

ANNOTATIE

# De preferentie van de vordering van de werknemer van de vrijgestelde dochtermaatschappij in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring

*mr. dr. J.P.H. Zwemmer*

## 1. Inleiding

Wanneer binnen een concern gebruik wordt gemaakt van de in Boek 2 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. De jaarrekeningvrijstelling is als optie opgenomen voor de lidstaten van de EU in de Vierde EEG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de harmonisatie van het jaarrekeningenrecht (Richtlijn 78/660/EEG van 25 juli 1978) en in Nederland neergelegd in artikel 2:403 BW. Op grond van dit artikel moeten bij gebruikmaking van de jaarrekeningvrijstelling de financiële gegevens van de dochtermaatschappij worden geconsolideerd in de wel openbaar te maken geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij. Voorts moet de moedermaatschappij schriftelijk hebben verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van de dochtermaatschappij voortvloeiende schulden (art. 2:403 lid 1 sub f BW). Niet uit rechtshandelingen van de dochtermaatschappij(en) voortvloeiende schulden, zoals schulden uit verbintenissen uit de wet en belastingschulden, vallen hier niet onder. De aansprakelijkstelling ex artikel 2:403 BW is een eenzijdige rechtshandeling van de moedermaatschappij en de schuldeiser van de dochtermaatschappij ontleent jegens de moedermaatschappij geen recht aan artikel 2:403 BW, maar uitsluitend aan de door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring (zie HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447 m.nt. Maeijer en *JOR* 2002/136 m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING)). Doordat de schuldeiser van de dochtermaatschappij tegenover de moedermaatschappij geen recht kan ontlenen aan artikel 2:403 BW, maar uitsluitend aan de door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring, is het recht dat hij verkrijgt jegens de moedermaatschappij geen afhankelijk recht dat onlosmakelijk is verbonden aan zijn vordering op de dochtermaatschappij.

Ook de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met een vrijgestelde dochtermaatschappij kan de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring hoofdelijk aanspreken voor de daaruit voortvloeiende verplichtingen. In rechtspraak waarin een werknemer van een dochtermaatschappij een beroep deed op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring, legde de rechter de omvang en reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op basis van de 403-verklaring doorgaans ruim uit. In de in dit commentaar besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland was aan de orde de vraag of de bij de dochtermaatschappij bevoorrechte vordering ook preferent is bij de moedermaatschappij. Het gaat dan om de omvang en niet om de reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond de 403-verklaring. Bij de reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring draait het om de vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is, of deze aansprakelijkheid ook geldt voor op het tijdstip van de aansprakelijkstelling reeds bestaande vorderingen en wanneer die aansprakelijkheid eindigt. Zie hierover meest recentelijk de Inalfa-uitspraken van het Hof Den Bosch van 7 april 2009, *JAR* 2009/126 en 12 mei 2009, *JOR* 2009/279 m.nt. Bartman (door mij besproken in *Ondernemingsrecht* 2011/6 en par. 6.5.4 van mijn dissertatie J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). De vraag of de werknemer een door de wet aan zijn vordering op de werkgever verbonden preferentie tevens kan invoeren tegenover de moedermaatschappij van zijn werkgever op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring is eerder aan de orde geweest in de lagere rechtspraak en hierin zowel bevestigend als ontkennend beantwoord. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt dat de op grond van artikel 3:288 sub e BW bevoorrechte vordering van de werknemer van de gefailleerde dochtermaatschappij niet eveneens preferent is in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring.

## **2. 403-aansprakelijkheid, voorrecht en loongarantieregeling UWV**

De werknemer kan de aan zijn vordering verbonden preferentie naar het oordeel van de Rechtbank Midden-Nederland niet eveneens invoeren in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring omdat dit voorrecht betrekking heeft op het vermogen van de werkgever – de dochtermaatschappij – en de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij slechts voortvloeit uit haar 403-verklaring. Voorrechten vloeien voort uit de wet en noch artikel 2:403 BW, noch enige andere wetsbepaling verbindt aan de 403-aansprakelijkheid enig voorrecht, zo overweegt de rechtbank. Ik vraag mij af of hiermee recht wordt gedaan aan de ratio van de aansprakelijkstellingsvoorwaarde van artikel 2:403 BW. Bovendien staat deze – wat Bartman eerder omschreef als – vermogensrechtelijke benadering van de rechtbank mijns inziens eveneens op gespannen voet met de ratio van het voorrecht van de werknemer ex artikel 3:288 sub e BW. Op basis van het oordeel van de Rechtbank Midden-Nederland zal de werknemer die in dienst is van een op grond van artikel 2:403 BW vrijgestelde servicemaatschappij of personeels-bv weinig hebben aan de wettelijke preferentie van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen wanneer zijn werkgever failliet. De

faillissementsboedel van zijn werkgever zal dan immers weinig activa bevatten en in het faillissement van de moedermaatschappij van zijn werkgever is zijn vordering concurrent. Weliswaar zijn op grond van de loongarantieregeling uit artikel 61 e.v. WW de loonaanspraken over een periode van dertien weken voorafgaand aan het faillissement van de werkgever gegarandeerd, deze gaat echter minder ver dan de periode van een jaar waarop het voorrecht van artikel 3:288 sub e BW betrekking heeft. Overigens liet de minister van SZW in januari van dit jaar weten dat hij de loongarantieregeling wil versoberen op grond van het sterk toegenomen aantal faillissementen in de afgelopen jaren en het gegeven dat het slechts in één op de drie gevallen lukt de kosten van de loongarantieregeling op de failliet te verhalen. Daardoor zal het belang van de werknemer bij het voorrecht van artikel 3:288 sub e BW alleen maar toenemen.

Het UWV krijgt voor de door hem overgenomen loonaanspraken via het regresrecht van artikel 66 WW een bevoorrechte vordering op de boedel van de failliete werkgever, maar dit zal (ook) het UWV weinig baten wanneer die werkgever een over weinig activa beschikkende servicemaatschappij of personeels-bv is. In een uitspraak van dezelfde datum als de in dit commentaar besproken uitspraak oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat ook de regresvordering van het UWV in het faillissement van de dochtermaatschappij niet eveneens preferent is in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring (Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2013, *LJN BZO334*, *JAR* 2013/65 m.nt. Van der Pijl en *JOR* 2013/70 m.nt. Van Dooren). Doordat de regresvordering van het UWV naar het oordeel van de Rechtbank Midden-Nederland niet preferent is in het faillissement van de moedermaatschappij en – zoals door Van der Pijl werd onderzocht – van enige uitkering aan de concurrente schuldeisers geen sprake zal zijn, komen de kosten van de loongarantieregeling dus voor rekening van het UWV en daarmee voor rekening van ons allemaal. In zijn noot bij deze uitspraak wijst Van der Pijl erop dat aan de door sommigen als ongewenst ervaren ongelijkheid tussen preferente en concurrente schuldeisers deels een eind zou zijn gekomen indien het Voorontwerp voor een insolventiewet van de Commissie Insolventierecht (Kortmann) wet was geworden, omdat daarin werd uitgegaan van een pondspondsgewijze verdeling (in de verhouding 2:1) tussen preferente en concurrente schuldeisers. Van Dooren gaat in op de vraag of de regresvordering van het UWV wel kan worden aangemerkt als een uit een rechtshandeling voortvloeiende verplichting in de zin van artikel 2:403 BW en, in het verlengde daarvan, op de vraag op welke datum deze vordering dan is ontstaan in verband met het bij faillissement geldende fixatiebeginsel.

### 3. Feiten en oordeel rechtbank

Econcern N.V. deponeerde op 11 november 2003 een 403-verklaring waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelde voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van (onder meer) haar dochtermaatschappij Evelop B.V. Evelop failleerde op 15 juni 2009. Op 18 september 2009 werd ook Econcern in staat van faillissement verklaard. Een werknemster van Evelop had een uit haar arbeidsovereenkomst voortvloeiende vordering van € 2.674,20 op Evelop die bevoorrecht is op grond van artikel 3:288 sub e BW. Zij vorderde erkenning van haar vordering in het faillissement van Econcern, met inbegrip van de preferentie, op grond van de door

Econcern gedeponeerde 403-verklaring. De curatoren van Econcern stelden zich op het standpunt dat de vordering van de werknemster niet bevoorrecht was in het faillissement van Econcern.

De rechtbank oordeelt dat de preferentie die op grond van artikel 3:288 sub e BW is verbonden aan de vordering van de werknemster op Evelop niet eveneens is verbonden aan de op de 403-verklaring gebaseerde vordering van de werknemster op Econcern. Voorrechten ontstaan op grond van artikel 3:278 BW uit de wet en artikel 3:288 sub e BW geeft slechts een preferentie aan vorderingen van de werknemer op (het vermogen van) de werkgever. De rechtbank stelt vast dat dit in casu Evelop is en overweegt vervolgens onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde Akzo Nobel/ING-uitspraak dat de aansprakelijkheid van Econcern voor de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemster voortvloeiende verplichtingen slechts voortvloeit uit de door haar gedeponeerde 403-verklaring en dat noch artikel 2:403 BW, noch enige andere wetsbepaling aan die aansprakelijkheid enig voorrecht verbindt. Of de hoofdelijke aansprakelijkheid van Econcern op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring voortvloeit uit één verbintenis met als debiteuren de moeder- én de dochtermaatschappij, zoals door de werknemster wordt betoogd, of uit een zelfstandige verbintenis van de moedermaatschappij die van die van de dochtermaatschappij moet worden onderscheiden, zoals door de curatoren wordt betoogd, maakt hiervoor niet uit. De rechtbank overweegt dat het voorrecht dat door de wet aan de vordering is verbonden slechts betrekking heeft op (de executieopbrengst van) het vermogen van een bepaalde debiteur. De omstandigheid dat de vordering van de werknemer bevoorrecht is in het faillissement van de dochtermaatschappij brengt niet mee dat dit voorrecht ook geldt in het faillissement van de moedermaatschappij, aldus de rechtbank. Naar het oordeel van de rechtbank staat dit niet op gespannen voet met de ratio van de aansprakelijkstelling ex artikel 2:403 BW, te weten het bieden van bescherming aan potentiële schuldeisers die ingevolge de toepassing van de jaarrekeningvrijstelling hun beslissing om al dan niet met de dochtermaatschappij te contracteren niet meer op de jaarstukken van de dochtermaatschappij kunnen baseren. De rechtbank wijst erop dat dit artikel deze bescherming biedt in de vorm van een schriftelijke verklaring waarin de moedermaatschappij zich aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van de vrijgestelde dochtermaatschappij voortvloeiende schulden en niet tevens met een voorrecht op (de executieopbrengst van) het vermogen van de moedermaatschappij indien de vordering op de dochtermaatschappij bevoorrecht is. Uit de wijze waarop de aan de jaarrekeningvrijstelling verbonden verplichting tot aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij is verwoord in de Vierde EEG-richtlijn, valt naar het oordeel van de rechtbank ook niet af te leiden dat de vorderingen op de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring ook bevoorrecht (moeten) zijn indien de onderliggende vorderingen op de dochtermaatschappij dat zijn. Daarbij overweegt de rechtbank dat ook wanneer het voorrecht wel eveneens zou kunnen worden ingeroepen tegenover de moedermaatschappij, evenmin gegarandeerd is dat deze vordering uit de executieopbrengst van de moedermaatschappij kan worden voldaan.

#### **4. Voorrecht en 403-verklaring: de tegengestelde uitspraken van de Rechtbank**

## Haarlem uit 2005 en 2010

Het aangaan van een arbeidsovereenkomst is een rechtshandeling in de zin van artikel 3:33 BW en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de werkgever jegens de werknemer kunnen worden gekwalificeerd als schulden in de zin van artikel 2:403 BW. In de (lagere) rechtspraak wordt doorgaans elke vordering die de werknemer heeft op de vrijgestelde dochtermaatschappij in haar hoedanigheid van werkgever, geacht te vallen onder de door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring. Ook uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen jegens de werknemer die gebaseerd zijn op bepalingen uit titel 10 Boek 7 BW (zoals de vergoeding ex art. 7:681 en 685 BW) of op andere arbeidsrechtelijke wetgeving, zoals de Wet CAO, de Wet AVV of de Wet Bpf 2000, vallen mijns inziens onder het bereik van artikel 2:403 BW (zie hierover nader p. 229 van mijn dissertatie, Zwemmer 2012). Zoals ik hiervoor reeds opmerkte, is de vraag of de werknemer van de dochtermaatschappij een door de wet aan zijn vordering op de werkgever verbonden preferentie tevens kan inroepen tegenover de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring zowel bevestigend als ontkennend beantwoord in de rechtspraak. Het gaat hier meer in het bijzonder om twee met elkaar conflicterende uitspraken van de Rechtbank Haarlem uit 2005 en 2010.

*Rechtbank Haarlem 16 november 2005: tevens preferentie bij moedermaatschappij op grond van 403-verklaring*

In de eerste uitspraak van 16 november 2005, *JOR* 2006/27 oordeelde de Rechtbank Haarlem dat de ex artikel 3:288 sub e BW bevoorrechte vordering van de werknemer bij de dochtermaatschappij eveneens preferent was bij de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring. In deze zaak werd de werknemer geacht in dienst te zijn bij KPNQwest IP Services B.V., een dochtermaatschappij van KPNQwest N.V. KPNQwest had op 28 juni 2000 een 403-verklaring gedeponeerd waarin zij zich met toepassing van artikel 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk had gesteld voor de schulden die voortvloeiden uit rechtshandelingen van KPNQwest IP Services. In maart 2002 werd de arbeidsovereenkomst van de werknemer opgezegd in verband met bedrijfseconomische redenen en kwam de werknemer in aanmerking voor een ontslagvergoeding op grond van het voor de werknemers van KPNQwest IP Services geldende sociaal plan. Voordat de ontslagvergoeding aan de werknemer werd uitbetaald, faillieerde KPNQwest IP Services op 5 juni 2002 nadat KPNQwest al op 31 mei 2002 in staat van faillissement was verklaard. De werknemer vorderde bij de Rechtbank Haarlem de toelating van zijn vordering met de daaraan op grond van artikel 3:288 sub e BW verbonden preferentie in het faillissement van KPNQwest op grond van (onder andere) de door haar gedeponeerde 403-verklaring. De curatoren brachten daar tegenin dat deze vordering moest worden afgewezen omdat preferenties alleen uit de wet ontstaan en, nu preferenties de hoofdregel van de paritas creditorum doorbreken, hier zorgvuldigheid geboden was. Zij betoogden dat (1) met de door de 403-verklaring gecreëerde hoofdelijke aansprakelijkheid van KPNQwest geen preferentie werd geschapen, (2) het voorrecht uit de wet (art. 3:288 sub e BW) voortvloeide en niet uit een rechtshandeling zodat het niet onder het bereik van artikel 2:403 BW viel en (3) het voorrecht van artikel 3:288 sub e BW niet gold bij

KPNQwest omdat de vordering van de werknemer hier was gebaseerd op de uit hoofde van artikel 2:403 BW gedeponeerde aansprakelijkheidsverklaring en daarom geen sprake was van een arbeidsrechtelijke vordering.

De Rechtbank Haarlem verwierp dit verweer en oordeelde dat de vordering van de werknemer ook bevoorrecht was in het faillissement van KPNQwest. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit het feit dat de 403-aansprakelijkheid uitsluitend betrekking heeft op uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden niet dat, als de wet aan een rechtshandeling bepaalde (in de wet geregelde) gevolgen verbindt, zonder meer sprake is van verbintenissen (uit de wet) met een zelfstandige bestaansgrond die niet onder de 403-aansprakelijkheid zouden kunnen vallen. In casu vloeiende uit de door KPNQwest IP Services met de werknemer aangegane arbeidsovereenkomst een vordering voort waaraan de wet een preferentie verbindt. Het is dan naar het oordeel van de rechtbank nog steeds die oorspronkelijke rechtshandeling die leidt tot de wettelijke preferentie, ook als het gaat om de grondslag voor de aanspraak op KPNQwest. De hoofdelijke aansprakelijkheid van KPNQwest voor vorderingen op KPNQwest IP Services op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring zag daarom naar het oordeel van de rechtbank ook op de door de wet aan deze vordering verbonden preferentie. In de woorden van de rechtbank 'kleefde' de preferentie ex artikel 3:288 sub e BW als het ware aan het met de werknemer aangaan van de arbeidsovereenkomst door KPNQwest IP Services. Dat daardoor de paritas creditorum werd doorbroken was voor de rechtbank onvoldoende grond het voorrecht niet ook te laten gelden in de executieopbrengst van KPNQwest. Daarbij woog de rechtbank uitdrukkelijk mee dat het hier ging om een vordering van een werknemer en niet van een gewone handelscrediteur:

'Aan de bescherming die de artikel 403-verklaring ook werknemers in de onderhavige situatie biedt, zou te zeer afbreuk worden gedaan indien de aanspraak ten opzichte van de moeder slechts concurrent zou zijn. Van een daadwerkelijke aanspraak op de moeder is – gegeven de omstandigheden waaronder die aanspraak van wezenlijk belang is – dan immers vaak geen sprake meer. Dat geldt te meer in de onderhavige situatie waar IP Services kennelijk een vennootschap was met een (zeer) beperkt actief. Immers (het grootste gedeelte van) de werknemers van het concern waren (was) bij IP Services ondergebracht.'

*Rechtbank Haarlem 28 juli 2010: geen preferentie bij moedermaatschappij op grond van 403-verklaring*

In haar vonnis van 28 juli 2010 (JOR 2010/264 m.nt. Bartman) 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 vorderde dat zijn op grond van artikel 3:288 sub e BW preferente loonvordering op KPNQwest IP Services eveneens als bevoorrechte vordering werd erkend in het faillissement van KPNQwest op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring. Ook hier betoogden de curatoren dat het voorrecht uit de wet (art. 3:288 sub e BW) voortvloeit en niet kan ontstaan door de 403-verklaring. In deze uitspraak volgde de Rechtbank Haarlem de curatoren wel. Zij wees daarbij op artikel 3:277 BW dat bepaalt dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben uit de netto-opbrengst van de

goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Voorts wees de rechtbank erop dat het voorrecht van de werknemer is neergelegd in artikel 3:288 sub e BW en dit de vorderingen van de werknemer op zijn werkgever (KPNQwest IP Services) betrof, waarbij het object van het voorrecht het gehele vermogen van KPNQwest IP Services was. De stelling van de werknemer dat hij de preferentie op grond van de 403-verklaring tevens kon invoeren in het faillissement van KPNQwest, vond naar het oordeel van de rechtbank geen steun in de wet. Aanvaarding van dit standpunt van de werknemer zou er in de woorden van de rechtbank toe leiden dat het object van het voorrecht ingevolge de 403-verklaring zou worden uitgebreid met het vermogen van KPNQwest. In zijn noot bij deze uitspraak verklaarde Bartman de discrepantie tussen de hiervoor besproken uitspraken van de Rechtbank Haarlem aan de hand van de kritiek die Van Wijngaarden in 2006 uitte op de uitspraak uit 2005 (zie T. van Wijngaarden, Kan een 403-verklaring preferentie scheppen?, *Juridisch up to date* 2006/12, p. 24). Volgens Van Wijngaarden scheidt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens de schuldeiser van de dochtermaatschappij op grond van de 403-verklaring een zelfstandige vordering waarop als zodanig geen wettelijk voorrecht rust. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij is extra en treedt niet in de plaats van de preferente vordering van de werknemer in het faillissement van de dochtermaatschappij, aldus Van Wijngaarden. Bartman voelt op grond van de ratio van de 403-verklaring – het compenseren van de schuldeisers van de dochtermaatschappij voor het gebrek aan inzicht in de financiële gesteldheid van hun debiteur – meer voor de benadering van de Rechtbank Haarlem in haar hiervoor besproken uitspraak uit 2005. De – wat hij omschrijft als – ‘compenserende medeschuldnaarstelling’ van de moedermaatschappij die staat tegenover de ontheffing van de verplichting de jaarrekening van haar dochtermaatschappij openbaar te maken moet volgens Bartman wel een volwaardige compensatie zijn. Daarom zou volgens Bartman in de geest van artikel 2:403 BW de vordering van de werknemer inclusief de daaraan verbonden preferentie op KPNQwest IP Services moeten worden erkend in het faillissement van KPNQwest.

### **5. Strikt vermogensrechtelijke benadering of rekening houden met aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggende compensatieratio?**

In de onderhavige uitspraak herhaalt de Rechtbank Midden-Nederland de overwegingen uit de hiervoor besproken laatste uitspraak van de Rechtbank Haarlem. Voorrechten vloeien uitsluitend voort uit de wet en kunnen niet worden ingeroepen tegenover de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring omdat het voorrecht uitsluitend rust op het vermogen van de partij tegenover wie dit voorrecht door de wet wordt erkend. Dat het voorrecht van de werknemer ex artikel 3:288 sub e BW uitsluitend betrekking heeft op het vermogen van de werkgever kan worden afgeleid uit de tweede zin van artikel 3:278 lid 2 BW. Nu de Hoge Raad in de Akzo Nobel/ING-uitspraak heeft geoordeeld dat de aansprakelijkstelling door de moedermaatschappij ex artikel 2:403 BW geen afhankelijk recht in het leven roept, zou de vordering van de werknemer dus gewoon concurrent zijn in het faillissement van de moedermaatschappij.

Mijns inziens is een dergelijke uitkomst in strijd met de voormelde ratio van de aansprakelijkstelling op grond van artikel 2:403 BW. De redenering dat de moedermaatschappij in casu uitsluitend aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor de (kale) loonvordering zonder het daaraan verbonden voorrecht omdat de Hoge Raad in de Akzo Nobel/ING-uitspraak heeft overwogen dat de 403-verklaring niet een afhankelijk recht in het leven roept, acht ik weinig overtuigend. Zoals Bartman reeds opmerkte in zijn noot bij de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 28 juli 2010, ging het in deze uitspraak niet om de omvang van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring, maar om de procedurele vraag of een pandhouder van vorderingen van een (klein)dochtermaatschappij ontvankelijk was in zijn verzet ex artikel 2:404 lid 5 BW tegen het voornemen van de (groot)moedermaatschappij tot intrekking van haar 403-verklaring. De OK had deze vraag in eerdere instantie bevestigend beantwoord door te overwegen dat de (groot)moedermaatschappij met de door haar gedeponeerde 403-verklaring in een positie was komen te verkeren 'als had zij zich ten behoeve van de dochter' jegens de schuldeisers van de dochtermaatschappij tot borg gesteld. De Hoge Raad overwoog dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij ex artikel 2:403 BW niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht en oordeelde vervolgens dat de pandhouder niet ontvankelijk was in zijn verzet ex artikel 2:404 lid 5 BW omdat hij niet kon worden beschouwd als een 'schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt' in de zin van dit artikel.

De Rechtbank Midden-Nederland overweegt ten slotte dat noch in artikel 2:403 BW, noch in het met dit artikel corresponderende artikel 57 van de Vierde EEG-richtlijn, is bepaald dat de vorderingen op de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring ook bevoorrecht (moeten) zijn indien de onderliggende vorderingen op de dochtermaatschappij dat zijn. Ik meen echter dat de woorden 'uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden' uit artikel 2:403 BW, gelet op de aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde ten grondslag liggende compensatieratio, zo zouden moeten worden uitgelegd dat de moedermaatschappij op dezelfde wijze als de dochtermaatschappij moet kunnen worden aangesproken door de schuldeiser van de dochtermaatschappij. Dit sluit ook aan bij de wijze waarop de aansprakelijkstellingsvoorwaarde is geformuleerd in artikel 57 (sub c) van de Vierde EEG-richtlijn. In dit artikel wordt gesproken over een garantstelling voor de door de afhankelijke vennootschap aangegane verplichtingen. Mijns inziens is het aannemelijker dat onder deze garantstelling voor de door de vrijgestelde dochtermaatschappij aangegane verplichtingen mede de aan een loonvordering verbonden preferentie moet worden begrepen dan dat op grond hiervan alleen aansprakelijkheid zou bestaan voor de loonvordering an sich. Door haar, zoals Bartman en Dorresteyn dat omschrijven, specifiek ondernemingsrechtelijke achtergrond heeft de 403-verklaring ook een zeker sui-generiskarakter, dat een dergelijke ruime uitleg van het begrip verplichtingen rechtvaardigt (S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 221). Ervan uitgaande dat geen sprake kan zijn van een bevoorrechte vordering ex artikel 3:288 sub e BW in zowel het faillissement van de dochter- als in dat van de moedermaatschappij, zou dan mijns inziens in deze situatie sprake zijn van 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 (zie ook p. 230/231 van mijn dissertatie, a.w.). Met deze uitleg wordt gewaarborgd dat de werknemer van de dochtermaatschappij zijn vordering op een gelijkwaardige wijze kan verhalen op de moedermaatschappij en wordt recht gedaan aan de compensatieratio die ten grondslag ligt aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde in artikel 2:403 BW. Bovendien sluit deze benadering aan bij wat wordt beoogd met het voorrecht van de werknemer op grond van artikel 3:288 sub e BW.

De geschiedenis van dit voorrecht gaat ver terug. In het BW uit 1838 was reeds een voorrecht opgenomen voor 'het loon van dienst- en werkboden over het verschenen jaar, en hetgeen over het loopende jaar verschuldigd is' (art. 1195 onder 4). Naar aanleiding van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 werden de woorden 'dienst- en werkboden' in artikel 1195 BW (oud) gewijzigd in 'arbeiders' en ging dit voorrecht ook gelden voor het bedrag van de wettelijke verhoging van het loon en voor vorderingen van de arbeider in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking. Bij gelegenheid van deze wijziging werd meegedeeld dat met dit voorrecht werd beoogd de arbeider te beschermen omdat voor hem de arbeid zijn enige bron van inkomsten is en hij daarmee in zijn eigen onderhoud en dat van zijn gezin voorziet (*Handelingen I 1906/07*, wetsontwerp nr. 35, p. 393). In het in 1992 in werking getreden Boek 3 BW werd dit voorrecht gehandhaafd. Hoewel bij die gelegenheid het aantal voorrechten aanzienlijk werd beperkt op advies van de commissie-Houwing, achtte de commissie voor de handhaving van het voorrecht van de werknemer een klemmend sociaal argument aanwezig (zie J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht*. Monografieën Nieuw BW, B13, Deventer: Kluwer 1992, p. 22). Daarbij werd echter geen aandacht besteed aan de omstandigheid dat de werkgever steeds vaker in groepsverband opereert waarbij activa en passiva verdeeld zijn over verschillende rechtspersonen. Het zal de werknemer hier veelal aan onderhandelingsruimte ontbreken te verlangen dat hij een arbeidsovereenkomst sluit met een over voldoende activa beschikkende groepsmaatschappij. In deze situatie zou dan met een strikt vermogensrechtelijke benadering van het voorrecht van artikel 3:288 sub e BW – waarbij dit voorrecht wordt geacht uitsluitend betrekking te hebben op het vermogen van de werkgever – afbreuk worden gedaan aan wat met dit voorrecht wordt beoogd.

## **6. Gelden bij een beroep op de 403-aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor werknemers dezelfde voorwaarden als voor gewone schuldeisers?**

In artikel 2:403 BW, noch in de aan dit artikel ten grondslag liggende wetsgeschiedenis wordt iets gezegd over de aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring voor in het bijzonder uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen. In beginsel zou daarom bij de beoordeling van een beroep door een schuldeiser van de vrijgestelde dochtermaatschappij niet van belang zijn of deze een werknemer is of een gewone handelscrediteur. Als hiervoor gesteld, legden rechters de omvang van de aansprakelijkheid ruim uit in procedures waarin werknemers zich beriepen op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring. Zo werd verschillende malen geoordeeld dat ook een door de kantonrechter aan de werknemer toegewezen ontbindingsvergoeding onder de 403-verklaring viel (zie o.a. Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53 m.nt. Bartman en Hof Amsterdam 26 juli 2001, *JOR* 2004/94 m.nt. Bartman). Dat hierbij geen sprake is van een

uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende schadevergoeding maar om een vergoeding die op grond van artikel 7:685 lid 8 BW door de kantonrechter naar billijkheid aan de werknemer werd toegekend, kwam zelfs niet aan de orde in de overwegingen van deze rechters.

In de overwegingen van de Rechtbank Midden-Nederland en van de Rechtbank Haarlem in haar hiervoor besproken uitspraak uit 2010 speelde de omstandigheid dat de vordering door een werknemer en niet door een gewone handelscrediteur van de dochtermaatschappij aanhangig was gemaakt geen rol. Dat was anders in de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Haarlem uit 2005. Dat een werknemer zich beriep op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en deze een arbeidsovereenkomst had met een over weinig activa beschikkende personeels-bv vormde in de overwegingen van de rechtbank een belangrijke grond voor erkenning van de preferentie van de werknemer in het faillissement van de moedermaatschappij. Deze overwegingen, waarin de omstandigheid dat het om een vordering van een werknemer gaat van invloed is op de (vennootschapsrechtelijke) aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, doen denken aan de overwegingen van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen en het Hof Leeuwarden in de Nacap-zaak uit 2011 (Rb. Groningen (vzr.) 5 augustus 2011, *JAR* 2011/236 en Hof Leeuwarden 6 december 2011, *JAR* 2012/15). Hier vormde de omstandigheid dat sprake was van werknemers van over weinig activa beschikkende dochtermaatschappijen een belangrijke grond voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. In deze procedure beriepen werknemers van de dochtermaatschappijen zich op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij omdat zij zich op intensieve wijze had bemoeid met de bedrijfsvoering van deze over weinig activa beschikkende (en inmiddels gefailleerde) dochtermaatschappijen. De Rechtbank Groningen en het Hof Leeuwarden wezen de vordering toe, overwegende dat de zich intensief met het beleid en de financiering van haar dochtermaatschappijen bemoeiende moedermaatschappij een eigen verantwoordelijkheid had voor de gevolgen hiervan jegens de werknemers van de dochtermaatschappijen en zij onrechtmatig handelde door na het faillissement van de dochtermaatschappijen niet thuis te geven. In de Nacap-zaak werd de door de rechtbank en het hof aangenomen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij gebaseerd op haar intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van de dochtermaatschappijen. De rechtbank en het hof overwogen daarbij niet dat de wijze waarop de moedermaatschappij zich had bemoeid met haar dochtermaatschappijen ongeoorloofd was of dat de werknemers van de dochtermaatschappijen erop hadden mogen vertrouwen dat de moedermaatschappij de verplichtingen van de dochtermaatschappijen zou nakomen. Om die reden heb ik de in de Nacap-zaak aangenomen aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens de werknemers van haar dochtermaatschappijen aangemerkt als een (nieuwe) vorm van toerekening van werkgeversaansprakelijkheid in groepsverhoudingen (zie par. 6.6.5 van mijn dissertatie, a.w.).

Denkbaar is dat de omstandigheid dat de bij de groep werkzame werknemers in dienst zijn van een over weinig activa beschikkende servicemaatschappij of personeels-bv, op dezelfde wijze als de intensieve bemoeienis van de moedermaatschappij in de Nacap-zaak een grond kan zijn het werkgeversbegrip ruimer uit te leggen bij de toepassing van artikel 3:288 sub e

BW. De vorderingen van deze werknemers zouden dan eveneens preferent zijn dan wel een vergelijkbare rang of waarde hebben bij de moedermaatschappij. Daarmee zou in dergelijke groepsverhoudingen recht worden gedaan aan de hiervoor besproken ratio van het voorrecht van de werknemer op grond van artikel 3:288 sub e BW. Het zal immers niet de beslissing van de werknemer zijn geweest in dienst te treden bij een over weinig activa beschikkende servicemaatschappij of personeels-bv. In de praktijk heeft de werknemer hierover meestal niets te zeggen.