



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen

Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**

2011

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Ondernemingsrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Zwemmer, J. P. H. (2011). De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen. *Ondernemingsrecht*, 2011(6), 223-232. Article 45.

**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.

# De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen

45

In Titel 9 Boek 2 BW is voor de in die titel bedoelde rechtspersonen en vennootschappen bepaald dat hun op te stellen jaarrekeningen, jaarverslagen en overige gegevens moeten voldoen aan inrichtingsvereisten, onderworpen zijn aan accountantscontrole en ten kantore van het Handelsregister moeten worden neergelegd. In beginsel gelden deze verplichtingen ook voor elke afzonderlijke tot een groep behorende rechtspersoon. Onder bepaalde in art. 2:403 BW geregelde voorwaarden kan een groepsmaatschappij hiervan echter afzien. De moedermaatschappij moet zich dan onder meer in een schriftelijke, bij het Handelsregister gedeponeerde verklaring, hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van deze vrijgestelde groepsmaatschappij. Onder deze rechtshandelingen vallen tevens de arbeidsovereenkomsten van werknemers van de groepsmaatschappij. De arbeidsovereenkomst is een duurovereenkomst waarbij partijen over en weer gedurende een bepaalde of onbepaalde tijd opeenvolgend of terugkerend gelijke of gelijksoortige prestaties verrichten. Uit de arbeidsovereenkomst vloeien dus 'voortdurend' verplichtingen voort voor die groepsmaatschappij. Uit de (lagere) rechtspraak, waarin de omvang en reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor uit arbeidsovereenkomsten en andere duurovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen van haar vrijgestelde groepsmaatschappij centraal stond, volgt dat deze weliswaar ruim wordt uitgelegd, maar dit in elke uitspraak op een andere en soms ook weinig consistente wijze wordt gemotiveerd. Besproken wordt voor welke uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen de moedermaatschappij aansprakelijk is en welke werknemers van de vrijgestelde groepsmaatschappij een beroep kunnen doen op de 403-aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Daarna komt de omvang van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij na intrekking van de 403-verklaring aan de orde – de zogenoemde doorlopende overblijvende aansprakelijkheid – en stel ik een begrenzing van de duur van deze doorlopende overblijvende aansprakelijkheid voor.

## 1. Inleiding

In de (lagere) rechtspraak wordt op uiteenlopende wijze geoordeeld over de omvang en reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor uit arbeidsovereenkomsten en andere duurovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen van haar vrijgestelde groepsmaatschappij. Hierna bespreek ik de achtergrond en ratio van de jaarrekeningvrijstelling van art. 2:403 BW en komt aan de hand van deze rechtspraak aan de orde voor welke verplichtingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij de moedermaatschappij aansprakelijk is op grond van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW. Daarbij besteed ik bijzondere aandacht aan de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Tot slot ga ik in op de gevolgen van de intrekking van de 403-verklaring door de moedermaatschappij.

## 2. De 403-jaarrekeningvrijstelling

In Titel 9 Boek 2 BW is voor de in die titel bedoelde rechtspersonen en vennootschappen bepaald dat hun op te stellen jaarrekeningen, jaarverslagen en overige gegevens moeten voldoen aan inrichtingsvereisten, onderworpen zijn aan accountantscontrole en ten kantore van het Handelsregister moeten worden neergelegd. Onder bepaalde in art. 2:403 BW geregelde voorwaarden kan hiervan worden afgezien. Als die voorwaarden zijn vervuld, ontstaat de bevoegdheid af te wijken van de inrichtingsvereisten voor de jaarrekening. In dat geval is er tevens van rechtswege vrijstelling van de inrichtingsvereisten voor het jaarverslag en overige gegevens, van de accountantscontroleplicht en van de verplichting tot openbaarmaking ten kantore van het Handelsregister. Bovendien behoeft het jaarverslag niet aan de algemene vergadering te worden verstrekt. De hier bedoelde vrijstelling is als optie voor de lidstaten van de EU in de Vierde EEG-richtlijn<sup>2</sup> inzake het vennootschapsrecht betreffende de (enkelvoudige) jaarrekening opgenomen. Slechts een paar lidstaten heeft hiervan gebruikgemaakt, waaronder Nederland.

Om gebruik te kunnen maken van de jaarrekeningvrijstelling moet worden voldaan aan de in art. 2:403 lid 1 BW genoemde voorwaarden.<sup>3</sup> Zo moeten de financiële gegevens van de vrijgestelde groepsmaatschappij zijn geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij en moet de moedermaatschappij zich in een schriftelijke, bij het Handelsregister gedeponeerde verklaring,

1. Mr. J.P.H. Zwemmer is advocaat te Amsterdam en promovendus bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam.

2. Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978.

3. In art. 2:403 lid 4 en 5 BW zijn enigszins van art. 2:403 lid 1 onderdeel a BW afwijkende voorwaarden opgenomen voor tot een groep behorende banken en verzekeringsmaatschappijen.

hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de van openbaarmaking vrijgestelde groepsmaatschappij. De gedachte achter deze voorwaarden is dat de mogelijkheid tot kennisgeving van de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij en de 403-verklaring compenserende waarborgen bieden aan (potentiële) schuldeisers van de van openbaarmaking van haar jaarrekening vrijgestelde groepsmaatschappij.<sup>4</sup> Daarom moet de moedermaatschappij – wanneer haar groepsmaatschappij besluit gebruik te gaan maken van de vrijstelling – de 403-verklaring uiterlijk op het moment dat deze groepsmaatschappij haar jaarrekening openbaar had moeten maken deponeren, wil de groepsmaatschappij vrijgesteld zijn van openbaarmaking van haar jaarrekening over het daarvoor liggende boekjaar. Wordt in de 403-verklaring geen ingangsdatum vermeld, dan zal de dag waarop deze wordt gedeponneerd de ingangsdatum zijn.<sup>5</sup> De in art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW neergelegde aansprakelijkheidsvoorwaarde is een eenzijdige rechtshandeling van de moedermaatschappij en jegens de schuldeisers van de vrijgestelde groepsmaatschappij is de inhoud van de door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring bepalend. Dit laatste blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2002.<sup>6</sup> Wel moet nu nog worden ingegaan op de vraag of de inhoud van de verklaring in alle gevallen toereikend is voor de toepassing van art. 2:403 BW.

### 3. Hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij

Art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW bepaalt dat de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk moet stellen voor de 'uit rechtshandelingen' van de groepsmaatschappij 'voortvloeiende schulden'. Het aangaan van een arbeidsovereenkomst is een rechtshandeling en art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW heeft dus tevens betrekking op uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende schulden.<sup>7</sup> Omdat gesproken wordt over rechtshandelingen, vallen schulden uit verbintenissen uit de wet, zoals die uit onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling en zaakwaarneming, maar ook belasting-schulden<sup>8</sup> en premies voor sociale verzekeringen,<sup>9</sup> niet onder het bereik van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW. Uit de

wetsgeschiedenis volgt dat het woord 'schulden' niet in de beperkte zin van het begrip geldschulden dient te worden gelezen. Daaronder vallen tevens 'schadevergoedingen wegens vernietiging en ontbinding van overeenkomsten'.<sup>10</sup> Beckman<sup>11</sup> stelt, mede onder verwijzing naar de ruime betekenis van de term 'verplichtingen' uit de Vierde EEG-richtlijn, dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij de verplichting tot nakoming van de verbintenissen van de groepsmaatschappij betreft, bijvoorbeeld de verplichting tot levering van een goed of een werk. Kan of wil de moedermaatschappij niet nakomen, dan kan de schuldeiser van de vrijgestelde groepsmaatschappij vervangende schadevergoeding vorderen bij de moedermaatschappij. In navolging hiervan concludeert Van Solinge<sup>12</sup> dat wanneer de moedermaatschappij een niet in geld luidende verplichting van de groepsmaatschappij wel nakomt, zij daardoor bevrijdend betaalt aan de schuldeiser van de groepsmaatschappij en deze dan geen recht heeft op schadevergoeding.

### 4. Uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen

Onder de aansprakelijkheid van art. 2:403 lid onderdeel f BW (hierna 403-verklaring) valt dus meer dan het gebruik van de term 'schulden' in deze bepaling doet vermoeden. Deze impliceert de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij tot nakoming van de verbintenissen van de vrijgestelde groepsmaatschappij en – onder meer wanneer de moedermaatschappij deze niet kan of wil nakomen – voor betaling van schadevergoedingen wegens de ontbinding of vernietiging van verbintenissen van de groepsmaatschappij. De vraag is dan welke verplichtingen de groepsmaatschappij jegens haar werknemers heeft op grond van de arbeidsovereenkomst, die als nakoming van de arbeidsovereenkomst kunnen worden gekwalificeerd. Dat hieronder het loon, de bonus, de vakantietoeslag, de pensioenbijdrage van de werkgever, de werkgeversbijdrage in de ziektekostenverzekering van de werknemer en alle andere primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden vallen, lijkt mij onbetwist. Voor schadevergoedingen wegens de ontbinding of vernietiging van overeenkomsten volgt uit de hiervoor besproken wetsgeschiedenis dat deze vorderingen tevens worden geacht te vallen onder de 403-verklaring. Dat betekent dan dat vorderingen van de werknemer van de groepsmaatschappij ex art. 7:611 BW (goed werkgeverschap), art. 7:658 BW (zorgplicht werkgever), art. 7:677 lid 4 BW (onregelmatige beëindiging arbeidsovereenkomst), art. 7:681 BW (kennelijk onredelijk ontslag) en art. 7:685 BW en art. 7:686 BW (ontbinding) onder het bereik van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW vallen.

In de (lagere) jurisprudentie werd elke vordering die de werknemer had op de vrijgestelde groepsmaatschappij in haar hoedanigheid van werkgever geacht te vallen onder de door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring.

4. Zie voorts Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen* (IVO-serie deel 25), Deventer: Kluwer 1995, p. 6.

5. Zie Koning & Kiersch in Tekst & Commentaar BW (zevende druk), art. 2:403 BW, aant. 1. In haar uitspraak van 2 maart 2005 (VN 2005/31.23, JOR 2005/116 m.nt. C.M. Harmsen) oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage dat de 403-verklaring inging op de datum waarop zij was gedagtekend, omdat de moedermaatschappij daarmee naar haar oordeel had beoogd de verklaring per die datum te laten werken.

6. HR 28 juni 2002, NJ 2002/447 (AKZO/ING) m.nt. J.M.M. Maelier en JOR 2002/136 m.nt. S.M. Bartman. Zie over dit arrest ook Beckman, *Ondernemingsrecht* 2002-15, p. 485.

7. Zie over de 403-verklaring en de arbeidsovereenkomst tevens Bartman, 'Werkgeversverplichtingen onder de art. 403-verklaring', *Arbeidsrecht* 2002-6/7, p. 22-27.

8. Zo ook Gülcher, 'Reikwijdte van de aansprakelijkstelling in het kader van de groepsvrijstelling', *TVVS* 1989, p. 162.

9. HR 4 oktober 1996, NJ 1997/187.

10. *Kamerstukken II* 1973/74, 11 005, nr. 64, p. 2.

11. Beckman, op.cit., p. 293.

12. Van Solinge, *Ondernemingsrecht* 2004-7, p. 277.

Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 20 december 2000<sup>13</sup> dat de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring aansprakelijk was tot betaling van loonvorderingen en ontslagvergoedingen aan werknemers van haar vrijgestelde groepsmaatschappij, omdat deze waren veroorzaakt door gedragingen (handelen of nalaten) van de groepsmaatschappij in het kader van de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers. In haar uitspraak van 16 november 2005<sup>14</sup> oordeelde de Rechtbank Haarlem dat wanneer de wet een preferentie verbindt aan een vordering van een schuldeiser op de groepsmaatschappij, deze preferentie tevens tegenover de moedermaatschappij geldt wanneer de schuldeiser de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring aanspreekt. In dit geval was de schuldeiser werknemer van KPNQwest IP Services B.V. (dochtermaatschappij) en had KPNQwest N.V. (moedermaatschappij) een 403-verklaring gedeponeerd. In 2002 failleerden zowel de moeder- als de dochtermaatschappij. De werknemer had een bevoorrechte vordering op grond van art. 3:288 onderdeel e BW (vordering uit arbeidsovereenkomst) in het faillissement van de dochtermaatschappij en vorderde op grond van de door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring toelating van zijn vordering met de daaraan door de wet verbonden preferentie in het faillissement van de moedermaatschappij. De curatoren van de moedermaatschappij stelden zich op het standpunt dat de preferentie voortvloeide uit de wet en niet uit een rechtshandeling en dat deze daarom niet viel onder het bereik van de 403-verklaring. De rechtbank oordeelde echter dat wanneer de wet een preferentie verbindt aan een vordering van een schuldeiser op de dochtermaatschappij, deze preferentie tevens tegenover de moedermaatschappij geldt wanneer de schuldeiser de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring aanspreekt. Zij overwoog daarbij dat wanneer de wet aan zekere rechtshandelingen bepaalde in de wet geregelde gevolgen verbindt, dat niet betekent dat deze gevolgen een zelfstandige verbintenis uit de wet vormen die niet onder de reikwijdte van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW vallen. De in de wet geregelde preferentie kleefde aan de door de dochtermaatschappij met de werknemer aangegane arbeidsovereenkomst. In haar vonnis van 28 juli 2010<sup>15</sup> kwam de Rechtbank Haarlem echter tot een tegengestelde beslissing en dat ook nog in een zaak waarin een andere werknemer van datzelfde gefailleerde KPNQwest IP Services B.V. met zijn bevoorrechte vordering ex art. 3:288 onderdeel e BW toelating vorderde in het faillissement van KPNQwest N.V. op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring. In deze zaak oordeelde de Rechtbank Haarlem dat de werknemer de wettelijke preferentie van art. 3:288 onderdeel e BW niet kon invoeren in het faillissement van de

moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring. De rechtbank overwoog dat het object van de preferentie uitsluitend het vermogen van de werkgever, de dochtermaatschappij, betrof en de stelling van de werknemer, dat hij de preferentie tevens in het faillissement van de moedermaatschappij kon invoeren op grond van haar 403-verklaring, geen steun vond in de wet. In zijn noot onder deze uitspraak merkt Bartman op dat hij op grond van de ratio van de 403-verklaring meer voelt voor de benadering van de Rechtbank Haarlem in haar uitspraak uit 2005. Hij is van mening dat de 'compenserende medeschuldenaarstelling' van de moedermaatschappij als tegenwicht van de ontheffing van de jaarrekeningspublicatieverplichting van de groepsmaatschappij een volwaardige compensatie dient te zijn en daarom mede dient te omvatten het voorrecht dat de wet in voorkomend geval aan de vordering verbindt. Bartman kan zich daarom beter vinden in de meer ondernemingsrechtelijke duiding van de 403-verklaring in de eerdere uitspraak van de Rechtbank Haarlem dan de strikt vermogensrechtelijke in haar uitspraak van 28 juli 2010. Ik ben het daarmee eens. Mijns inziens is binnen voormelde ondernemingsrechtelijke benadering geen sprake van een bevoorrechte vordering ex art. 3:288 onderdeel e BW in zowel het faillissement van de dochter- als in dat van de moedermaatschappij, maar van een (wettelijk) bevoorrechte vordering in het faillissement van de dochtermaatschappij en een vordering die als gevolg van het daaraan verbonden voorrecht in het faillissement van de dochtermaatschappij een vergelijkbare rang of waarde heeft in het faillissement van de moedermaatschappij. Op dezelfde voet geldt dat mijns inziens voor andere op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde, uit de wet voortvloeiende rechten en verplichtingen van een vrijgestelde groepsmaatschappij jegens haar werknemers, zoals de verplichtingen op grond van de Wet CAO, de Wet AVV en de Wet Bpf 2000. De werknemer van deze groepsmaatschappij kan zijn vordering dan op een gelijkwaardige wijze – sui generis – verhalen op de moedermaatschappij krachtens de door haar gedeponeerde 403-verklaring.

## 5. De reikwijdte van de aansprakelijkheid

Over de vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is en wanneer die aansprakelijkheid eindigt,<sup>16</sup> de reikwijdte van de aansprakelijkheid van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW, wordt sinds het begin van de jaren zeventig op uiteenlopende wijze geoordeeld in de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur.<sup>17</sup> Een belangrijke reden hiervoor is dat tijdens de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel waarin een voorloper van het huidige art. 2:403 BW werd geïntroduceerd, werd meegedeeld dat onder de in dat wetsvoorstel genoemde aansprakelijkstelling

13. Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53 m.nt. S.M. Bartman en *JAR* 2001/36.

14. Rb. Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27.

15. Rb. Haarlem 28 juli 2010, *LJN* BN2787, *JOR* 2010/264 m.nt. S.M. Bartman. Zie over deze uitspraak en over de eerdere uitspraak van de Rb. Haarlem 16 november 2005 ook Beckman, *Ondernemingsrecht* 2010/147, p. 695 (afl. 17).

16. In rechtspraak en literatuur wordt deze problematiek ook wel aangeduid als de temporele reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring.

17. Zie Beckman, op.cit., p. 120-126, 185-187, 294-297, 412-413 en (met name) 497-513 en Bartman & Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 228-229 en de daar aangehaalde literatuur.

niet werden begrepen de voor de aanvang van het aansprakelijkheidstijdvak reeds bestaande schulden.<sup>18</sup> Het ging op dat moment echter nog om een minder vergaand wetsvoorstel dat slechts een openbaarmakingsvrijstelling voor bepaalde groepsmaatschappijen behelsde en waarin nog niet de inrichtingsvrijstellingen waren opgenomen zoals die uiteindelijk in de wet terechtkwamen.<sup>19</sup> Verwijzend naar deze wetsgeschiedenis oordeelde de Rechtbank Rotterdam in haar beschikking van 14 januari 1987<sup>20</sup> dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij pas ingaat op het moment dat zij haar verklaring heeft gedeponneerd bij het Handelsregister en deze slechts ziet op schulden voortvloeiend uit daarna door de groepsmaatschappij verrichte rechtshandelingen. De rechtbank ging daarbij expliciet voorbij aan het feit dat in art. 57 onderdeel c Vierde EEG-richtlijn de ruimere term 'aangegane verplichtingen' wordt gehanteerd. Zij motiveerde dit door erop te wijzen dat de voorloper van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW in Nederland al geruime tijd bestond voor de komst van de Vierde EEG-richtlijn en dit in andere EG-landen niet het geval was. Verder hadden de Nederlandse bepalingen over het jaarrekeningenrecht een belangrijke rol gespeeld bij het EG-overleg dat tot de Vierde EEG-richtlijn leidde en daarom was volgens de rechtbank de tekst van de richtlijn niet doorslaggevend ten opzichte van de Nederlandse wetsgeschiedenis. Mijns inziens valt dat nog maar te bezien. De Vierde EEG-richtlijn vindt haar grondslag in art. 50 lid 2 onderdeel g VWEU, welke bepaling deel uitmaakt van de titel uit het verdrag betreffende het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal. Onderling verschillende regelingen in de lidstaten op basis van de op deze grondslag uitgevaardigde richtlijn verdragen zich niet met het fundamentele karakter van de verdragsbepalingen betreffende het vrij verkeer, zodat ik niet aannemelijk acht dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) zich veel gelegen zal laten liggen aan de Nederlandse wetsgeschiedenis van de jaarrekeningvrijstelling indien hierover een prejudiciële vraag zou worden gesteld. Een dergelijke prejudiciële vraag werd door een Nederlandse rechter tot op heden echter niet voorgelegd aan het HvJ EU. Ook de Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van art. 2:403 lid onderdeel f BW.

In de literatuur komen als standpunten voor de opvatting dat de 403-verklaring enkel ziet op schulden voortvloeiend uit na het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen en de opvatting dat de 403-verklaring tevens ziet op de ten tijde van de aansprakelijkheidsstelling bestaande

uit rechtshandelingen voortgevloede schulden.<sup>21</sup> Beckman<sup>22</sup> meent dat de moedermaatschappij die gebruikmaakt van de 403-regeling, aansprakelijk is voor alle op het moment van de aansprakelijkheidsstelling bestaande, uit rechtshandelingen voortgevloede, schulden en voor alle schulden uit nadien aangegane rechtshandelingen. Bartman en Dorresteyn gaan niet zo ver, maar zijn wel van mening dat de 403-verklaring enige 'terugwerkende kracht' moet hebben om te kunnen voldoen aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW.<sup>23</sup> Franken en Franken<sup>24</sup> menen daarentegen dat art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW slechts ziet op schulden voortvloeiend uit na de aansprakelijkstelling aangegane rechtshandelingen. Koning<sup>25</sup> huldigt de opvatting dat art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW ziet op schulden voortvloeiend uit na de aansprakelijkstelling aangegane rechtshandelingen alsmede op na dat tijdvak opeisbaar geworden schulden die voortvloeien uit daarvoor aangegane rechtshandelingen, zoals het geval is bij duurovereenkomsten. Hij wijst erop dat de schuldeiser gedurende het aansprakelijkheidstijdvak niet de vinger aan de pols kan houden, omdat hij verstoken blijft van voorlichting over de financiële situatie van de groepsmaatschappij met wie hij een (duur)overeenkomst aanging. Om die op de ratio van de 403-regeling gebaseerde reden, acht hij aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor gedurende het aansprakelijkheidstijdvak opeisbaar geworden schulden, voortvloeiend uit voor het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen, gerechtvaardigd. Dat ook de wetgever zich inmiddels op het standpunt stelt dat de 403-verklaring niet enkel ziet op schulden voortvloeiend uit na het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen, zou kunnen worden opgemaakt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de jaarrekening van verzekeringsmaatschappijen.<sup>26</sup> Hieruit volgt dat de 'toepasbaarheid van artikel 403 betekent' dat een tot een groep behorende verzekeringsmaatschappij waarvoor de moedermaatschappij 'zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende en voortgevloede schulden' is vrijgesteld van openbaarmaking van haar jaarrekening als voorgeschreven in Titel 9 Boek 2 BW. Dit laat, zoals de Hoge Raad bevestigde in zijn hiervoor aangehaalde arrest van 28 juni 2002, onverlet dat de moedermaatschappij in haar 403-verklaring beperkingen op kan nemen van haar hoofdelijke medeaansprakelijkheid.

18. In de memorie van antwoord bij de Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (*Kamerstukken II 1970/71, 10 689, nr. 7, p. 7*) werd meegedeeld: 'Dat (...) gesproken wordt van een aansprakelijkstelling door de moedervennootschap voor toekomstige verplichtingen van de dochtermaatschappij, lijkt de ondergetekende juist: crediteuren wier vordering dateert van vóór de aansprakelijkstelling, hebben voor zover zij geen garanties hebben bedongen, genoeg genomen met de kredietwaardigheid van de vennootschap zelf; er bestaat geen reden toe, hun ongevraged een extra-zekerheid uit de aansprakelijkstelling toe te kennen.'

19. Zie Beckman, op.cit., p. 121-122.

20. Rb. Rotterdam 14 januari 1987, *NJ 1988/1050*.

21. Op deze twee hoofdopvattingen zijn vele variaties mogelijk. Zie Beckman, op.cit., p. 498-499.

22. Beckman, op.cit., p. 535 en 545.

23. Bartman & Dorresteyn, op.cit., p. 228-229.

24. J.M.W.M. Franken & M.J.M. Franken, 'De temporele reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid', in: *Bundel 2008-2009, Vereniging Jaarrekeningenrecht*, p. 73.

25. Koning, *De aansprakelijkheid uit art. 403 BW 2 in Liber Amicorum NBW (De Die-bundel)* 1991, p. 30. Daarvoor had Gülcher al het standpunt ingenomen dat de moedermaatschappij niet aansprakelijk was voor schulden die reeds opeisbaar waren voorafgaand aan de aanvang van het eerste boekjaar waarvoor van de vrijstelling gebruik werd gemaakt. Gülcher, art.cit., p. 165.

26. *Kamerstukken II 1992/93, 22 896, nr. 3, p. 25*.

## 6. De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen

De wetsgeschiedenis duidt dus op hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de op het moment van de aansprakelijkstelling uit rechtshandelingen voortvloeiende en voortgevloede schulden. Deze opvatting kan tevens worden beschouwd als de heersende leer in de literatuur.<sup>27</sup> In de afgelopen jaren hebben verschillende lagere rechters zich uitgelaten over de vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is op grond van de 403-verklaring en wanneer die aansprakelijkheid eindigt. Daarbij ging het er telkens om of de moedermaatschappij aansprakelijk was voor uit arbeidsovereenkomsten (of andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen, terwijl de vrijgestelde groepsmaatschappij deze overeenkomsten was aangegaan (lang) voordat de moedermaatschappij de 403-verklaring deponeerde. Hoewel deze vraag in alle gevallen bevestigend werd beantwoord, was de motivering telkens anders en ook weinig consistent.

In haar hiervoor aangehaalde uitspraak van 20 december 2000<sup>28</sup> oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat de vordering uit de arbeidsovereenkomst, om onder de reikwijdte van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW te vallen, niet hoefde te zijn ontstaan tijdens de het aansprakelijkheidstijdvak. Vereist was slechts dat de gedragingen – de rechtbank definiëerde deze als een handelen of nalaten – die tot het ontstaan van de vordering hadden geleid, werden verricht tijdens het aansprakelijkheidstijdvak. De rechtbank beperkte de aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring tot schulden, voortvloeiend uit gedragingen van de groepsmaatschappij gedurende het aansprakelijkheidstijdvak. Daarmee oordeelde de rechtbank dus dat schulden die reeds uit rechtshandelingen waren voortgevloeid/opeisbaar waren bij de aanvang van het aansprakelijkheidstijdvak, niet onder de 403-verklaring vielen. In een arrest van 26 juli 2001<sup>29</sup> koppelde het Hof Amsterdam de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de betaling van de ontbindingsvergoeding aan de werknemer van de groepsmaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring aan het ontstaansmoment van de vordering, zijnde de datum van de ontbindingsbeschikking. Het hof overwoog dat de ontbindingsvergoeding als een schuld die voortvloeit uit een rechtshandeling kan worden beschouwd. Nu de ontbindingsbeschikking was gedateerd op een binnen het aansprakelijkheidstijdvak gelegen datum viel de schuld onder de 403-verklaring van de moedermaatschappij. Daarmee lijkt het hof, al volgt dit niet expliciet uit zijn arrest, de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij te beperken tot schulden die ontstaan gedurende het aansprakelijkheidstijdvak. De Rechtbank Arnhem legde in

een vonnis van 10 oktober 2002<sup>30</sup> in een zaak over huurpenningen art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW aldus uit dat deze aansprakelijkheid 'zowel geldt voor op het moment van afleggen of deponeren van de verklaring nog toekomstige schulden, waarbij het niet uitmaakt of zij al of niet rechtstreeks voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, als voor op dat moment reeds bestaande schulden'.

## 7. De reikwijdte van de aansprakelijkheid in de vier Inalfa-uitspraken

In recente jurisprudentie kwam de reikwijdte van de aansprakelijkheid aan de orde naar aanleiding van de 403-verklaring die Inalfa Industries B.V. (hierna: Inalfa) in 2001 voor haar dochtermaatschappij afgaf. In een eerste procedure over deze 403-verklaring ging het om een bruikleenovereenkomst over een perscontainer tussen een schuldeiser en de dochtermaatschappij van Inalfa. Nadat de dochtermaatschappij op 21 september 2005 faillieerde, vroeg de schuldeiser om teruggave van de perscontainer. Toen bleek dat de perscontainer was verdwenen, sprak de schuldeiser Inalfa aan tot betaling van een schadevergoeding op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring. Inalfa stelde niet aansprakelijk te zijn, omdat de bruikleenovereenkomst vóór het deponeren van de 403-verklaring werd aangegaan en zij daarom niet hoofdelijk aansprakelijk kon worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende verplichtingen. De Rechtbank Roermond overwoog<sup>31</sup> dat 'een redelijke wetstoepassing meebracht dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden van de dochtermaatschappij op basis van een 403-verklaring ook geldt voor duurovereenkomsten die weliswaar zijn aangegaan vóór het ingangstijdstip van deze aansprakelijkheidsverklaring maar waar de daaruit voortvloeiende verplichtingen over en weer intreden tijdens die periode waar de aansprakelijkheidsverklaring betrekking op heeft, zoals bij huur- en arbeidsovereenkomsten'. De rechtbank nam aan dat de perscontainer vóór 2 september 2005 (de datum waarop Inalfa haar 403-verklaring introk) was verdwenen. Nu de uit de bruikleenovereenkomst voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding was ontstaan tijdens het aansprakelijkheidstijdvak veroordeelde de rechtbank Inalfa tot betaling van de door de schuldeiser geleden schade. Het Hof 's-Hertogenbosch bevestigde deze uitspraak in hoger beroep.<sup>32</sup> Het hof overwoog dat in de 403-verklaring van Inalfa geen beperking van het moment van aangaan van de rechtshandelingen was opgenomen. De bewoordingen van de 403-verklaring van Inalfa lieten volgens het hof dus ruimte voor een uitleg waarbij de aansprakelijkheid ook gold voor schulden die ná het deponeren van de verklaring ontstonden, maar voortvloeiden uit vóór het deponeren van de verklaring aangegane duurovereenkomsten.

27. Zie voor een overzicht van de voor- en tegenstanders, Bartman & Dorresteyn, op.cit., p. 229.

28. Rb. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 m.nt. S.M. Bartman en JAR 2001/36.

29. Hof Amsterdam 26 juli 2001, NJ 2004, 87, JOR 2004/94, m.nt. S.M. Bartman.

30. Rb. Arnhem 10 oktober 2002, LJN AE9452, JOR 2003/31 m.nt. S.M. Bartman.

31. Rb. Roermond 25 oktober 2006, RO 2007/10, JOR 2006/289 m.nt. S.M. Bartman.

32. Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, RO 2009/57, JOR 2009/279 m.nt. S.M. Bartman.

sten. Naar het oordeel van het hof strookt deze uitleg ook met de achtergrond van art. 2:403 BW. Ook wederpartijen uit duurovereenkomsten die voor de deponering van de 403-verklaring met de dochtermaatschappij werden gesloten, dienen te worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht in de financiële situatie van de dochtermaatschappij. Deze wederpartijen kunnen immers, zo overwoog het hof, vanaf het moment dat de vrijgestelde dochtermaatschappij geen eigen jaarrekening meer publiceert, niet meer inschatten of haar financiële situatie voor hen aanleiding vormt de duurovereenkomst niet langer voort te zetten.

In een tweede procedure over de 403-verklaring van Inalfa stond de vraag centraal of zij aansprakelijk was voor de betaling van (het restant van) de ontslagvergoedingen aan drie werknemers van haar vrijgestelde dochtermaatschappij op grond van een door deze dochtermaatschappij gedurende het aansprakelijkheidstijdvak met de vakverenigingen overeengekomen sociaal plan. De dochtermaatschappij zegde (gedurende het aansprakelijkheidstijdvak) de arbeidsovereenkomsten met de drie werknemers op en kende aan ieder van hen een ontslagvergoeding toe op basis van de in het sociaal plan overeengekomen afvloeiingsregeling. Voordat alle termijnen van de ontslagvergoedingen aan de drie werknemers waren betaald, failliede de dochtermaatschappij op 21 september 2005, nadat Inalfa op 2 september 2005 haar 403-verklaring had ingetrokken. Inalfa weigerde de resterende termijnen van de ontslagvergoedingen aan de drie werknemers van de dochtermaatschappij te betalen. Voorts weigerde Inalfa, zoals eveneens was overeengekomen in het sociaal plan, de nog openstaande vakantieturen uit te betalen aan de drie werknemers. Inalfa voerde daartoe aan dat deze werknemers geruime tijd vóór aanvang van het aansprakelijkheidstijdvak in dienst waren getreden bij haar dochtermaatschappij. De Rechtbank Roermond, sector kanton, locatie Venlo, ging hier in haar vonnis van 20 februari 2008<sup>33</sup> niet in mee en oordeelde dat het feit dat de arbeidsovereenkomsten met de drie werknemers reeds bestonden vóórdat Inalfa haar 403-verklaring deponeerde in dit geval niet betekende dat zij niet aansprakelijk was voor betaling van het restant van de ontslagvergoedingen van de werknemers. De kantonrechter overwoog dat de vorderingen van de werknemers voortvloeiden uit het sociaal plan en niet uit hun arbeidsovereenkomsten. Het sociaal plan was volgens de kantonrechter 'onvoldoende connex' met de arbeidsovereenkomsten. Omdat het sociaal plan na de deponering van de 403-verklaring en voor de intrekking daarvan tot stand kwam, vielen de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor de dochtermaatschappij onder de 403-aansprakelijkheid van Inalfa. In hoger beroep bekrachtigde het Hof 's-Hertogenbosch<sup>34</sup> het vonnis van de kantonrechter, maar hanteerde daarbij andere overwegingen. Het hof oordeelde dat Inalfa op grond van haar 403-verklaring aansprakelijk is voor alle op het moment van deponering van

de verklaring 'bestaande verbintenissen voortvloeiend uit vóór en op dat moment aangegane rechtshandelingen' van de vrijgestelde dochtermaatschappij. Op het oordeel van de kantonrechter, dat de ontslagvergoedingen op grond van het sociaal plan niet als een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting kunnen worden beschouwd in de zin van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW, ging het hof niet in.

#### 8. **Conclusie reikwijdte aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen**

Het Hof 's-Hertogenbosch (in zijn arrest van 7 april 2009) en de Rechtbank Arnhem legden art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW het meest ruim uit met hun oordelen dat deze aansprakelijkheid eveneens ziet op ten tijde van de deponering van de 403-verklaring reeds bestaande, uit rechtshandelingen voortgevloeide schulden. De Rechtbank Amsterdam ging minder ver en oordeelde dat de aansprakelijkheid ziet op de verplichtingen die voortvloeien uit 'handelen of nalaten' van de vrijgestelde groepsmaatschappij gedurende het aansprakelijkheidstijdvak, maar maakt daarbij geen onderscheid tussen vóór of gedurende het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen. Hoewel hij dit niet expliciet overwoog, lijkt het Hof Amsterdam ook op deze lijn te zitten. Ook de Rechtbank Roermond en in appel het Hof 's-Hertogenbosch (in zijn arrest van 21 mei 2009) oordeelden dat de aansprakelijkheid tevens geldt voor verplichtingen die na de deponering van de 403-verklaring voortvloeien uit daarvoor aangegane rechtshandelingen. Alleen de kantonrechter te Venlo oordeelde dat de aansprakelijkheid niet ziet op verplichtingen die gedurende het aansprakelijkheidstijdvak voortvloeien uit daarvoor aangegane rechtshandelingen. De rechtbanken en hoven oordelen dus uiteenlopend (en in een enkel geval zelfs afwijkend) over de reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW. Ik meen dat de hiervoor genoemde tussenopvatting van Koning, over het antwoord op de vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is en wanneer die aansprakelijkheid eindigt, juist is, omdat bij hantering van deze tussenopvatting voldoende recht wordt gedaan aan de compensatiegedachte die ten grondslag ligt aan de 403-regeling. De schuldeiser wiens vordering op de groepsmaatschappij opeisbaar wordt voordat zij vrijgesteld wordt van publicatie van haar jaarrekening heeft immers vanaf het aangaan van de rechtshandeling tot en met het opeisbaar worden van zijn vordering inzicht gehad in de financiële situatie van de groepsmaatschappij. Mijns inziens impliceert de aan de 403-regeling ten grondslag liggende ratio niet dat deze schuldeiser (tevens) gecompenseerd moet worden voor het ontbreken van inzicht op verhaal door de groepsmaatschappij nadat zij gebruik gaat maken van de jaarrekeningvrijstelling.<sup>35</sup> Dit geldt zowel voor de schuldeiser wiens vordering op de groepsmaatschappij voortvloeit uit een eenmalige rechtshandeling met de

33. Rb. Roermond, sector kanton, locatie Venlo, 20 februari 2008, *JOR* 2008/92 m.nt. S.M. Bartman en *JAR* 2008/86.

34. Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, *RO* 2009/49, *JOR* 2009/160 m.nt. S.M. Bartman en *RAR* 2009/76.

35. Zo ook Gülcher, art.cit., p. 165.

groepsmaatschappij als voor de vorderingen(en) van de schuldeiser die voortvloeien uit een duurovereenkomst met de groepsmaatschappij. Pas wanneer de uit een (duur)overeenkomst met de groepsmaatschappij voortvloeiende vordering opeisbaar wordt nadat de groepsmaatschappij gebruik is gaan maken van de 403-regeling dient de schuldeiser gecompenseerd te worden voor het gebrek aan inzicht in de financiële situatie van de groepsmaatschappij. Ik realiseer mij dat de binnen een groep in dienst (en vaak binnen de groep gedetacheerd) zijnde werknemer veelal niet bij zal houden hoe het met de financiële situatie van zijn (formele) werkgever staat. Dat doet echter niet af aan het feit dat ook aan hem als schuldeiser van de groepsmaatschappij geen beroep toekomt op de medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring indien de uit zijn arbeidsovereenkomst met de vrijgestelde groepsmaatschappij voortvloeiende vordering opeisbaar werd voordat zij gebruik ging maken van de jaarrekeningvrijstelling. Tot zover mijn visie op de reikwijdte van de aansprakelijkheid van art. 2:403 lid 1 onderdeel f BW. Pas wanneer de Hoge Raad hierover oordeelt – of het HvJ EU naar aanleiding van een prejudiciële vraag – zal hierover duidelijkheid bestaan.

#### 9. Overblijvende aansprakelijkheid na intrekking 403-verklaring

De moedermaatschappij kan haar 403-verklaring intrekken door een daartoe strekkende verklaring neer te leggen bij het Handelsregister van de vrijgestelde groepsmaatschappij (art. 2:404 lid 1 BW).<sup>36</sup> Vanaf het moment dat door het Handelsregister mededeling is gedaan van de intrekking van de 403-verklaring kan de moedermaatschappij jegens de schuldeiser een beroep doen op de intrekking van haar hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>37</sup> Gevolg van de intrekking van de 403-verklaring is dat de moedermaatschappij niet meer hoofdelijk aansprakelijk wordt voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die na de deponering van de intrekkingverklaring zijn aangegaan. Op grond van art. 2:404 lid 2 BW blijft de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de moedermaatschappij doorlopen voor schulden die na de intrekking van haar 403-verklaring voortvloeien uit rechtshandelingen die de groepsmaatschappij vóór intrekking van de 403-verklaring aanging.<sup>38</sup> De reden voor invoering van deze overblijvende aansprakelijkheid was dat degenen die in goed vertrouwen op de medeaansprakelijkheid

van de moedermaatschappij een rechtsbetrekking met de vrijgestelde groepsmaatschappij aangingen, niet voor de onaangename verrassing van het wegvallen van die medeaansprakelijkheid mogen worden geplaagd.<sup>39</sup> Waar de hiervoor besproken reikwijdte van de aansprakelijkheid betrekking heeft op de omvang van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij gedurende het aansprakelijkheidstijdvak, heeft deze doorlopende overblijvende aansprakelijkheid betrekking op de omvang van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij na afloop van het aansprakelijkheidstijdvak.

#### 10. Doorlopende overblijvende aansprakelijkheid

Bij niet-duurovereenkomsten is de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor verplichtingen voortvloeiend uit vóór de openbaarmaking van de intrekking verrichte rechtshandelingen onbetwist. In dat geval is immers, grof gezegd, sprake van een prestatie en een tegenprestatie en een (uiterste) datum waarop beide partijen aan hun verplichtingen op grond van de overeenkomst hebben voldaan. Dit ligt anders bij duurovereenkomsten, en meer in het bijzonder bij de arbeidsovereenkomst. In dit geval wordt een overeenkomst aangegaan die leidt tot de verplichting voor beide partijen, werkgever en werknemer, tot opeenvolgende of voortdurende prestaties. Bovendien kunnen de verplichtingen van partijen (na de intrekking van de 403-verklaring door de moedermaatschappij) nader worden ingevuld of gewijzigd als gevolg van vaak buiten partijen om tot stand gekomen wettelijke of collectieve (arbeidsvoorwaarden)regelingen.

Volgens Beckman<sup>40</sup> kan in het licht van de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW twijfel bestaan over de vraag of de uit duurovereenkomsten voortvloeiende, maar nog niet opengevallen termijnverplichtingen bestaande of toekomstige schulden zijn. Daarbij kan de vraag worden gesteld of het accent van de aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW ligt op de bestaande rechtsverhouding, de duurovereenkomsten die werden aangegaan voordat de moedermaatschappij haar 403-verklaring introk, of op het ontstaan van de verplichting, bijvoorbeeld loon of huur, uit die duurovereenkomst. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit voor de intrekking van de 403-verklaring aangegane rechtshandelingen blijft doorlopen. Daaronder vielen volgens de toenmalige Minister van Justitie ook 'nieuwe termijnen van duurcontracten zoals huur, sommige leveranties, arbeidsovereenkomst'.<sup>41</sup> Het accent ligt dus op de bestaande rechtsverhouding en de moedermaatschappij is ook aansprakelijk voor de na de deponering van haar intrekkingverklaring doorlopende periodieke verplichtingen van haar vrijgestelde groepsmaatschappij op grond van de vóór intrekking van de 403-verklaring aangegane rechts-

36. Zie voor andere wijzen waarop een 403-regeling kan worden opgeheven Beckman, op.cit., p. 581-582. Bartman & Dorresteyn, op.cit., p. 231, menen dat in dit geval op grond van art. 24 Hregw 2007 jo. art. 25 Hregw 2007 toch nog een afzonderlijke openbaarmakingsverplichting rust op de moedermaatschappij.

37. Art. 25 lid 1 Hregw 2007 jo. art. 24 Hregw 2007 (dit kan ook maximaal vijftien dagen later zijn wanneer de schuldeiser kan aantonen dat hij onmogelijk kennis heeft kunnen nemen van die mededeling; art. 25 lid 2 Hregw 2007).

38. Op grond van art. 2:404 lid 3 BW kan de moedermaatschappij deze overblijvende aansprakelijkheid – kort gezegd – slechts dan beëindigen wanneer de dochtermaatschappij waarvoor de moedermaatschappij destijds een 403-verklaring deponeerde geen deel meer uitmaakt van de groep.

39. Kamerstukken II 1969/70, 10 689, nr. 7, p. 15.

40. Beckman, op.cit., p. 146-150.

41. Kamerstukken II 1983/84, 16 551, nr. 11, p. 15.



handelingen. Vanzelfsprekend is deze benadering niet. Zo volgt uit de toelichting op de qua strekking enigszins met de regeling van art. 2:404 lid 2 BW vergelijkbare regeling van de 'overblijvende' aansprakelijkheid van de uit de openbare vennootschap tredende vennoot dat het accent juist ligt op het moment waarop de verplichting uit de duurovereenkomst ontstond. Op grond van art. 7:824 BW wordt deze uittredende vennoot niet ontheven van zijn aansprakelijkheid voor de ten tijde van zijn uittreding bestaande verbintenissen van de openbare vennootschap, maar is hij niet aansprakelijk voor de na zijn uittreden opeisbaar geworden vorderingen die voortvloeien uit de voor zijn uittreden aangegane duurovereenkomsten.<sup>42</sup>

In de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis werd geen onderscheid gemaakt tussen schulden voortvloeiend uit duurovereenkomsten aangegaan voorafgaand aan het aansprakelijkheidstijdvak en schulden voortvloeiend uit duurovereenkomsten aangegaan gedurende dit tijdvak. Hiervoor meldde ik reeds dat de overblijvende aansprakelijkheid werd ingevoerd om de schuldeiser die contracteerde met een vrijgestelde groepsmaatschappij te beschermen tegen de onaangename verrassing van het wegvallen van die aansprakelijkheid. Dit heeft mijns inziens als consequentie dat schulden die na de intrekking van de 403-verklaring voortvloeien uit reeds voor de aanvang van het geëindigde aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen niet onder de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW zouden vallen.<sup>43</sup> Deze opvatting vindt steun in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 april 2009,<sup>44</sup> waarin zij overwoog dat vorderingen die na de intrekking van de 403-verklaring voortvloeien uit gedurende de looptijd van de 403-verklaring aangegane rechtshandelingen onder overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW vallen. Ook Koning<sup>45</sup> stelt dat geen grond aanwezig is voor bescherming van de schuldeiser wanneer de rechtshandeling voor de aanvang van het aansprakelijkheidstijdvak werd aangegaan, maar de daaruit voortvloeiende schuld of verplichting pas na de intrekking van de 403-verklaring ontstaat of opeisbaar wordt. Zonder het aansprakelijkheidstijdvak was de positie van de schuldeiser immers niet anders geweest. Voor de werknemers van de groepsmaatschappij betekent dit dat de uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen slechts dan onder de doorlopende overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vallen wanneer deze arbeidsovereenkomsten werden aangegaan tijdens het aansprakelijkheidstijdvak. Tussen de deponering en de intrekking van de 403-verklaring dus. Dat zou mijns inziens alleen anders kunnen (of moeten) zijn wanneer de moedermaatschappij

zelf in de door haar gedeponeerde 403-verklaring opnam dat deze tevens gold voor op dat moment reeds bestaande of aangegane rechtshandelingen.

### 11. **Omvang overblijvende aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen**

De moedermaatschappij kan dus ook overblijvend aansprakelijk zijn voor na de intrekking van haar 403-verklaring ontstane verplichtingen voortvloeiend uit gedurende het (inmiddels geëindigde) aansprakelijkheidstijdvak door de groepsmaatschappij aangegane duurovereenkomsten, zoals arbeidsovereenkomsten. Betekent dit dan dat alle uit deze arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen onder de overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vallen? Een ontkennende beantwoording van deze vraag zou kunnen worden gebaseerd op het feit dat in de wetsgeschiedenis in deze situatie met name wordt gesproken over overblijvende aansprakelijkheid voor periodieke verplichtingen en niet over overblijvende aansprakelijkheid voor eenmalige verplichtingen of andere niet-periodieke verplichtingen. Bij periodieke verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst kan worden gedacht aan loonvorderingen, bonusaanspraken, vakantietoelage en bij eenmalige verplichtingen of andere niet-periodieke verplichtingen aan schade- of ontslagvergoedingen, waaronder ik tevens versta in beëindigingsovereenkomsten of in sociale plannen overeengekomen ontslagvergoedingen.

Mijns inziens heeft de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW betrekking op hetzelfde type verplichtingen als 2:403 lid 1 onderdeel f BW gedurende het aansprakelijkheidstijdvak. De redactie van art. 2:404 lid 2 BW geeft geen aanleiding voor het maken van onderscheid en een dergelijk onderscheid kan ook niet gebaseerd worden op de wetsgeschiedenis. Hiervoor bleek al dat de toenmalige Minister van Justitie meedeelde dat onder de overblijvende aansprakelijkheid 'ook' – en dus niet uitsluitend – de na de intrekking van de 403-verklaring doorlopende periodieke verplichtingen op grond van duurovereenkomsten vallen. Een beperking van de overblijvende aansprakelijkheid bij duurovereenkomsten tot uit die duurovereenkomsten voortvloeiende periodieke verplichtingen is mijns inzien ook niet verenigbaar met de hiervoor genoemde ratio van de overblijvende aansprakelijkheid. Zo is bijvoorbeeld de ontslagvergoeding onder meer gebaseerd op de duur van de arbeidsovereenkomst. Stel dat de werknemer gedurende vele jaren in dienst is geweest bij een groepsmaatschappij waarvoor al die tijd een 403-verklaring was gedeponneerd en aan hem bij de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst een ontslagvergoeding wordt toegekend. Ik acht niet verenigbaar met de ratio van art. 404 lid 2 BW wanneer deze werknemer de moedermaatschappij niet tot betaling aan zou kunnen spreken wanneer zij haar 403-verklaring inmiddels introk en de ontslagvergoeding als eenmalige verplichting niet onder haar overblijvende aansprakelijkheid zou vallen. Mij dunkt dat deze werknemer wiens ontslagvergoeding onder meer gebaseerd is op de jaren dat hij

42. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 746, nr. 3, p. 43-44.

43. Zo ook Koning, art.cit., p. 30 en Bartman & Dorresteyn, op.cit., p. 234. Franken & Franken, art.cit., p. 73, menen dat onder de overblijvende aansprakelijkheid vallen de schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die zijn aangegaan tijdens het aansprakelijkheidstijdvak én de schulden uit de rechtshandelingen die zijn aangegaan voor het tijdstip waarop na de intrekking een nieuwe jaarrekening werd gedeponneerd.

44. Rb. Rotterdam 16 april 2009, RO 2009/52, JOR 2009/161 m.nt. P.M. van der Zanden.

45. Koning, art.cit., p. 30.

in dienst was bij een vrijgestelde groepsmaatschappij, in de woorden van de wetgever, dient te worden beschermd voor de onaangename verrassing van het wegvallen van die aansprakelijkheid.

In zijn noot bij de uitspraak van de Ondernemingskamer van 20 februari 2001<sup>46</sup> verdedigde Van het Kaar dat een sociaal plan dat werd overeengekomen na intrekking van de 403-verklaring door de moedermaatschappij, niet onder de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW valt. Hij motiveert deze begrenzing van de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW door aan te knopen bij art. 7:663 BW. Op grond van deze bepaling gaan op het tijdstip van overgang van een onderneming alle rechten en verplichtingen (voortvloeiend) uit de arbeidsovereenkomst van de vervreemdende werkgever over op de verkrijgende werkgever en is de vervreemder nog gedurende een vervaltermijn van één jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk voor alle verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan vóór het tijdstip van de overgang.<sup>47</sup> Van het Kaar wijst op de 'waterscheiding' die het tijdstip van overgang vormt bij de verdeling van de aansprakelijkheid in art. 7:663 BW, vergelijkt dit tijdstip met de intrekking van de 403-verklaring door de moedermaatschappij en concludeert dat de moedermaatschappij dan niet meer kan worden aangesproken voor verplichtingen voortvloeiend uit een na de intrekking van de 403-verklaring door de groepsmaatschappij overeengekomen sociaal plan. In deze analogie met art. 7:663 BW zou de vervreemdende werkgever dan bestaan uit de moedermaatschappij (en de groepsmaatschappij) en zou de verkrijgende werkgever (alleen) de groepsmaatschappij zijn. Wanneer ik deze analogie met art. 7:663 BW echter loslaat op andere verplichtingen van de groepsmaatschappij jegens haar werknemers, waaronder periodieke verplichtingen als het betalen van loon, is het resultaat dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij na intrekking van haar 403-verklaring dan beperkt zou zijn tot de voor de intrekking van de 403-verklaring ontstane verplichtingen of opeisbaar geworden schulden. De moedermaatschappij is op grond van art. 7:663 BW immers alleen aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst wanneer deze vorderingen of aanspraken vóór het overgangsmoment zijn ontstaan of opeisbaar zijn geworden. Tenzij deze periodieke verplichtingen in het kader van de analogie met art. 7:663 BW zouden worden beschouwd als vóór de intrekking van de 403-verklaring ontstane verplichtingen, zou dan dus helemaal geen sprake zijn van overblijvende aansprakelijkheid. Ook dit 'als vóór de intrekking van de 403-verklaring ontstaan' beschouwen van periodieke verplichtingen zou echter geen uitkomst bieden.

46. Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2001, *JOR* 2001/92 (en *JAR* 2001/110) m.nt. R.H. van het Kaar.

47. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder naast de verkrijger werd opgenomen in art. 7:663 BW om de overgaande werknemer te beschermen tegen het risico van de overgang naar een slecht bij kas zittende verkrijger. Met de termijn van een jaar werd volgens de wetgever een zeker evenwicht gebracht in de verdeling van dit risico. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 940, nr. 3-4, p. 7.

Niet-periodieke, maar wel uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vorderingen van de werknemer van de groepsmaatschappij ex art. 7:611 BW, art. 7:658 BW, art. 7:677 lid 4 BW, art. 7:681 BW, art. 7:685 BW en art. 7:686 BW zouden dan immers nog steeds slechts onder de overblijvende aansprakelijkheid vallen wanneer de datum van het vonnis of de beschikking, waarin aan de werknemer ten laste van de werkgever een (schade)vergoeding wordt toegekend, binnen het aansprakelijkheidstijdvak valt.

## 12. **Conclusie omvang aansprakelijkheid. Beperking omvang overblijvende aansprakelijkheid**

Op grond van art. 2:404 lid 3 BW kan de moedermaatschappij, na de intrekking van de 403-verklaring, haar overblijvende aansprakelijkheid alleen beëindigen wanneer de groepsmaatschappij niet meer tot de groep behoort. In de wetsgeschiedenis en in de rechtspraak worden geen begrenzingen aangebracht (of aangenomen) voor de duur van de overblijvende aansprakelijkheid in de situatie waarin de groepsmaatschappij na intrekking van de 403-verklaring wel deel blijft uitmaken van de groep. De arbeidsovereenkomsten van de werknemers met de groepsmaatschappij kunnen echter nog vele jaren na de intrekking van de 403-verklaring blijven bestaan. Blijft de moedermaatschappij dan al die jaren na de intrekking van haar 403-verklaring doorlopend overblijvend aansprakelijk voor alle verplichtingen die uit deze arbeidsovereenkomsten voort zullen vloeien? Nu de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW werd ingevoerd om de contractpartij van de voorheen vrijgestelde groepsmaatschappij niet voor de onaangename verrassing van het wegvallen van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij te plaatsen, zou mijns inziens een begrenzing van de duur van deze doorlopende overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW verenigbaar zijn met de ratio van art. 2:404 lid 2 BW. De onaangename verrassing van het wegvallen van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de werknemer (of schuldeiser uit hoofde van een andere duurovereenkomst) kan mijns inziens niet tot in lengte van jaren een grond vormen voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de steeds opnieuw uit de destijds tijdens het aansprakelijkheidstijdvak door de groepsmaatschappij aangegane arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen. De vraag is vanaf welk moment de moedermaatschappij na de intrekking van haar 403-verklaring in redelijkheid niet meer overblijvend aansprakelijk zou behoeven te zijn. Bij het begrenzen van de duur van de overblijvende aansprakelijkheid zou mijns inziens kunnen worden aangeknoopt bij de termijn van één jaar uit het hiervoor reeds aangehaalde art. 7:663 BW. De duur van de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 lid 2 BW zou dan op één jaar na de beëindiging van het aansprakelijkheidstijdvak kunnen worden gesteld. Deze termijn van een jaar past mijns inziens ook binnen de ratio van art. 2:404 lid 2 BW, omdat de onaangename verrassing voor de werknemer of andere wederpartij van de groepsmaatschappij van het

wegvallen van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij na verloop van een jaar in redelijkheid moet worden geacht geen verrassing meer te zijn. Bovendien kan, wanneer de door mij bepleite overblijvende aansprakelijkheidstermijn (anders dan de termijn van een jaar uit art. 7:663 BW) niet als een vervaltermijn wordt aangemerkt, de moedermaatschappij op grond van de verjaringstermijn van art. 3:307 BW na afloop van dat jaar nog gedurende maximaal vijf jaar aangesproken worden tot nakoming van de gedurende dat jaar uit arbeids- en andere rechtshandelingen voortgevloeide verplichtingen van de groepsmaatschappij. De door mij voorgestelde begrenzing van de duur van de overblijvende aansprakelijkheid kan mijns inziens niet gerealiseerd worden met behulp van een 'redelijke wetsuitleg' van art. 2:404 lid 2 BW. Dat zou ingrijpen van de wetgever vergen.