



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hof Amsterdam (OK) (rolnr. 200.142.777/01 OK: intrekken 403-verklaring dochtermaatschappij, ontslagvergoeding valt onder overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2014

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2014). Hof Amsterdam (OK) (rolnr. 200.142.777/01 OK: intrekken 403-verklaring dochtermaatschappij, ontslagvergoeding valt onder overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij). 209. Case note on: Hof Amsterdam, 23/07/14, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2014(12), 1525-1531.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

JAR 2014/209 Gerechtshof Amsterdam, 23-07-2014, 200.142.777/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2014:2887

Intrekken 403-verklaring, Ontslagvergoeding valt onder overblijvende aansprakelijkheid van de moedervenootschap

Publicatie	JAR 2014 afl. 12
Publicatiedatum	18 augustus 2014
College	Gerechtshof Amsterdam
Uitspraakdatum	23 juli 2014
Rolnummer	200.142.777/01 OK LJN ECLI:NL:GHAMS:2014:2887
Rechter(s)	mr. Faase mr. Makkink mr. Willems prof. dr. Van der Meer RA Cremers
Partijen	De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Van Lieshout Beleggingen BV te Beverwijk, appellante, advocaat: mr. J.W.J. Hijnen, kantoorhoudende te Enkhuizen, tegen Maria Petronella Koks te Beverwijk, geïntimeerde, advocaat: mr. J.F.R. Eisenberger, kantoorhoudende te Amsterdam.
Noot	mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Trefwoorden	Intrekken 403-verklaring, Ontslagvergoeding valt onder overblijvende aansprakelijkheid van de moedervenootschap,
Regelgeving	BW Boek 2 - 403 BW Boek 2 - 404 lid 2 en 3 BW Boek 6 - 2 lid 2

» **Samenvatting**

Op 19 mei 1987 heeft VLB ten aanzien van zes dochtervennootschappen, onder wie haar toenmalige dochtervennootschap Schildersbedrijf, een verklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1, onder f BW gedeponereerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel ("403-verklaring"). De werknemster is sinds 1974 in dienst van Schildersbedrijf. Bij verklaring van 16 september 2013 heeft VLB haar 403-verklaring ingetrokken en mededeling gedaan van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Bij beschikking van 23 december 2013 is de arbeidsovereenkomst met de werknemster ontbonden met toekenning van een vergoeding van € 113.000,= bruto. Bij beschikking van 11 februari 2014 heeft de rechtbank bepaald dat VLB zekerheid moet stellen ten behoeve van de werknemster voor de betaling van de vergoeding.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat de intrekking van een 403-verklaring geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid voor schulden die al onder de reikwijdte van de 403-verklaring vielen. De (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft, heeft in beginsel de vrijheid de reikwijdte daarvan in te perken. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervenootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst. Nu in het geval van VLB de 403-verklaring ter zake geen beperkingen inhoudt, is zij mede van toepassing op schulden voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van Schildersbedrijf met de werknemster. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's dient meer gewicht toe te komen aan de door VLB niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat de werknemster had kunnen weten dat Schildersbedrijf geen dochtervennootschap van VLB meer was en er voor VLB geen reden was om de aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf voortvloeiende schulden te handhaven. Ook indien sprake zou zijn van een "vergeten" 403-verklaring, vormt die omstandigheid niet een zodanig uitzonderlijke omstandigheid dat het beroep van VLB op toepassing van art. 6:2 lid 2 BW zou moeten slagen. De uitspraak van de rechtbank wordt bekrachtigd.

NB. Ook in «JAR» 2009/126 werd geoordeeld dat schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring zijn ontstaan uit overeenkomsten die daarvoor al waren aangegaan, onder de verklaring vallen. Zie over de 403-verklaring voorts «JAR» 2013/65.

» Uitspraak

1. Het verloop van het geding

1.1. De rechtbank Noord-Holland heeft bij onder nummer C/15/208622/HA RK 13-105 tussen geïntimeerde (hierna Koks te noemen) als verzoekster en appellante (hierna VLB te noemen) als verweerster gegeven beschikking van 11 februari 2014 – zakelijk weergegeven – bepaald dat VLB uiterlijk op 11 maart 2014 ten behoeve van Koks in de vorm van een bankgarantie zekerheid moet stellen voor betaling van € 113.000,= in verband met de door Van Lieshout Schildersbedrijf B.V. (hierna Schildersbedrijf te noemen) verschuldigde ontbindingsvergoeding, alsmede het verzet van Koks tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ingevolge een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW ongegrond verklaard indien VLB uiterlijk op 11 maart 2014 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld en gegrond verklaard indien VLB de genoemde bankgarantie niet tijdig heeft gesteld, VLB veroordeeld in de kosten van het geding aan de zijde van Koks gevallen en ten slotte de beschikking uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. Het gaat, mede gezien de in hoger beroep niet bestreden vaststellingen van de rechtbank, in deze zaak om het volgende.

2.2. Op 19 mei 1987 heeft VLB, toen nog genaamd Van Lieshout Holding B.V., ten aanzien van zes dochtervennootschappen, onder wie haar toenmalige dochtervennootschap Schildersbedrijf, een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1, onder f, BW gedeponereerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Haarlem en Omstreken te Haarlem (hierna de 403-verklaring te noemen).

2.3. De 403-verklaring houdt het volgende in:

“AANSPRAKELIJKSTELLING

[VLB] (...) verklaart, dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden, die voortvloeien uit de rechtshandelingen van:

[Schildersbedrijf],

Van Lieshout Autoschade B.V.

(...)”

2.4. VLB was in 1987 de houdstervennootschap van de drie broers Van Lieshout. De dochtervennootschappen van VLB hielden zich met name bezig met het autoschadebedrijf en het schildersbedrijf.

2.5. In juli 1990 zijn twee van de broers Van Lieshout (W.K.M. en M.J.) voortgegaan met het autoschadebedrijf, gedreven door Van Lieshout Autoschade B.V. (hierna Autoschade te noemen) en is de andere broer (E.W.J. Van Lieshout) voortgegaan met het schildersbedrijf, gedreven door Schildersbedrijf. Daartoe zijn de aandelen in Autoschade overgedragen aan een houdstervennootschap van welke de broers W.K.M. en M.J. Van Lieshout aandeelhouder waren (hierna Autoschade Holding B.V. te noemen), en zijn de aandelen in Schildersbedrijf overgedragen aan E.W.J. Holding B.V. van welke vennootschap E.W.J. Van Lieshout aandeelhouder was.

2.6. De drie broers, althans hun kinderen, zijn gezamenlijk aandeelhouder gebleven van VLB.

2.7. Sinds het overlijden van E.W.J. Van Lieshout (in 2007) en W.K.M. Van Lieshout (in 2011) zijn die kinderen (mede)aandeelhouders van respectievelijk E.W.J. Holding B.V. en Autoschade Holding B.V.

2.8. Koks is sinds 1974, althans sinds de oprichting van Schildersbedrijf op 1 december 1975, in dienst geweest van Schildersbedrijf. Aanvankelijk was zij werkzaam in administratieve functies; sinds mei 2004 maakte zij als adjunct-directeur (niet zijnde formeel bestuurder) deel uit van de directie.

2.9. Op 27 november 2007 heeft VLB haar hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van Autoschade en Van Lieshout Beheer B.V. (het is de Ondernemingskamer niet duidelijk geworden of met deze laatste vennootschap dezelfde wordt bedoeld als Autoschade Holding B.V.), ingetrokken.

2.10. Op 2 augustus 2013 heeft Schildersbedrijf een verzoekschrift ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst

met Koks.

2.11. Bij verklaring van 16 september 2013, geregistreerd door de Kamer van Koophandel op 24 september 2013, heeft VLB haar verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid uit 1987 ingetrokken en mededeling gedaan van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op grond van artikel 2:404 lid 3 BW. Als reden van intrekking is vermeld dat Schildersbedrijf met ingang van 16 oktober 1992 niet meer tot de groep van VLB behoort.

2.12. Op 18 september 2013 heeft de kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland beslist voornemens te zijn de arbeidsovereenkomst tussen Schildersbedrijf en Koks te ontbinden met ingang van 1 november 2013 onder toekenning van een schadevergoeding aan Koks van ruim € 225.900,=, met de bepaling dat Schildersbedrijf de gelegenheid heeft haar verzoek alsnog in te trekken. Schildersbedrijf heeft het ontbindingsverzoek op 30 september 2013 ingetrokken.

2.13. In een e-mail van “kvk.nl namens uittreksel-amsterdam@kvk.nl” aan Koks van 25 september 2013 is onder meer vermeld:

“Als enig aandeelhouder van [Schildersbedrijf] (...) is geregistreerd E.W.J. Holding B.V. (...).

Als moedermaatschappij van [Schildersbedrijf] is geregistreerd [VLB] (...). De oude statutaire naam van laatstgenoemde B.V. was tot 2 december 1992 Van Lieshout Holding B.V. Deze oude naam staat ook nog vermeld op de in het dossier van [Schildersbedrijf] aanwezige 403-verklaring. Zo’n 403-verklaring blijft door de jaren heen gewoon geldig (...). Een 403-verklaring vervalt pas wanneer deze wordt ingetrokken. Dit is in het dossier van [Schildersbedrijf] op 24 september 2013 gebeurd. [VLB] heeft zelf geen moedermaatschappij (...).

(...)”

Onder dit bericht is opgenomen de tekst van de van Koks ontvangen e-mail:

“(Uw vraag:)

(...)

Wilt u (...) voor mij uitzoeken hoe de structuur is van [Schildersbedrijf] (...).

Ik weet dat Van Lieshout Holding 100% aandelen heeft, die is de houdstermaatschappij van [Schildersbedrijf] (...). Bij het schildersbedrijf is er een 403 verklaring gedeponereerd.

Maar nu de structuur naar boven toe en of er bij Van Lieshout Beleggingen ook een 403 verklaring van toepassing is. (...)

2.14. VLB heeft van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op 30 oktober 2013 mededeling gedaan in een landelijk verspreid dagblad.

2.15. Op 7 november 2013 heeft Koks een verzoek tot ontbinding van haar arbeidsovereenkomst met Schildersbedrijf ingediend. Bij beschikking van 23 december 2013 heeft de voornoemde kantonrechter dat verzoek toegewezen en de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2014 ontbonden onder toekenning aan Koks van een vergoeding van € 113.000,= ten laste van Schildersbedrijf.

2.16. Bij verzoekschrift van 15 november 2013 is Koks op grond van artikel 2:404 lid 5 BW in verzet gekomen tegen het in 2.14 hiervoor bedoelde voornemen van VLB.

2.17. Bij vonnis van 21 januari 2014 van de Rechtbank Noord-Holland is Schildersbedrijf in staat van faillissement verklaard.

3. De gronden van de beslissing

3.1. De Ondernemingskamer stelt voorop dat de intrekking van een 403-verklaring als de onderhavige geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid voor schulden die al onder de reikwijdte van de – inmiddels ingetrokken – 403-verklaring vielen. De aansprakelijkheid voor deze schulden wordt in artikel 2:404 lid 3 BW aangeduid als de “overblijvende aansprakelijkheid”. Onder omstandigheden, namelijk indien is voldaan aan de vier cumulatief geldende voorwaarden vermeld in artikel 2:404 lid 3 aanhef en onder a tot en met d BW, kan de rechtspersoon die zich op de voet van artikel 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk had gesteld voor schulden van een dochtervennootschap ook bewerkstelligen dat die overblijvende aansprakelijkheid eindigt. Daartoe strekt het thans aan de orde zijnde voornemen van VLB en daartegen richt zich het verzet van Koks.

3.2. De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering van Koks uit hoofde van de ontbindingsvergoeding niet wordt geraakt door de intrekking van de 403-verklaring en dat Koks moet worden aangemerkt als een schuldeiser voor wier vordering de aansprakelijkheid van VLB nog loopt. De rechtbank heeft daartoe in de beschikking waarvan beroep in de rechtsoverwegingen 3.5 tot en met 3.10 – samengevat – overwogen dat de 403-verklaring van toepassing is op de

schulden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen Schildersbedrijf en Koks, dat de door de kantonrechter vastgestelde beëindigingsvergoeding een zodanige schuld is, dat die schuld opeisbaar is sinds de datum van het vonnis, 23 december 2013, en dat de overblijvende aansprakelijkheid eerst ná 30 december 2013 (twee maanden na 30 oktober 2013) tot een einde kan komen, zodat de aansprakelijkstelling van VLB van toepassing is op de schuld van Schildersbedrijf uit hoofde van de ontbindingsvergoeding. Aan het verweer van VLB dat de vordering van Koks teniet zou zijn gegaan door verrekening met tegenvorderingen van Schildersbedrijf, is de rechtbank voorbij gegaan, en het verweer dat sprake zou zijn van een “vergeten 403-verklaring” heeft zij verworpen. De rechtbank heeft tot slot geen grond gezien om op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW te concluderen dat de aansprakelijkheid van VLB jegens Koks buiten toepassing moet worden gelaten omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

3.3. De eerste grief van VLB strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte heeft beslist dat de schuld van Schildersbedrijf uit hoofde van de ontbindingsvergoeding onder de (overblijvende) aansprakelijkheid van VLB ingevolge de 403-verklaring valt. Deze grief valt in twee delen uiteen. Zij houdt in de eerste plaats in, dat de bewuste schuld niet wordt geraakt door de aansprakelijkstelling omdat de arbeidsovereenkomst met Koks door Schildersbedrijf al in 1975, derhalve vóór de aansprakelijkstelling door VLB, is aangegaan. Gelet op de ratio van de 403-verklaring – te weten, het bieden van bescherming aan potentiële schuldeisers die hun beslissing om al of niet met de dochtervennootschap te contracteren, niet meer op de jaarstukken van de dochtervennootschap kunnen baseren – is er geen reden om de rechtsverhouding van Koks met Schildersbedrijf onder de bescherming van de 403-verklaring te brengen, aldus VLB. Voorts is de schuld uit hoofde van de ontbindingsvergoeding volgens haar ook niet uit die rechtsverhouding voortgevloeid omdat in casu de ontbinding van de arbeidsrelatie niet door de werkgever maar door de werknemer zelf is verzocht. En tot slot is de onderhavige schuld ook pas na de intrekking van de 403-verklaring op 16 september 2013, namelijk op 1 januari 2014, ontstaan en opeisbaar geworden, zo stelt VLB.

3.4. Subsidiar houdt de eerste grief van VLB in dat de schuld van Schildersbedrijf evenmin onder haar (VLB's) op grond van artikel 2:404 BW overblijvende aansprakelijkheid valt. Die overblijvende aansprakelijkheid eindigt volgens VLB twee maanden nadat in een landelijk verspreid dagblad – op 30 oktober 2013 – de mededeling is gepubliceerd van het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkstelling (zie artikel 2:404 lid 3, aanhef en onder c, BW). De vergoeding is door de kantonrechter pas per 1 januari 2014 toegekend, derhalve meer dan twee maanden ná deze laatste relevante datum. VLB heeft er voorts op gewezen dat in de literatuur wel wordt aangenomen dat er in de gegeven omstandigheden hoe dan ook geen sprake is van overblijvende aansprakelijkheid omdat de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit is aangegaan vóór het aansprakelijkheidstijdvak en de schuld pas ná intrekking van de aansprakelijkstelling is ontstaan of opeisbaar geworden.

3.5. De Ondernemingskamer overweegt dat de (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft, in beginsel de vrijheid heeft de reikwijdte daarvan – in duur of anderszins – in te perken. De omvang van die reikwijdte hangt in belangrijke mate af van (de uitleg van) de bewoordingen van de verklaring. De strekking van een 403-verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet, kan daarbij ook een rol spelen, maar dient niet voorop te staan. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing naar het oordeel van de Ondernemingskamer mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst (vgl. onder meer Hof Amsterdam 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, NJ 2004, 87).

3.6. Nu in het geval van VLB de 403-verklaring terzake geen beperkingen inhoudt, is zij mede van toepassing op schulden voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van Schildersbedrijf met Koks. Dit geldt evenzeer voor de onderhavige ontbindingsvergoeding; dat deze voortvloeit uit de arbeidsrelatie staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer buiten kijf. De omstandigheid, dat de ontbinding (uiteindelijk) is verzocht door Koks en niet door Schildersbedrijf, doet aan het voorgaande niet af. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van VLB, ingevolge de 403-verklaring, voor die vergoeding gaat het niet om “schuld” in de zin van verwijtbaarheid maar om (kleurloze) “verschuldigdheid”.

Voorts valt het ontstaansmoment van de vordering op (en de schuld van) Schildersbedrijf binnen het “aansprakelijkheidstijdvak”: daarbij gaat het immers om de datum van het vonnis van de kantonrechter (23 december 2013), dat daartoe constitutief is; nu vaststaat dat Koks op 15 november 2013 tijdig tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van VLB in verzet is gekomen (en dat verzet niet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard), is niet voldaan aan de in artikel 2:404 lid 3, aanhef en onder d, BW bedoelde voorwaarde en is de aansprakelijkheid van VLB jegens haar niet beëindigd, niet vóór 23 december 2013 en ook niet daarna.

3.7. De aan de regeling van de 403-verklaring ten grondslag liggende ratio noopt in dit verband niet tot een ander oordeel, ook niet indien, zoals VLB nog heeft gesteld, de ontdekking van het bestaan van de 403-verklaring voor Koks de aanleiding is geweest om zelf een ontbindingsverzoek in te dienen en zich vervolgens voor betaling van de haar toegekende vergoeding tot VLB te wenden omdat zij was geconfronteerd met het “habe-nichtsverweer” van Schildersbedrijf.

3.8. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen moet de eerste grief van VLB worden verworpen. Hetgeen VLB in dit verband overigens nog naar voren heeft gebracht leidt op deze punten niet tot een ander oordeel.

3.9. De overige grieven van VLB lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij richten zich, in de kern genomen, tegen het oordeel van de rechtbank dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat Koks een beroep doet op de 403-verklaring. VLB heeft in dit verband gesteld dat het tegen de achtergrond van alle feiten en omstandigheden van het geval volstrekt onredelijk zou zijn dat Koks haar nu met succes zou kunnen aanspreken voor schulden van Schildersbedrijf. Er is (althans was) sprake van een “vergeten” 403-verklaring: sinds de jaren '90 had zij niets meer van doen met Schildersbedrijf en in november 2007 was om dezelfde reden ook de aansprakelijkstelling ter zake van Autoschade al ingetrokken. Voorts was de welbewuste keuze van Koks om een arbeidsrelatie met Schildersbedrijf aan te gaan, niet (mede) gebaseerd op de latere 403-verklaring van VLB; Koks was pas na ontvangst van die – op dat moment reeds ingetrokken – verklaring (eind september 2013) op de hoogte van de inhoud en reikwijdte van die verklaring en kan nooit daarop hebben vertrouwd. Ook kan Koks geen beroep op de verklaring doen omdat zij wist of behoorde te weten dat Schildersbedrijf sinds de negentiger jaren geen dochtervennootschap meer van VLB was; Koks was adjunct-directeur en wist dat Schildersbedrijf een eigen jaarrekening publiceerde, aldus (nog steeds) VLB.

3.10. De Ondernemingskamer komt op dit punt niet tot een andere conclusie dan de rechtbank. Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW) behoort slechts in uitzonderlijke gevallen te worden gehonoreerd. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's dient naar het oordeel van de Ondernemingskamer meer gewicht toe te komen aan de door VLB niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat Koks – geobjectiveerd bezien – had kunnen weten dat Schildersbedrijf geen dochtervennootschap van VLB meer was en er voor VLB geen reden was om de aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf voortvloeiende schulden te handhaven.

De Ondernemingskamer heeft hierbij in aanmerking genomen dat het, gelet op hetgeen is vermeld in 2.8 en 2.13 en ter terechtzitting door Koks daaromtrent is verklaard, niet aannemelijk is te achten dat Koks daadwerkelijk op de hoogte is geweest van de “ontvlechting” van de Van Lieshout groep in de negentiger jaren en van het gegeven dat VLB niet langer de moedervennootschap van Schildersbedrijf was. Gelet voorts op de lange duur van Koks' arbeidsrelatie met Schildersbedrijf, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden gezegd dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om de hoofdelijke aansprakelijkheid van VLB jegens Koks van toepassing te achten. Ook indien sprake zou zijn van een “vergeten” 403-verklaring, vormt die omstandigheid naar het oordeel van de Ondernemingskamer, alle betrokken belangen afwegende, niet een zodanig uitzonderlijke omstandigheid dat het beroep van VLB op toepassing van artikel 6:2 lid 2 BW zou moeten slagen.

3.11. Voor zover VLB nog heeft aangevoerd dat haar huidige financiële positie aan betaling van de onderhavige ontbindingsvergoeding in de weg staat, heeft zij deze stelling op geen enkele wijze voldoende (adequaat) met stukken gestaafd. Uit de door haar wél overgelegde (deponerings-) balans per 31 december 2011 (met vergelijkingscijfers per 31 december 2010) blijkt van een eigen vermogen van ruim € 1 miljoen. De omstandigheden dat VLB nagenoeg geen activiteiten ontplooit en alleen de juridische eigendom van het bedrijfspand houdt, waarvan de huuropbrengsten toekomen aan Stichting Administratiekantoor Van Lieshout als economisch eigenaresse, dat die opbrengsten mede strekken tot pensioenvoorziening van haar aandeelhouders en dat VLB ook feitelijk onvoldoende liquide middelen heeft om een vordering van € 113.000,= te kunnen voldoen, kunnen niet leiden tot de conclusie dat van VLB geen volledige voldoening van de aan Koks toegekende vergoeding kan worden gevergd, laat staan dat een zodanige voldoening in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

3.12. Het bewijsaanbod van VLB wordt als onvoldoende gespecificeerd en niet ter zake dienend gepasseerd. Ook het verweer van VLB dat Schildersbedrijf een tegenvordering op Koks zou hebben van gelijke grootte wordt als in deze niet ter zake dienend verworpen.

3.13. De slotsom op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is dat het hoger beroep van VLB ongegrond is en de uitspraak van de rechtbank moet worden bekrachtigd. VLB zal, ten slotte, als de in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

bekrachtigt de beschikking van de rechtbank Noord-Holland van 11 februari 2014 in de zaak met rekestnummer C/15/208622/HA RK 13-105;

veroordeelt Van Lieshout Beleggingen B.V. in de kosten van het geding in hoger beroep, deze aan de zijde van Koks tot op heden begroot op € 2.990,=;

verklaart deze beschikking wat de kostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

Wanneer binnen een concern gebruik wordt gemaakt van de in artikel 2:403 BW opgenomen jaarrekeningvrijstelling is (of zijn) de dochtermaatschappij(en) vrijgesteld van de in Titel 9 Boek 2 BW neergelegde voorschriften op het gebied van de inrichting, controle en openbaarmaking van de jaarrekening en het jaarverslag. Op grond van artikel 2:403 lid 1 sub f BW moet de moedermaatschappij in een bij het handelsregister gedeponeerde verklaring schriftelijk hebben verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van de dochtermaatschappij(en) voortvloeiende schulden. Ook de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met een vrijgestelde dochtermaatschappij kan een beroep doen op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring. In procedures waarin een werknemer van een dochtermaatschappij een beroep doet op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring, legt de rechter de omvang en reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op basis van de 403-verklaring doorgaans ruim uit (zie hierover nader mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, par. 6.5)). Zo ook de OK in deze beschikking.

De OK oordeelt dat een ontbindingsvergoeding ex artikel 7:658 BW eveneens als een schuld in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW moet worden aangemerkt (zo ook Hof Amsterdam 26 juli 2001, *NJ* 2004, 87 en Rb. Amsterdam 20 december 2000, «JAR» 2001/36). Dit lijkt mij juist, maar vanzelf spreekt dit niet. In de wetsgeschiedenis van artikel 2:403 BW werd bevestigd dat onder uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden eveneens "schadevergoedingen wegens vernietiging en ontbinding van overeenkomsten" vallen (*Kamerstukken II* 1973/74, 11 005, nr. 64, p. 2). De ontbindingsvergoeding is echter geen schadevergoeding, maar een vergoeding die naar billijkheid wordt vastgesteld door de kantonrechter bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In mijn dissertatie heb ik betoogd dat ik het in lijn acht met de ratio van de jaarrekeningsvrijstelling dat door de rechter toegekende vergoedingen in verband met de beëindiging van de overeenkomst, ongeacht hun grondslag, onder de 403-verklaring vallen (zie par. 6.5.3 van mijn dissertatie). Ook het feit dat in het aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggende artikel 57 lid 1 sub c van de Vierde EEG-richtlijn betreffende de jaarrekening (Richtlijn 78/660/EEG) wordt gesproken van een garantverklaring voor de door de dochtermaatschappij "aangegane verplichtingen" rechtvaardigt deze ruimere uitleg van de woorden "uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden" in artikel 2:403 BW.

Wanneer de moedermaatschappij de door haar gedeponeerde 403-verklaring intrekt, is zij niet meer hoofdelijk aansprakelijk voor schulden die voortvloeien uit na dat tijdstip door de dochtermaatschappij aangegane rechtshandelingen. Voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die de dochtervennootschap vóór de intrekking van de 403-verklaring aanging, geldt dat deze onder de overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij blijven vallen ex artikel 2:404 lid 2 BW. De OK oordeelt dat de na de intrekking van de 403-verklaring aan de werknemster toegekende ontbindingsvergoeding onder de overblijvende aansprakelijkheid valt. Ook op dit punt legt de OK de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring ruim uit. De arbeidsovereenkomst met de werknemster werd immers aangegaan voorafgaand aan de deponering van de 403-verklaring. Is het juist dat de werknemster een beroep toekomt op de overblijvende aansprakelijkheid terwijl er bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst - de rechtshandeling - geen 403-verklaring was gedeponeerd? De OK motiveert dit niet. Hoewel de wetsgeschiedenis hierover zwijgt, wordt in rechtspraak en literatuur wel aangenomen dat schulden die na de intrekking van de 403-verklaring voortvloeien uit reeds voor de deponering van die 403-verklaring aangegane rechtshandelingen niet onder de overblijvende aansprakelijkheid vallen (zie o.a. Rb. Rotterdam 16 april 2009, «JOR» 2009/161, Bartman & Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 257 en par. 6.5.6 van mijn dissertatie).

De moedermaatschappij kan haar overblijvende aansprakelijkheid na de intrekking van de 403-verklaring beëindigen wanneer wordt voldaan aan de vier voorwaarden in artikel 2:404 lid 3 BW. De belangrijkste voorwaarde is dat de dochtermaatschappij niet langer behoort tot de groep. Een andere voorwaarde is dat de schuldeiser van de dochtermaatschappij niet tijdig in verzet is gegaan tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, dit verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard. In de onderhavige uitspraak behoorde de vrijgestelde groepsmaatschappij waarbij de werknemster in dienst was al sinds 1992 niet meer tot de groep en stelde de moedermaatschappij te zijn 'vergeten' haar hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:404 lid 2 BW te beëindigen. Doordat de werknemster tijdig in verzet is gekomen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, kan zij nog steeds een beroep doen op de overblijvende aansprakelijkheid.

De OK acht het beroep van de werknemster op de 403-verklaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook niet onaanvaardbaar. Dat sprake was van een al meer dan twintig jaar 'vergeten' 403-verklaring en de werknemster op grond van haar functie als adjunct-directeur zou hebben kunnen weten dat haar werkgever geen dochtermaatschappij meer was van de moedermaatschappij vormt voor de OK geen aanleiding het beroep van de werknemster op de 403-verklaring af te wijzen op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hoewel, zoals de OK ook overweegt, een dergelijk beroep in verband met de rechtszekerheid slechts in uitzonderlijke gevallen behoort te worden gehonoreerd, meen ik dat de OK op grond van de feitelijke omstandigheden in deze zaak ook anders had kunnen oordelen. Nass heeft een jaar geleden een inventarisatie gemaakt van omstandigheden die van belang zijn voor een succesvol beroep de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ingeval van een beroep op een 'vergeten' 403-verklaring (zie A.G.S. Nass, *Ondernemingsrecht* 2013/95). Verschillende van de door Nass onderscheiden omstandigheden waren in deze zaak aan de orde, zoals de wetenschap die de crediteur had (moeten hebben) over het kennelijk abusievelijk handhaven van de 403-verklaring, dat de groepsband al lang geleden werd verbroken en de

omstandigheid dat sindsdien geen consolidatie van de jaarrekening meer had plaatsgevonden. In de beschikking van de OK lees ik echter tussen de regels door dat de omstandigheid dat het hier ging om een werkneemster die een beroep deed op de 403-verklaring, en deze 'vergeten' 403-verklaring pas werd ingetrokken nadat duidelijk was dat aan haar een aanzienlijke ontbindingsvergoeding zou worden toegekend, voor de OK van doorslaggevende betekenis zijn geweest bij de afwijzing van het beroep van de moedermaatschappij op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer