelgeving was – nog weer heel veel eerder bij de parlementaire behandeling van de Faillissementswet aan het eind van de 19^e eeuw – voornamelijk geïndiceerd ter bescherming van de veelal sociaal zwakkere schuldeiser die een werknemer is. Daarnaast speelde echter toen ook die zgn. continuïteitsgedachte een rol, namelijk dat het in het algemeen belang, althans in dat van de gezamenlijke schuldeisers, werd geacht dat de werknemer niet onmiddellijk zijn werkzaamheden zou staken bij een deconfiture van de werkgever. Daarbij zou het, zo was de redenering, behulpzaam zijn dat de kans dat de werknemer zijn loon ontvangt zo groot mogelijk is.¹⁵

De Commissie overwoog verder dat de maatschappelijk zwakke positie van de werknemer en de afhankelijkheid van regelmatige loonbetaling voor zijn levensonderhoud *in principe* nog geen grond voor toekenning van een voorrecht zouden moeten opleveren. De Commissie erkende weliswaar het belang ter zake van de werknemer, maar meende dat deze belangen beter gediend zijn door bescherming langs de weg van publiekrechtelijke regelingen ten laste van de gemeenschap of van een belangrijke groep van ‘bedrijfs-genoten’ dan door een voorrecht dat ten koste gaat van een willekeurig samengestelde groep andere schuldeisers.¹⁶ Dit zagen we ook al bij haar overwegingen ten aanzien van het fiscale voorrecht. Daarnaast achtte de Commissie de door de werknemer te doorlopen route om zijn bevoorrechte vordering via verificatie te realiseren tijdrovend en inefficiënt, hetgeen juist voor die afhankelijke werknemer ongewenst is. Dat zij toch adviseerde tot handhaving van het voorrecht was een gevolg van de lacunes die de toen net in het leven geroepen loongarantieregeling in de Werkloosheidswet (uit 1968, later meer hierover) volgens de Commissie vertoonde. De Commissie doelde hierbij op twee aspecten. Ten eerste het feit dat loonaanspraken van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst vóór het faillissement is geëindigd (om

9 Asser/Van Mierlo, *Mijnssen & Van Velten 3-III* 2003, p. 401-402.

10 Rapport Commissie-Houwing, p. 23-24.

11 Rapport Commissie-Houwing, p. 27-28.

12 Rapport Commissie-Houwing, p. 29.

13 Deze vraag is overigens ook uitgebreid besproken door Erasmus in zijn eerder aangehaalde boek uit 1976, p. 126 e.v.

14 Rapport Commissie-Houwing, p. 34 e.v.

15 Uitgebreider over de wetsgeschiedenis van artikel 40 Fw: Van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de positie van werknemers van een insolvente werknemer* (diss. UvA 2019), paragraaf 3.3.1 (De ratio van artikel 40 lid 2 Fw).

16 Rapport Commissie-Houwing, p. 13.

niet met dat faillissement verband houdende redenen) wel bevoorrecht zijn, maar niet gedekt worden door de loongarantieregeling. Met hun vordering zullen deze werknemers al snel buiten de boot vallen. Ten tweede doelde de Commissie op het gegeven dat aanspraken door het beperktere temporele bereik van de loongarantieregeling niet in hun geheel worden voldaan, in welk geval de schuldeisers (werknemers) er baat bij hebben dat hun vordering voor het deel dat niet gedekt wordt door de loongarantieregeling wel bevoorrecht is. Zij rekende het echter niet tot haar taak hier voorstellen over te doen en maakte daarbij melding van de aandacht die de Minister van Sociale Zaken op dat moment voor dit onderwerp zou hebben.¹⁷

Stein was in zijn preadvies uit 1986 zelfs stilliger: er kan geen grondslag worden aangevoerd voor deze bevoorrechtiging van de vordering van de werknemer, anders dan dat deze voor zijn levensonderhoud op de verkrijging van loon is aangewezen. Stein wees bij wijze van voorbeeld op de alimentatiecrediteur voor wie hetzelfde geldt, maar wiens vordering niet bevoorrecht is.¹⁸ Daarbij bracht hij in herinnering dat bevoorrechtiging in feite een inbreuk is op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, waarmee terughoudend zou moeten worden omgegaan; bevoorrechtiging gaat immers rechtstreeks ten koste van andere schuldeisers. Dat Stein kwam met het advies het voorrecht voor loon af te schaffen, moet wel gezien worden in de context van zijn gehele preadvies, te weten zijn verdergaande voorstel ook het bodemrecht van de fiscus af te schaffen, evenals de fiscale voorrechten en die van de bedrijfsverenigingen (thans: het UWV). Als gezegd, deze adviezen zijn niet in wetgeving overgenomen.

Een kleine zijstap, ter vergelijking en om aan te tonen dat het ook anders kan: in Duitsland zijn alle voorrechten, dus ook die van fiscus en werknemers, in 1999 afgeschaft.¹⁹

Afschaffing van het voorrecht van werknemers omdat zij kunnen terugvallen op de loongarantieregeling, zoals bepleit door de Commissie-Houwing, is na 1992 niet meer in het parlement aan de orde geweest. Dit houdt mogelijk verband met het feit dat de door de Commissie gesignaleerde lacunes in de loongarantieregeling nog altijd bestaan. In zekere zin zijn zij zelfs uitgebreid met een derde 'lacune', doordat sinds 1 januari 2016 de loongarantie-uitkering is

gemaximeerd op 1,5 maal het maximumdagloon, waardoor het meerdere niet door UWV wordt overgenomen en de werknemer voor dat deel dus wel specifiek gebaat kan zijn bij bevoorrechtiging van zijn vordering.

2. Voorrechten werknemers – reikwijdte

De bevoorrechtiging ten aanzien van de werknemersaanspraken is ruimhartig, zo valt uit de tekst van artikel 3:288 BW af te leiden, nu deze onder e het volgende omvat:

“al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.”

Allereerst is van belang dat gezien het bijzondere karakter van voorrechten, en het inbreuk makende karakter ervan ten aanzien van de aanspraken van anderen, een strikte uitleg geboden is. Er kan aldus geen analogische of extensieve interpretatie plaatsvinden.²⁰ Een voorbeeld daarvan vormt het antwoord van de Hoge Raad uit 2014 op de vraag of een zgn. 403-verklaring (artikel 2:403 BW) het voorrecht ook laat uitstrekken tot de garant staande moedermaatschappij?²¹ Nee, luidt het antwoord: er bestaat geen voorrecht bij een dergelijke aansprakelijkheid, nu voorrechten alleen uit de wet ontstaan, zoals artikel 3:278 lid 2 BW uitdrukkelijk voorschrijft, en de wet aan aanspraken uit hoofde van artikel 2:403 BW geen voorrecht verbindt.

Deze strikte uitleg kan mogelijk ook gevolgen hebben voor geschillen over uitleg van het werkgevers- en het werknemersbegrip. Ik stip hier aan dat beide begrippen in zekere zin onder druk staan en verschillend geïnterpreteerd (kunnen) worden. Het werknemersbegrip is aan erosie onderhevig, waarbij onder meer gedacht kan worden aan de positie van schijnzelfstandigen. Als het werknemersbegrip uitgebreid c.q. opgerekt wordt kan sneller betoogd worden dat (schijn)zelfstandigen aangemerkt moeten worden als werknemers en dat daarom ook hun aanspraken bevoorrecht zijn.²² Bij een strikte(re) uitleg ('een zzp'er is geen werknemer') lijken hun aanspraken echter niet snel als bevoorrecht aangemerkt te worden.

17 Rapport Commissie-Houwing, p. 36.

18 Preadvies NVJ (*Handelingen NVJ 1986*), p. 77. Vermeldenswaard en actueel in dit verband is dat in 2022 een wetsvoorstel Wet preferentie kinderalimentatie in internetconsultatie is gegaan; hiermee wordt invoering beoogd van een nieuw onderdeel f in artikel 3:288 BW, dat een voorrecht aan de aanspraak op kinderalimentatie verleent (internetconsultatie is op 31 oktober 2022 afgesloten).

19 Zie hiervoor (en voor een uitgebreidere rechtsvergelijking met andere Europese landen): J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (*Mon. BW nr. B13*), Deventer: Kluwer 2017, p. 111 e.v. Over de vergelijking met Duits recht schreven ook: P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Sdu 2015, p. 137 e.v. en W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Rozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers in insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van werknemers bij insolventie van de werkgever* (adviesrapport), Vrije Universiteit van Amsterdam 2015, p. 91 e.v.

20 J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (*Mon. BW nr. B13*), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 15 (met ook een rechtspraakoverzicht ter bevestiging van de strikte uitleg van het beginsel).

21 HR 14 april 2014, *JAR* 2014/144, m.nt. Van der Pijl. Eerdere rechtspraak: Rb. Haarlem 28 juni 2010, *RI* 2010/76. Eerder in een vergelijkbare zaak: Rb. Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27; m.nt. Loesberg en (in appel) Hof Amsterdam 6 september 2007, *RI* 2008.

22 Dit onderwerp krijgt momenteel veel parlementaire aandacht. Zo heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 16 december 2022 de Tweede Kamer in haar 'Voortgangsbrieven werken met en als zelfstandige(n)' uitgebreid geïnformeerd over haar plannen om te komen tot onder meer een gelijkjer speelveld tussen werknemers en zzp'ers.

Ook het werkgeversbegrip is onderwerp van debat, waarbij inmiddels onderscheid wordt gemaakt tussen formeel en materieel werkgeverschap, wat aanleiding kan geven tot vragen over bevoorrechtting: zou ook bij faillissement van slechts de zgn. materiële werkgever, niet-zijnde de formele werkgever, sprake kunnen zijn van een voorrecht. Bij een strikte interpretatie lijkt de conclusie te zijn: nee.²³

Als we ons beperken tot de strikte, letterlijke beoordeling van de wettekst komt het betreffende voorrecht toe aan de werknemer, waarmee dan enkel wordt bedoeld op de civiel-rechtelijke 'BW-werknemer'. Daarbinnen zijn geen categorieën werknemers uitgezonderd. Zo geldt het voorrecht dus ook voor de statutair bestuurder van een rechtspersoon. De directeur-grootaandeelhouder is in de loongarantieregeling echter wel expliciet uitgezonderd.²⁴ Met andere woorden: de dga heeft wel een preferente vordering op de boedel, maar het UWV keert op basis van de loongarantieregeling niets uit.²⁵

Het voorrecht omvat voorts slechts aanspraken over een in tijd beperkte periode, te weten het lopende en het voorafgaande kalenderjaar. Onder het lopende jaar is te verstaan het kalenderjaar van de faillietverklaring. Bevoorrecht is dus het loon dat is verschuldigd over dat jaar en over het voorafgaande jaar. Loon over de periode dáárvoor valt er buiten (en is dus niet bevoorrecht; het kan uiteraard nog wel een concurrente vordering opleveren). Peilmoment is de datum van faillietverklaring. De regeling is in dit (temporele) opzicht arbitrair te noemen, omdat de preferentie zich over perioden met fors uiteenlopende lengten kan uitstrekken, afhankelijk van een faillietverklaring aan het begin of het einde van een kalenderjaar. Een faillissement op 31 december werkt bijna een jaar langer terug dan een faillietverklaring op 1 januari.

Een ander aspect betreft (de omvang en reikwijdte van) de financiële aanspraken die krachtens het tweede deel van artikel 3:288 sub e BW aan de werknemer bevoorrecht zijn, te weten de bedragen 'in verband met de beëindiging uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst' (dat is Titel 10 van Boek 7 BW). Op het eerste oog lijkt dit royaal voor de werknemer, maar dat moet onmiddellijk gerelativeerd worden. Het voorrecht ziet

namelijk niet op de in 2015 geïntroduceerde transitievergoeding, nu die blijkens artikel 7:673c lid 1 BW niet langer verschuldigd is in geval van faillissement en surseance. Met de gekozen terminologie 'niet langer' werd beoogd een streep te halen door reeds voorafgaand aan het faillissement verschuldigd geworden (maar nog niet betaalde) transitievergoedingen, alsook in geval van opzegging door de curator of door de sursiet/bewindvoerder in surseance geen aanspraak op een transitievergoeding te laten ontstaan. Op zich is dit duidelijke taal, die (nog) niet tot controverse in de rechtspraak heeft geleid. Toch verdient deze bepaling wel nadere aandacht, want zij is verstrekend. Het is de eerste wettelijke bepaling, samen met het eveneens in 2015 ingevoerde artikel 7:668 lid 3 BW aangaande de zgn. aangezevergoeding bij het al dan niet verlengen van een bepaalde-tijdscontract, die een op het moment van faillissement bestaande vordering van een werknemer laat vervallen. De aanspraak is dus geen boedelschuld, geen preferente faillissementsvordering, zelfs geen concurrente vordering, maar verdwijnt simpelweg. Wat is hier de reden van? Het debat hieromtrent in de parlementaire geschiedenis maakt een weinig scherpe indruk. Als argument voor invoering van artikel 7:673c BW is aangevoerd dat de aanspraak op de transitievergoeding niet onder de loongarantieregeling zou moeten vallen, omdat dat een "aanzuigende werking" zou hebben.²⁶ Dit is op zijn minst een onbevredigende motivatie. Mogelijk valt er iets te zeggen voor het bezwaar dat de algemene middelen (lees: het UWV) wel heel zwaar zouden worden belast via de loongarantieregeling als daaronder alle transitievergoedingen van werknemers van insolvente werkgevers zouden vallen. Echter, de ontslagvergoedingen vielen ook voor de introductie van de transitievergoeding in 2015 al niet onder de loongarantieregeling.²⁷ Niet valt in te zien waarom door die aanspraak van de werknemer volledig een streep moet worden gehaald. Waarom kan deze niet gewoon als faillissementsvordering worden aangemerkt? Op die manier zou iedere werknemer op dezelfde wijze als andere (concurrente) schuldeisers worden behandeld, hetgeen als een logisch uitvloeisel van het generale uitgangspunt van de gelijkheid van schuldeisers van artikel 3:277 lid 1 BW voorkomt. Het lijkt erop – aanwijzingen voor het tegendeel zijn er niet – dat zowel de minister als het parlement hebben miskend dat ontslagvergoedingen helemaal niet gedekt werden door de loongarantieregeling en dat in dat opzicht artikel 7:673c BW niet nodig was geweest om dat kennelijke doel ('De transitievergoeding mag niet ten laste van de loongarantieregeling komen') te bereiken.

3. Loongarantieregeling

De loongarantieregeling is al meermaals in het voorgaande aan de orde geweest. In deze paragraaf ga ik hier op in en licht ik daarbij ook de verhouding tot de voorrechten van werknemers uit.

23 Het arbeidsrecht staat sowieso aan de vooravond van mogelijke ingrijpende aanpassingen, zie hiervoor het huidige coalitieakkoord en de volgende rapporten: Eindrapport Commissie Regulering van werk (Commissie Borstlap), januari 2020, zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/01/23/rapport-in-wat-voor-land-willen-wij-werken>, en het SER-advies voor de middellange termijn, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, juni 2021, zie <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/advies-sociaal-economisch-beleid-2021-2025>.

24 Artikel 6 lid 1 sub d WW.

25 Het voert in het kader van deze bijdrage wat ver, maar de vraag is gerechtvaardigd of een dga niet (ook) van het voorrecht moet worden uitgezonderd. Naar analogie verwijst ik naar de depositogarantieregeling uit de Wft en artikel 9 van het daaruit voortvloeiende Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (inclusief bijlage A), waarin de dga is uitgezonderd van de compensatieregeling.

26 *Handelingen II* 2014/14, 33 818, 54, nr. 9, p. 30-31.

27 Zie artikel 64 lid 1 WW.

Allereerst enkele woorden over het ontstaan en achtergrond van de loongarantieregeling. Richtlijn 80/987/EG inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever²⁸ verplicht lidstaten er (onder meer) toe een waarborgfonds op te richten dat onvervulde aanspraken van werknemers uit hoofde van hun arbeidsovereenkomst honoreert. Nederland voldoet dankzij de loongarantieregeling die is opgenomen in Hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW) aan deze richtlijn. Uitvoering vindt plaats via het UWV. De loongarantieregeling dateert overigens al van vóór de inwerkingtreding van de richtlijn in 1980. De regeling werd in 1968 geïntroduceerd, nadat de SER daartoe had geadviseerd.²⁹ Uit de wetsgeschiedenis blijkt nadrukkelijk dat ook hier de zwakke sociale positie van de werknemer doorslaggevend was.³⁰ Het ging van meet af aan om garanties van overheidswege en dit was een welbewuste keuze van de wetgever om tot een voor iedereen geldende, uniforme regeling te komen. Omdat het een publiekrechtelijke regeling is, gaat daarmee principieel gezien de vergelijking met voorrechten meteen al mank. Bij voorrechten gaat het immers om een verbetering van de positie van de werknemer ten opzichte van die van overige individuele schuldeisers in het betreffende faillissement, terwijl bij de loongarantieregeling in feite de gezamenlijke werkgevers opdraaien voor de 'schade'. De uitkeringen uit hoofde van deze regeling worden immers voldaan door het UWV, dat zijn gelden – kort gezegd – via premies (bij werkgevers en werknemers) incasseert. Daar moet voorts aan worden toegevoegd, dat het UWV in de rechten van de schuldeiser (de werknemer) subrogeert,³¹ en vervolgens deze hoog-preferente vordering indient bij de curator, zodat de overname van verplichtingen door het UWV in de praktijk wel degelijk alsnog leidt tot afname van hetgeen andere schuldeisers uiteindelijk ontvangen.

Hoe is dat bij de totstandkoming van de loongarantieregeling besproken? Niet of nauwelijks, zo leert de wetsgeschiedenis. In het toenmalige artikel 42e WW (thans artikel 66 lid 3 WW) werd geregeld dat de voorgangers van het UWV, de bedrijfsverenigingen, in de rechten traden van de werknemer (oftewel daarin subrogeerden). Vrijwel alle parlementaire aandacht voor dit artikel betrof de vraag of het juist was dat daarmee ook de preferentie mee overging op de betreffende bedrijfsvereniging. De SER had hier negatief over geadviseerd: volgens hem was het voorrecht gebaseerd op de financieel zwakke positie van de werknemer en gold dit argument niet voor het uitvoeringsorgaan, zodat het aan de vordering verbonden voorrecht niet mee over diende te gaan.³² De minister had voor zijn andersluidende opvatting twee minder overtuigende argumenten. Allereerst stelde hij dat op dat moment (dit speelde dus in 1968) al een

wetsontwerp aanhangig was betreffende wijziging van artikel 1195 BW, waarbij was medegedeeld dat een studie zou plaatsvinden naar het gehele vraagstuk van preferentie van vorderingen (daarbij vermoedelijk doelend op de later dat jaar geïnstalleerde Commissie-Houwing), waarbij, aldus de minister, “ongetwijfeld ook de vraag of de vordering van de bedrijfsvereniging (...) bevoorrecht hoort te zijn, aan de orde zal komen”. Dit is blijkens het rapport van de Commissie en de ontwikkelingen daarna echter niet gebeurd. Ten tweede voerde de minister aan dat het niet laten overgaan van het voorrecht zou betekenen dat de bedrijfsverenigingen (nu: het UWV) niet zouden kunnen opkomen in het faillissement, omdat het dan om een vordering zou gaan die pas na de faillissementsdatum is ontstaan. Dit is niet juist: het al dan niet bevoorrecht zijn, heeft geen invloed op de kwalificatie van de vordering als boedelschuld of als faillissementsschuld. Ik vermag bovendien niet in te zien waarom niet bij wet geregeld zou kunnen worden dat de vordering als faillissementsschuld (zonder preferentie) kan worden aangemerkt. Op geen enkel moment is in de parlementaire geschiedenis echter aandacht besteed aan de gevolgen van de subrogatie, met behoud van preferentie, voor de positie van overige schuldeisers. Dat valt te betreuren, omdat de gevolgen van de overgang van het voorrecht via subrogatie op (thans) UWV zich hard laten voelen bij die overige, concurrente schuldeisers, wier kans op een voldoening van hun vordering hierdoor nog kleiner is. In het voorgaande heb ik al de twijfels besproken die al langere tijd, ook toentertijd al, bestaan bij het preferente karakter en de hogere rangorde van de eigen vorderingen van de Belastingdienst en het UWV. Gezien het belang voor de gezamenlijke schuldeisers was op zijn minst enige aandacht voor het al dan niet handhaven van de preferentie bij de subrogatie op zijn plaats geweest.

Het gaat zelfs nog verder. De aanspraken van het UWV (net als die van de Belastingdienst) zijn 'superpreferent'. Krachtens artikel 66 lid 3 WW gaan de aanspraken waarin UWV subrogeert (“(...) boven alle andere voorrechten (...)).” Daardoor neemt het werknemersvoorrecht een lagere rang in ten opzichte van deze andere bevoorrechte schuldeisers, wat voor werknemers van belang is voor het deel van hun aanspraken dat niet door het UWV wordt overgenomen.

Ook in de Europese richtlijn uit 1980 was wederom duidelijk sprake van een beschermingsgedachte. In de considerans wordt overwogen dat ‘voorzieningen nodig zijn om werknemers bij insolventie van de werkgever te beschermen in het bijzonder om de honorering van hun onvervulde aanspraken te garanderen met inachtneming van de noodzaak van een evenwichtige economische en sociale ontwikkeling in de Gemeenschap’. In de richtlijn uit 2002, die strekt tot wijziging van de richtlijn uit 1980, en dan met name verduidelijking beoogt van de werkings sfeer en van definities, is verwezen naar dezelfde uitgangspunten als in 1980. Dat betrof met name het bieden van een minimum aan bescherming aan werknemers bij insolventie van hun werkgever, en daarnaast werd in de considerans gesproken van

28 Richtlijn van 20 oktober 1980, *PbEG* 1980, L 283/23.

29 SER, 'Advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen', d.d. 22 februari 1967, nr. 1967/2.

30 *Kamerstukken II* 1967/68, 9515, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 3 e.v.

31 Artikel 66 lid 1 WW.

32 SER, 'Advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen', d.d. 22 februari 1967, nr. 1967/2, p. 7.

een 'billijke bescherming van de betrokken werknemers'.³³ Ook in de meest recente versie van de richtlijn, uit 2008, zijn deze overwegingen in de considerans gehandhaafd.³⁴ De nationale loongarantieregeling dient richtlijnconform te worden uitgelegd.³⁵

4. Internationaal: ILO-verdrag nr. 95

Tot slot kan bij de vraag naar het al dan niet handhaven van voorrechten van werknemers niet onvermeld blijven dat Nederland in 1952 het ILO-verdrag met nr. 95 (*Protection of Wages Convention* genaamd) uit 1949 geratificeerd heeft.³⁶ Hierin is in artikel 11 lid 1 voor de aangesloten lidstaten een verplichting is opgenomen het volgende te waarborgen:

"In the event of the bankruptcy (...) of an undertaking, the workers therein shall be treated as privileged creditors either as regards wages due to them for service rendered during such a period prior to bankruptcy (...) as may be prescribed by national laws or regulations, or as regards wages up to a prescribed amount as may be determined by national laws or regulations."

Vormt deze verdragsbepaling nu een fataal obstakel voor de eventuele afschaffing van het hier aan de orde zijnde voorrecht van werknemers? Ik meen van niet. De loongarantieregeling laat, als gezegd, via artikel 66 lid 3 WW de hier aan de orde zijnde verplichtingen jegens werknemers overgaan op het UWV. Het UWV neemt deze verplichting jegens de werknemers over en zorgt voor volledige voldoening van deze aanspraken, binnen de kaders van (ook) deze verdragsbepaling. Werknemers is gegarandeerd dat hun loon gedurende een zekere periode en tot een bepaald bedrag wordt voldaan, beperkingen in tijd en hoogte die het verdrag toelaat. Materieel is de werknemer derhalve via de loongarantieregeling beter beschermd dan met het enkele voorrecht. Dat voorrecht kan immers in de praktijk tot de slotsom leiden dat de werknemer, ondanks zijn bevoorrechte positie, vanwege het ontbreken van voldoende actief niet in aanmerking komt voor (volledige) voldoening van zijn aanspraken. In het gros van de gevallen is dat actief er niet, regelmatig zelfs niet voor de boedelschuldeisers. Dan is de 'bypass' via UWV dus een veel betere bescherming. Daar komt bij dat genoemd verdrag in artikel 11 lid 3 aan de aangesloten landen de mogelijkheid geeft zelf te bepalen dat onder de '*privileged creditors*' een rangorde wordt aangebracht, ook ten nadele van de werknemer. Dat laatste is, zoals ik eerder beschreef, in Nederland ook het geval met de superpreferentie die rust op gesubrogeerde vorderingen van het UWV.

Pragmatisch, maar minder elegant, is dat een oplossing voor het dwingende karakter van genoemde verdragsbepaling kan worden gevonden in het feit dat de verdragsbepaling een aangesloten lidstaat een ruime (om niet te zeggen: onbepaalde) mate van vrijheid geeft zelf te bepalen over welke periode en welk (deel van) het loon het voorrecht zich uitstrekt. Anders dan in de Europese richtlijn uit 1980 zijn in het ILO-verdrag geen minimumperioden of minimumbedragen voorgeschreven.

Al met al lijkt de conclusie gerechtvaardigd, met name vanwege het ontbreken van serieuze nadelige materiële gevolgen van afschaffing van het voorrecht voor werknemers, dat met die afschaffing niet in strijd met (de geest van) dit verdrag wordt gehandeld. Ik wees er eerder op dat buurland Duitsland geen voorrechten voor werknemers meer kent. Dit land heeft het betreffende verdrag ook niet geratificeerd, net als sommige andere landen uit de Europese Unie, zoals Denemarken.³⁷ Een rigoureuze en mijns inziens niet noodzakelijk stap zou nog gelegen zijn in de opzegging van dit verdrag door Nederland.³⁸

Overigens is het aspect van het ILO-verdrag noch in het rapport van de Commissie-Houwing, noch in de gerelateerde publicaties die ik eerder aanhaalde, als problematisch aspect aan de orde gesteld.

5. Gevolgen eventuele afschaffing werknemersvoorrecht

Wat zijn nu – ik stel deze vraag bij wijze van gedachte-experiment – de gevolgen van afschaffing van het werknemersvoorrecht van artikel 3:288 BW?

5.1 Reikwijdte loongarantieregeling is niet hetzelfde als die van het voorrecht

Werknemers verliezen dan dus hun voorrecht en moeten het doen met de loongarantieregeling. Dat heeft een aantal gevolgen, om te beginnen omdat de voorrechten in een aantal opzichten een ruimer bereik hebben dan de loongarantieregeling. In de eerste plaats in tijd. De loongarantieregeling werkt tot 13 weken terug vanaf de datum van faillietverklaring, terwijl preferentie geldt voor aanspraken van het huidige en het vorige kalenderjaar. Dat betekent dat aanspraken op loon c.a. die betrekking hebben op een langere terugwerkende periode (dan 13 weken) slechts een concurrente vordering zouden opleveren. Als bedacht wordt dat het dan om bijvoorbeeld een bonus of provisie over het afgelopen jaar kan gaan, zal dat over het algemeen geen doorslaggevend effect zal hebben voor de bestaanszekerheid van de werknemer, en zo bezien lijkt het leed van deze consequentie van afschaffing van dit voorrecht voor de werknemer te overzien.

33 Richtlijn 2002/74/EG van 23 september 2002, *PbEG* L 270/10, zie considerans onder (1) en (5).

34 Richtlijn 2008/94/EG van 22 oktober 2008.

35 Zie hierover o.a.: Van der Mei, *SMA* 2007/4.

36 C095 – Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95), te vinden via www.ilo.org.

37 Zie voor de lijst van al dan niet aangesloten staten www.ilo.org.

38 Een overigens vaker voorkomend fenomeen: het Verenigd Koninkrijk zegde dit ILO-verdrag nr. 95 al in 1983 op en Nederland zegde een ander ILO-verdrag (met nr. 118) eerder op, *Kamerstukken I* 2004/05, *Stb.* 2004, 715.

Ditzelfde geldt voor de hoogte van de aanspraak onder de loongarantieregeling, die is beperkt tot 1,5 maal het maximumdagloon, wat tot gevolg heeft dat uitsluitend ‘veelverdieners’ last zullen hebben van afschaffing van het voorrecht.³⁹ Immers, alleen voor het gedeelte dat de dekking van de loongarantieregeling te boven gaat, is de preferente status van de aanspraak voor de werknemer zelf van belang. Het nadeel voor de betrokken werknemer beperkt zich bovendien slechts tot de rangorde van diens aanspraak over het deel van het loon dat boven deze grens valt.

Ook zijn er aspecten van de loongarantieregeling die juist verder strekken dan het voorrecht. Het loonbegrip verschilt: loon is in de WW (artikel 67 WW) ruimer gedefinieerd dan in het BW, namelijk als “al hetgeen de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer rechtens verschuldigd is (...)”. Hierdoor vallen onder meer ook zaken als verhuiskosten, representatiekosten, verkeersboetes, voor zover die gewoonlijk door de werkgever werden gedragen, waarde van het privégebruik van de auto onder de loongarantieregeling, terwijl aan deze aanspraken geen voorrecht is verbonden.

5.2 Loongarantieregeling is niet van toepassing, waar voorrecht wel gold

Een ander nadeel voor de werknemer van een eventuele afschaffing treft degene die al voorafgaand aan het faillissement uit dienst was getreden, maar nog wel een loonvordering op zijn voormalige werkgever heeft. Diens vordering zou zonder meer bevoorrecht zijn op de voet van artikel 3:288 BW. Deze komt mogelijk echter niet in aanmerking voor een loongarantie-uitkering van het UWV, omdat hij krachtens artikel 62 WW zal moeten aantonen dat er tussen de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en – geparafraseerd – de slechte financiële toestand van zijn toenmalige werkgever een ‘duidelijke samenhang’ bestond.⁴⁰ Indien de werknemer daarin niet slaagt, staat hij bij afschaffing van het voorrecht met lege handen: geen voorrecht en geen loongarantie-uitkering. Dit was een van de eerder gememoreerde lacunes waarover de Commissie-Houwing viel.

Ook het werknemersbegrip verschilt, waardoor het denkbaar is dat een werknemer wel een preferente loonvordering heeft, maar niet profiteert van de loongarantieregeling. Denk aan de eerder gememoreerde positie van een directeur-groootaandeelhouder, wiens loonaanspraak onder omstandigheden (te weten dat sprake is van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst) immers wel bevoorrecht is, maar op grond van artikel 6 lid 1 onder b WW niet gedekt wordt door de loongarantieregeling. Andersom is het overigens denkbaar dat een aanspraak juist niet preferent is, maar wel onder de loongarantieregeling valt, omdat het “werknemersbegrip” in de WW in sommige opzichten ruimer is; de artikelen 2-6 WW breiden de kring van rechthebbenden,

onder omstandigheden, uit tot personen die op basis van een overeenkomst tot aanneming van werk of van opdracht werkzaamheden uitvoeren (artikel 4 WW), tot bijvoorbeeld thuiswerkers en musici (artikel 5 WW).

5.3 Gevolgen voor onderhands akkoord

Hier wordt niet bedoeld op een akkoord onder de WHOA, waar deze problematiek niet speelt (nu de WHOA niet van toepassing is op werknemers, aldus artikel 369 lid 4 Fw), maar op het akkoord van de zesde afdeling uit de Faillissementswet (artikel 138 e.v. Fw). Dit akkoord is niet verbindend voor preferente schuldeisers (zie artikel 157 Fw) en dus ook niet voor werknemers, zolang zij hun voorrecht hebben. Afschaffing van het voorrecht op loon c.a. zou daarom betekenen dat werknemers wel gebonden kunnen zijn aan een dergelijk akkoord. Vanuit het perspectief van de schuldenaar-werkgever lijkt dit de aantrekkingskracht van deze akkoorden te vergroten. Gezien de opstelling van de wetgever bij de totstandkoming van de WHOA en de uitgezonderde positie die hij daarbij aan werknemers heeft gegund, lijkt het mij echter niet reëel te veronderstellen dat dit aspect zonder slag of stoot in het parlement zou worden aanvaard, mocht daar gedebatteerd gaan worden over afschaffing van het werknemersvoorrecht.

5.4 Gevolgen positie werknemers bij surseance

Krachtens artikel 232 aanhef en sub 1 Fw werkt surseance niet ten aanzien van preferente schuldeisers en dus ook niet ten aanzien van werknemers. De praktische betekenis van een verval van het werknemersvoorrecht lijkt in deze situaties buitengewoon beperkt. Ten eerste leidt in de huidige praktijk een surseance vrijwel steeds tot een faillissement, waarmee deze bepaling haar specifieke belang verliest. Ten tweede is de loongarantieregeling hier ook direct van toepassing, zodat de loondoorbetaling in zekere zin – binnen de geschetste kaders – gegarandeerd is.

6. Hoe verder?

Er is sprake van een breed palet aan regelgeving over de aanspraken op loon c.a. van de werknemer van een insolvente werkgever. De regels, zo blijkt uit het voorgaande, vormen een betrekkelijk rommelig geheel: ze zijn deels civielrechtelijk, deels publiekrechtelijk c.q. sociaalzekerheidsrechtelijk van aard en bovendien van origine deels nationaal, deels internationaal (waaronder Europeesrechtelijk) georiënteerd. Daar komt bij dat de twee regelingen – het voorrecht van de werknemers en de loongarantieregeling – ieder worden gekenmerkt door een verschillende personele, materiële en temporele werkingssfeer. Dat levert geen helder, overzichtelijk beeld op en zorgt voor lacunes.

Daar kan tegenin worden gebracht dat dit al decennialang het geval is en bepaald geen acuut probleem lijkt op te leveren. Daarnaast kan de problematiek gerelativeerd worden door het gegeven dat de voorrangpositie van een schuldeiser vaak ‘onthutsend’ weinig oplevert, waardoor het

³⁹ Het maximumdagloon per maand bedraagt per 1 juli 2022 € 5.065,58 bruto.

⁴⁰ P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (Recht en Praktijk nr. InsR4)* 2017, paragraaf 8.8.

verschil tussen de opbrengst voor een preferente en voor een concurrente schuldeiser veelal zeer klein is.⁴¹

Ook lijkt onvermijdelijk dat de loongarantieregeling een publiekrechtelijk karakter heeft,⁴² in tegenstelling tot de noodzakelijkerwijs privaatrechtelijke regels uit de Faillissementswet en het Burgerlijk Wetboek. Bovendien is de wetgever nu eenmaal met Europese richtlijnen geconfronteerd, nádat er nationaal al vrij lang regelgeving bestond. Dit levert echter wel de gesignaleerde problemen op, zeker nu de regelingen ook nog eens – ik herhaal het – qua materiële, personele en temporele werkingssfeer flink verschillen.

Wat nu? De gemeenschappelijke factor bij dit alles is en blijft, dat alle regels gebaseerd zijn op de kennelijk gevoelde noodzaak de werknemer enigerlei mate van aanvullende bescherming te bieden bij insolventie van zijn werkgever en dat die wens is ingegeven door de ten opzichte van andere schuldeisers bovengemiddeld zwakke (sociale) positie van werknemers. De hier bedoelde noodzaak is van alle tijden. Hierover bestaat klaarblijkelijk een structurele mate van eenstemmigheid, omdat de regels uit uiteenlopende perioden dateren en ook afkomstig zijn van regelgevende instanties op nationaal en op Europees niveau. De eerder gesignaleerde continuïteitsgedachte die mede aan sommige van de voor dit onderwerp relevante regels ten grondslag ligt en ziet op het belang van alle stakeholders c.q. gezamenlijke schuldeisers bij een al dan niet tijdelijke voortzetting van de werkzaamheden, heeft slechts een meer ondergeschikt karakter ten opzichte van de beschermingsgedachte van deze regelgeving.

Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat genoemde plooiën zo veel als mogelijk glad te strijken zijn door afschaffing van het voorrecht op loon. De vraag is wel of een dergelijke, specifieke ingreep nu – zonder oog voor (ook) de afschaffing van eventuele andere voorrechten – werkelijk nodig is, nu momenteel niet kan worden gesproken van erg grote praktische problemen voor wat betreft het werknemersvoorrecht. Er wordt al langer (nu eens wat heftiger, dan weer in mindere mate) een breed debat gevoerd over afschaffing van meerdere voorrechten waarbij ook de positie van de fiscus en het bodemrecht ter discussie staan, en er valt iets voor te zeggen eventuele aanpassing van de wetgeving in dat bredere perspectief in te steken.

Tegelijkertijd is het goed te benadrukken dat er principieel gezien weinig valt in te brengen, naar mijn oordeel, tegen

afschaffing van dit voorrecht. Daarbij weeg ik nadrukkelijk mee dat eerder uitsluitend is gepleit voor handhaving van het voorrecht op loon c.a. in verband met lacunes in de loongarantieregeling. Die lacunes zijn deels eenvoudig te dichten (ik doel op aanpassing van het eerder genoemde artikel 62 WW), deels treffen deze juist eerder de sociaal sterkere werknemers met hun aanspraken die uitstijgen boven de grenzen van de loongarantieregeling in de WW (qua hoogte en duur).

Hierbij mag voorts niet onbenoemd blijven dat dit voorrecht van de werknemer in feite verworpen is tot een voorrecht van het UWV, omdat het UWV immers, in de praktijk veel meer dan de individuele werknemer, gebaat is bij het preferente karakter van de loonvorderingen dat hij overneemt op grond van het regres-artikel uit de WW (artikel 66 lid 3 WW). Over een voorrecht voor een publiek orgaan is al het nodige gezegd; de argumenten voor handhaving van zo een voorrecht zijn naar mijn mening echter niet (meer) valide. De Commissie Houwing maakte al korte metten met het merendeel van de argumenten ter zake en Stein ging daarin nog een stap verder in zijn preadvies uit 1986, waarin hij één voor één de mogelijke argumenten voor instandhouding van het (in feite: verderstrekkende fiscale) privilege weerlegt. Zijn conclusies luiden onder meer dat het voorrecht van de fiscus en het UWV (toen nog: bedrijfsverenigingen) dient te vervallen, evenals het voorrecht dat op loon rust. Ik zou in ieder geval menen dat voor handhaving van het regresrecht van het UWV, laat staan voor het superpreferente karakter daarvan, onvoldoende grond c.q. rechtvaardiging bestaat. Ik realiseer mij dat bij afschaffing c.q. aanpassing van artikel 66 lid 3 WW sprake zal zijn van budgettaire consequenties voor het UWV als dit voorrecht verdwijnt. Hier zullen dus (politiek) aanvaardbare oplossingen voor moeten worden gevonden.

Bijvangst van afschaffing van het werknemersvoorrecht is nog het volgende. Ook andere schuldeisers kunnen een zwakke sociale/financiële positie innemen. Denk aan kleine mkb-ondernemers, zzp'ers, platformwerkers/schijnzelfstandigen. Zij zijn echter niet bevoorrecht, noch profiteren zij van de loongarantieregeling. Geen bevoorrechtiging meer van 'gewone' werknemers, maar gelijkstelling van al deze andere schuldeisers met elkaar, sluit mijns inziens meer aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen en lijkt een rechtvaardige aanpassing van de regels die we hanteren bij de verdeling van het boedelactief.

Per saldo komt afschaffing van voorrechten en van het regresrecht van UWV (met superpreferentie) neer op een verschuiving van debiteurenrisico van individuele schuldeisers naar de gemeenschap. Met heel veel eerder al de Commissie-Houwing en later Stein ben ik van mening dat daartegen geen steekhoudende argumenten zijn aan te voeren.

41 De term 'onthutsend' werd door Fesevur gebruikt, evenals de term 'ontluisterend', J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. BW nr. B13), Deventer: Kluwer 2017, p. 8 en 9 (waar ook cijfermatige onderbouwing wordt gegeven).

42 De uit de richtlijn voortvloeiende verplichting een zgn. waarborgfonds in te rechten schrijft voor dat het kapitaal van het fonds gescheiden is van het bedrijfskapitaal van werkgevers (aldus artikel 5 van Richtlijn 80/987/EEG (inmiddels vervangen door: Richtlijn 2008/94/EG)) hetgeen tezamen met de aansluiting bij regels uit de Werkloosheidswet een publiekrechtelijke wijze van implementatie van de richtlijn (meer) voor de hand liggend maakt.