

Het UWV en de 403-verklaring

In deze bijdrage wordt de vraag beantwoord of het UWV op grond van de door de moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring ook de moedermaatschappij kan aanspreken.



1. Inleiding¹

De werknemers van een dochtermaatschappij zullen de moedermaatschappij kunnen aanspreken voor de rechten die voortvloeien uit hun arbeidsovereenkomst,² indien de moedermaatschappij een zogenaamde 403-verklaring heeft afgelegd. De moedermaatschappij heeft zich dan hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de dochtermaatschappij. In het geval de voornoemde dochtermaatschappij failliet gaat, zal het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) in het algemeen de loonaanspraken van de werknemers jegens deze vennootschap ex artikel 61 WW aan de werknemers voldoen. Op grond van art. 66 WW krijgt het UWV een verhaalsrecht op de dochtermaatschappij. De vraag is of het UWV op grond van de door de moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring ook de moedermaatschappij kan aanspreken. De voornoemde vraag zal ik in deze bijdrage beantwoorden om zo meer duidelijk te krijgen wat de rechtspositie is van het UWV in het geval de moedermaatschappij een 403-verklaring heeft afgegeven.

2. Casus

De Rechtbank Midden-Nederland wees op 30 januari van dit jaar vonnis in de zaak van het UWV tegen de curatoren in het faillissement van Econcern N.V.³ (Econcern). In deze zaak had moedermaatschappij Econcern voor haar dochtermaatschappij Innogrow International B.V. (Innogrow) een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid afgegeven op grond van artikel 2:403 lid 1 onderdeel f BW (403-verklaring). Deze verklaring is onderdeel van het groepsregime ex artikel 2:403 BW en een voorwaarde voor vrijstelling van de dochtermaatschappij van het inrichten en publiceren van een eigen jaarrekening overeenkomstig de vereisten van Titel 9 van Boek 2 BW. Artikel 2:403 lid 1 onderdeel f BW vergt dat de moeder-

maatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de vrijgestelde 403-maatschappij.

In deze zaak lagen de feiten in het kort als volgt: op 11 november 2003 gaf Econcern een 403-verklaring af. Econcern is vervolgens op 18 september 2009 en Innogrow is vervolgens op 2 februari 2010 in staat van faillissement verklaard. Het UWV voldeed vervolgens aan de loonafspraken van de werknemers van Innogrow ex artikel 66 lid 1 Werkloosheidswet (WW). Het UWV subrogeerde hierdoor in de rechten van de werknemers jegens Innogrow. De vordering die het UWV aldus verkreeg op de failliete boedel van Innogrow is bevoorrecht ofwel preferent op grond van artikel 3:288 onderdeel e BW jo. artikel 66 lid 1 WW jo. artikel 6:142 BW.⁴ De curatoren van Econcern hebben vervolgens de vordering van het UWV, op grond van de 403-verklaring, in het faillissement erkend. De vraag die in deze casus aan de orde kwam is of de 403-vordering op Econcern wel of niet preferent is. De rechtbank oordeelde dat voorrechten slechts uit de wet ontstaan en dat artikel 2:403 BW geen voorrecht verbindt aan aansprakelijkheid die voortvloeit uit een door een moedermaatschappij ten behoeve van haar dochtermaatschappij afgegeven aansprakelijkheidsverklaring.⁵ De vordering van het UWV op de moedermaatschappij is dus niet preferent. In deze zaak bleef echter onderbelicht of het UWV überhaupt wel het recht had een vordering tegen Econcern in te stellen.

3. Recht van UWV om moedermaatschappij aan te spreken

3.1. Wilsrecht werknemers

In de zaak *Econcern* hadden de werknemers van Innogrow Econcern niet reeds op grond van de afgegeven 403-verklaring aangesproken. De werknemers beschikten in dit geval dus vooralsnog niet over een vorderingsrecht

* Mr. dr. P.A. van der Schee is advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten N.V. en redacteur van dit tijdschrift.

1. Dit artikel betreft een bewerking van mijn artikel in *Jaarboek Insolventie, Financiering & Zekerheden* 2004, afl. 4.
2. S.M. Bartman, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, p. 162 en L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 847. Vanaf welk tijdstip en voor hoelang, de zogenaamde temporele werking van de 403-verklaring, de werknemer de moeder kan aanspreken voor zijn vordering, behandel ik niet in deze bijdrage.
3. Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334. Zie ook *JOR* 2013/70, m.nt. E.A. van Dooren.
4. Vergelijk *JOR* 2013/70, m.nt. E.A. van Dooren.
5. Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, r.o. 4.3.

op E-concern, maar slechts over een wilsrecht om E-concern aan te spreken.⁶ In het algemeen is de vraag of het wilsrecht van de werknemers om de moedermaatschappij aan te spreken, overgaat op het UWV op het moment dat zij subrogeert in de loonvorderingen van de werknemers op de dochtermaatschappij.

3.2. Afhankelijk recht

Indien het wilsrecht om uit hoofde van een 403-verklaring de moedermaatschappij aan te spreken ex artikel 3:7 BW kwalificeert als een afhankelijk recht, zal bij overgang van de loonvordering van de werknemers op Innogrow ook het voornoemde wilsrecht ex artikel 3:82 BW overgaan op het UWV. De Hoge Raad oordeelde echter in het arrest *Akzo tegen ING* dat de 403-verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling is op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. Een 403-verklaring is volgens de Hoge Raad niet gelijk te stellen met borgtocht, maar leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor schulden die voortvloeien uit met de dochtermaatschappij verrichte rechtshandelingen. De moedermaatschappij is op dezelfde voet als de dochtermaatschappij tot nakoming gehouden van de op de dochtermaatschappij rustende verbintenissen. Dit brengt met zich mee dat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring niet als afhankelijk recht kan worden aangemerkt, maar als een zelfstandige vordering moet worden beschouwd.⁷

3.3. Nevenrecht

In het geval van een faillissement van de dochtermaatschappij zal het UWV ex artikel 66 WW de loonvordering van de werknemers jegens de failliete dochter overnemen. Het UWV treedt dan in alle rechten die de werknemers ter zake van de loonvordering op de werkgever (dochtermaatschappij) hebben. Deze overgang onder bijzondere titel van de loonvorderingen van de werknemers op het UWV is te kwalificeren als een vorm van wettelijke subrogatie.⁸ Op grond van artikel 6:142 BW verkrijgt bij de overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser deze laatste tevens alle aan de vordering verbonden nevenrechten. Echter, aangezien een vordering uit hoofde

van een 403-verklaring niet als afhankelijk recht kan worden aangemerkt, maar moet worden beschouwd als een zelfstandige vordering, kan de vordering evenmin worden gekwalificeerd als een nevenrecht.⁹

4. Zelfstandig een (nieuw) wilsrecht van het UWV

Nu de 403-verklaring qua aard geen afhankelijk en geen nevenrecht¹⁰ is, is de mogelijkheid voor het UWV om de moedermaatschappij aan te spreken niet op voorhand mogelijk, aangezien het wilsrecht van de werknemers om de moedermaatschappij aan te spreken niet automatisch overgaat naar het UWV bij het subrogeren van het UWV in de loonvorderingen van de werknemers op de dochtermaatschappij. De vraag is dus of het UWV op grond van de door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring zelfstandig een (nieuw) wilsrecht verwerft om de moedermaatschappij aan te kunnen spreken.

Wanneer de vordering van een schuldeiser (cedent) op de dochtermaatschappij die wordt gedekt door een 403-verklaring bij wege van cessie overgaat op een nieuwe schuldeiser (cessionaris), zal de nieuwe schuldeiser (cessionaris) zijn wil om wel of niet de vordering over te nemen mede hebben moeten baseren op een gebrekking inzicht in de cijfers van de dochtermaatschappij. De nieuwe schuldeiser heeft in die zin belang bij openbaarheid van gegevens van zijn schuldenaar.¹¹ De nieuwe schuldeiser dient te worden gecompenseerd voor het ontbreken van de financiële gegevens. In dit geval zal de nieuwe schuldeiser op grond van de door de moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring zelfstandig een (nieuw) wilsrecht verwerven om de moedermaatschappij aan te spreken.¹² Dit wilsrecht van de nieuwe schuldeiser 'ontspringt' als het ware hernieuwd uit de eenmaal gedeponeerde, eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid door de moedermaatschappij ex artikel 2:403 BW.¹³

Echter, gezien de strekking van de 403-verklaring lijkt het mij geen automatische gevolgtrekking dat ook het UWV een zelfstandig (nieuw) wilsrecht verwerft om een moedermaatschappij aan te kunnen spreken. De achtergrond van de 403-verklaring is dat deze dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van de dochtermaat-

6. Zie J. van der Kraan, 'Actuele vraagstukken rondom groepsvrijstelling: over de samenloop van artikel 2:403 BW met preferentie en achterstelling', *TvOB* 2013, afl. 5, p. 156.

7. HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136, r.o. 3.4.3 en 3.4.5 (*Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.*), m.nt. Bartman. De Hoge Raad oordeelde ook dat de 'contractant' van de dochter jegens de moedermaatschappij geen recht kan ontlenen aan artikel 2:403 BW, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring. Vergelijk ook HR 11 maart 2005, *JOR* 2005/131, m.nt. SCJJK (*Rabobank/StormpolderVastgoed*), A.G. de Neve, 'De concernvrijstelling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *TvI* 2002, afl. 5; Rb. Utrecht 10 september 1997, *JOR* 1998/34, m.nt. Van Hees, die menen dat een zelfstandige verbintenis zoals de 403-verklaring van de moedermaatschappij wel een afhankelijk recht kan zijn. Vergelijk ook H. Beckman, 'Rechtspraak Vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2002/15.

8. F.J.L. Pennings & A.C. Damsteegt, *De Werkloosheidswet* (Monografieën Sociaal Recht, deel 11), Deventer: Kluwer 2003, p. 321-322, W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het laatste redmiddel: De Loongarantieregeling', in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Onderneming en werknemer* (Serie Onderneming en recht, deel 22), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

9. Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103, m.nt. N.E.D. Faber.

10. Vergelijk A.G. de Neve, 'De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *TvI* 2002, afl. 5, p. 240.

11. Zie J. van der Kraan, 'Actuele vraagstukken rondom groepsvrijstelling: over de samenloop van artikel 2:403 BW met preferentie en achterstelling', *TvOB* 2013, afl. 5, p. 159.

12. Zie J. van der Kraan, 'Actuele vraagstukken rondom groepsvrijstelling: over de samenloop van artikel 2:403 BW met preferentie en achterstelling', *TvOB* 2013, afl. 5, p. 156.

13. HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136, r.o. 3.4.2 en 3.4.3 (*Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.*), m.nt. Bartman. Vergelijk ook A.G. de Neve, 'De concernvrijstelling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *TvI* 2002, afl. 5, p. 241, die in het betoog dat sprake is van een hernieuwd 'ontspringen' weinig juridische argumenten ziet.

schappij van de vrijstelling van publicatie en inrichting van haar jaarrekening conform Titel 9 BW. Deze 403-verklaring moet in een concreet geval worden uitgelegd. Voor deze uitleg speelt vooral de aard van de verklaring, maar ook de strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet een rol.¹⁴ De strekking van de aansprakelijkstelling zoals die volgt uit de wetsgeschiedenis is dat aan potentiële schuldeisers van een dochtermaatschappij door de moeder financiële zekerheid wordt gegeven ter compensatie voor gebrek aan inzicht in de eigen jaarstukken van die dochtermaatschappij.¹⁵ Op deze manier wordt de schuldeisers compensatie geboden. Deze compensatiegedachte speelt een belangrijke rol bij vragen rond artikel 2:403 BW.¹⁶

Steun voor het feit dat de gesubrogeerde derde niet altijd treedt in de rechtspositie van de schuldeiser kan gevonden worden bij de subrogatie van de verzekeraar in de schadevordering jegens de aansprakelijke in verkeerssituaties. Verhaalzoekende ziektekostenverzekeraars mogen namelijk niet profiteren van de bescherming die de slachtoffers (bijzondere bescherming van de 100%- en 50%-regel) toekomt.¹⁷ Deze bescherming berust op de billijkheid in de verhouding van de verzekerde automobilist ten opzichte van de ongemotoriseerde benadeelde. Deze bijzondere bescherming betreft volgens de Hoge Raad¹⁸ slechts die schade die niet door eigen verzekering wordt gedekt en die anders door de benadeelde zelf zou moeten worden gedragen. Dat billijkheidsargument verliest zijn gewicht wanneer niet de gekwetste zelf, maar diens verzekeraar de schade draagt. Immers: het risico is door de verzekering, zij het tegen betaling van premie, reeds gespreid.¹⁹ De verzekeraar heeft dus geen belang bij de bescherming die slachtoffers van een verkeersongeval wel toekomt.

De overeenkomst is dat ook het UWV geen aanspraak zou moeten kunnen maken op de compensatie die de eigenlijke schuldeiser wegens het moeten missen van het inzicht in de cijfers krijgt, aangezien zij niet haar wil omtrent het wel of niet aangaan van een overeenkomst met de dochtermaatschappij heeft moeten baseren op een gebrekkig inzicht in de cijfers van de dochter [precies: de rechten van UWV vloeien niet voort uit een rechtshandeling met de dochter]. Anders is de hiervoor vermelde overgang van een vordering op de dochtermaatschappij bij wege van cessie. De nieuwe schuldeiser (cessionaris) zal zijn wil wel hebben moeten baseren op een gebrekkig inzicht in de cijfers van de dochtermaatschappij en zal op grond van de door de moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring wel zelfstandig een (nieuw) wilsrecht

verwerven. Vergelijkbaar is ook de situatie van reeds bestaande schuldeisers van een dochtermaatschappij waarbij de vraag is of zij een wilsrecht krijgen om de moedermaatschappij aan te spreken op het moment dat de moedermaatschappij een 403-verklaring aflegt. Ook deze oude schuldeisers zullen belang hebben bij het op de hoogte blijven van de financiële positie van de dochtermaatschappij. Wordt hen deze mogelijkheid ontnomen doordat de dochtermaatschappij van het 403-regime gebruik gaat maken, dan is het redelijk dat deze schuldeisers de mogelijkheid hebben om de moedermaatschappij aan te spreken op grond van de afgegeven 403-verklaring.²⁰ Mijn conclusie is dan ook dat het UWV op grond van de door de moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring niet zelfstandig een (nieuw) wilsrecht verwerft om de moedermaatschappij aan te spreken betreffende de door de 403-verklaring gedekte loonvorderingen die zij van de werknemers op de dochtermaatschappij heeft overgenomen.

-
14. HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136, r.o. 3.4.2 en 3.4.3 (*Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.*), m.nt. Bartman. Bij de uitleg van een verklaring komt betekenis toe aan de bewoordingen en hoe deze in redelijkheid door een derde kunnen worden begrepen: zie OK 12 januari 2010, *ARO* 2010/30 en eerder HR 28 juni 2002.
 15. VV, *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, 6, p. 7, Asser/Maeijer & Van der Ingh 2-III 2000, *De naamloze en besloten vennootschap*, hfdst. X, XI, XIII, XIV, Deventer: Kluwer 2000, nr. 439.
 16. S.M. Bartman, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, p. 161.
 17. W.H. van Boom, *Verbaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 45, HR 28 februari 1992, *NJ* 1993/556, m.nt. CJHB (*IZA/Vrerrink*) en vergelijk ook P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97 e.v.
 18. HR 2 juni 1995, *NJ* 1997/700-702, m.nt. CJHB (resp. Marloes de Vos, Quafa El Ayachi en Pierre Wilders).
 19. W.H. van Boom, *Verbaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 45-46.
 20. Asser/Maeijer & Van der Ingh 2-III 2000, *De naamloze en besloten vennootschap*, hfdst. X, XI, XIII, XIV, Deventer: Kluwer 2010, nr. 438; *Jaarrekening van Ondernemingen* (losbl.), deel B, art. 403.