ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

11 september 2003 *

In zaak C-201/01,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk), in het aldaar aanhangige geding tussen

Maria Walcher

en

Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB L 283, blz. 23), zoals gewijzigd bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 1994, C 241, blz. 21, en PB 1995, L 1, blz. 1),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: J.-P. Puissochet, kamerpresident, C. Gulmann, F. Macken, N. Colneric (rapporteur) en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: J. Mischo,
griffier: R. Grass,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— M. Walcher, vertegenwoordigd door C. Orgler, Rechtsanwalt,

— Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark, vertegenwoordigd door P. Liebeg als gemachtigde,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Sack en H. Kreppel als gemachtigden,

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 oktober 2002,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 26 april 2001, ingekomen bij het Hof op 15 mei daaraanvolgend, heeft het Oberste Gerichtshof krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB L 283, blz. 23), zoals gewijzigd bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 1994, C 241, blz. 21, en PB 1995, L 1, blz. 1; hierna: „richtlijn 80/987").

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen M. Walcher en het Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark (hierna: „Bundesamt") over de weigering van dit laatste om aan Walcher een compenserende vergoeding uit te keren voor het loon dat haar wegens insolvabiliteit van de werkgever niet is uitbetaald.

Rechtskader

Bepalingen van gemeenschapsrecht

3 Volgens de eerste overweging van de considerans van richtlijn 80/987 zijn

„er voorzieningen nodig [...] om werknemers bij insolventie van de werkgever te beschermen in het bijzonder om de honorering van hun onvervulde aanspraken te garanderen [...]"

4 Artikel 1, leden 1 en 2, van deze richtlijn luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers tegenover werkgevers die in staat van insolventie in de zin van artikel 2, lid 1, verkeren.

2. De lidstaten kunnen bij wijze van uitzondering de aanspraken van bepaalde categorieën werknemers van de werkingssfeer van deze richtlijn uitsluiten op grond van de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding van de werknemers of op grond van het bestaan van andere waarborgen die de werknemers een zelfde mate van bescherming bieden als deze richtlijn.

De lijst van de in de eerste alinea bedoelde categorieën werknemers gaat in de bijlage."

5 Afdeling I („Werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding van bijzondere aard") van de bijlage bij richtlijn 80/987 bepaalt met betrekking tot Oostenrijk dat de volgende categorieën buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen:

„1. Leden van het leidinggevend orgaan van een rechtspersoon dat die rechtspersoon in rechte vertegenwoordigt.

2. Maten die een overheersende positie in de maatschappij kunnen uitoefenen, ook als die invloed op een fiduciaire regeling is gebaseerd."

6 Artikel 2, lid 2, van richtlijn 80/987 luidt:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van de termen ‚werknemer', ‚werkgever', ‚bezoldiging', ‚verkregen recht' of ‚recht in wording'."

7 Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat waarborgfondsen onder voorbehoud van artikel 4 de onvervulde aanspraken van de werknemers

honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die betrekking hebben op het loon over de vóór een bepaalde datum vallende periode.

2. De in lid 1 bedoelde datum is naar keuze van de lidstaten

— hetzij die van het intreden van de insolventie van de werkgever,

— hetzij die van de aanzegging van het ontslag van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever,

— hetzij die van het intreden van de insolventie van de werkgever of die van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever."

8 Artikel 4, leden 1 en 2, van deze richtlijn luidt:

„1. De lidstaten hebben de bevoegdheid om de in artikel 3 bedoelde betalingsverplichting van de waarborgfondsen te beperken.

2. Indien de lidstaten van de in lid 1 bedoelde bevoegdheid gebruik maken, moeten zij er voor zorgen dat

— in het in artikel 3, lid 2, eerste streepje, bedoelde geval de onvervulde aanspraken worden gehonoreerd die betrekking hebben op het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding binnen een periode van zes maanden vóór de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever;

— in het in artikel 3, lid 2, tweede streepje, bedoelde geval de onvervulde aanspraken worden gehonoreerd die betrekking hebben op het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding vóór de datum van de aanzegging van het ontslag van de werknemer wegens insolventie van de werkgever;

— in het in artikel 3, lid 2, derde streepje, bedoelde geval de onvervulde aanspraken worden gehonoreerd die betrekking hebben op het loon over de laatste achttien maanden van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding vóór de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever of vóór de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van de werknemer wegens insolventie van de werkgever. In dit geval kunnen de lidstaten de betalingsverplichting beperken tot het loon over een periode van acht weken, of over perioden die in totaal een periode van acht weken bedragen."

9 Artikel 10 van richtlijn 80/987 bepaalt:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten

a) om de nodige maatregelen te treffen met het oog op het voorkomen van misbruiken;

b) om de in artikel 3 bedoelde verplichting tot honorering van aanspraken of de in artikel 7 bedoelde verplichting tot garantie te weigeren of te beperken, indien blijkt dat nakoming van de verplichting niet gerechtvaardigd is wegens het bestaan van speciale banden tussen werkgever en werknemer en van gemeenschappelijke belangen die hun beslag hebben gekregen in bedrieglijke samenheuling tussen hen."

Bepalingen van nationaal recht

10 § 1 van het Oostenrijkse Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (wet op loongarantie bij insolventie) van 2 juni 1977 (BGBl. 1977/324; hierna: „IESG") luidt:

„(1) De werknemer, de thuisarbeider, hun nagelaten betrekkingen en rechtsopvolgers ingevolge overlijden (rechthebbenden) hebben recht op Insolvenz-

Ausfallgeld met betrekking tot de in lid 2 genoemde vorderingen, wanneer hun werkgever (opdrachtgever) op het nationaal grondgebied failliet wordt verklaard, ook al is de dienstbetrekking (opdracht) op dat tijdstip beëindigd. Met de inleiding van een faillissementsprocedure worden gelijkgesteld:

[...]

(2) Vaststaande, niet verjaarde en niet uitgesloten (lid 3) vorderingen uit de dienstbetrekking zijn gewaarborgd, ook wanneer zij in beslag genomen, verpand of overgedragen zijn; het gaat in het bijzonder om:

1. loonvorderingen, met name gewoon loon en opzegvergoedingen,

2. schadevorderingen,

3. andere vorderingen jegens de werkgever, en

4. de door de gerechtelijke uitvoering veroorzaakte kosten.

(3) Het Insolvenz-Ausfallgeld is niet verschuldigd (uitgesloten vordering):

1. voor vorderingen uit hoofde van lid 2, die zijn verworven door een voor beroep vatbare rechtshandeling in de zin van de beroepsregeling (RGBl. nr. 337/1914) of de faillissementsregeling;

2. voor vorderingen op grond van een bijzondere overeenkomst die is gesloten

a) na de vordering tot inleiding van de faillissementsprocedure, de surseance-procedure of de procedure tot ondertoezichtstelling;

b) in de loop van de zes maanden die aan de inleiding van de faillissements-procedure, de surseance-procedure of de procedure tot ondertoezichts-telling dan wel aan de kennisneming van de beschikking uit hoofde van lid 1, punten 3 tot en met 6 voorafgaan, voorzover de aanspraken verder gaan dan de bij de wet, de collectieve overeenkomst of de overeenkomst binnen de onderneming (§ 97, lid 1, van het Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. 22/1974) toegekende aanspraak of het gewone loon dan wel wanneer zij op andere voordelen zijn gebaseerd terwijl het hogere loon objectief niet gerechtvaardigd is;

[...]

[...]

(6) Van het recht op Insolvenz-Ausfallgeld zijn uitgesloten

[...]

2. de leden van het leidinggevend orgaan van een rechtspersoon dat die rechtspersoon in rechte vertegenwoordigt;

3. het leidinggevend personeel met uitsluiting van de in punt 2 genoemde personen, dat bij voortduring een overheersende invloed op het bestuur van de vennootschap kan uitoefenen;

4. de maten die een overheersende positie in de vennootschap kunnen uitoefenen, ook wanneer die invloed uitsluitend of gedeeltelijk berust op een fiduciaire regeling met betrekking tot de aandelen van derden of wordt uitgeoefend door een fiduciaire doorgave van aandelen;

[...]"

11 Volgens § 3a, lid 1, van het IESG heeft de werknemer slechts recht op Insolvenz-Ausfallgeld met betrekking tot loon en bijzondere betalingen die hem zijn verschuldigd voor regelmatige arbeidsprestaties tijdens de normale werktijd over de maanden voor de periode van zes maanden voor de inleiding van de faillissementsprocedure of een volgens § 1, lid 1, van het IESG daarmee gelijkgestelde gebeurtenis, respectievelijk voor de periode van zes maanden voor het tijdstip waarop de dienstbetrekking arbeidsrechtelijk werd beëindigd indien de arbeidsverhouding voor die datum is beëindigd, wanneer hij met betrekking tot dit loon krachtens het Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (wet betreffende de ter

zake van arbeids- en sociaal recht bevoegde gerechten) op geldige wijze een vordering heeft ingesteld en deze procedure op normale wijze heeft voortgezet.

Het hoofdgeding

12 Walcher was van 2 juni 1997 tot en met 5 mei 1999 werkzaam bij een Gesellschaft mbH (vennootschap met beperkte aansprakelijkheid; hierna: „GmbH"), waarvan haar echtgenoot, J. Walcher, beherend vennoot was. Zij was verantwoordelijk voor de boekhouding en de invordering maar nam niet deel aan de beslissingen over de leiding van de onderneming. Net als haar echtgenoot bezat zij 25 % van de aandelen van de GmbH. De algemene vergadering van de GmbH kon de meeste van haar besluiten nemen met een gewone meerderheid van stemmen. Bij wijze van uitzondering was voor een aantal besluiten een meerderheid van drie vierde van de uitgebrachte stemmen nodig.

13 In het voorjaar van 1998 kwam de GmbH in moeilijkheden bij de betaling van materialen, lonen en andere personeelskosten. Ter verkrijging van een overbruggingskrediet ging Walcher akkoord met het afsluiten van een hypotheek op de woning waarvan zij en haar echtgenoot elk voor de helft eigenaar waren. Vanaf september 1998 was de GmbH niet meer in staat lonen te betalen. Een bedrijfsadviseur die in november 1998 werd geraadpleegd, kwam tot de conclusie dat een faillissementsaanvraag onvermijdelijk was.

14 Bij beschikking van 10 februari 1999 werd het faillissement van de GmbH uitgesproken. Walcher werd door de curator krachtens § 25 van de Konkursordnung (faillissementsregeling) ontslagen. Reeds voor de inleiding van de liquidatieprocedure had een deel van het personeel ontslag genomen omdat het loon niet werd uitbetaald.

15 Sinds september 1998 ontving Walcher geen loon meer. Met betrekking tot de periode van september 1998 tot en met 10 februari 1999 heeft zij ter zake van haar loon en andere rechten in de zin van § 1, lid 2, IESG vorderingen doen gelden ten belope van 114 197 ATS; deze vorderingen heeft zij binnen de gestelde termijn ingediend in de faillissementsprocedure. Zij heeft het Bundesamt tijdig verzocht om toekenning van een compenserende vergoeding voor het wegens de insolvabiliteit van de werkgever niet-betaalde loon (hierna: „Insolvenz-Ausfallgeld").

16 Bij beschikking van 5 augustus 1999 wees het Bundesamt dit verzoek af, in wezen op grond dat aanspraken op loon waarvan door minderheidsaandeelhouders gedurende meer dan 60 dagen geen betaling is geëist als een met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhouderslening moet worden gekwalificeerd en dat het niet-opeisen van niet-betaald loon het Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds (waarborgfonds) op ongeoorloofde wijze belast en dus tot nietigheid leidt.

17 Walcher heeft in rechte betaling van Insolvenz-Ausfallgeld gevorderd ten belope van 114 197 ATS. Zij merkte op dat ook de andere werknemers van de GmbH hun loon niet hadden gevorderd omdat zij er op vertrouwden dat deze zich zou herstellen, zodat er geen sprake was geweest van een ongeoorloofde afwenteling van het ondernemersrisico op het waarborgfonds. Op grond van de toezeggingen van de beherend vennoot had zij er tot midden december 1998 op mogen vertrouwen dat de lonen zouden worden uitbetaald. Omdat zij de enige werknemer was die zich met de boekhouding bezighield, was haar medewerking daarna vereist voor de voorbereiding van de faillissementsaanvraag.

18 Bij beschikking van 1 december 1999 heeft de rechter in eerste aanleg besloten dat het Bundesamt 78 702,80 ATS Insolvenz-Ausfallgeld verschuldigd was. Hij was van oordeel dat Walcher, die in de onderneming was blijven werken ofschoon haar loon niet werd betaald en zij volledig op de hoogte was van de financiële situatie van de werkgeefster, ten laatste op 31 oktober 1998 ontslag

had moeten nemen omdat zij toen had kunnen weten dat het loon over september en oktober 1998 niet zou worden betaald. Hij heeft daaruit geconcludeerd dat zij vanaf die datum geen enkel recht had op Insolvenz-Ausfallgeld.

19 Bij beschikking van 29 juni 2000 heeft de appèlrechter het beroep van het Bundesamt tegen deze beslissing toegewezen en alle vorderingen van Walcher afgewezen.

20 De appèlrechter heeft in wezen geoordeeld dat wanneer een werknemer die tevens aandeelhouder is van de vennootschap waarbij hij in dienst is, zijn aanspraken op grond van zijn arbeidsovereenkomst niet geldend maakt, dit als kapitaalinbreng is te beschouwen indien, zoals in casu, zijn aandeel in het kapitaal 25 % bedraagt en hij kon weten dat de vennootschap niet meer aan haar betalingsverplichtingen voldeed. De werkzaamheden van Walcher impliceerden dat zij reeds in de herfst van 1998 op de hoogte had moeten zijn van de insolvabiliteit van de GmbH. Dat Walcher haar loon niet invorderde, is dus vanaf september 1998 als een kapitaalinbreng te beschouwen. De aanspraken die uit één enkele arbeidsverhouding voortvloeien, kunnen niet worden opgesplitst door verzoekster in het hoofdgeding enerzijds te beschouwen als een aandeelhouder die door het niet-geldend maken van haar loonaanspraken heeft ingestemd met een met een kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhouderslening, en anderzijds als een werknemer die fictief ontslag heeft genomen door zich op vergelijkbare wijze te gedragen als een derde zou hebben gedaan. De vennootschapsrechtelijke benadering blijft van toepassing en heeft voorrang boven eventuele aan het arbeidsrecht ontleende aanspraken.

21 Tegen dit arrest heeft Walcher bij de verwijzende rechter buitengewoon beroep in Revision ingesteld.

De prejudiciële vragen

22 Omdat hij van mening was dat de beslechting van het bij hem aanhangige geding afhankelijk was van de vraag of de nationale rechtspraak inzake met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen indruiste tegen de doelstellingen van richtlijn 80/987, heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht.

23 Hij zet uiteen dat volgens vaste Oostenrijkse rechtspraak de aandeelhouder tevens werknemer van de vennootschap kan zijn. In het onderhavige geval was Walcher werknemer in de zin van § 1, lid 1, van het IESG, omdat haar participatie van 25 % in het kapitaal van de GmbH haar niet in staat stelde de door deze genomen besluiten tegen te houden en zij niet betrokken was bij de vaststelling van ondernemersbeslissingen.

24 Naar nationaal recht kan het verzoek aan het waarborgfonds om Insolvenz-Ausfallgeld in een aantal bijzondere omstandigheden, zoals wanneer er sprake is van kennis van de financiële situatie van de onderneming of een nauwe band met de ondernemer, ongeoorloofd zijn indien het voornemen bestaat het voortzetten van de onderneming mogelijk te maken door de arbeidsverhouding vooralsnog niet te beëindigen.

25 In Oostenrijk wordt algemeen aanvaard dat de in het Duitse recht met betrekking tot § 32a van het Duitse Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ontwikkelde beginselen inzake met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen, analoog aan § 74 van het Oostenrijkse Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ook in het Oostenrijkse recht van toepassing zijn. Met deze leningen proberen aandeelhouders een vennootschap in moeilijkheden niet met de voor sanering van haar financiën vereiste kapitaal-

verhoging, maar door de toekenning van leningen in stand te houden. De aandeelhouders zorgen ervoor dat deze leningen vóór het definitieve ineenstorten van de onderneming worden terugbetaald of vorderen de terugbetaling daarvan in het faillissement van de vennootschap door eventuele zekerheden geldend te maken, hetgeen tot gevolg heeft dat de op zichzelf reeds ontoereikende beschikbare activa ten nadele van de schuldeisers nog meer worden uitgehold. De verwijzende rechter merkt op dat de aandeelhouders, in het bijzonder in geval van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, aldus het financiële risico op de schuldeisers afwentelen.

26 Hij voegt daaraan toe dat de kwalificatie van een lening als kapitaalinbreng tot gevolg heeft dat deze rechtstreeks noch onrechtstreeks mag worden terugbetaald vóór de duurzame sanering van de vennootschap. Deze beginselen gelden ook in geval van insolventie en vereffening van de vennootschap. Zij komen erop neer dat de aanspraken die voortvloeien uit met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen ondergeschikt zijn aan de aanspraken van de andere schuldeisers.

27 Volgens de verwijzende rechter moeten deze beginselen niet alleen worden toegepast op het toekennen van een lening aan de vennootschap, maar ook op andere handelingen van de aandeelhouders die economisch gelijk staan aan de toekenning van een lening. Zo is het niet geldend maken door een aandeelhouder van zijn vorderingen, met inbegrip van vorderingen die uit een arbeidsverhouding voortvloeien, als kapitaalinbreng beschouwd. Gelet op het in artikel 69, lid 2, van de Konkursordnung tot uiting komende oordeel van de wetgever dat de schuldenaar ten laatste 60 dagen na het intreden van de insolventie om inleiding van de faillissementsprocedure moet verzoeken, is de aandeelhouder-werknemer een redelijke termijn tot nadenken gegeven, die in ieder geval niet langer is dan 60 dagen en ingaat op het moment waarop hij van de financiële noodtoestand van de vennootschap kennis heeft kunnen nemen, teneinde te beslissen of hij de bij wege van lening toegekende steun niet meer terugvordert dan wel de vereffening van de vennootschap bespoedigt door het terugvorderen van de geleende bedragen.

28 Volgens de verwijzende rechter kan deze tijdgrens echter niet leiden tot een opsplitsing van de aanspraken die uit één enkele arbeidsverhouding voortvloeien. De vennootschapsrechtelijke benadering blijft van toepassing en heeft voorrang boven aan het arbeidsrecht ontleende aanspraken.

29 In deze omstandigheden heeft het Oberste Gerichtshof het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1. Is het verenigbaar met de doelstellingen van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, dat een aandeelhouder zonder beslissende invloed op de vennootschap, gelet op de ook in de Oostenrijkse rechtspraak toegepaste beginselen inzake met een kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen, zijn recht op Insolvenz-Ausfallgeld verliest wanneer hij als werknemer van de vennootschap na het voor hem kenbare verlies van kredietwaardigheid, gedurende meer dan 60 dagen geen serieuze poging heeft ondernomen om zijn onbetaald gebleven loon in te vorderen, en/of zijn dienstbetrekking niet voortijdig heeft beëindigd wegens het niet betalen van zijn loon?

2. Geldt dit verlies van het recht voor alle niet-gehonoreerde uit de dienstbetrekking voortvloeiende aanspraken, of alleen voor die welke zijn ontstaan na het fictief tijdstip waarop een werknemer die geen aandeelhouder is, zijn dienstbetrekking zou hebben beëindigd wegens het niet betalen van zijn loon?"

Ten aanzien van de prejudiciële vragen

30 Met het oog op de beantwoording van beide prejudiciële vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, zij er vooraf aan herinnerd dat richtlijn 80/987 van toepassing is op alle categorieën van werknemers die in het nationale recht van

een lidstaat als zodanig worden gedefinieerd, met uitzondering van die welke in haar bijlage worden genoemd (arrest van 16 december 1993, Wagner Miret, C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 12). Volgens het Oostenrijkse recht is iemand als Walcher een werknemer.

31 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 80/987 verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te treffen opdat waarborgfondsen onder voorbehoud van artikel 4 van deze richtlijn de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die betrekking hebben op het loon over de voor een bepaalde datum vallende periode.

32 Het is aan het Hof het begrip „onvervulde aanspraak" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 80/987 te definiëren.

33 Volgens het Bundesamt is er geen sprake van een „onvervulde aanspraak" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 80/987, wanneer de aandeelhouder-werknemer als gevolg van de nationale rechtspraak betreffende met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen op het betrokken tijdstip geen enkel recht heeft dat hij van zijn voormalige werkgever of ten laste van de failliete boedel kan opeisen. Dit argument kan niet worden aanvaard. Een aanspraak van een aandeelhouder-werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst waarvan de honorering geacht wordt te zijn uitgesteld totdat de financiële moeilijkheden van de onderneming voorbij zijn, blijft immers een onvervulde aanspraak in de zin van de richtlijn.

34 Derhalve moet worden uitgemaakt in welke mate een dergelijke aanspraak eventueel uitgesloten kan zijn van de door richtlijn 80/987 geboden bescherming.

35 In de eerste plaats kunnen de lidstaten krachtens artikel 4 van richtlijn 80/987 de in artikel 3 daarvan bedoelde verplichting van de waarborgfondsen beperken. De richtlijn verzet zich dus niet tegen een nationale regelgeving die de bescherming van werknemers die tevens aandeelhouders zijn van de vennootschap waarbij zij in dienst zijn, tot het in artikel 4, lid 2, vastgestelde minimum beperkt.

36 In de tweede plaats bepaalt artikel 10, sub a, van richtlijn 80/987 dat deze geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de lidstaten om de nodige maatregelen te treffen met het oog op het voorkomen van misbruiken. Deze bepaling maakt het mogelijk maatregelen te nemen die afwijken van de door artikel 4 van de richtlijn toegekende minimale bescherming.

37 Ook al kan het Hof zijn beoordeling niet in de plaats stellen van die van de nationale rechterlijke instanties, die bij uitsluiting bevoegd zijn tot vaststelling van de feiten van de hun voorgelegde zaak, moet er toch aan herinnerd worden dat de toepassing van een nationale regel ter voorkoming van misbruiken geen afbreuk mag doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten. In het bijzonder mogen de nationale rechterlijke instanties de door de betrokken richtlijn nagestreefde doelstellingen niet in gevaar brengen (zie in die zin arrest van 12 mei 1998, Kefalas e.a., C-367/96, Jurispr. blz. I-2843, punt 22).

38 Als uitzondering op een algemene regel moet artikel 10, sub a, van richtlijn 80/987 restrictief worden uitgelegd. De uitlegging van het artikel moet bovendien overeenstemmen met het sociale doel van de richtlijn, dat erin bestaat de werknemers een communautaire minimumbescherming bij insolventie van de werkgever te waarborgen door de honorering van onvervulde aanspraken uit arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen die betrekking hebben op het loon over een bepaalde periode (arresten van 10 juli 1997, Maso e.a., C-373/95, Jurispr. blz. I-4051, punt 56; 14 juli 1998, Regeling, C-125/97, Jurispr. blz. I-4493, punt 20, en 18 oktober 2001, Gharehveran, C-441/99, Jurispr. blz. I-7687, punt 26).

39 De in artikel 10, sub a, van richtlijn 80/987 bedoelde misbruiken zijn onrechtmatige praktijken die de waarborgfondsen schade berokkenen door een salarisaanspraak te fingeren en die voor deze fondsen aldus onrechtmatig een betalingsverplichting doen ontstaan.

40 De maatregelen die de lidstaten overeenkomstig artikel 10, sub a, van richtlijn 80/987 mogen nemen, moeten dus nodig zijn om dergelijke praktijken te voorkomen.

41 In het licht van bovenstaande overwegingen moet derhalve worden vastgesteld of de Oostenrijkse rechtspraak inzake de gelijkstelling van aandeelhoudersleningen met een kapitaalinbreng betrekking heeft op praktijken die een misbruik in de zin van artikel 10, sub a, van richtlijn 80/987 kunnen vormen.

42 Deze rechtspraak gaat uit van de volgende overwegingen:

— De aandeelhouder heeft de plicht voor een regelmatige financiering van de vennootschap te zorgen. Een aandeelhouder van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid hoeft het kapitaal dat die vennootschap in een crisisperiode nodig heeft, evenwel niet aan zijn eigen vermogen te onttrekken. Hij kan kiezen voor vereffening. Wanneer hij echter van plan is de vennootschap daadwerkelijk financieel te helpen, kan hij niet ten nadele van de schuldeisers handelen door voor deze bijdrage een financieringsvorm te kiezen die hem minder risicovol lijkt dan de kapitaalinbreng die objectief gezien moet plaatsvinden. In deze omstandigheden moet de bijdrage derhalve worden behandeld alsof het om een dergelijke inbreng ging.

— Deze beginselen, die een aandeelhouder de juridische behandeling ontzeggen die een derde ten deel zou vallen, moeten niet alleen worden toegepast op de toekenning van een lening aan de vennootschap, maar ook op andere handelingen van de aandeelhouders die economisch gelijk staan met de toekenning van een lening. In geval van een financiële noodtoestand van de vennootschap wordt derhalve het niet geldend maken door een aandeelhouder van zijn vorderingen, met inbegrip van vorderingen die uit een arbeidsverhouding voortvloeien, als kapitaalinbreng beschouwd.

— De herkwalificatie van de aanspraak als kapitaal wijzigt het karakter daarvan niet, maar leidt enkel tot uitstel van betaling totdat de financiële noodtoestand van de vennootschap voorbij is. Deze herkwalificatie vindt plaats ongeacht de bedoelingen van de aandeelhouder, wanneer deze van de noodtoestand op de hoogte kon zijn. Een vennootschap bevindt zich in een financiële noodtoestand wanneer zij niet meer kredietwaardig is, wat het geval kan zijn vóór haar insolventie.

— De aandeelhouder kan de herkwalificatie van zijn aanspraak voorkomen door het geld terug te vorderen en aldus de vereffening van de vennootschap te bespoedigen. De Oostenrijkse rechtspraak kent hem in dit opzicht een redelijke termijn tot nadenken toe, die in ieder geval niet langer is dan 60 dagen en ingaat op het moment waarop hij van de financiële noodtoestand van de onderneming kennis heeft kunnen nemen. Wanneer hij voor het verstrijken van deze termijn geen ernst maakt met het innen van zijn vordering, vindt de herkwalificatie van de vordering plaats.

43 Op basis van deze rechtspraak wordt de aandeelhouder-werknemer in voorkomend geval tegengeworpen dat hij niet binnen 60 dagen nadat hij op de hoogte kon zijn van het feit dat de vennootschap waarbij hij in dienst is niet meer kredietwaardig is, ernst heeft gemaakt met het geldend maken van de reeds bestaande loonaanspraken.

44 In dit verband moet worden vastgesteld dat het gedrag van een aandeelhouder die in een dergelijke situatie voor deze aanspraken Insolvenz-Ausfallgeld vordert, niet kan worden beschouwd als een onrechtmatige praktijk die een waarborgfonds schade berokkent. De betrokkene heeft immers niet kunstmatig de voorwaarden geschapen die voor het verkrijgen van Insolvenz-Ausfallgeld zijn vereist. Hij heeft slechts gehandeld als een gewone werknemer die het niet de moeite vindt om te proberen van een werkgever de honorering van een aanspraak te verkrijgen waaraan deze niet lijkt te kunnen voldoen.

45 Uit de verwijzingsbeschikking volgt dat de aandeelhouder-werknemer een tweede soort grief kan worden tegengeworpen, namelijk het feit dat hij, toen hij ervan op de hoogte kon zijn dat de vennootschap niet meer kredietwaardig was, heeft nagelaten ontslag te nemen wegens niet-betaling van zijn loon.

46 In dit opzicht moet worden vastgesteld dat de voortzetting van de arbeidsverhouding nadat de werknemer op de hoogte kon zijn van de financiële noodtoestand van de vennootschap, een onrechtmatige praktijk is die de waarborgfondsen schade berokkent wanneer daardoor kunstmatig de omstandigheden worden geschapen die nodig zijn om de bescherming te verkrijgen die richtlijn 80/987 verleent aan degenen die door insolvabiliteit van de werkgever worden getroffen.

47 Het enkele feit dat een aandeelhouder-werknemer zijn arbeidsverhouding voortzet na de datum waarop een werknemer die geen aandeelhouder is, in dezelfde omstandigheden ontslag zou hebben genomen wegens het uitblijven van zijn loon, vormt een aanwijzing voor onrechtmatige bedoelingen.

48 Een door een lidstaat ter voorkoming van misbruiken genomen maatregel die erin bestaat een aandeelhouder-werknemer de garantie van zijn na die datum ontstane onvervulde loonaanspraken te weigeren, vormt derhalve stellig een maatregel ter voorkoming van misbruiken in de zin van artikel 10, sub a, van richtlijn 80/987.

49 Het feit dat een aandeelhouder-werknemer de arbeidsverhouding heeft voortgezet na de datum waarop een werknemer die geen aandeelhouder is, ontslag zou hebben genomen wegens het uitblijven van zijn loon, wijst echter niet noodzakelijkerwijze op het bestaan van een misbruik.

50 Bovendien moet worden vastgesteld dat uit artikel 4, lid 2, eerste en tweede streepje, van richtlijn 80/987 volgt dat de gemeenschapswetgever van mening was dat het niet ongebruikelijk is dat een werknemer zijn werkzaamheden voortzet wanneer het loon nog niet langer dan drie maanden achterstallig is. Het zou daarom niet stroken met het doel van richtlijn 80/987 om er vanuit te gaan dat een werknemer die geen aandeelhouder is, in de regel vóór het verstrijken van die termijn ontslag zou hebben genomen wegens het uitblijven van zijn loon.

51 Overigens kan volgens artikel 10, sub b, van richtlijn 80/987 de lidstaat de in artikel 3 van de richtlijn bedoelde verplichting tot honorering van aanspraken of de in artikel 7 bedoelde verplichting tot garantie weigeren of beperken, indien blijkt dat nakoming van de verplichting niet gerechtvaardigd is wegens het bestaan van speciale banden tussen werkgever en werknemer en van gemeenschappelijke belangen die hun beslag hebben gekregen in bedrieglijke samenheuling tussen hen.

52 Gelet op de voorgaande overwegingen moeten de prejudiciële vragen worden beantwoord als volgt:

— Richtlijn 80/987 verzet zich ertegen dat een werknemer die een aanzienlijk aandeel heeft in de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarbij hij in dienst is, maar die daarop geen beslissende invloed heeft, op grond van de

Oostenrijkse rechtspraak inzake met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen, zijn door artikel 4, lid 2, van deze richtlijn geboden recht op honorering van wegens insolvabiliteit van de werkgever onvervuld gebleven aanspraken verliest wanneer hij na het voor hem kenbare verlies van kredietwaardigheid, gedurende meer dan 60 dagen geen ernst heeft gemaakt met het invorderen van zijn onbetaald gebleven loon.

— Een lidstaat is in beginsel bevoegd om ter voorkoming van misbruiken maatregelen te nemen die een dergelijke werknemer het recht ontzeggen op honorering van loonaanspraken die zijn ontstaan na de datum waarop een werknemer die geen aandeelhouder is, wegens het uitblijven van zijn loon ontslag zou hebben genomen, tenzij wordt vastgesteld dat er geen sprake is van onrechtmatig gedrag. Met betrekking tot de door artikel 4, lid 2, van richtlijn 80/987, zoals gewijzigd, geboden garantie dat aanspraken worden gehonoreerd, mag de lidstaat er niet vanuit gaan dat een werknemer die geen aandeelhouder is, om deze reden ontslag zou hebben genomen wanneer de betaling van het loon nog geen drie maanden is uitgebleven.

Kosten

53 De kosten door de Oostenrijkse regering en de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Oberste Gerichtshof bij beschikking van 26 april 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, zoals gewijzigd bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond, verzet zich ertegen dat een werknemer die een aanzienlijk aandeel heeft in de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarbij hij in dienst is maar die daarop geen beslissende invloed heeft, op grond van de Oostenrijkse rechtspraak inzake met kapitaalinbreng gelijk te stellen aandeelhoudersleningen, zijn door artikel 4, lid 2, van deze richtlijn geboden recht op honorering van wegens insolvabiliteit van de werkgever onvervuld gebleven aanspraken verliest wanneer hij na het voor hem kenbare verlies van kredietwaardigheid, gedurende meer dan 60 dagen geen ernst heeft gemaakt met het invorderen van zijn onbetaald gebleven loon.

2) **Een lidstaat is in beginsel bevoegd om ter voorkoming van misbruiken maatregelen te nemen die een dergelijke werknemer het recht ontzeggen op honorering van loonaanspraken die zijn ontstaan na de datum waarop een werknemer die geen aandeelhouder is, wegens het uitblijven van zijn loon ontslag zou hebben genomen, tenzij wordt vastgesteld dat er geen sprake is van onrechtmatig gedrag. Met betrekking tot de door artikel 4, lid 2, van richtlijn 80/987, zoals gewijzigd, geboden garantie dat aanspraken worden gehonoreerd, mag de lidstaat er niet vanuit gaan dat een werknemer die geen aandeelhouder is, om deze reden ontslag zou hebben genomen wanneer de betaling van het loon nog geen drie maanden is uitgebleven.**

Puissochet Gulmann Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 september 2003.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

J.-P. Puissochet