

ANNOTATIE

De positie van de DGA/werknemer in faillissement

R.M. Beltzer

De feiten en de procedure bij de kantonrechter

In deze zaak was de eiser – een niet nader genoemde natuurlijke persoon – de enige bestuurder en enige aandeelhouder van BV B, welke vennootschap op haar beurt dezelfde kwalificaties droeg ten aanzien van vennootschap A. Met andere woorden: achter de BV's A en B zat maar één persoon van vlees en bloed: eiser, die volledig alle touwtjes in handen had binnen deze twee vennootschappen. Op 1 juni 2004 werd eiser werknemer van BV A. Uiteraard onderhandelde hij daarbij over zijn eigen arbeidsvoorwaarden. Zijn functie was die van (titulair) 'directeur/commercieel buitendienstmedewerker'. BV A werd op 8 april 2008 op eigen aangifte (met andere woorden: eiser moet die beslissing hebben genomen) failliet verklaard. Mr. Omta, verweerder in cassatie, trad op als curator. Acht maanden na faillietverklaring vorderde eiser bij de curator doorbetaling van zijn volledige loon – de arbeidsovereenkomst tussen hem en BV A zou immers nimmer rechtsgeldig zijn geëindigd. De curator weigerde betaling en zegde op 29 december 2008 alsnog de arbeidsovereenkomst op, voor zover nodig. Eiser vorderde vervolgens – tevergeefs – bij de kantonrechter betaling van onder meer circa een ton aan achterstallig loon. De uitspraak van de kantonrechter laat zich zo samenvatten, dat eiser, hoewel hij inderdaad een arbeidsovereenkomst met BV A had, zich niet als een goed werknemer had gedragen, waardoor het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat zijn aanspraken zouden worden gehonoreerd. Voor dit oordeel was voor kantonrechter redengevend dat eiser acht maanden tegen de curator had gezwegen over zijn arbeidsovereenkomst, terwijl van een goede werknemer mag worden verwacht dat hij zulks van meet af aan had verduidelijkt, zeker nu eiser wist of had moeten weten dat de curator in de veronderstelling verkeerde dat geen arbeidsovereenkomst bestond. Ik merk hierbij vast op dat goede kans bestaat dat deze redenering cassatieproof zou zijn geweest. Het arrest van het Hof Leeuwarden in appèl was echter, zoals zal blijken, te impressionistisch om er geen gaten in te laten schieten door de Hoge Raad.

Oordeel van het Hof Leeuwarden

Het hof bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter met aanpassing van gronden. De aanpassing zit in de gevolgen die het hof verbindt aan wat het noemt een 'relativering van de arbeidsovereenkomst'. Na een verwijzing naar de bijzondere positie die de directeur-

grootaandeelhouder in de rechtspraak inneemt (in het bijzonder in de socialzekerheidswetgeving) en de vaststelling dat ‘de zeer formele benadering in civielrechtelijke jurisprudentie van het gezagselement in de arbeidsverhouding van bestuurders met hun vennootschap (...) in de literatuur bepaald niet onomstreden is’, oordeelde het hof dat

‘er ook in dit geval reden is voor relativering van de arbeidsovereenkomst die “eiser” als (middellijk) enig aandeelhouder met zijn vennootschap “A” heeft gesloten, ook al was niet hijzelf, maar zijn holding daarvan statutair directeur. Het hof wijst er daarbij op dat indien “eiser” de onderneming in een andere rechtsvorm (eenmanszaak, vennootschap onder firma of en commandite) had gedreven, hij ook geen enkel recht zou hebben gehad op een vergoeding voor gemiste inkomsten vanaf de faillissementsdatum, te betalen uit de boedel, in rang de facto boven alle pre-faillissementsschulden zou gaan. 8. Het hof oordeelt dat ook in dit geval, waar “eiser” als enig aandeelhouder alle touwtjes in handen had en hij zich ook naar buiten onmiskenbaar als de eigenaar van de onderneming presenteerde, er vanaf het moment dat hij de facto zelf het faillissement van zijn vennootschap heeft aangevraagd, geen redenen meer zijn om zijn verhouding tot de failliete vennootschap aan te merken als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 40 van de Faillissementswet, aangezien van de daarbedoelde gezagssituatie en afhankelijke positie als werknemer geen sprake is geweest, terwijl voorts met het uitspreken van het faillissement (nota bene op eigen verzoek) de bestuursmacht van “eiser” feitelijk tot een einde is gekomen. 9. Hiermee is de grondslag aan de vordering komen te ontvallen, zodat die niet toewijsbaar is. De grieven behoeven in het licht van het voorgaande geen verdere bespreking.’ Koos de kantonrechter voor de onaanvaardbaarheidstoets van (in feite) artikel 6:248 lid 2 BW om *contra legem* te gaan (in de zin dat de aan art. 7:628 BW en art. 40 Fw te ontleen rechten hem werden onthouden), het hof geeft een eigen uitleg aan de arbeidsovereenkomst om in deze zaak te concluderen dat deze gerelativeerd dient te worden. Daartoe heeft het hof, samengevat, de volgende omstandigheden genoemd: eiser had als enig aandeelhouder alle touwtjes in handen; hij heeft zelf het faillissement aangevraagd; van enige gezagsrelatie was geen sprake (noch van een afhankelijke positie); eisers bestuursmacht is door het faillissement ten einde gekomen.

Het hof wijst dus het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de DGA en een vennootschap niet categorisch van de hand, maar vindt in deze zaak voldoende gronden het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet langer aan te nemen. Het arrest is kritisch ontvangen, zie de commentaren van Loesberg (*JOR* 2011/312) en Van der Pijl (*JAR* 2011/208).

Oordeel van de Hoge Raad

In navolging van de conclusie van A-G Spier, strekkende tot vernietiging van het arrest, casseert de Hoge Raad het arrest van het Hof Leeuwarden. Rechtsoverweging 4 van de Hoge Raad, waarin zijn oordeel staat, telt slechts enkele, niet mis te verstane regels: ‘De middelen zijn gegrond. Het hof heeft in rov. 1.3 vastgesteld dat “eiser” op 1 juni 2004 een arbeidsovereenkomst met “A” heeft gesloten. Vaststaat dat de curator de overeenkomst, voor zover nodig, eerst op 29 december 2008 op de voet van art. 40 F. heeft opgezegd. De door het

hof in rov. 7 en 8 genoemde omstandigheden kunnen niet zijn kennelijke oordeel dragen dat de arbeidsovereenkomst voordien op een andere wijze tot een einde is gekomen. Daarbij verdient opmerking dat “eiser” geen statutair bestuurder van “A” was en die hoedanigheid dus ook niet verloren kan hebben. Reeds daarom doet zich geen situatie voor als in de arresten van de Hoge Raad van 15 april 2005, LJN AS2713, NJ 2005/483 en LJN AS2030, NJ 2005/484 aan de orde was.’

Faillissement is niet het einde van de arbeidsovereenkomst

Los gezien van de voorliggende casus – waarover zo meer – dient onderzocht te worden of er grond is voor de veronderstelling dat een directeur-groootaandeelhouder die het faillissement van de ‘eigen’ vennootschap aanvraagt daarmee het einde van zijn arbeidsovereenkomst bewerkstelligt. Mij lijkt van dat rechtsgevolg geen sprake te zijn. Anders dan in de zaak Ciris/Bartelink (HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153) neemt in een dergelijk geval de DGA geen ontslag uit zijn vennootschapsrechtelijke functie – en dus ook niet uit zijn arbeidsovereenkomst. Daartoe dient een besluit van de AVA te worden genomen. De faillietverklaring van een vennootschap laat de organen van die vennootschap intact, hoewel moet worden toegegeven dat de bevoegdheden van die organen door het faillissement sterk beperkt worden. Dit is vooral een formeel argument. Voorts dient echter bedacht te worden dat het voor de curator bezwaarlijk kan zijn indien de DGA door de enkele faillissementsaanvraag (gevolgd door een faillietverklaring van de vennootschap) uit zijn verplichtingen is bevrijd. In de eerste periode na faillissement kan de DGA voor de curator een nuttige rol vervullen: hij weet bijvoorbeeld vaak beter dan de curator uit de boeken kan opmaken op welke wijze de boedel kan worden gediend. Hij dient zelfs ingevolge artikel 106 Fw zijn medewerking te verlenen aan de curator. Ook als de DGA zelf opzegt, zal hij steeds minimaal een maand zijn werkzaamheden moeten verrichten, indien de curator hem niet uit zijn verplichtingen ontslaat (art. 7:672 lid 3 BW). Ik merk daarbij op dat onduidelijk is of de Hoge Raad in de door hem gememoreerde 15 april-arresten heeft bedoeld dat het ontslag direct werkt, dat wil zeggen zonder inachtneming van de wettelijke opzegtermijn (met een maximum van zes weken ingevolge art. 40 Fw). Dat lijkt mij overigens niet het geval, het punt kwam in deze zaken niet aan de orde. Het bovenstaande brengt in mijn optiek mee dat de faillissementsaanvraag niet tot gevolg heeft dat de DGA de uitdrukkelijke en in rechte te volgen wens te kennen heeft gegeven ontslagen te worden uit alle relevante rechtsbetrekkingen die hij met de vennootschap in kwestie heeft.

De DGA die indirect alle zeggenschap heeft

Aan bovenstaande redenering komt men in deze zaak echter, indien men het recht op formele wijze toepast, niet toe: de DGA was immers geen DGA in de vennootschap die failliet werd verklaard (A), maar van de vennootschap die daarover de volledige zeggenschap had (B). Bij A was deze DGA ‘slechts’ werknemer. Hierbij stel ik mij voor dat het inhoudelijke verschil tussen zijn dga-schap en werknemerschap niet van dien aard is dat wij moeten doen alsof hiermee de relaties tussen eiser als DGA en vennootschap A enerzijds en eiser als werknemer en vennootschap B anderzijds nu zo verschillend waren. Het is in mijn optiek gezocht in deze

situatie te stellen dat in de ene relatie van een gave gezagsverhouding sprake is die in de andere situatie ontbreekt. Eiser had immers, zoals het Hof Leeuwarden terecht had opgemerkt, alle zeggenschap in handen. De vraag is hoe men rechtens met een dergelijke situatie dient om te gaan. Erkent men de door eiser vormgegeven technisch-juridische vormgeving van de onderneming – namelijk als vennootschap A en B, met hem aan het roer – als realiteit voor het recht *tout court*, dan is het arrest van de Hoge Raad volledig te billijken, al had men eventueel nog een ontsnappingsmogelijkheid kunnen creëren zoals de kantonrechter in eerste aanleg had gedaan: deze creatie verdient in het licht van de voorliggende omstandigheden geen bevestiging door het recht, een andere opvatting is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Ik vind dit zelf een aanvaardbare, hoewel wellicht minder stoutmoedige, oplossing. Men kan echter ook een andere weg bewandelen, een principiëlere, die in het juridische discours helaas wat minder luid gehoord wordt. Rechtspersoonlijkheid is een fictie. Oorspronkelijk gold dat indien het doel en het handelen van de rechtspersoon niet in strijd kwamen met het algemene belang, avonturen konden worden ondernomen die de financiële en organisatorische pet van de enkeling te boven gingen – de overal ter wereld geldende hoofdregel dat iedereen aansprakelijk is voor zijn eigen handelen werd hiermee opzij gezet. Ondernemingsvrijheid ten aanzien van de technisch-juridische inrichting van de onderneming dient echter te wijken zodra dwingend recht aan de orde is, met andere woorden: de Faillissementswet, maar ook Boek 7 Titel 10 BW, gaat voor Boek 2 BW.

Men kan niet met een beroep op ondernemersvrijheid de eigen aansprakelijkheid beperken indien daarmee tegen andere, meer algemene belangen, wordt gehandeld. Daar is de figuur van rechtspersoonlijkheid nimmer voor bedoeld. De vraag is welk belang in casu wordt geschaad. De vergelijking die het Hof Leeuwarden maakt met de persoon die een eenmanszaak drijft is in dit verband verhelderend. Inderdaad: had eiser een eenmanszaak gehad, dan had hij geen arbeidsovereenkomst gehad en was artikel 40 Fw – net als de meeste bepalingen van Titel 10 van Boek 7 BW – niet van toepassing geweest. Verschil was bovendien geweest dat de failliete onderneming de ondernemer zelf in het faillissement had meegesleurd. Een dergelijk gevolg wordt voorkomen door het kiezen voor rechtspersoonlijkheid van de onderneming. Een dergelijke keuze is op zichzelf rechtens te respecteren: wie risico neemt, behoeft niet jarenlang persoonlijk de gevolgen van een mislukking te dragen, ervan uitgaande dat men te goeder trouw het risico is aangegaan. Van een andere orde is de discussie of wij menen dat deze ondernemer zichzelf vervolgens in de positie moet kunnen manoeuvreren dat hij een arbeidsovereenkomst heeft, en daarmee dus in feit zowel de vruchten plukt van het ondernemerschap (ik denk daarbij aan fiscale voordelen) als van de bescherming van de arbeidsovereenkomst. Eiser kon dat, en wel louter vanwege de door hem gekozen constructie, die hem een arbeidsovereenkomst opleverde met de failliet verklaarde vennootschap waarin hij, en alleen hij, alle zeggenschap had. Ik zie hier alle reden de DGA zijn recht op loon te ontzeggen en spreek de hoop uit, dat de *Einzelfallgerechtigkeit* na terugverwijzing zal zegevieren. Daartoe kan men binnen de relatief veilige haven van artikel 6:248 lid 2 BW/artikel 7:611 BW blijven.